

**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 XXV, Temmuz 2021, Sayı 3

Vol. XXV, July 2021, No. 3

Ankara 2021

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. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler*: Editors :**

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

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

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN

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

Arş. Gör. Dr. Fatma Umay GENÇ Res. Assist.Dr. Fatma Umay GENÇ

Yayın Kurulu*: Editorial Board :**

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

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

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

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU 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:

Basım Tarihi: Ağustos 2021

* 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



TÜBİTAK

ULAKBİM

DANIŞMANLAR KURULU

Prof Dr. Kadir ARICI	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Sevgi Göl AKYILMAZ	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Serdar ALTINOK	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Cumhuriyet ŞAHİN	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. İzzet ÖZGENÇ	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. İlyas DOĞAN	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. E. Ethem ATAY	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. M. Fadıl YILDIRIM	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Ömer ANAYURT	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Mehmet ÖZDAMAR	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Mustafa İsmail KAYA	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. N. Münci ÇAKMAK	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Muhittin ASTARLI	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Oğuz Sadık AYDOS	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Süheyla Suzan ALICA	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	AHBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Dergi Hakkında

- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), “*Hakemli Dergi*” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. ULAKBİM ve CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır. Cilt XX Sayı 3’ten itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
- Cilt XXIII Sayı 1 itibarıyla dergide yayımlanan makalelere DOI numarası verilmektedir.
- Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca değerlendirilir.
- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.

Dergiye Makale Gönderimi ve Kabulü Hakkında

- Makaleler dergiye elektronik posta yoluyla gönderilir. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
- Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kurum bilgileri, ORCID numarası ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
- Dergiye her zaman makale gönderilebilir. Editörler Kurulu, hakem süreci olumlu sonuçlanan makalelerin çıkacak ilk sayıda veya yoğunluk durumuna göre bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.
- Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “*basıma*” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, düzeltilebilir eksikliklerin bulunduğu makaleler, düzeltilmesi için yazara geri gönderilir. Ancak bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığının veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar reddedilir.
- Ön inceleme aşamasında makaleler intihal tarama programında taranır.

Azamî %10 benzerlik oranına (bibliyografik materyaller, alıntılar ve %2 oranındaki küçük kaynaklar hariç tutulmak kaydıyla) sahip olan makaleler hakkında sürece devam edilebilir.

- Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan 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 makale tekrar hakem denetiminden geçirilebilir. 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.
- 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.

Makale Yazım Kuralları

- **Yazı karakteri ve boyutu:** Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Makalenin ana metni Times New Roman yazı karakterinde, 12 punto harf boyutunda olmalıdır.

Dipnotlar tek satır aralığı ile Times New Roman 10 punto, normal stil olarak sayfa sonunda verilir.

- **Sözcük veya Sayfa Sınırlaması:** Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- **Türkçe ve İngilizce başlık:** Dergiye gönderilen makalelerde Türkçe başlığın yanı sıra büyük harflerle ve İngilizce yazılmış bir başlık bulunmalıdır. Türkçe ve İngilizce dışında bir dilde yazılmış olan makalelerde ayrıca Türkçe ve İngilizce başlığa yer verilmelidir.

- **Türkçe ve İngilizce özet ve anahtar kelimeler:** 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.

- **Atıf kuralları ve Kaynakça:** Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Bunun dışında kısaltmalar cetveline ya da yararlanılan mahkeme kararları listesine gerek yoktur. Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
- Yararlanılan kaynaklar dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:

Kitaplar:

Ad Soyad, Kitap Adı, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.

- Tekrar eden atıflar ise şu şekilde gösterilmelidir:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, Kâr Payı, s. 100.

Kitap Bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı” in Editör(ler) Adı (ed /eds), Kitap Adı, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle

Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (Ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “Makale Adı”, Yıl, Cilt (Sayı), Dergi Adı, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Cumhur Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 293.

- İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir:

Örnek: Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimarı”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 35, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

- Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Makalelerin sayfa aralığı gösterilir:

Örnek: Ayhan R, Ticarî İşletme Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007.

Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, 2015, 64(1), AÜHFD, s. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/article/510636>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2020.

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 VELI UNIVERSITY FACULTY OF LAW
REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY**

About the Journal

- Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-FLR) is published four times per year under the status of “peer-reviewed journal” and indexed by ULAKBIM and CiteFactor. Since Vol. XX No. 3 “double peer-review” system has been introduced.
- DOI number is assigned to all articles since Vol. XXIII No. 1.
- In addition to peer-reviewed articles and translations, the journal can also publish book reviews and judicial decision analysis. Such works are evaluated by the editorial board.
- Articles in Turkish, English, German or French languages are accepted.

About Submission and Acceptance of Articles to the Journal

- Articles are sent to the journal via e-mail. 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.
- Names of the authors, their ORCID numbers, institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
- Articles can always be sent to the journal. The Editorial Board may decide to publish articles with positive results in the first issue or in the next issue depending on the journal’s density.
- It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. In the preliminary examination made by the editorial board, the articles with correctable deficiencies are returned to the author for correction. However, manuscripts that do not comply with the scientific (field-based control) criteria and journal rules or that have more than usual spelling mistakes are rejected.
- During the pre-examination of the Editorial Board, the articles are scanned in the plagiarism screening program. Articles that have a maximum similarity rate of 10% (excluding bibliographic materials, quotations and minor resources of 2%) are accepted.

- After the pre-examination phase the articles are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. Authors are not given information about which referees the article has been sent to.
- 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.
- 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.

Article Writing Rules

- **Font and size:** 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.
- **Word or page limitation:** Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
- **Turkish and English title:** In addition to the Turkish title, the articles submitted to the journal should include a title in English and in capital letters.
- **Turkish and English abstracts and keywords:** 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 not in Turkish; 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.

- **Citation rules and Bibliography:** Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. There is no need for a list of abbreviations or a list of court decisions. If there are no rules in the citation style detailed below, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed.
- The resources cited should be indicated in the footnotes as follows:

Books:

Name Surname, Title, Edition, Publisher, Year, Cited Page.

Example: Rıza Ayhan, Ticarî İşletme Hukuku, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, 2007, p. 89.

- Repetitive citations should be shown as follows:

Surname, Cited Page.

Example: Ayhan, p. 89.

- If more than one material of the same author are referred, title of the materials should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: Ayhan, Ticari İşletme, p. 213.

Ayhan, Kâr Payı, p. 100.

Contributions to edited books:

Name Surname, “Title”, in Editor’Name (ed), Book Title, Publisher, Year, Cited Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirketle Borç İlişkisi” in Erol Ulusoy (Ed.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, Bilge Yayınevi, 2016, p. 143.

Articles:

Name Surname, “Title of the Article”, Year, Volume (Number), Title of the Journal, Cited Page.

Example: Cumhur Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, 2013, 19(2), Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, p. 293.

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

Example: Neslihan Göktürk, “Türk Hukuku’nda Suçların İçtimarı”, 2014, 2(1-2), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, p. 35, < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15679>> Date accessed 15 Aralık 2020.

- At the end of the article, there should be a bibliography listing the resources used in the article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging. The bibliography first includes the surname of the author, then the first letter of the name. The page range of articles is shown:

Example: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi, 2015, 64(1), AÜHFD, pp. 237-266, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/article/510636>> Date accessed 15 Aralık 2020.

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 XXV

Temmuz 2021

Sayı 3

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

- İşyerinde Yaşanan Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin
İşverence Feshi Açısından Değerlendirilmesi
Gaye Burcu YILDIZ3-38
- Yetki Sözleşmesinin Ticaret Hukuku Perspektifinden
Değerlendirilmesi (Yetki Sözleşmesi Açısından Tacir
Gibi Sorumlu Olanların Durumu ve Tacirlerin Hangi
İşlemleri İçin Yetki Sözleşmesi Akdedebileceği)
Hakan BİLGEÇ39-68
- Yapay Zekanın Şirket Yönetimine Olası Katkılarının Türk
Şirketler Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi ve Yapay
Zekanın Hukuki Statüsünün Belirlenmesinde Şirketler
Hukukundan Çıkartılabilecek Dersler
Meltem KARATEPE KAYA..... 69-106
- Uluslararası Sözleşmeler Işığında Menşe Adı ve Coğrafi
İşaretlerin Korunmasına İlişkin Lizbon Sözleşmesi'nin Cenevre Metni
Zehra ÖZKAN ÜNER.....107-160
- Covid-19 Aşıları Üzerindeki Patent Hakkının Kapsamının
Kamu Sağlığı Açısından Değerlendirilmesi
Başak ÖZKÖK GÖKMEN..... 161-224
- Adi Ortaklıkta Ortağın Ölümü Halinde
Mirasçılarının Hukuki Durumu
Numan TEKELİOĞLU225-268

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

KAMU HUKUKU

- Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti,
Masak'ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini
Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler
İzzet ÖZGENÇ 271-326
- Ülkemizde İdare Hukuku Dersinin Kısa Tarihçesi ve
İdare Hukuku Ders Kitaplarının İlk Örnekleri
Ramazan ÇAĞLAYAN..... 327-378
- Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs
Soner DEMİRTAS379-428
- Olağanüstü Yönetim Usullerinde Vergilendirme Yetkisinin
Hukuki Sınırları ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
Elif YILMAZ FURTUNA..... 429-470
- Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçların Soruşturmaları
Neticesinde Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı
Kararlarının Denetlenmesi Sorunu
Gökhan ÖLMEZ/Başar PANCAROĞLU 471-536
- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan
Gelirin Vergilendirmesinde Elde Etme Unsuru
Ercan SARICAOĞLU.....537-578
- Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı
Fatih YURTLU579-636
- Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki
Aykırlık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu
Hüseyin BİLGİN637-686
- Dünyada Ceza İnfaz Kurumlarının Özel Sektör
Tarafından Yönetilmesi Uygulamaları
Vehbi Kadri KAMER..... 687-714

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXV

July 2021

Number 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>Evaluation Of The Relationship At The Workplace In Terms Of Termination Of The Employment Contract By The Employer</i> Gaye Burcu YILDIZ	3-38
<i>Evaluation Of The Jurisdiction Agreement From The Commercial Law Perspective (The Situation Of Responsible Such As Merchant In Terms Of The Jurisdiction Agreement And For Which Transactions Of Merchants May Establish Jurisdiction Agreement)</i> Hakan BİLGEÇ	39-68
<i>Analysis Of The Contribution Of Artificial Intelligence On Turkish Company Law And The Lessons Learned From Company Law For Determination Of The Legal Status Of The Artificial Intelligence</i> Meltem KARATEPE KAYA	69-106
<i>Geneva Act of the Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications in the light of International Agreements</i> Zehra ÖZKAN ÜNER	107-160
<i>Analysis Of Covid-19 Vaccines Within The Framework Of Public Health Approach To Patent Right</i> Başak ÖZKÖK GÖKMEN	161-224
<i>Legal Status Of Heirs In The Event Of The Death Of The Partner In The Simple Partnership</i> Numan TEKELİOĞLU	225-268

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

PUBLIC LAW

<i>Legal Evaluations On The Legal Nature Of The Suspicious Transaction Reporting, The Role Of Masak And The Crime Of Laundering The Proceeds Of Crime</i> İzzet ÖZGENÇ	271-326
<i>On The Brief History Of Administrative Law Course In Our Country And The First Examples Of Administrative Law Course Books</i> Ramazan ÇAĞLAYAN	327-378
<i>Attempt To Qualified Form Of Crime</i> Soner DEMİRTAS	379-428
<i>The Legal Limits Of Tax-Raising Power In Extraordinary Administration Procedures And Presidential Decree</i> Elif YILMAZ FURTUNA	429-470
<i>The Supervision Problem Of The Decisions Of Non-Prosecution Which Are Ruled As A Result Of The Investigation Of Crimes Whose Victim Is Not A Specific Person</i> Gökhan ÖLMEZ/Başar PANCAROĞLU	471-536
<i>Obtaining Element In Taxation Of The Income From The Construction Agreements In Return For Land Share</i> Ercan SARICAOĞLU	537-578
<i>The Structure Of Omission In Context Of Criminal Theory</i> Fatih YURTLU	579-636
<i>The Issue Of Eliminating The Conflict Between The Decisions Of The District Administrative Courts</i> Hüseyin BİLGİN	637-686
<i>Practices Of Penal Institutions Managed By The Private Sector Around The World</i> Vehbi Kadri KAMER	687-714

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

İŞYERİNDE YAŞANAN GÖNÜL İLİŞKİSİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVERENCE FESHİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Gaye Burcu YILDIZ*

ÖZ

İş sözleşmesinin taraflar arasında kişisel ilişki kurmasının sonucunda işçi açısından sadakat borcu, işveren açısından da gözetme borcu doğar. İşverenin gözetme borcu kapsamına işçinin yaşamını ve sağlığını korumanın yanı sıra kişiliğinin korunması da girer. İşveren, iş ilişkisinde, işçinin Anayasa'da ifadesini bulan temel haklarını, Anayasa'nın 11.maddes gereğince, korumakla yükümlü olup, bu hakların özüne dokunacak tasarruflarda bulunamaz. Uygulamada, aynı işyerinde çalışan işçiler arasında yaşanan gönül ilişkisi nedeniyle işverenlerin iş sözleşmelerini çeşitli gerekçelerle feshettikleri görülmektedir. Yapılan fesihlerde, işverenin güveninin sarsılması, doğruluk ve bağlılığa uygun olmayan davranış, ahlak ve adaba aykırılık, işyeri düzeninin ve iş akışının olumsuz etkilenmesi sıklıkla gerekçe olarak kullanılmaktadır. Yargı organının, işverence yapılan bu fesihleri incelerken, özel hayatın gizliliği kapsamında korunması gereken işçinin yaşadığı gönül ilişkisi ile feshe gerekçe oluşturacak iş sözleşmesine aykırı davranışları birbirinden ayırması gerekir. İşyerinde olumsuzluklara neden olmayan, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerine aykırılık oluşturmayan, sadece işyerinde çalışan bir diğer işçi ile yaşadığı gönül ilişkisinin işverence hoş görülmediği için yapılan fesihler hukuka uygun değildir. Temyiz ve istinaf aşamalarında verilen kararların bir kısmı bu ayrımı isabetli olarak gözetirken bir kısmı kanaatimizce bu ayrımı yapamamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kapsamında incelediği bir uyumsuzluğa dair verdiği karar, özel hayatın gizliliği hakkının kapsamını belirleyerek işverenin fesih hakkı ile ilişkisini ortaya koyması açısından aydınlatıcı niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: *işçinin kişiliğinin korunması, özel hayatın gizliliği, işyerinde gönül ilişkisi, sözleşmesel yükümlülükler, sadakat borcu*

* **Doç.Dr.**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, ÇEEİ Bölümü, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik ABD Öğretim Üyesi/ANKARA , **e-posta:** seratli@politics.ankara.edu.tr

ORCID ID: 0000-0001-9603-4851

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979196

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/07/2021

**EVALUATION OF THE RELATIONSHIP AT THE WORKPLACE IN
TERMS OF TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT BY THE
EMPLOYER**

ABSTRACT

Due to personal characteristic of employment contract, employer is under the obligation of protection of the worker. This obligation constitutes protection of health and safety at work as well as protection of personality and fundamental rights of the worker. The employer has to protect the fundamental rights of the worker, which are expressed in the Constitution, at the workplace according to the Article 11 and cannot take actions that will detriment the core essence of these rights. In practice, some employers are terminating employment contracts due to the romantic relationship among co-workers. Mostly, employers are pre-texting the real cause, by putting forward following causes: breaching of loyalty obligation, worker's behaviour contrary to morality and manners, worker's behaviour causing disruptive effect on work organization and work flow. Hence, the behaviour of worker cannot constitute a legitimate ground for termination of employment contract unless it causes breach of contractual obligations. Personal relationship of worker cannot be a just reason for termination of employment. The courts have to distinguish the termination of employment contract by employers on grounds of personal relations among co-workers from the termination of employment contract on just grounds, where the former constitutes an infringement to fundamental rights of workers.

Keywords: protection of worker's personality, privacy of private life, romantic relationship among workers, contractual obligations, duty of loyalty

GİRİŞ

İş hukukunun temel amacı, bu ilişkinin zayıf tarafı olan işçinin korunması olduğundan farklı hukuki kurumlarla bu amacı gerçekleştirilmeye çalışılır. Bu kapsamda işçinin yaşam hakkının korunmasını sağlayan iş sağlığı ve güvenliği kuralları, ücretini güvence altına alan kurumlar ve feshe karşı korumaya yönelik düzenlemeler “işçiyi koruma amacını gerçekleştirmeye” yönelik kurumlara örnek olarak verilebilir. İş hukukunda, sözleşme tarafları arasında var olan bu eşitsizlik, işverenin işçiyi gözetme borcuna da temel oluşturur.

İş sözleşmesinin tarafları arasındaki eşitsizliğin yanı sıra, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kurmasının sonucu olarak iş hukukunda işçi ve işveren arasında karşılıklı olarak sadakat ve gözetme borçları ortaya çıkar. İşçi, iş ilişkisi

içinde işverene zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlü iken (sadakat borcu) işveren de bu borcun karşılığı olarak işçiyi iş ilişkisi içinde doğabilecek her türlü tehlikeden koruma borcu¹ (gözetme borcu) altına girer. İşverenin gözetme borcu çok geniş kapsamlı bir borçtur. Şüphesiz bu borcun kapsamında öncelikle *işçinin kişiliğinin korunması* girer. Kişiliğin korunması kapsamına, yaşam hakkı ve sağlığının korunması olduğu kadar kişilik haklarına² saygı göstermek de dahildir. Dolayısıyla işveren, iş ilişkisi nedeniyle işçinin kişiliğinin, kişilik hakları kapsamına giren temel değerlerinin korunması ile yükümlüdür. İşveren gözetme borcu gereğince işçinin yaşamını, sağlığını, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü, şeref ve onurunu, kişisel ve mesleki saygınlığını, ahlaki değerlerini ve özel yaşamının gizliliğini³ korumakla yükümlüdür.

İşverenin işçiyi gözetme hem kamu hukukuna hem özel hukuka dayanmaktadır. Özel hukuk açısından Türk Borçlar Kanunu'nun 417.maddesi bu borcun yasal dayanağını oluşturmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği açısından 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma, dolayısıyla işçinin sağlığını, yaşam hakkını, ruhsal ve bedensel bütünlüğünü koruma borcunun temelini oluşturmaktadır. İşçinin kişiliğini koruma borcunun kamu hukuku açısından birincil dayanağı T.C Anayasası'dır.

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, İş Hukuku, 19.Baskı, Beta Yayınları, 2020, s.397 vd; Sarper Süzek, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, 1985, s.176 vd.; Nuri Çelik/Talat Canbolat/Nurşen Canıklıoğlu, İş Hukuku Dersleri, 31.Baskı, Beta Yayınları, 2019, s.349 vd.; Levent, Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, 2001, s.57 vd; Gaye Burcu Seratlı, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınları, 2003, s.19 vd.

² Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", 2011, 24, Sicil İş Hukuku Dergisi, 13 vd; Hamdi Mollamahmutoğlu/ Muhittin Astarlı/ Ulaş Baysal, İş Hukuku, 6.Baskı, Turhan Kitabevi, 2014, s.1406 vd; Şükran Ertürk, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.85 vd.; İbrahim, Aydın, "İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi", 2005, 19(6) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, s.21 vd.; Ufuk Aydın, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002, s.60 vd.; Ahmet Sevimli, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınevi, 2006, s.93-94, Sezgi Öktem Songu, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", 2014, 15, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Polat Soyer'e Armağan, C.1, s.609 vd.

³ Süzek, s. 397-398; Gülsevil Alpagut, "İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar", Oniki Levha Yayınları, Prof.Dr. Savaş Taşkent'e Armağan, 2019, s.276 vd; Deniz Ugan Çatalkaya, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınları, 2019, s.284 vd.

Kişilik hakları kapsamında yer alan temel hakları düzenleyen Anayasa kuralları, işveren açısından işçinin kişiliğini gözetme borcunu, Anayasadan doğan bir yükümlülük olarak değerlendirmemizi gerektirir. Anayasanın herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlükleri düzenleyen 12.maddesi, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını düzenleyen 17.maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 19.maddesi, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20.maddesi, vicdan, din, inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğünü güvence altına alan 24. ve 25.maddeleri iş ilişkisinde işçinin kişilik haklarını koruma çerçevesinde işverenlerin öncelikle dikkate alması gereken kurallardır.⁴ Bir özel hukuk ilişkisinde Anayasa ilke ve kurallarının etkili olmasını sağlayan düzenleme ise Anayasa'nın 11.maddesidir.

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü başlığını taşıyan 11.maddesi “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” düzenlemesini içermektedir. Bu hüküm, Anayasa ilke ve kurallarının sadece devlet-kişî arasındaki ilişkileri düzenleyen “*dikey*” düzeyde değil, kişiler arasındaki ilişkileri de düzenleyen “*yatay*” düzeyde uygulanacağını ortaya koymaktadır.⁵

İş ilişkisinin kişisel ilişki yaratan niteliği sonucunda işveren, işçi ile ilgili pek çok kişisel bilgiye vakıf olabilmektedir. Örneğin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15.maddesi, işverenlere işe girişlerde; iş değişikliklerinde; iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalardan sonra işe dönüşlerde talep halinde; işin devamı süresinde, çalışma ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenesi yaptırma zorunluluğu yüklemiştir. Aynı madde, sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgilerinin gizli tutulacağını da düzenlemiştir (m.15/5).

İş Kanunu'nun 75.maddesi de işverenlere çalıştırdıkları her işçi için özlük dosyası düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Yasanın düzenlemesi uyarınca, işveren bu dosyada işçinin kimlik bilgileri yanında İş Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca ayrıca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve

⁴ Süzek, s. 399.

⁵ Süzek, s. 31; Ali Nazım Sözer, Hukukta Yöntembilim, 6.Baskı, Beta Yayınları, 2017, s. 138 vd.

kaydı saklamakla yükümlüdür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da işverenlere “işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri” açıklamama yükümlülüğü getirilmiştir.

Dolayısıyla iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte işveren, işçi ile ilgili olarak en azından TC kimlik numarası, adresi ve medeni durumu hakkında bilgiye sahip olmaktadır. Hatta bu bilgilerin bir kısmı, işveren tarafından iş ilişkisi kurulmadan önce, işçinin işe başvuru yaptığı sırada öğrenilmektedir. İş ilişkisinin kurulmasından sonra işveren, işçinin hayatında gerçekleşen değişiklikler hakkında da bilgi sahibi olmaktadır. Örneğin bekar olan işçinin evlenmesi ya da evli olan işçinin eşinden boşanması, çocuk sahibi olunması, sendika üyesi olması ya da üyelikten ayrılması gibi durumlarda işveren, değişen duruma da vakıf olmaktadır. Bu nedenle, işçinin özel hayatı ve kişilik hakları kapsamına giren bilgilere ilişkin koruma iş ilişkisinin kurulmasından önce adaylık sırasında başlamalı, iş ilişkisinin devamı süresince ve iş ilişkisi sona erdikten sonra da devam etmelidir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun (KVKK) kabulünden sonra iş hukuku açısından yapılan değerlendirmelerde işçinin kimlik numarası, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum yılı, tabiiyeti, dini, mezhebi, etnik kökeni, cinsel yaşamı, sağlık durumu, siyasi düşünce ve faaliyetleri, felsefi inançları, dernek ve sendika üyelikleri, belirli gruplara aidiyeti, e-posta yazışmaları korunması gereken kişisel bilgiler arasında öncelikle ele alınmışlardır.⁶ İş ilişkisi nedeniyle işverenin işçi hakkında edindiği kişisel verilerin bir kısmı, 6698 sayılı Kanun anlamında “özel niteliği olan (hassas)” veridir. Anılan Kanunun 6.maddesinin birinci fıkrasında ‘Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefe inancı, dini, mezhebi ve diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri’ özel nitelikli kişisel veri olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla işveren, iş ilişkisi içerisinde, bir kısmı *özel nitelikli kişisel veri* kapsamına giren, işçiye dair pek çok kişisel veriye ulaşmaktadır. Bu verilerin işlenmesi ve saklanması konunun başka bir boyutunu oluştururken bu kapsamda yer alan bilgilerin

⁶ Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s.717-720; İlke Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, 2016, s.178 vd, s.185-193; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” in Tankut Centel (Ed.) İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Oniki Levha Yayınları, 2017, s.20 vd.

(verilerin) iş ilişkisinin kurulmasına, çalışma koşullarının oluşturulmasına ve/veya iş ilişkisinin sona erdirilmesine etkisi iş hukuku açısından önemlidir.

İşverenin, işçi hakkında edindiği kişisel verilerin iş ilişkisine etkisi ayrımcılık yasağı ve eşit işlem yapma borcu açısından da ele alınabilir. Örneğin işverenin işçinin sendika üyeliği nedeniyle işçi aleyhine farklı işlem yapması ve sonuçları 6356 sayılı yasada ayrıca düzenlenmiştir. İş Kanunu'nun 5.maddesinde de iş ilişkisinde ayrımcılık ve yaptırım hükme bağlanmıştır.⁷

Bu çalışmada işçinin özel hayatının gizliliği ve işverence işçinin özel hayatı nedeniyle, somut olarak da işyerinde yaşanan gönül ilişkileri nedeniyle iş sözleşmesinin feshi, yargı kararları ışığında değerlendirilecektir.

I. İş Hukuku Açısından İşyerinde Gönül İlişkisi Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshine Dair Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

Öncelikle, işyerinde yaşanan gönül ilişkisi nedeniyle işverence iş sözleşmesinin feshi hakkında istinaf ve temyiz incelemeleri sonucunda verilen toplam on beş karar ele alınarak yüksek yargı mercilerinin konuyu ele alış hakkında genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacaktır.⁸ Bunun ardından Anayasa Mahkemesi'nin 2017/14907 sayılı bireysel başvuru hakkında verdiği karar üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

Seçilen kararlar, feshe gerekçe olarak gösterilen sebep ve somut olayın benzerlikleri göz önüne alınarak alt gruplara ayrılacaktır.

A. Gönül ilişkisini taraflardan birinin eşinin öğrenmesi üzerine işyerinde olumsuzluğa neden olduğu iddiası ile yapılan fesihler

İşyerinde yaşanan gönül ilişkisi nedeniyle iş sözleşmesinin feshi kapsamında incelenecek ilk karara esas teşkil eden olay, Anayasa Mahkemesi'nin daha sonra inceleyeceğimiz kararına konu olan somut olayla benzerlik göstermektedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 30.Hukuk Dairesi kararına⁹ konu olay, aynı işyerinde çalışan iki kişi arasındaki ilişkinin, davacının eşi tarafından öğrenilmesi üzerine, taraflar arasındaki mesajlaşmaların ve sosyal

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, 2008, s.69 vd.

⁸ 6 karar Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'ne, 5 karar Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'ne, 3 karar İstanbul BAM'a, 1 karar da Ankara BAM'a aittir.

⁹ İstanbul BAM 30.HD, 6.7.2020, 1151/1063, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 21.01.2021.

medya çıktılarının e-mail yolu ile işyerindeki amirlerine bildirerek şikayet edilmesi, davacı aleyhine eşi tarafından yapılan bu şikayete dayalı olarak disiplin soruşturması açılması ve iş sözleşmesinin feshidir. Davacının iş sözleşmesi işyeri disiplin kurulu tarafından ilgili disiplin yönetmeliğinin “**Şirkette umumi ahlak ve adaba aykırı davranışlarda bulunmak-davranışların yüz kızartıcı nitelikte olması**” maddesi ve İK 25/II kapsamında “**doğruluk ve bağlılığa uymadığı, ahlak ve iyi niyet kuralları ile de bağdaşmadığı**” gerekçeleriyle haklı nedenle feshedilmiştir. Davacı, bu feshin geçersiz olduğu iddiası ile dava açmış, ilk derece mahkemesi davacının fiilinin İK 25/II. fıkrada düzenlenen sebepler arasında yer almadığını, işçinin davranışları nedeniyle yapılacak fesihlerde de İK 19 uyarınca savunmasının alınması gerektiğini ifade ederek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararı aleyhine davalı işveren istinaf yoluna başvurmuştur. İstinaf incelemesi sonucunda verilen kararda yer alan ifadeler Dairenin özel hayatın korunması açısından meseleye bakışını açıkça ortaya koymaktadır;

“... Davacı aynı işyerindeki mesai arkadaşı bayan işçi ile mesajlaşmış olsa da aralarında işyerinde olumsuz bir duruma yol açacak şekilde aralarında bir gönül ilişkisi bulunduğu davalı işverenlikçe mevcut delil durumu ile ispatlanamamıştır. Davacı resmen evli olup boşanma sürecinde oldukları eşinin davacıyı mail yolu ile şikayeti sonrası işyerinde ne gibi olumsuzluklara ve huzursuzluğa yol açtığı davalı tarafından ispatlanamamıştır. Kaldı ki kişiler arasındaki mesajlaşma **özel hayatın gizliliği** kapsamında da kalmaktadır. Davacının **eşinin ne şekilde elde ettiği hususu açıklığa kavuşturulmayan bir mesajlaşmanın** davalı işverenlik yetkilisine mail yolu ile ulaştırılması sonucu sadece davacı hakkında disiplin soruşturması başlatılmış, mesajlaştığı belirtilen diğer bayan işçi hakkında soruşturma yapıp yapılmadığı belirtilmemiştir. Davacı diğer işçinin iş akdinin feshedilmediğini, çalışmaya devam ettiğini beyan etmiş davalı diğer işçinin iş akdinin feshedilip feshedilmediği hususunda beyanda da bulunmamıştır. Bu durumda mevcut delil durumu itibari ile davalı işverenliğin gönül ilişkisi derecesine ulaştığını ispatlayamadığı, sadece iki çalışan arasında karşılıklı rızaya dayalı bir duygusal nitelikteki mesajlaşmaların haklı fesih oluşturduğunu veya işyerinde ne gibi olumsuzluklara yol açtığını de ispatlayamamıştır...”

İstanbul BAM30.HD, sonuç olarak işverence yapılan feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar vermiştir. Kararda özellikle işverenin *işyerinde*

ne gibi olumsuzluklara sebep olduğu hususunu açıklayamamış olması ve kişiler arasındaki mesajlaşmanın “özel hayatın gizliliği” kapsamında yer aldığı, söz konusu mesajların davacının eşi tarafından ne şekilde elde edildiği hususunun açıklığa kavuşturulamadığına ilişkin tespitler önemlidir. Mesajların ne şekilde elde edildiğinin belirlenemediği yönündeki ifade, kararda açıkça ifade edilmese de “hukuka aykırı delil” kavramını akla getirmektedir. Dolayısıyla işverenin, hukuka aykırı yolla elde edilen bir bilgiye dayalı olarak işlem yapması hukuki korumadan yoksun bırakılmıştır.

İstanbul BAM 27.Hukuk Dairesi'nin 2017 yılında verdiği bir karara¹⁰ konu olan olayda, aynı işyerinde çalışan iki kişi arasındaki gönül ilişkisi nedeniyle işverence çalışanların şubeleri değiştirilmiş, başka şubelerde çalıştıkları sırada dava dışı kadın işçi, davacının mağaza sorumlusu olarak çalıştığı şubeye gelmiş, birlikte uzun saatler oturup konuşmuşlar, en son mağazanın önünde çay içerken davacının eşi gelmiş ve tartışma çıkmış, davacı eşini uzaklaştırmış, ardından kendisi izne ayırmış, işveren her iki işçiden de savunma almış, sonuçta ikisinin de iş sözleşmesini feshetmiştir. İlk derece mahkemesi bu maddi tespitlerden yola çıkarak iş sözleşmesinin geçerli fesih sebebine dayalı olarak feshedildiği kanaatine varmıştır. İstinaf aşmasında da İstanbul BAM 27.Hukuk Dairesi;

“...Her ne kadar iki çalışan arasındaki arkadaşlığın boyutu konusunda tanıklarca duyuma dayalı açıklamalar yapılmışsa da kendisi evli olan ve mağaza sorumlusu olan davacının, şubeleri ayrılan aynı bayanla 3-4 saat oturup çay içmeleri ve sonrasında buldukları yere gelen davacının eşiyile bayanın tartışmaya başlamaları, bu sesleri duyan müşterilerin olayı ve durumu sormaları birlikte değerlendirildiğinde olayın gerek mağazanın diğer çalışanları gerek müşterileri nezdinde iş akışını etkilediği ve işyeri düzenini bozduğu ortadadır...” tespitinde bulunarak istinaf talebini esastan reddetmiştir.

İstanbul BAM 27.Hukuk Dairesi, taraflar arasındaki ilişkiden ziyade, işyerinde müşteriler varken davacı işçinin eşi ile diğer çalışan kadın arasında çıkan tartışmanın iş akışını etkilediği ve işyeri düzenini bozduğu esastan hareketle yapılan feshin geçerli olduğuna karar vermiştir.

¹⁰ İstanbul BAM 27.HD, 24.02.2017, 187/181, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 21.01.2021.

B. İşyerinde yaşanan gönül ilişkisinin ahlaka ve adaba mugayir olduğu gerekçesiyle yapılan fesihler

İnceleme konusunu oluşturan kararların bir kısmında, işveren ya da yargı organı tarafından işyerinde yaşanan gönül ilişkisinin *ahlak ve adaba mugayir olduğu*, *Türk aile yapısına uygun olmadığı* gibi sübjektif değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 2019 yılında verdiği bir kararda¹¹, taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine dair yapılan değerlendirme şu şekildedir;

“...Dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile tanık beyanlarından, evli olan davacının davalı işyerinde çalışan bir kadın işçi ile gönül ilişkisine girdiği, işyerindeki bazı hareketleri, tutum ve davranışları neticesinde durumun çalışma arkadaşları tarafından fark edildiği, bu durumun çalışma arkadaşları nezdinde olumsuzluk yaratmasının yanı sıra ***ahlak ve adaba da mugayir olduğu***, davalının bu durumda davacıyı çalıştırmasının beklenemeyeceği, davalının iş akdini fesihte haklı nedene dayandığı anlaşıldığından yazılı gerekçe ile kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmesi hatalıdır...” ifadelerine yer verdiği görülmektedir.

Bu kararın gerekçesinde iş sözleşmesinin feshi açısından “işyerinde olumsuzluklara neden olunması” kavramı yanı sıra feshe dayanak olarak “***ahlak ve adaba mugayir olma***” kavramının kullanılmış olması isabetli görülemez. Her şeyden önce, taraflar arasında yaşanan ilişkinin işyerinde olumsuzluklara sebep olduğu işverence ispat edildiğinde, yaşanan olumsuzluğun ağırlığına göre iş sözleşmesinin feshi geçerli ya da haklı nedene dayalı kabul edilebilecektir. Ancak kararda kullanılan ahlak ve adaba mugayir olma kavramının esasen evli bir erkek ile işyerinde çalışan bir diğer kadın işçi arasındaki ilişkiyi nitelendirmek amacıyla kullanıldığı izlenimi oluşturmaktadır. İş ilişkisi açısından işverenin ya da işyerindeki diğer işçilerin, yaşanan gönül ilişkisini uygun görmemeleri, ahlak ve adaba aykırı bulmaları, ilişkinin tarafları aleyhine hukuki sonuç doğuracak bir işlem tesis etmeye haklı gerekçe oluşturmaz.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin incelediği bir diğer uyuşmazlıkta¹² ise aynı işyerinde çalışan ikisi de evli işçilerin gönül ilişkisi nedeniyle, erkek

¹¹ Y9HD, 27.6.2019, 11196/14430, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 21.01.2021.

¹² Y9HD, 15.4.2019, 10504/8673, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 21.01.2021.

işçinin iş sözleşmesinin işverence haklı sebeple feshi uyuşmazlığın esasını oluşturmaktadır. İlk derece mahkemesi kararında “davacı işçinin iş akdinin davacının evli olduğu halde aynı işyerinde çalışan ve yine evli olan bir diğer işçi ile yaşadığı ilişki nedeniyle feshedildiği; tanıklar ... ile ... nın beyanları da dikkate alındığında davacının dava dışı ... ile bir ilişkisi olduğu kanaatine varıldığı; bu davranışların işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki uyumu olumsuz etkileyen davranışlar olması gerektiği, somut olayda, davacı işçinin dava dışı kadın işçi ile bir ilişki yaşadığı sabit olmasına karşın, davacının bu davranışının işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki uyumu olumsuz etkilediğine yönelik bir bilginin dosyada mevcut olmadığı, davalı tanıklarından ... nın davacı ile dava dışı işçinin işyerinde sürekli yan yana olduklarına ancak ahlaksız bir durum olmadığına, birbirlerine yardım ettiklerine ilişkin beyanı da davacının davranışının işyerinde herhangi bir olumsuzluğa neden olmadığını gösterdiği; davalının da söz konusu ilişkinin işyerinde olumsuz veya uyumsuz sonuçlara yol açtığını ispatlayamadığı; davacı işçinin evli olduğu halde, yine evli olan bir diğer işçiyle ilişki yaşaması tek başına geçerli bir neden olarak kabul edilemeyeceği aksinin kabulü halinde davacı *işçinin çalışma hürriyetinin kısıtlanmış olacağı*” gerekçesiyle feshin geçersizliğine karar verilmiştir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesi, aynı işyerinde çalışan tanık beyanlarını da dikkate alarak, işyerinde ikisi de evli olan işçiler arasında gönül ilişkisinin olduğunu, ancak bu ilişkinin işyerinde olumsuzluğa neden olacak, işyerindeki uyumu ve normal yürüyüşü etkileyecek bir niteliğinin bulunmadığını tespit ederek hüküm kurmuştur. Kararda işyerinde olumsuzluklara neden olmayan, işin yürütümünü etkilemeyen bir ilişkinin feshe gerekçe olarak kabul edilmesinin işçinin çalışma hürriyetine aykırılık yaratacağının belirtilmesi de son derece yerinde bir tespittir.

Bu karara karşı istinaf başvurusunda bulunan davalı vekilinin gerekçeleri çarpıcıdır. Davalı vekili, davacının evli ve üç çocuklu olup, aynı iş yerinde çalışan ve evli olan ... isimli kadın işçi ile gönül ilişkisi içine girdiğini, bu durumun iş yerinde huzursuzluğa neden olduğunu; diğer kadın işçinin de iş akdinin bu sebeple feshedildiğini, iş akdi feshedilen kadın işçinin işe iade davası açmadığı gibi bu tarihe kadar bir alacak davası açma girişiminde de bulunmadığını; mahkeme gerekçesinin mevcut dosya kapsamıyla çeliştiğini; davalı tanığı Z. nin de belirttiği üzere *işçilerin söz konusu durumdan rahatsız olduğunu*, durumun ortaya çıkması için *işçiler ve yöneticiler takibe başladıklarını*, çalışmak için gerekli olan zamanı rahatsız oldukları bu durumu ortaya çıkarmak adına kullanmaya başladıklarını; *Türk aile yapısı ve ahlak kuralları içerisinde evli bir kadın ve erkeğin ilişki içerisinde olması ve*

bunu işyeri ortamında sürdürmeleri kabul edilebilir olmadığını, davacının özel hayatına müdahale olmamakla birlikte söz konusu durumun işyerinde yaşanması davalı müvekkil işveren ve çalışanları açısından kabul edilebilir bir durum olmadığını ileri sürerek kararın kaldırılmasını talep etmiştir. Bu başvurunun reddi üzerine davalı taraf (işveren) temyiz yoluna başvurmuştur.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, iş sözleşmesinin feshi ile işçinin davranışları arasındaki ilişkiye dair şu ifadelere yer vermiştir;

“...İşçinin davranışları nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için, işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışı ile sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık, işçinin kusur ve ihmeline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez. İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler, aynı yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında, bu nitelikte olmamakla birlikte, işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerde, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla, önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiği belirlendiği, daha sonra işçinin, hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir...”

Kararda oldukça kapsamlı biçimde işçinin iş sözleşmesinden doğan asli ve yan yükümlülükleri, bu yükümlülüklerin işçi tarafından kusurlu hareket ile ihlal edilmesi, kusurun ağırlığının etkisi, ihlalin işverence ispat edilmesi gerektiği, işverenin yönetim hakkı ve kapsamı, işverenin talimatlarına işçinin uyma borcu konularına da değinilmiştir. Bütün bu açıklamalardan sonra somut uyumsuzlukla ilgili olarak yapılan değerlendirme ve varılan sonuç ise oldukça ilginçtir. Yüksek mahkemeye göre;

“...evli ve 3 çocuk sahibi olan davacı işçinin, aynı işyerinde çalışan dava dışı evli bir kadın işçi ile gönül ilişki yaşadığının sabit olduğu, davacının bu davranışının işin normal yürüyüşünü ve işyerindeki çalışma ortamını olumsuz etkilediği ve davacının bu davranışının doğruluk ve bağlılığa aykırı olup, güven ilişkisinin zedelendiği, işverenin iş akdini feshinin özel hayata müdahale olmadığı, bu nedenle işverenin feshinin 4857 sayılı kanununun 25/II. maddesi kapsamında haklı nedene dayandığı anlaşıldığından davanın reddi yerine kabulü hatalıdır...”

Bu kararda iş hukuku ilke ve kuralları hakkında yapılan açıklamalar ile sonuç kısmında varılan hüküm birbiriyle mantıksal açıdan çelişmektedir. Zira, karara gerekçe oluşturan ve işçinin doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışı olarak değerlendirilen fiil, işyerinde çalışan ve evli olan bir diğer çalışan ile gönül ilişkisi içine girmiş olmasıdır. Bu durumun işyerinde hangi olumsuzluğa yol açtığı somut olarak ortaya konulmadığı gibi ilk derece mahkemesinde yürütülen yargılama sırasında dinlenen tanıklar olumsuzluk yaşanmadığını ifade etmişlerdir. Burada ayrıca belirtilmelidir ki, işyerinde gönül ilişkisi yaşayan kişilerin işin akışına, iş görme borcuna ve sadakat borcuna aykırı davranışları bulunmadıkça, işverenin ya da işyerindeki diğer işçilerin bu ilişkiyi hoş görmemeleri, bu ilişkiden rahatsızlık duymaları işin akışını olumsuz etkileme olarak değerlendirilemez. Davalı vekilinin istinaf başvurusunda açıkça ifade ettiği üzere, feshine gerekçe oluşturan husus, bu ilişkinin işyerinde çalışan diğer işçiler ve işveren tarafından toplumun genel ahlak anlayışına aykırı görülmesi, davalı vekilinin tabiriyle “**Türk aile yapısı ve ahlak kuralları içerisinde evli bir kadın ve erkeğin ilişki içerisinde olması ve bunu işyeri ortamında sürdürmelerinin kabul edilebilir bulunmaması**”dır. Kaldı ki, işyerinde işçilerin ve yöneticilerin bu durumu ortaya çıkarmak için ilgili kişileri takibe aldığını beyan etmesi de bu anlayışı destekleyen bir unsurdur.

Yukarıda yer alan ve 2019 yılında verilmiş iki Yargıtay 9.Hukuk Dairesi kararına nispeten oldukça eski tarihli bir Yargıtay kararında ise kısa ve net biçimde işyerindeki gönül ilişkisinin iş ve işyeri ile ilgisi bulunmadığı ifade edilmiştir.

“...Dosyadaki bilgi, belge ve özellikle davalı savunmasına göre; işyerinde iş ahlakını, iş disiplini ve emniyetini bozduğu gerekçesi ile davacının iş akdi feshedilmiştir. Yargılama sırasında dinlenen tanık anlatımlarından, davacı kadın ile aynı işyerinde çalışan diğer

bir erkek işçi arasında işyeri dışında gönül ilişkisi meydana geldiği anlaşılmaktadır. Davacının bu eyleminin ***iş ve işyeri ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır***. Açıklanan durum karşısında davacı ihbar ve kıdem tazminatını almaya hak kazanmıştır. Mahkemenin aksine görüşle bu istekleri reddetmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...¹³

C. İş sözleşmesinin fesih gerekçesinin esasen gönül ilişkisi olmasına rağmen başka bir sebep ileri sürülerek yapılan fesihler

İş sözleşmesinin gerçekte işyerinde yaşanan gönül ilişkisi nedeniyle feshedildiği bazı durumlarda işverence başka bir fesih sebebinin ileri sürülmesi de mümkün olabilmektedir. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi¹⁴, işe ***devamsızlık nedeni*** ile iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin davası ile ilgili olarak;

“...Dairemizce incelemesi yapılan 2013/1296 esas sayılı dosyada, T.. Ş..adlı işçinin iş sözleşmesinin de aynı tarihte devamsızlık gerekçesi ile feshedildiği, mahkemece asıl fesih sebebinin bölge sorumlusu ile yaşadığı gönül ilişkisi olduğu kanaatine varılarak işe iade kararı verildiği ve kararın Dairemizce onandığı anlaşılmaktadır. Somut dosyada, davalı taraf şahit dinletmemiş olup, emsal dosyada dinlenen davalı şahit anlatımlarından işverenin, davacı ile mağaza sorumlusu ... arasında yaşanan gönül ilişkisinden rahatsızlık duyduğu, ***asıl fesih sebebi işçilerin yaşadığı gönül ilişkisi olmasına rağmen fesih bildiriminde bu sebebe dayanılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır***. Davalı işveren davacı ve diğer işçinin yaşadığı gönül ilişkisinin işyerinde olumsuzluğa sebep olduğunu yöntemince ispatlayamadığına göre, gönül ilişkisi sebebi ile yapılan fesih de haklı ya da geçerli sebebe dayanmadığından davacının işe iadesine karar verilmesi gerekirken, yanılıklı gerekçe ile davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” ifadelerine yer vermiştir.

Kararda özellikle işverenin işyerinde çalışan iki işçi arasındaki gönül ilişkisinden rahatsız olduğunun tanık beyanlarından anlaşıldığı yönündeki tespit önem taşımaktadır. Dolayısıyla, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, işverenin ya da diğer çalışanların işyerinde gönül ilişkisi yaşayan işçilerin ilişkisini tasvip etmemesi, uygun görmemesi, bundan rahatsızlık duyması

¹³ Y9HD, 25.12.1997, 18665/22471 www.lexpera.com.tr ,Erişim tarihi 21.01.2021.

¹⁴ Y22 HD, 24.02.2014, 3872/3503 www.lexpera.com.tr ,Erişim tarihi 21.01.2021.

fesih için geçerli ya da haklı sebep oluşturmayacaktır. Bu esas Yargıtay 22.HD kararında karşılık bulunmuştur.

Gerçek fesih sebebinin yerine “*meşru görülebilecek bir diğer sebeb*in” feshe gerekçe oluşturmasına dair bir diğer örnek Yargıtay 22.Hukuk Dairesi’nin 2014 yılında incelediği bir uyuşmazlıktır.¹⁵ Davacı iş sözleşmesinin esasen işyerinde bir başka çalışan ile yaşadığı duygusal yakınlaşma olmasına rağmen **ekonomik kriz** gerekçesiyle ücretsiz izne çıkarıldığını, ardından da işbaşı yaptırılmayarak haksız şekilde iş sözleşmesinin feshedildiğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatını talep etmiştir. İlk derece mahkemesi “...davacının iş sözleşmesinin **devamsızlık ve ahlaka mugayir hayat tarzı sebebiyle feshinde** hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle...” davanın reddine karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 22.Hukuk Dairesi tarafından kurulan hüküm ise aşağıdaki gibidir;

“...İddia, savunma ve tanık anlatımlarından davacının işyerindeki bir başka çalışanla gönül ilişkisi içerisinde olduğu anlaşılakta ise de, davalı fesihte bu olguya dayanmamıştır. Buna rağmen mahkemece bu husus da göz önünde bulundurularak feshin haklı sebebe dayandığı kabul edilmiştir. Ancak mahkemenin fesih gerekçesini genişletmesi doğru değildir. Davacı ve davalı tanık anlatımlarından davacının izin dönüşü işe başlamak için işyerine gittiği halde işe başlatılmadığı anlaşıldığından, kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulü gerekirken reddedilmesi isabetsizdir...”

Bu olayda, öncelikle işveren ekonomik kriz gerekçesiyle önce işçiyi ücretsiz izne çıkarmış ardından işe kabul etmeyerek eylemli fesih gerçekleştirmiştir. İşverenin ekonomik kriz nedeniyle ücretsiz çıkarma işleminin arka planında yatan sebep ise işyerinde yaşanan gönül ilişkisidir. Yapılan yargılama sorasında buna ek olarak ilk derece mahkemesi de fesih sebebini genişletmiştir. Büyük olasılıkla ilk derece mahkemesi dosya içeriğinden ve yapılan yargılama aşamasında dinlenen tanık beyanlarından bu kanıya ulaşmış, bu durumu da ahlaka mugayir hayat tarzı olarak değerlendirerek feshe gerekçe yapmıştır. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, kararda işyerindeki gönül ilişkisinin feshe etkisinin olup olmayacağı konusunda bir açıklama yapmaksızın yerel mahkeme tarafından fesih nedenini genişletilemeyeceğini belirterek esas yerine usule ilişkin bir açıklamada bulunmuştur. Ancak Dairenin yukarıda yer verilen benzer olaylardaki yorum tarzı dikkate alındığında somut

¹⁵ Y22 HD, 08.04.2014, 7941/7369 www.lexpera.com.tr ,Erişim tarihi 21.01.2021.

karar açısından da esasa dair açıklamaya ihtiyaç duyulseydi benzer yönde nitelendirmede bulunabileceği tahmin edilebilir.

D. Gönül ilişkisinin taraflarından birinin ya da her ikisinin sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davrandıkları ve işyerinde olumsuzluklara neden olduğu iddiası ile yapılan fesihler

İşçinin iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli nedenle feshi için işçi tarafından yapılan davranışın *iş görme borcuna* ve/veya *sadakat borcuna* aykırılık oluşturması gerekmektedir. İşçinin iş sözleşmesinin devamı konusundaki haklı beklentisi ancak davranışları ile bu iki borcun birine ya da ikisine de aykırı davranması durumunda hukuki korumadan yoksun bırakılabilir. Ancak üçüncü kişinin davranışları nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin feshi orantılı ve ölçülü olmadığı gibi hukuka uygun olarak da değerlendirilemez. Aksinin kabulü halinde işçi, üçüncü kişinin gerçekleştirdiği bir eylemin sonuçlarına katlanmak zorunda bırakılmış olacaktır.

İş görme ve/veya sadakat borcunun ihlali ile işçinin davranışı arasında *nedensellik bağı* bulunmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, işçi, kendi davranışı (yapma/yapmama) ile iş sözleşmesinden doğan borçlara aykırı hareket etmelidir. Bu ihlalin belli bir ağırlığa ulaşarak işverenden dürüstlük kuralları gereğince iş ilişkisine devam etmesini beklenemez hale getirdiği durumlarda işveren açısından haklı nedenle fesih hakkı doğar. Bu ağırlığa ulaşmamakla birlikte iş ilişkisinin sürdürülmesinin makul sınırlar içinde beklenemediği durumlarda da işçi iş güvencesi kapsamında ise geçerli fesih, iş güvencesi kapsamı dışındaysa süreli fesih hakkı işverence kullanılabilir.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 2017 tarihli bir kararında¹⁶ iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin davranışları ile sözleşmeye aykırılık arasında nedensellik bağı bulunması gerektiğini, dolayısıyla da bu davranışlarla fesih arasında olması gereken ilişkiyi yukarıda yer verdiğimiz 15.4.2019, 10504/8673¹⁷ sayılı kararındaki ifadelerle açıklamaya çalışmış, ancak bu açıklamalardan sonra şu ifadelere yer vermiştir;

“...Somut uyuşmazlıkta davacının iş akdi daha önce aynı işyerinde çalışan ve aralarında gönül ilişkisi olduğu anlaşılan **F.Ç isimli kişinin davacıyı zorla kaçırmaya çalışması** olayı üzerine haklı nedenle feshedilmiştir. Bu fesih nedenine göre savunma alınmasına

¹⁶ Y9HD, 14.2.2017, 4182/1911 www.lexpera.com.tr ,Erişim tarihi 21.01.2021.

¹⁷ Karar künyesi için bkz dn 13.

gerek olmadığından, mahkemenin savunma alınmaması nedeni ile feshin geçersiz olduğu gerekçesi isabetli değildir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden ve tanık anlatımlarından işyerinde başlayan bir ilişki sonrasında meydana gelen bu olayın işyerine yansıdığı ve işyerinde olumsuzluklara yol açtığı, **davacının bu olaya sebebiyet veren önceki davranışları** da göz önünde tutulduğunda bu davranışları haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte işverenden iş ilişkisinin devam ettirmesi beklemeyeceği anlaşıldığından feshin geçerli nedene dayandığının kabulü ile davanın reddi yerine kabulü hatalı bulunmuştur.”

Böylelikle, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi yukarıda yer alan kararında, önce işçinin kusur ve ihmeline dayanmayan davranışlarından dolayı kendisine bir sorumluluk yüklenemeyeceğini, dolayısıyla da geçerli fesih nedeninden bahsedilemeyeceğini, ispat yükü kendisinde olan işverenin, işçinin davranışının veya yetersizliğinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve iş ilişkisinin çekilmez hal aldığına da ispat etmesi gerektiğini belirtmiş; ardından teşebbüs halinde kalmış bir suçun mağduru olan kadın işçinin iş sözleşmesinin işverence feshinin *geçerli nedene* dayandığını kabul ederek davanın reddine karar vermiştir. Her ne kadar dosya içeriğindeki her türlü bilgi ve belgeye vakıf olmasak da kararda geçen “*davacının bu olaya sebebiyet veren önceki davranışları*” ifadesinin hukuki karşılığının bulunmadığı ifade edilmelidir. Zira bu ifade, davacı kadın işçinin kaçırılmasına neden olabilecek davranışlarda bulunduğu anlamını ortaya çıkarmaktadır. Bir kimsenin kaçırılmasına neden olabilecek davranışlarda bulunduğu hukuken ve mantıken kabul edilemez. Diğer olasılık ise “önceki davranışlar” kavramı ile kastedilenin davacının aynı işyerinde çalışan bir kişiyle gönül ilişkisine girmesidir ki bu durumun da kaçırılmaya ya da feshe gerekçe oluşturması mümkün değildir.

Aynı işyerinde çalışan kişiler arasında yaşanan gönül ilişkisinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe oluşturması için, ilişki yaşandığı sırada ya da bittikten sonra, ilişkinin tarafları olan işçiler tarafından işyerinde gerçekleşen ve iş akışını, işyerindeki çalışma ortamının huzurunu bozan ya da işyerinde çalışan diğer kişilere yönelik hukuka aykırı fiillerin gerçekleştirilmesi gibi durumların varlığı gereklidir. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi¹⁸ incelediği bir uyuşmazlık bu kapsamda isabetli bir örnek oluşturmaktadır.

“...Somut olayda; dosyadaki delillere ve özellikle tanık

¹⁸ Y22HD, 02.04.2012, 13073/6143 www.lexpera.com.tr , Erişim tarihi 21.01.2021.

anlatımlarına göre, davacıyla aynı işyerinde çalışan K2 isimli bayan arasında önceden gönül ilişkisi yaşandığı, olay günü davacının adı geçen bayanın çalıştığı bölüme gidip konuşmasından sonra olayların geliştiği anlaşılmaktadır. Olaya karışan K2 isimli bayan çalışanın beyanında, davacının kendisiyle yeniden ilişki kurması yolundaki isteğini reddettiğini bildirmesi ve davacının olay gününden öncesinde de ilişkiyi devam ettirme yönündeki ısrarı birlikte değerlendirildiğinde, ilk haksız hareketin davacıdan geldiği, olayın kendisinden neşet etmediğinin kabul edilemeyeceği anlaşıldığına göre; davacının fesih sebebi yapılan davranışı *sataşma* niteliğindedir, işveren feshi haklı sebebe dayandığından davanın reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”

Karar metninde davalı işveren vekilinin, davacının iş sözleşmesinin fesih nedeni olarak 05.04.2010 tarihinde işyerinde K2 isimli arkadaşıyla tartışması ve birbirlerine fiziksel zarar vermesi nedenine dayalı olarak İK 25/II,d bendi uyarınca “sataşma” gerekçesiyle haklı nedenle feshedildiğini beyan ederek davanın reddini talep ettiği görülmektedir. Dolayısıyla işyerinde birlikte çalıştığı bir kişiye karşı, aralarında gönül ilişkisi olup olmadığı da fark etmeksizin, ilk haksız hareketi gerçekleştirecek şekilde, fiili saldırıda bulunan bir kişinin iş sözleşmesinin feshi haklı görülmelidir. Burada işverence gerçekleştirilen feshin sebebi, taraflar arasındaki gönül ilişkisi olmayıp, işyerinde bir işçinin diğer işçiye “*sataşma*” kapsamında değerlendirilen haksız ve fiziki bir müdahalede bulunmasıdır.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin eksik inceleme nedeniyle bozma kararı¹⁹ verdiği bir uyuşmazlık, yukarıda yer verilen Yargıtay 22.Hukuk Dairesi kararına konu olan uyuşmazlıkla benzer niteliktedir. Yargıtay 9.HD tarafından incelenen uyuşmazlıkta davacının iş sözleşmesi, gönül ilişkisi yaşadığı bir diğer çalışanla işyerinde “*boğuşma*” derecesine varacak şekilde kavga etmesinden dolayı işverence feshedilmiştir. İlk derece mahkemesi davacının iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedildiğine hükmetmiş, karar temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesinde, yargılama sırasında dinlenen tanıkların işverence iddia edilen kavga olayına doğrudan tanık olmadıklarını, dinlenen tanıklardan birinin (insan kaynaklar müdürü) olayın tarihi konusunda çelişkiye düşmesi ve işyerinde gerçekleşen bu olayı işverene bildiren çalışanın tanık olarak dinlenmediği gerekçelerine dayalı olarak;

¹⁹ Y9HD, 11.12.2006, 25639/32378 www.lexpera.com.tr , Erişim tarihi 21.01.2021.

“... Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre, davacı ile emrinde çalışan işçi arasında, saat 13.00 sıralarında kapalı odada gerçekleşen kavganın ne şekilde meydana geldiği, davacı ile diğer işçinin bu kavgadaki somut davranış ve sözlerinin ne olduğu, bu davranışlarının işyerinde ne şekilde olumsuzluklara yol açtığı, kavgayı başlatanın kim olduğu konularında olaya tanık olduğunu belirten ve işverene ihbar eden işveren çalışanı K1 dinlenmeli, diğer delillerle birlikte değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır” ifadeleri ile bozma kararı verilmiştir.

Yargıtay 9.HD, eksik inceleme nedeniyle bozduğu bu kararda, işyerinde yaşanan ve işyeri düzenini bozacak ağırlıkta bir olayın şüpheye yer vermeyecek şekilde araştırılmasını istemiştir. Gerçekten de işyerinde fiili saldırı ağırlığına varan haksız müdahalelerin yaşanması, özellikle fiili davranışı başlatan işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine gerekçe oluşturacaktır. Dolayısıyla bu hususların şüpheye yer vermeyecek şekilde araştırılması ve kararın bu bulgulara göre tesis edilmesi önemlidir.

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin 2012 tarihli bir başka kararına²⁰ konu olan diğer bir uyuşmazlıkta yerel mahkeme aynı işyerinde çalışan iki işçi arasındaki ilişkisinin işyerinde olumsuzluklara neden olduğunu kabul ederek davanın reddi yönünde hüküm kurmuştur. Yargıtay karar metninde davalı vekilinin açıkça “...davacı ile işyerinde çalışan K1 arasındaki ilişki nedeniyle iş akdinin sona erdirildiğini...” beyan ettiği görülmektedir. Temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay 22.HD aşağıdaki ifadeleri içeren hüküm tesis ederek davacının iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ve işe iadesine, isabetli olarak karar vermiştir.

“...Dosya içeriğine göre; davacı ve işyerinde çalışan dava dışı K1 arasında bir gönül ilişkisi olduğu iddiasıyla iş akışının ve ortamının olumsuz şekilde etkilendiği gerekçesiyle iş sözleşmesi haklı sebep nedeniyle feshedilmiş ise de; tanık anlatımlarından her iki işçinin iş ilişkisi çerçevesinde görüştükleri ve davacı ile K1 arasında iş ortamının düzenini bozacak düzeyde herhangi bir hal ve tavır içinde olduklarına dair görgüye dayalı bilgilerinin olmadığı, sadece ikisi arasında ilişkileri olduğuna dair duyum aldıkları anlaşılmaktadır. Ayrıca; davacının çalışmasına ilişkin işi aksattığını kanıtlayacak

²⁰ Y22 HD, 21.06.2012, 18241/14160 www.lexpera.com.tr , Erişim tarihi 21.01.2021.

mahiyette işverence bir delil ileri sürülememiştir. Fesih geçerli nedene dayanmamaktadır. Davacının işe iade isteğinin kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...”

Gönül ilişkisi nedeniyle iş sözleşmesinin feshiyle ilgili oldukça tartışmalı bir karar da Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin 2015 yılında verdiği bir karardır²¹. Karara konu olan olay, bir bankada şube yöneticisi olarak çalışan işçinin, aynı şubenin müdürü ile ilişki yaşaması nedeniyle iş sözleşmesinin feshidir. Kararda üzerinde durulması gereken hususlardan ilki davalı vekilinin ilk derece mahkemesinde yaptığı savunmadır. Davalı vekili “...davacının müşteri ilişkileri yöneticisi olarak çalıştığı bankanın şubede müdürü ile **özel ilişki yaşadığının tespit edildiğini, bu hususla ilgili olarak kendilerinden bilgi alınmak istendiğinde herhangi bir yazılı açıklama yapmadıklarını, ortaya çıktığında ise gizlenmeye çalışılarak banka ile çalışan arasındaki güvenin zedelendiğini**, iş sözleşmesinin ihtarname ile geçerli sebebe dayanarak feshedildiğini, banka müdürü ile ilişki yaşayan davacının performansını şube müdürü değerlendirdiği için müdürün bu değerlendirmelerde objektiften uzak davranma ihtimalinin diğer çalışanlar açısından çalışma etkinliği ve eşitliğini ihlal edecek nitelikte bulunduğunu ileri sürerek...” davanın reddini talep etmiştir.

Bu uyuşmazlıkla ilgili olarak üzerinde durulması gereken ilk husus çalışanlar arasındaki ilişkinin tespit edilmesi üzerine, işverence taraflardan konuya ilişkin olarak “**yazılı açıklama**” talep edilmesidir. Bu yazılı açıklamanın yapılmaması üzerine, taraflar arasındaki ilişkinin gizlenmeye çalışıldığı ve bu durumun da işverenin (bankanın) güveninin zedelendiği yönündeki iddiadır. İlk derece mahkemesi, son derece isabetli bir yorum yaparak “... işveren tarafından fesih sebebi yapılan olayda iki yetişkin birey arasındaki gönül ilişkisinin banka üst düzey yetkililerine bildirilmesini beklemenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi Anayasa ve İş Kanunlarında böyle bir zorunluluğun tanımlanmadığı, sübjektif olarak evli bir insanla bir işçinin ilişkisinin yargılanmasının ve kabul görmemesinin mümkün bulunmasına rağmen bu durumun sadece muhatapların eş ve yakınlarını ilgilendireceği, bu sebeplere dayanarak iş sözleşmesini feshetmesinin iş kanununda haklı bir gerekçe olarak kabul edilmediği ve bu nedenle feshin haksız olduğu...” sonucuna vararak davacının işe iadesi yönünde hüküm tesis etmiştir. İlk derece mahkemesi, uyuşmazlık konusunu ele alırken, işverenin feshe gerekçe olarak

²¹ Y22HD, 19.1.2015, 35211/79 www.lexpera.com.tr , Erişim tarihi 21.01.2021.

gösterdiği “ilişkileri hakkında yazılı bilgi vermeme” iddiasını, tarafların böyle bir yükümlülüğünün olmadığı, yaşadıkları ilişkinin kabul görmemesinin mümkün olmakla birlikte bu durumun sadece tarafların eş ve yakınlarını ilgilendiren bir husus olduğunu belirtmiştir. İlk derece mahkemesi açıkça “*özel yaşam*” kavramını kullanmamakla birlikte özellikle Anayasa’ya yaptığı atıf ve bu durumun işvereni değil ancak muhatapların yakınlarını/eşlerini ilgilendirdiğini ifade ederek ilkesel olarak “*özel hayatın gizliliği*” prensibine üstünlük tanımıştır.

Kararın temyizi üzerine, Yargıtay 22.Hukuk Dairesi;

“...davacı ile aynı şubede üssü konumundaki dava dışı evli şahsın özel ilişki yaşadıkları, bu durum hakkında davalı bankaca bilgi istenilmesine rağmen reddedildiği sabittir. İşverenin bu davranışı yapan işçi ile iş ilişkisini sürdürmesi beklenemeyeceğinden, işverence yapılan feshin geçerli sebebe dayandığı kabul edilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” ifadelerine yer vermiştir.

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi’nin, yukarıda incelediğimiz ve isabetli bulduğumuz kararlarından sonra verdiği bu karar çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Öncelikle, karar metninden işçilerin talep edildiği zaman işverene yazılı olarak özel hayatları hakkında bilgi verme yükümlülüklerinin bulunduğu, bunun yerine getirilmemesinin geçerli fesih sebebi olduğu yönünde bir algıya neden olmaktadır. Oysa İş Kanunu’nun 18/III, d fıkrası “... medeni hal, aile yükümlülükleri...ve benzeri nedenlerin” geçerli fesih sebebi sayılmayacağını hükme bağlamaktadır. İşçinin medeni hali ve aile yükümlülükleri yanı sıra özel hayatları “benzeri neden” kapsamında değerlendirilmelidir. Bu yorum özel hayatın gizliliğini koruma altına alan Anayasa kuralının da gereğidir.

Bu kararla ilgili değinilmesi gereken diğer husus ise davalı vekilinin feshin geçerli olduğu yönündeki iddiasına gerekçe olarak gösterdiği “banka müdürü ile ilişki yaşayan davacının performansını şube müdürü değerlendirdiği için müdürün bu değerlendirmelerde objektiften uzak davranma ihtimalinin diğer çalışanlar açısından çalışma etkinliği ve eşitliğini ihlal edecek nitelikte” bulunmasıdır. Şayet aralarındaki ilişki nedeniyle amir konumundaki işçi, diğer işçiye hak etmediği şekilde performans değerlendirmesinden yüksek not veriyorsa ya da diğer çalışanların performansı daha yüksek olmasına rağmen, sadece aralarındaki ilişki nedeniyle daha yüksek not veriyorsa, işveren bu durumu objektif olarak kanıtlayabiliyorsa, bu durum, amir işçi açısından

işverene karşı iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin ihlalidir. Ancak bu yönde somut bir tespit bulunmaksızın, işverenin ya da diğer çalışanların bu konuda şüphe duymaları, amir konumundaki işçinin iş sözleşmesinin feshi açısından yeterli sebep oluşturmaz. Amir konumunda bulunan işçinin, ilişki yaşadığı diğer kişiye haksız yere yüksek not verdiğinin objektif olarak kanıtlandığı durumda, bu davranış işveren açısından işçiye duyduğu güveni sarsacak niteliktedir. Çünkü bu yönde bir davranış işverence, işveren vekili konumunda olan (amir) işçiye tanınan yetki sınırının aşılması, yetkinin objektif iyiniyet kurallarına aykırı şekilde kullanılmasıdır. Bu durum da şüphesiz işçinin özen borcuna aykırılık teşkil edecektir.

İşyerinde performans değerlendirme sistemi uygulanıyorsa, bu sistemde kullanılan ölçütler genel, objektif ve denetlenebilir olmalıdır. Bu özellikleri taşıyan bir değerlendirme sistemi, sadece amirin diğer çalışan hakkındaki subjektif düşüncelerine ve değerlendirmelerine dayalı olmayacağından çalışanlar açısından da şeffaf ve denetlenebilir bir süreç ortaya çıkaracaktır. Böylelikle işveren de amir konumundaki işçinin performans değerlendirmesi sırasında kendisi ile ilişki içinde olan ya da tam tersi kendisiyle arasında husumet bulunan çalışanlar ile ilgili olarak verdiği performans değerlendirme notlarının objektif olup olmadığını, amir konumundaki işçinin kendisine verilen yetkiyi kötüye kullanıp kullanmadığını denetleyebilecektir. Performans değerlendirme sisteminin objektif, genel ve denetlenebilir ölçütler yerine amirin kişisel düşüncelerine dayanması durumunda, sadece inceleme konumuz açısından değil, amir tarafından yapılan her değerlendirme işlemi objektiflikten uzak, çalışanlar açısından endişe ve huzursuzluğa sebep olabilecek, eşitlik ilkesini zedeleyebilecek nitelikte olacaktır.

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi kararına konu olan uyuşmazlıkta, şube müdürü pozisyonunda bulunan kişinin, gönül ilişkisi yaşadığı davacının performans değerlendirmesinde objektif davranmadığı, haksız olarak yüksek not verdiği hususlarına yönelik bir delil sunulmadığı, bu konudaki genel bir şüpheye dayanıldığı karar metninden anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda, bizatihi şüphe iş sözleşmesinin feshi açısından geçerli sebep oluşturamaz. Zira, davacı işçinin somut olarak hangi *sözleşmesel yükümlülüğü* ihlal ettiği belli değildir.

İşyerinde yaşanan gönül ilişkisinin, tarafların özel hayatlarının sınırını aşarak işyerinde olumsuzluklara sebep olduğu, taraflardan birinin ya da ikisinin de sadakat borcuna ve/veya iş görme borcuna aykırılık oluşturan davranışlara dönüştüğü örnekler de bulunmaktadır. Amir konumundaki

işçinin yetkilerini kötüye kullandığı bir uyuşmazlık bu kapsamda iyi bir örnek oluşturmaktadır. Ankara BAM 6.Hukuk Dairesi tarafından incelenen uyuşmazlıkta²² davalı işveren, son görevi itibarıyla amir konumunda bulunan davacının iş sözleşmesinin "...çalışma süresi içinde işyerini izinsiz olarak terk etme, kurallara uymama, başka personele küfür etme - personeli darp etme gibi hareketlerde bulunduğunu ve davacıya birden çok kez ihtar verildiğini, ..., davacının aynı birimde çalışan K1 adlı personelle yakınlaştığını, K1 adlı personelin işyerinde anlaşılmadığı kişileri davacıya şikayet ettiğini, davacının da bu kişiler hakkında olumsuz görüş bildirip bu kişilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesine sebebiyet verdiğini, K1'nın 'benim arkam sağlam kendinize dikkat edin' gibi sözlerle personelin motivasyonunu düşürdüğünü, davacı ve K1'nın işyerinde samimi bir şekilde görüldüğünü, durumun anlaşılması üzerine, davacıdan savunma istendiğini, ancak davacının savunma vermek istemediğini, durumun disiplin kurulunda görüşülmesi üzerine ..." haklı nedenle feshedildiği şeklinde savunma yapmıştır. İlk derece mahkemesi feshin haklı olduğuna hükmederek davacı lehine sadece ödenmeyene işçilik alacaklarına hükmetmiş, karara karşı her iki taraf da istinaf yoluna başvurmuştur. Ankara BAM 6.Hukuk Dairesi, yaptığı inceleme sonucunda aşağıdaki şekilde hüküm tesis etmiştir;

"...Evli ve amir konumunda olan bir işçinin aynı işyerinde başka bir işçi ile gönül ilişkisi yaşaması, amir olmasından kaynaklı yetkilerini şahsi saiklerle kullanması, amirlik yetkilerinin gönül ilişkisi içinde olduğu kişi tarafından diğer işçilere karşı kullanılması, İş Kanunu'nda düzenlenen ahlak ve doğruluk kurallarına aykırılık sebebiyle haklı ve derhal fesih nedenidir. Dosyada yer alan birden çok işçi tarafından yazılan şikayet dilekçeleri, davalı tanıklarının beyanları ve tüm dosya içeriği bir arada değerlendirildiğinde feshin haklı olduğu sonucuna ulaşılmıştır"

Ankara BAM 6.Hukuk Dairesi'nin kararında isabetle tespit edildiği gibi, işyerinde çalışanlar arasındaki gönül ilişkisi nedeniyle, somut olarak amir konumunda bulunan işçi, kendisine verilen yetkileri hukuka ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanıyorsa, bu durum işveren açısından haklı fesih sebebi yaratır. Anılan durumların varlığı söz konusu olduğunda, bu durum işçinin özel hayatının gizliliği kapsamında korunmaz. Zira burada işverence iş sözleşmesinin feshi, işçinin yaşadığı ilişki değil, bu ilişki nedeniyle sahip

²² Ankara BAM 6.HD, 9.10.2018, 3072/2130 www.lexpera.com.tr , Erişim tarihi 21.01.2021.

olduğu yetkileri, şahsi saiklerle hukuka aykırı şekilde kullanma, iş görme borcunun ihlali, sadakat borcunun ihlali gibi iş sözleşmesinden doğan asli yükümlülüklerle aykırılık sonucunda gerçekleşmektedir.

Yukarıda yer alan Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin 2015 yılında verdiği karar ile Ankara BAM 6.HD kararı arasındaki fark, ikinci karara konu olan olayda amir konumundaki işçinin sahip olduğu yetkileri fiilen hukuka aykırı şekilde kullanmış olmasıdır. Dolayısıyla ihlal sübut bulunduğundan iş sözleşmesinin feshi açısından işveren için haklı gerekçe oluşturmaktadır.

Aynı işyerinde çalışan işler arasında yaşanan gönül ilişkisinin işyerinde olumsuzluklara sebep olması, işçi açısından iş sözleşmesinden doğan asli ya da yan yükümlülüklerle aykırılık oluşturan durumlara açıklayıcı bir örnek olarak İstanbul BAM 28.Hukuk Dairesinin bir kararı²³ verilebilir. Somut uyuşmazlıkta, işveren bir havayolu şirketi olup, bir işçinin iş sözleşmesini yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin disiplin hükümleri gereğince **“ortaklığın veya ortaklık personeli yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmek veya davranışlarda bulunmak ortaklık veya ortaklık personeli hakkında şeref ve haysiyet kırıcı, asılsız ihbar ve isnatlarda bulunmak”** gerekçesiyle haklı nedenle feshetmiştir. Davacı, iş sözleşmesinin haksız feshedildiğini iddia ederek dava açmıştır. Feshe gerekçe oluşturan olay ise davacının, eskiden gönül ilişkisi yaşadığı, aynı şirkette pilot olarak çalışan kişinin başka bir kadınla birlikte olduğunu öğrenmesi üzerine, eski sevgilisi aleyhine giriştiği haksız ve hukuka aykırı eylemlerdir. Kısaca açıklamak gerekirse, davacı işçi, aynı havayolunda 2.pilot olarak çalışan eski sevgilisine zarar vermek amacıyla, eski sevgilisinin görüştüğü dava dışı kadınla iletişime geçerek, şirketin üst düzey yöneticilerinin e-mail adreslerini vermiş, dava dışı kadından bu adreslere kendisi tarafından hazırlanmış mailleri atarak eski sevgilisi aleyhine “Ankara’da bir otelde bir araya gelmelerini gerekirse rızaya dayanmayan tecavüz gibi lanse etmesini” telkin etmiştir. Davacı hakkında açılan disiplin soruşturmasında davacı bu iddiaları kısmen ikrar etmiştir. Disiplin soruşturması sırasında e-mail yazışmalarının dosyaya ibrazı ve ikrar sonucunda iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir.

İstanbul BAM 28.Hukuk Dairesi, işverence yapılan feshin hukuka uygun olduğuna karar vererek davacının istinaf başvurusunu reddetmiştir. Bu davaya esas teşkil eden olay, çok açık bir şekilde aynı işyerinde çalışan iki kişi

²³ İstanbul BAM 28.HD, 11.07.2019, 1615/1384 www.lexpera.com.tr , Erişim tarihi 21.01.2021.

arasındaki gönül ilişkisi değildir. Burada, gönül ilişkisi yaşayan taraflardan biri, ilişki sona erdikten sonra dava dışı ve şirket dışı bir kişiye, eski sevgilisi hakkında iftiraya varacak kadar asılsız ve ağır ithamlarda bulunarak şirket yetkililerine şikâyette bulunması, gerekirse işverenin adını da kullanarak basın yayın organlarına mail atmasının önerilmesi gibi sadakat borcuna aykırı birçok fiil gerçekleştirmiştir. Bu fiillerin, ceza hukuku açısından da sonuçları bulunduğu tartışmasızdır. İşverenin, bu tür ihlalleri gerçekleştiren bir işçisiyle iş ilişkisine devam etmesi dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenemez. Bu kapsamda gerçekleştirilen fiillerin, kişilerin özel hayatı kapsamında yer aldığı da düşünölemeyeceğinden yerel mahkemenin ve İstanbul BAM 28.Hukuk Dairesi'nin kararları olayın hukuki tahlili ve sonucu açısından son derece yerindedir.

Bazı durumlarda işyerinde yaşanan gönül ilişkisinin, tarafların özel hayatı alanı dışına çıkıp işyerinde olumsuzluklara neden olup olmadığı yukarıda yer verdiğimiz bazı kararlardaki kadar açık olmayabilir. İşyerinde olumsuzluklara yol açan ya da işyerinde yapılması doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan davranışlara örnek olarak Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin 2019 tarihli bir kararı verilebilir.²⁴ Karara konu olan olayda, bir banka şubesinde müdür yardımcısı olarak çalışan davacı ile aynı şubede çalışan diğer işçi arasında işyerinde fiziki yakınlaşma gerçekleşmiştir. İşveren, durumu güvenlik kameralarından görmüş, bu olay hakkında kadın işçi tarafından bir şikâyet olmamasına rağmen işyeri içinde bu nitelikte bir fiilin gerçekleşmesi nedeniyle disiplin soruşturması açmıştır. İlk derece mahkemesi, "...somut olayda, iş yerindeki meydana gelen olay ile ilgili her hangi bir şikâyet olmadığı halde, işveren tarafından kamera kaydı ile tespit olunan görüntülere dayanılarak, davacının iş sözleşmesinin feshedildiğinin anlaşıldığı, davacı ve hanım arkadaşının, davalı işyerindeki yakınlaşmaları yanlar arasında çekişmesiz olmakla birlikte, eylemin anlık oluşu, işyerinde müşteri bulunmayışı, olayı bir başka çalışan işçinin de görmeyişi göz önünde tutulduğunda söz konusu eylemin ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller nedeniyle iş verenin haklı nedenle derhal fesih hakkı kapsamında olduğunu kabul etmenin ağır bir sonuç olup ölçülülük ilkesi ile de bağdaşmadığı göz önüne alındığında iş akdinin feshinin haklı ya da geçerli nedene dayandığı kabul edilemediği..." gerekçesiyle feshin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 9.Hukuk Dairesi ise;

²⁴ Y9HD, 12.02.2019, 30145/3397 www.lexpera.com.tr , Erişim tarihi 21.01.2021.

“...Somut uyuşmazlıkta, dosyadaki bilgi ve belgelerden davalı iş yerinde müdür yardımcısı olarak görev yapan davacı işçinin evli olan diğer bir kadın çalışan ile duygusal ilişki içine girdiği, iş yerine ait elektronik postayı kullanarak yazıştığı, en son olarak kadın çalışan ile iş yerinde öpüştüğü, bu durumun güvenlik kameraları tarafından kaydedildiği, duruma güvenlik kameralarının kaydı nedeni ile vakıf olan davalı işverenin davacı işçiyi bu fiili nedeniyle işten çıkarttığı anlaşılmaktadır. Özel hayat ve özel hayatın gizliliği kuralı işyerinde ve başka bir çalışana karşı alenen yapılan fiili kapsamaz. Feshe konu edilen davranış da kadın işçinin rızasının olup olmadığı hususu tam olarak açıklığa kavuşturulamasa da davacı işçinin iş yerinde evli olan başka bir çalışan ile yukarıda açıklanan şekilde bir olay yaşaması başlı başına doğruluk ve bağlılık ile bağdaşmayan hal olup, işveren feshi haklıdır...” yönünde tespitle bulunarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Gerçekten işyerinde çalışan kişiler arasında, işyeri ortamının gerektirdiği davranışların dışında değerlendirilebilecek bu şekilde fiili temasların işçilerin özel hayatı kapsamında kaldığını kabul etmek kolay olmayabilir. İlk derece mahkemesinde eylemin anlık olduğu, müşterilerin olmadığı bir ortamda gerçekleşmiş olması gibi hususlara dayalı olarak feshin geçersizliğine karar verilmişse de anılan durum işyeri sınırları içinde gerçekleşmiştir. Genel geçer bir kural konulması mümkün olmamakla birlikte, işçilerin kendilerinden sadır olan fiillerin işyeri ortamına ve iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerine uygun olması gerektiğinden hareketle, işyerinde yaşanan öpüşme gibi bir eylemin işveren açısından geçerli feshe sebep olabileceği kabul edilebilir.

II. Anayasa Mahkemesi'nin 2017/14907 sayılı Bireysel Başvuru Kararında Gönül İlişkisinin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisini Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi'nin 2017/14907 sayılı bireysel başvuru kararına²⁵ konu olan uyuşmazlıkta, başvuruçunun iş sözleşmesi, aynı işyerinde bir başka çalışanla gönül ilişkisi içinde olması gerekçesiyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir;

“...Fesih bildiriminde; başvuruçunun V.B. isimli şirket çalışanı

²⁵ Karar t:30.09.2020, RG:9.12.2020/31329, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/14907> Erişim tarihi: 15.01.2021.

ile ilişkisinin olduğu, bu ilişkiyi öğrenen V.B.nin eşinin şirket çağrı merkezini arayarak başvurusunun canlı bomba olduğuna dair ihbarda bulunduğu yapılan iç araştırma ve V.B.nin savunmasından anlaşıldığı belirtilmiştir. Yapılan ihbar nedeniyle İlçe Emniyet Müdürünün şirkette inceleme yaptığı, üretim kaybı, korku gibi huzursuzluk yaratan durumların meydana geldiği ifade edildikten sonra anılan olayın oluşumunda başvurusunun işyerinde başka bir çalışan ile yaşadığı ilişkinin etkili olduğu vurgulanarak 10/6/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı bendi uyarınca iş akdinin feshedildiği belirtilmiştir...”²⁶

Başvurucu, bu fesih işlemine karşı Manisa 1.İş Mahkemesinde feshin geçersizliğinin tespiti istemiyle dava açmış, yerel mahkeme işe iade kararı vermiş, ancak kararın temyizi üzerine Yargıtay 22. Hukuk Dairesi kararı bozmuştur.²⁷ Yargıtay 22.Hukuk Dairesi kararında;

“...Dosya içeriğinden, 27.09.2007 tarihinden beri davalı işyerinde çalışan davacının iş sözleşmesinin 05.02.2015 tarihinde, şirket çalışanı olan ... isimli işçi ile aralarındaki ilişkinin ...'ın eşi tarafından öğrenilmesi üzerine, ...'ın eşinin şirketin çağrı merkezini arayarak davacı hakkında canlı bomba olduğu yönünde ihbarda bulunduğu, emniyet müdürlüğü ekiplerince şirkette incelemeler yapıldığı, bu durumun ilgili alanda üretim kaybı, korku ve huzursuzluk oluşturduğu gerekçeleriyle 4857 sayılı Kanun'un 25/II. maddesi uyarınca feshedildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, mahkemece, işyerinde zarar oluştuğuna dair dosyaya delil sunulmadığı, yine davacı ile ... isimli işçi arasında iş ilişkisi dışında farklı bir ilişkinin olduğunun ispat edilemediği ve davacının olaya ilişkin savunmasının alınmadığı belirtilerek davanın kabulüne karar verilmiş ise de, karar dosya içeriğine uygun düşmemektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre, 25/II. maddeye göre yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınmasına gerek yoktur. Dosya içeriği, davacı ile ilişki yaşadığı iddia edilen ... isimli işçinin olaya dair alınan savunması dikkate alındığında, davacının ... isimli işçi ile çalışma arkadaşlığı ilişkisini aşan bir ilişki yaşadığı, bu ilişkinin işyerinde olumsuzluklara yol açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumun,

²⁶ AYM karar metni paragraf (§) 8 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/14907>)

²⁷ Y22HD, 13.10.2016, 18579/23300, www.lexpera.com.tr Erişim tarihi: 18.01.2021.

haklı fesih sebebi ağırlığında olmasa da, işin yürütümünü bozucu nitelikte olduğu, işyerinde olumsuzluğa yol açtığı ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin, işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği açıktır. Şu halde, iş sözleşmesinin feshinin geçerli sebebe dayandığının kabulü ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır...” ifadelerine yer verilmiştir.

Dolayısıyla Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesinin aksine, uyumsuzluk konusu olayda iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Bu yorum ile yüksek mahkeme, işyerinde emniyet ekiplerince yapılan incelemeler nedeniyle yaşandığı iddia edilen üretim kaybı, korku ve huzursuzluğun nedeni olarak işyerinde çalışan iki işçi arasındaki gönül ilişkisini görmüş ve buna göre hüküm tesis etmiştir. Oysa emniyet ekiplerinin işyerinde inceleme yapmasının sebebi, gönül ilişkisi içindeki diğer işçinin eşinin yaptığı iddia edilen asılsız ihbardır. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin somut olaya dair yorumu, öncelikle bu açıdan sorunludur. Ayrıca kararda davacının yaşadığı ilişkinin işyerinde olumsuzluklara neden olduğu ifadesi de yer almaktadır. Bu ifade tarzı, Yüksek Mahkemenin işyerinde yaşanan ilişkinin, bizatihi olumsuzluğa neden olduğu yönünde bir kanaate ulaştığını düşündürecek nitelikte olup yukarıda aynı daire tarafından verilen ve isabetli olduğumuz kararlardan da ayırlmaktadır.

Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin verdiği kararı müteakip, başvuru Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi kararında başvurunun esasına dair yapılan açıklamalarda, öncelikle uyumsuzluğun gerçek kişiler arasındaki iş sözleşmesinin ahlaki durum gerekçe gösterilerek sona erdirilmesine ilişkin olduğu, bu nedenle kamu makamlarının herhangi bir müdahalesinin olmadığı belirtilmiştir. Ardından devletin, özel hayata saygı hakkının etkili olarak korunması için pozitif yükümlülüğü olduğu ve bu kapsamda özel hukuk ilişkilerinde de bu hakkın korunması için gerekli önlemler almakla yükümlü olduğu şu şekilde ifade edilmiştir;

“Bununla birlikte devletin, özel hayata saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından da anılan hakkın korunması için gerekli önlemlerin alınmasını da içerir (*Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013,

§ 32; *Ömür Kara ve Onursal Özbek*, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, §§ 45-46).”²⁸

Anayasa Mahkemesi, iş hukukuna ilişkin davalarda, derece mahkemelerinin çalışanların Anayasa ile güvence altına alınmış olan haklarına yönelik müdahale iddiaları karşısında Anayasanın sağladığı güvencelerin göz ardı edilmemesini, işverenler ile çalışanlar arasındaki çıkar çatışmasının adil şekilde dengelenerek, yapılan müdahalenin işverenin meşru amaçlarıyla ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesini, ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken de ilgili ve yeterli gerekçeler sunulması gerektiğini kararda belirtmiştir.²⁹

Anayasa Mahkemesi, başvurucunun talebini “özel hayata saygı hakkı”³⁰ çerçevesinde ele almıştır. Anayasa Mahkemesinin yaptığı değerlendirmede, çalışana tanınan temel hak ve özgürlüklerin -somut olayda özel hayata saygı hakkının- işyeri sınırları dahilinde de korunduğu, işyeri kurallarının çalışanların temel haklarının özünü zedeleyecek nitelikte olmaması gerektiği ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin inceleme konumuz açısından meseleyi değerlendirirken göz önünde tuttuğu ilkeler aşağıdaki paragrafta yer almaktadır;

“Bu bağlamda işçinin aynı işyerinde çalışan başka bir işçiyle ilişki yaşaması hâlinde işverenin sadece bu nedene dayanarak iş akdini feshedebileceğini kabul etmek, işçinin demokratik bir toplumda temel haklarına ve özgürlüklerine işyerinde de saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki haklı beklentisiyle uyuşmayacaktır. Bu çerçevede çalışanın diğer bir çalışanla yaşadığı ilişkinin işin yürütülmesini, iş sağlığını ve güvenliğini etkileyip etkilemediği önem taşımaktadır”³¹

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, işverenin salt gönül ilişkisine dayalı olarak iş sözleşmesini feshetmesinin meşru olmadığını, aynı işyerinde çalışan işçiler arasında yaşanan bir gönül ilişkisinin işin yürütümünü, iş sağlığı ve

²⁸ AYM karar metni, § 36.

²⁹ AYM karar metni § 39

³⁰ AYM karar metni § 41 vd.

³¹ AYM karar metni § 42; AİHM içtihadında özel hayatın korunmasına dair ayrıca bkz. Alpagut, s. 284-288.

güvenliğini etkileyip etkilemediğinin önem taşıdığını belirterek yukarıda çeşitli vesilelerle değinmiş olduğumuz esası kararında vurgulamıştır. Daha açık bir ifadeyle, aynı işyerinde çalışan iki işçinin yaşadığı gönül ilişkisi, kural olarak işyeri ve işveren ile ilgili değildir. İş sözleşmesinin feshi için işçinin kusurlu davranışı ile sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, işçinin sözleşmesel yükümlülüğüne aykırı davranışı ile iş görme, özen ya da sadakat borçlarından birini ya da birkaçını ihlal etmesi veya söz konusu davranış ile işyerinde olumsuzluklara neden olması gereklidir. Anayasa Mahkemesi, çalışanlar arasındaki gönül ilişkisinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe oluşturabilmesi için ilişkinin varlığı ve işin yürütümüne olumsuz etkisini de yeterli görmemiş, bu durumların gerçekleşmesi halinde dahi iş ilişkisine devam etmesinin işveren açısından beklenemez olduğunun işverence tam olarak ispat edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu esasları kararda aşağıdaki şekilde ifade etmiştir;

“Ayrıca işyerinde yaşanan ancak işin işleyişine etkisi olmayan her ilişkinin fesih nedeni olacağını doğrudan kabul etmek, işverenin menfaatleri ile işçinin menfaatleri arasında pozitif yükümlülükler kapsamında devlet tarafından korunması gereken dengenin işçi aleyhine bozulması sonucunu doğuracağı söylenebilir. Bu açıklamalar yukarıda belirtilen pozitif yükümlülüğe ilişkin ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde, iki çalışan arasındaki ilişkinin iş akdinin feshi nedeni olarak kabul edilebilmesi için ilişkinin varlığı ve anılan ilişkinin işin yürütülmesine olumsuz etkileri ile birlikte iş akdinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceğinin işveren tarafından tam olarak ortaya konulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca derece mahkemeleri tarafından da ilişkinin işyerine ve işin işleyişine olan yansımaları işyerinin kapasitesi, işçinin ifa ettiği görevi, sicili, ilişkinin kim tarafından alenileştirildiği gibi hususlar gözetilerek değerlendirilip yeterli ve ilgili gerekçe ile açıklanmalı, iş akdinin feshinin işverenin meşru amacına uygun ve orantılı olup olmadığı gözetilerek işveren ile çalışan arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmelidir.”³²

Anayasa Mahkemesi, işveren açısından fesih hakkının hangi koşullarda doğacağını ve kullanabileceğini belirlemenin ötesinde, derece

³² AYM karar metni §43.

mahkemelerinin de yargılama sırasında işverence gerçekleştirilen feshin meşru amaca uygun ve orantılı olup olmadığını denetlemekle yükümlü olduklarına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı bu açıdan da yol gösterici niteliktedir.

Somut olaya dair olarak Anayasa Mahkemesi, bir ihbar sonucunda işyerinde olumsuzluklara ve zarara sebebiyet olunduğu iddiası ile iş sözleşmesi feshedilmesine rağmen, ceza yargılaması sırasında ihbarı yapan kişinin başvuruçunun ilişki yaşadığı, aynı işyerinde çalışan V.B'nin eşi olmadığını ortaya çıktığını, işverenin işin durması ve zarara uğradığına dair iddialarını destekleyen belge sunmadığını, mahkemenin de bu konuda araştırma yapmadığını, dinlenen tanıkların işyerinde yaşandığı iddia edilen olumsuzluklara dair beyanlarının alınmadığını belirtmiştir. Bu açıklamalar, ilk derece mahkemesi ve Yargıtay 22.Hukuk Dairesi'nin eksik inceleme yaptığını da ortaya koymaktadır. Bu tespitleri müteakip karar metninde aşağıdaki ifade yer almaktadır;

“Öte yandan üretime ara verilmiş ve işveren zarara uğramış olsa bile bu durumun başvuruçunun kusurundan kaynaklanmadığının sabit olduğu dikkate alındığında, başvuruçunun yaşadığı iddia edilen ilişkinin işyerinde olumsuzluklara neden olduğu hususunun işveren tarafından ortaya konulamadığı anlaşılmaktadır.”³³

Gerçekten de, iş sözleşmesinin feshi için işçi tarafından gerçekleştirilen kusurlu bir eylem işyerinde olumsuzluğa neden olmalıdır. Diğer bir deyişle, işçi kusurlu bir davranışı ile sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davranmalı ve bunun sonucunda işyerinde bir olumsuzluk ya da zarar ortaya çıkmalıdır. Nitekim, yukarıda yer verdiğimiz, işyerinde yaşanan sataşma ya da boğuşma olarak nitelendirilebilecek fiziki davranışların işyerinde olumsuzluğa neden olduğu açıktır. İşçinin kusuruna dayanmayan durumlar, işçinin davranışı ile uygun nedensellik bağı içinde olmayan olumsuzluklar ya da zarar iş sözleşmesinin feshine meşru gerekçe oluşturamazlar. Dolayısıyla, ispat yükü açısından konu ele alındığında işveren, işçinin sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davrandığını, bu nedenle zarara uğradığını ya da işyerinde olumsuzluk yaşandığını somut olgularla ortaya koymalı, bu olumsuzluğun ya da zararın işçinin kusurlu davranışı nedeniyle ortaya çıktığını da ispatlamalıdır. Bunun ötesinde, sözleşmeye devam etmesinin kendisinden makul ölçüler içinde beklenemeyeceğini de

³³ AYM karar metni §44.

yargı organı huzurunda ispat ile yükümlüdür. Ancak bu unsurları taşıyan bir fesih, makul, ölçülü ve hukuka uygun olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, yargılama aşamasında, işverenin V.B isimli işçinin savunmasını mahkemeye delil olarak sunmasına rağmen, yargılamaya kadar başvurucuya bu imkanı tanımadığını, dolayısıyla başvurucunun bu beyana karşı görüşlerini sunma olanağından yoksun bırakıldığını, bu durumun derece mahkemeleri tarafından gözetilmediğini, V.B'nin tanık olarak dinlenmediği gibi işveren tarafından dosyaya sunulan savunmasının doğruluğunun da araştırılmadığını kararda ifade etmiştir.³⁴ Bu ifadeler ile Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesi tarafından gerekli incelemelerin yapılmadığına bir kez daha işaret etmiş olmaktadır. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi başvurucunun özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda şu ifadeler yer almaktadır;

“Bu durumda yargılama sürecinde başvurucunun başka bir işçiyle ilişkisinin olduğu, bu ilişkinin başvuru tarafından alenileştirildiği ve ilişkinin işyerine olumsuz etkilerinin olduğu, ayrıca oluşan olumsuzluklar nedeniyle iş akdinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği hususlarının işveren tarafından ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca iddia edilen ilişkinin varlığına ve işyerine yansımalarına ilişkin yeterli bir araştırmanın yapıldığı ve olaya özgü gerekçe sunulduğu da söylenemez. Açıklamalar bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, iş akdinin feshinin işverenin amacına uygun ve orantılı olup olmadığı hususu gözetilerek işveren ile çalışanın çıkarları arasında adil bir denge kuracak özenli bir yargılama yapılmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”³⁵

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu karar, iş hukuku açısından son derece önemlidir. Kararda, çalışanlara tanınan temel hak ve özgürlüklerin işyeri sınırları dahilinde de korunduğu, işverenin aynı işyerinde çalışan işçiler arasında yaşanan gönül ilişkisi nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesinin, işçinin demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklerine işyerinde de

³⁴ AYM karar metni §45.

³⁵ AYM karar metni §46-47.

saygı gösterilmesi gerektiği yönündeki haklı beklentisiyle uyuşmayacağı ifade edilmiştir.

Kararda, açık ve net bir şekilde işverenlerce salt işçiler arasındaki gönül ilişkisinin feshe gerekçe oluşturamayacağı da belirtilmiştir. Aynı işyerinde çalışan işçiler arasında yaşanan ilişkinin iş sözleşmesinin feshine gerekçe oluşturabilmesi için anılan ilişkinin işin yürütülmesine olumsuz etkileri ile birlikte iş akdinin sürdürülmesinin işveren açısından beklenemeyeceğinin işveren tarafından tam olarak ortaya konulması, işverenin zarara uğraması söz konusu olsa bile bu zararın iş sözleşmesi feshedilen işçinin kusurundan kaynaklanması gerektiği yönündeki tespitler iş hukuku ilke ve amaçları ile uyumludur.

Bu karar, yukarıda yer verdiğimiz bazı kararlarda kullanılan “ahlak ve adaba mugayir olma”, “işyerindeki çalışanların durumdan rahatsız olması”, “Türk aile yapısı ve ahlak kurallarına uygun olmama”, “işverenin güveninin zedelenmesi” gibi gerekçelere ilişkin olarak yaptığımız açıklamaları doğrulayıcı niteliktedir. Oldukça geniş, soyut ve sübjektif nitelendirmelere dayalı bu gerekçeler, Anayasa Mahkemesi kararında işaret edilen “somut olaya özgü gerekçeler” ileri sürülmesi gerekliliğini karşılamaktan uzaktır.

SONUÇ

İş ilişkisinde işveren açısından önem taşıyan hususlar işçinin özen borcu ve sadakat borcuna uygun davranmasıdır. Daha açık bir ifadeyle iş ilişkisinin devamı için işçinin iş görme borcunu özenle yerine getirip getirmediği, sadakat borcuna uygun davranıp davranmadığı iş sözleşmesinin devamı açısından belirleyici olmalıdır. Bunların ötesinde işçinin özel hayatı ve ailevi durumu başta olmak üzere kişilik hakları çerçevesinde korunan diğer hakları ve özgürlükleri iş ilişkisinin devam edip etmeyeceğinin belirlenmesinde tek başlarına etkili değildir.³⁶ Bu hususlar ancak işçinin iş görme borcunu ve/veya sadakat borcunu olumsuz etkiliyorlarsa, ihlalin ağırlığına göre geçerli ya da haklı nedenle fesih sebebi oluşturabilirler. İşçinin, özel hayatına ilişkin konular iş görme borcu ve sadakat borcuna aykırılık oluşturacak şekilde işyerinde etki etmiyorsa fesih sebebi olarak değerlendirilmemeli, işçinin işinin devamı konusundaki haklı menfaati üstün tutulmalıdır.

Özellikle, işverenler tarafından genel ve soyut ifadelerle, işyerinde olumsuzluklara neden olunduğu, işverenin güveninin sarsıldığı, işverene

³⁶ Yıldız, s. 246.

zarar verilmesine neden olunduğu, ahlaka ve adaba mugayir davranıldığı ileri sürülerek iş sözleşmesinin feshi hukuka uygun görülemez.

İşverenlerce iş sözleşmesinin işçinin davranışları nedeniyle feshi, doğal olarak işçinin kusuru ile gerçekleştirdiği bir fiili (yapma/yapmama şeklinde) zorunlu kılar. İşçinin kusurlu hareketi sonucunda işveren açısından zarar doğabilir ya da işçinin bu davranışı taraflar arasında olması gereken güven ilişkisini zedeleyebilir. Dolayısıyla işçinin fiili ile ortaya çıkan zarar ya da sözleşmesel yükümlülüğün ihlali arasında uygun nedensellik bağının da bulunması zorunludur.

İşçi, kendisinden kaynaklanmayan bir nedenle işverenin uğradığı zarardan sorumlu tutulamayacağı gibi, sözleşmesel yükümlülükleri kapsamında yer almayan bir durum nedeniyle de yaptırma tabi tutulamaz. Örneğin, yukarıda yer verdiğimiz, işyerinden zorla kaçırmaya teşebbüs nedeniyle, mağdur durumunda olmasına rağmen iş sözleşmesi feshedilen davacı hakkında verilen karar bu açıdan eleştiriye açıktır.

İşçinin iş ilişkisinin devamına ilişkin haklı menfaati ve beklentisi hukuken korunmalıdır. Bu kapsamda, işçinin sözleşmesinin feshine neden olan sebep, yargı organı tarafından titizlikle incelenmelidir. İşverenler, iş ilişkisi kapsamında işçilerin temel haklarını da korumakla yükümlüdürler. İşçinin temel haklar kapsamında korunması gereken bir duruma dayalı olarak iş sözleşmesinin feshini hukuk sistemi korumaz. Dolayısıyla uyuşmazlığı inceleyen yargı organı, yukarıda yer verdiğimiz çoğu kararında yaptığı gibi, feshin gerçek sebebini, bu sebebin işçinin davranışından (kusurundan) kaynaklanıp kaynaklanmadığını, bu davranışın işçi açısından sözleşmesel yükümlülüklerine aykırılık oluşturup oluşturmadığını titizlikle incelemelidir.

Özellikle belirtmek gerekir ki, aynı işyerinde çalışan iki işçi arasında yaşanan gönül ilişkisi, tarafların özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde korunur. Gönül ilişkisi tek başına taraflardan birinin ya da ikisinin de iş sözleşmesinin feshine gerekçe oluşturmaz. Zira gönül ilişkisi yaşamak, kural olarak, işçilerin işverene karşı olan sözleşmesel yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelmez. Ancak gönül ilişkisi devam ederken ya da sona erdikten sonra, taraflardan biri ya da her ikisi, kusurlu davranışlarıyla işyerinde olumsuzluklara neden olurlarsa, iş sözleşmesi ile yüklendikleri iş görme ya da sadakat borcuna aykırı fiiller gerçekleştirirlerse, bu durumların sonucunda işveren açısından iş ilişkisine devam etmek makul ölçüler içinde beklenemez hale gelirse, işveren açısından ihlalin ağırlığına göre haklı ya

da geçerli fesih sebebi doğar. Bunun ötesinde, çeşitli gerekçelerle, işverenin ya da diğer çalışanların bu ilişkiyi hoş görmemeleri, ahlaken kınanabilir bulmaları, bu ilişkiyi istememeleri iş sözleşmesinin feshi açısından meşru sebepler oluşturmaz. Meşru sebepler olmaksızın, salt taraflar arasındaki gönül ilişkisine dayalı olarak yapılan fesihler, temel hakların ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesinin de önüne gelebilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akın L, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, 2001.
- Alpagut G, “İşyerinde Kamera Gözetlemesi ve AİHM Kararları ile Tespit Edilen Esaslar”, Oniki Levha Yayınları, Prof.Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, 2019, s. 275-313.
- Aydın U, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002.
- Aydınlı İ, “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, 2005, 19(6) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, s. 21-42.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y. “İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu” in Tankut Centel (Ed.) İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Oniki Levha Yayınları, 2017, s. 19-100.
- Centel T, “Türk Borçlar Kanunu’nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, 2011, 24, Sicil İş Hukuku Dergisi, s.13-18.
- Çelik N/Canbolat T/Caniklioğlu N, İş Hukuku Dersleri, 31.Baskı, Beta Yayınları, 2019.
- Ertürk Ş, İş İlişkisinde Temel Haklar, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Gürsel İ, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Adalet Yayınevi, 2016.
- Mollamahmutoğlu H/Astarlı M/Baysal U, İş Hukuku, 6.Baskı, Turhan Kitabevi, 2014.
- Öktem Songu S, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, 2014, 15, Özel Sayı, Dokuz Eylül

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Polat Soyer'e Armağan, C.1, s. 609-650.

Sevimli A, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınevi, 2006.

Seratlı GB, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınları, 2003.

Sözer AN, Hukukta Yöntembilim, 6.Baskı, Beta Yayınları, 2017.

Süzek S, İş Hukuku, 19.Baskı, Beta Yayınları, 2020.

Süzek S, İş Güvenliği Hukuku, Savaş Yayınları, 1985. (İş Güvenliği)

Ugan Çatalkaya D, İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Beta Yayınları, 2019.

Yıldız GB, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Yetkin Yayınları, 2008.

**YETKİ SÖZLEŞMESİNİN
TİCARET HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ
(YETKİ SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN TACİR GİBİ SORUMLU
OLANLARIN DURUMU VE TACİRLERİN HANGİ İŞLEMLERİ
İÇİN YETKİ SÖZLEŞMESİ AKDEDEBİLECEĞİ)**

Hakan BİLGEÇ*

ÖZ

Türk hukukunda yetki sözleşmesi tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından akdedilebilir. Yetki sözleşmesi açısından tacir sıfatı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre tespit edilir. Türk Ticaret Kanunu'nda tacirler, gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacir olarak ikiye ayrılmıştır. Bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten gerçek kişi, tacir sıfatını kazanmaktadır. Gerçek kişi tacir olabilmek için gerekli unsurların tamamını taşımayan kişiler nezdinde tacir sayılan ve tacir gibi sorumlu olan kavramları gündeme gelebilir. Öğretide, tacir sayılanların yetki sözleşmesi akdedebileceği kabul edilmektedir. Tacir gibi sorumlu olanlar bakımından ise farklı görüşler mevcuttur. Tacir gibi sorumlu olmanın cezalandırıcı yönü dikkate alındığında, tacir gibi sorumlu olanların akdettikleri yetki sözleşmelerinin bazı durumlarda geçerliliğinden söz edilebilmelidir.

Öğretide tacirlerin yetki sözleşmesi akdedebilmesi için, hakkında yetki sözleşmesi akdedilecek işlemin, ticari iş niteliğinde olması ya da tacirin ticari işletmesini ilgilendirmesi gerektiği savunulmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise tacirlerin hangi durumlarda yetki sözleşmesi akdedebileceklerine ilişkin bir sınırlama mevcut değildir. Tacirler, ticari işletmelerini ilgilendirmeyen işlemleri hakkında da yetki sözleşmesi yapabilmelidir.

Anahtar Kelimeler: *Yetki sözleşmesi, tacir, tacir gibi sorumlu olan, ticari iş, ticari işletmeyi ilgilendiren iş*

* **Dr. Öğretim Üyesi,** Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi / GAZİMAĞUSA – KKTC, **e-posta:** hakan.bilgec@emu.edu.tr,
ORCID: 0000-0001-7951-0756.
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979205

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/03/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/08/2021

**EVALUATION OF THE JURISDICTION AGREEMENT FROM THE
COMMERCIAL LAW PERSPECTIVE**

**(THE SITUATION OF RESPONSIBLE SUCH AS MERCHANT IN TERMS OF
THE JURISDICTION AGREEMENT AND FOR WHICH TRANSACTIONS OF
MERCHANTS MAY ESTABLISH JURISDICTION AGREEMENT)**

ABSTRACT

Merchants and the public legal entities are only those who may be allowed to establish jurisdiction agreement in Turkish Legal System. The title of merchant in terms of jurisdiction agreement is determined according to the provisions of the Turkish Commercial Code. In the Turkish Commercial Code, merchants are divided into two as natural person merchants and legal person merchants. A natural person who even partially operates a commercial enterprise on his/her own behalf acquires the title of merchant. Concepts that are considered as merchants and responsible such as merchants may come to the fore in terms of people who do not have all the necessary elements to become a natural person merchant. In the doctrine, it is accepted that those who are considered to be merchants can establish an jurisdiction agreement. There are different opinions in terms of those responsible such as merchant. Considering the punitive aspect of being responsible such as merchant, it should be possible to mention the validity of the jurisdiction agreements established by those responsible such as merchant in some cases.

In the doctrine, it is also argued that in order for merchants to establish jurisdiction agreement, the transaction to be entered into a jurisdiction agreement must be a commercial business or be related to the commercial enterprise of the merchant. In the Law on Civil Procedure, there is no restrictions on which cases merchants can establish jurisdiction agreement. Merchants shall also be able to establish jurisdiction agreement on transactions that do not concern their commercial enterprise.

Keywords: *Jurisdiction Agreement, Merchant, responsible such as merchant, commercial business, business related to commercial enterprise*

GİRİŞ

Yetki sözleşmeleri ticaret hukuku ile medeni usul hukukunun bağlantılı olduğu noktalardandır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesi ile tacirler veya kamu tüzel kişilerinin aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi yetkili kılabilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile yetki sözleşmesi akdedebilecek taraflar

önemli ölçüde sınırlanmıştır. Yetki sözleşmesinin her iki tarafının tacir, her iki tarafının kamu tüzel kişisi yahut bir tarafın tacir bir tarafın kamu tüzel kişisi olması gerekir. Tarafları bakımından sayılan ihtimallerin dışında kalan bir yetki sözleşmesinin geçerliliğinden bahsedilemeyecektir.

Tacirler, Türk Ticaret Kanunu'nda gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacir olarak ikiye ayrılarak tanımlanmıştır. Tüzel kişi tacirlerin tespitinde sınırlı sayı ilkesinden hareket edilmiş, gerçek kişi tacir sıfatı ise unsurlar üzerinden belirlenmiştir. Gerçek kişi tacir olabilmek için Kanun'da aranan unsurların tamamını taşımayan gerçek kişilerin şahsında tacir sayılan ve tacir gibi sorumlu olan kavramları gündeme gelebilmektedir. Tacir sayılanların yetki sözleşmesinin tarafları bakımından getirilen sınırlama kapsamında yer aldıkları, başka bir deyişle yetki sözleşmesi akdedebilecekleri kabul edilmektedir. Buna karşın, öğretide çoğunluk görüşü tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesi akdedemeyecekleri yönündedir.

Tacirlerin hangi uyumsuzlıklara ilişkin yetki sözleşmesi akdedebilecekleri de öğretide tartışma konusudur. Tüzel kişi tacirlerin adi iş sahası olmadığından, söz konusu tartışma gerçek kişi tacir ekseninde yaşanmaktadır. Konuya ilişkin ileri sürülen görüşler üç kategoride toplanabilir. İlki, gerçek kişi tacirin sadece ticari işlerinde yetki sözleşmesi akdedebileceğidir. İkinci görüş ise tacirin yalnızca ticari işletmesi ile ilgili konulara ilişkin yetki sözleşmesi akdedebileceği şeklindedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bazı yazarlar yetki sözleşmesi açısından ticari iş ve ticari işletmeyi ilgilendiren iş kavramlarını eş anlamlı olarak kullanmıştır. Oysa, ticari iş kavramı, ticari işletmeyi ilgilendiren iş kavramından daha geniş kapsamlıdır. Nihayet üçüncü görüş ise tacirin her türlü işi için yetki sözleşmesi yapabileceğini kabul etmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde yetki sözleşmesine ilişkin genel açıklamalar üzerinde durulacak ve kanun koyucunun yetki sözleşmesinin tarafları bakımından getirdiği sınırlama tartışılacaktır. İkinci bölümde ise tacir sayılan ve tacir gibi sorumlu olan kavramlarının farklılığı ortaya konularak tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesinin tarafı olup olamayacağı konusu incelenecektir. Nihayet, üçüncü bölümde ticari iş ve ticari işletmeyi ilgilendiren iş kavramları açıklanarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesindeki düzenleme ışığında tacirlerin hangi uyumsuzlıklara ilişkin yetki sözleşmesi yapabileceği konusundaki görüşümüz ortaya konulacaktır.

I. YETKİ SÖZLEŞMESİ

A. Kavram

Yetki sözleşmesi, bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da ileride doğabilecek

uyuşmazlıklarla ilgili açılacak davalarda, davanın görüleceği mahkemenin belirlenmesi amacıyla yapılan sözleşmedir¹. Yetki sözleşmesi ile, kanunen yetkili konumda bulunan mahkemelerin yanı sıra diğer mahkemelerin de yetkilendirilmesi (münhasır olmayan yetki sözleşmesi) olanaklı olduğu gibi, kanunen yetkili konumda bulunan mahkemelerin yetkisi ortadan kaldırılıp sadece sözleşmede kararlaştırılan mahkeme/mahkemelerin yetkili kılınması (münhasır yetki sözleşmesi) da mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca, akdedilen yetki sözleşmesinde belirtilen mahkemeler yanında kanunen yetkili konumda bulunan mahkemelerin de yetkilerinin devam edebilmesi için bu hususun yetki sözleşmesinde belirtilmiş olması gerekir (HMK m. 17/I, c. 2)². Yetki sözleşmesine ilişkin hükümler icra-iffâs takiplerinde de uygulanır (İİK m. 50).

Yetki sözleşmesi, ilgili olduğu hukuki ilişkiden bağımsız bir sözleşme şeklinde akdedilebileceği gibi, sözleşmenin içinde bir kayıt olarak da yer alabilir. Bu kayıtlar yetki kaydı olarak adlandırılmaktadır. Uygulamada genellikle bağımsız bir yetki sözleşmesi akdetmek yerine, yetki kaydının tercih edildiği gözlemlenmektedir. Yetki sözleşmesi ile yetki kaydı arasında hukuki

¹ Yetki sözleşmesi tanımları için bkz. Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 71; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 228; Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, Medenî Usul Hukuku, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 304; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 78; Şanal Görgün/Levent Börü/Barış Toraman/Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 176; Süha Tanrıver, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, 2014, 16(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 459; İbrahim Aşık, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi”, 2011, 97, TBB Dergisi, s. 12; Oruç Hami Şener, Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 244; Nur Bolayır, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, 2011, 85(5), İstanbul Barosu Dergisi, s. 131; Ozan Can, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı Olarak Tacir”, 2012, 28(3), BATİDER, s. 239; Dilek Karademir Aydemir, Medenî Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 42.

² Kanunen yetkili konumda bulunan mahkemelerin yetkisinin devamı iradesinin açıkça belirtilmese de yetki sözleşmesinin içeriğinden anlaşılabilirdiği hallerde de bu mahkemelerin yetkilerinin devam edeceği hakkında bkz. Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2014, s. 67; Ali Cem Budak, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, 2012, 8(21), MİHDER, s. 5; Karademir Aydemir, s. 47. Krş. Söz konusu iradenin açıkça belirtilmesi gerektiği yönünde bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 232; Süha Tanrıver, Medenî Usul Hukuku, C. I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2018, s. 255. Bu yönde bkz. 3. HD., 30.10.2019, E. 2018/3072, K. 2019/8546 (Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 255-257).

nitelik bakımından herhangi bir farklılık yoktur³. Bu nedenle çalışmamız kapsamında yetki sözleşmesi ifadesini yetki kaydını da kapsayacak şekilde kullanacağız.

B. Hukuki Niteliği

Yetki sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, sözleşmeye uygulanacak kuralların tespiti bakımından önemlidir. Öğretide, yetki sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Görüşlerden ilki, yetki sözleşmesinin maddi hukuk karakterli bir sözleşme, başka bir ifade ile özel hukuk işlemi olduğu yönündedir. Bu görüş uyarınca Türk Borçlar Kanunu hükümleri yetki sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur⁴. Diğer görüş, yetki sözleşmesini hukuki niteliği itibariyle maddi hukuk sözleşmesi, geçerliliği bakımından ise bir usul işlemi olarak nitelemektedir⁵.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, yetki sözleşmesi taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisine etkili olmadığından hukuki niteliği itibariyle bir usul hukuku işlemidir⁶. Yetki sözleşmesinin usul hukuku işlemi olması, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin yetki sözleşmesine uygulanmasını engellemez. Yetki sözleşmesinin kuruluşu, geçerliliği, irade sakatlıkları gibi konularda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur⁷. Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin yetki sözleşmeleri hakkında uygulanması da, bu sözleşmelerin maddi hukuk sözleşmesi olduğu anlamına gelmez⁸.

Kambiyo senetlerinde borcun tamamen veya kısmen ödenmemesi halinde, senet hamilinin neredeki icra dairesine başvurabileceği veya senetle

³ Kuru, s. 72; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 229; Tanrıver, Medenî Usûl, s. 253; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 245-246; Derya Belgin Güneş, “Yetki Sözleşmeleri”, 2012, 86(5), İstanbul Barosu Dergisi, s. 205-206.

⁴ Saim Üstündağ, “Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları”, Makaleler – İctihat Tahlilleri ve Çeviriler, Adalet Yayınevi, 2010, s. 16; İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 160, dn. 13.

⁵ Turgut Kalpsüz, “Salahiyet Mukavelesi”, 1956, 1, Jurisdictio Kazai İctihatlar, s. 49.

⁶ Kuru, s. 71; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 229; Pekcanitez/Akkan, s. 304-305; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 78; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 180; Aşık, s. 20; Tanrıver, Yetki Sözleşmesi, s. 459; Budak, s. 17-18; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 244; Bolayır, s. 146-147; Belgin Güneş, s. 199; Nilüfer Boran Güneysu, “Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmesine Bakış”, 2014, 16(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 1072; Karademir Aydemir, s. 42.

⁷ Tanrıver, Yetki Sözleşmesi, s. 459-460; Aşık, s. 20-21.

⁸ Aşık, s. 20.

ilgili uyuşmazlık halinde neredeki mahkemelerin yetkili olacağına ilişkin konulan kayıtlar da geçerlidir. Yalnız, kambiyo senetlerinde yer alan yetki kayıtları hukuki niteliği itibarıyla sözleşme değil, tek taraflı irade beyanıdır⁹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir sözleşmeden doğan edimin kambiyo senedi aracılığı ile ifa edilmesi halinde, sözleşmede yer alan yetki kaydının kambiyo senetlerine özgü takip yollarında uygulanamayacağına hükmetmiştir¹⁰. Dolayısıyla taraflar, kambiyo senetleri ile ilgili uyuşmazlıklarda yetkili icra dairesini yahut mahkemeyi belirlemek istiyorlarsa bunu doğrudan kambiyo senedi üzerinde yer alacak yetki kaydı ile gerçekleştirmelidir. Bu durum kambiyo senetlerinin mücerretliği ilkesinin sonucudur. Öte yandan, kambiyo senedinde yer alan yetki kaydı sadece kambiyo senedi için geçerli olup, kambiyo senedinin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiye ilişkin diğer uyuşmazlıklar için herhangi bir etki doğurmaz¹¹.

C. Geçerlilik Koşulları

Hukukumuzda geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca kişiler kural olarak diledikleri alanda sözleşme yapma serbestisine sahiptir. Sözleşme özgürlüğünün uzantısı niteliğinde olan şekil özgürlüğü de sözleşmelerin geçerliliğinin herhangi bir şekle tabi olmamasını ifade eder. Medenî usul hukukunda sözleşme özgürlüğü ön planda değildir¹². Bununla birlikte, taraflara sınırlı konularda tasarrufta bulunma imkanı da tanınmıştır. Bu sınırlı konulardan birisini de yetki sözleşmeleri oluşturmaktadır¹³. Sözleşme özgürlüğü, T.C. Anayasası'nın 48. maddesinde düzenlenen bir temel hak

⁹ Celal Göle, "Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, 2015, s. 878.

¹⁰ HGK, 02.04.2019, E. 2017/12-741, K. 2019/382 (Kazancı İçtihat Bankası – Erişim Tarihi: 01.03.2021). Söz konusu karar hakkında, alacaklı vekili tarafından karar düzeltme yoluna başvurulmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yaptığı inceleme sonucunda karar düzeltme istemini reddetmiştir. HGK, 21.01.2020, E. 2019/651, K. 2020/38 (Kazancı İçtihat Bankası – Erişim Tarihi: 01.03.2021).

¹¹ Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 246-247.

¹² Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 180. Medeni usul hukukunda sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olmadığı görüşü için bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 471.

¹³ Yetki sözleşmesinin sözleşme serbestisi ilkesinin medeni usul hukukundaki görünümü niteliğinde olduğu yönünde bkz. Bolayır, s. 146-147. HMK ile yetki sözleşmesinin tarafları bakımından getirilen sınırlamanın sözleşme serbestisine aykırı olduğu yönünde bkz. Necati Aksoyoğlu, "Görev ve Yetki, Hakim Davaya Bakmaktan Yasak Olması ve Reddi, Hakim Hukuki Sorumluluğu", Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 82.

niteliğinde olduğundan, bu özgürlüğe yönelik sınırlamaların kanun ile yapılması gerekmektedir (AY m. 13). Belirtilen kurala uygun olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetki sözleşmelerinin tarafları ve konusu bakımından sözleşme özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirilmiştir¹⁴. Öte yandan, yetki sözleşmeleri için şekil özgürlüğü ilkesinden de ayrılmıştır. Aşağıda belirtilen geçerlilik koşulları emredici nitelikli usul kuralları ile belirlendiğinden, bu koşullara uygun olmayan yetki sözleşmeleri hükümsüzdür¹⁵.

1. Tarafların Sıfatı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca yetki sözleşmeleri “tacirler veya kamu tüzel kişileri” arasında akdedilebilir (HMK m. 17). Bu düzenleme kapsamında yetki sözleşmesinin her iki tarafı tacir¹⁶, her iki tarafı kamu tüzel kişisi, bir tarafı tacir bir tarafı ise kamu tüzel kişisi olabilir¹⁷. Düzenlemenin karşıt anlamından, sayılanlar dışında kalan kişilerin akdettikleri yetki sözleşmelerinin geçerli olmadığı anlamı çıkmaktadır.

Sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yetki sözleşmesi akdedilmesine olanak sağlanmasının nedeni olarak usul hukukunun “sosyal yönü güçsüz olan kişilerin yargılama sırasında korumayı gerektirmesi” gösterilmiştir¹⁸. Bu düşünce ile yetki sözleşmesi konusunda tacirler ile kamu tüzel kişileri diğer kişilerden ayırt edilmişlerdir¹⁹. Tacirler ve kamu tüzel kişilerinin birbirleri ile ve kendi aralarında yetki sözleşmesi yapabilmesine olanak sağlanmasının nedeni bunların kendi aralarında eşit konumda olduğu

¹⁴ Abdürrahim Karşlı, Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, 2012, s. 277-278; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 262; Boran Güneysu, s. 1074; Karademir Aydemir, s. 44.

¹⁵ Tanrıver, Medenî Usûl, s. 253. Krş. Budak, bu durumda modern hükümsüzlük teorisinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre taraflardan yalnızca birinin tacir veya kamu tüzel kişisi olduğu yetki sözleşmelerinde, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan taraf yetki sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürebilecek; tacir veya kamu tüzel kişisi olan taraf ise geçersizliği ileri süremeyecektir. Budak, s. 11.

¹⁶ Yetki sözleşmesi açısından tacir kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Can, s. 247 vd.

¹⁷ Tanrıver, Medenî Usûl, s. 248; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 55.

¹⁸ Bkz. HMK Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 393, s. 5 (<https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf> - Erişim Tarihi: 01.03.2021).

¹⁹ Ticaret şirketi ortakların yetki sözleşmesi tarafları kapsamında yer almamasına yönelik eleştiri için bkz. Budak, s. 8-9.

varsayımıdır²⁰. Buna karşılık kanun koyucu, tacirler ve kamu tüzel kişilerinin, diğer kişilere karşı güçlü olduğu düşüncesi ile kendileri dışındaki kişilerle yetki sözleşmesi yapmalarına olanak sağlamamıştır²¹. Öte yandan, tacirler ve kamu tüzel kişileri dışında kalan kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi akdetmelerine de izin verilmemiştir. İkinci durum, taraflara ilişkin getirilen sınırlamanın güçsüz olanı koruma amacı karşısında da sorgulanmaya açıktır.

Yetki sözleşmesinin tarafları bakımından getirilen sınırlama tartışmaya açıktır. Kamu tüzel kişilerinin kamu otoritesinden yararlanmaları nedeniyle güce sahip olduklarından söz edilebilir. Buna karşılık kamu tüzel kişisi ile tacir arasında akdedilecek bir sözleşmede tarafların genellikle eşit konumda olmadığı ileri sürülebilir²². Daha da önemlisi tacirleri kendi aralarında eşit konumda kabul etmek de olanaklı değildir²³. Piyasa koşulları gözetildiğinde ekonomik açıdan hakim konumda olan tacirlerin, küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri işleten tacirlerle eşit konumda olduğundan söz edilemez²⁴. Örneğin, pandemi süreci ile birlikte ülkemizde de yaygınlaşan elektronik ticarete aracı konumunda bulunan internet siteleri üzerinden satış gerçekleştiren tacirlerin, bu siteleri işleten tacirler tarafından hazırlanan matbu sözleşmeler üzerinde söz haklarının olmadığı bilinen bir gerçek olup, bu örneklerin çoğaltılması mümkündür.

Öğretide, her iki tarafın tacir olduğu bir hukuki ilişkide, tacirlerden birinin diğerine göre üstün olması halinde zayıf olan tacirin basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğünün (TTK m. 18/II) sonucu olarak yetki sözleşmesinin sonuçlarını önceden öngörebileceği belirtilmektedir²⁵. Lakin, tacirin basiretli

²⁰ HMK m. 17 Gerekeçe. Bu varsayım Yargıtay kararlarına da yansımaktadır: “*Tacirler veya kamu tüzel kişileri, kendi aralarındaki hukuki ilişkilerde hukuken eşit konumda sayılabilirler.*” 12. HD., 03.03.2016, E. 2015/28418, K. 2016/6128 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021).

²¹ Bu tercihle yetki sözleşmesinin, güçlü olan tarafın güçsüz olan tarafa dayattığı bir baskı aracı olmaktan çıkarıldığı yönünde bkz. Bolayır, s. 133. Tacirler ve kamu tüzel kişileri dışında kalan kişilerin her zaman sosyal ve ekonomik açıdan korunmaya muhtaç olmadıklarına; kanun koyucunun zayıf tarafı koruma düşüncesiyle hareket ederken aşırıya gittiğine ilişkin bkz. Budak, s. 9 ve 23.

²² *Can*, kamu tüzel kişileri ile tacirlerin eşit konumda bulunduğu iddiasını gerçekten uzak bir olgu olarak değerlendirmektedir. *Can*, s. 246. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Can*, s. 244-247.

²³ Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 177.

²⁴ Bu yönde bkz. *Can*, s. 242-243.

²⁵ Deniz Meraklı Yayla, “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili”,

bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğü ticari işletmesi ile ilgili işlemlerle sınırlı olup, gerçek kişi tacirin ticari işletmesini ilgilendirmeyen işleri bakımından basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğü yoktur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tacirlerin akdedebilecekleri yetki sözleşmeleri ticari işletmelerini ilgilendiren işlemleri ile sınırlı tutulmamıştır²⁶. Bu nedenle, yetki sözleşmesinin tacirin basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğü ile bağlantılandırılması isabetli değildir²⁷.

Zorunlu dava arkadaşlığının varlığı halinde yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için dava arkadaşlarının tamamının tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekir. İhtiyari dava arkadaşlığında ise, yetki sözleşmesi tacir veya kamu tüzel kişisi olan dava arkadaşı için geçerli, bu sıfatları haiz olmayan dava arkadaşı için geçersiz olur²⁸.

Yetki sözleşmesinin geçerliliği açısından, sözleşmenin akdedildiği anda tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatına sahip olmaları aranır. Yetki sözleşmesi akdedildikten sonra tacir sıfatının kaybı halinde yetki sözleşmesi geçersiz olmayacağı gibi, yetki sözleşmesi akdedildikten sonra tacir sıfatının kazanılması da sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir²⁹. Yetki sözleşmesi, tacir sıfatını haiz olup olmadığına bakılmaksızın tacirin haleflerini de bağlar³⁰.

Yetki sözleşmesinin taraflarından birinin kefil bakımından da geçerli olabilmesi için kefilin yetki sözleşmesi akdetmeye yetkili kişilerden olması gerekir. Başka bir deyişle, kefil tacir ya da kamu tüzel kişisi olmadıkça yetki

2014, 16(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 1996-1997.

²⁶ Bu konuda bkz. III-E Başlığı.

²⁷ Krş. *Meraklı Yayla*, bir hukuki ilişkiyi oluşturan tacirlerden birinin diğer taraftan üstün olduğu durumlarda tacirlerin basiretli davranma zorunluluğu nedeniyle yaptıkları yetki sözleşmesinin sonuçlarını öngörebileceklerinden hareket etmektedir. Bkz. *Meraklı Yayla*, s. 1996-1997.

²⁸ Budak, s. 19-20; Tanrıver, *Medenî Usûl*, s. 251; Karşlı, s. 282; Karademir Aydemir, s. 46.

²⁹ Aşık, s. 26; Şener, *Görev ve Yetki Sözleşmesi*, s. 263-264; Can, s. 248. Krş. Davanın açıldığı anda tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını taşımaya devam etmesi gerektiği yönünde bkz. Abdürrahim Karşlı/Evren Koç/Cengiz Serhat, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, Alternatif Yayınları*, 2014, s. 36; Belgin Güneş, s. 216-217.

³⁰ Kuru, s. 73; Arslan/Yılmaz/Taşpınar *Ayvaz/Hanağası*, s. 232; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 179; Tanrıver, *Medenî Usûl*, s. 257; Aşık, s. 42; Şener, *Görev ve Yetki Sözleşmesi*, s. 295-296. Krş. Pekcanitez/Akkan, s. 307; Karşlı, s. 281; Bolayır, s. 134; Karademir Aydemir, s. 47; Belgin Güneş, s. 217; *Meraklı Yayla*, s. 2001.

sözleşmesi ile bağlı sayılmamalıdır³¹.

Kambiyo senetlerinde yer alan yetki kaydının da geçerli olabilmesi için düzenleyen ile lehtarın tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları gerekir³². Senedin devri halinde yetki sözleşmesinin akıbeti ise senedin devir türüne göre belirlenmelidir. Nama yazılı olarak düzenlenen kambiyo senetleri alacağın devri yoluyla devredileceğinden, düzenleyen ile lehtarın tacir veya kamu tüzel kişisi olması koşuluyla yetki kaydı keşideci ile senedin son hamili arasında da geçerli kabul edilmelidir. Buna karşılık, emre veya hamiline yazılı senetlerin devri halinde ise senet üzerindeki yetki kaydının tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları kaydıyla sadece keşideci ile lehtar arasında geçerli olacağı belirtilmektedir³³. Başka bir ifade ile söz konusu kayıt senedi devralan kişiler açısından hüküm doğurmazdır.

Emre yazılı kambiyo senetlerinde yetki kaydının cirantalar tarafından konulması halinde ise kayıt, kaydı koyan ciranta ile kendisinden sonra gelen hamil için bağlayıcı olur³⁴. Her durumda, senedin tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını taşımayan bir kişiye devri halinde ise yetki kaydı bu kişi bakımından

³¹ Yılmaz, s. 479; Aşık, s. 45; Bolayır, s. 135. Bu konuda Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. III-D Başlığı. *Ayan ve Şener*, yetki sözleşmesinin kefil için geçerli olup olmayacağını tespitinde, kefalet sözleşmesinde yetki sözleşmesine ilişkin hüküm bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerektiğini belirtmektedirler. Bkz. *Ayan*, s. 684; *Şener*, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 301.

³² *Şener*, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 274; Bolayır, s. 133; Belgin Güneş, s. 218; Meraklı Yayla, s. 2002. Krş. *Budak*, kambiyo senetlerinde yer alan yetki kaydının geçerliliği bakımından düzenleyenin tacir veya kamu tüzel kişisi olmasının önemli olmadığı, yetki kaydının geçerliliğinin icra takibi veya dava açıldığı zamanda tarafların sıfatına göre belirlenmesi gerektiği görüşündedir. *Budak*, s. 4.

³³ Göle, s. 879. Krş. *Ciro* ile senedi devralanların tacir veya kamu tüzel kişisi olmasalar da yetki sözleşmesinin onları da bağlayacağı yönünde bkz. *Şener*, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 274. Öte yandan, *Belgin Güneş*, kambiyo senetlerinin ciro edilmesi halinde, senette yer alan yetki kaydının HMK m. 17'deki koşulları taşımaları kaydıyla *cirantaları* da bağlayacağını belirtmektedir. *Yazar*, kambiyo senedinin alacağın devri ya da zilyetliğin devri yoluyla devri halinde yetki kaydının akıbetine ilişkin ise herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Bkz. Belgin Güneş, s. 217-218. *Yazarın* kullandığı *ciranta* ifadesinin *senedi ciro yoluyla devralan kişi* olarak anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira, kopma yapmayan bir ciro zincirinde ilk ciranta her zaman lehtar olmak zorundadır ve yetki kaydının lehtar için geçerliliği bakımından senedin ciro edilip edilmemesinin önemi yoktur. "*Kambiyo senedinde keşideci ve lehtar tacir veya kamu tüzel kişisi değilse konulmuş yetki kaydı baştan itibaren sonuç doğurmaz. Daha sonra senedi elinde bulunduran cirantalar, tacir veya kamu tüzel kişisi olsalar dahi, senette baştan geçerli bir kayıt bulunmadığından yetki sözleşmesine de taraf olamazlar.*" (Belgin Güneş, s. 218) ifadeleri de lehtarın cirantalardan ayrı tutulduğuna işaret etmektedir.

³⁴ Göle, s. 880.

hüküm ifade etmeyecektir³⁵.

Kıymetli Evrak Hukuku'na özgü bir teminat modeli olan aval kapsamında, avalist, tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olmasa da kambiyo senedinde yer alan ve yukarıdaki açıklamalar uyarınca geçerli olan yetki kaydı ile bağlıdır. Zira avalist, kimin lehine taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumludur (TTK m. 701/I)³⁶.

Karşılaştırmalı hukukta yetki sözleşmesinin tarafları bakımından getirilen benzer sınırlamalar mevcut olduğu gibi, bu tür sınırlamaların benimsenmediği sistemler de gözlemlenmektedir.

Alman Medeni Usul Kanunu'nda 1974 yılında yapılan değişiklikle yetki sözleşmesinin sadece tacirler³⁷, kamu tüzel kişileri ve kamusal nitelikli fonlar tarafından akdedebileceği düzenlenmiştir (ZPO §38/I). Bu değişikliğin gerekçesinin, iş deneyimi olmayan kişiler ile tüketicilerin tacirler karşısında korunma ihtiyacı olduğu belirtilmektedir³⁸. Yetki sözleşmesi akdedildiği anda tarafların sayılan sıfatlardan birini taşıması gerekir. Bu sıfatların sonradan kazanılması yetki sözleşmesini geçerli hale getirmez³⁹. Yalnız, Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda tacirler, kamu tüzel kişileri ve kamusal nitelikli fonlar dışında kalan kişilerin yetki sözleşmesi akdedebilmeleri tamamen engellenmemiş, tarafların birisi için yurt içinde genel yetkili bir mahkemenin bulunmaması, yetki sözleşmesinin uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yapılması, davalının mutad meskenini yahut ikametgahını Alman Medeni Usul Kanunu'nun yetki alanı dışına taşıması hallerinde bu kişilerin de yetki sözleşmesi akdedebilmelerine olanak sağlanmıştır (ZPO §38/I-II)⁴⁰. Alman hukukunun Türk hukukundan ayrıldığı noktalardan bir diğeri, tacirler arasında akdedilecek yetki sözleşmesinin geçerliliğinin şekle tabi olmamasıdır⁴¹.

³⁵ Göle, s. 881.

³⁶ Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 307. Bu konuya ilişkin farklı yönde Yargıtay kararları bulunmaktadır. Bkz. III-D Başlığı.

³⁷ Tacir sıfatı ticaret hukuku kurallarına göre tespit edilecektir. Friedrich Stein/Martin Jonas/Reinhard Bork, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Teil I, 23. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, 2014, § 38 Rn. 10; Reinhard Patzina, Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, Teil I, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2020, § 38 Rn. 1.

³⁸ Stein/Jonas/Bork, § 38 Rn. 10; MüKoZPO/Patzina, § 38 Rn. 1.

³⁹ Stein/Jonas/Bork ZPO § 38 Rn. 17; Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit/Christian Heinrich, Zivilprozessordnung Kommentar, 17. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2020, Rn. 11.

⁴⁰ Aşık, s. 24-25.

⁴¹ Bu konuda bkz. Heinz-Dieter Assmann/Rolf A. Schütze/Petra Buck-Heeb, Handbuch des

Fransız Medeni Usul Kanunu'nda yalnızca tacirlerin yetki sözleşmesi yapmasına olanak sağlanmıştır. Bu düzenlemenin amacının da tüketicileri korumak olduğu belirtilmektedir. Tacir olmayan kişilerin kendi aralarında yetki sözleşmesi akdetmelerine izin verilmemiştir⁴².

İngiliz hukukunda yetki sözleşmesinin tek sınırı olarak kamu düzeni gösterilmiş, taraflar bakımından subjektif bir sınırlama getirilmemiştir⁴³.

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda da yetki sözleşmesinin tarafları bakımından bir sınırlama olmamakla birlikte (SZPO §17/I), sosyal ve ekonomik açıdan zayıf olanı güçlüye karşı koruma düşüncesi ile bir takım özel düzenlemeler öngörülmüştür⁴⁴.

Hukukumuzda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukun yetki kurallarıyla belirleneceğinden (MÖHUK m. 40), yabancı unsuru taşıyan ve Türk mahkemelerini yetkili kılan yetki sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir⁴⁵. Buna karşın, yabancı unsuru taşıyan ve yabancı mahkemeleri münhasır olmayacak şekilde yetkili kılan yetki sözleşmelerinin tarafları bakımından böyle bir sınırlama mevcut değildir (MÖHUK m. 47). Bu tür anlaşmaların geçerliliği yetki sözleşmesiyle yetkilendirilen mahkemenin bulunduğu devletin kurallarına göre tespit edilir⁴⁶.

2. Konu

Yetki sözleşmesi akdedebilecek kişilerin tüm konularda yetki sözleşmesi yapması olanaklı değildir. Öncelikle taraflar, serbestçe tasarruf edemeyecekleri

Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2020, Rn. 42-43; MüKoZPO/Patzina, § 38 Rn. 21.

⁴² Bolayır, s. 132, dn. 3.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Adrian Briggs, Agreements on Jurisdiction and Choice of Law, Oxford University Press, 2008, s. 25.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Budak, s. 9-10.

⁴⁵ Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Baskı, Beta Yayınları, 2016, s. 602; Işıl Özkan/Uğur Tütüncübaşı, Uluslararası Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 2017, s. 90-91; Meraklı Yayla, s. 1988-1990.

⁴⁶ Çelikel/Erdem, s. 586; Özkan/Tütüncübaşı, s. 91-92; Meraklı Yayla, s. 1990-1991. Budak, yabancı unsuru taşıyan sözleşmelerde Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesinde tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması aranırken, yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesinde bu koşulun aranmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirterek ilgili MÖHUK hükmü değiştirilinceye kadar HMK m. 17'nin milletlerarası yetki sözleşmelerinde de kıyasen uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Budak, s. 3-4.

konularda yetki sözleşmesi akdedemezler. Bunun yanında, kesin yetki kurallarının kamu düzeni ile olan ilgisi dikkate alınarak kesin yetki hallerinde de yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmemiştir (HMK m. 18/I)⁴⁷.

Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için uyumsuzluğun kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetki sözleşmesinde yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır (HMK m. 18/II). Tarafların birden fazla mahkemeyi yetkilendirdikleri durumlarda, söz konusu durumun hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturmaması gerekir⁴⁸. Bu bağlamda iki tacirin, aralarında çıkabilecek her türlü uyumsuzluk için yetkili mahkeme belirlemesi mümkün olmadığı gibi, taraflardan birinin nerede isterse orada dava açabileceğine ilişkin yetki sözleşmesi de geçerli olmayacaktır⁴⁹.

3. Şekil

Yetki sözleşmesi şekle tabi bir sözleşme olup, yazılı şekilde yapılması gerekir (HMK m 18/II). Sözleşmenin geçerli olması için adi yazılı şekil yeterli görülmüştür⁵⁰. Yazılılık koşulu uyarınca yetki sözleşmesi ayrı bir sözleşme olarak yapılacaksa bu sözleşme; yetki kaydı şeklinde yapılacaksa, yetki kaydının yer aldığı sözleşme şekle tabi olmasa dahi yetki kaydı kısmı yazılı şekle uygun olmalıdır⁵¹.

Yazılı şekil, geçerlilik koşulu olarak arandığından yetki sözleşmelerinin zımnen akdedilmesi olanaklı değildir⁵². Davanın yetkisiz bir mahkemede açılması halinde, süresi içinde yetki itirazında bulunulmaması nedeniyle

⁴⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bolayır, s. 135-138; Belgin Güneş, s. 201-202.

⁴⁸ Umar, s. 67-68; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 81; Tanrıver, Medenî Usûl, s. 252; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 192; Bolayır, s. 142; Belgin Güneş, s. 210.

⁴⁹ Kuru, s. 72-73; Pekcanitez/Akkan, s. 315; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 80; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 178; Tanrıver, Medenî Usûl, s. 252; Karlı, s. 221; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 291-293; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 192-193; Bolayır, s. 140-142; Karademir Aydemir, s. 48-49; Belgin Güneş, s. 208.

⁵⁰ Kuru, s. 72; Göle, s. 876; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 231; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 177; Tanrıver, Medenî Usûl, s. 252; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 288; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 191; Bolayır, s. 138; Karademir Aydemir, s. 48.

⁵¹ Kuru, s. 72; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 80; Tanrıver, Medenî Usûl, s. 253; Bolayır, s. 138.

⁵² Aşık, s. 31-32; Tanrıver, Medenî Usûl, s. 249. Bu nedenle teyit mektubu ile yetki sözleşmesi akdedilemeyeceği hakkında bkz. Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 289.

davanın başlangıçta yetkisiz olan mahkemede görülmeye devam edilecek olmasının nedeni ilgili mahkemenin kanun hükmünden hareketle yetkili hale gelecek olmasıdır⁵³.

II. TACİR GİBİ SORUMLU OLANLARIN YETKİ SÖZLEŞMESİ AKDETME OLANAĞINA SAHİP OLUP OLMADIKLARI SORUNU

A. Tacir Gibi Sorumlu Olan Kavramı ve Tacir Sayılan Kavramından Farkı

Türk Ticaret Kanunu'nda tacirler gerçek kişi tacir ve tüzel kişi tacir olarak ikiye ayrılmıştır. Türk Ticaret Kanunu gerçek kişi tacirin unsurlarını ortaya koymuş ve bu unsurları taşıyan kişilerin tacir sıfatını haiz olacaklarını belirtmiştir. Tüzel kişi tacirler ise sınırlı sayı ilkesi uyarınca doğrudan kanun tarafından sayılma suretiyle tespit edilmişlerdir⁵⁴.

“Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir” (TTK m. 12/I), tanımı gerçek kişi tacirden söz edebilmek için üç unsurun kümülatif olarak bulunması gerektiğini ortaya koymaktadır. Söz konusu unsurlar, gerçek kişi, ticari işletme ve ticari işletmenin kısmen de olsa gerçek kişinin adına işletilmesidir⁵⁵. Bu üç unsurdan birinin eksikliği halinde gerçek kişi tacirden söz etmek mümkün olamamakta, diğer koşulların varlığına göre *tacir sayılan* ve *tacir gibi sorumlu olan* kavramları gündeme gelebilmektedir. Tacir sayılan ve tacir gibi sorumlu olan kavramları yalnızca gerçek kişiler

⁵³ Aşık, s. 31-32; Tanrıver, Medenî Usûl, s. 249-250; Karademir Aydemir, s. 50. Krş. Kuru, s. 72; Göle, s. 876; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 233; Karslı, s. 221; Bolayır, s. 138; Belgin Güneş, s. 206. *Umar*, yetki itirazında bulunulmaması halinde, uyuşmazlığın tarafları tacir veya kamu tüzel kişisi olmasalar da aralarında zımni bir yetki sözleşmesi yapılmış gibi sonuç doğacağını belirtmektedir. *Umar*, s. 73. *Pekcanitez/Atalay/Özekes* de, bu durumda yetki itirazında bulunmayan kişinin yetkisiz mahkemenin yetkisini kabul edeceği görüşündedirler. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 80.

⁵⁴ Tüzel kişi tacirler için bkz. TTK m. 16.

⁵⁵ Gerçek kişi tacir kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bozer/Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 71-74; Oğuz İmregün, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, 2005, s. 31-32; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 121-125; Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 208-209; Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 150-162; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Arslan Kaya/Fusun Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 253-255; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 129-134.

bakımından geçerli olup, tüzel kişilerin bu sıfatları taşıması olanaklı değildir.

Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan⁵⁶ etmiş olan kimse⁵⁷, işletmeyi fiilen işletmeye başlamamışsa tacir sayılan konumundadır (TTK m. 12/II). Gerçek kişi tacir ile tacir sayılan arasındaki fark, işletmenin kısmen de olsa kendi adına işletilme unsurunun yokluğundan doğmaktadır. Dolayısıyla, tacir sayılandan bahsedebilmek için bir gerçek kişinin ve henüz işletilmeye başlanmamış olsa da bir ticari işletmenin varlığı gereklidir⁵⁸. Bunun yanında kişisel durumları, yaptığı işlerin niteliği ya da meslek ve görevleri nedeniyle kanundan yahut bir yargı kararından doğan yasağa rağmen ticaret ile uğraşan kişilerin de tacir sayılacakları öngörülmüştür (TTK m. 14)⁵⁹. Ayrıca Kanun, şirketler topluluğunda hakim teşebbüs konumunda bulunan kişileri de tacir sayılan

⁵⁶ Burada sözü edilen ilanın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılacak resmi nitelikli ilan olduğu konusunda bkz. Şaban Kayıhan, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 139.

⁵⁷ Söz konusu ilanlar işletmeyi işletecek kişinin bilgisi dışında yapılmış ise o kişi tacir sayılan olarak nitelendirilemez. Bkz. Halil Arslanlı, Kara Ticareti Hukuku, Umumi Hükümler, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1960, s. 44; Şener, Ticari İşletme, s. 155.

⁵⁸ Ticari işletme kurulmadan ilan veya tescil gerçekleştirilerek üçüncü kişilerle işlemlere girişen kişi tacir sayılan olarak değerlendirilemez. Arkan, s. 125; İrfan Baştuğ/Ercüment Erdem, Ticari İşletme Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993, s. 72; Şener, Ticari İşletme, s. 156. TTK m. 12/II [eTTK m. 14/II]'deki "veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek" ifadesinde ticari işletme vurgusu yapılmadığı için iktisadi bir işletmenin ilan veya tescilinin tacir sayılma bakımından yeterli olacağı yönünde bkz. Hüseyin Ülgen, Türk Ticaret Hukukundaki Hukuki Görünüş Nazariyesi, Ticari İşletme Hukuku Bakımından Uygulama, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 81; Halit Aker, "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: Hâkim Teşebbüs", 2009, 25(2), BATİDER, s. 257. Krş. İlan ve tescil yoluyla tacir sayılmanın gerçekleşmesi için bir işletmenin varlığına gerek olmadığı yönünde bkz. Arslanlı, s. 44; Hayri Domanic/Erol Ulusoy, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Arkan Yayıncılık, 2007, s. 194; İmregün, s. 32; Kayar, s. 135-136. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aker, s. 248 vd.

⁵⁹ Kanımızca kanun koyucunun bu tercihi eleştirilebilir niteliktedir. Hakkında mevcut olan bir yasağa rağmen ticaret ile uğraşan kişilerin tacir sayılması tacir olmanın haklarından da yararlanmaları sonucunu doğurmaktadır. Bu kişilerin tacir gibi sorumlu olan olarak kabul edilerek, tacir olmanın haklarından yararlandırılmamalarının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Bu yönde bkz. Reha Poroy/Hamdi Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 133; Arkan, s. 126. TTK m. 14'te ticaretten yasaklı olduğu halde ticari işletme işleten kişilerin tacir sayılacağı belirtilmiş olmasına rağmen bu durumda ticari işletmenin varlığı ve kendi adına işletme koşulları gerçekleşmiş olacağından söz konusu kişilerin tacir olarak nitelendirilmeleri gerektiği görüşü için bkz. Kayar, s. 133, dn 5.

olarak nitelemiştir (TTK m. 195)⁶⁰. Tacir sayılanlar, hukuki bakımdan tacire eşdeğer konumdadır⁶¹. Başka bir deyişle tacir sayılanlar, tacir olmanın hem haklarından yararlanırlar hem de yükümlülüklerine katlanırlar⁶².

Buna karşılık tacir gibi sorumlu olan kavramı, tacir sayılan kavramından önemli ölçüde farklıdır. Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukukten var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur (TTK m. 12/III). Tacir ile tacir sayılan arasındaki fark tacir tanımındaki ticari işletme unsurunun yokluğundan ortaya çıkar⁶³. Bu düzenleme ile kanun koyucu, gerçekte var olmayan bir işletmeyi işletiyor izlenimi veren kişiyi adeta cezalandırmakta⁶⁴, bu kişi ile hukuki ilişkiye giren iyi niyetli üçüncü kişileri korumaktadır⁶⁵. Tacir gibi sorumlu olan, tacir olmanın yükümlülüklerine katlanır; tacir olmanın haklarından ise yararlanamaz⁶⁶. Esasında tacir gibi sorumlu olanın dürüstlük kuralına uygun davranışından söz edilemez⁶⁷. Zira burada iyi niyetli üçüncü kişilere karşı gerçek olmayan bir hukuki görünüş yaratılmaktadır⁶⁸. Yalnız, tacir gibi

⁶⁰ Şirketler topluluğunda teşebbüs kavramı oldukça geniş kapsamlı olup, tacir sıfatına sahip olup olmadığına bakılmaksızın gerçek kişileri, tüzel kişileri ve tüzel kişiliğe sahip olmayan oluşumları da kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, On İki Levha Yayınları, 2009, s. 71 vd.; Aker, s. 283-286. TTK m. 12'de gerçek kişinin tacir sıfatını kazanması bir ticari işletmenin kısmen de olsa kendi adına işletilmesine bağlanmış olmasına karşın, gerçek kişi hakim teşebbüs konumunda bulunduğu hallerde ticari işletmeyi işletme koşuluna bağlı olmaksızın tacir sayılmaktadır. Aynı durum dernekler ve vakıflar bakımından da söz konusudur. Öte yandan, TTK m. 195 nedeniyle hukukumuzda tüzel kişiliği bulunmayan oluşumların da tacir sayılması gündeme gelmiştir. Bu özellikleri ile TTK m. 195, TTK'nın tacir tanımına ilişkin hükümleri ile çelişki halindedir. Bkz. Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 89. Hakim teşebbüs tacir sayıldığından yetki sözleşmesi akdetme konusunda da yetkili kabul edilecektir. Göle, s. 875; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 271-272.

⁶¹ Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku (Giriş – Ticari İşletme), 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1968, s. 197; Poroy/Yasaman, s. 129-130; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 255; Şener, Ticari İşletme, s. 160; Kayıhan, s. 139.

⁶² Bu nedenle tacir olmak ile tacir sayılmak arasında fark gözetilmesinin faydasız olduğu yönünde bkz. Poroy/Yasaman, s. 130.

⁶³ Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 209-210; Şener, Ticari İşletme, s. 151.

⁶⁴ Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 72.

⁶⁵ Arkan, s. 122; Şener, Ticari İşletme, s. 152; Can, s. 250.

⁶⁶ İmregün, s. 34; Arkan, s. 122; Kayıhan, s. 140.

⁶⁷ Arkan, s. 122.

⁶⁸ Kayar, s. 137.

sorumluluk sadece iyi niyetli üçüncü kişilere karşıdır. Üçüncü kişi, işletildiği izlenimi verilen ticari işletmenin gerçekte var olmadığını biliyor yahut bilebilecek durumda ise tacir gibi sorumluluktan bahsedilemeyecektir⁶⁹.

B. Öğretideki Görüşler

Öğretide çoğunluk görüşü tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesi akdedemeyecekleri yönündedir⁷⁰. Bu görüşün gerekçesi olarak, yetki sözleşmesinin tacirler bakımından bir hak ve imkan olması gösterilmektedir⁷¹. Konuya ilişkin olarak Şener, Can ve Belgin Güneş tarafından çoğunluk görüşünden farklı değerlendirmeler de ortaya konulmuştur:

Şener, tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesine dayanarak kanunen yetkili olmayan bir mahkemede dava açamayacağını, yetki sözleşmesinin diğer tarafının tacir, tacir sayılan veya kamu tüzel kişisi sıfatını haiz ve iyi niyetli olması koşulu ile yetki sözleşmesinde gösterilen yerde dava açabileceğini belirtmiştir⁷².

Can ise, tacir gibi sorumlu olan kişinin tacir olmanın haklarından yararlanamayacağına değinerek, bir tacirle veya kamu tüzel kişisi ile akdettiği yetki sözleşmesinin geçersizliğini ileri süremeyeceği görüşündedir. Can'a göre, tacir gibi sorumlu olanla bir tacir veya kamu tüzel kişisinin yapmış olduğu yetki sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir⁷³.

Belgin Güneş, tacir gibi sorumlu olan kişilerin yetki sözleşmesi akdetmesi hususunun iki yönlü olarak düşünülmesi gerektiğine işaret etmektedir. Yazara göre, tacir gibi sorumlu olan gerçek kişi tacirin⁷⁴ yaptığı yetki sözleşmesine göre yetkili mahkemede açılacak davada, davacı taraf tacir gibi sorumlu olan kişi ise yetki sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir. Buna karşın, tacir gibi sorumlu olan kişi davalı taraf ise yetki sözleşmesinin uygulanmaması gerekir. Yazar tacir gibi sorumlu olan kişinin davacı olduğu durumlarda yetki

⁶⁹ Kayar, s. 137; Şener, Ticari İşletme, s. 152.

⁷⁰ Bu yönde bkz. Yılmaz, s. 473; Pekcanitez/Akkan, s. 305, dn. 395; Karlı, s. 280; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 282; Boran Güneysu, s. 1077.

⁷¹ Boran Güneysu, s. 1077.

⁷² Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 266-267.

⁷³ Can, s. 250-251.

⁷⁴ Belgin Güneş, s. 203'de yer alan bu ifadenin isabetli olmadığını belirtmek isteriz. Tacir ve tacir gibi sorumlu olan birbirinden ayrı kavramlar olup, tacir gibi sorumlu olan gerçek kişinin tacir olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

sözleşmesinin geçerli sayılmasını, yetki sözleşmesine göre karşılaştırılan yer mahkemesinde dava açmanın tacir gibi sorumlu olan kişi bakımından bir kolaylık ve avantaj teşkil etmesi ile gerekçelendirmiştir. Tacir gibi sorumlu olan kişinin davalı olduğu hallerde yetki sözleşmesinin uygulanmaması gerektiğini ise başka bir yerdeki mahkemeye gitmenin davalı bakımından bir külfet oluşturacağı ile açıklamıştır⁷⁵. Tacir gibi sorumlu olanların yalnızca tacir olmanın yükümlüklerine tabi olmaları nedeniyle bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Tacir sayılanlar ise haklar ve yükümlükler bakımından tacir ile eş konumda bulduklarından, yetki sözleşmesi akdedebilecekleri kabul edilmektedir⁷⁶. Tacire ilişkin hükümler donatma iştirakine de uygulanacağından, donatma iştirakinin de yetki sözleşmesi yapabilmesi gerekir⁷⁷.

C. Görüşümüz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetki sözleşmesinin sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında akdedilmesine olanak sağlanmasının nedeni olarak sosyal ve ekonomik yönden güçsüz olan tarafın, güçlü tarafa karşı korunma ihtiyacı olduğu belirtilmiştir⁷⁸. Tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını haiz olmayan kişilerin akdettikleri yetki sözleşmeleri geçersiz sayılırken, tacirlerin ve kamu tüzel kişilerinin sosyal ve ekonomik açıdan güçlü konumda buldukları, kendilerini koruyabilecek nitelikte ve birbirlerine karşı eşit konumda oldukları varsayımı nedeniyle bunlar arasında yetki sözleşmesi yapılmasına olanak sağlanmıştır. Kanun koyucunun gerekçeleri dikkate alındığında yetki sözleşmesi akdetmeyi sadece bir hak olarak nitelememek gerektiği düşüncesindeyiz⁷⁹. Yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkemenin bulunduğu yer dikkate alınarak sözleşmenin taraflar bakımından kolaylık sağlama fonksiyonu yanında yükümlülük getirmesi de söz konusu olabilir. Hali hazırda yetki sözleşmesi akdetmek sadece bir hak niteliğinde olsaydı

⁷⁵ Belgin Güneş, s. 203.

⁷⁶ Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 176; Yılmaz, s. 473; Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 282; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 265-266; Can, s. 249; Belgin Güneş, s. 203.

⁷⁷ Bu yönde bkz. Göle, s. 875; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 270-271; Can, s. 255.

⁷⁸ Bu konuda bkz. I-C-1 başlığı.

⁷⁹ *Karşılı ve Meraklı Yayla* da yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmiline ilişkin açıklamalarında, üçüncü kişinin tacir olmaması halinde, o hukuki ilişkinin tarafı olmasaydı yapamayacağı bir sözleşmenin getirdiği imkanı elde etmiş veya *külfete katlanmış olacağından* bahsederek, yetki sözleşmesinin külfet olma özelliği de taşıdığına değinmektedir. Bkz. *Karşılı*, s. 281; *Meraklı Yayla*, s. 1996. Krş. Boran Güneysu, s. 1077.

sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf olanın güçlüye karşı korunması ihtiyacı da hissedilmezdi.

Tacir gibi sorumlu olan kavramının yaptırım yönü dikkate alındığında, bu statüde bulunan kişilerin, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sorumlu olmaları hedeflenmektedir. Tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesi yapamayacaklarının kabulü, bu hedeften uzaklaşılmasına neden olabilir. Örneğin tacir gibi sorumlu olan ile tacir arasındaki bir sözleşmede, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda tacirin yerleşim yeri mahkemelerinin yetkili olacağına ilişkin bir yetki kaydı bulunması halinde, bu kaydın geçersizliğini kabul etmek tacir gibi sorumlu olan bakımından olumlu bir durumdur. Lakin bu örneğin tam tersi de olasılık dahilindedir. Şöyle ki, yetki sözleşmesi ile kanunen yetkili mahkeme yerine tacir gibi sorumlu olanın yerleşim yeri mahkemelerinin yetkili kılınması halinde bu kaydı geçerli kabul etmek, tacir gibi sorumlu olmak kavramı ile bağdaşmayacaktır.

Belirtilen nedenlerle, taraflarından biri tacir gibi sorumlu olan sıfatını haiz yetki sözleşmelerinin geçerliliğinin somut olayda tacir gibi sorumlu olanın bu sözleşmeden fayda sağlayıp sağlamadığına göre tespit edilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Yetki sözleşmesinin her iki tarafının tacir gibi sorumlu olması halinde ise bu sözleşmenin geçersiz olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır.

III. TACİRLER TARAFINDAN AKDEDİLECEK YETKİ SÖZLEŞMELERİNDE TİCARİ İŞ VE TİCARİ İŞLETMEYİ İLGİLENDİREN İŞ KAVRAMLARININ ROLÜ

Türk Ticaret Kanunu modern sistemi benimseyerek ticari işletme kavramını merkezine almış olmakla birlikte, objektif sistemin merkez noktası olan ticari iş kavramına da özel önem vermiştir. Bir işin ticari iş niteliğinde olup olmadığı ticari hükümlerin uygulama alanının belirlenmesi bakımından önemlidir⁸⁰. Türk Ticaret Kanunu uyarınca ticari işletmeyi ilgilendiren işler ticari iş niteliğindedir. Ancak, ticari işler ticari işletmeyi ilgilendiren işlerden ibaret değildir.

⁸⁰ Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 35; İmregün, s. 17; Arkan, s. 67; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 14; Şener, Ticari İşletme, s. 48; Kayar, s. 91; Serhan Dinç, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İş Kavramı”, 2014, 18(3-4), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 174-176.

A. Ticari İş Kavramı

Ticari iş kavramı, Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesinde "Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir." şeklinde tanımlanmıştır. Ticari işler bu tanım uyarınca Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen işler ve ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller olarak ikiye ayrılır. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen işler, taraflarının tacir olup olmadığı yahut işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmemesi dikkate alınmadan ticari iş olarak kabul edilmişlerdir⁸¹. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için ticari iş olarak kabul edilen işlere örnek olarak kambiyo senedi düzenlenmesi veya sigorta sözleşmesi yapılması gösterilebilir. Satış veya hizmet sözleşmesi ya da haksız fiil gibi Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmeyen işler ise ancak bir ticari işletmeyi ilgilendirmeleri koşulu ile ticari iş niteliğindedir.

Ticari işin tespitinde dikkate alınması gereken bir diğer düzenleme ise Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesidir. Söz konusu madde, Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesinin tamamlayıcısı niteliğindedir⁸². Ticari iş karinesi başlığını taşıyan 19. maddenin I. fıkrasında tacirlerin borçlarının ticari olduğu karine olarak kabul edilmiştir⁸³. Bu karine tüzel kişi tacirler bakımından mutlak niteliktedir⁸⁴. Gerçek kişi tacirler için ise karinenin iki istisnası söz konusudur. Gerçek kişi tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesi ile ilgili olmadığını açıkça bildirir veya işlemin niteliğinden ticari iş olmadığı anlaşılırsa yapılan iş, adi iş sayılır. Bu istisnalar dışında kalan işler gerçek kişi tacir bakımından ticari iş niteliğindedir.

⁸¹ Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 36; Poroy/Yasaman, s. 74; İmregün, s. 18; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 71; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 14-15; İsmail Kırca, "Ticari İş ve Ticari Hükme Dair", 2018, 34(3), BATİDER, s. 6; Kayar, s. 92; Kayihan, s. 96. Kanun koyucunun bu tercihe yönelik eleştirisi için bkz. Kırca, s. 12-13; Dinç, s. 177-178.

⁸² Karayalçın, s. 145; İmregün, s. 17; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 20.

⁸³ TTK m. 19'un TTK'nın kabul ettiği modern sisteme ters düştüğü ve gereksiz olduğu yönünde bkz. Arkan, s. 70.

⁸⁴ Bozer/Göle, Ticari İşletme, s. 37; Poroy/Yasaman, s. 76; İmregün, s. 19; Arkan, s. 70; Ülgen (Helvacı/Kaya/Nomer Ertan), s. 73; Kayar, s. 93; Kayihan, s. 98. Bu yönde bkz. 20 HD., 28.11.2002, E. 2002/8260, K. 2002/9761 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021). Ticari iş karinesinin tüzel kişi tacirler bakımından mutlak nitelikte olması eleştiriye açıktır. Bir ticari işletme işleterek elde ettikleri geliri manevi amaçlar için kullanan dernek ve vakıflar da kural olarak tüzel kişi tacir durumundadırlar (TTK m. 16). Elde ettiği geliri yardım amacıyla kullanan bir derneğin veya vakfın, ticari işletmesi dışında kalan tüm işlerini de ticari iş olarak kabul etmek doğru bir yaklaşım değildir. Bu yönde bkz. Arslanlı, s. 26; Domaniç/Ulusoy, s. 219; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 21-22; Şener, Ticari İşletme, s. 52; Dinç, s. 185-186.

Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinin II. fıkrası uyarınca ise, taraflardan biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler⁸⁵, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğer taraf için de ticari iş sayılır⁸⁶. Görülüyor ki, taraflardan biri için ticari iş diğeri için adi iş niteliğinde olan bir işin her iki taraf için de ticari iş sayılması, ilişkinin dayanağının sözleşme olmasına ve kanunda buna aykırı bir hükmün var olmamasına bağlanmıştır. Taraflardan biri için ticari iş diğeri için adi iş niteliğinde olan bir haksız fiil bu hüküm uyarınca her iki taraf için de ticari iş sayılamaz.

B. Ticari İşletmeyi İlgilendiren İş Kavramı

Ticari işletmeyi ilgilendiren⁸⁷ iş kavramı yapılan işin etki ve sonuçlarının ticari işletme ile ilgili olarak ortaya çıkmasını ifade eder⁸⁸. Ticaret hukuku bakımından ticari işletmeyi ilgilendiren iş kavramı, ticari iş kavramından daha dar kapsamlıdır. Başka bir deyişle ticari iş olarak nitelendirilen her iş, bir ticari işletmeyi ilgilendirmeyebilir. Örneğin, tacir sıfatını haiz olmayan iki gerçek kişi arasında çek düzenlenmesi herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmemesine rağmen ticari iş niteliğindedir.

Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işletmeyi ilgilendiren iş kavramı, Türk Ticaret Kanunu dışındaki kanunlarda düzenlenen ticari hükümlerin (TTK m. 1/I), ticari işin (TTK m. 3/I) ve nispi ticari davanın (TTK m. 4/I) tespitinde dikkate alınmaktadır.

C. Öğretideki Görüşler

Tacirlerin hangi durumlarda yetki sözleşmesi akdedebileceğine ilişkin öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler üç grupta toplanabilir.

İlki, tacirin sadece ticari işletmesi ile ilgili işlemleri hakkında yetki sözleşmesi yapabileceğidir⁸⁹. Bu görüşe göre tacir, ticari işletmesini

⁸⁵ TTK m. 19/II'nin uygulama alanının sözleşme ile sınırlı tutulmasının nedeni hakkında bkz. Kırcı, s. 10-12.

⁸⁶ Kırcı, TTK m. 19/II'nin ticari işin tespitiyle ilgili bir hüküm olmadığı, söz konusu fıkra kapsamındaki ilişkilere ticari hükümlerin uygulanmasını sağlamak amacıyla ihdas edildiği görüşündedir. Bkz. Kırcı, 6-7.

⁸⁷ İlgilendirme kavramı için bkz. Arslanlı, s. 22; Poroy/Yasaman, s. 75; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 16; Dinç, s. 180-181.

⁸⁸ Ticari işletmeyi ilgilendiren bir uyuşmazlık için avukata vekalet verilmesi de ticari işletmeyi ilgilendiren iş kapsamındadır. Arkan, s. 69.

⁸⁹ Nomer Ertan (Ülgen/Helvacı/Kaya), s. 282; Şener, Görev ve Yetki Sözleşmesi, s. 286; Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 135.

ilgilendirmeyen konularda yetki sözleşmesi yapamaz. Örneğin gerçek kişi tacirin kişisel kullanımı için bir otomobil satın alması halinde, bu satış sözleşmesinden kaynaklanacak uyumsuzluklar ile ilgili olarak yetki sözleşmesi akdetmesi olanaklı değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, ticari işletmeyi ilgilendiren iş kavramı, ticari iş kavramından daha dar kapsamlı olduğundan tacir, ticari işletmesini ilgilendirmeyen ticari işleri için yetki sözleşmesi akdedemeyecektir.

İkinci görüş ise, tacirin ticari işleri kapsamında yetki sözleşmesi akdedebileceği yönündedir⁹⁰. Örneğin, tacirin bir sigorta şirketi ile kendi hayatı üzerinde bir sigorta sözleşmesi kurması halinde, bu sözleşmede yer alacak yetki kaydı, sigorta sözleşmesi ticari iş niteliğinde olduğundan geçerli olacaktır. Bu görüşün kabulü halinde, iki tacir arasındaki bir sözleşmenin tacirlerden biri için Türk Ticaret Kanunu'nun 19. maddesinin II. fıkrası uyarınca ticari iş sayıldığı durumlar için akdedilen yetki sözleşmeleri de geçerli olmalıdır. Hemen belirtelim ki, Türk Ticaret Kanunu tüzel kişi tacirlere adi iş sahası tanımadığından, tüzel kişi tacirlerin akdedecekleri yetki sözleşmelerinin geçerliliği bakımından değerlendirme yapılmasına ihtiyaç kalmayacaktır. Ticari bir işin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olmaması halinde ise bu iş ile ilgili yetki sözleşmesi akdedilemez⁹¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesinin lafzından hareket eden üçüncü görüş subjektif bir değerlendirmeden hareket etmektedir. Bu görüş uyarınca, yetki sözleşmesi yapabilmesi için tarafların tacir sıfatını haiz olması yeterlidir⁹². Hakkında yetki sözleşmesi akdedilen işlemin ticari işletmeyi ilgilendirmesi yahut ticari iş niteliğinde olması, yetki sözleşmesinin geçerliliği bakımından belirleyici bir kıstas olarak dikkate alınmayacaktır.

D. Yargıtay Uygulaması

Uygulamada akdedilen yetki sözleşmelerinin geçerliliği Yargıtay'ın

Can, gerçek kişi tacirin adi sahada yaptığı işlemin kendisine tüketici sıfatını bahsettiği durumlarda, tüketici sıfatının tacir sıfatını ortadan kaldıracığını ve bu işlem için yetki sözleşmesi akdedilemeyeceğini belirtmektedir. *Can*, s. 256-258.

⁹⁰ Karşılı, s. 280; Belgin Güneş, s. 202-203; Boran Güneysu, s. 1078-1079. *Belgin Güneş* ve *Boran Güneysu*, ticari iş olarak kabul edilmeyen iş ve işlemlerde yetki sözleşmesi yapılamayacağını belirttikten sonra, geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığından söz edilebilmesi için işlemin tacirin ticari işletmesini ilgilendirmesi gerektiğini de belirtmektedirler (Belgin Güneş, s. 202-203; Boran Güneysu, s. 1078-1079).

⁹¹ Yılmaz, s. 478.

⁹² Aşık, s. 21-22; Göle, s. 875; Pekcanitez/Akkan, s. 306, dn. 398.

çeşitli daireleri tarafından verilen kararlarda incelenmiştir. Yargıtay'ın yetki sözleşmelerinin geçerliliğini incelerken tarafların sıfatından hareket ettiği, yapılan işin ticari işletmeyi ilgilendirmesi yahut ticari iş niteliğinde olması kıstaslarını değerlendirmeye almadığı gözlemlenmektedir⁹³. Ayrıca, Yüksek Mahkeme dosya kapsamından tarafların tacir olup olmadıklarının anlaşılmadığı durumlarda yetki sözleşmelerinin geçerli olmayacağına hükmetmektedir⁹⁴.

Öte yandan, “...yetki sözleşmesi yapılmasında, tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olması aranmıştır. Diğer bir anlatımla, maddedeki tacirden anlatılmak istenen, işin ticari nitelikte olması değil, tarafların kanunlarda tacir olarak tanımlanan kişiler olmasıdır. Sözleşmenin konusunun ticari iş olması gerçek kişilere yetki sözleşmesi yapma imkanı vermemektedir.” ifadesi ile işlemin, tarafların sıfatından bağımsız olarak ticari iş niteliğinde olmasının yetki sözleşmesini geçerli hale getirmeyeceği de belirtilmektedir⁹⁵. Kararda geçen “gerçek kişiler” ifadesinin “tacir sıfatını haiz olmayan gerçek kişiler” şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

Öğretide her iki tarafı tacir veya kamu tüzel kişisi olan yetki sözleşmelerinin, tacir olmayan kefiller bakımından geçerli olmayacağı kabul edilmektedir⁹⁶. Yargıtay'ın bu konudaki tutumu henüz yeknesak hale gelmemiştir. Yüksek Mahkeme bazı kararlarında yetki sözleşmesinin tacir olmayan kefiller bakımından hüküm ifade etmeyeceği sonucuna ulaşırken⁹⁷,

⁹³ 15. HD., 25.05.2016, E. 2016/1591, K. 2016/2985 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021); 20. HD., 30.05.2016, E. 2016/4273, K. 2016/6003 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021); 20. HD., 23.06.2016, E. 2016/5314, K. 2016/7468 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021). Yargıtay, adi ortaklık sözleşmesinde yer alan yetki kaydının da ortakların tacir sıfatı nedeniyle geçerli olduğuna hükmetmiştir. 20. HD., 20.06.2016, E. 2016/4886, K. 2016/7233 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021). Adi ortaklığın ticari işletme işlettiği durumlar bakımından Yargıtay'ın bu yaklaşımı isabetlidir; adi ortaklığın ticari işletme işletmediği durumlarda gerçek kişi ortakların tacir olarak nitelendirilmesi mümkün olamayacağından, diğer işleri nedeniyle tacir sıfatları da söz konusu değilse adi ortaklık sözleşmesindeki yetki kaydı geçersiz kabul edilmelidir.

⁹⁴ 11. HD., 03.10.2016, E. 2016/7465, K. 2016/7681 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021).

⁹⁵ 12. HD., 18.01.2017, E. 2016/8864, K. 2017/594 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021). Aynı yönde bkz. 12. HD., 01.10.2015, E. 2015/19908, K. 2015/22751 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021).

⁹⁶ Bu konuda bkz. I-C-1 Başlığı.

⁹⁷ Örnek olarak bkz. “...6100 sayılı HMK.'nın 17. maddesinde yetki sözleşmesinin tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabileceği düzenlenmiş olduğundan eldeki dosyada sözleşmedeki yetki şartının tacir olmayan davalı kefil bağlamayacağı, uyumsuzluğa genel yetki hükümlerinin uygulanması gerektiği...” 19. HD., 28.11.2012, E. 2012/14023, K.

bazı kararlarında ise tacir olmayan kefiller için de geçerli olduğu sonucuna varmıştır⁹⁸.

Kambiyo senetlerine özgü bir şahsi teminat modeli olan aval⁹⁹ bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Yargıtay'ın kambiyo senetlerinde yer alan yetki kaydının tacir olmayan avalist bakımından da geçerli olduğu yönünde kararları mevcut olduğu gibi¹⁰⁰, aksi yönde kararları da söz konusudur¹⁰¹.

Yetki kaydının tacir sıfatını haiz olmayan kefil ve avalist için uygulanıp uygulanmayacağı konusunda verilen farklı kararlar, bu konuda bir içtihadı birleştirme kararına ihtiyaç duyulduğuna işaret etmektedir.

E. Görüşümüz

Diğer gerçek ve tüzel kişilerden farklı olarak hukukumuzda tacirlerin basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülük tacirlerin, öngörülü olmalarını, gerçekleştirecekleri iş ve işlemlerin sonuçlarını önceden dikkate almalarını gerektirmektedir. Adi iş sahası bulunmayan tüzel kişi tacirler, tüm işlemlerinde basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğüne tabidirler. Gerçek kişi tacirler açısından ise söz konusu yükümlülük sadece ticari işletmelerini ilgilendiren işlemlerle sınırlı

2012/17885 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021). “*Kredi sözleşmesinin müteselsil kefil olan borçlu A. ’nun ise tacir sıfatı bulunmadığından, HMK’nun 17. maddesi uyarınca yapılan yetki sözleşmesi kendisini bağlamaz.*” 12. HD., 18.02.2016, E. 2015/27019, K. 2016/4412 (Kazancı İçtihat Bankası – Erişim Tarihi: 01.03.2021).

⁹⁸ Örnek olarak bkz. “*Sözleşmenin tarafları tacir olduğundan anılan yetki şartı HMK’nun 17. maddesi hükmüne uygun olup, kefaletin feriliği prensibi gereğince kefil yönünden de geçerli kabul edilmelidir.*” 19. HD., 18.04.2016, E. 2016/958, K. 2016/6749 (hukukturk.com – Erişim Tarihi: 01.03.2021). “*Yetki kaydı, müteselsil kefil sıfatıyla sözleşmeyi imzalayan K1 tacir olmasa bile, tacirler arasındaki yetki sözleşmesi 6102 sayılı TTK’nun 7. maddesinde öngörülen teselsül karinesi nedeniyle muteriz K1’ı bağlar.*” 19. HD., 10.02.2015, E. 2014/11550, K. 2016/1636 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021).

⁹⁹ Aval kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bozer/Celal Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017.

¹⁰⁰ “... lehtar T.F.K. Bankası A.Ş.’nin ve keşideci A. Eğitim Yayın Taşımacılık Bilgisayar Tic. A.Ş.’nin tacir sıfatını haiz oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda, HMK’nun 17. maddesi gereğince tacirler arasında düzenlendiği belirlenen yetki sözleşmesi geçerli olup, Dairemizin değişen içtihatlarına göre, kambiyo senetlerinin özelliği gözetildiğinde anılan yetki sözleşmesi avalistleri de bağlar.” 12. HD., 05.02.2020, E. 2019/1049, K. 2020/892 (Yargı Dünyası, 2020, 25(293), s. 161-162).

¹⁰¹ Örnek olarak bkz. “... takip dayanağı bonoda borçlu konumunda olan avalist ... gerçek kişi olup, dosyada tacir olduğuna ilişkin belge bulunmadığına göre İstanbul (icra dairelerinin) mahkemelerinin yetkili kilindığına dair senette yer alan yetki kaydı geçersizdir.” 12. HD., 26.05.2016, E. 2016/1252, K. 2016/14870 (lexpera.com.tr – Erişim Tarihi: 01.03.2021).

tutulmuştur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetki sözleşmesinin yalnızca tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında akdedilmesine izin verilmesinin gerekçesi olarak tacirler ve kamu tüzel kişilerinin sosyal ve ekonomik açıdan diğer kişilere göre daha güçlü olmaları gösterilmiş; tacirlerin kendi aralarında ve kamu tüzel kişileri ile eşit konumda buldukları varsayımından hareket edilmiştir¹⁰². Bu gerekçenin tacirin basiretli bir iş insanı gibi davranma yükümlülüğünden ziyade tacirin sosyal ve ekonomik gücüne dayandığı anlaşılmaktadır. Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları arasında da, tacirler tarafından akdedilecekler olanları için konu bakımından getirilmiş özel bir sınırlama bulunmamaktadır (HMK m. 18).

Konuya ilişkin Yargıtay kararlarında, tacirler arasında akdedilen yetki sözleşmelerinin geçerliliği bakımından tarafların tacir sıfatının yeterli kabul edildiği gözlemlenmektedir. Yetki sözleşmesine konu olan işlemin ticari iş ya da ticari işletmeyi ilgilendiren iş niteliğinde olup olmaması Yargıtay tarafından dikkate alınmamaktadır. Öte yandan, her iki tarafı tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan yetki sözleşmeleri bir ticari iş ile bağlantılı olarak akdedilmiş olsa dahi geçerli sayılmamaktadır. Ayrıca, tacirler arasındaki sözleşmelere kefil olan veya tacirler arasındaki kambiyo senetlerinde avalist durumunda bulunan kişiler bakımından ise ne bu kişilerin tacir sıfatı ne de işlemin niteliğinin dikkate alınmadan yetki sözleşmelerinin geçerli kabul edildiği kararlar da mevcuttur.

Yetki sözleşmesinin sadece belirli kişiler arasında akdedilebilmesine olanak sağlanması, temel bir hak niteliğinde olan sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması (AY m. 48) anlamını taşımaktadır. Bir temel hakkı sınırlandıran düzenlemenin yorum yoluyla genişletilmesi isabetli bir yaklaşım değildir.

Sayılan nedenlerle tacirler arasındaki yetki sözleşmelerinin geçerliliği konusunda tarafların tacir konumunda bulunmalarının yeterli olduğu; hakkında yetki sözleşmesi yapılan işlemin ticari iş yahut ticari işletmeyi ilgilendiren iş olmasının sözleşmenin geçerliliğinin tespitinde dikkate alınmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu tutum, yetki sözleşmelerinin bazı durumlarda tacir gibi sorumlu olanlar bakımından uygulanabileceği görüşümüz ile de uyum arz etmektedir¹⁰³. Zira, tacirin yetki sözleşmesini sadece ticari işletmesini

¹⁰² Bkz. HMK Genel Gerekçe ve HMK m. 17 Gerekçe.

¹⁰³ Bu konuda bkz. II-C Başlığı.

ilgilendiren işler için akdedebileceği kabul edildiğinde, tacir gibi sorumlu olan kişilerin ticari işletmeleri mevcut olmadığından, taraf oldukları yetki sözleşmelerinin hiçbir durumda geçerliliğinden bahsedilemeyecektir.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Alman ve Fransız hukuklarındaki düzenlemelere benzer olarak yetki sözleşmesi akdedebilecek kişiler için subjektif sınırlamalar getirmiştir. Böylelikle, yetki sözleşmeleri bakımından sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Getirilen subjektif sınırlamaların nedeni, sosyal ve ekonomik açıdan zayıf durumda bulunan kişilerin güçlü kişilere karşı korunması düşüncesidir. Bu düşünceden hareketle, yetki sözleşmesinin sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında akdedebileceği kabul edilmiştir. Tacirler ve kamu tüzel kişilerinin sosyal ve ekonomik açıdan birbirlerine eşit oldukları varsayımı nedeniyle kendi aralarında bu sözleşmeyi akdedebilmelerine olanak sağlanmıştır. Ancak tacirlerin, idarenin gücünü kullanabilecek olan kamu tüzel kişileri karşısındaki konumları nedeniyle aralarında sosyal ve ekonomik açıdan bir eşitlikten bahsetmek güçtür. Piyasa ekonomisinin koşulları göz önünde tutulduğunda, tacirlerin birbirleri arasında eşitliği varsayımı da ekonomik gerçeklerle bağdaşamayabilecektir.

Tüzel kişi tacirler, Türk Ticaret Kanunu'nda sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiştir. Gerçek kişiler ise, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adlarına işlettikleri takdirde tacir sıfatını kazanırlar. Henüz işletilmeye başlanmamış olsa da ticari işletmenin kurulduğu, üçüncü kişilere duyurulmuş veya ticaret siciline tescil edilerek Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmiş ise bu işletmeyi işletecek kişi tacir sayılır. Tacir sayılanlar, tacir olmanın haklarından yararlandıkları gibi yükümlülüklerine de katılırlar. Bu nedenle tacir sayılanların yetki sözleşmesi akdedebilecekleri kabul edilmektedir. Var olmayan bir ticari işletmeyi işletiyormuş gibi görünen kişiler ise iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olurlar. Tacir gibi sorumlu olanlar tacirlere tanınan haklardan yararlanamazlar. Bu noktadan hareketle, öğretideki çoğunluk görüşü tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesi akdedemeyecekleri yönündedir. Kanımızca yetki sözleşmesini sadece bir hak olarak nitelemek doğru değildir. Eğer böyle olsaydı, sosyal ve ekonomik yönden güçsüz olan kişilerin yetki sözleşmesinden korunmasına da ihtiyaç kalmazdı. Dolayısıyla, somut olayda diğer tarafı tacir veya kamu tüzel kişisi olan yetki sözleşmesi, tacir gibi sorumlu olan aleyhine ise bu sözleşmenin tacir gibi sorumlu olan bakımından geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tacirlerin, hakkında yetki sözleşmesi akdedecekleri işlemin ticari iş yahut ticari işletmeyi ilgilendiren iş olması gerektiğine ilişkin bir sınırlama yapılmamıştır. Öğretide var olan görüşlerin aksine, Yargıtay tacir olan taraf bakımından yetki sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin değerlendirmelerinde işin ticari iş veya ticari işletmeyi ilgilendiren iş niteliğinde olup olmamasını belirleyici bir kıstas olarak ele almamaktadır. Yetki sözleşmesinin tarafları bakımından getirilen sınırlama, sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğundan, yorum yoluyla genişletilmesi doğru olmayacaktır. Buradan hareketle, tacirlerin ticari iş niteliğinde olmayan veya ticari işletmelerini ilgilendirmeyen işlemleri hakkında da yetki sözleşmesi akdedebileceği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aker H, “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü: Hâkim Teşebbüs”, 2009, 25(2), BATİDER, s. 229-298.
- Aksoyoğlu N, “Görev ve Yetki, Hakimin Davaya Bakmaktan Yasak Olması ve Reddi, Hakimin Hukuki Sorumluluğu”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s. 67-93.
- Arslan R/Yılmaz E/Taşpınar Ayvaz S/Hanağası E, Medenî Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları 2019.
- Arslanlı H, Kara Ticareti Hukuku, Umumi Hükümler, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası 1960.
- Assmann H D/Schütze A R/Buck-Heeb P, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck 2020.
- Aşık İ, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi”, 2011, 97, TBB Dergisi, s. 11-48.
- Arkan S, Ticarî İşletme Hukuku, 23. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, Medenî Usûl Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları 2019.

- Ayhan R/Çağlar H/Özdamar M, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 13. Baskı, Yetkin Yayınları 2020.
- Bahtiyar M, Ticari İşletme Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020.
- Baştuğ İ/Erdem E, Ticari İşletme Hukuku, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları 1993.
- Belgin Güneş D, “Yetki Sözleşmeleri”, 2012, 86(5), İstanbul Barosu Dergisi, s. 197-220.
- Bolayır N, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, 2011, 85(5), İstanbul Barosu Dergisi, s. 131-147.
- Boran Güneysu N, “Bir Karar Işığında Yetki Sözleşmesine Bakış”, 2014, 16(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 1067-1089.
- Bozer A/Göle C, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2018 (Anılış: Ticari İşletme).
- Bozer A/Göle C, Kıymetli Evrak Hukuku, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017 (Anılış: Kıymetli Evrak).
- Briggs A, Agreements on Jurisdiction and Choice of Law, Oxford University Press 2008.
- Budak A C/Karaaslan V, Medenî Usul Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018.
- Budak A C, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, 2012, 8(21), Medenî Usûl ve İcra – İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER), s. 1-25.
- Can O, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı Olarak Tacir”, 2012, 28(3), BATİDER, s. 237-263.
- Çelikel A/Erdem B, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Baskı, Beta Yayınları 2016.
- Dinç S, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticari İş Kavramı”, 2014, 18(3-4), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 173-191.
- Domaniç H/Ulusoy E, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Arıkan Yayıncılık 2007.

- Göle C, “Kambiyo Senetlerinde Yetki Kaydı”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları 2015, s. 873-881.
- Görgün Ş/Börü L/Toraman B/Kodakoğlu M, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları 2018.
- İmregün O, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Baskı, Filiz Kitabevi 2005.
- Kalpsüz T, “Salahiyet Mukavelesi”, 1956, 1, Jurisdictio Kazai İçtihatlar, s. 47-49.
- Karademir Aydemir D, Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.
- Karayalçın Y, Ticaret Hukuku (Giriş – Ticari İşletme), 3. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1968.
- Karlı A/Koç E/Konuralp C S, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemler Konular, Alternatif Yayınları 2014.
- Karlı A, Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Alternatif Yayınları 2012.
- Kayar İ, Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018.
- Kayıhan Ş, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2018.
- Kırca İ, “Ticarî İş ve Ticarî Hükme Dair”, 2018, 34(3), BATİDER, s. 5-17.
- Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları 2018.
- Meraklı Yayla D, “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Tarafları ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili”, 2014, 16(Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 1987-2013.
- Musielak H J/Voit W/Heinrich C, Zivilprozessordnung Kommentar, 17. Auflage, Verlag Franz Vahlen 2020.
- Okutan Nilsson G, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, On İki Levha Yayınları 2009.
- Özkan I/Tütüncübaşı U, Uluslararası Usûl Hukuku, Adalet Yayınevi 2017.

- Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, Teil I, 6. Auflage, Verlag C. H. Beck 2020.
- Pekcanitez H/Atalay O/Özekes M, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Yetkin Yayınları 2019.
- Pekcanitez H/Özekes M/Akkan M/Taş Korkmaz H, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayınları 2017.
- Poroy R/Yasaman H, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2015.
- Postacıoğlu İ E, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Sulhi Garan Matbaası 1975.
- Stein F/Jonas M/Bork R, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Teil I, 23. Auflage, Mohr Siebeck Verlag 2014.
- Şener O H, Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık 2021 (Anılış: Görev ve Yetki Sözleşmesi).
- Şener O H, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020 (Anılış: Ticari İşletme).
- Tanrıver S, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 2. Baskı, Yetkin Yayınları 2018 (Anılış: Medenî Usûl).
- Tanrıver S, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, 2014, 16(Özel Sayı), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 459-468 (Anılış: Yetki Sözleşmesi).
- Umar B, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları 2014.
- Ülgen H/Helvacı M/Kaya A/Nomer Ertan F, Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık 2019.
- Ülgen H, Türk Ticaret Hukukundaki Hukuki Görünüş Nazariyesi, Ticari İşletme Hukuku Bakımından Uygulama, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2005.
- Üstündağ S, “Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları”, Makaleler – İhtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Adalet Yayınevi 2010, s. 13-39.
- Yılmaz E, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. I, 3. Baskı, Yetkin Yayınları 2017.

YAPAY ZEKANIN ŞİRKET YÖNETİMİNE OLASI KATKILARININ TÜRK ŞİRKETLER HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ VE YAPAY ZEKANIN HUKUKİ STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİNDE ŞİRKETLER HUKUKUNDAN ÇIKARTILABİLECEK DERSLER

Meltem KARATEPE KAYA*

ÖZ

Teknolojinin ve özellikle de yapay zekanın hayatımızdaki yeri ve önemi artık inkâr edilemez bir noktadadır. Covid-19 salgınının da etkisiyle yapay zekanın hayatımızı kolaylaştıracağına inanılan alanlarda hızlı bir dönüşüm ve adaptasyon süreci başlamıştır. Diğer tüm alanlarda olduğu gibi hukuk alanında da yapay zekanın kullanımı gün geçtikçe artmaktadır. Şirketler ve şirketler hukuku da yapay zekâ teknolojilerinden etkilenen alanlardandır. Yapay zekâ ve şirketler hukuku arasındaki etkileşimin özenle analiz edilmesi gereken birçok farklı boyutu vardır. Ancak bu çalışmada yalnızca yapay zekanın şirket yönetimine ne şekilde yardımcı olabileceği, bir yönetici olarak kullanılmasının mümkün olup olmadığı ve şirketlerde yapay zekâ kullanımının kurumsal yönetime olan etkisi değerlendirilecektir. Ayrıca bu çalışmada yapay zekanın yapmış olduğu eylem ve işlemlerden doğan sorumluluğun kime veya kimlere ait olacağı tartışmalarına katkı sağlamak amacıyla şirketlere benzer bir şekilde yapay zekaya kurumsal kişilik kazandırılarak hukuki statünün verilmesinin mümkün olup olmadığı analiz edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zeka, Yönetim kurulu üyesi, Robot yönetici, Şirket benzeri kurumsal Kişilik, Elektronik kişilik, Kurumsal yönetim, Covid-19 salgını

ANALYSIS OF THE CONTRIBUTION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON TURKISH COMPANY LAW AND THE LESSONS LEARNED FROM COMPANY LAW FOR DETERMINATION OF THE LEGAL STATUS OF THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE

ABSTRACT

The importance of technology and artificial intelligence is now undeniable. With the effect of the Covid-19 outbreak, a rapid transformation and adaptation process has

* **Dr. Öğr. Gör.**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL e-posta: meltemkaratepe.kaya@medeniyet.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3428-0293

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979208

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 22/03/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 28/07/2021

begun in areas where artificial intelligence is considered to make it more comfortable. As in all other fields, the application of artificial intelligence in law is increasing day by day. Corporate law and companies are also among the areas affected by artificial intelligence technologies. The interaction between artificial intelligence and corporate law has many different aspects, and they all need to be analysed. However, this article's scope is limited to how artificial intelligence can help company management and whether it is possible to use AI as a board of director. This article will also evaluate using AI in the companies and its effects on corporate governance. It will also be analysed whether it is possible to give artificial intelligence a corporate personality in a similar way to companies to contribute to the discussions of who will be responsible for the actions and transactions of artificial intelligence.

Keywords: *Artificial intelligence, Director, Robot directors, Corporate law, Electronic persenality, Corporate governance, COVID-19 outbreak*

Giriş

Teknoloji, internet ağının yaygın erişimi ve yapay zekâ kullanımı sayesinde hayatımızın birçok alanında etkinlik göstermektedir. Teknolojik gelişmelerin günlük yaşamımızın her alanında entegre uygulamalarla hayatımızı daha konforlu hale getirdiği şüphesizdir¹. Yapay zekanın temel uygulama alanları, özellikle yazılı metinlerin sınıflandırılması, benzer durumların akıllı arama algoritmaları ile özetlenmesi ve incelenmesi, hatta vakalar öncesinde alınan karar verilerinin kullanılarak kalıpların takip edilmesi ve yeni vakalar için karar destek sistemlerinin oluşturulmasıdır. 2000'li yılların ardından büyük veri ve yapay zekâ kavramları mühendislik problemlerine ve sosyal bilimlere, sağlık bilimleri, eğitim bilimleri gibi alanlara çözümler sunmaya başlamıştır. Donanım ve modellemeye dayalı iyileştirmelerle büyük veri ve yapay zekâ uygulamaları daha popüler hale gelmiştir.

Büyük veri ve yapay zekâ ile etkileşimi bulunan temel alanlardan biri de hukuktur. Hukuk ile yapay zekanın ilişkisi karşılıklı bir ilişkidir. Bir taraftan, yapay zekanın hayatımıza adaptasyonu sürecinde hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim yapay zekâ teknolojisinin yaygın kullanımıyla birlikte yapay zekâ ürünü olan robot ve algoritmaların vermiş olduğu

¹ David Reinsel, John Gantz and John Rydning, 2018. The Digitization of The World from Edge to Core. [çevrimiçi] Seagate.com <<https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>> Erişim tarihi 17 Şubat 2021.

zararlardan doğan sorumluluğun kime ait olacağı tartışma konusu olmuştur². Ayrıca yapay zekanın ne şekilde tanınacağı ya da hukuki hak ve yükümlülüklerle hangi sıfatla sahip olabileceği de hukukçular tarafından analiz edilmektedir. Diğer taraftan yapay zekanın sağlamış olduğu kolaylıkların hukuk alanında da kullanılması için adımlar atılmaya başlanmıştır.

Yıllar boyunca, yapay zekanın hukuk alanında hızlı bir şekilde geliştiğini hatta yaygın bir kullanıma sahip olduğunu söyleyebiliriz³. Yapay zekâ ürünü algoritma ve robotların birçok alanda karmaşık ve zor görevleri insanlardan çok daha iyi başardığı görülmektedir. Öyle ki, COVID 19 salgını ve hızlı teknolojik gelişimin etkisiyle yapay zekâ, çok yakında şirketlerin, hukuk bürolarının ve belki de şirket yönetim kurulu odalarının vazgeçilmez parçalarından biri olabilir⁴. İşte yapay zekâ ile hukuk arasındaki bu etkileşim yapay zekâ

² Sonia K. Katyal, 'Private Accountability In The Age Of Artificial Intelligence' (2019) 66 U.C.L.A. Law Review; Frank Pasquale, 'A Rule Of Persons, Not Machines: The Limits Of Legal Automation' (2019) 87 GEO. WASH. L. REV.; Surden, Artificial Intelligence And Law: An Overview, s. 1306; Seda Kara Kılıçarslan, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü Ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, s. 365.

³ Yapay zekanın hukukta kullanımına ilişkin 2017 yılında Londra'da önemli bir çalışma gerçekleştirildi. Case Cruncher Alpha adlı bir yapay zekâ programı, Londra'nın en iyi avukatlık firmalarından 100'den fazla avukata meydan okudu. Hem gerçek kişi avukatlara hem de yapay zekaya yüzlerce ÜFE (ödeme koruma sigortası) yanlışı yapılmış olan bir satışın temel gerçekleri verildi ve mali ombudsmanın dava açılmasına izin verip vermeyeceğini tahmin etmeleri istendi. Toplamda 775 tahmin sundular ve insan avukatlar %66,3 oranında başarılı tahminde bulunurken, yapay zeka programı olan Case Cruncher Alpha % 86,6'lık bir doğruluk oranı elde etti. Bu yapay zekanın tahmin yeteneğinin insanlardan daha iyi olabileceğini gösteren önemli bir örnek olmuştur. Yapay zeka teknolojilerinin hukuk alanında kullanımını gösteren güncel bir başka örnek ise 2019 yılında Çin'de geliştirilen "yapay zekâ yargıç" uygulamasıdır. Bu uygulama ile Pekin'de dava açma ve ilerletme gibi rutin işlerde karar alma sürecinde hakimlere çevrimiçi bir destek sağlanması hedeflenmektedir. Bu sistem geliştirilirse şüphesiz, insan hakimlerin vakalara daha fazla odaklanmalarına ve yoğun iş yüklerini azaltarak kararların kalitesini arttırmaya yardımcı olacaktır. Daha fazla örnek için bkz; Meltem Karatepe Kaya, 'The Use of Artificial Intelligence in Law', 2021 Multidisciplinary Perspectives of AI: Past, Present, Future, (1.baskı, Onikilevha 2021), p. 135; Rory Cellan-Jones, 'The Robot Lawyers Are Here - And They'Re Winning' (BBC News, 2017) <<https://www.bbc.com/news/technology-41829534>> Erişim tarihi 14 Mart 2021; Terry Brown, 'Artificial Intelligence Outperforms Lawyers In Contract Checking - ItChronicles' (ITChronicles, 2018) <<https://itchronicles.com/automation/artificial-intelligence-contract-checking/>> Erişim tarihi 14 Mart 2021; 'Beijing Internet Court Launches AI Judge - Xinhua | English.News.Cn' (Xinhuanet.com, 2019) <http://www.xinhuanet.com/english/2019-06/27/c_138178826.htm> Erişim tarihi 14 Mart 2021.

⁴ Veri algoritmalarının ve yapay zekanın bir diğer etkisi de özel hayat ve haklar yönündendir. Bu etkinin bir sonucu olarak hukuk sistemlerinde kişisel verilerin korunması, yapay zeka modellerinden doğan sorumluluk veya haklar gibi tartışma alanları ortaya çıkmıştır. Bknz. Florian Möslin, 'Robots In The Boardroom: Artificial Intelligence And Corporate Law', Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence (1.baskı, Edward Elgar Publishing

teknolojilerinin hukuktaki etkilerini anlamının önemini ve aynı zamanda teknolojiyi geliştiren araştırmacılar tarafından belirlenmesi ve bilinmesi gereken yasal sınırların ve yükümlülüklerin gerekliliğini arttırmaktadır. Nitekim yapay zekâ kullanımının faydalarının yanında birtakım riskler barındırdığını ve zarara sebebiyet verebileceğini unutmamak ve buna göre hukuki önlemler almak gerekmektedir⁵. Genel anlamda yapay zekânın hukukî niteliğinin ve doğacak zarardan sorumluluğunun hangi hukuki gerekçelere dayandırılabilirliği başlı başına çalışma konusu olduğu⁶ için biz çalışmamızda sadece yapay zeka ile şirketler hukuku arasındaki etkileşime değinecek ve yapay zekanın şirket yönetimine olası katkılarına ilişkin değerlendirmelerde bulunacağız. Çalışmamızda yapay zekanın şirketler hukuku ve şirketler ile ilişkisi çeşitli ülkelerde görülmüş örneklere açıklanırken, yapay zekanın hukuki sorumluluğuna ilişkin de açıklamalar yapılacaktır. Ayrıca COVID-19

Limited 2018) s.1; ‘Litigating Algorithms: Challenging Government Use of Algorithmic Decision Systems’ (An AI Now Institute Report 2018).

- ⁵ A. Michael Fromkin and P. Zak Colangelo, ‘Self-Defense Against Robots and Drones’ (2015) 48 Connecticut Law Review, s. 7.
- ⁶ Harry Surden, ‘Machine Learning And Law’ (2014) 89 Washington Law Review 87, 89; Trevor Bench-Capon et al., A History of AI and Law in 50 Papers: 25 Years of the International Conference on AI and Law, 20 Artificial Intelligence & L. 215, 277 (2012); Lord Sales, ‘Algorithms, Artificial Intelligence And The Law’ (2020) 25 Judicial Review 48; Surden, Artificial Intelligence And Law: An Overview, s. 35 Georgia State University Law Review; Cemil Güner, ‘Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk’ (2020) 15 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 229-272; Semih Yünlü, ‘Current Developments On Artificial Intelligence And Liability For Robot Caused Damages’ (2019) 26 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 189-213; Lawrence B. Solum, ‘Legal Personhood For Artificial Intelligences’ (1992) 70 North Carolina Law Review, 1231-1287; Hartini Saripan ve Sheela A/P Jayabala Krishnan, ‘Are Robots Human? A Review Of The Legal Personality Model’ (2016) 34 World Applied Sciences Journal 824-831; Kara Kılıçarslan, s. 363-389; Çağlar Ersoy, Robotlar, Yapay Zekâ Ve Hukuk (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2018); Cannur Ercan, ‘Robotların Fiillerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri’ (2019) 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19-51; Yüksel Bozkurt ve Ebru Armağan, ‘Robot Hukuku’ (2017) 7 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi; Emre Bayamloğlu ‘Akıllı Yazılımlar ve Hukukî Statüsü, Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme’ (2008) Uğur Alacakaptan’a Armağan, (1. Baskı İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları) 131-140; Başak Bak, ‘Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk’ (2018) 9 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 35, 211-232; Sinan Sami Akkurt, ‘Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk’ (2019) 7 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 13, 39-59; Meliha Akbilek, ‘Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukukî Kişilikleri (!) ve Hukukî Sorumlulukları’ (2017) 3 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, 215-236. Serkan Kaya, Muhammed Khan, Rao Imran Habib, ‘Advanced Technologies for Supporting Dispute Resolution: An Analysis’ (2019) 2 Review of Applied Management and Social Science, 47-57.

salgınının şirketlerde yapay zekâ kullanımında oluşturduğu etki de analiz edilecektir.

1. Yapay zekâ nedir?

Ademola'nın da belirttiği gibi, yapay zekâ (*artificial intelligence*) yalnızca robotlarla ilgili değildir ve yapay zekâ, birçok kişinin zannettiği gibi aslında bir “düşünen makine” değildir⁷. Terminolojik olarak yapay (*artificial*), doğal olmayan ve bilgisayarlar gibi makinelerle ilgili bir şey olarak ifade etmek mümkündür. Zekâ (*intelligence*) akıl yürütme, öğrenme veya anlama yeteneği olarak tanımlanabilse de işin aslı yapay zekâ (*artificial intelligence*) bir şeyi neden yaptığını ayırt etmediği için daha doğru ifadeyle temyiz yeteneğine haiz olmadığı için gerçekten akıllı olduğu söylenemez⁸. Nitekim yapay zekâ sadece insanlar tarafından programlanan ve arzu edilen talimatları analiz ediyor ve bu talimatlar çerçevesinde kendisinden beklenen görevi ifa ediyor. Bu nedenle, yapay zekâ, *Surden*⁹ tarafından, “normalde insan zekâsı gerektiren” görevleri otomatikleştirmek için teknolojiyi kullanmak olarak tanımlanmaktadır. Yapay zekâ, makine kontrolü (robotik ve otonom makineler) ve makine öğrenimi, yorumlama, sonuç çıkarma, uzman sistemlerin kurulumu ve problemlerin çözümlenmesi gibi birçok farklı yöne sahiptir ve farklı alanlarda kullanılmaktadır¹⁰. Her ne kadar mevcut durumda yapay zeka ürünü olan robotları insanların yönlendirdiğini ve kapasitelerinin insanlarla sınırlı olduğunu söylesek de zamanla yapay zekanın geliştirilerek, insanın da ötesinde bir seviyeye gelmeyeceğini savunmak mümkün değildir.

Belirtmemiz gerekir ki, bu çalışmada yapay zekanın tasarım, yapım ve kodlama aşamalarına yönelik tartışmalara girilmeksizin, yapay zeka ürünü makine öğrenimine sahip robot ve algoritmalarından şirketlerde ne şekilde faydalanılabileceği ilişkin analizlere yer verilecektir.

⁷ Ademola Adeyoju, ‘Artificial Intelligence And The Future Of Law Practice In Africa’ (2018) SSRN Electronic Journal, 12.

⁸ Türk Dil Kurumu'nun kabul ettiği tanıma göre de zeka, “İnsanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkartma yeteneklerinin tamamı, anlık, dirayet, zeyreklik ve feraset” anlamına gelmektedir. Bknz. Türk Sözlük, ‘Türk Dil Kurumu | Sözlük’ (Sozluk.gov.tr, 2021) <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim tarihi 6 Mart 2021.

⁹ Surden, *Artificial Intelligence And Law: An Overview*, s. 1308.

¹⁰ Michael Legg ve Felicity Bell, *Artificial Intelligence And The Legal Profession* (1. baskı, Hart Publishing 2020) 38.

2. COVID-19 Salgınının Yapay Zekâ Kullanımına Etkileri

Kısa sürede dünyayı etkisi altına alan COVID-19 salgını, insan yaşamı için büyük bir risk oluşturmaktadır. COVID-19 salgınının küresel etkisi nedeniyle virüsün yayılmasının önüne geçebilmek için tüm ülkeler çeşitli seviyelerde tecrit uygulamıştır ve birçok ülke salgının başlamasının üzerinden bir buçuk yıldan fazla bir zaman geçmesine rağmen bu kısıtlamaları sürdürmeye devam etmektedir. Kısıtlamalar ve karantinalar, koronavirüsün yayılmasını yavaşlatıp insanların sağlığını korumaya yardımcı olsa da, bu önlemlerin ülkelerin ekonomilerinin, insanların sosyal faaliyetlerinin ve dolayısıyla insanların ruh sağlığının üzerinde bazı olumsuz sonuçları olduğu açıktır¹¹. Uzun vadede ne olacağı bilinmez, ancak görünen o ki, koronavirüsün yayılmasını kontrol altına almak için alınan tedbirler, ekonomik faaliyetler üzerinde ciddi olumsuz sonuçları olan ve önceki finansal krizlerden daha yıkıcı olması beklenen yeni bir kriz yaratmıştır¹². Virüsün sebep olduğu belirsizlikler¹³ birçok sektörde ticaretin aksamasına sebebiyet vermiştir¹⁴. İnsan sağlığının her şeyden önce geldiği ve bu nedenle yöneticilerin her şeyden önce vatandaşlarının yaşam hakkını güvence altına almaya odaklandığı düşünüldüğünde, ileri vadede kesin bir çözüm bulununcaya kadar belirsizliklerin devam edeceğini söylemek mümkündür.

Bilim insanlarının özverili çalışmaları neticesinde hızla geliştirilen ve birçok ülkede kullanılmaya başlanılan aşilar başarılı sonuçlar ortaya koymaktadır¹⁵. Ancak aşının başarılı etkilerine rağmen hala bir salgının ortasındayız ve bu sürecin uzun vadeli etkilerini tahmin etmek şu an için kolay değildir. COVID-19 salgınının turizm, teknoloji, imalat, sağlık, montaj, satın alma, küresel taşıma faaliyetleri ve diğer küresel iş birlikleri gibi birçok sektör

¹¹ Luca Enriques, 'Pandemic-Resistant Corporate Law: How to Help Companies Cope With Existential Threats And Extreme Uncertainty During The Covid-19 Crisis' (2020) 17 European Company and Financial Law Review.

¹² Khalil Jebran ve Shihua Chen, 'Can We Learn Lessons From The Past? COVID-19 Crisis And Corporate Governance Responses' (2021) 1 International Journal of Finance & Economics.

¹³ Naveen Donthu ve Anders Gustafsson, 'Effects Of COVID-19 On Business And Research' (2020) 117 Journal of Business Research, 284.

¹⁴ 'COVID-19 UK: D&O Liabilities and Risk Management Relating To Coronavirus' (Clydeco.com, 2020) <<https://www.clydeco.com/en/insights/2020/04/covid-19-do-potential-liabilities-and-risk-managem>> Erişim tarihi 26 Şubat 2021.

¹⁵ Whitehall Editor Chris Smyth, 'Covid Vaccines' Success In Cutting Hospital Cases Heralds 'A Very Different World'' (TheTimes.co.uk, 2021) <<https://www.thetimes.co.uk/article/covid-vaccines-success-in-cutting-hospital-cases-heralds-a-very-different-world-w7l6r7zlc>> Erişim tarihi 18 Mart 2021.

üzerindeki etkisi devam edecek gibi görünmektedir. Bu da binlerce büyük şirketin üretiminin azalacağı ve birçok zorlukla karşılaşılacağı anlamına gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu sürecin tüm sektörlerde çöküşe ve gerilemeye neden olduğunu söylemek yanlış olacaktır. Aslında çevrimiçi iletişim, çevrimiçi eğlence ve çevrimiçi alışveriş gibi teknoloji endeksli endüstrilerde benzeri görülmemiş bir büyüme mevcuttur¹⁶. Salgının bir diğer etkisi de sektörlerde gereksiz giderlerden kurtulmak ve yine verimliliğe engel olan gereksiz alışkanlıkların terkedilmesidir. Bu, salgının belki de en nadir ve önemli getirilerinden biridir. Çünkü bu durum şirketlerde gider kontrolünün sağlanması ve nakit yönetiminin teminat altına alınmasına yardımcı olarak sürdürülebilirliğe katkı sağlamıştır. Ancak yapbozun bütününe baktığımızda ve ekonomiye olan genel etkilerini incelediğimizde salgının verdiği zarar daha belirgin hale gelmektedir.

Salgın başladığından bu yana adeta bilim kurgu filmi izlercesine insanların evlerinde oturarak takip ettikleri COVID-19 salgını süreci sonrasında dünyada birçok şey değişecek gibi görünmektedir. COVID-19 salgınının oluşturduğu bu ortamda şirketlerin ve şirketler hukukunun dijitalleşme ve yapay zekaya yönelik trendlerden etkilenmeyeceğini söylemek mümkün değildir. Hatta bu süreçte her alanda olduğu gibi şirketlerde de insanlar yerine bazı yapay zekâ mekanizmalarının kullanılmasının mümkün olup olmayacağı tartışmaları sıkça gündeme gelir olmuştur¹⁷. Sadece çalışan olarak değil yönetici kadrolarında da yapay zekanın kullanılmasına ilişkin bazı çalışmalar yapılmaktadır. COVID-19 sonrası dönemde, şirketlerin ve şirket hukukunda meydana gelen değişikliklerin birçok yönden analiz edilmesi gerekmektedir. Ancak bu çalışmamızda sadece şirketlerde yapay zekanın kullanımına ve bu kullanımdan doğan hukuki sorumluluğa ilişkin değerlendirmelere yer verilecek ve dünyada bugüne kadar görülmüş mevcut örnekler analiz edilecektir.

3. Yapay Zekâ Teknolojilerinin Şirketler Hukukunda Kullanım Alanları

3.1 Yapay Zekâ Teknolojilerinin Şirketlerde Yönetici Olarak Kullanılması

Yapay zekanın şirketlerde farklı alanlarda kullanılıp kullanılmayacağı hususunda senelerdir çalışmalar yapılmaktadır. Yapay zekâ sistemlerinin,

¹⁶ Donthu ve Gustafsson, s. 284.

¹⁷ David Ndichu, 'Ahead Of The Curve: The Technology Of Tomorrow - Gulf Business' (Gulf Business, 2021) <<https://gulfbusiness.com/ahead-of-the-curve-the-technology-of-tomorrow/>> Erişim tarihi 21 Mart 2021.

insanlar tarafından yapıldığında uzmanlık gerektiren bazı karmaşık görevlerde, insanlara kıyasla daha başarılı olduğu görülmektedir¹⁸. COVID-19 salgının da etkisiyle tüm alanlarda olduğu gibi şirketlerde de büyük veri ile yapay zekanın kullanımı ve aynı zamanda dijitalleşmenin önemi arttı ve bu araçlar alışkanlıklarımızı yeniden şekillendirmeye başladı¹⁹. Nitekim şirketler çeşitli konularda yapay zekanın yardımını almaya başladılar. Örneğin, Güney Kore’de bazı şirketler işe alacakları çalışanları seçerken yapay zekâ programlarından faydalanmaya başladılar²⁰. Yine, benzer bir durum olarak yapay zekâ adeta bir kariyer danışmanı gibi hareket ederek iş bulma konusunda gençlere yardım etmekte onları hedeflerindeki işe uygun hale getirmeye çalışmaktadır. Kontrol, müşteri hizmetleri ve siber güvenlik de yapay zekanın şirketlerde kullanıldığı diğer popüler alanlardır. Ancak tüm bunların ötesinde, 2014 yılında Hong Kong’da bir şirketin yönetim kurulu üyesi olarak atanan yapay zekâ ürünü bir algotirma olan Vital, akıllara yapay zekanın şirketlerde yönetici olarak kullanımının mümkün olup olmayacağı sorusunu getirmiştir²¹.

Hong Kong merkezli bir şirket olan Deep Knowledge Ventures,²² 2014 yılında Vital adlı algoritmayı yönetim kuruluna altıncı üye olarak bir atamış²³ ve bu algoritmaya diğer insan yöneticiler gibi yatırımlar konusunda oy kullanma yetkisi vermiştir²⁴. Vital’ın bir yönetim kurulu üyesi olarak atanmasının sebebi geçmiş verileri kullanarak insanlar tarafından hemen fark edilemeyen eğilimleri ortaya çıkararak durum tespiti yapabilmesiydi²⁵. Deep

¹⁸ Surden, *Artificial Intelligence And Law: An Overview*, s.1309.

¹⁹ Ana Pošćić ve Adrijana Martinović, ‘Rethinking Effects Of Innovation In Competition In The Era Of New Digital Technologies’ (2020) 7 *Intereulaweast*, 247.

²⁰ ‘Onlarca Şirket İş Görüşmelerini Yapay Zeka Programlarıyla Yapıyor’ (Hurriyet.com.tr, 2021) <<https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/onlarca-sirket-is-gorushmelerini-yapay-zeka-programlariyla-yapiyor-41419055>> Erişim tarihi 18 Mart 2021.

²¹ Nicky Burrige, ‘Artificial Intelligence Gets A Seat In The Boardroom’ (Nikkei Asia, 2017) <<https://asia.nikkei.com/Business/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in-the-boardroom>> Erişim tarihi 11 Mart 2021; Möslein, s. 650.

²² Deep Knowledge Ventures, yaşa bağlı hastalıklara yönelik ilaçların buluşu ve rejeneratif tıp projelerine odaklanan, Hong Kong merkezli bir risk sermayesi şirkettir.

²³ Möslein, s. 649.

²⁴ Software of this program was developed by UK-based Aging Analytics. See; Rob Wile, ‘A Venture Capital Firm Just Named An Algorithm To Its Board Of Directors — Here’s What It Actually Does’ (Business Insider, 2014) <<https://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5?IR=T>> Erişim tarihi 2 Mart 2021.

²⁵ Ellie Zolfaghari, ‘Artificial Intelligence Becomes The World’S First Company Director’ (Mail Online, 2014) <<https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2632920/Would->

Knowledge Ventures, yaşa bağlı hastalık ilaçları ve rejeneratif tıp projelerine odaklanan bir şirketti ve Vital 2 önemli kararda önemli rol oynamıştı. Bunlardan birisi yaşlanma araştırmalarında ilaç keşfi için bilgisayar destekli yöntemler geliştiren “Insilico Medicine”in keşfi ve diğeri de üç platformlu teknoloji temelinde kişiselleştirilmiş kanser tedavilerini seçen ve derecelendiren “Pathway Pharmaceuticals”in keşfiydi²⁶.

Her ne kadar Vital, dünyanın ilk yapay zekâ ürünü şirket yöneticisi unvanını almış olsa da, esasen, Hong Kong’un şirketler hukuku kurallarına göre hiçbir zaman şirket yöneticisi statüsü kazanamamıştır²⁷. Vital, diğer yöneticiler tarafından “gözlemci statüsüne sahip bir kurul üyesi” olarak görülmüştür²⁸. Henüz ülkelerin şirketler hukuku kuralları yapay zeka ürünü olan, hatta insan olmayan²⁹ yönetim kurulu üyelerine hazır olmasa da Vital’in öz itibarıyla olmasa da görünüşte yönetim kuruluna atanması, şirketler hukuku için önemli bir gelişme olarak kabul edilmiştir³⁰. Zira dijitalleşme ve teknolojinin hayatımıza yerleşim hızı böyle devam ederse robotların yakın gelecekte yönetici olarak yahut yöneticilere destek olarak yönetim kurulu odalarına girmeleri kaçınılmazdır³¹.

COVID-19 salgınının bir buçuk yılını geride bıraktığımız şu günlerde iş hayatının hızının kesildiği ve birçok firmanın normal işleyişini sürdüremediğini görülmektedir³². Bu durumun yol açacağı kayıpların önüne geçebilmek ve uzman bir görüşten yardım alabilmek adına sahada çalışabilen

orders-ROBOT-Artificial-intelligence-world-s-company-director-Japan.html> Erişim tarihi 18 Mart 2021; Möslein, s. 650.

²⁶ Möslein, s. 650.

²⁷ Ellie Zolfagharifard, ‘Artificial Intelligence Becomes The World’S First Company Director’ (Mail Online, 2014) <<https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2632920/Would-orders-ROBOT-Artificial-intelligence-world-s-company-director-Japan.html>> Erişim tarihi 18 Mart 2021.

²⁸ Nicky Burrige, ‘Artificial Intelligence Gets A Seat In The Boardroom’ (Nikkei Asia, 2017) <<https://asia.nikkei.com/Business/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in-the-boardroom>> Erişim tarihi 11 Mart 2021; Möslein, s. 652.

²⁹ Örneğin; İngiltere ve Avustralya gibi birçok ülkede henüz tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olması dahi kabul edilmemektedir. Bu konuda ileride detaylı bilgi verilmiştir.

³⁰ Möslein, s. 652.

³¹ Möslein, s. 650; Michael Hilb, ‘Toward An Integrated Framework For Governance Of Digitalization’ [2017] Governance of Digitalization, 11.

³² Enriques, s. 3; Meltem Karatepe Kaya, ‘Impact of the COVID-19 Outbreak on Minority Shareholder Protection’ (2021) 42 Business Law Review 2, 68.

ve insanlar yerine uzaktan kontrol edilebilen bir yapay zekanın şirkette karar alma sürecinde kullanılabilmesi kulağa hoş gelmektedir. Gerçekten de şirkette yönetici olarak atanan bir yapay zekâ, şirket yönetimine profesyonel bir bakış açısı getirecek ve prosedürleri hızlandıracaktır. Özellikle de günümüzde şirket yöneticilerinin ne kadar meşgul oldukları ve şirket yönetiminin tam verimlilik gerektiren bir iş olduğu düşünüldüğünde, algoritmaların yönetim kurulu üyesi olarak atanmasının büyük avantajları olacağını söylemek mümkündür. Örneğin, global bir şirket olan Apple'ın yönetim kurulu yılda yalnızca dört kez toplanabilmektedir. Yöneticilerin sınırlı zamanı olduğundan, şirketin günlük yönetimini yürütme gücünü kurullar çalışanlara vermektedir. Fiilen her zaman müsait olacak bir yapay zekanın şirketin yönetici kadrosuna atanması yönetim kurulunun şirketteki kontrolünü artırabilir³³. Ancak bütün olası faydalarının yanında yapay zekanın şirket yönetim kurulu toplantısına katılarak yönetici masasına dahil olabilmesi için aşılması gereken birtakım sorunlar mevcuttur. Aşağıda bu sorunlar alt başlıklar halinde incelenecektir.

3.1.1 Yapay Zekanın Hukuken Yönetim Kurulu Üyesi Olması Mümkün müdür?

Öncelikle söylemeliyiz ki, yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin tartışmaları bir tarafa bırakılırsa, birçok ülke insan olmayan bir yönetim kurulu üyesine dahi hazır değildir. Nitekim, 2006 İngiliz Şirketler Yasasının 250. maddesine baktığımızda şirket yöneticilerinin gerçek kişi olması şartının aranmaktadır³⁴. Benzer şekilde, Avustralya Şirketler Yasası 9. maddede de yine yöneticilerin insan olması gerektiği ifade edilmiştir³⁵. Yine Delaware Şirketler Yasasına baktığımızda da 141. madde³⁶ ile yöneticilerin insan olması gerektiğini görülmektedir³⁷. Anglo-Sakson hukuk sistemine sahip ülkelerde

³³ Will Pugh, 'Why Not Appoint An Algorithm To Your Corporate Board?' (Slate Magazine, 2019) <<https://slate.com/technology/2019/03/artificial-intelligence-corporate-board-algorithm.html>> Erişim tarihi 9 Mart 2021.

³⁴ Anılan maddede yönetici olmanın şartlarından bahsederken "any person" demek suretiyle yöneticilerin insanlardan seçilmesi gerektiği vurgulanmıştır; 2006 tarihli İngiliz Şirketler Yasası; madde 250.

³⁵ Samar Ashour, 'Artificial Intelligence In The Boardroom: An Outright Exposure To Directorial Liability?' (Oxford Law Faculty, 2020) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/10/artificial-intelligence-boardroom-outright-exposure-directorial>> Erişim tarihi 18 Mart 2021.

³⁶ 2016 Delaware Şirketler Yasası, 8. Başlık, 141(b) maddesi.

³⁷ Samar Ashour, 'Artificial Intelligence In The Boardroom: An Outright Exposure To Directorial Liability?' (Oxford Law Faculty, 2020) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/10/artificial-intelligence-boardroom-outright-exposure-directorial>>

durum bu şekilde iken, Kıta Avrupası hukuk sistemlerine baktığımızda Alman, İtalyan ve İsviçre şirketler hukuku kurallarına göre yukarıda anılan ülkelere benzer bir şekilde tüzel kişilerin şirket yöneticisi olarak seçilemeyeceğini³⁸ dolayısıyla yöneticilerin yalnızca insanlardan seçilebileceğini görülmektedir³⁹. Buna karşılık, Çek Cumhuriyeti,⁴⁰ Fransa⁴¹ ve Belçika⁴² gibi ülkelerde uygulanan şirketler hukuku kurallarına göre sadece “insan(gerçek kişi)” şirket yöneticilerine değil, aynı zamanda tüzel kişi yönetim kurulu üyelerine de fiziksel olarak bir insanın⁴³ tüzel kişiye temsilci olarak atanması şartıyla izin verildiği görülmektedir.

Türk hukukunda ise tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesine imkân tanınmaktadır. Bu durum, Türk hukuku için de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 359/2 maddesi⁴⁴ ile getirilmiş olan görece yeni bir düzenlemedir. 6762 sayılı bir önceki TTK’ya göre tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olması mümkün değildir. Ancak tüzel kişilerin seçmiş olduğu gerçek kişiler temsilen yönetici olarak atanabilmekteydi. Mevcut durumda, hukukumuzda tüzel kişiler kendi adlarına ve hesaplarına şirket yönetim kurulu üyesi olabilecekleri için artık gerçek kişilerin onların yerine yönetici olmaları gerekmemektedir⁴⁵. Gerçek kişiler ancak temsilci sıfatıyla,

law-blog/blog/2020/10/artificial-intelligence-boardroom-outright-exposure-directorial> Erişim tarihi 18 Mart 2021.

³⁸ Ancak bu ülkelerde de tüzel kişilerin yönetici olarak atanmasına imkân tanınması gerektiğini savunan hukukçuların sayısı artmaktadır; Bknz; ‘Legal Persons Can Be Company Directors’ (International Law Office, 2020) <<https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Corporate-Commercial/Italy/Portolano-Colella-Cavallo-Studio-Legale/Legal-Persons-Can-Be-Company-Directors>> Erişim tarihi 18 Mart 2021.

³⁹ Hülya Coştan, ‘Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği’ (2013) 29 BATİDER, 117- 137, 119.

⁴⁰ Tomáš Volejník, ‘Bnt Attorneys In CEE’ (Bnt.eu, 2014) <<https://www.bnt.eu/en/legal-news/1711-legal-entities-as-managing-directors-or-board-members>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁴¹ Directors company, ‘Directors Of A French Company’ (Lawyersfrance.eu, 2016) <<https://www.lawyersfrance.eu/directors-of-a-french-company>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁴² ‘Did You Know That Under The New Belgian Companies Code’ (Deloittelegal.be, 2020) <https://www.deloittelegal.be/content/dam/assets/lg/Documents/DeloitteLegal_Did%20you%20know%20that%20series%20brochure_BE-2020.pdf> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁴³ Bu ülkelerde tüzel kişiler yönetim kurulu üyesi olarak atanabilir. Ancak yönetim kurulu üyesi olan bir tüzel kişi başka bir tüzel kişiyi kendisine temsilci olarak atayamaz.

⁴⁴ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu; madde 359/2

⁴⁵ Cafer Eminoglu ve Fatma Betül Çakır, ‘Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması’

temsil ettikleri tüzel kişinin yerine yönetim kuruluna dahil olabilmektedirler.

Görüldüğü üzere, Türkiye’de dünyadaki birçok ülkenin hukuk sisteminden daha ileri görüşlü hareket edilerek tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine cevaz verilmiştir⁴⁶. Yöneticiler sadece insanlardan seçilir şeklinde bir yaklaşım benimsenmemiştir. Ancak yapay zekanın yönetici olup olamayacağı yine de bir problemdir. Zira yapay zekanın hukuki kişiliği tartışmalıdır. Her ne kadar yapay zekanın hak ve sorumluluklara haiz bir şekilde hukuki bir kişiliğe sahip olması gerektiğini savunan görüşler mevcut olsa da henüz bununla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yapay zekanın hukuki kişiliğine ilişkin tartışmaları bir tarafa bırakırsak; yapay zekanın kendisini tasarlayan kişilerin iradesinin dışına çıkarak bağımsız hareket ettiğini ve kişilerin malvarlıklarına, kişilik haklarına hatta vücut bütünlüklerine zarar vermek suretiyle yaşam haklarına zarar verdiğini gösteren örneklerin mevcut olduğunu söylemek mümkündür⁴⁷. Örneğin, 2017’de, araba fabrikasındaki bir montaj robotu güvenlik protokollerini atlayarak yetkisiz bir alana girmiş ve işçi Wanda Holbrook’un kafasını ezmiştir⁴⁸. Yine benzer bir olay da 2018’de Amerika’da yaşanmıştır. Sürücüsüz bir araba olarak tasarlanan bir robot araba, yaya yolunda yürüyen Elaine Herzberg’e çarparak ölümüne sebebiyet vermiştir⁴⁹. İşte bu gibi durumlarda, yani yapay zeka insanlığa fayda sağlamak yerine zarar vermeye başladığında sorumlunun kim olacağına ilişkin yasal boşluklar mevcuttur.⁵⁰ Yapay zekanın şirket yöneticisi

(2014) 28 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 277; Hasan Pulaşlı, ‘Şirketler Hukuku Şerhi’ (3. Baskı, Adalet 2018), 415.

⁴⁶ Eminoğlu ve Çakır, s. 277.

⁴⁷ Güner, s. 233.

⁴⁸ Conner Forest, ‘Robot Kills Worker On Assembly Line, Raising Concerns About Human-Robot Collaboration’ (TechRepublic, 2017) <<https://www.techrepublic.com/article/robot-kills-worker-on-assembly-line-raising-concerns-about-human-robot-collaboration/>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁴⁹ Daisuke Wakabayashi, ‘Self-Driving Uber Car Kills Pedestrian in Arizona, Where Robots Roam’ (N.Y. Times 2018) <https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/uber-driverless-fatality.html> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁵⁰ Bu arada bazı ülkelerde yapay zeka ürünü olan robotlara vatandaşlık verildiğini belirtmeliyiz. Örneğin, 2017’de Suudi Arabistan insansı robot Sophia’ya ‘vatandaşlık’ vermiş ve Tokyo’da yedi yaşındaki bir erkek çocuğunun kişiliğine sahip bir çevrimiçi sisteme de ‘oturma izni’ verilmiştir. Bknz. Simon Chesterman, ‘Artificial Intelligence And The Limits Of Legal Personality’ (2020) 69 International and Comparative Law Quarterly, 821; Anthony Cuthbertson, ‘An AI Chatbot Just Became A Resident Of Japan’ (Newsweek, 2017) <<https://www.newsweek.com/tokyo-residency-artificial-intelligence-boy-shibuya->

olarak atanabileceğini kabul ettik diyelim, bu halde, söz konusu yapay zekanın şirkete zarar vermesi halinde, yahut yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu gerektiren bir davranışta bulunması halinde sorumlu kim olacaktır⁵¹? Ya da bilhassa, yapay zekanın yönetici olarak atanması halinde işler yolunda giderse ve şirket büyük başarılarla ulaşırsa kim ödüllendirilecek, bu başarı kime ait olacaktır?

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 553. ve 555. maddelerinde anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre TTK m.553⁵² uyarınca anonim şirket yönetim kurulu üyeleri kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurları ile ihlal etmeleri halinde, doğan zararlar sebebiyle şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar. Söz konusu kusurlu davranış örneğin; kuruluş sırasındaki belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması (TTK m.549), sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi yahut değer bildirilmesinde yolsuzluk (TTK m.551) şeklinde olabilir. Anonim şirketin uğramış olduğu zararın tazminini talep etmek için TTK m. 555 ve 556'da düzenlenen şartlarda şirketin yanı sıra pay sahipleri ve şirketin iflası halinde şirket alacaklıları da sorumluluk davası açabilir. Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve pay oranına bakılmaksızın her bir pay sahibi de isteyebilir⁵³. Şu durumda yöneticinin sorumluluğuna gidilebilmesi için o yöneticinin "...kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini..."⁵⁴ ihlal etmek suretiyle bir zarara sebebiyet vermiş olması gerekmektedir. Sorumluluk hukukunda uygulanana farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca yönetim kurulu üyesi zararın tamamından değil, kusuru oranında sorumludur⁵⁵. Farklılaştırılmış teselsül

mirai-702382> Erişim tarihi 20 Mart 2021; Dave Gershgorn, 'Inside The Mechanical Brain Of The World's First Robot Citizen' (Quartz, 2017) <<https://qz.com/1121547/how-smart-is-the-first-robot-citizen/>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁵¹ Chesterman, s. 821.

⁵² Türk Ticaret Kanunu; madde 553.

⁵³ Yargıtay 11 HD, 6410/14405, 09.06.2016.

⁵⁴ Türk Ticaret Kanunu; madde 553.

⁵⁵ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku (13. Baskı, Beta 2014), 604; Himmet Koç, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış' (2020) 3 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), 63; Mehmet Helvacı, 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül' (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 84; Ersin Çamoğlu, 'Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu', Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, (Filiz Kitabevi 2011), 416; Hasan Pulaşlı, 'Şirketler Hukuku Şerhi' (3. Baskı, Adalet 2018), 725;

ilkesine göre davacı kendi seçtiği herhangi bir yönetim kurulu üyesine karşı ya da bütün yönetim kuruluna karşı dava açabilse de hiçbir yönetim kurulu üyesi, sebep olduğu zarardan daha fazlasını tazmin etmek zorunda değildir⁵⁶.

Tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak atanması durumunda, temsilcisi olan gerçek kişinin temsilci sıfatıyla yerine getirdiği fiil ve işlemlerden dolayı, TTK m.553 uyarınca şirkete, pay sahiplerine ve şirketin alacaklılarına karşı sorumluluğu vardır. TTK m.553'e dayanarak tüzel kişiye karşı dava açılması mümkündür⁵⁷.

Görüldüğü üzere, ister gerçek kişi olsun ister tüzel kişi, atanmış olan yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılabilmesi mümkündür. Ancak yapay zekâ, hukukumuzda gerçek ya da tüzel kişi statüsünde değildir. Şu durumda yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olarak atanabilmesi için hukuki bir vasfı; bir diğer tabir ile hukuk sistemi tarafından kabul edilen hak ve borçlara ehil olan bir kişiliği olması gerektiği açıktır⁵⁸. Hukuken sorumlu tutulamayan yapay zekâ ürünü bir algoritmanın ya da robotun yönetim kurulu üyesi olarak anonim şirkete atanması halinde ortaya çıkan zararlardan dolayı diğer yöneticilere karşı dava açılabilmesi, onların sorumlu tutulması haksızlıktır ve kabul edilemez. Kaldı ki, farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca her bir yönetim kurulu üyesi ancak kusuru oranında sorumlu olacağından yapay zekanın yönetici koltuğuna oturması halinde, bu durum *Bayern*'in de iddia ettiği gibi kötü niyetli kimselerce yasadaki boşluktan faydalanılarak sorumlunun bulunamadığı şirketler kurmak için kullanılabilir⁵⁹. Şu durumda

Sıtkı Anlam Altay, 'Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül' (2019) 14 Terazi Hukuk Dergisi 151, 69.

⁵⁶ Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (2.baskı, Yetkin Yayınları 2020), 486; Ufuk Ünlü, 'Anonim Şirketlerde Sorumluluk Doğuran Davranışlar ve Farklılaştırılmış Teselsül' (2018) 13 Terazi Hukuk Dergisi 138, 126-131.

⁵⁷ Cafer Eminoglu ve Fatma Betül Çakır, 'Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması' (2014) 28 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 277.

⁵⁸ Her ne kadar mevcut hukuk düzenimiz yapay zekaya hukuki statü vermemiş olsa da son gelişmeler çerçevesinde örneğin tüzel kişilik verilmesi halinde Türk Ticaret Kanunu bu yeniliğe kolaylıkla adapte olabileceğinden robot yönetim kurulu üyelerinin atanması ve eylemlerinden sorumlu olmaları da mümkün olabilecektir. Ancak yukarıda anıldığı gibi İngiltere, Avustralya ve Almanya gibi ülkelerde yönetim kurulu üyesi olabilme hakkı sadece gerçek kişilere yani insanlara tanındığı için bu hususta yasal düzenleme yapmaya ihtiyaç duyulacaktır.

⁵⁹ Shawn Bayern, 'The Implications Of Modern Business–Entity Law For The Regulation Of Autonomous Systems' (2016) 7 European Journal of Risk Regulation, 101; Chesterman, s.

yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin soru işaretleri giderilmeden yönetim kurulu üyesi olarak atanmalarının pek mümkün olmayacağını söylemek mümkündür.

Belirtmeliyiz ki, 6102 sayılı TTK dikkatle incelendiğinde anılan bu soruna ilişkin bir çözüm yolu bulunması mümkündür. Nitekim, 6102 sayılı TTK ile hukukumuzda ilk defa dahil olan ve TTK m.361'de⁶⁰ düzenlenen anonim şirket yönetim kurulu üyelerine mesleki sorumluluk sigortası yapılabilmesi imkânı sunulması⁶¹ yapay zekanın yönetici olarak atanabilmesi adına ortaya çıkan zararlardan kimin sorumlu olacağı sorununu teorik olarak ortadan kaldıracaktır. Yönetim kurulu üyelerine tanınan mesleki sorumluluk sigortası yaptırma hakkı ile sermaye şirketi olarak kurulan anonim şirketlerin üçüncü kişilere karşı güvenilirliğinin artırılarak yatırımcıların teşvik edilmesi hedeflenmektedir⁶². Ayrıca bu hüküm çerçevesinde şirket ve dolayısıyla pay sahiplerinin menfaati de korunmaktadır⁶³. Bu hüküm, yönetim kurulu üyelerinin profesyonelleşmesine katkı sağlayarak onların sorumluluğuna sebep olarak tazminat borcu doğuracak bir eylemde bulunma tehdidi altında olmadan⁶⁴ şirket için çalışmasına ve kararlar almasına katkı sağlamaktadır.⁶⁵ Yönetim kurulu üyesi olan yapay zekanın işlem ve eylemleri de TTK

827.

⁶⁰ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, madde 361.

⁶¹ Nurdan Gürgen, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası' (2016) 2 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 247-266, 252.

⁶² Huriye Kubilay, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, (1. Baskı, Barış Yayınları 2003).

⁶³ Fatih Kösekaya, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2013) 65-66.

⁶⁴ Sorumluluk sigortası her ne kadar yönetim kurulu üyelerini eylemlerinde rahatlatırsa da yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu doğrudan ortadan kaldırması gibi bir durum söz konusu değildir. Yönetim kurulu üyesi eğer kusuruyla şirkete bir zarar vermişse TTK kapsamında sorumluluğu doğacaktır. Ancak sigortanın faydası zarar tazmin edilirken yönetim kurulu üyesinin yerine sigorta şirketi tarafından zararın ödenmesi ve ifa yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Zira sorumluluk sigortasını satın alan daha doğru bir ifadeyle sözleşmenin tarafı olan ve sigortanın primini ödeyen anonim şirketin kendisidir. Yönetim kurulu üyesinin kusuru varsa sigorta şirketinin ona rücu için başvurması söz konusu olabilir. Ayrıca pay sahipleri ve şirket alacaklılarının yönetim kurulu üyelerinin eylemleri sonucu uğradığı doğrudan zararları sigorta karşılamaz. Ayrıntılı bilgi için bknz. Murat Yusuf Akın ve Muhammed Sulu, 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk' (2019) 25 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1, 169-184, 181.

⁶⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 392.

m.361 çerçevesinde sigorta edilerek yukarıda anılan olumsuzluklar bertaraf edilebilir. Ancak belirtmeliyiz ki, TTK m.361 ile tanınan bu hak zorunlu değil, isteğe bağlı bir haktır ve hükmün gerekçesinde⁶⁶ de ifade edildiği gibi bu sigortanın örneğine ülkemizde pek rastlanılmamaktadır. Bunun en büyük sebebi yönetim kurulu üyelerinin sebep olabileceği zararların boyutunun sigorta şirketlerince ölçülememesi ve yerli sigorta şirketlerinin bu kadar büyük bir riskin altına girmek istememeleridir⁶⁷. Ancak şu an tercih edilmese de kanunumuzda böyle bir hükmün yer alması geleceğe yapılan bir nevi yatırım olarak görülebilir. Özellikle, yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olarak kullanımının yaygınlaşması halinde vereceği zararların meslek sigortası yoluyla karşılanabilmesi için gerekli hukuki alt yapının ülkemizde hazır olduğunu söylemek mümkündür. Ancak şu an mevcut durumda gerçek veya tüzel kişi yöneticileri bile sigortalamaktan kaçınan sigorta şirketlerinin, yapay zeka yöneticilerin şirkette sebep olabileceği zararların rizikolarını üstlenmeleri oldukça zor gözükmetedir. Dolayısıyla teorik olarak meslek sigortası sorunların çözümü adına bir basamak olsa da pratikte robotların TTK m.361 kapsamında sigortalanarak yönetim kurulu üyesi olmaları oldukça zordur.

3.1.2. Yapay Zekaya Hukuki Kişilik Kazandırma Yolunda Şirketler Hukukundan Çıkarılacak Dersler

Yapay zekanın kullanımını kısıtlamaya çalışmak günümüzde yapay zekâ alanındaki gelişmelere bakıldığında ileriye dönük uygulanabilir bir yol değildir. Çünkü ekonomik kalkınmanın ve kurumsal ilerlemenin geleceğinin yapay zekanın hayatımıza efektif bir şekilde entegre edilmesinde saklı olduğu ortadadır⁶⁸. Yapay zekaya güvenilir bir şekilde hesap verebilirlik atfetmek, yapay zekanın fiil ve işlemlerinden doğan zararın ne şekilde tazmin edilebileceğini ve yapay zekayı kendi kötü amaçları için kullananların ne şekilde sorumlu tutulacağını belirlemek geleceğin inşasında atılacak en önemli adımlardan olacaktır⁶⁹.

⁶⁶ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi.

⁶⁷ Gürgen, s. 252.

⁶⁸ Jacques Bughin, 'Notes From The AI Frontier: Modeling The Impact Of AI On The World Economy' (McKinsey & Company, 2021) <<https://www.mckinsey.com/featured-insights/artificial-intelligence/notes-from-the-ai-frontier-modeling-the-impact-of-ai-on-the-world-economy>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁶⁹ Mihailis E. Diamantis, 'Algorithms Acting Badly: A Solution From Corporate Law' [2020] 89 Geo. Wash. L. Rev., 24.

Yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin tartışmalarda son dönemde Avrupa Birliği tarafından hazırlanan rapor ön plana çıkmaktadır⁷⁰. Avrupa Parlamentosu, Şubat 2017 tarihinde yayınlamış olduğu Robotik Hakkında Medenî Hukuk Kuralları Tavsiye Raporunda,⁷¹ yapay zekâ teknolojisine sahip robotların hak ve sorumluluklarının detaylandırılması ve belirlenmesi için robotlara “elektronik kişilik” verilmesini önermiştir⁷². Buna göre, robotlara hem hak ve borçlara ehil olabilecekleri, hem de sebep oldukları zararların varlığında davalı veya davacı olabilecekleri bir tüzel kişilik verilmesi gündemdedir⁷³. Avrupa Parlamentosu, yapay zekaya tanınacak hukuki statü belirlenirken yapay zeka sistemlerinin ne tüzel kişiliğe ne de insan vicdanına sahip olmadığı ve tek görevlerinin insanlığa hizmet olduğunun açıklığa bilicinde olunması gerektiğini ifade etmiştir.

Avrupa Birliği'nin sunmuş olduğu elektronik kişilik önerisi robotlara hak ve yükümlülükler atfedilebilmesi için yerinde bir öneri olsa da yapay zekanın kişilik kazanması durumunda üreticilerin ve diğer aktörlerin hukuki sorumluluklarının ortadan kalkabileceğini ve bu durumun uygulamada kötüye kullanılabileceğini belirtmek gerekmektedir⁷⁴.

Yapay zekanın hukuki statüsünün nasıl şekillendirilebileceğine ilişkin bir diğer önemli ve yenilikçi görüş ise yapay zekanın şirket benzeri bir statüde kabul edilerek ona tüzel kişilik verilmesidir⁷⁵. Şirket gibi bir kurulumu olan yapay zekâ, tüzel kişi olarak hem haklara hem de borçlara ehil olacak ve

⁷⁰ ‘Report With Recommendations To The Commission On Civil Law Rules On Robotics’ (Europarl.europa.eu, 2015) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect#title1> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁷¹ ‘Report With Recommendations To The Commission On Civil Law Rules On Robotics’ (Europarl.europa.eu, 2015) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect#title1> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁷² ‘Report With Recommendations To The Commission On Civil Law Rules On Robotics’ (Europarl.europa.eu, 2015) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect#title1> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁷³ Raporla ilgili detaylı açıklamalar için bkz.; Georgina Prodhon, ‘European Parliament Calls For Robot Law, Rejects Robot Tax’ (U.S., 2017) <<https://www.reuters.com/article/us-europe-robots-lawmaking-idUSKBN15V2KM>> Erişim tarihi 20 Mart 2021; Lawrence Summers, ‘Robots Are Wealth Creators And Taxing Them Is Illogical’ (Ft.com, 2017) <<https://www.ft.com/content/42ab292a-000d-11e7-8d8e-a5e3738f9ae4>> Erişim tarihi 20 Mart 2021; Chesterman, s. 822; Güner, s. 236; Kara Kılıçarslan, s. 380.

⁷⁴ Mihailis E. Diamantis, ‘The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI To Break The Law’ [2020] 97 N.C. L. Rev. 893.

⁷⁵ Diamantis, Algorithms Acting Badly: A Solution From Corporate Law, s. 10.

vermiş olduğu zararlardan dolayı da nasıl ki şirket yöneticilerinin hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu ise onu dizayn edenlerin ve belki de kendi organlarının sorumluluğu söz konusu olacaktır.

ABD Yüksek Mahkemesinin 1819'da *Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward*⁷⁶ kararında belirttiği gibi şirketler de aslında robotlara benzerler; "bir şirket yapay bir varlıktır, görünmez, soyuttur ve yalnızca hukuki tefekkürle var olur."⁷⁷ Şirketlerin hukuken tanınan bir tüzel kişiliği vardır; çünkü hukuk düzeni onlara bu kişiliği vermeyi seçer ve şirketler, yalnızca yasanın belirlediği şekilde var olur⁷⁸. Yapay zekaya hukuki statü verilmesi de aslında var olmayan bir durumun hukuk eliyle ortaya çıkarılması olacaktır. Nasıl ki şirketlere ilişkin düzenlemeler günün ihtiyacına göre yasa koyucular tarafından değiştirilebiliyorsa yapay zekanın hukuki kişiliği de aynı şekilde şekillendirilebilir. Kanun, şirketlerin nasıl kurulması ve nasıl faaliyetlerde bulunması gerektiği hususundaki fikrini değiştirebilir (ve değiştirmektedir de). Örneğin, önceden kurumsal faaliyetin kapsamı '*ultra vires*' doktrini⁷⁹ ile sınırlandırılmışken ve şirketler amaçlarının dışında hiçbir faaliyette bulunamıyorken artık bu sınırlama kaldırılmıştır⁸⁰. Benzer şekilde yapay zekanın hukuki statüsü de günün şartlarına göre değiştirilebilir ve geliştirilebilir.

Önemli olan yapay zekayı şirketlerde olduğu gibi kurumsal bir bütünün parçası yapabilmektir. Kanun koyucu tarafından şirket organlarına, yöneticilerine yahut çalışanlarına yeni kurumsal davranış biçimleri ya da sorumluluklar, kanunlarda yapılan düzenlemelerle getirilebildiği gibi yapay zekanın da kurumsal bir kurumun parçası olarak hareket etmesi sağlanabilir. Ayrıca yapay zekayı tasarlayanın, üretenin ya da kontrol edenin sorumluluğu da bu kurumsal yapının içerisinde belirlenebilir ve kurumsal kimliğe sahip ilgili taraflar yapay zekanın sebebiyet verdiği zarara kusuru oranında hatta

⁷⁶ Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S. 518, 636 (1819).

⁷⁷ "A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law." Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S. 518, 636 (1819).

⁷⁸ Diamantis, Algorithms Acting Badly: A Solution From Corporate Law, s. 10.

⁷⁹ Albert J. Harno, 'Privileges and Powers of a Corporation and the Doctrine of Ultra Vires' (1925) 25 YALE L.J. 13, 23.

⁸⁰ Diamantis, Algorithms Acting Badly: A Solution From Corporate Law, s. 10; Muhammet Emin Bingöl, 'Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği' (2018) 5 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, 197, 198; Sibel Hacımahmutoğlu, 'Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı Bağlamaya Yetkili Organın Yetkilerinin Sınırlanmaması' (2016) BTHAE Yayınları, 3.

bazı durumlarda kusuru olmasa bile katlanacağı için birbirlerini daha iyi gözlemleyebilir ve denetleyebilirler⁸¹. Bu durumda yapay zekanın işlem ve eylemlerinden kimin ne şekilde sorumlu olacağına ilişkin bir açıklık bulunacağından hem yapay zekanın kullanım alanı artacak hem de kullanıcı ve üreticilerin tereddütleri ortadan kalkacaktır⁸². Yapay zekanın şirketler gibi kendi sermayesine de sahip olması söz konusu olacağından vermiş olduğu zararı kendi bütçesinden karşılayabilecektir. Tabi bu sermayenin ne şekilde oluşturulacağını da kanun koyucunun yapacağı düzenlemeler belirleyecektir.

Görüldüğü üzere, yapay zekâ ile şirketler hukuku arasındaki ilişki karşılıklı bir ilişkidir. Yapay zekanın üstün nitelikleri ile şirket yönetimine katkı sağlaması düşünülebileceği gibi, şirketler de kurulum ve dizaynları ile yapay zekaya hukuki statü kazanma aşamasında örnek teşkil edebilirler.

Yapay zekâ ürünü bir yönetim kurulu üyesinin hukuki olarak tanınması sorunsal çözülsün ve robotlara hukuki kişilik atfedilerek hak ve yükümlülükler ehil olmaları sağlansa bile yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olarak atanmasının yol açabileceği bir takım başka sorunlar mevcuttur. Bu sorunlar aşağıda ayrıntılı olarak analiz edilecektir.

3.1.2 Yapay Zekanın Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Atanması İle Ortaya Çıkabilecek Olası Sorunlar

Günümüzde bir şirketin yönetim kurulu odasında üye olarak bir algoritma kullanmak mühendislik ve yazılım açısından baktığımızda çok da zor olmasa gerek. Bir yapay zekanın dizaynı teknoloji ve mühendisliğin ilgi alanındadır ve özellikle COVID-19 salgını sonrası bu alanların ne kadar geliştiği, her türlü teknolojik buluşa yapılan yatırımların ne kadar arttığı ortadadır. Şüphesiz, yönetici olarak yapay zekâ, şirket yönetimine profesyonel bir bakış açısı getirecek ve prosedürleri hızlandıracaktır⁸³. Ancak görünen tüm avantajlarının yanında, yukarıdaki tartışmalar aşularak kendisine hukuki bir kişilik verilmiş olsa dahi yapay zekanın şirket yönetiminde sebep olabileceği potansiyel zararlar söz konusu olabilecektir.

Her şeyden önce yapay zekâ ürünü bir algoritma ya da robot yönetim kuruluna atandığında her seviyeden yöneticinin akıllı makinelerin dünyasına

⁸¹ Mihailis E. Diamantis, 'Successor Identity' [2019] 36 Yale J. on Reg. 1, 18.

⁸² Diamantis, Algorithms Acting Badly: A Solution From Corporate Law, s. 24.

⁸³ Möslin, s. 660.

adapte olması gerekecektir⁸⁴. Bu durum her ne kadar bilişim uzmanlarının ya da eğitimcilerin desteği ile çözülebilse de mevcut klasik şirket yönetiminden uzaklaşmak anlamına gelecektir. Zira, diğer yöneticiler yapay zekanın “görüşlerine” kapılabilirler⁸⁵. Nitekim karşılığında, her ne kadar insan yapımı da olsa, insan üstü özelliklere sahip, makine öğrenimi olan, güçlü hafızasıyla işleri otomatikleştirebilen ve profesyonel kararlara kolaylıkla imza atabilecek, oldukça zeki olduğu düşünülen bir varlık durmaktadır. Diğer yöneticiler zamanla kendi kararlarından vazgeçip ve yapay zekanın kararlarına uyum sağlamayı alışkanlık haline getirebilirler. Neticede sorumluluk da yapay zekaya ait olacaktır ve edinilen tecrübeler de yapay zekanın almış olduğu kararların şirketin faydasına olduğunu göstermektedir. Ancak öyle olsa bile bir şirketin, bilinç ve özellikle de vicdan sahibi olan gerçek kişi yöneticilere (eğer yönetici tüzel kişi ise gerçek kişi temsilcilere) ihtiyacı vardır⁸⁶. Ayrıca yapay zekanın eylemleri ve kararları sonucu ortaya çıkan sorunlardan dolayı sorumlu tutulamaması neticesinde gerçek kişi yöneticiler ile şirket arasında bir hesap verilebilirlik boşluğu oluşması da mümkündür⁸⁷.

Klasik şirketler hukuku kuralları yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olabileceği dikkate alınarak oluşturulmamıştır. Örneğin, TTK m.374’e göre “Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisine bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir.” Görüldüğü gibi yönetim kurulu şirketin beyni durumundadır. Beyin her zaman mantıklı kararları almaya çalışsa da vicdan faktörü de alınan kararlarda etkilidir. Bu nedenle şirketler hukuku prensipleri yöneticilerin görevlerini yerine getirirken dürüst ve iyi niyetle hareket etmelerini gerektirmektedir⁸⁸. Ancak yapay zekâ yöneticiler, tasarımları dolayısıyla insan yöneticilerden daha rasyonel kararlar alabilirler. Nihayetinde özne insan değildir; robotlar, insan yapımı yapay zekâ teknolojisinin ürünüdür.

⁸⁴ Richard Amico, Robert J Thomas ve Vegard Kolbjørnsrud, ‘How Artificial Intelligence Will Redefine Management’ [2016] Harvard Business Review, 8.

⁸⁵ Anat Alon-Beck, ‘Artificial Intelligence In The Corporate Boardroom’ (Forbes, 2021) <<https://www.forbes.com/sites/anatalonbeck/2021/02/08/artificial-intelligence-in-the-corporate-boardroom/?sh=1ff867a65a7a>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

⁸⁶ Sergio Alberto Gramitto Ricci, ‘Artificial Agents In Corporate Boardrooms’ (2020) 105 Cornell Law Review, 873.

⁸⁷ Ricci, s. 872.

⁸⁸ Möslein, s. 652.

Bazı hallerde söz konusu yönetim kurulu üyelerinin risk de almaları gerekebilir. Ancak robotların riskli durumlar karşısında inisiyatif alacağını veya insanlar gibi iyi niyetle davranacağını düşünmek anlamsızdır. Kaldı ki, yapay zekâ gelişim geçirerek bir vicdanla birleştirilse dahi bu durumun pay sahipleri arasında ayrımcılık yapmasına sebep olmayacağı ya da sömürü ve istismara sebebiyet vermeyeceğini söylemek için erkendir. Bu gibi durumlar da şirketin kurumsal yönetimi için sorun teşkil edecektir.

Yapay zekâ tabiatı itibarıyla kendisini dizaynedene ve/veya programlayana bağımlıdır. Daha profesyonel olması beklentisiyle yönetim kuruluna atanan bir yapay zekanın programcısının şirkette çoğunluk paya sahip hissedarlarla iş birliği yaparak azınlık hissedarın hak ve çıkarlarını asimile etmesi söz konusu olabilir. Hissedarların, yapay zekâ yöneticisiyi kendi çıkarları doğrultusunda manipüle ettiğine dair herhangi bir şüphe olsa dahi, bu yatırımcıların şirkete olan güvenini sarsacak ve şirketin pazardaki itibarını etkileyebilecektir⁸⁹. Yahut programcının veya üreticinin rakip şirketlerle anlaşarak yapay zekâyı kullanarak şirketin menfaatine zarar vermesi söz konusu olabilir. İşte bu gibi durumlar göz önünde bulundurularak eğer yapay zekâ şirketler hukukunda kullanılacak ise yasal önlemler alınmalıdır. Kanaatimizce, yapay zekaya kişilik verilerek onun eylem ve işlemlerinden kendisinin sorumlu tutulmasının kabul edilmesi tek başına yeterli olmayacaktır. Yapay zekâ teknolojisi ile geliştirilen yöneticilerin kullanımı sırasında ihmalden kaynaklanan bir hatanın sorumluluğunun yazılım programcısına veya robotik sistemler geliştiren ilgili kişilere ait olabileceği bir çözüm olarak düşünülse bile; bu kişilerin bir şirket yöneticisi gibi ya da hukukçu gibi eğitim almadıkları sadece yapay zekanın yapımından sorumlu oldukları unutulmamalıdır. Dolayısıyla hem yalnız başına yapay zekanın sorumluluğu eksik olacak ve hesap verilebilirlik için bir hukuki boşluk doğacak, hem de programcı veya üreticinin tek başına sorumluluğu hakkaniyete aykırı olacaktır. Bunların yerine çalışmamızda daha önce de belirttiğimiz gibi şirket benzeri bir yapılanma ile onu dizayn edenin veya üretenin de yapay zekanın tüzel kişiliği ile birlikte sorumlu tutulması düşünülebilir⁹⁰.

⁸⁹ Khurram Parvez Raja, 'Corporate Governance and Minority Shareholders' Rights and Interests in Pakistan: A Case for Reform' (2012) 23(10) International Company and Commercial Law Review s. 347, 370.

⁹⁰ Yapay zekanın programcısı ve üreticisi, öznel duygu ve düşünceleri olan kişiler olacaktır. Bu durum bazen kişilerin kendi görüşleri doğrultusunda önyargı ile bu programları yapmalarına neden olabilir. Böyle bir durumu düzeltmek de çok zor olabilir çünkü programcıların yazılımı başarmak için atadıkları hedefler, onu besledikleri veri setleri, ve test etmek için

Özetle, evet, robotlar yönetim kurulu üyesi olarak insanlara göre daha profesyonel ve tam zamanlı çalışanlar olabilir⁹¹. Ancak her halükârda insan yöneticilerin potansiyeline sahip olamayacaktır⁹². Sonuç olarak söylemeliyiz ki, bir yönetici olarak yapay zekanın hukuki sorumluluğu küçümsememeli, dikkatle analiz edilmeli ve yapay zekanın mevcut şirketler hukukundaki durumu hukuken bir bütün olarak ele alınmalı ve şekillendirilmelidir.

3.2 Şirketlerde Yapay Zekâ Kullanımının Kurumsal Yönetime Katkıları

Bir ülkenin finansal temelini en büyük kaynaklarından biri şirketlerdir. Ülkede bulunan şirketlerin verimi arttıkça ülke ekonomisi de güçlenecektir. Şirketlerin ülke ekonomisine olan bu etkisi şirketler hukukunda kurumsal yönetim ilkelerine uyumluluğun önemini arttırmakta ve şirket faaliyetlerinde geçerli olan serbesti ilkesinin sınırlarının hesap verilebilirlikle çizilmesini sağlamaktadır⁹³. 6102 sayılı TTK'nın hazırlanışında kurumsal yönetim ilkelerine önem verilerek, şirket yönetiminin bu ilkeler çerçevesinde güçlendirilmesi amaçlanmıştır⁹⁴. Kurumsal yönetim ilkelerine uyum sağlamış olan şirketlerde verimlilik ve şeffaflık sağlanarak pay sahipleri daha iyi bilgilendirilebilecek ve bu da yatırımcıların güvenini arttıracaktır⁹⁵. Yatırımcının şirketlere güven duyarak yatırım yaptığı bir piyasada ise büyüme hedeflerine ulaşmak daha kolay olacak ve dolayısıyla ülke ekonomisine katkı sağlanacaktır⁹⁶.

kullandıkları veriler, odaklanmayı seçtikleri veri özellikleri gibi yapay zekanın yapım ve kullanımının birçok farklı aşamasında sorun ortaya çıkabilir.

⁹¹ Erik Brynjolfsson ve Andrew McAfee, 'The Business of Artificial Intelligence' (Harvard Business Review, 2020) <<https://hbr.org/2017/07/the-business-of-artificial-intelligence>> Erişim tarihi 12 Mart 2021.

⁹² Ibid.

⁹³ Mehmet Ali Aksoy, 'Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu' (2013) 17 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 45-76, 46.

⁹⁴ İlhan Çiftçi ve diğerleri, 'Corporate Governance and Firm Performance in Emerging Markets: Evidence from Turkey' (2018) 28 International Business Review 90, 91.

⁹⁵ Belirtmek gerekir ki, kurumsal yönetim ilkeleri sadece halka açık şirketler için geçerli olan ilkeler değildir. Nitekim kurumsal yönetim, şirketin yönetimi, yönetim kurulu ve hissedarlar arasındaki ilişkilere yönelik tüm şirketlere uygulanması gereken ilkeler içermektedir. Bknz. Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku (Yeni TTK.'ya Göre Yazılmış) (7. baskı, Beta Yayıncılık 2012), 282.

⁹⁶ A. Osman Gürbüz ve Yakup Ergincan, Kurumsal Yönetim, Türkiye'deki Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler (Literatür Yayıncılık 2004).

6102 sayılı TTK'da yer alan en büyük yeniliklerden biri şirketlerde denetim kuruluna yer verilmemesidir⁹⁷. Denetim kurulu yerine bağımsız dış denetim tercih edilmiştir. Ancak yeni düzenlemelerden biri olan “bağımsız yönetim kurulu üyeliği” kurumu, şirket içindeki denetimin sağlanması ve ayrıca yönetim kurulu üzerinde tarafsız gözlem yapılabilmesi (*monitoring*) adına; etkinliği şirket hesapları ve mali raporların doğruluğu, muhasebe standartlarına uygunluğu ve güvenilirliği gibi hususlarla sınırlı kalan bağımsız dış denetim kurumundan daha faydalı olabilmektedir⁹⁸. Zira, söz konusu bağımsız yönetim kurulu üyesi şirkette %1'den daha fazla paya sahip olmayacağından⁹⁹ yönetim kurulunun karar ve işlemlerini daha objektif ve profesyonel bir şekilde değerlendirerek gözlemleyebilmektedir¹⁰⁰. Ancak bu durumun avantajları yanında dezavantajları da mevcuttur. Nitekim pay sahipleri ile şirket yöneticilerinin farklı kişiler olması, yani yöneticilerin pay sahibi olmaması, farklı amaçlara yönelmelerine ve zamanla çıkarlarının çatışmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu da şirkette temsil sorununu (*agency conflict*) ortaya çıkarmaktadır. Bu sorun şirket adına istenmeyen sonuçlara sebebiyet verebilir. Zira, 2008 yılında ABD'de Enron, WorldCom, Metallgesellschaft; Almanya'da Philip Holzmann ve İsviçre'de Swisssair gibi büyük şirketlerde görülen global finansal krizlerin ana sebeplerinden biri yöneticilerin (temsilcilerin), şirketin değil kendi çıkarlarının doğrultusunda hareket etme eğiliminde olmalarıdır¹⁰¹.

Yapay zekanın dışarıdan atanan bağımsız yönetim kurulu üyesi gibi şirketlerde kullanılması ile bu sorunu bertaraf etmeye yardımcı olması

⁹⁷ Ömer Adil Atasoy, 'Anonim Ortaklıkları Denetlenmesinde Hâkim Olan Esaslar ve Türk Hukukunda Denetleme Organının Görevleri' (1984) 65 Anadolu Üniversitesi Yayını, 50 vd.

⁹⁸ Ömer Adil Atasoy ve Berkay Ergün, 'Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevleri Kapsamında Kurulması Zorunlu Komitelerin Faaliyetlerinden Doğan Sorumlulukları' (2018) 4 İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, 33-52.

⁹⁹ Pay sahibi olsa dahi pay oranı %1'i geçemez; Bknz; Seçil Sayın Gündüz, 'Borsa Şirketlerinde Yöneticilere Yapılan Ödemeler Ve Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği' (Spk.gov.tr, 2009) <<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1015>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

¹⁰⁰ TTK 360. madde kapsamında bağımsız yönetim kurulu üyeliğine değinilmiştir. Ancak ülkemizde halka açık olmayan anonim şirketlerde bağımsız yönetim kurulu üyesi atanması çok nadirdir. Ayrıntılı bilgi için bknz; Hediye Bahar Sayın, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Karar ve İşlemlerine Karşı Pay Sahiplerinin Korunması Yolları' (2019) 5 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, 339-363, 347.

¹⁰¹ Şirketlerde görülen krizler neticesinde dev şirketlerin batması devletleri şirketlerde kurumsallaşma çalışmaları yapmaya sevk etmiştir. Bknz; Ersin Çamoğlu, 'Türk Hukukunda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri' (2014) 9 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hayri Domaniç Anısına Armağan), 63-76.

mümkündür. Çalışmamızın üst kısmında anıldığı gibi yapay zekâ yöneticiler şirketin gözlem altında tutulması için çok yerinde bir seçim olacaktır. Yapay zekâ objektif ve kendi çıkarlarını düşünmeyen sadece şirketin çıkarlarını düşünen bir yapıda dizayn edilebilir. Ancak yukarıda değinilen sorunların varlığını da unutmamak gerekmektedir. Nitekim yapay zekâ ürünü yöneticilerin şirkete sağlayabileceği yararların yanında şirkete verebilecekleri zararların da varlığı, şirketler hukukunun robot bir yöneticiye henüz hazır olmadığını göstermiştir. Bu da şimdilik yapay zekayı yönetici olarak kullanılmak yerine sadece yöneticileri seçmek için kullanmanın mümkün olup olmayacağı sorusunu gündeme gelmiştir.

3.3 Yapay Zekâ Yardımıyla Yönetici Seçilmesi

Yapay zekanın yönetim kurulu üyesi olarak bizzat kullanılmasına alternatif olarak şirketlerde bir diğer kullanım yolu yöneticilerin seçilmesi için kullanılması olabilir. Çalışmamızın bu kısmında, yönetim kurulu üyelerinin yapay zekâ tarafından seçip seçilemeyeceğini ve böyle bir durumda yönetici performansının daha iyi olup olmayacağını analiz edilecektir. Erel¹⁰² ve arkadaşları çalışmalarında yapay zekâ ürünü algoritmaların şirketlerin yönetici seçmesine yardımcı olabileceğini iddia ediyorlar. Yapmış oldukları deneysel çalışmanın sonuçlarına göre yöneticilerin yapay zekâ tarafından seçilmesi şirketlerin kurumsal yönetimini geliştirmelerine katkı sağlayacaktır. Zira, yöneticilerin performansı arttıkça şirketlerin kurumsal yönetim kalitesi de artmaktadır¹⁰³. Özellikle içinde bulunduğumuz COVID-19 salgını sürecinde ve sonrasında kurumsal yönetimin iyi uygulanması, şirketlerin hızla iyileştirilmesine yardımcı olabilir ve şirketlerin COVID-19 krizinin olumsuz etkilerini daha hızlı aşmalarına yardımcı olabilir. Bu süreçten çıkarılan dersler, şirketlerin gelecekte ortaya çıkacak yeni krizlere hazırlanmaları için fırsatlara dönüştürülebilir¹⁰⁴. Böylelikle şirketler için sürdürülebilir politikalar oluşturulabilir.

Yapay zekâ tarafından seçilmiş bir yönetici yapay zekâ tarafından belirli kriterlere tabi tutulan değerlendirmelerden geçirilmiş olduğundan oldukça donanımlı ve profesyonel olacaktır¹⁰⁵. Nitekim algoritmalar tarafından seçilen

¹⁰² Işıl Erel ve diğerleri, 'Selecting Directors Using Machine Learning' [2021] Fisher College of Business Working Paper, 2.

¹⁰³ Erel ve diğerleri, s. 2.

¹⁰⁴ Enriques, s 3.

¹⁰⁵ Enriques, s.2.

bir yöneticinin, klasik yöntemle seçilmiş yöneticilerden en büyük farklarından biri *Sustain'in*¹⁰⁶ de ifade ettiği gibi “*algoritmaların bilinçli önyarguların zararlı etkilerinin üstesinden gelebilmesi*” olacaktır. Yapılan çalışmalarda sektörlerinde en iyi olarak bilinen tanınmış yatırım bankalarının, danışmanlık ve hukuk firmalarının dahi işe alım yaparken performanstan ziyade, insan ilişkilerinde kişisel uyuma baktığı görülmüştür¹⁰⁷. Yapay zekâ tarafından bir yazılım firmasında yapılan işe alım taraması sonuçlarındaysa seçilen kişilerin, firma tarafından daha önce geleneksel olarak tercih edilen adaylardan uzak bir profilde olduğu görülmüştür¹⁰⁸. Bu da günümüzde klasik yöntemlerle yapılan işe alımlarda seçimin yapılacak işe göre değil insani özelliklere göre yapıldığını gösteren bir başka örnektir. Nitekim yapay zekanın seçimi daha çok işi bilen ve yapılacak işe uygun adaylara yoğunlaşmaktadır. Dolayısıyla yapay zekanın daha profesyonel ve gelecek vaat eden adayları tercih ettiği söylenebilir.

Yapılan çalışmaların bir diğer ilginç sonucu ise algoritmalar tarafından seçilen adayların arasında geleneksel yöntemlerle seçilen adaylardan daha fazla kadın bulunmasıdır¹⁰⁹. Bu durum geleneksel olarak şirketlerde kadınların erkeklere göre daha az sayıda temsil ediliyor olmalarına bir örnek olarak kabul edilebilir. Kadınların hem ulusal hem de küresel düzeyde uzun süredir şirket yönetim kurullarında yetersiz temsil ediliyor olması sebebiyle,¹¹⁰ Avrupa Birliği tarafından üye devletlerdeki halka açık şirketlerin kurumsal kurullarında en az %40 oranında kadın bulundurulması önerilmiştir¹¹¹. Yöneticilerin yapay zekâ tarafından seçilmesi kadınların şirket yönetimindeki ağırlığını da arttıracaktır. Bir bakıma, yapay zekâ seçimini yaparken kurumsal yönetime katkı sağlayarak, kurumsal pay sahiplerinin uzun zamandır istedikleri

¹⁰⁶ Cass R. Sunstein, ‘Algorithms, Correcting Biases’ [2019] *Social Research: An International Quarterly* 86.

¹⁰⁷ Lauren A. Rivera, ‘Hiring As Cultural Matching’ (2012) 77 *American Sociological Review*, 999-1022; Mitchell Hoffman, Lisa B Kahn ve Danielle Li, ‘Discretion In Hiring’ (2017) 133 *The Quarterly Journal of Economics*.

¹⁰⁸ Bo Cowgill, ‘Automating Judgement and Decision-making: Theory and Evidence from Resumé Screening’ (2018) Working Paper.

¹⁰⁹ Erel ve diğerleri s. 23.

¹¹⁰ Monika Leszczyńska, ‘Mandatory Quotas For Women On Boards Of Directors In The European Union: Harmful To Or Good For Company Performance?’ (2017) 19 *European Business Organization Law Review*.

¹¹¹ ‘EU Revives Plans For Mandatory Quotas Of Women On Company Boards’ (the Guardian, 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/05/eu-revives-plans-for-mandatory-quotas-of-women-on-company-boards>> Erişim tarihi 13 March 2021.

duruma kavuşmalarına vesile olmaktadır. Zira, eskiden birlikte çalışmamış, farklı geçmişlerden gelen yöneticilerin, yönetim üzerindeki gözlemi ve bunu raporlaması daha iyi olacaktır. Ek olarak, aralarında bağlantı bulunmayan bu yöneticiler potansiyel olarak daha farklı özellikler olacak ve şirket lehine izlenecek olan politikalara daha yatkın olacaklardır.¹¹²

Yapay zekâ ile yapılan yönetici seçimi neticesinde yöneticilerin hesap verilebilirlik oranının artması da beklenebilir. Zira mevcut sistemde, şirketlerde yönetici seçiminin profesyonelce yapılması istenmekle birlikte, yöneticiler yine de kontrol sahipleri tarafından tanınan yöneticiler arasından seçilebilmektedir. Dolayısıyla bu durum yönetimi monitör etmeyi yani faaliyetlerini izlemeyi zorlaştırmaktadır. Kontrol sahiplerinin iradesinden bağımsız bir yapay zekanın yöneticileri seçmesi durumunda şirketlerin ve pay sahiplerinin yöneticilerin faaliyetlerini daha iyi izlemeleri mümkün olabilir.

Yöneticileri yapay zekâ aracılığıyla seçmenin bir başka faydası da klasik şirket yönetiminde pay sahipleri ile yöneticiler(temsilciler) arasındaki çıkar çatışmalarının (*agency conflict*) bu yöntem ile azaltılabilecek olmasıdır¹¹³. *Jensen ve Meckling*,¹¹⁴ bir şirketteki yöneticiler ve hissedarlar arasındaki ilişkiyi netleştirmek için yaptıkları çalışmalar neticesinde bazen yöneticilerin kendi çıkarlarını ön plana çıkarma eğiliminde olduklarını görmüştür¹¹⁵. İşte yapay zekâ tarafından seçilen yöneticiler, yönetim kurulunun faaliyetlerinin daha şeffaf ve izlenebilir hale gelmesine yardımcı olarak, şirketteki çıkar çatışmasını bitirebilecek ve böylece şirketin kurumsal yönetiminin geliştirilmesine katkı sağlayacaktır¹¹⁶.

Ancak belirtmemiz gerekir ki; yapay zekâ insanlar kadar bilinçli değildir ve insanların yerini alamaz. Söz konusu olan sadece kendisinden istenileni

¹¹² Möslein, s. 649 vd.

¹¹³ Erel ve diğerleri, s. 2.

¹¹⁴ Michael C. Jensen ve William H. Meckling, 'Theory Of The Firm: Managerial Behavior, Agency Costs And Ownership Structure' [1976] 3 Journal of Financial Economics, 308.

¹¹⁵ Çıkar çatışmasından kaynaklanan sorunları önlemek için, hissedarlar bu sorunlara karşı dikkatli olmalı ve pay sahipleri ile yöneticiler arasında bir fikir birliği bulmaya çalışmalıdır. Pay sahiplerine önemli maliyetler yüklese de gerekiyorsa bazı önlemler alınmalıdır. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. David Kershaw, *Company Law in Context* (Oxford University Press 2012), 25.

¹¹⁶ İyi seviyedeki bir kurumsal yönetim için yönetim kurulunun bağımsızlığına, şirket şeffaflığına ve aynı zamanda pay sahiplerinin haklarının teminat altına alınmasına ihtiyaç vardır; Bknz. World Bank Group, 'Why It Matters' (2014) <<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/protecting-minority-investors/why-matters>> Erişim tarihi 7 Mart 2021.

yerine getiren, belli bir amaca yönelik olarak dizayn edilmiş makinelerdir. Algoritmaların yönetici seçim sürecinde atlayabilecekleri hususlar kötü sonuçlara yol açabilir. Her ne kadar yöneticilerin yapay zekâ yardımıyla seçilmesi kurumsal yönetime katkı sağlayacak gibi görünse de yönetici seçiminde son söz sahibi olarak değil de yardımcı araçlar olarak kullanılmaları daha doğru olacaktır. Pratikte olaylar her zaman teoride düşünüldüğü gibi gitmeyebilir. Örneğin, bazı hallerde, özellikle halka açık olmayan şirketlerde, şirket içinde dengeyi sağlamak için diğer yöneticiler tarafından iyi tanınan bir yöneticinin seçilmesi şirketin daha çok menfaatine olabilir¹¹⁷. Sonuç olarak, şirket dengeleri gözetilerek ve yapay zekadan yardım alınarak yapılan bir yönetici seçiminin şirkete katkı sağlayacağını ve şirketin kurumsal yönetimini güçlendireceğini söylemek mümkündür. Ancak özellikle günümüz şirket yapılarında ve mevcut teknolojilerle yapay zekanın insanların yerine geçerek şirketlere yönetici seçme konusunda tek söz sahibi olmasının pek mümkün olmadığını, ancak insanlara yardımcı olabileceklerini söyleyebiliriz.

Sonuç

Yapay zekanın şirketlerde kullanım alanları belli konularla sınırlandırılmayacak kadar geniştir ve bu alanların farklı açılardan incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamızın kapsamı yapay zekâ sistemlerinin şirket yönetim kuruluna ne şekilde katkı sağlayabileceği ve yapay zekanın şirket benzeri bir kurumsal yapı çerçevesinde hukuken statü kazanmalarının mümkün olup olmayacağını analizi ile sınırlıdır. Bir başka ifade ile bu çalışmada yapay zekâ teknolojileri ile şirket hukuku arasındaki etkileşim incelenmiştir diyebiliriz.

Çalışmamızda, öncelikle yapay zekâ denilince ne anlamamız gerektiğine kısaca değilmiş ve devamında da Covid-19 salgınının yapay zekanın kullanımını ne kadar yaygın hale getirdiğinin üzerinde durulmuştur. 2014 yılında Hong Kong'da Deep Knowledge Ventures isimli şirkette yönetim kurulu üyesi olarak atanan ve kendisine oy kullanma yetkisi de verilen Vital isimli yapay zekâ ürünü robot, akıllara yapay zekanın şirketlerde yönetici olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorusunu getirmiştir. Çalışmamızda bu konuyu detaylı olarak analiz ettik. Çalışmamızda şirketlerde yapay zekanın yönetici olarak kullanımı halinde ortaya çıkabilecek hukuki sorunlar incelenmiştir. Sonuç olarak tüm analizlerimiz göz önüne alındığında, her ne

¹¹⁷ Jie Cai, Tu Nguyen ve Ralph A. Walkling, 'Director Appointments It Is Who You Know' [2017] 28th Annual Conference on Financial Economics and Accounting.

kadar şirketlerde kurumsal yönetimi güçlendirecek de olsa yapay zekanın şimdilik şirketlerde yönetici olarak kullanılmasının hukuken mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Bunun temel sebeplerinden biri yapay zekanın insanlar gibi bilinç ve vicdan sahibi olmamasıdır. Her ne kadar yapay zeka ürünü bir yönetici şirkette yönetimin kalitesini artırma potansiyeline sahip olsa da ileri vadede yapay zekanın aldığı kararlar gerçek veya tüzel kişi diğer yöneticileri etkileyebilir. Neticede yapay zekanın üstün bir robot olduğu ve en doğru kararı almak için programlandığı düşünüldüğünde diğer yöneticiler yapay zekanın kararlarına uyma eğilimine girebilirler. Ayrıca daha da büyük bir risk yapay zekanın yönetici olarak kullanımı hesap verilebilirlik açısından bir boşluğa sebebiyet verebilir.

Belirtmeliyiz ki, yapay zekanın yönetim kuruluna girmesinin önündeki en önemli engel hukukumuzda ve diğer hukuk sistemlerinde yapay zekanın hak ve yükümlülükler ehlil olabileceği hukuki bir statüsünün olmamasıdır. Yapay zekaya hukuki statü kazandırılması adına yapılan çalışmalara da kısaca değindik. Günümüzde bu çalışmalardan en önemlisi Avrupa Birliği tarafından yapılan yapay zekaya elektronik kişilik verilmesi önerisidir. Ancak henüz bu öneriyi faaliyete geçirecek düzenlemeler yürürlüğe girmemiş, gelişim aşamasındadır. Çalışmamızda yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin tartışmalara bir katkı sağlamak amacıyla yapay zekaya şirket benzeri bir tüzel kişilik vermenin uygun olup olmayacağını değerlendirme yaptık. Buna göre şirket benzeri kurumsal bir kimliğe sahip olan yapay zekanın tasarlayan mühendisi, üreticisi, kullanıcısı ya da diğer faydalananlar şirketlerde bulunan yönetim kurulu ya da genel kurul gibi organlara benzer bir şekilde yapay zeka bünyesinde kurumsal kimliğe sahip olabilirler. Böylelikle yapay zekanın işlem ve eylemlerinden dolayı tasarımcı, üretici, kullanıcı ve faydalananların da sorumlulukları devam edecektir. Bu kişilere atfedilen sorumluluk şirketlerdeki gibi kusura dayalı veya tamamen kendine özgü kusursuz bir sorumluluk olabilir. Açıkçası nasıl ki şirketler hukuku kanun koyucular tarafından dizayn edilmiş, ortaya çıkarılmış ve buna göre şirketler kurularak onlara tüzel kişilik veriliyorsa yapay zekâ için de aynı şekilde bir hukuki düzenleme yapılabilir. Kanun koyucu yasal düzenlemeleri arzu ettiği gibi yapabilir. Hatta bazı yapay zekâ ürünü sistemlere tüzel kişilik verirken bazılarında vermeyebilir; ya da farklı alanlarda kullanılan yapay zekalar için farklı sorumluluk kriterleri getirebilir. Nasıl ki limited şirket, kollektif şirket ve anonim şirket arasında bir ayrım varsa, yöneticilerin ve üyelerinin sorumlulukları farklıysa yapay zekâ için de farklılaşmalar olabilir. Bu önerimizin gerçekleşmesi halinde hem yapay zekanın köleleştirilmesini önlenecek, ona hukuki kişilik kazandırılacak

hem de ilgili kişiler sorumluluktan kurtarılmış olacaktır.

Çalışmamızda ayrıca yapay zekanın bir yönetici olarak değil de yönetici seçmeye yardımcı bir danışman olarak kullanılmasının artı ve eksilerini analiz ettik ve mevcut durumda yapay zekanın yönetici seçiminde yardımcı olarak kullanılması halinde şirketlerin izlenmesinin kolaylaşacağını dolayısıyla şirketlerin kurumsal yönetimine katkı sağlanacağını ve böylece yönetimin daha profesyonel hale geleceğini ifade ettik. Ancak unutulmamalıdır ki, şirketler kendi içlerinde farklı farklı yapılara sahiptir. Nasıl ki her insan nevi şahsına münhasır ise her şirketin de yönetimi, yöneticileri ile pay sahiplerinin arasındaki ilişkiler ya da çalışanlarla olan ilişkiler farklı farklıdır. Özellikle halka açık şirketler ve halka açık olmayan şirketler arasında bu farklılıklar daha belirgindir. Bu nedenle, mevcut durumda robotik kodlamalarla yapay zekanın seçtiği her yöneticinin doğrudan hiçbir süzgeçten geçirilmeden atanması pek kabul edilebilir olmayabilir ve çalışmamızda da ifade edildiği gibi bazı dezavantajları vardır. Özetlemek gerekirse, çalışmamızda, yapay zekanın yönetici olarak ya da yönetici seçiminde son söz sahibi olarak değil de yardımcı bir görüş olarak kullanılmasının daha doğru olacağı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Adeyoju A, ‘Artificial Intelligence And The Future Of Law Practice In Africa’ (2018) SSRN Electronic Journal.
- Akbilek M, ‘Teknolojinin Pandora Kutusu: Robotların Hukukî Kişilikleri (!) ve Hukukî Sorumlulukları’ (2017) 3 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 6, 215-236.
- Akın Murat Yusuf ve Sulu Muhammed, ‘Yönetim Kurulu Üyelerinin Menfaati ile Şirket Menfaatinin Çatışması Bağlamında Sorumluluk’ (2019) 25 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1, 169-184.
- Akkurt S, ‘Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk’ (2019) 7 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 13, 39-59.
- Aksoy M A, ‘Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu’ (2013) 17 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi, 45-76, 46.

Alon-Beck A, ‘Artificial Intelligence In The Corporate Boardroom’ (Forbes, 2021) <<https://www.forbes.com/sites/anatonbeck/2021/02/08/artificial-intelligence-in-the-corporate-boardroom/?sh=1ff867a65a7a>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

Altay S A, ‘Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Farklılaştırılmış Teselsül’ (2019) 14 Terazi Hukuk Dergisi 151.

Amico R, Thomas R J ve Kolbjørnsrud V, ‘How Artificial Intelligence Will Redefine Management’ [2016] Harvard Business Review.

Ashour S, ‘Artificial Intelligence In The Boardroom: An Outright Exposure To Directorial Liability?’ (Oxford Law Faculty, 2020) <<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/10/artificial-intelligence-boardroom-outright-exposure-directorial>> Erişim tarihi 18 March 2021.

Atasoy Ö A, ‘Anonim Ortaklıkları Denetlenmesinde Hâkim Olan Esaslar ve Türk Hukukunda Denetleme Organının Görevleri’ (1984) 65 Anadolu Üniversitesi Yayını.

Atasoy Ö A ve Ergün B, ‘Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Görevleri Kapsamında Kurulması Zorunlu Komitelerin Faaliyetlerinden Doğan Sorumlulukları’ (2018) 4 İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, 33-52.

Ayhan R, Çağlar H ve Özdamar M, Şirketler Hukuku Genel Esaslar (2.baskı, Yetkin Yayınları 2020).

Bahtiyar M, Ortaklıklar Hukuku (Yeni TTK.’ya Göre Yazılmış) (7. baskı, Beta Yayıncılık 2012).

Bak B, ‘Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukukî Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukukî Sorumluluk’ (2018) 9 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 35, 211-232.

Bayamlıoğlu E, ‘Akıllı Yazılımlar ve Hukukî Statüsü, Yapay Zekâ ve Kişilik Üzerine Bir Deneme’ (2008) Uğur Alacakaptan’a Armağan, (1. Baskı İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları) 131-140.

Bayern S, ‘The Implications Of Modern Business–Entity Law For The Regulation Of Autonomous Systems’ (2016) 7 European Journal of Risk

Regulation.

Bench-Capon et al., A History of AI and Law in 50 Papers: 25 Years of the International Conference on AI and Law.

Bingöl M E, ‘Anonim Şirketlerde Konu Dışı İşlemlerin Hukuki Niteliği’ (2018) 5 İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, 197.

Bozkurt Y ve Armağan E, ‘Robot Hukuku’ (2017) 7 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi.

Burrige N, ‘Artificial Intelligence Gets A Seat In The Boardroom’ (Nikkei Asia, 2017) <<https://asia.nikkei.com/Business/Artificial-intelligence-gets-a-seat-in-the-boardroom>> Erişim tarihi 11 Mart 2021.

Bughin J, ‘Notes From The AI Frontier: Modeling The Impact Of AI On The World Economy’ (McKinsey & Company, 2021) <<https://www.mckinsey.com/featured-insights/artificial-intelligence/notes-from-the-ai-frontier-modeling-the-impact-of-ai-on-the-world-economy>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

Brynjolfsson E ve McAfee A, ‘The Business of Artificial Intelligence’ (Harvard Business Review, 2020) <<https://hbr.org/2017/07/the-business-of-artificial-intelligence>> Erişim tarihi 12 Mart 2021.

Cai J, Nguyen T ve A. Walkling R A, ‘Director Appointments It Is Who You Know’ [2017] 28th Annual Conference on Financial Economics and Accounting.

Cannur E, ‘Robotların Fiillerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri’ (2019) 40 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 19-51.

Chesterman S, ‘Artificial Intelligence And The Limits Of Legal Personality’ (2020) 69 International and Comparative Law Quarterly.

Ciftci I ve diğerleri, ‘Corporate Governance and Firm Performance in Emerging Markets: Evidence from Turkey’ (2018) 28 International Business Review 90.

Conner Forest, ‘Robot Kills Worker On Assembly Line, Raising Concerns About Human-Robot Collaboration’ (TechRepublic, 2017) <<https://www.techrepublic.com/article/robot-kills-worker-on-assembly-line->

raising-concerns-about-human-robot-collaboration/> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

Coştan H, ‘Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği’ (2013) 29 BATİDER, 117- 137.

Cowgill B, ‘Automating Judgement and Decision-making: Theory and Evidence from Resumé Screening’ (2018) Working Paper.

Cuthbertson A, ‘An AI Chatbot Just Became A Resident Of Japan’ (Newsweek, 2017) <<https://www.newsweek.com/tokyo-residency-artificial-intelligence-boy-shibuya-mirai-702382>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

Çamoğlu E, ‘Türk Hukukunda Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri’ (2014) 9 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hayri Domaniç Anısına Armağan), 63-76.

Çamoğlu E, ‘Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu’, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, (Filiz Kitabevi 2011)

Erel I ve diğerleri, ‘Selecting Directors Using Machine Learning’ [2021] Fisher College of Business Working Paper, 2.

Ersoy Ç, Robotlar, Yapay Zekâ Ve Hukuk (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2018).

Diamantis M, ‘Algorithms Acting Badly: A Solution From Corporate Law’ [2020] 89 Geo. Wash. L. Rev., 24.

Diamantis M, ‘The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI To Break The Law’ [2020] 97 N.C. L. Rev.

Diamantis M, ‘Successor Identity’ [2019] 36 Yale J. on Reg.

Directors company, ‘Directors Of A French Company’ (Lawyersfrance.eu, 2016) <<https://www.lawyersfrance.eu/directors-of-a-french-company>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

Donthu N ve Gustafsson A, ‘Effects Of COVID-19 On Business And Research’ (2020) 117 Journal of Business Research.

Eminoğlu C ve Çakır F B, ‘Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna

- Temsilci Ataması' (2014) 28 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Enriques L, 'Pandemic-Resistant Corporate Law: How To Help Companies Cope With Existential Threats And Extreme Uncertainty During The Covid-19 Crisis' (2020) 17 European Company and Financial Law Review.
- Froomkin M ve Colangelo Z, "Self-Defense Against Robots and Drones", (2015) 48 Connecticut Law Review.
- Hacımahmutoğlu S, 'Anonim Ortaklıkta Ultra Vires Doktrini ve Ortaklığı Bağlamaya Yetkili Organın Yetkilerinin Sınırlanmaması' (2016) BTHAE Yayınları.
- Harno A J, 'Privileges and Powers of a Corporation and the Doctrine of Ultra Vires' (1925) 25 YALE L.J. 13.
- Helvacı M, 'Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül' (2013) 2 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Hilb M, 'Toward An Integrated Framework For Governance Of Digitalization' [2017] Governance of Digitalization.
- Hoffman M, Kahn L, ve Li D, 'Discretion In Hiring' (2017) 133 The Quarterly Journal of Economics
- Gershgorin D, 'Inside The Mechanical Brain Of The World's First Robot Citizen' (Quartz, 2017) <<https://qz.com/1121547/how-smart-is-the-first-robot-citizen/>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.
- Gürbüz A O ve Erginçan Y, Kurumsal Yönetim, Türkiye'deki Durumu ve Geliştirilmesine Yönelik Öneriler (Literatür Yayıncılık 2004).
- Gürgen N, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası' (2016) 2 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 247-266.
- Jebran K ve Chen S, 'Can We Learn Lessons From The Past? COVID-19 Crisis And Corporate Governance Responses' (2021) 1 International Journal of Finance & Economics
- Jensen M ve Meckling W, 'Theory Of The Firm: Managerial Behavior, Agency Costs And Ownership Structure' [1976] 3 Journal of Financial

Economics.

Kara Kılıçarslan S, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü Ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar, (2019) 2 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi.

Karatepe Kaya M, 'Impact of the COVID-19 Outbreak on Minority Shareholder Protection' (2021) 42 Business Law Review 2.

Karatepe Kaya M, 'The Use of Artificial Intelligence in Law', 2021 Multidisciplinary Perspectives of AI: Past, Present, Future, (1.baskı., Onikilevha 2021)

Katyal S, 'Private Accountability In The Age Of Artificial Intelligence' (2019) 66 U.C.L.A. Law Review

Kaya S, Khan M, Habib I. R, 'Advanced Technologies for Supporting Dispute Resolution: An Analysis' (2019) 2 Review of Applied Management and Social Science, 47-57.

Kershaw D, Company Law in Context (Oxford University Press 2012).

Koç H, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış' (2020) 3 Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD).

Kösekeya F, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası (7. Baskı, Adalet Yayınevi 2013).

Kubilay H, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, (1. Baskı, Barış Yayınları 2003).

Legg M ve Bell M, Artificial Intelligence And The Legal Profession (1.baskı, Hart Publishing 2020)

Leszczyńska M, 'Mandatory Quotas For Women On Boards Of Directors In The European Union: Harmful To Or Good For Company Performance?' (2017) 19 European Business Organization Law Review.

Möslein F, 'Robots In The Boardroom: Artificial Intelligence And Corporate Law', Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence (1. baskı, Edward Elgar Publishing Limited 2018)

Ndichu D, 'Ahead Of The Curve: The Technology Of Tomorrow - Gulf Business' (Gulf Business, 2021) <<https://gulfbusiness.com/ahead-of-the-curve-the-technology-of-tomorrow/>> Erişim tarihi 21 Mart 2021

- Pasquale F, 'A Rule Of Persons, Not Machines: The Limits Of Legal Automation' (2019) 87 GEO. WASH. L. REV.
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, Ortaklıklar Hukuku (13. Bası, Beta 2014).
- Pošćić A ve Martinović A, 'Rethinking Effects Of Innovation In Competition In The Era Of New Digital Technologies' (2020) 7 Intereulaweast, 247.
- Pulaşlı H, 'Şirketler Hukuku Şerhi' (3. Baskı, Adalet 2018).
- Pugh W, 'Why Not Appoint An Algorithm To Your Corporate Board?' (Slate Magazine, 2019) <<https://slate.com/technology/2019/03/artificial-intelligence-corporate-board-algorithm.html>> Erişim tarihi 9 Mart 2021.
- Raja K P, 'Corporate Governance and Minority Shareholders' Rights and Interests in Pakistan: A Case for Reform' (2012) 23(10) International Company and Commercial Law Review 347.
- Reinsel D, John Gantz ve John Rydning, 2018. The Digitization Of The World From Edge To Core. [çevrimiçi] Seagate.com <<https://www.seagate.com/files/www-content/our-story/trends/files/idc-seagate-dataage-whitepaper.pdf>> Erişim tarihi 17 Şubat 2021
- Ricci S, 'Artificial Agents In Corporate Boardrooms' (2020) 105 Cornell Law Review.
- Rivera L, 'Hiring As Cultural Matching' (2012) 77 American Sociological Review
- Rory Cellan-Jones, 'The Robot Lawyers Are Here - And They'Re Winning' (BBC News, 2017) <<https://www.bbc.com/news/technology-41829534>> Erişim tarihi 14 Mart 2021.
- Sales L, 'Algorithms, Artificial Intelligence And The Law' (2020) 25 Judicial Review.
- Sayın H B, 'Anonim Şirket Yönetim Kurulu Karar ve İşlemlerine Karşı Pay Sahiplerinin Korunması Yolları' (2019) 5 Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2, 339-363, 347.
- Sayın Gündüz S, 'Borsa Şirketlerinde Yöneticilere Yapılan Ödemeler ve Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği' (Spk.gov.tr, 2009) <<https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1015>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

- SolumL B, ‘Legal Personhood For Artificial Intelligences’ (1992) 70 North Carolina Law Review, 1231-1287.
- Sarıpan H ve Jayabala Krishnan S, ‘Are Robots Human? A Review Of The Legal Personality Model’ (2016) 34 World Applied Sciences Journal.
- Surden H, ‘Artificial Intelligence And Law: An Overview’ (2019) 35 Georgia State University Law Review.
- Surden H, ‘Machine Learning And Law’ (2014) 89 Washington Law Review.
- Sunstein C S, ‘Algorithms, Correcting Biases’ [2019] Social Research: An International Quarterly 86.
- Terry Brown, ‘Artificial Intelligence Outperforms Lawyers In Contract Checking - ItChronicles’ (ITChronicles, 2018) <<https://itchronicles.com/automation/artificial-intelligence-contract-checking/>> Erişim tarihi 14 Mart 2021
- Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward,17U.S.518,636(1819).
- Ünlü U, ‘Anonim Şirketlerde Sorumluluk Doğuran Davranışlar ve Farklılaştırılmış Teselsül’ (2018) 13 Terazi Hukuk Dergisi 138, 126-131.
- Whitehall Editor Chris Smyth, ‘Covid Vaccines’ Success In Cutting Hospital Cases Heralds ‘A Very Different World’ (Thetimes.co.uk, 2021) <<https://www.thetimes.co.uk/article/covid-vaccines-success-in-cutting-hospital-cases-heralds-a-very-different-world-w7l6r7zlc>> Erişim tarihi 18 Mart 2021.
- Wile R, ‘A Venture Capital Firm Just Named An Algorithm To Its Board Of Directors — Here’s What It Actually Does’ (Business Insider, 2014) <<https://www.businessinsider.com/vital-named-to-board-2014-5?IR=T>> Erişim tarihi 2 Mart 2021.
- Yünlü S, ‘Current Developments On Artificial Intelligence And Liability For Robot Caused Damages’ (2019) 26 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
- Zolfagharifard E, ‘Artificial Intelligence Becomes The World’S First Company Director’ (Mail Online, 2014) <<https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2632920/Would-orders-ROBOT-Artificial-intelligence-world-s-company-director-Japan.html>> Erişim tarihi 18 Mart 2021.

- ‘Beijing Internet Court Launches AI Judge - Xinhua | English.News.Cn’ (Xinhuanet.com, 2019) <http://www.xinhuanet.com/english/2019-06/27/c_138178826.htm> Erişim tarihi 14 Mart 2021
- ‘COVID-19 UK: D&O Liabilities and Risk Management Relating To Coronavirus’ (Clydeco.com, 2020) <<https://www.clydeco.com/en/insights/2020/04/covid-19-do-potential-liabilities-and-risk-managem>> Erişim tarihi 26 Şubat 2021.
- ‘Did You Know That Under The New Belgian Companies Code’ (Deloittelegal.be, 2020) <https://www.deloittelegal.be/content/dam/assets/lg/Documents/DeloitteLegal_Did%20you%20know%20that%20series%20brochure_BE-2020.pdf> Erişim tarihi 20 Mart 2021.
- ‘EU Revives Plans For Mandatory Quotas Of Women On Company Boards’ (the Guardian, 2020) <<https://www.theguardian.com/world/2020/mar/05/eu-revives-plans-for-mandatory-quotas-of-women-on-company-boards>> Erişim tarihi 13 March 2021.
- ‘Global Economy Will Suffer For ‘Years To Come’ (BBC News, 2020) <<https://www.bbc.com/news/business-52000219>> Erişim tarihi 7 Mart 2021
- ‘Legal Persons Can Be Company Directors’ (International Law Office, 2020) <<https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Corporate-Commercial/Italy/Portolano-Colella-Cavallo-Studio-Legale/Legal-Persons-Can-Be-Company-Directors>> Erişim tarihi 18 Mart 2021. Tomáš Volejník, ‘Bnt Attorneys In CEE’ (Bnt.eu, 2014) <<https://www.bnt.eu/en/legal-news/1711-legal-entities-as-managing-directors-or-board-members>> Erişim tarihi 20 Mart 2021.
- ‘Litigating Algorithms: Challenging Government Use of Algorithmic Decision Systems’ (An AI Now Institute Report 2018).
- ‘Onlarca Şirket İş Görüşmelerini Yapay Zeka Programlarıyla Yapıyor’ (Hurriyet.com.tr, 2021) <<https://www.hurriyet.com.tr/teknoloji/onlarca-sirket-is-gorusmelerini-yapay-zeka-programlariyla-yapiyor-41419055>> Erişim tarihi 18 Mart 2021.
- ‘Report With Recommendations To The Commission On Civil Law Rules On Robotics’ (Europarl.europa.eu, 2015) <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect#title1> Erişim tarihi

20 Mart 2021.

Proadhan G, 'European Parliament Calls For Robot Law, Rejects Robot Tax' (U.S., 2017) <<https://www.reuters.com/article/us-europe-robots-lawmaking-idUSKBN15V2KM>> Erişim tarihi 20 Mart 2021;

Summers L, 'Robots Are Wealth Creators And Taxing Them Is Illogical' (Ft. com, 2017) <<https://www.ft.com/content/42ab292a-000d-11e7-8d8e-a5e3738f9ae4>> Erişim tarihi 20 Mart 2021

Wakabayashi D, 'Self-Driving Uber Car Kills Pedestrian in Arizona, Where Robots Roam' (N.Y. Times 2018) <https://www.nytimes.com/2018/03/19/technology/uber-driverless-fatality.html> Erişim tarihi 20 Mart 2021.

World Bank Group, 'Why It Matters' (2014) <<http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/protecting-minority-investors/why-matters>> Erişim tarihi 7 Mart 2021.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

2016 Delaware Şirketler Yasası

2006 İngiliz Şirketler Yasası

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER İŞİĞİNDA MENŞE ADI VE COĞRAFİ İŞARETLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN LİZBON SÖZLEŞMESİ'NİN CENEVRE METNİ

Zehra ÖZKAN ÜNER*

ÖZ

Çalışmada coğrafi işaretlerin korunması ve uluslararası tesciline ilişkin büyük umutlarla hazırlanan Cenevre Metni incelenmiştir. Metinde Lizbon sisteminin esnekliği artırılmış, tescile ilişkin pek çok konu aydınlatılmış, sisteme yöneltilen eleştirilerin bir kısmı bertaraf edilmiştir. Ancak tüm bunlar marka hukuku korumasını tercih eden yeni dünya ülkelerini tatmin etmiş gibi görünmemektedir. Halihazırdaki taraf ülke sayısı hala istenilen noktaya ulaşmaktan uzaktır. Serbest ticaret anlaşmaları coğrafi işaretlerin köken ülkesi dışında korunması konusunda bir alternatif olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar bu yol ilk bakışta hızlı çözüm sağlayan bir yol olarak gözükse de tek bir dilde hazırlanmış, tek bir başvuru ile yine tek bir ücret ödeyerek taraf devletlerin tümünde bir koruma elde edilmesinin sağladığı kolaylık, tasarruf ve hız ile karşılaştırılabilir değildir. Bu nedenle taraf ülke sayısının artması ve sistemin işlerliğine güvenin oluşması durumunda, bekle ve gör yaklaşımını izleyen ülkelerin Cenevre Metnine taraf olmaya daha sıcak bakacakları düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: fikri mülkiyet hukuku, coğrafi işaretler, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS), Lizbon Sözleşmesi, Cenevre Metni

GENEVA ACT OF THE LISBON AGREEMENT ON APPELLATIONS OF ORIGIN AND GEOGRAPHICAL INDICATIONS IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL AGREEMENTS

ABSTRACT

The Geneva Act, which was prepared with great hopes, was analyzed in this paper. The flexibility of the Lisbon System has been increased, many issues regarding registration have been clarified, and some of the criticisms against the system have been eliminated through the Geneva Act. However, all of these do not seem to satisfy the new world countries which prefer trademark law to protect the geographical indications. The current number of members is still far from reaching the desired point.

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı/Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi (FİSAUM) Müdür Yardımcısı/Ankara **e-posta:** zhozkan@yahoo.com

ORCID: 0000-0002-5846-396X

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979218

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 07/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/08/2021

Free trade agreements also appear as a new way to protect geographical indications outside the country of origin. Although FTAs seems to provide a quick solution at first glance, this cannot be comparable to the advantages of obtaining protection in all contracting states by paying a single fee for a single application prepared in a single language. For this reason, I believe that countries follow the wait-and-see approach will be more willing to become a party to the Geneva Act if the number of members increases a little more and the confidence in the functionality of the system increases.

Keywords: *intellectual property law, geographical indications, Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Lisbon Agreement, Geneva Act*

I. Giriş

Coğrafi işaretler konusunda terminolojik birlik bulunmamaktadır. Alana ilişkin terimler incelendiğinde; kaynak işaretleri, mahreç işaretleri, menşe adları ve coğrafi işaretler terimleri ile karşılaşılmaktadır. Kaynak işaretleri; coğrafi işaretleri, menşe adlarını, mahreç işaretlerini kapsamakta, hatta coğrafi köken gösteren diğer işaretleri de içermektedir¹. *Indication of source* teriminin Türkçeye kaynak işareti yerine mahreç işareti olarak tercüme edildiği de görülmektedir². Türk hukukunda 1995 yılında yürürlüğe giren KHK ile *sui generis* koruma tanınmıştır. KHK incelendiğinde coğrafi işaretlerin mahreç işaretleri ve menşe adlarını da kapsayan bir üst terim olarak yer aldığı görülmektedir. Aynı yaklaşım SMK'da da sürdürülmüştür. Oysa, gerek KHK gerek SMK'da benimsenen mahreç işareti tanımı uluslararası sözleşmeler ve AB hukukunda coğrafi işaret tanımına karşılık gelmektedir³.

Terminolojik kargaşa sadece Türk hukukunda değil, aynı zamanda uluslararası sözleşmelerde de mevcuttur. Bu kapsamda son olarak coğrafi

¹ Hakan Kızıltepe, "Türk Coğrafi İşaretler Mevzuatı, AB Mevzuatı ile Mukayesesi ve Bazı Önemli Ülkelerdeki Coğrafi İşaretler Mevzuatı" (Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi 2005), s.13-14; Burçak Yıldız, "Coğrafi İşaretlere ve Coğrafi Köken Gösteren diğer İşaretlere ilişkin olarak Uluslararası Sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı ile Bu Kavramların Hukukumıza Uyarlaması Sorunu", 2007, 7, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), s.51.

² Deniz Ilgaz, "Coğrafi İşaretlerin Korunması: Dünyada ve Türkiye'de Durum", 1995, 4 Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, s.118; Kızıltepe, s.90, Gökmen Gündoğdu, Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, Beta Yayınları, 2006, s.37. Mahreç sözcüğünün anlamının kaynak, çıkış yeri olduğu bu nedenle de aslında kullanımın çok da yanlış olmadığı yönünde bkz. Neşe İloğlu, "Coğrafi İşaretlerin Tescili ve Denetimi Üzerine" (Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi 2014)., s.12, dn. 14.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, kavramlar, s.80-85.

işaret-menşe adı ayırımına yer verilmelidir. Uluslararası sözleşmeler anlamında menşe adları ilk kez 1958 tarihli Menşe Adlarının Korunmasına ilişkin Lizbon Sözleşmesi⁴ ile tanımlanırken, coğrafi işaretler Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi'nde⁵ tanımlanmıştır. Menşe adlarında bir ürünün/malın nitelik veya özelliklerinin tamamen veya esas itibarıyla coğrafi kökenden kaynaklanması gerekmektedir. Coğrafi işaretlerde ise bir malın belirli bir kalitesi, ünü veya özelliğinin esas itibarıyla söz konusu coğrafi kökene atfedilmesi yeterlidir. Dolayısıyla menşe adlarında coğrafi köken ile bağlantı çok daha güçlüyken, coğrafi işaretlerde bu bağ daha zayıftır.

Terminolojik birlik bulunmamasının yanı sıra coğrafi köken gösteren işaretler, ulusal hukuklarda; ortak marka/garanti markası, *sui generis* koruma, idari yollarla koruma (etiketlemeye ilişkin düzenlemeler) ve haksız rekabet gibi farklı biçimlerde korunmaktadır⁶.

Tüm bu farklılıklar etkilerini uluslararası hukukta da göstermiştir. Bu nedenle coğrafi işaret koruması ve/veya uluslararası tescil sistemi kurulması konusu her daim uluslararası örgütlerin gündeminde olmuştur. Konuya ilişkin son girişim uluslararası tescil sistemi öngören tek sözleşme olan 1958 tarihli Menşe Adlarının Korunmasına ilişkin Lizbon Sözleşmesi'nin revize edilmesidir. 2008 yılında başlayan revizyon çalışmaları sonuçlarını 2015 yılında göstermiştir. 20 Mayıs 2015'te Menşe Adı ve Coğrafi İşaretlerin Korunmasına ilişkin Lizbon Sözleşmesi'nin Cenevre Metni⁷ kabul edilmiş ve

⁴ Menşe Adlarının Korunması ve Uluslararası Tesciline ilişkin Lizbon Sözleşmesi (28.09.1979 tadil edilmiş versiyonu) İngilizce metni için bkz. <https://www.wipo.int/lisbon/en/legal_texts/lisbon_agreement.html> erişim tarihi 02.06.2021. Türkiye Sözleşmeye taraf değildir.

⁵ 15.04.1995 tarihinde imzalanan Dünya Ticaret Örgütü'nü Kuran Marakeş Anlaşması'nın 1C eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi İngilizce metni için bkz. <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04b_e.htm> erişim tarihi 02.06.2021. Türkiye'de Sözleşme 4067 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir. 26.01.1995 tarihli ve 4067 sayılı kanun için bkz. RG. 29.01.1995, S.22186.

⁶ Marcus Höpferger, "Introduction to Geographical Indications and Recent Developments in The World Intellectual Property Organization (WIPO)", *Worldwide Symposium on Geographical Indications (WIPO/GEO/SFO/03/1)* (2003), s.4; Burkhart Goebel, "Geographical Indications and Trademarks : The Road from Doha", *Worldwide Symposium on Geographical Indications (WIPO/GEO/SFO/03/1)* (2003), s.2; Antony Taubman, Hannu Wager ve Jayashree Watal (ed), *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement*, Cambridge University Press, 2020, s. 86; Anna G Micara, "The Geneva Act of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and Their International Registration: An Assessment of a Controversial Agreement", 2016, 47, *IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law*, s. 674.

⁷ Menşe Adı ve Coğrafi İşaretlerin Korunması ve Uluslararası Tesciline ilişkin Lizbon

metin 26.02.2020 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Cenevre Metninin yürürlüğe girmesiyle birlikte gözler tekrar Metne yönelmiştir. Bu çalışmada öncelikle coğrafi işaretlere ilişkin uluslararası sözleşmeler; tescil sistemi öngören sözleşmeler ve tescil sistemi öngörmeyen sözleşmeler olmak üzere iki ayrı başlıkta ele alınacaktır. Ardından, Cenevre Metninin getirdiği yenilikler tespit edilecek ve Metne ilişkin bir değerlendirmede bulunulacaktır.

II. Tescil Sistemi Öngörmeyen Uluslararası Sözleşmeler

A) Paris Sözleşmesi⁸

Coğrafi işaretler, “coğrafi işaret” terminolojisi ile olmasa da sınai haklara ilişkin ilk uluslararası sözleşme olan 1883 tarihli Paris Sözleşmesi’nde kendisine yer bulmuştur. Sözleşmenin 2. maddesiyle birlikte kaynak işaretlerinin (*indication of source*) veya menşee adlarının (*appellation of origin*) sınai mülkiyet hakkı olduğu kabul edilmiştir⁹. Ancak her iki kavram da Sözleşmede tanımlanmamış ve koruma koşulları veya koruma standardı da

Sözleşmesi’nin Cenevre Metni İngilizce Metni için bkz. < <https://wipolex.wipo.int/en/text/370297>> erişim tarihi 02.06.2021.

⁸ Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi (28.09.1979 tadil edilmiş versiyonu) İngilizce metin için bkz. <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514#P24_553> erişim tarihi 02.06.2021. Türkiye Cumhuriyeti Paris Sözleşmesi’ne katılmayı Lozan Sulh Anlaşması’nın eki olan Ticaret Mukavelenamesinin 14. maddesiyle kabul etmiştir. Bu mukavelenemeyi 23. 08.1339 (10 Muharrem 1342) tarihli ve 342 sayılı Lozan Sulh Muahedenesininin Kabulüne dair Kanun onaylamıştır. Söz konusu kanun için bkz. RG. 10.09.1923, Tertip 3, Sayı 22.

⁹ Stephen P Ladas, Patents, Trademarks and Related Rights National and International Protection, Harvard University Press, 1975, s.1574; Dev Gangjee, Relocating the Law of Geographical Indications, Cambridge University Press, 2012, s.24; Marsha A Echols, Geographical Indications for Food Products, Kluwer Law International, 2008, s.44; Felix Addor ve Alexandra Grazioli, “Geographical Indications beyond Wines and Spirits”, 2005, 5, The Journal of World Intellectual Property, s.876; Michael Blakeney, The Protection of Geographical Indications, Edward Elgar Publishing, 2014, s.10; Irene Calboli, “Expanding the Protections of Geographical Indications of Origin under TRIPS: ‘Old’ Debate or ‘New’ Opportunity?”, 2006, 10, Marquette Intellectual Property Law Review, s. 187; Höpferger, s.10; Frances G Zacher, “Pass the Parmesan: Geographic Indications in the United States and the European Union - Can There Be Compromise?”, 2005, 19 Emory International Law Review, s. 445; Gökmen Gündoğdu, “555 Sayılı COĞİŞKHK’nın Uygulamasında ‘Ürün’ Kavamı ve Bazı Sorunlar”, 2005, LXIII, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s.218; Gündoğdu, coğrafi işaretler, s.37; Yıldız, kavramlar, s.58; Burçak Yıldız, “WIPO’nun Coğrafi İşaret Hukuku Alanındaki Faaliyetleri ile Paris, Madrid ve Lizbon Sözleşmelerinde Coğrafi Köken Gösteren İşaretlere İlişkin Düzenlemeler”, 2008, 8, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), s.57.

düzenlenmemiştir¹⁰. Sadece doğrudan veya dolaylı sahte kaynak işaretlerine el konulacağına ilişkin bir hüküm öngörülmüştür¹¹. Bunun dışında kullanılan ibarenin haksız rekabet teşkil etmesi de her zaman mümkündür.

Sınır önlemi olan¹² m.10¹³'un. uygulanabilmesi için sahte bir kaynak işaretinin (*indication of source*)¹⁴ doğrudan veya dolaylı bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Kaynak işareti kavramı, 1891 tarihli Madrid Sözleşmesi¹⁵'nden hareketle şu şekilde açıklığa kavuşturulmaktadır: Kaynak işaretleri, bir malın/ürünün coğrafi kökeninin bir ülke ya da o ülkede bulunan bir bölge olduğuna işaret etmektedir¹⁶. Bu işaretler, coğrafi işaretlerden farklılık arz etmektedir. Zira kaynak işaretlerinde ürünün niteliği,

¹⁰ Addor ve Grazioli, s. 876; Blakeney, geographical indications, s.10; Justin Hughes, “Champagne, feta, and bourbon: The spirited debate about geographical indications”, 2006, 58, Hastings Law Journal, s.311. Aynı yönde Calboli, expanding the protection, s.187.

¹¹ M.10, hukuka aykırı marka veya ticari unvan taşıyan mallara nasıl ve hangi koşullarda el konulabileceğinin düzenlendiği m.9'a göndermede bulunmuştur.

¹² Maddenin 1883 yılında kabul edilen ilk haline göre sahte kaynak işareti kullanımı mallara el konulması için yeterli değildi, ya hayali bir kişinin ticaret unvanının (*trade name of a fictitious character*) kullanılması ya da kötü niyet, dolandırma kastının bulunması gerekmektedir. M. 10, Sözleşmenin, tüm revizyonlarında değişikliğe uğramış olsa da, bu kapsama erişmesi Lizbon Konferansı'nda söz konusu olmuştur. GHC Bodenhausen, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, International Bureaux for the Protection of Intellectual Property, 1968, s.138.

¹³ Addor ve Grazioli, s.876; Calboli, expanding the protection, s.187; Jinghua Zou, “Rice and Cheese, Anyone? The Fight Over TRIPS Geographical Indications Continues”, 2005, Brooklyn Journal of International Law, s.1146.

¹⁴ Kavramın Türkçeye tercüme edilmesi konusundaki tartışmalar için bkz. İloğlu, s.12, dn.14. Coğrafi işaretler konusunda zaten halihazırda bir terminolojik kargaşa bulunmaktayken, aynı kavramların Türkçeye farklı farklı şekillerde tercüme edilmesiyle bu kargaşa içinden çıkılmaz hale dönüşmüştür. Kavramın farklı tercüme ve ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, kavramlar, s.55-57.

¹⁵ 14 Nisan 1891 tarihli Mallar Üzerindeki Sahte veya Aldatıcı Mahreç İşaretlerinin Engellenmesine İlişkin Madrid Sözleşmesi (31.10.1958 tadil edilmiş versiyonu) İngilizce metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/286779>> erişim tarihi 02.06.2021. Her ne kadar Türkiye Cumhuriyeti'nin Sözleşmeye katılması 1930'larda gündeme gelmiş olsa da (15.05.1930 tarihli ve 1616 sayılı kanun için bkz. RG.29.05.1930, S.1506), onaylanması ancak 1957 yılında gerçekleşebilmiştir. (30.01.1957 tarihli ve 6894 sayılı kanun için bkz. RG.07.02.1957, S.9529). 1967 yılında kabul edilen Stockholm ek metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/281780>> erişim tarihi 02.06.2021.

¹⁶ Bodenhausen, s.23; WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, “Geographical Indications: Historical Background, Nature of Rights, Existing Systems for Protection And Obtaining Effective Protection in Other Countries (SCT/6/3)” (2001), s.4-5; Höpperger, s.2. Addor ve Grazioli, s.867; Gangjee, relocating, s.27; Yıldız, kavramlar, s.46; Asu Yıldız Coşkun, “Coğrafi İşaretler” (Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi 2001) , s.10; Yıldız, WIPO, s.70.

karakteristiği veya ünü gibi unsurlar ile coğrafi yer arasında bir bağlantı kurulmasına gerek bulunmamaktadır. Ürünün kendisi ile coğrafi yer arasında bir bağlantı kurulması yeterlidir¹⁷. Bu nedenle de “*made in Turkey*” şeklindeki sadece ürünün üretildiği yeri gösteren ibareler dahi kaynak işareti olarak kabul edilmektedir¹⁸. Açıklığa kavuşturulması gereken konulardan biri de kaynak işaretinin gösterdiği “coğrafi alanın sınırıdır”. Bu noktada el koyma işlemine kimlerin başvurabileceğini düzenleyen m.10/2 yol gösterici olmaktadır. Maddede ülkenin, bölgenin ve yörenin yanlış gösterilmesi halleri ayrı ayrı ele alınmıştır. Buradan yola çıkarak, coğrafi alanın bir ülke olabileceği gibi bir bölge veya bir yöre de olabileceği sonucuna varılmaktadır¹⁹.

M.10 sahte kaynak işaretine karşı bir koruma öngörmektedir. Bir işaret, malların kaynağını doğru göstermiyorsa, bu işaretin “sahte” olduğu kabul edilmektedir²⁰. Sözleşmenin kaynak işareti tanımı konusundaki sessizliğinin sahtelik konusunda devam ettiği görülmektedir. Konu bakımından hayati önem arz eden, “*işaretin sahte olması için başka yerde üretilmesi yeterli midir*” sorusuna Sözleşmede açık bir yanıt verilmemiştir. Ancak literatürde, bunun sahtelik için yeterli olmadığı ileri sürülmektedir. M.10’un uygulama alanına girebilmesi için işaretin ilgili halk nezdinde ürünün coğrafi kökenini gösteren işaret olarak algılanması da gerekmektedir²¹.

Kaynak işaretlerinin haksız rekabet oluşturacak şekilde kullanılması durumunda da m.10mük²² uygulama alanı bulacaktır. Haksız rekabet

¹⁷ Addor ve Grazioli, s.867-868; Höpperger, s.2; Yıldız, kavramlar, s.46; Yıldız, WIPO, s.55; Gündoğdu, coğrafi işaret, s.25; İloğlu, s.14; Gündoğdu, ürün kavramı, s.220; Ali Paslı, Uluslararası Anlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, Vedat Kitapçılık, 2014, s.90, dn.257; Didem Özgür, “Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği’ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması” (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi) 2011) , s.14.

¹⁸ Coşkun, s.10; İloğlu, s.14-15; Yıldız, kavramlar, s.47; Yıldız, WIPO, s.55; Paslı, s.90, dn. 257. İstisnai hallerde köken gösteren diğer işaretlerden biri olarak kabul edilebileceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Taubman, Wager ve Watal (n 2), s.90; Yıldız, kavramlar, s.52-53.

¹⁹ Gangjee, relocating., 44.

²⁰ Echols, s.45; Coşkun, s.26; Ilgaz, s.122; Gündoğdu, coğrafi işaret, s.37; Kızıltepe, s.92; Gündoğdu, ürün kavramı, s.219; Yıldız, WIPO, s.60.

²¹ Gangjee, relocating, s.44. Bu duruma örnek olarak bir Amerikan kararı verilebilir. Karara konu olan olayda İskoç maltları ile Amerika’da üretilen alkol karışımının şişesi üzerine Stuart Hanedanı etiketi yapıştırılmıştır. Mahkeme, bu etiketin sahte menşe adı olduğunu ve kullanımın ulusal hukukun yanı sıra Paris Sözleşmesi’ni de ihlal ettiğine karar vermiştir. *Scotch Whisky Assoc. v. Barton Distilling Co.*, 489 F.2d 809 (7th Cir. 1973) için bkz. <<https://casetext.com/case/scotch-whisky-assoc-v-barton-distilling-co>> erişim tarihi 02.06.2021.

²² M. 10mük. Paris Sözleşmesi’ne 1900 yılında gerçekleştirilen Brüksel Revizyonu ile dahil

M.10mük/2’de “*sınai ve ticari meselelerde dürüst uygulamalara aykırılık teşkil eden her türlü rekabet eylemi*” olarak tanımlanmış, bir sonraki fıkrada da üç bent halinde haksız rekabet eylemine örnekler verilmiştir. Bu kapsamda özellikle 3. bent önem arz etmektedir. Bu bent uyarınca; “*ticaret sırasında malların yapıları, üretim süreçleri, özellikleri, amaçlarına uygunlukları veya niceliklerine ilişkin halkı yanıltan işaret ve iddialar yasaklanmalıdır*”. Malların kökenine ilişkin işaret ve iddiaların halkı yanıltması madde hükmünde sayılmamıştır²³. Buradan yola çıkılarak kaynak işaretlerinin veya menşe adlarının madde kapsamı dışında kaldığı sonucuna varılmamalıdır. Koruma talep edilen malların coğrafi kökenleri, bu malların, üretim süreçleri, yapıları veya diğer özellikleri konusunda etkilidir. Dolayısıyla coğrafi köken konusunda halkın yanıltılması, malların üretim süreci, yapıları veya diğer özellikleri konusunda da halkın yanıltılması anlamına gelecektir. Böylece coğrafi köken konusunda halkın yanıltılması da 10mük./3’ün uygulama alanına girecektir²⁴.

Paris Sözleşmesi coğrafi işaretlerin korunması konusunda önemli bir adım olmakla birlikte, yüzeysel bir koruma sağlamaktadır²⁵. Kaynak işaretlerinin veya menşe adlarının sınai hak türü olarak kabul edilmesi oldukça önemli bir adımdır. Ancak Paris Sözleşmesi, bu hak türüne özel bir koruma öngörmemiştir. El koyma tedbiri ve haksız rekabet hükümleri hakkın koruyucusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, el koyma tedbiri yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Benzer şekilde haksız rekabet de, başvurulacak hukuk yollarının belirsiz olması nedeniyle, etkili bir koruma sağlamaktan

edilmiştir.

²³ Aslında gündeme gelmiş ama ABD’nin karşı çıkması sonucunda metne eklenmemiştir. Ladas, s.1579; Gangjee, relocating, s.59; Echols, s.46. Bu durumun m.10mük kapsamına girip girmediğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, WIPO, s.62-63.

²⁴ Gangjee, relocating, s.59; Yıldız, WIPO, s.63. Aynı yönde Coşkun, s.27. Karşı görüş için bkz. Zou, s.1148.

²⁵ Irene Calboli, “Time to Say Local Cheese and Smile at Geographical Indications of Origin - International Trade and Local Development in the United States”, 2015, 53 Houston Law Review, s.383; Christopher Heath, “Geographical Indications: International, Bilateral and Regional Agreements” in Christopher Heath ve Anselm Kamperman Sanders (ed), *New Frontiers of Intellectual Property Law*, Hart Publishing, 2005, s.98; Zou, s.1147; Kızıltepe, s.90; Yıldız, WIPO, s.67; Özgür, s.105. Korumanın yüzeysel olması veya sınırlı düzeyde kalmasını olumlu bulan ve Paris Sözleşmesi üye sayısının fazla olmasını bu duruma bağlayan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Zacher, s.446. Daha güçlü koruma içeren sözleşmelerin akıbetinin, bu argümanı doğrular nitelikte olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

uzaktır²⁶. Bunların yanı sıra Sözleşmede jenerik adlara ilişkin bir düzenleme bulunmaması da eleştiriler arasında yer almaktadır²⁷.

B) Madrid Sözleşmesi²⁸

Paris Sözleşmesi'ne ilişkin yapılan açıklamalarda Sözleşmenin nihai hali esas alınmıştır. Ancak, Madrid Sözleşmesi'nin daha iyi anlaşılabilmesi için Paris Sözleşmesi 1883 Metninin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre, sahte kaynak işaretine el konulabilmesi için işaretin hayali bir ticaret unvanı ile birlikte kullanılması veya kötü niyetin, aldatma kastının bulunması koşulları da aranmaktaydı²⁹. Dolayısıyla, sahte bir kaynak işaretinin kullanılması bile el koyma yaptırımının uygulanabilmesi için yeterli değildi. Bu korumayı yetersiz bulan ve daha yüksek bir koruma isteyen ülkeler bir araya gelerek³⁰ 1891 yılında Madrid Birliğini oluşturan ve literatürde Paris Sözleşmesi'nin eki olarak nitelendirilen³¹ Madrid Sözleşmesi'ni kabul etmiştir. Böylece, sadece kaynak işaretlerini düzenleyen ilk uluslararası sözleşme, sınai mülkiyet haklarını ele alan ilk uluslararası sözleşmeden sadece 7 yıl sonra, *Gangjee*'nin ifadesiyle neredeyse Paris Sözleşmesi'nin mürekkebi kurumadan³² imzalanmıştır.

Madrid Sözleşmesi'nde sahte kaynak işaretlerinin yanı sıra aldatıcı kaynak işaretleri de koruma kapsamına dahil edilmiştir. Sahte kaynak işareti, ürünün kaynağı olmayan coğrafi yeri işaret etmektedir. Aldatıcı kaynak

²⁶ Gündoğdu, coğrafi işaret, s.38; Özgür, s.105. Haksız rekabetin ulusal hukuklarca farklı şekillerde yorumlandığına ilişkin ayrıca bkz. Micara, s.677.

²⁷ Coşkun, s.28; Gündoğdu, coğrafi işaret, s.38; Özgür, s.105.

²⁸ Sözleşmenin tam adı onay kanununda Ticaret eşyası üzerinde sahte mahreç işaretlerinin men'i hakkındaki 14 Nisan 1891 tarihli Madrid İtilâfnamesi olarak Türkçeye tercüme edilmiş olmakla birlikte literatürde Madrid Sözleşmesi veya Madrid Anlaşması olarak anıldığı da görülmektedir. Bkz. Yıldız, kavramlar, s.41; Ilgaz, s.122; Gündoğdu, ürün, s.219; Özgür, s.106. Ancak bu noktada söz konusu Sözleşmenin yine 1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline ilişkin Madrid Sözleşmesi ile karıştırılmaması gerekmektedir. Sözleşmenin 1979 değişikliğini içeren İngilizce metni için bkz. < <https://wipolex.wipo.int/en/text/283529>> erişim tarihi 28.07.2021.

²⁹ 1883 Metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/287780>> erişim tarihi 02.06.2021. 1958'e kadar maddenin akıbeti konusunda yaşanan gelişmeler için bkz. Ladas, s.1578.

³⁰ WIPO, SCT/6/3, s.14; Höpperger, s.11; Blakeney, geographical indications, s.11; Zacher, s.446; Hayrettin Çağlar (Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız, Dilek İmirlioğlu), Sınai Mülkiyet Hukuku, Adalet Yayınevi, 2021, s.8.

³¹ Çağlar, s.8.

³² Gangjee, relocating, s.65.

işaretlerinde ise aynı isimli iki ayrı (eş sesli) coğrafi yer bulunmaktadır ve bunlardan sadece biri ile ürün arasında bir bağ mevcuttur. Ancak, burada, ürünün coğrafi kökeni olarak, ürün ile arasında hiçbir bağlantısı olmayan başka bir yer gösterilmektedir. Dolayısıyla teknik anlamda bir sahtelik değil, aldatma söz konusudur³³.

Sahte veya aldatıcı kaynak işareti kullanılması durumunda, Paris Sözleşmesi'ndeki düzenlemeye benzer şekilde ürüne el konulması öngörülmüştür. Bunun yanı sıra Madrid Sözleşmesi'nde sahte ve aldatıcı kaynak işaretlerinin kullanımının yasaklanmasına yönelik düzenlemeler de yer almaktadır. 1934 Londra tadili ile kabul edilen m.3mük. uyarınca, taraf ülkeler, malların kaynağına ilişkin halkı yanıltacak nitelikteki işaretlerin reklamlarda, faturalarda, şarap listelerinde, iş mektuplarında veya dokümanlarında veya diğer herhangi bir ticari iletişimde kullanılmasını yasaklamakla yükümlüdür. Böylece sahte/aldatıcı nitelikteki kullanıma karşı koruma alanı genişletilmiştir³⁴. Ürünün üzerinde, üretildiği coğrafi yerde bulunmayan tedarikçinin isminin ve adresinin konulup konulamayacağı konusu da Sözleşmede açıklığa kavuşturulmuştur. Sözleşmeye göre tedarikçinin isim veya adresinin kullanılabilmesi için ya üretim yeri açık karakterle belirtilmeli ya da ürünün gerçek kaynağında hataya düşülmesini engelleyecek bir işaret kullanılmalıdır³⁵. İstisna olarak nitelendirilen³⁶ bu düzenleme ile tedarikçinin menfaatleri ile üreticinin menfaatleri arasında bir uzlaşma sağlanmaktadır. Böylece, tedarikçi de, ürünleri seçen kişi ve ürünleri kendi adı altında satacak kişi olarak görünür olabilecektir³⁷.

Sözleşme jenerik adları ele alan ilk sözleşme olması bakımından dikkat çekerken, bağlar/bağcılık ürünleri konusunda ek koruma getiren ilk sözleşme olması bakımından da önem arz etmektedir. Sözleşme uyarınca, bir kaynak işaretinin jenerik ad olup olmadığı, ulusal mahkemelerce değerlendirilebilecektir. Ancak **bağcılığa ilişkin bölgesel işaretler, jenerik**

³³ WIPO, SCT/6/3, s.14-15; Höpperger, s.11; Yıldız, WIPO, s.71-72.

³⁴ Madrid Sözleşmesi m.1'de "... işaretleri taşıyan tüm mallar" ifadesi yer almaktadır. Bu açık ifade nedeniyle ulusal hukuklarda daha geniş bir koruma benimsenmediği müddetçe söz konusu işaretin reklamlar, fiyat listeleri gibi ürünün ticari faaliyeti sırasında kullanılan sair evraklarda kullanılması engellenememekteydi. M.3 mük ile sahte kaynak işaretlerinin bu tür kullanımları da koruma kapsamına alınmıştır. Ladas, s.1587.

³⁵ Madrid Sözleşmesi m.3.

³⁶ Blakeney, s.11.

³⁷ Gangjee, relocating, s.67-68.

ad oluştursalar bile, Sözleşmede öngörülen korumadan yararlanacaktır³⁸. Dolayısıyla Madrid Sözleşmesi'nde kaynak işaretinin koruma koşullarının koruma talep edilen ülke hukukuna (lex protectionis) göre belirlenmesi genel kuralından ayrılmıştır³⁹. Bu hüküm, Amerika⁴⁰ gibi ülkelerin Sözleşmeye taraf olmamasının nedeni olarak gösterilmektedir⁴¹.

Madrid Sözleşmesi'nde coğrafi işaretler konusunda, sözleşmenin ifadesiyle kaynak işaretleri konusunda yüksek düzeyde bir koruma benimsenmemiştir⁴². Paris Sözleşmesi'ne göre aldatıcı işaretlerin eklenmesi, el koyma şartının hafifletilmesi (1883 metnine göre) gibi hükümler ile koruma kapsamı genişletilmiştir ve bu genişleme göz ardı edilemez⁴³. Ancak yine de kaynak işaretlerine, bağıcılık ürünlerine ilişkin işaretler dışında spesifik bir koruma getirilmemiştir. Bu anlamıyla Madrid Sözleşmesi, Paris Sözleşmesi'nden çok da farklı değildir.

Ladas, Sözleşmeye karşı ilgisizliğin iki ayrı nedeni olduğunu ileri sürmektedir. Bunlardan ilki, bazı ülkelerin yurt dışında korunmasına ihtiyaç duydukları yerel veya bölgesel ürünlerin sayısının az olmasıdır. Eğer bu ülkeler Sözleşmeye taraf olup yabancı şirketlere adeta tekel niteliğinde haklar tanırlarsa, uzun vadede kendi ülkelerindeki ticaret ve sanayinin zarar görmesinden endişe etmektedirler⁴⁴. İkinci neden ise istisnanın sadece bağıcılık ürünleri bakımından getirilmesi, diğer ürünleri kapsamamasıdır. Dolayısıyla yabancı pazarlarda bağıcılık dışında ünlü ürünleri olan ülkeler bu korumadan yararlanamayacaktır. Bu nedenle de istisnanın tüm ürünleri kapsamamasını talep etmişlerdir⁴⁵. Dikkat edilirse, kimi ülkeler bağıcılık ürünleri bakımından bir

³⁸ Madrid Sözleşmesi m.4. Bu hükmün Paris Sözleşmesi ile Lizbon Sözleşmesi arasında bir köprü görevi gördüğüne ilişkin bkz. Heath, s.99.

³⁹ WIPO, SCT/6/3, s.15; Höpperger, s.11.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Zacher, s.447.

⁴¹ Blakeney, geographical indications, s.12. Taraf ülke sayısının azlığını doğrudan bu hükme bağlamamakla birlikte, daha yüksek bir koruma öngörülmesine bağlayan yazarlar için bkz. Zacher, s.447.

⁴² Addor ve Grazioli, s.878. Aynı yönde Calboli, expanding protection, s.188; Zacher, s.446; Coşkun, s.30; Zou, s.1149.

⁴³ Yıldız, WIPO, s.76.

⁴⁴ Ladas, s.1599-1600. Alman Patent Ofisi'nden gelen bir açıklama dikkat çekicidir; Gelişmekte olan Alman ürünlerini korumanın en iyi yolu, ünlü yabancı ürünlerin adlarını kullanmak suretiyle, onların gelişimine katkı sağlamak değil, ulusal ürünlerin kalitesini artırmaktır. Açıklama için bkz. Ladas, s.1600.

⁴⁵ Ladas, s.1600.

istisna tanındığını ileri sürerek Sözleşmeye taraf olmazken, kimi ülkeler de istisnanın kapsamının yeterli olmadığını ileri sürerek Sözleşmeye taraf olmamaktadır. Görüldüğü üzere jenerik ada ilişkin düzenlemeler, uluslararası hukukta ilk günden beri tartışmalıdır.

Coğrafi işaretlere ilişkin uluslararası sözleşmelerin makus talihi Madrid Sözleşmesi ile başlamış ve Sözleşme ve tadilleri çok ilgi görmemiştir⁴⁶. Sonuç olarak, literatürde ileri sürüldüğü üzere, “Sözleşme uygulamada büyük bir etki uyandırmamıştır⁴⁷”

C) Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS) ve Müzakere Süreci

1. TRIPS

TRIPS’i bu alanda önemli kılan hususlardan birisi “coğrafi işaret (*geographical indications*) kavramının kullanılması ve tanımlanmış olmasıdır. Lizbon Sözleşmesi’ndeki menşe adları tanımını esas alan⁴⁸ TRIPS’e göre coğrafi işaretler; bir malın üye devletlerden birinin ülkesinden, o ülkede bulunan bir bölgeden veya o bölgede bulunan bir yöreden kaynaklandığına işaret etmektedir. Öyle ki, o malın belirli bir kalitesi, ünü veya özelliği esas itibarıyla söz konusu coğrafi kökene atfedilmektedir⁴⁹.

Tanımdan anlaşılacağı üzere; korumadan yararlanabilmesi için malın, işaret ettiği coğrafi yer ile ilişkilendirilen bir kalitesi, özelliği veya ünü olmalıdır. Coğrafi yer ile mal arasındaki bağlantıyı kuran bu üç unsur kümülatif şart olarak düzenlenmemiştir. Yani, işaretin korunabilmesi için mal ile yer arasında malın kalitesi veya özelliğinden kaynaklanan bir ilişki kurulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Malın o coğrafi yer ile ünlenmiş olması da bu bağın kurulabilmesi için yeterlidir⁵⁰. Önemli olan malın söz konusu özelliklerinin “esas olarak o coğrafi yere atfedilmesidir”. Tanımda coğrafi

⁴⁶ 1967 tadiline toplamda 24 ülke taraftır. Bkz. <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=A&act_id=9> erişim tarihi 02.06.2021

⁴⁷ WIPO, SCT/6/3, s.15; Höpperger, s.11; Ilgaz, s.124; Kızıltepe, s.90; Yıldız, WIPO, s.76-77; Özgür, s.110.

⁴⁸ WIPO, SCT/6/3, s.5; Calboli, expanding protection, s.190; Gangjee, relocating, s.131; Daniel Gervais, “The Lisbon Agreement’s Misunderstood Potential”, 2009, The WIPO Journal, s.89; Coşkun, s.11.

⁴⁹ TRIPS m. 22/1.

⁵⁰ Blakeney, geographical indications, s.21; Calboli, expanding protection, s. 190; Yıldız, kavramlar, s.74.

yer adı vurgusu bulunmadığı için işaret, coğrafi yer adından oluşmak zorunda değildir⁵¹. Ayrıca, tanımda ürün yerine mal (*goods*) ifadesi kullanılmıştır. O halde İsviçre Bankacılığı veya Kerala Ayurveda masajları gibi hizmetler açıkça TRIPS kapsamı dışında bırakılmıştır⁵². Literatürde, bunun, iki açıdan çok büyük bir sorun olmayacağı ileri sürülmektedir. İlki TRIPS, sadece minimum koruma öngörmektedir, yani taraf ülkeler ulusal hukuklarında hizmetleri de kapsayacak bir coğrafi işaret tanımı benimseyebilirler⁵³. İkinci olarak da markalar sadece malları değil, hizmetleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla ortak marka korumasına başvurulması durumunda hizmetlerin de korunması mümkün hale gelecektir⁵⁴. Bu argümanlarda doğruluk payı bulunmaktadır. Ancak kabul etmek gerekir ki, başka bir koruma yoluna başvurulması önerisi, konunun uluslararası bir sözleşmede açık bir şekilde düzenlenmesi ile aynı sonucu sağlamayacaktır. Farklı şekillerde koruma sağlamak mümkün olsa da sonuç olarak **hizmetler, TRIPS kapsamı dışında bırakılmıştır**.

a) Genel Koruma

M.22/2’de hangi eylemlerin ihlal olarak kabul edildiğini düzenlenmiştir. Maddenin a bendinde malın coğrafi kökeni konusunda halkın yanıltılması hali ele alınmıştır. Bu bendin uygulanabilmesi için malın kökeninin, açıkça işaret edilen veya ima edilen yerden⁵⁵ başka bir yer olması ve halkın ürünün coğrafi kökeni konusunda yanıltılmış olması gerekmektedir. Taraf ülkeler, malın adlandırmasında veya sunumunda⁵⁶ bu özellikleri taşıyan herhangi bir kullanımı⁵⁷ engellemek için taraflara yasal imkân sağlamakla yükümlüdür.

⁵¹ Blakeney, geographical indications, s.21; Calboli, expanding protection, s.190, dn.56; Taubman, Wager ve Watal, s.88; Gervais, lisbon agreement, s.89; Coşkun, s.11; Yıldız, kavramlar, s.73.

⁵² Gangjee, relocating, s.217; Hughes, s.314; Taubman, Wager ve Watal, s.88; Gervais, lisbon agreement, s.89; Yıldız, kavramlar, s.72; Özgür, s.31. Farklı bir görüş için bkz. Daniel Gervais, The TRIPS Agreement Drafting History and Analysis, 4. bası, Sweet&Maxwell, 2012, s.368.

⁵³ Taubman, Wager ve Watal, s.88; Gangjee, relocating, s.217-218.

⁵⁴ Gangjee, relocating, 217-218.

⁵⁵ Burçak Yıldız, “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi’nde (TRIPS’de) Coğrafi İşaretlere İlişkin Düzenlemeler”, 2008, 8 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), s.71.

⁵⁶ Malın paketlenmesi veya görsel temsili malın sunumuna örnek olarak gösterilmektedir. Gervais, TRIPS, s.370.

⁵⁷ M.22/2(a) bendinde Türkçeye “herhangi bir şekilde kullanım” ya da “herhangi bir yolla kullanım” olarak tercüme edilebilecek “*the use of any means*”, M.22/2(b) bendinde Türkçeye “herhangi bir kullanım” olarak tercüme edilebilecek “*any use*” ifadeleri kullanılmıştır.

Maddenin (b) bendinde ise Paris Sözleşmesi m.10mük/1'e bir gönderme yapılarak coğrafi işaretlerin haksız rekabet teşkil edecek şekilde kullanılması engellenmiştir. M.22/2'de öngörülen koruma, Paris Sözleşmesi'ne oldukça benzemektedir. Ama elbette TRIPS'te asgari koruma standartlarının getirilmesi, ayrıca ihlalin sonucunun sadece bir sınır önlemi olan el koyma yaptırımından daha ağır olması gibi özellikleriyle m.22, Paris Sözleşmesi'nden çok daha kapsamlıdır⁵⁸.

Maddede ayrıca coğrafi işaretten oluşan veya coğrafi işaret içeren markalar da düzenlenmiştir. M.22/3 uyarınca; böyle bir marka, malın coğrafi kökeni konusunda halkı yanıltacak nitelikte ise tescili önlenmeli veya hükümsüz kılınmalıdır. Dolayısıyla, bir markanın coğrafi işaret içermesi veya coğrafi işaretten oluşması kural olarak mümkündür⁵⁹. Sadece coğrafi köken konusunda halkı yanıltılacak markaların kullanımı engellenmiştir.

22. maddede son olarak eş sesli coğrafi işaretler düzenlenmiştir. Böylece Madrid Sözleşmesindeki aldatıcı nitelikteki coğrafi işaretlere tekabül eden eş sesli coğrafi işaretler koruma kapsamına alınmıştır⁶⁰.

b) Ek Koruma

Madde 22 “halkın yanıltılması” kriteri üzerine oturtulmuş iken şarap ve distile alkollü içeceklere ilişkin coğrafi işaretleri düzenleyen m.23'te “halkı yanıltması” ya da kullanımın “haksız rekabet” teşkil etmesi hiçbir şekilde aranmamaktadır. Bu durumda bir şarabın veya içkinin işaret edildiği yerde üretilmemesi, işaretin kullanılmasını engellemek için yeterlidir. Bu doğrultuda “champagne” ibaresi sadece Champagne bölgesinde üretilen köpüklü şaraplar için kullanılabilir. Hatta, Lizbon Sözleşmesi m.3'e benzer bir şekilde, ürünün gerçek coğrafi kökeni belirtilse, coğrafi işaretin tercümesine yer verilse veya “türünde”, “tipinde”, “tarzında”, “imitasyonu” veya “benzeri” gibi ifadelerle kullanılsa dahi işaret edilen kökende üretilmeyen şaraplar ve distile alkollü içecekler üzerinde coğrafi işaretin kullanımı engellenecektir⁶¹. Klasik

“Herhangi bir biçimde kullanım” ifadesinin açıklaması için bkz. Gervais, TRIPS, 372; Yıldız, TRIPS, s.71.

⁵⁸ Calboli, expanding protection, s.191.

⁵⁹ Coşkun, s.60; Yıldız, TRIPS, s.79.

⁶⁰ Gervais, TRIPS, s.373-374.

⁶¹ TRIPS m.23/1.

Champagne örneğinden⁶² ilerleyecek olursak, işaretin Türkçe tercümesi olan “şampanya” ibaresi kullanılsa, “Türkiye’de üretilen champagne”, “şampanya tarzında köpüklü şarap” gibi ifadeler eklense dahi bu kullanımların hiçbir TRIPS m.23’e uygun olmayacaktır.

Coğrafi işareti içeren veya coğrafi işareten oluşan marka tescilinin engellenmesi konusunda da halkın yanıltılması şartı aranmamaktadır. O halde, böyle bir markanın tescil edilmesinin engellenebilmesi için söz konusu içeceğin coğrafi kökeninin işaret edilen yer olmaması yeterlidir⁶³.

Şaraplara ilişkin eş sesli coğrafi işaretler de ayrıca düzenlenmiştir. Her bir coğrafi işaret m.22/4 hükümleri saklı kalmak üzere, yani mal başka bir yerden gelmiş gibi gösterilmediği müddetçe korunacaktır. Taraf ülkeler, eş sesli işaretleri birbirinden ayırmak için gerekli koşulları belirleyecektir. Ancak, bu belirleme yapılırken, hem tüketicilerin yanıltılmaması hem de her bir üreticiye eşit muamele yapılması esasları göz önünde bulundurulacaktır⁶⁴. Kısaca, TRIPS, eş sesli işaretlerden her birinin korunacağını ve bu korumanın hangi ilkelerle yapılacağını belirtmekle yetinmiştir.

Maddenin kenar başlığında da belirtildiği ve yukarıdaki açıklamalarda da görüldüğü üzere şaraplar ve distile alkollü içecekler için ekstra bir koruma getirilmiştir. Ancak bu ek koruma ne coğrafi işaretin köken ülkesindeki koruma biçimi ile ilgilenmektedir⁶⁵ ne de coğrafi işaretlerin köken ülkesi dışında nasıl korunacağını düzenlemektedir⁶⁶. Dolayısıyla üye devletlere *sui generis* koruma konusunda bir dayatmada bulunmamaktadır.

Şaraplar özelinde getirilen düzenleme ise coğrafi işaret korumasının kolaylaştırılması için çoklu bir bildirim ve tescil sistemi kurulmasına ilişkin müzakereler yürütülmesini öngören m.23/4’tür⁶⁷.

⁶² Yıldız, TRIPS, s.90.

⁶³ TRIPS m.23/2. Bu hükmün emredici olmadığı ve taraf ülkelerin bu hükmü uygulama zorunluluğu bulunmadığına ilişkin bkz. Calboli, local cheese, s.385.

⁶⁴ TRIPS m.23/3

⁶⁵ WIPO, SCT/6/3, s.25; Calboli, local cheese, s. 384.

⁶⁶ WIPO, SCT/6/3, s.24.

⁶⁷ Maddede açıkça “şaraplar” ifadesi yer almaktadır. Ancak 1996 tarihli Singapur Bakanlar Konferansı Bildirisi’nde tescil ve bildirim sisteminin şarapların yanı sıra distile alkollü içecekleri de kapsadığı kabul edilmiştir. Konu, Doha Bakanlar Konferansı Bildirisinde netleştirilmiştir. Bkz. WTO, Doha Bakanlar Konferansı Bildirisi, 14.11.2001, WT/MIN(01)/DEC/1, par.12. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=37246&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=>

c) Müzakereler ve İstisnalar

M.24, müzakereleri ve istisnaları düzenlemektedir. M.24/1'in birinci cümlesinde taraf ülkelerin m. 23 kapsamındaki bireysel coğrafi işaret korumasının artırılmasını amaçlayan müzakereleri yürütmeyi kabul ettiği hüküm altın alınmıştır. Müzakereler yürütülecektir ama ülkeler müzakerelerin kapsamı konusunda uzlaşmamaktadır. Bazıları bu hükmün sadece m.23'ü yani şaraplar ve distile alkollü içecekleri kapsadığını ileri sürerken, bazıları da bu hükmü m.23 korumasının genişletilmesi olarak yorumlamaktadır⁶⁸. Bu husus, müzakereler sırasında ülkeleri karşı karşıya getiren meselelerden biri olmaya devam etmektedir.

İstisnalar kısmında coğrafi işaretler hukukunda en çok tartışılan konulara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bunlardan biri önceye dayalı kullanımlardır. Şaraplar veya distile alkollü içecekler söz konusuysa, koruma talep edilen coğrafi işaretin, benzer ürünlerde kullanılmaya devam edilebilmesi için ya 15 Nisan 1994'ten önce 10 yıldır kullanılıyor olması ya da bu kullanımın iyiniyetli olması gerekmektedir. Bu hallerden biri somut olayda mevcutsa, coğrafi işaret koruması bu kullanıma karşı ileri sürülemeyecek⁶⁹, işaretler birlikte var olacaktır⁷⁰. Bir diğer ele alınan konu önceki marka ile coğrafi işaret arasındaki ilişkidir. Bu kapsamda TRIPS'te coğrafi işaretin aynısı veya benzeri için marka tescil başvurusu yapılmış olması, bu işaretlerin marka olarak iyi niyetle tescil edilmiş olması veya bu işaretler üzerinde iyi niyetli kullanım sonucunda marka hakkının kazanılması durumları düzenlenmiştir. Tüm bu durumlar koruma talep edilen ülkede TRIPS yürürlüğe girmezden önce veya coğrafi işaret, köken ülkesinde korunmazdan önce gerçekleştirmişse, marka tescili veya koruması geçerliliğini koruyacaktır⁷¹. Başka bir anlatımla coğrafi işaretler ile marka birlikte var olabilecektir⁷².

erişim tarihi 02.06.2021. Alkollü içeceklerin tescil ve bildirim sistemine dahil konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gervais, TRIPS, s.386; Burçak Yıldız, "Coğrafi İşaretlere ilişkin çok Taraflı bir Bildirim ve Sicil Sistemi Kurulması Konusunda Dünya Ticaret Örgütü nezdinde Yürütülen Müzakereler, Görüşülen Tasarımlar ile Ülkemizin Bu Konudaki Yaklaşımı", 2009, 9, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), s.61.

⁶⁸ Tim Engelhardt, "Geographical Indications Under Recent EU Trade Agreements", 2015, 46 IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law, s.793.

⁶⁹ TRIPS m.24/4

⁷⁰ Zou, s.1157

⁷¹ TRIPS m.24/5

⁷² Sevilay Uzunallı, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2008, s.140; Buket Gün,

Coğrafi işaretler hukuku bakımından kritik öneme sahip konulardan biri olan jenerik ad/tür adı konusunda da bir düzenleme mevcuttur. M.24/6 uyarınca, eğer bir işaret koruma talep edilen ülkede tür adı ise veya tür adına dönüşürse⁷³, TRIPS'in coğrafi işaretlere ilişkin hükümleri uygulanmayacaktır. Yine bağcılık ürünleri konusunda bir özel düzenleme yapılmıştır. Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşması yürürlüğe girdiği sırada koruma talep edilen işaretin, koruma talep edilen ülkede üzüm çeşidinin ortak adı olması durumunda da TRIPS hükümleri uygulanmayacaktır.

d) Değerlendirme

Coğrafi işaret koruması, özellikle şaraplar ve distile alkollü içecekler bakımından ek koruma, ABD'nin karşı çıkmasına rağmen⁷⁴ AB'nin ısrarları sonucu TRIPS'e dahil olmuştur. Bu tamamen AB'nin başarısı olarak görülmektedir⁷⁵. Ancak yine de metin, aslında bir uzlaşma metnidir⁷⁶. TRIPS

Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, Oniki Levha Yayıncılık, 2019, s.283; Paşlı, s.401. Genel bir birarada olma sistemi şeklinde yorumlanamayacağına ilişkin bkz. Coşkun, s.98-101. Konuya ilişkin görüş ayrılığı için bkz. Yıldız, TRIPS, s.84 ve 84, dn.118. 2005 yılındaki Panel, TRIPS'in birlikte var olma konusundaki yaklaşımını netleştirmiştir. TRIPS m.16 açık bir şekilde marka hakkı sahibinin, tescilli markası ile aynı veya benzer işaretlerin kullanımını, eğer bu kullanım iltibas tehlikesi oluşturuyorsa önleyebileceğini düzenlemektedir. Birlikte var olunamayacağını savunanlar argümanlarını bu maddeye dayandırmaktadır. Zira birlikte var olmaya izin verildiği anda marka hakkı sahibi, kendi markasıyla iltibas oluşturabilecek bir işarete karşı marka hakkını kullanamayacaktır. ABD, o dönemki adıyla AT düzenlemesinin TRIPS'e aykırı olduğu gerekçesiyle yaptığı şikayette, bu argümanı da ileri sürmüştür. Panelde birlikte var olmanın m.16/1'e aykırılık teşkil etmediği, m.17 kapsamında bir istisna olarak değerlendirilebileceğine karar verilmiştir. Bkz. European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs Complaint by the United States Report of the Panel, World Trade Organization, WT/DS174 R, 15.03.2005, s.115-150. Coğrafi işaretler ve markanın birlikte var olması, coğrafi işaretlerin marka hakkını zayıflatacağı anlamına gelmemektedir. Bkz. Uzunallı, s.151.

⁷³ Zou, s.1156.

⁷⁴ TRIPS m.23'ün uygulanabilmesi için ABD ulusal hukukunda değişiklik yapmak zorunda kalmıştır. Ancak, bu değişiklik fikri mülkiyet hukuku mevzuatına ilişkin değildir. Başka bir anlatımla, ABD coğrafi işaret korumasına ilişkin revizyona gitmemiştir. Şarap ve distile alkollü içecekler tanınan ek korumaya uyabilmek için, alkol, tütün ve ateşli silahlar düzenlemesini gözden geçirmesi yeterli olmuştur. Bkz. Daniel Gervais, "Irreconcilable Differences? Geneva the Geneva Act of the Lisbon Agreement and the Common Law", 2015, 53 Houston Law Review, s.350; Zou, s.1162-1163. Ancak yine de 2003 yılına kadar Alkol, Tütün ve Ateşli Silahlar Bürosu, 2003 yılından sonra da Hazine Bakanlığı Alkol, Tütün ve Vergi Bürosu şaraplar için *sui generis* bir menşee adı koruması sağlamaktadır. Calboli, local cheese, s. 394-395.

⁷⁵ Calboli, expanding protection, s.182; Micara, s.679.

⁷⁶ Bernard O'Connor ve Giulia de Bosio, "The Global Struggle Between Europe and United

öncelikle coğrafi işaret kavramını ortaya koymuş ve tanımlamıştır. Her ne kadar “halkın yanıltılmasını” esas alsın da temel bir koruma öngörmüştür⁷⁷. Diğer taraftan şaraplar ve distile alkollü içeceklerle sağladığı, Lizbon Sözleşmesi’nden de unsurlar barındıran, ek koruma ve müzakere hükümleri ile daha geniş bir korumanın mümkün olduğunu ortaya koymuştur. Aynı zamanda da ek korumanın diğer ürünler bakımından genişleme ihtimaline de yer vermiştir. Benzer bir şekilde, sadece şaraplar için öngörülmüş olsa da, müzakerelerin sürdürüleceği hükmü ile tescil ve bildirim sistemi kurulma ihtimali uluslararası gündemde tutulmuştur. Tüm bunlar yapılırken daha önce sessiz kalınan marka-coğrafi işaret ilişkisi düzenlenmiş ve jeneriklik konusunda net bir tavır sergilenmiştir. Geriye dönüp bakıldığında aslında gelinen noktanın ulaşılmış olduğu güç bir nokta olduğu sonucuna varmak mümkündür. TRIPS’i bu kadar başarılı kılan husus, coğrafi işaretler konusunda ideal bir koruma sağlaması değil, bu kadar çok devleti bir araya getirebilen bir çözüm bulmasıdır.

2. Müzakere Süreci

Müzakerelerin nasıl yürütüleceği konusundaki somut adım 2001 yılında

States Over Geographical Indications in South Korea and in the TPP Economies” in William van Caenegem ve Jen Cleary (ed), *The Importance of Place: Geographical Indications as a Tool for Local and Regional Development*, Springer Interntaional Publishing (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice No.58, 2017)., s.48.; GE Evans ve Michael Blakeney, “The protection of geographical indications after Doha: Quo vadis?”, 2006, 9 Journal of International Economic Law, s. 582 ve 611.

⁷⁷ Bu korumanın dezavantajları, özellikle Sözleşmeye taraf bir ülkenin coğrafi işaretinin “tarzında”, “taklidi” vb ifadelerle diğer ülkelerde nasıl jenerik ada dönüşebileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Addor ve Grazioli, s.881-882. Calboli, “tarzında”, “stilinde”, “tipinde” gibi ifadelerin kullanılması durumunda coğrafi işaretlerin jenerikleşeceği argümanını abartılı bir korku olarak değerlendirmektedir. Öncelikle; tüketiciler nezdinde bir iltibasın oluştuğu ya da coğrafi işaretli ürünlerin imajının zedelenip tüketicilerin bir daha asla o ürünleri almayacaklarına ilişkin somut bir delil bulunmamaktadır. Aksine, bu sözcüklerin kullanılması, o ürünlerin kökeninin işaret edilen coğrafi yer olmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Böylece, tüketiciler daha iyi bilgilendirilmektedir. Calboli, local cheese, s.399. Gorgonzola peyniri örneği üzerinden gidilecek olursa, Gorgonzola’yı sadece bir peynir türü olarak düşünen tüketiciler, Gorgonzola’nın İtalya’nın bir bölgesi olduğunu ve yedikleri peynirin kökeninin orası olduğunu da öğrenmiş olacaktır. Calboli, local cheese, s.414. Zacher, eserinde, konuya başka bir açıdan yaklaşmış ve parmesan örneği üzerinden açıklamalarda bulunmuştur. Parmesan’ın bu kadar ünlü olmasının, hemen hemen bütün buzdolaplarında bulunmasının sebebi nedir? Peyniri lezzeti mi bu kadar ünlü yapmıştır, yoksa üreticisinin yaptığı on milyonlarca dolarlık reklamlar mı etkili mi olmuştur? Tabii bu argüman, başta ABD olmak üzere, güçlü coğrafi işaret koruması karşıtlarınca ileri sürülmektedir. Bu argüman akıllara şu soruyu getirmektedir. AB, ABD’li üreticilerinin AB ürünleri üzerinden haksız kazanç elde ettiğini iddia etmektedir. Acaba AB üreticileri mi ABD üreticileri üzerinden haksız kazanç elde etmek istemektedir? Bkz. Zacher, s.434.

toplanan Doha Bakanlar Komitesi'nde atılabılmıştır⁷⁸. Bakanlar Konferansı Bildirisi'nin 18. paragrafı uyarınca çok taraflı bir tescil ve bildirim sistemi kurulması konusunun Bakanlar Konseyi'nin 5. oturumunda müzakere edilmesine karar verilmiştir. Şaraplar ve distile alkollü içeceklere tanınan ek korumanın genişletilmesi meselesi ise Bildirinin 12. paragrafı uyarınca TRIPS Konseyi'nce, öncelikli olarak ele alınacaktır. 2002 sonunda Ticaret Müzakereleri Komitesine gerekli eylemlerin alınabilmesi için bir rapor sunulacaktır⁷⁹. 2002 sonuna kadar somut bir sonuca ulaşılammış olsa da, müzakereler sürdürülmeye devam etmiştir.

Korumanın genişlemesi konusunda arka arkaya bildirimler sunulmuştur. Konuya ilişkin iki ayrı kutup bulunmaktadır. Kutuplaşmanın adı ister common law ülkeleri-AB ülkeleri, ister yeni dünya-eski dünya olsun mevzu son derece nettir: Genişlemeden yana olan eski dünya ülkeleri ve genişlemeden yana olmayan yeni dünya ülkeleri.

Tam da bu noktada yeni dünya ülkeleri ve eski dünya ülkeleri arasındaki görüş ayrılığına ve ülkelerin neden bu şekilde adlandırıldığına değinmekte de fayda bulunmaktadır. Bilindiği üzere ABD, Kanada gibi ülkeler 18. ve 19. yüzyıllarda Avrupa ülkelerinden büyük oranda göç almıştır. Avrupalı göçmenler ülkelerini değiştirirken üretim metotlarını ve ürünlerinin isimlerini de yeni dünya ülkelerine taşımıştır. Göçmenler, geldikleri topraklarda üretim metotlarını ve bildikleri ürün isimlerini kullanmaya devam etmiştir. Böylece özellikle Avrupa'da tescilli pek çok coğrafi işaret, yeni dünya ülkelerinde kullanılmaya devam etmiş ve hatta marka olarak tescil edilmiştir⁸⁰. Aslında tüm bu tartışmaların odağında bu durum bulunmaktadır. Ek korumanın şarap ve distile alkolün yanı sıra diğer ürünlere de genişlemesi durumunda, yeni dünya ülkelerindeki sektörler zarar göreceklerini düşünmektedir. Tam da bu nedenle ticaret engelinin doğacağını ve bu engelin bertaraf edilebilmesi için ek masraflar yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüş, genişlemeyi desteklemeyen, mevcut korumanın sürdürülmesinden yana olan yeni dünya ülkelerinin argümanları arasında da yer almaktadır. Bunun yanı sıra genişlemenin tüketici tercihlerini sınırlandıracağı, devletlerin etkili bir koruma ve idari sistem kurması gerekeceği, bunun da ek maliyetinin olacağı, ülkelerin coğrafi işaret sayısının eşit olmaması nedeniyle hak ve yükümlülüklerin

⁷⁸ Yıldız, müzakereler, s.56.

⁷⁹ Doha Bakanlar Konferansı Bildirisi, par.12.

⁸⁰ Micara, s.674.

de eşit bir şekilde dağılmayacağı⁸¹ savunulan diğer argümanlar arasında yer almaktadır. Son olarak da genişlemeyi savunuların iddialarını yeterli delillerle destekleyemedikleri ileri sürülmüştür.

Genişlemeden yana olanların argümanları genel olarak şu şekilde sıralanabilir: Mevcut coğrafi işaret koruması yetersizdir, eğer koruma genişlerse tüketiciler daha rahat seçim yapabilecek, yeni pazarlar açılacak, yerel toplulukların kalkınması mümkün olacak, markalara karşı daha etkili ve daha az masraflı bir koruma sağlanacak, markalarında coğrafi işaret kullanmak isteyen marka sahipleri bakımından öngörülebilirlik artacak, coğrafi işaretlerin köken ülkesi dışında jenerikleşmesi engellenecektir⁸². Sonuç olarak somut bir metin üzerinde uzlaşmamıştır⁸³.

Tescil ve bildirim sistemine ilişkin yürütülen müzakereler de farklı bir şekilde sonuçlanmamıştır. Ancak yine de elde somut üç teklif bulunmaktadır. AB Teklifi, ABD Teklifi ve her ikisini uzlaştıran Hong Kong ve Çin Teklifleri. Bu teklifler arasındaki en büyük farklılık sistemlerin niteliği ve kapsadıkları ürün grubudur. AB Teklifi tahmin edileceği üzere tüm mal gruplarını kapsayan ve bağlayıcılığı yüksek bir tescil sistemi öngörmektedir. Buna karşın ABD Teklifi aslında teknik anlamda bir tescil sisteminden ziyade bir veri tabanı niteliğindedir. İhtiyarilik esasına dayanan bu sistem, sadece şarap ve distile alkollü içecekleri kapsamaktadır. Hong Kong ve Çin tarafından ileri sürülen Teklif ise ABD örneğinde olduğu sadece şarap ve distile alkollü içecekleri içermekte, ama ondan farklı olarak veri tabanından ziyade tescil sistemi öngörmektedir. Maalesef tüm bu çabalar sonuçsuz kalmış ve ülkeler tescil ve bildirim sistemi konusunda uzlaşmamıştır⁸⁴.

⁸¹ Genişlemenin marka koruması öngören ülkelerde yaratacağı dezavantajlardan biri jenerik adların kullanımı olarak görülmektedir. Bu kapsamda verilen klasik örnek Feta'dır. Genişleme, koruma istenen ülkelerde Feta gibi jenerik ad olan ibarelerin kullanımını engelleyecektir. Engelleme bile marka ve coğrafi işaretlerin birlikte var olması kuralı nedeniyle, marka hakkı sahibinin coğrafi işaret olarak tesciline engel olamayacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Evans ve Blakeney, s.610-611.

⁸² Tüm bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. "Issues related to the Extension of the Protection of Geographical Indications Provided for in Article 23 of the Trips Agreement to Products other than Wines and Spirits Compilation of Issues Raised and Views Expressed (WT/GC/W/546-TN/C/W/25)" (2005).; Addor ve Grazioli, s.883-890; Calboli., expanding protection, s. 197-200; Goebel, s.988-994.

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Addor ve Grazioli, s.886-887.

⁸⁴ Tasarıların karşılaştırılması için bkz. "Side-By-Side Presentation of Proposals (TN/IP/W/12)" (2005). Ayrıntılı bilgi ve Türkiye'nin yaklaşımı için bkz. Yıldız, müzakereler, s.81-86.

III. Tescil Öngören Uluslararası Sözleşmeler

A) Lizbon Sözleşmesi

Lizbon Sözleşmesi, kronolojik olarak TRIPS'ten çok daha önce 1958 tarihinde kabul edilmiştir. Korumayı sahte veya aldatici işaretlerin ötesine taşıyan⁸⁵, sadece menşe işaretlerine koruma sağlayan ve tescil sistemi öngören ilk sözleşmedir.

1. Koruma Konusu ve Kapsamı

Sözleşme uyarınca birlik ülkelerinin, yine Birlik ülkesinde tanınan ve korunan ve Uluslararası Büroda tescil edilmiş menşe adlarını, köken ülkesindeki gibi tanıma ve koruma yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁶. Bu hüküm, koruma talep edilen menşe adının, köken ülkesinde de korunması gerektiği⁸⁷, ayrıca Uluslararası Büro nezdinde tescil edilmesi gerektiği anlamına gelmektedir⁸⁸. Bu iki şartı taşıyan menşe adları, diğer Birlik ülkelerinde de tanınacak ve korunacaktır.

Her ne kadar menşe adlarına Paris Sözleşmesi'nde yer verilmiş olsa da, kavram ilk kez Lizbon Sözleşmesi'nde tanımlanmıştır⁸⁹. Sözleşmeye göre, menşe adı, ülkenin, bölgenin veya yörenin coğrafi ismidir. Bu coğrafi isim, ürünün kökeninin o coğrafi ülke/bölge/yöre olduğunu göstermektedir. Ürün ile coğrafi yer arasındaki ilişkinin kurulabilmesi için ürünün kalitesinin veya özelliklerinin tamamen veya esas itibarıyla doğal ve beşeri faktörler de dahil olmak üzere o coğrafi çevreden kaynaklanması gerekmektedir.

Tanımdan hareket ederek varılacak ilk sonuç bir işaretin, menşe adı olabilmesi için, coğrafi bir yer ismi olması gerektiğidir⁹⁰. Bu husus, tanımda açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu nedenle Lizbon Sözleşmesi'nde, coğrafi

⁸⁵ WIPO, (SCT/6/3), s.15; Höpperger, s.11; Addor ve Grazioli, s.868; Coşkun, s.31; Aynı yönde Calboli, expanding protection, s. 189.

⁸⁶ Lizbon Sözleşmesi m.1/2.

⁸⁷ WIPO, SCT/6/3, s.15; Höpperger, s.11; Daniel Gervais, "Reinventing Lisbon: the Case for a Protocol to the Lisbon Agreement (Geographical Indications)", 2010, 11, Chicago Journal of International Law, s.88; Ilgaz, s.125; Kızıltepe, s.94.

⁸⁸ Gervais, reinventing, s.88; Zuzana Slováková, "The Relationship Between Community , International and National Protection", 2008, GRUR International, s.993; Ilgaz, s.125; Kızıltepe, s.94.

⁸⁹ Gündoğdu, coğrafi işaret, s.39; Gündoğdu, ürün kavramı, s.221.

⁹⁰ Coşkun, s.32; Yıldız, kavramlar, s.60.

yer adı olmayan isimlerin, sembollerin, ikonların, görsellerin kısaca işaretlerin korumadan yararlanmayacağı sonucuna varmak mümkündür⁹¹. Ancak, dar anlamda coğrafi yer adı olmasa da kullanım sonucu veya idari bir kararla coğrafi yer özelliği kazanan isimler de menşe adı olarak kabul edilmektedir⁹².

Ürünün hangi unsurlarının coğrafi yer ile bağlantısı olması gerektiği cevaplanması gereken diğer bir sorudur. Bu sorunun yanıtı Sözleşme m.2/1’de bulunmaktadır. Maddenin İngilizce metninde “Ürünün kalite ve özelliklerinin” ifadesi, imzalanan metin olan Fransızca metinde “kalite veya özelliklerinin” ifadesi yer almaktaydı⁹³. Bu da literatürde ürünün kalite ve özelliklerinin kümülatif koşul olarak aranıp aranmayacağı konusunda tartışmalara yol açmıştı⁹⁴. Sonrasında WIPO İngilizce metinde değişiklik yaparak *veya* bağlacını kullanmaya başlamıştır⁹⁵. Böylece konuya ilişkin tartışmalar son bulmuş ve ürünün kalitesi veya özelliklerinden birinin coğrafi yerden kaynaklanması yeterli görülmeye başlanmıştır. Peki, Lizbon Sözleşmesi uyarınca, ürünün “ününün” coğrafi yer ile ilişkisindeki rolü nedir? Akıllara ilk

⁹¹ Addor ve Grazioli, s.868. Echols, s.38. Özgür, s.111. Yukarıda da açıklandığı üzere; Paris ve Madrid Sözleşmeleri ilgili madde hükümlerinde sahte kaynak işaretlerinin doğrudan ve dolaylı kullanımı açıkça ifade edilmiştir. TRIPS’te ise Lizbon Sözleşmesi’ndeki “*denomination*” sözcüğü yerine, Türkçeye gösterge olarak tercüme edilebilecek “*indication*” sözcüğü kullanılmıştır. Tercüme için bkz. Yıldız, TRIPS, s.59. Böylece, yukarıda da belirtildiği üzere TRIPS’te bir işaretin korunabilmesi için coğrafi yer adı olma tartışmaları ortadan kalkmış, dolaylı işaretlerin de koruma kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Yıldız, TRIPS, s.59

⁹² Micara, s.676; Gervais, *reinventing*, s.84; *Gangjee*, Sözleşmenin Fransızca metninde “*dénomination*” sözcüğünün kullanıldığı ve bu ifadenin “isim-ad” olarak tercüme edilmesi nedeniyle, menşe adlarının, coğrafi yer adıyla sınırlandırıldığı düşüncesinin oluştuğunu belirtmiştir. Oysa yazara göre Sözleşmede böyle bir sınırlama bulunmamaktadır, dolaylı olarak coğrafi köken belirten tüm işaretler Sözleşme kapsamına girmektedir. Bkz. *Gangjee*, *relocating*, s.143. *Ficsor* da, maddede geçen “name” sözcüğünün geniş yorumlanabileceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak isim/adın işlevi bir şeyi tanımlamaktadır. İşlevsel bir yaklaşımla eğer bir görsel coğrafi yeri tanımlıyorsa, o görselde menşe adı olarak kabul edilmelidir. AB düzenlemesinde de hem menşe adları hem de coğrafi işaretlerin tanımında “coğrafi yer adı” oldukları belirtilmiş olsa da, Tüzüğe eklenen bir başka maddeyle coğrafi yer adı olmayan işaretlerin koruma kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme bu şekilde yorumlanabilir. Mihály Ficsor, “Challenges to the Lisbon System”, *Forum on geographical indications and appellations of origin (WIPO/GEO/LIS/08/4)* (2008), s.5-6. WIPO nezdinde konuya ilişkin yapılan çalışmalar için bkz. Ayrıca bkz. Gervais, *lisbon agreement*, s.90. Ayrıca bkz. Lizbon Konseyi, Report of the Fifth Session, September 1970 (AO/V/8), s.19’u nakleden *Gangjee*, *relocating*, s.144, dn.63.

⁹³ Ficsor, s.6; Gervais, *reinventing*, s.84-85; Gervais, TRIPS, s.365.

⁹⁴ Kümülatif koşul olduğu yönünde bkz. Gündoğdu, coğrafi işaret, s.40; Echols, s.52; Yıldız, s.61. Aksi yönde bkz. Ficsor, s.6.

⁹⁵ *Gangjee*, *relocating*, s.131, dn.17.

şu soru gelmektedir: Ürünün coğrafi alandan kaynaklanan kalite ve özellikleri bulunmamasına rağmen, ürünün o coğrafi yer ile ünlenmiş olması m.2/1 kapsamına girmek için yeterli midir? Sözleşmede açıkça ürünün kalite veya özelliklerinin coğrafi çevreden kaynaklanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu nedenle sadece ün kazanmış olmak, menşe adı kapsamına girmek için yeterli olmayacaktır⁹⁶. İkinci soru da bir işaretin menşe adı olabilmesi için m.2/1'deki koşulların yanı sıra ün kazanmış olmasının da gerekli olup olmadığıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere m.2/2'de köken ülke tanımlanırken, “ürüne ün kazandıran” ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca Sözleşme m.1/2'de koruma talep edilen işaretin köken ülkedeki gibi tanınması ve korunması gerektiği de düzenlenmiştir. Sözleşmede neden sadece korunma şartına yer verilmemiştir? İşte bu şarttaki “tanınma”nın ürünün mevcut ününün tanınması anlamına geldiği kabul edilmektedir⁹⁷. Bunun yanı sıra menşe adı tanımında, menşe adının, bir ürününün kökeninin o coğrafi yer olduğunu göstermeye hizmet ettiği açıkça belirtilmiştir. Menşe adının bu işlevini yerine getirebilmesi için ürünün o yer ile ünlenmiş olması aranır. *Gangjee*, bu argümanı şampanya örneğiyle açıklamıştır. Champagne sözcüğü hem Fransa'daki bir bölgeyi hem de bir ürünü temsil etmektedir. Ürün o bölge ile ünlenmiş olmasaydı, Champagne sözcüğünün ürünü temsil etmesi mümkün olmazdı. Tüm bu hususlar ileri sürülerek, ürünün o coğrafi yer ile ün kazanmış olmasının menşe adının koşullarından biri olduğu kabul edilmektedir⁹⁸. Aslında bu koşulu içkin bir koşul olarak değerlendirmek mümkündür. Zira menşe adından söz edebiliyorsa, doğası gereği ürün o coğrafi yer ile ünlenmiş de olacaktır.

Sözleşme uyarınca üye devletler, menşe adlarının taklit veya gasp edilmesine karşı bir koruma sağlamakla yükümlüdür. Sözleşme maddesinde açıkça “gibi”, “türünde”, “benzer”, “tarzında” gibi ifadelerin taklit veya gasp

⁹⁶ Micara, s.676. *Ficsor*, “ün”ün ürünün bir özelliği olarak kabul edilebileceğini, TRIPS m.22/1'de “özellik” sözcüğünün hem kaliteyi hem de ünü kapsayacak şekilde kullanıldığını ifade etmiştir. Böylece sadece ürünün ün kazanmış olması durumunda dahi, işaret, m.2/1 kapsamında değerlendirilebilecektir. Bkz. *Ficsor*, s.6-7. *Coşkun*, doğrudan Lizbon Sözleşmesi bakımından olmasa da 2081/92 sayılı AB Tüzüğünü değerlendirirken benzer bir yorumda bulunmuştur. Tüzükte menşe adı ve coğrafi işaret ayrımı yapılmış, menşe adı tanımlanırken niteliği, kalitesi veya diğer özellikleri ifadeleri kullanılmış, coğrafi işaret tanımında ise nitelikleri, kalitesi veya ünü ifadelerine yer verilmiştir. *Coşkun* da menşe adı tanımında üne yer verilmemiş olmasının her iki işaret türü arasında önemli bir fark doğurmadığını belirtmiştir. Yazara göre bir ürünün “ünü” de o ürünün nitelikleri arasında yer almaktadır. Bkz. *Coşkun*, s.42-43.

⁹⁷ Lizbon Konferansı raporu için de bkz. Gervais, lisbon agreement, s.90; Gervais, reinventing, s.85-86; *Gangjee*, relocating, s.145.

⁹⁸ *Gangjee*, relocating, s.145.

değerlendirmesinde önemi olmadığı belirtilmiştir. Başka bir anlatımla menşe adının yanında böyle bir ifade yer alsa da, menşe adı kullanılamayacaktır. Aynı şekilde menşe adının tercümesinin kullanılması veya ürünün gerçek kökenine yer verilmesi de o işaretin taklit/gasp edilmiş olduğu sonucunu değiştirmeyecektir. Oysa Paris veya Madrid Sözleşmeleri uyarınca böylesi kullanımlar ihlal olarak değerlendirilmeyecektir. Aynı yorum TRIPS m.22 açısından da geçerlidir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere buna benzer bir koruma TRIPS m.23'te şaraplar ve distile alkollü içecekler bakımından tanınmıştır. O korumanın kökeni de aslında Lizbon Sözleşmesi'dir⁹⁹. Dolayısıyla Lizbon Sözleşmesi'nde bir işaretin menşe adı olabilmesi için daha yüksek bir standart aranmaktadır. Sözleşmede öngörülen koruma kapsamı gerek kendisinden önceki gerek kendisinden sonraki sözleşmelere göre genişletilmiştir¹⁰⁰.

2. Tescile İlişkin Düzenlemeler

Lizbon Sözleşmesi uyarınca sadece Birlik ülkelerinin yetkili ofisleri tescil başvurusu yapabilmektedir. Sözleşmede bu başvurunun gerçek kişiler veya tüzel kişiler adına olabileceği belirtilmiş olmasına rağmen başvuru hakkı sadece yetkili ofislere tanınmıştır¹⁰¹. Başvurunun yapılmasının ardından Uluslararası Büronun başvuruyu gecikmeksizin Birlik ülkelerine bildirme ve Bülten'de yayınlama yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰². Birlik ülkelerine, tescilin kendi ülkelerinde geçerli olmayacağına ilişkin tescilin reddi bildiriminde bulunmak için bir yıllık süre tanınmıştır¹⁰³. Ret nedenleri Sözleşmede düzenlenmemiştir. Sadece ret bildirimine bir sınır getirilmiştir. Sözleşme m.4'te Lizbon Sözleşmesi hükümlerinin, Paris ve Madrid Sözleşmelerinde aynı işaret üzerinde öngörülen korumaya hanel getiremeyeceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla ret nedenleri de bu sözleşmelerde öngörülen korumaya hanel getirecek nitelikte olamayacaktır. Sözleşmede, menşe adlarının tescilinin reddi konusunda koruma talep edilen ülkenin vatandaşlarına açık olan yargısal ve idari tüm hukuki yolların, tescil talebinde bulunan ilgili kişilere de açık olacağı garanti altına alınmıştır¹⁰⁴.

⁹⁹ Blakeney, geographical indications, s.15.

¹⁰⁰ Calboli, s.189.

¹⁰¹ Lizbon Sözleşmesi m. 5/1

¹⁰² Lizbon Sözleşmesi m.5/2

¹⁰³ Lizbon Sözleşmesi m.5/3

¹⁰⁴ Lizbon Sözleşmesi m.5/5

Lizbon Sözleşmesi'nde açık bir düzenleme olmadığı için tescilin hükümsüzlüğünün talep edilip edilmeyeceği tartışmalı bir konu haline gelmiştir. Gerek m.2'de düzenlenen menşe adı tanımına girmeme gerekçesi ile gerek önceki tescilli marka ile ihtilaf gerekçesiyle farklı ülkelerde açılan davalardan farklı kararlar gelmiştir. Sonunda Tüzüğe¹⁰⁵ bir madde eklenerek hükümsüzlük kararının alınabileceği konusundaki tartışmalar nihayete erdirilmiştir¹⁰⁶.

3. Üçüncü Kişilerin Kullanımı ve Jenerik Ad

Menşe adlarının ya da genel olarak coğrafi işaretlerin tescili söz konusu olduğunda, koruma talep edilen ülkede bahse konu işaretlerin üçüncü kişiler tarafından önceye dayalı kullanımı gündeme gelmektedir.

Lizbon Sözleşmesi'nde menşe adının üçüncü kişilerce kullanımı konusunda bir geçiş hükmü öngörülmemiştir. Buna göre koruma talep edilen ülkenin yetkili otoritesi, üçüncü kişilerin kullanımını sona erdirmeleri için iki yıllık bir süre tanıma hakkına sahiptir¹⁰⁷. Bu düzenleme menşe adından önce tescil edilmiş markalara uygulanacak mıdır? Başka bir anlatımla, eğer Birlik ülkesi menşe adının tescil edilmesine karşı bir ret bildiriminde bulunmazsa, tescilli markanın koruması da son bulacak mıdır? Her ne kadar m.5/6 lafzından ilk etapta böyle bir sonuca ulaşılabileceği düşünülse de, literatürde önceki tescilli marka-sonraki menşe adı ilişkisinin ulusal hukuklara bırakıldığı kabul edilmektedir. Aksi takdirde, Lizbon Sözleşmesi'ne taraf ülkelerin iç hukuklarında doğrudan etki uyandırdığı, başka bir anlatımla doğrudan özel kişilerin haklarına etki ettiğinin kabulü gerekmektedir. O halde m.5/6 sadece koruma talep edilen menşe adlarının basit kullanımını kapsamaktadır. Tescilli marka örneğinde olduğu gibi işareti kullanmak için hak kazanılmış olması durumu ulusal hukuklara göre çözümlenecektir¹⁰⁸.

Madde 5/6'nın süresiz birlikte var olmaya cevaz verdiği ileri sürülmektedir. Şöyle ki; m.5/6 uyarınca iki yıllık geçiş süresinin verilebilmesi için m.5/3 uyarınca tescilin Birlik ülkesinde reddedilmemiş olması gerekmektedir. Ret

¹⁰⁵ 1 Ocak 2016 itibarıyla yürürlükte olan Menşe Adlarının Korunması ve Uluslararası Tesciline ilişkin Lizbon Sözleşmesi Tüzüğü İngilizce metni için bkz. <<https://wipo.int/en/text/392055>> erişim tarihi 02.06.2021.

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Heath, s.112-119.

¹⁰⁷ Lizbon Sözleşmesi m.5/6

¹⁰⁸ Ladas, s.1604-1605; Heath, s.111. Aynı yönde bkz. Yıldız, WIPO, s.82-83. Aksi görüş için bkz. Özgür, s.115.

bildiriminde bulunup da bildirim geri çekilirse, 2 yıllık birlikte var olma süresi, başta ret bildiriminde bulunulduğu için uygulanamayacaktır. Dolayısıyla önceki marka ile sonraki menşe adı birlikte süre sınırına takılmaksızın var olabilecektir¹⁰⁹.

Jenerik ad/tür adı konusuna gelince; Lizbon Sözleşmesi'nde Madrid Sözleşmesi'nden de bir adım ileri gidilmiştir. Tescilli menşe adları köken ülkelerinde jenerik ad olarak kabul edilmediği müddetçe, diğer üye ülkelerde jenerik ada dönüştüğüne karar verilemeyecektir. Dolayısıyla Lizbon Sözleşmesi'nde ya hep ya hiç prensibinin benimsendiği söylemek mümkündür. Tescil talep edilen ülke, söz konusu işaretin jenerik ad olduğunu ileri sürerek tescile karşı ret bildiriminde bulunabilir ve dolayısıyla söz konusu menşe adına bir koruma sağlamayabilir. Ancak o korumayı bir kez sağlarsa, menşe adı köken ülkesinde jenerik ad olarak kabul edilmediği müddetçe, kendi ülkesinde jenerik ada dönüşse dahi adı korumaya devam etmek zorundadır. Her ne kadar konu oldukça açık bir şekilde düzenlenmiş olsa da, İtalyan Yargıtay'ı bu maddeyi aksi ispatlanabilir bir karine olarak yorumlamıştır¹¹⁰..

4. Genel Değerlendirme

Lizbon Sözleşmesi arzu edilen başarıya ulaşamamıştır. Sözleşmeye taraf ülke sayısının azlığı¹¹¹ göz önünde bulundurulduğunda sözleşmenin etkisinin sınırlı olduğu görülmektedir¹¹². Buna neden olan faktörler literatürde şu şekilde sıralanmaktadır: Sözleşmede sadece menşe adlarına koruma sağlanmış olması¹¹³, yüksek düzeyde bir koruma öngörülmesi, bunun üye olmak isteyen devletlerin iç hukuklarını değiştirmelerini gerektireceği, menşe adlarından bir kısmının bazı devletlerde jenerik ad olması¹¹⁴.

İlk olarak Lizbon Sözleşmesi m.1/2'deki “diğer ülkelerin *menşe adlarını*

¹⁰⁹ Gervais, reinventing, s.95.

¹¹⁰ Lizbon Sözleşmesi m.6. Biri 1996, diğeri 2002 yılında verdiği iki kararda da İtalyan Yargıtay'ı maddeyi karine olarak yorumlamıştır. Italian Supreme Court, 3 April 1996, [1998] European Trademark Reports 169 –“Pilsen Urquell”.; Italian Supreme Court, 21 May 2002, 34 IIC 676 – “Budweiser III” kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gangjee, relocating, s.153. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Heath, s.108-109.

¹¹¹ 1967 Stockholm tadiline taraf ülke sayısı 29'dur. Bkz <https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=A&act_id=8> erişim tarihi 02.06.2021.

¹¹² Addor ve Grazioli, s.877.

¹¹³ Zou, s.1151; Coşkun, s.4; Kızıltepe, s.94-95; Gündoğdu, coğrafi işaret, s.41.; Yıldız, WIPO, s.86; Özgür, s.116.

¹¹⁴ Calboli, expanding protection, s.189.

köken ülkesindeki şekliyle-köken ülkesindeki gibi koruma ve tanıma” ifadesi eleştirilere uğramıştır. Hatta bazı Lizbon Birlik ülkeleri *sui generis* korumaya sahip olmayan ülkelerden gelen başvuruları reddetme eğilimine girmiştir. Tüm bunlar, sadece *sui generis* düzenlemesi olan ülkelerin Lizbon Sözleşmesi’ne taraf olabileceği yönünde bir algının oluşmasına neden olmuştur¹¹⁵. Oysa, böylesi bir yorum ülkesellik ilkesiyle de çelişmektedir. Buna rağmen, bu hüküm, ülkelerin Sözleşmeye taraf olma konusundaki ilgisizliklerinin nedenlerinden biri olarak görülmektedir¹¹⁶. Her ne kadar böyle bir algı gerçeği yansıtmasa da¹¹⁷, Lizbon Sözleşmesi revizyon çalışması sırasında yapılan ankette “*such as*” ifadesine yönelik bir soru yöneltilmiştir. Çoğunluk ifadenin silinmesinin veya değiştirilmesinin sisteme esneklik kazandırabileceğine ilişkin görüşler sunmuştur¹¹⁸. Bu görüşe katılmamak mümkün değildir.

Ayrıca m.1/2 uyarınca, menşee adı tescil başvurusunda bulunabilmek için, köken ülkesinde resmi bir koruma sağlanması gerekmektedir. Dolayısıyla ulusal hukukunda menşee adlarına sadece genel hükümler ile yani haksız rekabet ile koruma sağlayan Birlik ülkelerinden gelen başvurular reddedilecektir¹¹⁹. Bu engeli aşmak için yerel üreticilerin ortak marka veya garanti markası başvurusu yapabilecekleri ileri sürülen çözüm yollarından biridir. Ancak bu çözüm yoluna rağmen, tam da bu nedenle ile Almanya Sözleşmeye taraf olma konusunda çekincelerinin bulunduğunu ifade etmiştir¹²⁰.

Eleştirilen hususlardan bir diğeri de Sözleşme m.5 uyarınca tescil başvurusunun sadece yetkili ofisler tarafından yapılabilmesidir. Oysa coğrafi işaretleri ortak marka veya garanti markası kapsamında koruyan ülke hukuklarına göre, hak sahipleri, ofislere ihtiyaç duymaksızın başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Bu düzenleme, marka sahibinin kendi başına

¹¹⁵ Micara, s. 678. Garanti markası sahibinin kullanımı önleyemeyeceği hakkında bkz. Hughes, s.312, dn.79.

¹¹⁶ WIPO, SCT/6/3, s.23; Blakeney, geographical indications, s.14-15; Micara, s.678.

¹¹⁷ Sözleşme Tüzüğü m.5.

¹¹⁸ WIPO Working Group on the Development of the Lisbon System (Appellations of Origin), “Results of the Survey on the Lisbon System” (2010), s.2.

¹¹⁹ Dev Gangjee, “Making a place for place-based IP: WIPO and geographical indications” in Samuel Ricketson (ed), *Research Handbook on the World Intellectual Property Organization*, Edward Elgar Publishing, 2020 (forthcoming) <<https://ssrn.com/abstract=3687818>> erişim tarihi 02.06.2021, s.5. Aynı yönde Gündoğdu, Coğrafi İşaret, s.40; Yıldız, WIPO, s.86; Özgür, s.117.

¹²⁰ Gangjee, relocating, s.147-148.

serbestçe tasarrufta bulunması anlayışına ters düşmektedir¹²¹.

Sözleşmenin jenerik ad konusundaki düzenlemesi yoğun eleştirilere neden olmuştur¹²². Konuyu iki açıdan ele almak mümkündür. Birincisi, bir işaretin köken ülkesinde jenerik kabul edilmediği müddetçe, Lizbon Sözleşmesi'ne taraf ülkelerde de jenerik kabul edilemeyeceği hükmüdür. Bilindiği üzere fikri mülkiyet haklarının özelliklerinde biri ülkeselliktir. Ülkesellik, koruma talep edilen ülke hukukuna göre değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Ancak söz konusu hüküm ile genel kuraldan ayrılmaktadır¹²³. Yukarıda da ifade edildiği üzere, Madrid Sözleşmesi'nde benzer bir hüküm, bağıcılık ürünleri bakımından getirilmiş olup, bu madde nedeni ile bazı ülkeler Sözleşmeye taraf olmamıştır. Lizbon Sözleşmesi'ndeki bu hükmün de Sözleşmeye taraf ülke sayısındaki azlığın önemli etkenlerden biri olarak kabul etmek gerekir. Jenerik ada ilişkin düzenleme kapsamında değinilecek ikinci husus Sözleşmeye taraf olmadan önce jenerik ad haline gelmiş menşe adlarıdır. Sözleşmenin bu işaretler için bir istisna tanımamış olması da eleştirilen noktalardan biridir¹²⁴. Eğer, Birlik ülkesi tescile karşı ret bildiriminde bulunmamışsa, ülkedeki jenerik kullanımın sona erdirilmesi gerekecektir. Bunun için de iki yıllık bir geçiş süresi söz konusudur.

Sözleşmenin sadece menşe adlarını düzenlemiş olması Lizbon Sözleşmesine taraf ülke sayısının az olmasının nedenlerinden biri olarak gösterilmektedir¹²⁵.

Birlik ülkelerine tescil başvurusunu reddetme konusunda tanınan geniş takdir yetkisi de eleştirilen hususlardan biridir. Literatürde bu yetkinin sınırlandırılmamasının, korumanın etkililiğini azalttığını, bu nedenle de

¹²¹ WIPO, SCT/6/3, s.23; Micara, s.678.

¹²² Sözleşmeye taraf olmak isteyen devletlerin, iç hukuklarını değiştirmek durumunda kalacakları, bu nedenle de taraf ülke sayısının az olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Zacher, s.448. Sözleşmeye taraf ülke sayısının az olmasının bu hüküm olduğunu savunan görüş için bkz. Evans ve Blakeney, s.611. Bunun taraf ülke sayısının az olmasındaki önemli etkenlerden biri olduğu görüşü için ayrıca bkz. Zou, s.1151-1152.

¹²³ J Daniel Gervais ve Matthew Slider, "The Geneva Act of the Lisbon Agreement: Controversial Negotiations and Controversial Results" in William van Caenegem ve Jen Cleary (ed), *The Importance of Place: Geographical Indications as a Tool for Local and Regional Development Ius Gentium*, Springer International Publishing, s.27; Gervais, irreconcilable differences, s.354.

¹²⁴ Blakeney, expanding protection, s.15.

¹²⁵ Zou, s.1151; Coşkun, s.4; Kızıltepe, s.94-95; Gündoğdu, coğrafi işaret, s.41; Yıldız, WIPO, s.86; Özgür, s.116.

Sözleşmeye taraf olma konusunda olumsuz bir etki yarattığı ileri sürülmüştür¹²⁶.

Türkiye Lizbon Sözleşmesi'ne taraf değildir. Ancak bunun nedeni coğrafi işaretlerin korunmaması veya Türkiye'deki sistemin Lizbon sistemine uygun olmaması değildir. Türk hukukunda coğrafi işaretlere ilişkin sayıca çok da fazla olmayan literatür incelendiğinde, Sözleşmeye taraf olmanın nedenlerinin incelenmediği görülmektedir. Sadece *Kızıltepe*, Sözleşmeye taraf olmanın ekonomik etkilerinin araştırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazar, Fransa, İtalya ve Portekiz gibi ülkelerin coğrafi işaret sayısına dikkat çekmiş ve bu araştırma yapılırken hem o işaretlerin Türkiye'de korunmasının hem de Türk coğrafi işaretlerinin o ülkelerde korunması konusunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹²⁷. Lizbon Sözleşmesi'ne sadece 28 ülkenin taraf olması ve Sözleşmenin etkili bir koruma ve tescil sistemi sağlayamamış olması da Türkiye'nin kararını etkilemiş olacağı düşünülmektedir.

B) Cenevre Metni

Lizbon Sözleşmesi'ni gözden geçirme çalışma grubu 2008 yılında kurulmuştur¹²⁸. Bu grubun amacı hem usul kurallarını hem de Lizbon sistemini gözden geçirerek, akit devlet sayısını artıracak ve dolayısıyla Sözleşmenin etkisini genişletecek iyileştirmeler yapmaktır¹²⁹. *Ilıcalı*, revizyon sürecinin önemli itici güçlerinden birinin de bütçe sorunu olduğuna işaret etmektedir. Bir bütçe açığı bulunmaktadır ve bu açığın kapatılması gerekmektedir. Eğer Sözleşmeye taraf ülke sayısı artarsa, devletler üzerindeki mali yük azalacaktır. Peki, bütçe açığını kapatmada aktif rol oynaması beklenen bir ülke Lizbon Sözleşmesi'ne taraf olmayı isteyecek midir?¹³⁰ Bu sorunun yanıtını zaman

¹²⁶ Ilgaz, s.127. Aynı yönde Gündoğdu, coğrafi işaret, s.41.

¹²⁷ Kızıltepe, s.96. Aynı yönde bkz. İloğlu, s.32-33.

¹²⁸ Aslında çalışma grubunun kuruluş amacı Lizbon sistemi prosedürünü/usulünü düzenleyen Tüzük kurallarını revize etmektir. Böylece, elektronik tebligat gibi yeni gelişmelerin Lizbon sistemine uygulanabilmesi mümkün olacak, aynı zamanda da akit devletlerin ihtiyaçları karşılanacaktır. Bkz. "Preparation of Certain Amendments to the Regulations under the Lisbon Agreement: Establishment of a Working Group LI/A/23/1" (2008), s.1-2.

¹²⁹ Çalışma Grubunun ilk toplantısında, usul kurallarının yanı sıra genel olarak Lizbon sisteminin de gözden geçirilmesi hususunun Meclise sunulmasına karar verilmiştir. Ayrıca Uluslararası Büronun Lizbon sisteminin nasıl iyileştirilebileceği konusunda görüş almak için bir anket düzenlenmesine de karar verilmiştir. Burada iyileştirmeden kasıt, "Lizbon Sözleşmenin temel ilke ve amaçları muhafaza edilerek sistemin mevcut kullanıcılar ve olası taraf ülkeler için daha çekici hale getirmektir. Bkz. "Further Work of The Working Group on The Development of the Lisbon System (LI/A/25/2)" (2009). m.4.

¹³⁰ Gonca Ilıcalı, "Cenevre Metni Tahta Çıkacak mı? Coğrafi İşaretlerin Uluslararası Tescilinde

gösterecektir. Diğer taraftan TRIPS sonrası müzakerelerin tabir yerinde ise sonuçsuz kalması, etkili ve güçlü bir tescil ve coğrafi işaret korumasına TRIPS ile ulaşılamayacağını ortaya koymuştur. Aslında halihazırda yürürlükte bir uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmenin revize edilmesi arzu edilen amaca ulaşılmasını sağlayabilir mi?¹³¹ Cenevre Metninin çıkış noktasını bu şekilde de değerlendirmek mümkündür. Tüm bu etkenlerle çıkılan revizyon/modernleştirme yolu bir sonuca ulaşmış ve 2015 yılında yapılan diplomatik konferansla son bulmuştur.

Cenevre Metninin getirdiği yenilikler açıklanmadan önce revizyon sürecindeki bazı hususlara kısaca yer verilmesi gerekmektedir. Zira bu hususların Cenevre Metninin akıbeti açısından önemi bulunmaktadır.

1. Revizyon Süreci

Revizyon sürecine ilişkin iki husus dikkat çekmektedir: Bunlardan ilki çalışma grubuna katılan devlet sayısının 30 ile sınırlı olması ve pek çoğunun da çalışmalara aktif bir şekilde katılmamış olmasıdır. Oysa çalışma grubu Lizbon Sözleşmesi akit devletleri ile sınırlı değildir¹³². Devletlerin çalışma grubuna ilgisiz kalması, Cenevre Metnine de mi ilgisiz kalacaklar sorusunu akıllara getirmektedir.

İkinci dikkat çeken husus da usul krizidir. Diplomatik Konferans Hazırlık Komite Toplantısı'nda ortaya çıkan bu kriz, revizyon sürecine damgasını vurmuş ve hatta Metnin meşruluğunun sorgulanmasına neden olmuştur¹³³. Krizin çıkış noktası “*Lizbon Birlik ülkesi olmayan ülkelerin diplomatik konferansta oy hakkının bulunup bulunmadığı*” noktasında toplanmaktadır¹³⁴. Bu sorunun yanıtı önem arz etmektedir, zira Lizbon Sözleşmesi'ne taraf olmayan devletlerin oy hakkının bulunup bulunmadığı bu sorunun yanıtına bağlıdır. Krizin çıkış noktası İsrail tarafından Lizbon Birlik ülkesi olmayan WIPO üyelerine de oy hakkı tanınmasına ilişkin bir teklifte bulunulmasıdır¹³⁵.

Yeni Dönem” (*IPR gezgini*, 2018) <<https://iprgezgini.org/2018/03/04/cenevre-metni-tahtacikacak-mi-cografi-isaretlerin-uluslararası-tescilinde-yeni-donem/>> erişim tarihi 02.06.2021.

¹³¹ Aslında daha önce Lizbon Sözleşmesi'nin TRIPS m.23/4'te öngörülen tescil ve bildirim sistemi için kullanılabilirliğini ele alan analiz için bkz. Gervais, reinventing, s.69 vd.

¹³² Micara, s.80.

¹³³ Gervais ve Slider, s.18; Micara, s.681.

¹³⁴ Gangjee, WIPO and geographical indications, s.21.

¹³⁵ “Proposal by the Delegations of Argentina, Australia, Bhutan, Canada, Chile, Israel,

Bu teklif üzerine konu Hazırlık Komitesi Toplantısı'nda yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Oy hakkı olmayacağını ileri sürenler argümanlarını 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi¹³⁶ m.39¹³⁷'a ve Lizbon Sözleşmesi m.13/2¹³⁸'ye dayandırmaktadır. Bu görüşe göre; söz konusu anlaşmalar uyarınca akit olmayan devletlerin oy hakkının bulunup bulunmadığı tartışmaya açık bir konu değildir. Madde hükümleri son derece nettir. Uluslararası sözleşmeler, sadece, akit devletlerce değiştirilebilir¹³⁹. Bu argümanı savunanlar ısrarcı davranırken¹⁴⁰, diğer devletler de son 20-25 yıldır yapılan tüm diplomatik konferanslarda tüm WIPO üye ülkelerine tam ve eşit oy hakkı tanıdığını, bunun eşitlik ve şeffaflığın bir gereği olduğunu, Lizbon Sözleşmesi'nde yapılan değişikliklerin tüm WIPO üye ülkelerini etkileyeceği hususlarını ileri sürmüştür¹⁴¹. Teklif, oy çokluğuyla reddedilmiştir. Sonuç olarak sadece Lizbon Birlik ülkelerinin oy hakkı olacak, diğer WIPO üyeleri gözlemci statüsünde Diplomatik Konferansa katılacaktır. Bu ülkeler, Konferansta söz alabilecek, görüş bildirebilecek ancak oy kullanamayacaklardır. Teklifin Komitede reddedilmesi, meşruiyet tartışmalarını gündeme getirmiştir. Bir taraftan Lizbon Birlik ülkelerinin son anda yaptığı bu çıkış onca yılın emeğini çöpe atmak olarak yorumlanmaktadır. Diğer taraftan ABD başta olmak

Japan, New Zealand, Panama, Republic of Korea, Singapore, United States of America and Uruguay LI/R/PM/5/REV. 3" (2014).

¹³⁶ 23 Mayıs 1969'da Viyana'da imzalanan Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz. <<https://treaties.un.org/untc/Pages/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>> erişim tarihi 02.06.2021.

¹³⁷ Bu madde uyarınca; bir anlaşma tarafların mutabakatıyla değiştirilebilir.

¹³⁸ Bu Sözleşme, Birlik ülkesi delegeleri arasında düzenlenecek bir konferansla revize edilebilir.

¹³⁹ Genel olarak hükmün aksinin kararlaştırılabileceği savunulmaktadır. WIPO Hukuk müşavirinin görüşü için bkz. "Summary Minutes of the Plenary of the Diplomatic Conference for the Adoption of a New Act of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration" (2015)., par.21. Literatürde de bu görüş desteklenmektedir. Zira her iki metinde de "may be" ifadesi kullanılmıştır. Kaldı ki, Endüstriyel Tasarımların Uluslararası Tesciline ilişkin Lahey Anlaşması m.25'te benzer bir hüküm bulunmasına rağmen, bu hüküm, revizyon sürecinin tüm WIPO üye ülkelerine açılmasına engel olmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gervais ve Slider, s.18.

¹⁴⁰ Catherine Saez, "Bound By Law", 26 Lisbon Members Say No To Fully Open Diplomatic Conference On GIs" (*IP-Watch*) <<https://www.ip-watch.org/2015/05/07/bound-by-law-26-lisbon-members-say-no-to-open-diplomatic-conference-on-gis/>> erişim tarihi 02.06.2021; Gervais ve Slider, s.18.

¹⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. "Preparatory Committee of the Diplomatic Conference for the Adoption of a Revised Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications Verbatim Report LI/R/PM/7" (2015).

üzere Lizbon Birlik ülkesi olmayanların diplomatik konferansta oy kullanma haklarının bulunmaması, WIPO amaç ilke ve kurallarına aykırılık olarak değerlendirilmektedir¹⁴².

Diplomatik Konferansın ilk günü, bu kez ABD tarafından, izlenecek usul kurallarında aynı yönde değişiklik yapılmasına ilişkin bir teklif sunulmuştur. Bu teklif de oy çokluğu ile reddedilmiştir. Dolayısıyla Lizbon Birlik ülkeleri dışındaki ülkelere konferansta oy hakkı tanınmamıştır¹⁴³.

Cenevre Metni 20 Mayıs 2015 tarihinde kabul edilmiştir. Ancak toplantının üzerinde yukarıda da değinilen usul krizinin gölgesi bulunmaktadır. Tabii, bu usul krizi başka krizleri de beraberinde getirmiştir. ABD'ye göre, Cenevre Metninin kabulü sırasında WIPO usul kuralları uygulanmamıştır. O halde, Cenevre Metninin, WIPO tarafından idare edilen bir uluslararası sözleşme olduğunu kabul etmek mümkün değildir ve Lizbon sistemi WIPO Genel Bütçesince desteklenmemelidir. Bu kez taraflar 2016/2017 taslak bütçenin kabul edilmesi sırasında karşı karşıya gelmiştir¹⁴⁴. ABD, diğer tescil sistemlerinden Lizbon sistemine bütçe aktarılmasına şiddetle karşı çıkmış, hatta Madrid oturumu sırasında Lizbon sistemine aktarılması düşünülen paranın üye devletlere aktarılması teklifinde bulunmuştur. Kısa vadede bu sorun diğer sistemlerden borç almak suretiyle çözülmüş gözükmeyle birlikte, daha farklı tedbirler alınmadığı müddetçe Demokles'in kılıcı gibi sistemin üzerinde varlığını sürdürmeye devam edecektir¹⁴⁵.

Bu noktada kim haklı kim haksız tartışmasına girmeye gerek görülmemektedir. Aslında tüm bu krizler eski dünya/yeni dünya ayrımının, derin görüş ayrılıklarının ve ön yargıların bir uzantısıdır. Özellikle ABD coğrafi işaret koruması ve tescil sistemine her daim mesafeli yaklaşmıştır. TRIPS'teki korumanın dahi AB'nin ısrarı sonucunda gerçekleştiği bilinen bir

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. "Preparatory Committee of the Diplomatic Conference for the Adoption of a Revised Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications Verbatim Report LI/R/PM/7" (2015).

¹⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. "Summary Minutes of the Plenary of the Diplomatic Conference for the Adoption of a New Act of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration".

¹⁴⁴ Catherine Saez ve William New, "WIPO Assembly Agrees Budget For 2016/2017; Work Continues After Hours On Remaining Items - Intellectual Property Watch" (*ip-watch*, 15 Ekim 2015) <<https://www.ip-watch.org/2015/10/15/wipo-assembly-agrees-budget-for-20162017-work-continues-after-hours-on-last-items/>> erişim tarihi 02.06. 2021.

¹⁴⁵ Gervais ve Slider, s.24-25.

gerçektir. Hal böyle olunca ABD'nin Cenevre Metninin görüşülmesi ve kabul edilmesi sırasında muhalefet etmesi beklenmektedir. Yine de sebep ne olursa olsun Cenevre Metni üzerinde bir meşruiyet gölgesi ve bütçe sorunu olduğu gerçeği değişmeyecektir.

1. Cenevre Metninin Getirdiği Yenilikler

a) Koruma Konusu

Cenevre Metninde bir taraftan menşe adı tanımında küçük bir değişiklik yapılmış, diğer taraftan da TRIPS m.22'deki coğrafi işaret tanımına çok benzer bir tanımla coğrafi işaretler koruma ve tescil kapsamına alınmıştır.

Yeni menşe adı tanımına göre; işaret coğrafi bir alan ismi olabileceği gibi o coğrafi alanı işaret eden bir başka isim de olabilir. Böylece menşe adı coğrafi yerin isminden oluşmak zorunda mı tartışmaları nihayete ermiştir. Lizbon Sözleşmesi'nde "ürün" kavramı tercih edilirken, Cenevre Metninde "mal" kavramı kullanılmıştır. Böylece tanım TRIPS'e biraz daha yaklaştırılmıştır. Son olarak da coğrafi alanın mala ününü vermesi gerekliliği açık bir şekilde tanıma eklenmiştir. O halde, ün menşe adının bir koşulu mudur sorusuna da kesin bir yanıt getirilmiştir¹⁴⁶. Coğrafi işaret tanımına gelindiğinde, TRIPS'teki tanımın neredeyse aynısının benimsendiği görülmektedir.

Sonuç olarak koruma konusundaki en önemli yenilik, coğrafi işaretlerin Sözleşmeye dahil edilmesidir. Böylece, Lizbon Sözleşmesi'nin koruma konusunun sınırlı olduğu eleştirileri ile terminolojik tartışmalar bertaraf edilmiştir¹⁴⁷. Cenevre Metninin en önemli özelliklerinden biri sistemi TRIPS'e yaklaştırma çabasıdır. Koruma konusunda da bu çaba görülmektedir.

Cenevre Metninde hem menşe adının hem de coğrafi işaretin tanımlanmış olması, akıllara taraf ülkelerin ulusal düzenlemelerinde her iki kavrama da yer verme zorunluluğunda olup olmadıkları sorusunu getirebilir. Taraf ülkelerin böyle bir zorunlulukları bulunmamaktadır. Metinde bu durum açıkça ifade edilmiştir¹⁴⁸. Bunun ötesinde taraf ülkeler ulusal düzenlemelerinde bu tanımlardan daha geniş tanımlar da benimseyebilirler¹⁴⁹. Aslında, uluslararası

¹⁴⁶ Cenevre Metni hazırlık sürecinde ün konusundaki tartışmalara ilişkin bkz. Micara, s.687.

¹⁴⁷ Gervais, *irreconcilable differences*, s.348; Gervais ve Slider, s.25.

¹⁴⁸ Cenevre Metni m.9.

¹⁴⁹ Matthijs Geuze, "Protecting Geographical-Origin-Brands Abroad: The Geneva Act of the Lisbon Agreement" in William van Caenegem ve Jen Cleary (ed), *The Importance of Place: Geographical Indications as a Tool for Local and Regional Development* Ius Gentium,

bir uyumlaştırmanın sağlanabilmesi için söz konusu terminolojilere ve terminolojik ayrımlara bağlı kalınmaması da gerekmektedir. Aksi takdirde, Metin, sadece *sui generis* sistemi olan ya da sadece menşe adlarına koruma sağlayan ülkelerce uygulanabilir hale gelir. Bu da daha önce ifade edildiği üzere Lizbon Sistemine yöneltilen ve Cenevre Metninde bertaraf edilmeye çalışılan hususlardan biridir. Cenevre Metni m.10 konuyu daha da netleştirmiştir. Bu maddeye göre; Cenevre Metninde öngörülen esasa ilişkin koşullar sağlandığı müddetçe, taraf ülkeler ulusal hukuklarında diledikleri koruma yolunu seçebilirler. Bu anlamdaki tek yükümlülükleri, Cenevre Metninde öngörülen asgari korumayı sağlamaktır. Bu yaklaşım her ne kadar Metnin esneklik hükümlerinden biri olarak görülse ve marka hukuku koruması ile uyumsuz olmasa da, kavramların marka hukukundan uzak olduğu, asgari korumanın sağlanabilmesi için ulusal hukuk düzenlerinde değişiklik yapılması gerektiği gibi endişeler görüşmeler sırasında dile getirilmiştir¹⁵⁰.

b) Koruma Kapsamı

Gervais'in ifadesiyle Cenevre Metni ile birlikte üç ayaklı bir koruma sistemi getirilmiştir¹⁵¹. Bu sistem adeta TRIPS m.16.3, 22.2 ve tanınmış markaların sulandırılmasına karşı korumanın karışımıdır¹⁵².

Korumanın birinci ayağını, menşe adının veya coğrafi işaretin aynı tür mallar için kullanılması oluşturmaktadır. Malın kökeninin işaret edilen coğrafi yer olmaması veya tescilli işaret ile korunan özelliklere sahip olmaması kullanımın engellenmesi için yeterlidir. Bir örnekle açılacak olursa; Champagne işareti yine distile alkollü içecekler için kullanılmışsa ve mal Champagne bölgesinden gelmemişse kullanımın engellenmesi mümkündür. Bu örnek TRIPS m.23/1'i anımsatmaktadır. Mal o bölgeden gelse bile, Champagne işaretinin kullanımı için gerekli diğer özellikleri taşımaması durumunda da işaretin kullanımı ihlal teşkil etmektedir.

Ama aynı işaretin örneğin süt ürünleri için kullanımı durumunda, kullanımın engellenmesi için bu koşullar yeterli olmayacak, daha farklı koşullar aranacaktır. Bu da korumanın ikinci ayağını oluşturmaktadır. Engellenebilmesi için şampanya (korunmakta olan işaretin kapsadığı mal

Springer International Publishing, s.8.

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Micara, s.687-688.

¹⁵¹ Gervais, irreconcilable differences, s.349.

¹⁵² Gervais, irreconcilable differences, s.349; Micara, s.688-689.

ve hizmet) ve şampanya işaretinin yararlanıcıları ilişki kurulması ve onların menfaatlerine zarar verme olasılığı bulunması gerekmektedir. Ayrıca, üçüncü kişinin kullanımı haksız bir şekilde şampanya işaretinin değerini azaltırsa veya sulandırır veya üçüncü kişi bu ünden haksız bir avantaj elde ederse, o kullanım da engellenecektir¹⁵³. Bunun söz konusu olabilmesi için koruma talep edilen işaretin bir üne sahip olması gerekmektedir. Metnin en büyük yeniliklerinden biri olan bu hükümlerle, görüldüğü üzere, tanınmış marka korumasına benzer bir koruma öngörülmüştür¹⁵⁴. Tanınmış markalarda olduğu gibi koruma farklı tür mal ve hizmetlere genişlemiştir. Koruma uygulanırken de köken ülkesindeki ün/şöhret değil, koruma talep edilen ülkede ün/şöhret kazanılmış olması gerekmektedir¹⁵⁵. Bu madde hükmünde marka hukuku kavramlarının kullanılması sayesinde hukuki kesinliğin daha iyi sağlanacağı düşünülmektedir. Ancak, yine de literatürde ulusal hukuk düzenlerinin söz konusu kavramları farklı şekillerde yorumladığına dikkat çekilmektedir¹⁵⁶.

Üçüncü ayak TRIPS m.22/3'ü anımsatmaktadır. Yukarıdaki iki durumda da halkın yanıltılması koşulu aranmamaktadır. Oysa bu üçüncü ayak tamamen halkın yanıltılmasını esas almıştır. Buna göre; malın gerçek kökeni, menşei veya doğası hakkında halkı yanıltabilecek her türlü uygulama ihlal olarak nitelendirilmiştir¹⁵⁷.

Cenevre Metnine göre de malın gerçek kökeninin belirtilmiş olması veya işaretin tercümesinin kullanılması veya “tarzında” “stilinde” “tipinde” “yapılmıştır” “taklidi” “metodu” “şekilde üretilmiştir” “gibi” “benzeri” gibi sözcüklerin eklenmesi işareti taklit olmaktan çıkartmamaktadır¹⁵⁸. Dolayısıyla TRIPS’te şarap ve distile alkollü içecekler, Lizbon Sözleşmesi’nde tüm menşe adları bakımından öngörülen bu durum ifadeler artırılarak Cenevre Metninde de muhafaza edilmiştir. Böylece korunmakta olan coğrafi işaretlerin jenerik ad olarak kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır¹⁵⁹.

¹⁵³ Cenevre Metni m.11/1 a (ii)

¹⁵⁴ Christopher Heath ve Delphine Marie-Vivien, “Geographical Indications and the Principles of Trade Mark Law – A Distinctly European Perspective”, 2015, 46, IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law, s.832; Micara, s.688-689.

¹⁵⁵ Heath ve Marie-Vivien, s.832.

¹⁵⁶ Micara, s.689.

¹⁵⁷ Cenevre Metni m.11/1 b

¹⁵⁸ Cenevre Metni m.11/2.

¹⁵⁹ Geuze, s.9. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve farklı görüşler için bkz. dn.73.

c) Tescil Sistemine ilişkin Yenilikler

Lizbon sisteminde sadece ulusal otoriteler tescil başvurusunda bulunabilmektedir. Her ne kadar bu başvuru yararlanıcılar veya onların haklarını ileri sürmede hukuki menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler adına yapılmaktaysa da, bu kişilere doğrudan tescil başvurusunda bulunma hakkı tanınmamıştır. Cenevre Metninde bu eksiklik giderilmiş ve söz konusu kişilere de doğrudan başvuruda bulunabilme hakkı tanınmıştır. Bu değişiklik özellikle coğrafi işaretlerin marka hukuku yoluyla korunduğu ulusal hukuk düzenlerindeki marka hakkı sahiplerine bir kolaylık sağlamaktadır¹⁶⁰. Böylece Lizbon sistemine yöneltilen bu eleştiri de bertaraf edilmiştir. Ancak hak sahiplerinin doğrudan tescil başvurusu yapabilmesi için, köken ülkesi ulusal hukuk düzeninin bu başvuruya izin vermesi ve yine köken ülkesinin, mevzuatının buna uygun olduğunu Uluslararası Büroya bildirmiş olması gerekmektedir¹⁶¹.

Metinde getirilen yeniliklerden biri de coğrafi alanın tek bir ülke sınırları içinde kalmadığı, iki ülkenin sınırları arasında kaldığı durumlarda birlikte başvuru imkânı tanınmasıdır. 1151/2012 sayılı AB Tüzüğü¹⁶² m.49'da kabul edilen ortak başvurunun aslında pek çok avantajı bulunmaktadır. Malın hangi ülkeye ait olduğu tartışmalarını ve yarı jenerikleşme riskini bertaraf edecek olan bu yol, devletlere birlikte hareket edip malları koruma konusunda daha iyi mücadele etme olanağı sağlamaktadır¹⁶³. Sonuç olarak uygulaması bulunan ortak başvurunun Cenevre Metnine de alınması oldukça uygun olmuştur.

Tescile ilişkin getirilen yeniliklerden biri de Birlik ülkelerine, tescil için ek doküman talep etme hakkı tanınmasıdır. Birlik ülkeleri, menşe adının

¹⁶⁰ Micara, s.684-685.

¹⁶¹ Cenevre Metni m. 5/3.

¹⁶² Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs, OJ L 343, 14.12.2012.

¹⁶³ Bu yol, basmati pirinci krizini çözme konusunda da Hindistan ve Pakistan'a önerilen yollardan biridir. Bkz. Dwijen Rangnekar ve Sanjay Kumar, "Another Look at Basmati: Genericity and the Problems of a Transborder Geographical Indication", 2010, 13, The Journal of World Intellectual Property, s.217-218. Her ne kadar basmati pirinci örneğinde bu çözüm başarıya ulaşmasa da, AB nezdinde yapılmış ortak başvurular bulunmaktadır. Örnekler için bkz. Faisal Daudpota ve Syed Ghayyur Ahmed, "Trade War for Trans-Border Basmati Label - an Assessment of Select Legal Issues Before the European Commission" (SSRN, 16 Ocak 2021) <<https://papers.ssrn.com/abstract=3766535>> erişim tarihi 02.06.2021, s.3.

tescili söz konusuysa malın kalitesi veya özellikleri ile ürünün kaynaklandığı coğrafi çevre arasındaki ilişkinin detaylarını gösteren bir belge talep edebilir. Coğrafi işaretin tescili söz konusuysa, bu kez malın kalitesi, özellikleri veya ünü ile coğrafi alan arasındaki ilişkiyi gösteren özelliklerin talep edilmesi mümkündür¹⁶⁴. Bunun yanı sıra taraf ülke, başvurunun, koruma ile sağlanan hakları ileri sürme konusunda hukuki menfaati olan gerçek veya tüzel kişi tarafından imzalanmasını da isteyebilir¹⁶⁵. Bu minvaldeki son düzenleme coğrafi işaretin kullanımına ilişkindir. Coğrafi işaretleri marka ile koruyan hukuk düzenlerinde, korumanın sağlanabilmesi veya sürdürülebilmesi için markanın kullanılması gerekmektedir. Oysa ne Lizbon sisteminde ne de Cenevre Metninde böyle bir yükümlülük öngörölmüştür. Coğrafi işaretin Metne taraf tüm ülkelerde kullanılması mümkün değildir. Burada amaç tescil ile birlikte jenerikleşmenin önüne geçmektir. Korumanın kullanmaya bağlanması durumunda üçüncü kişiler işareti serbestçe kullanabilecek ve jenerikleşmesine neden olabilecektir. Uzlaşa yaratabilmek adına ya da marka hukuku korumasına yaklaştırabilmek adına, Birlik ölkelerine başvuruda bulunan kişilerden, kullanma niyet beyanı ya da üçüncü kişilerin kullanımını kontrol etme niyet beyanı sunulmasını talep etme hakkı tanınmıştır¹⁶⁶. Bu düzenleme uzlaşaya ulaşıldığı konusunda tarafları tatmin etmiş midir? Bu pek olmuş gibi görünmemektedir¹⁶⁷.

Eski dünya-yeni dünya arasındaki temel farklardan birini de ücret oluşturmaktadır. Bilindiği üzere marka tescili belirli bir süre koruma sağlamaktadır ve o süre sonunda belirli periyodlarla yenileme ücreti ödenmektedir. Ancak Lizbon Sisteminde tek bir ücret öngörölmüştür. Hatta diğer uluslararası tescil sistemlerinden farklı olarak, tescil talep edilen ülke başına da bir ödeme yapılmamaktadır. Cenevre Metni ile birlikte Birlik ölkelerine başvuruları esastan inceleme masraflarını karşılamak için bireysel ücret talep etme hakkı tanınmıştır¹⁶⁸. Ancak, marka hukukunda olduğu gibi yenileme ücreti alınması gibi bir durum söz konusu değildir. Bireysel ücret tek sefer için alınan bir ücrettir. Bu da literatürde eleştirilere neden olmaktadır.

¹⁶⁴ Lizbon Sözleşmesi ve Lizbon Sözleşmesi Cenevre Metni Ortak Tüzüğü (02.10.208 tarihinde benimsenen) İngilizce metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/501567>> erişim tarihi 02.06.2021. Ortak Tüzük m.5/3

¹⁶⁵ Ortak Tüzük m.5/4(a)

¹⁶⁶ Ortak Tüzük m.4.

¹⁶⁷ Gervais ve Slider, s.26.

¹⁶⁸ Cenevre Metni m.7/4.

Özellikle *common law* ülkelerinin ya da marka hukuku korumasını benimseyen ülkelerin uygulamasından uzak olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁹.

Tescil sisteminde açıklığa kavuşturulması gereken konulardan biri de uluslararası tescil başvurusunun reddedilmesi konusudur. Ret konusunda genel olarak Lizbon Sistemi muhafaza edilmiştir. Ayrıca, Lizbon Sözleşmesi'nde bulunmayan ancak uygulanmakta olan kısmi ret mekanizması Cenevre Metninde tanınmıştır¹⁷⁰. Bunun yanı sıra Lizbon Sözleşmesi'nde ret bildirimini yapma yetkisi sadece ulusal ofislere verilmişken, Metinde, menfaati olan herkese ulusal otoriteden uluslararası tescilin reddedilmesini talep etme imkanı sağlama yükümlülüğü getirilmiştir¹⁷¹. Ret bildirimini geri çekme hakkı tanınması Cenevre Metninin yeniliklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷².

Metinde ayrıntılı bir hükümsüzlük düzenlemesi yapılması da öne çıkan hususlardan biridir. Madde 19 uyarınca taraf ülkelerin topraklarında geçerli olmak üzere uluslararası tescilin hükümsüzlüğü talep edilebilecektir. Gerek mahkemeler, gerek ulusal otoriteler hükümsüzlük kararı verebilecektir. Ancak hükümsüzlük kararı, tescilli coğrafi işaret veya menşe adının yararlanıcıları veya hukuki menfaati olan gerçek veya tüzel kişilerin savunması dinlenmeden verilemeyecektir. Böylece Lizbon Sözleşmesi döneminde önceleri tartışmalı olan, ardından Tüzük'e¹⁷³ eklenen bir madde ile çözüme kavuşturulan hükümsüzlük konusu Cenevre Metninde netleştirilmiştir. Hükümsüzlüğün Cenevre Metnine eklenmesi olumlu bir gelişme olarak görülürken, hükümsüzlük nedenlerinin düzenlenmemiş olması Metne yöneltilen eleştirilerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu görüşe göre ret nedenlerinin düzenlenmemesi ile hükümsüzlük nedenlerinin düzenlenmemesi

¹⁶⁹ Gervais ve Slider, s.26; Gervais, *irreconcilable differences* , s.352.

¹⁷⁰ Cenevre Metni m. 15/1(b). Yukarıda da belirtildiği üzere ret nedenlerinin düzenlenmemesini Lizbon Sözleşmesi'nin eksikliği olarak değerlendiren görüş bulunmaktadır. Cenevre Metni görüşmeleri sırasında ret nedenlerinin düzenlenmesi konusu bir kez daha gündeme gelmişse de ve düzenlenmemesi tercih edilerek esnek bir yaklaşım benimsenmiştir. Bkz. Micara, s.685. Kısmi ret düzenlemesi için bkz. Ortak Tüzük m.9/2 (v)

¹⁷¹ Cenevre Metni m. 15/3.

¹⁷² Cenevre Metni m. 16. Lizbon Sözleşmesinde yer almamakla birlikte Tüzük m.11'de düzenlendiğine değinilmesi gerekmektedir.

¹⁷³ Başvuru evrakları, ret beyanı, ret beyanının geri çekilmesi, başvurunun ne zaman etki doğuracağı gibi konuları da içeren uluslararası tescil süreci çıkartılan Tüzük ile düzenlenmektedir. Bugüne kadar çıkartılan Tüzükler için bkz. <<https://www.wipo.int/treaties/en/registration/lisbon/>> erişim tarihi 28.07.2021.

birbirinden farklılık arz etmektedir. Ret nedenlerinin düzenlenmemesi esneklik olarak görülebilse de hükümsüzlük konusunda aynı değerlendirmeyi yapmak mümkün değildir. Hükümsüzlükte tescil edilmiş bir coğrafi işaretin hüküm ve sonuçlarının ortadan kaldırılması söz konusudur. Dolayısıyla hükümsüzlük nedenlerinin düzenlenmemiş olmasının korumadan yararlanan üreticiler bakımından hukuki kesinliği zedelediği ileri sürülmektedir¹⁷⁴.

Tescil sisteminde yapılan değişiklikler genel olarak olumlu karşılanmaktadır. Gerçekten de ulusal otoritelerin rolü netleştirilmiş, pek çok konu açıklığa kavuşturulmuş, tescil sistemi genel olarak modernize edilmiştir¹⁷⁵.

d) Jenerik Ad

Jeneriklik konusunda Lizbon sisteminde benimsenen temel yaklaşım muhafaza edilirken, diplomatik konferansta iki beyan üzerinde uzlaşılarak¹⁷⁶, bazı konular netliğe kavuşturulmuştur. Bunlardan ilki koruma kapsamını belirleyen m.11'e ilişkindir. Buna göre; menşee adını veya coğrafi işaretini oluşturan unsurlardan biri, köken ülkesinde jenerik ad niteliği taşıyorsa, akit devletlerden bu unsurun korunması talep edilemez. Bir markanın reddi veya hükümsüzlüğü ya da ihlal talebinin jenerik olan unsura dayandırılmayacağı da açık bir şekilde ifade edilmiştir. Köken ülkesinde de jenerik olarak kabul edilen unsura verilen en klasik örnek "Edam Holland" coğrafi işaretidir¹⁷⁷. AB nezdinde korunmakta olan bu işarete, Edam ibaresinin bir peynir çeşidinin

¹⁷⁴ Micara, s.685.

¹⁷⁵ Gervais ve Slider, s.25-26; Gervais, *irreconcilable differences*, s.351.

¹⁷⁶ Diplomatik konferansta son dakika ileri sürülen ve sonrasında da silinen bir mutabakat beyan vardır ki, o da Metne yöneltilen eleştirilerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem beyanın reddedilişine hem de reddediliş usulüne literatürde dikkat çekilmiştir. Gervais, *irreconcilable differences*, 354-357. Bu beyan; yararlanıcıların veya onların temsilcilerinin davranışları nedeniyle koruma talep edilen işaretin, malın belirli bir coğrafi kökenden geldiğini gösterme vasfını yitirmesini düzenlemektedir. Eğer bu durum mahkeme veya yetkili otorite tarafından tespit edilirse, Metin hükümleri uygulanmayacaktır. Konferansın son günü gerçekleşen toplantıda oturma başkanı resmi olmayan görüşmelerden bu önerinin yeterince destek almadığını, delegelerin konunun Cenevre Metninde düzenlenmeyerek ulusal hukuk uygulamalarına bırakılması düşüncesinde olduğunu, mutabakat beyanının silinmiş olmasının Cenevre Metni yorumlanırken göz önünde bulundurulmayacak/takip edilmeyecek bir argüman olmayacağını belirtmiştir. Beyan Metne dahil edilememiştir. Bkz. WIPO, *Records of the Diplomatic Conference for the Adoption of a New Act of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration*, 2015 < <https://tind.wipo.int/record/40786> > erişim tarihi 02.06.2021.

¹⁷⁷ Geuze, s.12.

jenerik adı olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu örnekten yola çıkılacak olursa, Edam ibaresi markalarda kullanılabilir ya da ihlal değerlendirmelerinde göz önünde bulundurulmayacaktır. Üzerinde anlaşılan bir diğer beyan ise jeneriklik konusunun düzenlendiği m.12'ye ilişkindir. Bu mutabakat beyanında da uluslararası tescil öncesinde, korunma talep edilen adın veya işaretin köken ülkesi dışındaki Birlik ülkelerinde tamamen veya kısmen jenerik ad haline gelmiş olabileceği ifade edilmektedir. Örneğin ad veya işaret tamamen veya kısmen Birlik ülkelerinden birinin ortak dilinde, malların veya hizmetlerin ortak bir ismi olarak olabilir. Benzer bir şekilde bir üzüm çeşidinin de mutad bir ismi olabilir¹⁷⁸. Madde 12 bu hususu düzenlememektedir. Madde 12'de bir işaret tescil edildikten sonra, köken ülkesinde jenerik ad olduğu kararlaştırılmadıkça, diğer ülkelerde jenerik olduğu kabul edilemeyecektir.

e) Önceye Dayalı Haklar

Madde 11'de, tescilli bir coğrafi işaretin, yine m.11/1'de düzenlenen koruma kapsamına girecek şekilde marka olarak tescil edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. O halde tescilli coğrafi işaretin sonradan marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Peki, önceden tescil edilmiş markalar bakımından durum ne olacaktır?

Lizbon Sözleşmesi konuya sessiz kalmışken, konu Cenevre Metni m. 13'te açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; daha önce iyi niyetle tescil edilmiş veya iyi niyetli kullanım yoluyla kazanılmış marka hakkı ihlal edilemeyecektir. Bilindiği üzere önceki marka-coğrafi işaret ilişkisine yaklaşım konusunda ulusal hukuk düzenleri uygulamalarında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bazı hukuk düzenlerinde öncelik ilkesi¹⁷⁹ (zaman bakımından önce davranan, hakkın ilk sahibi olur ilkesi) geçerliyken, bazı hukuk düzenleri birlikte var olmaya izin vermektedir¹⁸⁰. Cenevre Metni tüm durumları göz önünde

¹⁷⁸ Bu örnekler TRIPS m.24/6'da düzenlenen jenerik ad istisnası kapsamında coğrafi işaret korumasının uygulanmayacağı hallerdir.

¹⁷⁹ Öncelik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür, s.90-92. SMK öncesi marka ve coğrafi işaret arasındaki öncelik ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlhami Güneş, Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, s.155-165. SMK sonrası marka ve coğrafi işaret ilişkisi için bkz. Burçak Yıldız (Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Dilek İmirlioğlu), Sınai Mülkiyet Hukuku, Adalet Yayınevi, 2021, s.145-149; Gün, s.270-283.

¹⁸⁰ Ayrıca coğrafi işaret korumasının marka korumasına üstünlük arz ettiği durumlar da söz konusu olmaktadır. Gervais, reinventing lisbon, s.97-98. Türk hukukunda da önceki tescilli marka sahibi belirli koşullar altında marka ile aynı veya benzer bir coğrafi işaret tesciline itiraz edebilmektedir (SMK m.48/3). Ancak coğrafi işaret bir kez tescil edildikten

bulundurmuş ve tercihi taraf ülkelere bırakmıştır¹⁸¹. Madde 13 ikinci cümleye göre; Birlik ülkesi hukuku uyarınca tescilli marka sahibi, “*belirli durumlarda*”, coğrafi işaret tescilini veya kullanımını engelleme hakkına sahip olamayabilmektedir. Yani, sonraki coğrafi işaretin tesciline engel olamayıp, birlikte var olmak zorunda kalabilmektedir. Dolayısıyla marka sahibinin haklarına sınırlı bir istisna getirilmektedir. Maddede, bu durumda dahi, coğrafi işaret tescilinin marka hakkını diğer hiçbir şekilde sınırlandırmayacağı açık bir biçimde belirtilmiştir. Böylece marka hakkı sahibine, haklarının, diğer bir şekilde hakkının sınırlandırılmayacağı konusunda garanti verilmektedir. Ancak istenilen etki yaratılamamıştır. Zira 13. madde hükmünde kullanılan “*belirli durumlarda*” ifadesinin sınırlarının yeterince belirli olmadığı, bu nedenle de geniş yorumlanmaya müsait olduğu ileri sürülmüştür. Oysa TRIPS m.17/1’deki “sınırlı istisna” dar yorumlanmalıdır¹⁸².

Ayrıca Lizbon Sözleşmesi’ndeki geçiş hükmü de muhafaza edilmiştir. Sadece Lizbon Sözleşmesi’nde coğrafi işaretin kullanımının sona erdirilmesi için iki yıl süre istenebilecekken, Cenevre Metni sürenin düzenlenmesini Tüzük’e bırakmıştır. Bir taraftan öncelik ilkesinin benimsenmesi, diğer taraftan bu hükmün muhafaza edilmesi, literatürde, önceki marka sahibine pazar stratejisini belirlemek için süre tanınması olarak yorumlanmaktadır¹⁸³.

Aynı maddede menşe adı veya coğrafi işaret tescilinin bir kişinin ticaret sırasında kullandığı ismin veya ticaret unvanının kullanılmasını engellemeyeceğini belirtmiştir¹⁸⁴. Benzer bir şekilde bitki çeşidi ismi veya hayvan ıslah isminin kullanımı da engellenmeyecektir¹⁸⁵. Her iki duruma da izin verilmesinin tek bir koşulu bulunmaktadır. O da bu kullanımların halkı yanıltacak şekilde olmamasıdır. O halde ticaret unvanı, bitki çeşidi veya hayvan ıslah adı, coğrafi işaret veya menşe adı ile iltibasa yer verecek şekilde kullanılmayacaktır.

sonra hükümsüzlük davası açılıp açılmayacağı konusunda, SMK’da açık bir düzenleme bulunmadığı için netlik bulunmamaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ufuk Tekin, “Relationship Between Geographical Indications and Trade Marks under Turkish Law”, 2021, 00, GRUR International, s.5-6.

¹⁸¹ Geuze, s.12.

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Micara, s.690-691.

¹⁸³ Micara, s.690.

¹⁸⁴ Cenevre Metni m.13/2.

¹⁸⁵ Cenevre Metni m.13/3.

IV. Sonuç

Cenevre Metninde benimsenen yenilikler incelendiğinde çalışmada sıklıkla vurgulandığı üzere sistemin TRIPS'e yaklaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ayrıca özellikle coğrafi işaretleri marka hukuku kapsamında korumakta olan ulusal hukuk düzenlerine sistemi daha çekici hale getirmek için bazı hususlar netleştirilmiş ve genel olarak esneklik sağlanmıştır. Belki bu noktada cevaplanması gereken soru; taraf ülke sayısının artırılması için tüm bu yeniliklerin yeterli olup olmadığıdır.

Hali hazırdaki taraf ülke sayısına bakıldığında, Cenevre Metninin ilk etapta istenilen ilgiyi uyandırmadığı sonucuna varılacaktır. Hükümetlerarası örgütlerin de metne taraf olabilmesi ve AB'nin halihazırda taraf olması hem Metnin yürürlüğe girmesini sağlamış hem de lokomotif rolü görmüştür. Ancak yine de taraf ülke sayısı hala düşüktür. *Gervais*'in bu konuda bir öngörüsü bulunmaktadır. Yazar, Lizbon Birlik ülkelerini, Cenevre Metnine taraf olacağını açıklayan devletleri ve hükümetlerarası örgütleri göz önünde bulundurarak, Cenevre Metni taraf ülke sayısının yaklaşık 55 olacağını belirtmiştir. Tabii, AB çoğunluğa sahip olacaktır. AB'nin çoğunluğa sahip olması, karar alma mekanizmasının onda olması¹⁸⁶, yeni dünya ülkelerinin Metne taraf olma konusundaki isteksizliğini artıracaktır. Bunun dışında Metnin ve tescil sisteminin etkili olabilmesi için taraf ülke sayısının artması yeterli değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere Lizbon sistemi bir bütçe krizi yaşamaktadır ve eğer tescil olmazsa gelir elde edilemeyecektir.

İleriye yönelik çıkarımları bir kenara bırakıp, mevcut durum değerlendirmesi yapıldığında halihazırda taraf ülke sayısının az olduğu görülmektedir¹⁸⁷. Bunun elbette öncelikli nedeni yeni dünya eski dünya arasındaki görüş ayrılığının çok derin olmasıdır¹⁸⁸. Cenevre Metninde korumanın kapsamı daha detaylandırılmış olsa da TRIPS'te olduğu gibi (alkol ve distile alkollü içecekler hariç) halkın yanıltılması koşulunun karşılanması aranmamaktadır. Benzer bir şekilde, ürünün gerçek kökeninin

¹⁸⁶ Gervais, irreconcilable differences, s.368.

¹⁸⁷ Onay ve katılım belgesi sunan devlet ve hükümetlerarası örgütler şunlardır: Arnavutluk, Kamboçya, Fildişi Sahilleri, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, Fransa, Laos Demokratik Halk Cumhuriyeti, Samoa, Umman, AB. Bkz. < https://wipolex.wipo.int/en/treaties/ShowResults?search_what=A&act_id=50> erişim tarihi 02.06.2021.

¹⁸⁸ Bu ayrılığın hala devam etmesi nedeniyle Cenevre Metninin de taraf sayısını artırmada etkili olmayabileceği görüşü için bkz. Calboli, local cheese, s.383. Cenevre Metninin yeni dünya taraf ülke sayısını artıracak bir esnekliğe sahip olmadığı yönünde bkz. Micara, s.693.

belirtilmesi, işaretlerin tercümesinin kullanılması ya da işaretlerin “tarzında”, “gibi”, “stilinde” vb. eklerle kullanılması taklidi ortadan kaldırmamaktadır. Jenerik ada ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. İşaretlerin kullanma zorunluluğunun olmaması veya yenileme ücretinin bulunmaması da marka hukuku uygulamasından uzaklaşılan noktalardır. Cenevre Metni aslında marka hukuku ile *sui generis* korumayı uzlaştırmak için bir fırsat iken, literatürde bu fırsatın kaçırıldığı ileri sürülmektedir¹⁸⁹.

Ama tek sorun eski dünya-yeni dünya ayrımı mıdır? *Sui generis* sistemi olan ülkeler dahi Cenevre Metnine çekimser yaklaşmaktadır. Bunun en güzel örneklerinden biri de Türkiye’dir. Diğer *sui generis* sistemi benimseyen ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de bekle ve gör yaklaşımının izlendiğini gözlemlemek mümkündür¹⁹⁰. Meşruiyet tartışması ve bütçe krizi bu durumun etkenlerinden biridir. Ancak tek neden bu değildir. Ülkeler, sisteme dahil olmanın ekonomik ve siyasi açıdan elverişli olup olmadığını da değerlendirmektedir¹⁹¹. Uluslararası tescil diğer alanlarda olduğu gibi coğrafi işaretler konusunda da en etkili koruma yoludur. Ancak istenilen sonuca ulaşılabilmesi için taraf devlet sayısının az olmaması gerekmektedir. Bunun yanı sıra ithalat ve ihracat rakamları ve ithal/ihraç edilen ürünler ile potansiyellerin tespit edilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan Sözleşmeye taraf olmanın ve uluslararası tescil yoluyla gelecek olan başvurulara karşı izlenecek yolun getirdiği idari ve mali maliyet de hesaplanmalıdır. Böylece fayda/zarar analizi yapıлып, Metne taraf olup olmama konusu değerlendirilmelidir. SMK’da yapılan değişiklikler ile birlikte Türkiye’de etkili bir coğrafi işaret koruması konusunda önemli adımların atıldığını söylemek mümkündür. Bu doğrultuda da tescil sayılarını gün geçtikçe artmaktadır. Bunun yanı sıra “*ihracat potansiyeli bulunan tescilli coğrafi işaretli ürünler seçilerek, bu coğrafi işaretlerin yurt dışında tescil edilmesi sağlanması ve tanıtımın yapılması*”¹⁹² Türk Patent ve Marka Kurumu’nun stratejilerinden biri olarak

¹⁸⁹ Gervais, *irreconcilable differences*, s.371.

¹⁹⁰ Türkiye’nin Cenevre Metnine taraf olup olmamasına ilişkin değerlendirme Üçüncü Asya Fikri Mülkiyet ve İnovasyon Araştırmacıları Konferansında sunulan tebliğde yapılmıştır. Tebliğ özeti için Bkz. Zehra Özkan Üner, The Geneva Act of the Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications: Could It Be an Opportunity for Turkey?, *Third IP & Innovation Researchers of Asia (IPIRA) Conference*, 24-27.03.2021 <<http://ipresearchersasia.org/wp-content/uploads/2021/03/Third-IPIRA-Conference-Abstracts-Final.pdf>> erişim tarihi 02.06.2021.

¹⁹¹ Türkiye’de de bu yönde çalışmalar yürütüldüğüne ilişkin bkz. Tekin, s.1.

¹⁹² Türk Patent ve Marka Kurumu, Stratejik Plan 2019-2023, s.41, < <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4F9B74B-A4D5-424E-80AC-2F9DF184689F>.

benimsenmiştir. Bu stratejinin amacı Türkiye'nin Cenevre Metnine taraf olup olmamasının değerlendirilmesi olmasa da, bu şekilde elde edilecek veriler taraf olup olmama konusunda önem arz edecektir. Sonuç olarak Türkiye halihazırda bekle ve gör yaklaşımını sürdürmektedir.

Serbest ticaret anlaşmaları da konu bakımından önem arz etmektedir. Zira AB ile yeni dünya ülkelerinin coğrafi işaretler/menşe adları ile ilgili bir konuda masaya oturabiliyor olması, her iki dünyanın TRIPS dışında bir noktada uzlaşabildiğini göstermektedir¹⁹³. AB'nin yaptığı bu anlaşmalarda ayrı bir coğrafi işaret bölümü bulunmakta ve taraflar listeler¹⁹⁴ üzerinden bir anlaşmaya varmaktadır. Böylece AB coğrafi işaretlerine Anlaşma yapılan ülkelerde jenerik ad olanlar dahil olmak üzere koruma sağlamakta ve TRIPS m.23'te öngörülen ek koruma diğer ürünler bakımından da geçerlilik kazanmaktadır. Elbette bu listeler ve istisnalar anlaşma yapılan ülkelere göre değişiklik arz etmektedir¹⁹⁵. Kanada ve AB arasında imzalanan Ticaret Anlaşması (CETA)¹⁹⁶ incelendiğinde coğrafi işaretlere güçlü bir koruma

pdf> erişim tarihi 28.07.2021.

¹⁹³ 2001 yılındaki Doha Turu'nda istenilen sonucu elde edemeyen AB ticaret politikasını değiştirmeye karar vermiştir. 2006 yılında AB Komisyonu tarafından bir Bildirim yayınlamış ve Bildirimde güçlü bir fikri mülkiyet korumasına önem verileceği ile AB coğrafi işaretlerinin korunması konusunda çalışmalar yürütüleceği belirtilmiştir. Yeni strateji ilk kez öncelikli ortaklar arasında sayılan Kore Cumhuriyeti ile yapılan serbest ticaret anlaşması ile somutlaşmıştır. Bildirim için bkz. Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, The European Economic And Social Committee and the Committee of The Regions Global Europe: Competing In The World a Contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy, 04.10.2006, COM(2006) 567, 16. AB Kore Cumhuriyeti'nin dışında Singapur, Kanada, Vietnam, Meksika ile müzakereler 30 Aralık 2020'de prensipte tamamlanmıştır. Yeni Zelanda, Avustralya ile müzakereler başlamıştır. AB ticaret anlaşmaları ve tasnifi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlke Göçmen, Avrupa Birliği Dış İlişkiler Hukuku: Ticari Boyut, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.506-508.

¹⁹⁴ Aslında AB'nin benimsediği bu liste usulü yeni bir usul değildir. AB ilk kez 2003 yılında, pek çok ülkede jenerik ad olarak görülen işaretlere tüm DTÖ ülkelerinde koruma kazandırmak istediği ve *claw back* olarak adlandırılan 41 işaretten üründen oluşan bir liste yayınlamıştır. "WTO talks: EU steps up bid for better protection of regional products (IP/03/1178)" (28 Ağustos 2003) <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_03_1178> erişim tarihi 02.06.2021.

¹⁹⁵ Serbest ticaret anlaşmalarındaki coğrafi işaretler düzenlemeleri, çalışmanın doğrudan konusu olmadığı için ayrıntılı bir açıklama yapılmamaktadır. Ancak literatürde bu anlaşmaları analiz eden çalışmalar bulunmaktadır. Bu analizler sonucunda Kanada ile yapılan anlaşma çözüm odaklı olarak, Singapur ile yapılan anlaşmanın da kural odaklı olarak nitelendirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Masayoshi Omachi, "A tale of two approaches: Analysis of responses to EU's FTA initiatives on geographical indications (GIs)", 2019, 18 Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, s.155.

¹⁹⁶ Kapsamlı ve Ekonomik Ticaret Anlaşması (CETA) metni için bkz. <<https://ec.europa.eu/>

sağlandığı görülmektedir. Ancak bu güçlü korumaya getirilen istisnalarla da çeşitli ürün grupları bakımından farklı uygulamalar öngörüldüğü görülmektedir. Bir örnek ile açıklanacak olursa listede Feta veya Gorgonzola yer almasına rağmen, bu işaretlerin “tarzında”, “stilinde”, “imitasyonu” gibi ifadelerle birlikte kullanımına istisna tanınmıştır¹⁹⁷. Benzer bir şekilde Feta veya Gorgonzola işaretlerinin 18.10.2013 tarihinden önce peynir üretimi yapanlarca kullanılabilmesine de izin verilmiştir¹⁹⁸. Tarafların listeler üzerinden daha kolay bir uzlaşmaya ulaştığını söylemek mümkündür. Ayrıca bu anlaşmalar güçlü bir coğrafi işaret korumasına karşı önyargıları da bir ölçüde bertaraf edebilmektedir.

Ancak bu argüman, AB ve ABD arasındaki Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı bakımından geçerli olmamıştır. Müzakereler 2013 yılında başlamış ve 2016 yılında sonuç almaksızın sona ermiştir. Üzerinde uzlaşılmayan noktalardan biri de anlaşmadaki coğrafi işaretler bölümüdür. Her ne kadar coğrafi işaretlere ilişkin CETA’ya benzer bir düzenleme önerilmiş olsa da, bu öneri gerek sektörün gerek senatörlerin sert bir muhalefetiyle karşılaşmıştır¹⁹⁹.

Muhalefet gerekçelerinden biri de daha küçük *common law* ülkelerinin AB baskısına dayanamayacağı konusunda duyulan endişelerdir²⁰⁰. Aslında AB ile yapılan anlaşmaların, başta ABD olmak üzere marka hukuku korumasına sahip olan ülkeler ile ticari ilişkileri bulunan ülkelerin bu ilişkilerine zarar vermesi olasıdır. AB ile yapılan anlaşmalar, jenerik ad olarak görülen işaretlere koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla, bu işaretlerin, anlaşma yapan ülkelerde kullanılması mümkün olmayacak²⁰¹ ve işaretler marka olarak tescil edilemeyecektir²⁰². AB, ticaret anlaşmalarıyla diğer devletlere sadece kendi coğrafi işaretleri için de olsa güçlü bir koruma dayatırken, ABD de boş

trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/> erişim tarihi 02.06. 2021.

¹⁹⁷ CETA m.20.21/1

¹⁹⁸ CETA m.20.21/2

¹⁹⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Calboli, local cheese, s.409-418. 55 Senatörün yazdığı mektuplar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Calboli, local cheese, s.375-376. Benzer itirazlar için bkz. Gangjee, Dev S., Genericide: The Death of a Geographical Indication? (Jan 30, 2016). in D Gangjee (ed) Research Handbook on Intellectual Property and Geographical Indications, Edward Elgar Publishing, 2016, s.11-12, < <https://ssrn.com/abstract=2923895>>, erişim tarihi 02.06.2021. Benzer içerikli mektup 2010 AB- Güney Kore Serbest Ticaret Anlaşması müzakereleri sırasında gönderilmiştir. s.10-11.

²⁰⁰ Gervais ve Slider, s.36; Gervais, irreconcilable differences, s.369.

²⁰¹ Gervais ve Slider, s.38; O’Connor ve de Bosio, s.51.

²⁰² O’Connor ve de Bosio, s.69.

durmamıştır. O da devletleri güçlü bir marka koruması tesis edilmesi, öncelik ilkesinin benimsenmesi ve TRIPS standartlarına uyulması için zorlamaktadır. Trans-Pasifik Ortaklık Anlaşması'ndan verilebilecek çeşitli örnekler durumu daha net ortaya koymaktadır. Marka hakkı sahibi, coğrafi işaretler de dahil olmak üzere tescilli markası ile aynı veya benzer işaretlerin kullanımını, eğer bu kullanım iltibas tehlikesi oluşturuyorsa önleyebilecektir. Bu hüküm TRIPS m.16'ya benzerlik arz etmekle birlikte, bir adım daha gidilmiş ve coğrafi işaretler de önlenebilecek işaretler arasında açıkça düzenlenmiştir²⁰³. Ayrıca bu koşul itiraz ve hükümsüzlük nedeni olarak da kabul edilmiştir²⁰⁴. Bunun dışında koruma talep edilen ülkede jenerik ad haline gelen işaretlerin iptal edileceği de öngörülmüştür. Şarap ve distile alkollü içkiler dışında coğrafi işaret ihlali için halkın yanıtılması (iltibas) koşulu aranacak, jeneriklik itiraz ve iptal prosedürlerinde dikkate alınabilecektir²⁰⁵.

ABD, devletleri diğer taraftan sıkıştırınca, hem AB ile hem de ABD ile ticaret anlaşması yapan devletlerin durumu iyice güçleşmektedir. Her iki anlaşmada öngörülen hükümlerin birbiri ile çelişmesi bir yana, ulusal hukuklarda nasıl bir yol izleneceği de bir sorun olarak kendisini göstermektedir. Bir şekilde orta yol bulan örnekler de bulunmaktadır ki bunların başında Kore Cumhuriyeti gelmektedir. Ancak Kore Cumhuriyeti önce AB ile anlaşma yapmıştır. Bu anlaşma uyarınca listedeki işaretlere koruma sağlanmıştır. Böylece AB'nin listesi, ABD'nin tescil sürecine ilişkin taleplerine takılmamıştır. Ancak yine de ABD ile anlaşma müzakereleri süreci oldukça zorlu geçmiştir²⁰⁶. ABD ile anlaşma yapıldıktan sonra AB ile anlaşma yapılması ise işleri biraz daha karmaşık hale getirmektedir. Bu noktada da AB ve Vietnam arasında yapılan serbest ticaret anlaşması dikkat çekmektedir²⁰⁷. Kore ile yapılandırılan daha farklı, Kanada ile yapılandırılan daha yakın olan bu anlaşma, yine iki dünya arasında bir uzlaşma yaratmaya çalışmaktadır²⁰⁸. Kısaca

²⁰³ Trans-Pasifik Ortaklık Anlaşması m.18.20. Anlaşma için bkz. < <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>> erişim 02.06.2021.

²⁰⁴ Trans-Pasifik Ortaklık Anlaşması m.18.32.

²⁰⁵ O'Connor ve de Bosio, s.50.

²⁰⁶ Kore örneğinde, ticaret anlaşmasının önce AB ile yapılmış olması, uzlaşmanın sağlanabilmesinde önemli bir etken olarak görülmektedir. Bkz. O'Connor ve de Bosio, s.65-66.

²⁰⁷ Avrupa Birliği ve Sosyalist Vietnam Cumhuriyeti arasındaki Serbest Ticaret Anlaşması için bkz. OJ L 186/63, 12.06.2020.

²⁰⁸ O'Connor ve de Bosio, s.73.

yeni dünya-eski dünya arasındaki gerginlik ticaret anlaşmalarında da kendisini göstermekte ve tarafları farklı şekillerde de uzlaşmaya itmektedir.

Ticaret anlaşmalarının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki güçlü bir coğrafi işaret korumasının yeni dünya ülkeleri için çok da kötü sonuçları olmayabileceği hatta olumlu yönleri olabileceğini göstermektedir. Ancak bu durum, anlaşmayı imzalayan ülkeleri *sui generis* korumaya ya da Cenevre Metnine yaklaştırır mı? Şimdilik bu çok da mümkün görünmemektedir. Gerçi önyargıyı bertaraf etmesi bile uluslararası tescil sistemine yaklaşma konusunda önemli bir adımdır²⁰⁹. Madalyonun bir de öteki yüzü bulunmaktadır. Coğrafi işaretler konusunda uluslararası tescil sistemi benimsenmesi yerine serbest ticaret anlaşmaları daha mı işlevseldir? Ülkeler kapalı kapılar ardında yapılan iki taraflı veya çok taraflı müzakereleri tercih edebilirler. Ancak, bu anlaşmaların riski de birbirinden farklı ve hatta kimi zaman uyumsuz hükümlerden oluşabilecek olmasıdır²¹⁰.

Sonuç olarak bir taraftan Cenevre Metnine taraf ülke sayısı yavaş da olsa artarken, diğer taraftan ayrıntılı coğrafi işaret bölümleri içeren ticaret anlaşmaları ve ticaret ortaklıkları yapılmaktadır. Uluslararası tescil sistemi ile ticaret anlaşmaları karşılaştırıldığında, ayrı ayrı ülkelerle yapılan, farklı farklı listeler üzerinden ilerleyen ve farklı farklı koşulların kabul edildiği anlaşmalarla etkili bir coğrafi işaret koruması sağlanması mümkün gözükmemektedir²¹¹. Bu anlaşmalar, ancak uluslararası bir tescil sistemi olmaması halinde başvurulabilecek bir yoldur. Tek bir dilde hazırlanmış tek bir başvuru ile yine tek bir ücret ödeyerek akit devletlerin tümünde bir koruma elde edilmesinin sağladığı kolaylık, tasarruf ve hız²¹² diğer hiçbir yolda bulunmamaktadır. O halde etkili bir korumanın en kolay yolu uluslararası tescil sistemidir. Ama şimdilik, coğrafi işaretlere ilişkin uluslararası anlaşmaların makus talihi Cenevre Metninde de devam edecek gibi gözükmemektedir. Ancak, taraf ülke sayısının ve sistemin işlevliliğine güvenin artması durumunda, bekle

²⁰⁹ Bu anlaşmaların ABD hukukunu değiştirmek ve Bern Sözleşmesi örneğinde olduğu gibi yıllar sonra ABD'nin katılımını sağlamak için yapıldığı ileri sürülmektedir. Sonucun Bern örneğine benzememesi için yapılması gerekenler hakkında bkz. Gervais, *irreconcilable differences*, s.369-370.

²¹⁰ Gervais ve Slider, s.38.

²¹¹ Cenevre Metninden çok daha önce Doha Gündemi başarısızlıkla sonuçlandığında AB ve ABD'nin masaya oturarak iki taraflı bir anlaşma için müzakere yürütmelerinin ve birbirlerinin zararlarını dengelemenin en iyi yol olduğuna ilişkin bkz. Zacher, s.458-462.

²¹² Geuze, s.5.

ve gör yaklaşımını izleyen ülkelerin Cenevre Metnine taraf olmaya daha sıcak bakacakları düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

I. Monografiler-Makaleler

- Addor F ve Grazioli A, “Geographical Indications beyond Wines and Spirits”, 2005, 5, The Journal of World Intellectual Property, s.865-897.
- Ayhan R. Çağlar, H., Yıldız, B., İmirlioğlu D., Sınai Mülkiyet Hukuku, Adalet Yayınevi, 2021.
- Blakeney M, The Protection of Geographical Indications, Edward Elgar Publishing, 2014.
- Bodenhausen G, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, International Bureaux for the Protection of Intellectual Property, 1968.
- Calboli I, “Expanding the Protections of Geographical Indications of Origin under TRIPS: ‘Old’ Debate or ‘New’ Opportunity?”, 2006, 10, Marquette Intellectual Property Law Review, s.181-204.
- , “Time to Say Local Cheese and Smile at Geographical Indications of Origin - International Trade and Local Development in the United States”, 2015, 53 Houston Law Review, s.373-420.
- Coşkun AY, “Coğrafi İşaretler” (Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi 2001).
- Daudpota F ve Ahmed SG, “Trade War for Trans-Border Basmati Label - an Assessment of Select Legal Issues Before the European Commission” (SSRN, 16 Ocak 2021) <<https://papers.ssrn.com/abstract=3766535>> erişim tarihi 02.06.2021.
- Echols MA, Geographical Indications for Food Products, Kluwer Law International, 2008.
- Engelhardt T, “Geographical Indications Under Recent EU Trade Agreements”, 2015, 46 IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law, s.781-818.

- Evans GR. ve Blakeney M., “The protection of geographical indications after Doha: Quo vadis?”, 2006, 9 *Journal of International Economic Law*, s.575-614.
- Ficsor M, “Challenges to the Lisbon System”, *Forum on geographical indications and appellations of origin (WIPO/GEO/LIS/08/4)* (2008).
- Gangjee D , *Relocating the Law of Geographical Indications*, Cambridge University Press, 2012.
- , “Making a place for place-based IP: WIPO and geographical indications” in Samuel Ricketson (ed), *Research Handbook on the World Intellectual Property Organization*, Edward Elgar Publishing, 2020 (forthcoming) <<https://ssrn.com/abstract=3687818>> erişim tarihi 02.06.2021.
- , “Genericide: The Death of a Geographical Indication?” (Jan 30, 2016). in D Gangjee (ed) *Research Handbook on Intellectual Property and Geographical Indications*, Edward Elgar Publishing, 2016, s.4, < <https://ssrn.com/abstract=2923895>>, erişim tarihi 02.06.2021
- Gervais D, “The Lisbon Agreement’s Misunderstood Potential”, 2009, *The WIPO Journal*, s.87-102.
- , “Reinventing Lisbon: the Case for a Protocol to the Lisbon Agreement (Geographical Indications)”, 2010, 11, *Chicago Journal of International Law*, s.67-126.
- , *The TRIPS Agreement Drafting History and Analysis*, 4. bası, Sweet&Maxwell, 2012.
- , “Irreconcilable Differences? Geneva the Geneva Act of the Lisbon Agreement and the Common Law”, 2015, 53 *Houston Law Review*, s.339-372.
- Gervais JD ve Slider M, “The Geneva Act of the Lisbon Agreement: Controversial Negotiations and Controversial Results” in William van Caenegem ve Jen Cleary (ed), *The Importance of Place: Geographical Indications as a Tool for Local and Regional Development* Ius Gentium, Springer International Publishing, s.15-47.
- Geuze M, “Protecting Geographical-Origin-Brands Abroad: The Geneva Act of the Lisbon Agreement” in William van Caenegem ve Jen Cleary (ed), *The Importance of Place: Geographical Indications as a Tool for Local and Regional Development* Ius Gentium, Springer International Publishing, s.3-15.

- Goebel B, “Geographical Indications and Trademarks : The Road from Doha”, *Worldwide Symposium on Geographical Indications (WIPO/GEO/SFO/03/11)* (2003).
- Göçmen İ, Avrupa Birliği Dış İlişkiler Hukuku: Ticari Boyut, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Gün B, Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Gündoğdu G., “555 Sayılı COĞIŞKHK’nın Uygulamasında ‘Ürün’ Kavamı ve Bazı Sorunlar”, 2005, LXIII, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,s.213-238.
- , Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, Beta Yayınları, 2006.
- Güneş İ, Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, 2. baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Heath C, “Geographical Indications: International, Bilateral and Regional Agreements” in Christopher Heath ve Anselm Kamperman Sanders (ed), *New Frontiers of Intellectual Property Law*, Hart Publishing, 2005, s.97-132.
- Heath C ve Marie-Vivien D, “Geographical Indications and the Principles of Trade Mark Law – A Distinctly European Perspective”, 2015, 46, IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law, s.819-842.
- Höpferger M, “Introduction to Geographical Indications and Recent Developments in The World Intellectual Property Organization (WIPO)”, *Worldwide Symposium on Geographical Indications (WIPO/GEO/SFO/03/1)* (2003).
- Hughes J, “Champagne, feta, and bourbon: The spirited debate about geographical indications”, 2006, 58, Hastings Law Journal, s.299-386.
- Ilgaz D, “Coğrafi İşaretlerin Korunması: Dünyada ve Türkiye’de Durum”, 1995, 4 Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, s.117-142.
- Ilıcalı G, “Cenevre Metni Tahta Çıkacak mı? Coğrafi İşaretlerin Uluslararası Tescilinde Yeni Dönem” (*IPR gezgini*, 2018) <<https://iprgezgini.org/2018/03/04/cenevre-metni-tahta-cikacak-mi-cograf-i-isaretlerin-uluslararasi-tescilinde-yeni-donem/>> erişim tarihi 02.06. 2021.
- İloğlu N, “Coğrafi İşaretlerin Tescili ve Denetimi Üzerine” (Türk Patent

- Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi 2014).
- Kızıltepe H, “Türk Coğrafi İşaretler Mevzuatı, AB Mevzuatı ile Mukayesesi ve Bazı Önemli Ülkelerdeki Coğrafi İşaretler Mevzuatı” (Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı Uzmanlık Tezi 2005).
- Ladas SP, Patents, Trademarks and Related Rights National and International Protection, Harvard University Press, 1975.
- Micara AG, “The Geneva Act of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and Their International Registration: An Assessment of a Controversial Agreement”, 2016, 47, IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law, s.673-696.
- O’Connor B ve de Bosio G, “The Global Struggle Between Europe and United States Over Geographical Indications in South Korea and in the TPP Economies” in William van Caenegem ve Jen Cleary (ed), *The Importance of Place: Geographical Indications as a Tool for Local and Regional Development*, Springer International Publishing (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice No.58, 2017)., s.48-79.
- Omachi M, “A tale of two approaches: Analysis of responses to EU’s FTA initiatives on geographical indications (GIs)”, 2019, 18 Chicago-Kent Journal of Intellectual Property,s.153-206.
- Özgür D, “Coğrafi İşaretlerin Korunması: Avrupa Birliği’ndeki Hukuki Çerçeve ve Türkiye Uygulaması” (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi) 2011).
- Özkan Üner, The Geneva Act of the Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications: Could It Be an Opportunity for Turkey?, *Third IP & Innovation Researchers of Asia (IPIRA) Conference*, 24-27.03.2021 <<http://ipresearchersasia.org/wp-content/uploads/2021/03/Third-IPIRA-Conference-Abstracts-Final.pdf>>erişim tarihi 02.06.2021.
- Paslı A, Uluslararası Anlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Rangnekar D ve Kumar S, “Another Look at Basmati: Genericity and the Problems of a Transborder Geographical Indication”, 2010, 13, The Journal of World Intellectual Property, s.202-230.
- Saez C, “‘Bound By Law’, 26 Lisbon Members Say No To Fully Open Diplomatic Conference On GIs” (*IP-Watch*) <<https://www.ip-watch.org/>>

org/2015/05/07/bound-by-law-26-lisbon-members-say-no-to-open-diplomatic-conference-on-gis/> erişim tarihi 02.06.2021.

Saez C ve New W, “WIPO Assembly Agrees Budget For 2016/2017; Work Continues After Hours On Remaining Items - Intellectual Property Watch” (*ip-watch*, 15 Ekim 2015) <<https://www.ip-watch.org/2015/10/15/wipo-assembly-agrees-budget-for-20162017-work-continues-after-hours-on-last-items/>> erişim tarihi 02.06.2021.

Slováková Z, “The Relationship Between Community , International and National Protection”, 2008, GRUR International, s.990-996.

Taubman A, Wager H ve Watal J (ed), A Handbook on the WTO TRIPS Agreement , Cambridge University Press, 2020.

Tekin U, “Relationship Between Geographical Indications and Trade Marks under Turkish Law”, 2021, 00, GRUR International, s.1-6.

Uzunallı S, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2008.

Yıldız B, “Coğrafi İşaretlere ve Coğrafi Köken Gösteren diğer İşaretlere ilişkin olarak Uluslararası Sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı ile Bu Kavramların Hukukumuzda Uyarlaması Sorunu”, 2007, 7, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), s.33-95.

—, “Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi’nde (TRIPS’de) Coğrafi İşaretlere İlişkin Düzenlemeler”, 2008, 8 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), s.45-106.

—, “WIPO’nun Coğrafi İşaret Hukuku Alanındaki Faaliyetleri ile Paris, Madrid ve Lizbon Sözleşmelerinde Coğrafi Köken Gösteren İşaretlere İlişkin Düzenlemeler”, 2008, 8, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), s.35-99.

—, “Coğrafi İşaretlere ilişkin çok Taraflı bir Bildirim ve Sicil Sistemi Kurulması Konusunda Dünya Ticaret Örgütü nezdinde Yürütülen Müzakereler, Görüşülen Tasarılar ile Ülkemizin Bu Konudaki Yaklaşımı”, 2009, 9, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), s.53-95.

Zacher FG, “Pass the Parmesan: Geographic Indications in the United States and the European Union - Can There Be Compromise?”, 2005, 19 Emory International Law Review, s.427-464.

Zou J, “Rice and Cheese, Anyone? The Fight Over TRIPS Geographical Indications Continues”, 2005, Brooklyn Journal of International Law, s.1141-1174.

II. Uluslararası Sözleşmeler, Raporlar, Dokümanlar

14 Nisan 1891 tarihli Mallar Üzerindeki Sahte veya Aldatıcı Mahreç İşaretlerinin Engellenmesine ilişkin Madrid Sözleşmesi (31.10.1958 tadil edilmiş versiyonu) İngilizce metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/286779>> erişim tarihi 02.06.2021.

1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline ilişkin Madrid Sözleşmesi 1979 metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/283529>> erişim tarihi 28.07.2021.

Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin İngilizce metni için bkz. <<https://treaties.un.org/untc/Pages/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>> erişim tarihi 02.06.2021.

Avrupa Birliği ve Sosyalist Vietnam Cumhuriyeti arasındaki Serbest Ticaret Anlaşması için bkz. OJ L 186/63, 12.06.2020.

Communication from the Commission to the Council, The European Parliament, The European Economic And Social Committee and the Committee of The Regions Global Europe: Competing In The World a Contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy, 04.10.2006, COM(2006) 567.

Dünya Ticaret Örgütü'nü Kuran Marakeş Anlaşması'nın 1C eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi İngilizce metni için bkz. <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04b_e.htm> erişim tarihi 02.06.2021.

“Further Work of The Working Group on The Development of the Lisbon System (LI/A/25/2)” (2009)

“Issues related to the Extension of the Protection of Geographical Indications Provided for in Article 23 of the Trips Agreement to Products other than Wines and Spirits Compilation of Issues Raised and Views Expressed (WT/GC/W/546-TN/C/W/25)” (2005).

Kapsamlı ve Ekonomik Ticaret Anlaşması (CETA) metni için bkz. <<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/ceta-chapter-by-chapter/>> erişim tarihi 02.06. 2021.

Lizbon Sözleşmesi ve Lizbon Sözleşmesi Cenevre Metni Ortak Tüzüğü (02.10.208 tarihinde benimsenen) İngilizce metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/501567>> erişim tarihi 02.06.2021.

Madrid Sözleşmesi Stockholm ek metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/281780>> erişim tarihi 02.06.2021

Menşe Adlarının Korunması ve Uluslararası Tesciline ilişkin Lizbon Sözleşmesi (28.09.1979 tadil edilmiş versiyonu) İngilizce metni için bkz. <https://www.wipo.int/lisbon/en/legal_texts/lisbon_agreement.html> erişim tarihi 02.06.2021.

Menşe Adı ve Coğrafi İşaretlerin Korunması ve Uluslararası Tesciline ilişkin Lizbon Sözleşmesi'nin Cenevre Metni İngilizce Metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/370297>> erişim tarihi 02.06.2021.

Menşe Adlarının Korunması ve Uluslararası Tesciline ilişkin Lizbon Sözleşmesi Tüzüğü (yürürlük 1 Ocak 2016) İngilizce metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/392055>> erişim tarihi 02.06.2021.

Paris Sözleşmesi 1883 Metni için bkz. <<https://wipolex.wipo.int/en/text/287780>>, erişim tarihi 02.06.2021.

“Preparation of Certain Amendments to the Regulations under the Lisbon Agreement: Establishment of a Working Group LI/A/23/1” (2008).

“Preparatory Committee of the Diplomatic Conference for the Adoption of a Revised Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications Verbatim Report LI/R/PM/7” (2015).

“Proposal by the Delegations of Argentina, Australia, Bhutan, Canada, Chile, Israel, Japan, New Zealand, Panama, Republic of Korea, Singapore, United States of America and Uruguay LI/R/PM/5/REV. 3” (2014).

Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs, OJ L 343, 14.12.2012.

“Side-By-Side Presentation of Proposals (TN/IP/W/12)” (2005).

Sınai Mülkiyetin Korunmasına ilişkin Paris Sözleşmesi (28.09.1979 tadil edilmiş versiyonu) İngilizce metin için bkz. <http://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=288514#P24_553>, erişim tarihi 02.06.2021.

“Summary Minutes of the Plenary of the Diplomatic Conference for the Adoption of a New Act of the Lisbon Agreement for the Protection of

Appellations of Origin and their International Registration” (2015).

Trans-Pasifik Ortaklık Anlaşması için bkz. <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/trans-pacific-partnership/tpp-full-text>> erişim 02.06.2021.

Türk Patent ve Marka Kurumu, Stratejik Plan 2019-2023, <<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4F9B74B-A4D5-424E-80AC-2F9DF184689F.pdf>> erişim tarihi 28.07.2021.

WIPO, Records of the Diplomatic Conference for the Adoption of a New Act of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration, 2015 <<https://tind.wipo.int/record/40786>> erişim tarihi 02.06.2021.

WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, “Geographical Indications: Historical Background, Nature of Rights, Existing Systems for Protection And Obtaining Effective Protection in Other Countries (SCT/6/3)” (2001).

WIPO Working Group on the Development of the Lisbon System (Appellations of Origin), “Results of the Survey on the Lisbon System” (2010).

WTO, Doha Bakanlar Konferansı Bildirisi, 14.11.2001, WT/MIN(01)/DEC/1, par.12. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=37246&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=>> erişim tarihi 02.06.2021.

“WTO talks: EU steps up bid for better protection of regional products (IP/03/1178)” (28 Ağustos 2003) <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_03_1178> erişim tarihi 02.06.2021.

III. Mahkeme/Panel Kararları

European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs Complaint by the United States Report of the Panel, World Trade Organization, WT/DS174 R, 15.03.2005

Scotch Whisky Assoc. v. Barton Distilling Co., 489 F.2d 809 (7th Cir. 1973) için bkz. <<https://casetext.com/case/scotch-whisky-assoc-v-barton-distilling-co>> erişim tarihi 02.06.2021.

COVID-19 AŞILARI ÜZERİNDEKİ PATENT HAKKININ KAPSAMININ KAMU SAĞLIĞI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Başak ÖZKÖK GÖKMEN*

ÖZ

Patent hakkı, sahibine hakkın konusunu oluşturan buluş üzerinde inhisari hak sağlayan bir fikri mülkiyet hakkıdır. Bununla birlikte toplum menfaatleri gözetilerek patent hakkı sahibinin inhisari hakkı, uluslararası ve ulusal düzenlemelerde istisna ve sınırlamalara tabi tutulmuştur. Küresel önem taşıyan kamu sağlığıyla ilişkili istisnalar ve sınırlamalar COVID-19 aşılıarı bakımından güncel bir konudur. Patent hakkı ülkelerin COVID-19 aşılıarına erişimde yaşadığı eşitsizliğin sebeplerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle mevcut kamu sağlığı krizine karşı patent hakkını ilgilendiren çözüm önerileri incelenmeye muhtaçtır. Çalışmada gündemdeki tartışmalar doğrultusunda COVID-19 aşılıarında patent hakkına geçici süreyle muafiyet tanınması veya kamu sağlığı gerekçesine dayalı bir patent hakkı sınırlaması olan zorunlu lisans yoluna başvurulması önerileri tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fikri Mülkiyet Hakkı, Sağlık hakkı, Patent hakkı, Kamu sağlığı, COVID-19 Aşılıarı.

ANALYSIS OF COVID-19 VACCINES WITHIN THE FRAMEWORK OF PUBLIC HEALTH APPROACH TO PATENT RIGHT

ABSTRACT

Patent right is an intellectual property right that provides exclusive rights over the invention which constitutes the subject of the right. The exclusive right of the patent holder has been subject to exceptions and limitations in international and national regulations to protect public welfare. Globally important public health-related exceptions and limitations are a current issue in terms of COVID-19 vaccines. Patent rights are recognized as one of the reasons why countries experience inequality in access to COVID-19 vaccines. Therefore, against the current public health crisis, the solution proposals concerning the patent right need to be examined. In this study, in line with the discussions on the agenda, proposals to give a temporary waiver to the patent right in COVID-19 vaccines or to apply for a compulsory license method,

* **Dr.**, Ticaret Hukuku, TÜRK PATENT ve MARKA KURUMU / ANKARA
e-posta: basakozkok@hotmail.com
ORCID: 0000-0001-7566-8716.
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979225

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 14/07/2021

which is a patent right exception based on public health grounds, will be discussed.

Keywords: *Intellectual property right, Right to health, Patent right, Public health, COVID-19 vaccines.*

Giriş

Patent hakkı sahibine inhisari yetkiler sağlayan mutlak bir haktır. Bununla birlikte toplumun menfaatlerini de dikkate alan hukuk düzeni patent hakkının kapsamına istisna ve sınırlamalar getirmiştir. Patent hakkının konusunu oluşturan yeniliklere erişim engeli oluşturması endişesi en temel istisna ve sınırlama sebebidir. Küresel düzeyde etkileri olan sağlık hakkını ilgilendiren yeniliklere erişimde patent hakkının olumsuz etkisi, COVID-19 aşılara adil erişim tartışmalarının ortasında güncel bir meseledir. Gündemi oluşturan patent hakkı karşısında kamu sağlığının gözetilmesi konusu doğuracağı hayati sonuçlar dikkate alındığında çok önemli küresel bir sorundur.

Çalışmanın birinci bölümünde patent hakkı ve kamu sağlığı ilişkisine dair genel bilgiler verilecektir. Ardından konunun insan hakları boyutu ele alınacaktır. Temel bilgilendirmenin sonrasında patent hakkı ile kamu sağlığının kesişim noktasını oluşturan kamu sağlığına ilişkin buluşların neler olabileceği açıklanacak ve sırasıyla patent hakkı korumasının kamu sağlığı politikaları üzerindeki etkileri incelenip patent hakkı korumasına kamu sağlığını gözetten dengeleyici bir bakış açısı getirilmeye çalışılacaktır. İkinci bölümde kamu sağlığı ile patent hakkı arasında denge sağlamak amacıyla patent hakkının kapsamına getirilen kamu sağlığı gerekçeli istisna ve sınırlamalar uluslararası ve ulusal hukuktaki düzenlemeler kapsamında kısaca açıklanacaktır. Son olarak üçüncü bölümde ise kamu sağlığı ve patent hakkı ilişkisinin güncel tartışmasına konu olan COVID-19 aşılarında patent hakkı üzerine değerlendirme yapılacaktır. Bu doğrultuda tartışmanın iki önemli savını oluşturan patent hakkının geçici süreyle kaldırılması veya zorunlu lisans yoluna başvurulması ihtimallerinin olumlu ve olumsuz yanları irdelenecektir.

I. PATENT HAKKI VE KAMU SAĞLIĞI

A. Patent Hakkı Kavramı

Patent hakkını patent kavramını açıklığa kavuşturarak tanımlamak gerekir. Patent kavramı kısaca “buluş belgesi” olarak bilinmekte olup¹ temelinde

¹ İnternet: <https://sozluk.gov.tr/> adresinden 3 Nisan 2021’de alınmıştır.

buluş kavramını barındırmaktadır. Ancak buluş teknolojik gelişmelere açık bir kavram olduğu için ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yeknesak bir şekilde tanımlanmamıştır². Doktrinde ortak kabul gören paydaları ile buluş kısaca, teknik bir probleme insan zekâsı ile çözüm sağlayan fikri bir ürün olarak ifade edilebilir³.

Patent ise; buluş sahibinin başvurusu üzerine resmi bir organ tarafından verilen, buluşu tarif eden ve buluş sahibinin buluşunun yasal hükümler çerçevesinde korunduğunu ve kendisine buluşu üzerinde sınırlı bir süreyle inhisari yetkiler bahşedebildiğini gösteren belgedir⁴. Teknik anlamda patent hakkı kavramı ise “patentten doğan hak” kavramına karşılık gelir⁵. Buna göre buluş sahibinin patent başvurusunun Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT)⁶ tarafından incelenmesi sonucu kabul edilmesi üzerine yapılan tescil işlemi sonrası aldığı patent belgesine dayanarak inhisari yetkiler

² Ali Necip Orta, *İşçi Buluşları Hukuku*, DEÜ Yayınları, 1987, s. 41-42.

³ Doktrinde bu yönde mevcut buluş kavramı tanımları için bkz. Ernst Hirş, *Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara Basımevi, 1948, s. 78; Nuşin Ayiter, *İhtira Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 31; Feyzan Hayal Şehirali, *Patent Hakkının Korunması*, Turhan Kitabevi, 1998, s. 7; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 530; Serap Keskin, *Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 44; Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç, Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, 2015, s. 216; Talat Canbolat, *İşçi Buluşları*, Beta Yayınevi, 2007, s. 49; Cahit Suluk, Rauf Karasu., Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2017, s. 229. Bu doğrultuda Kanaatimizce buluş, önceki tanımların ortak noktalarından hareketle, teknik alana ilişkin bir soruna tekniğin ilerlemesine katkıda bulunarak yeni ve uygulanabilir bir çözüm sunan yaratıcı düşünce ürünü olarak ifade edilebilir. Bkz. Başak Özkök Gökmen, *Patent Hakkının Sınırları ve İstisnaları (Kamu Sağlığı Gerekçesi Özelinde İncelenmesi)*, Adalet Yayınevi, 2020, s. 39.

⁴ Arslan Kaya, “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, 55 (4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1997, s. 173; Şehirali, s. 7; Audrey R. Chapman, “Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c)”, Volume XXXV, No. 3, Copyright Bulletin, Unesco Publishing, 2001, s. 8, (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000125505>) Erişim Tarihi 10 Nisan 2021.

⁵ Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakta Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 27; Saraç (Karahan, Suluk, Nal), s. 212. Bununla birlikte patent hakkı asıl olarak; buluş sahibinin bir buluş yapması ile başlayıp patent belgesi almasını ve sonrasını kapsayan süreçte buluşçu hakkı, patentten doğan hak ve patent üzerindeki hak olmak üzere bir haklar bütününden oluşur. Bkz. Şehirali, s. 53; Saraç, *Hakkın Korunması*, s.26; Saraç (Karahan, Suluk, Nal), s. 212.

⁶ 15.07.2018 tarih ve 30479 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 4 Sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 27. bölümünü oluşturan “Türk Patent ve Marka Kurumu” başlıklı 358 ila 383 hükümleri uyarınca sınai mülkiyet haklarının tescil işlemlerini yapmaya yetkili merci TÜRKPATENT’tir.

elde etmesini sağlayan mutlak haktır⁷.

Patent hakkının ulusal hukukumuzdaki temel dayanakları 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu⁸ (SMK) ile Sınâi Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik⁹'tir. Patent hakkı bakımından Türkiye'nin taraf olduğu temel uluslararası düzenlemeler ise Paris Sözleşmesi, Patent İş birliği Antlaşması (Patent Cooperation Treaty-PCT), Avrupa Patentlerinin Verilmesi ile İlgili Avrupa Patent Sözleşmesi (European Patent Convention-EPC) ve Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın 1 C Eki'ni oluşturan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması'dır.

B. Patent Hakkının Sağladığı Korumanın Amacı, Önemi ve İşlevleri

Patent hakkı ile sağlanan korumanın amacı, ekonomik ve teknolojik gelişme sağlayarak toplumu ileriye taşımaktır¹⁰. Patent koruması söz konusu nihai amacını gerçekleştirmek üzere çeşitli işlevleri yerine getirmektedir. Patent korumasının en temel işlevi buluş faaliyetlerinin teşvik edilmesidir. Buluş sahibi buluşunu gerçekleştirirken harcadığı zamanı, emeğini, maddi giderleri ve diğer kaynaklarını karşılayacağı inancıyla hareket eder. Böyle bir motivasyona sahip olmadan buluş ortaya koymak için çaba sarf edilmesi hayatın olağan akışında beklenilebilir nitelikte değildir¹¹. Bu açıdan buluş faaliyetlerinin geliştirilmesine yönelik en büyük teşvik, buluş sahiplerine belirli bir süre ile sınırlı olarak tekel hakkı tanıyan, hukuki açıdan etkili bir patent

⁷ Şehirali, s. 74; Saraç, Hakkın Korunması, s.27, 29; Saraç (Karahana, Suluk, Nal), s. 212.

⁸ R.G. 10.01.2017, S. 29944.

⁹ R.G. 24.04.2017, S. 30047.

¹⁰ Ümmühan Gökova, Kurtuluş Bozkurt, "Fikri ve Sınâi Mülkiyet Hakkı (FSMH) Olarak Patentler: Dünya ve Türkiye Açısından Tarihsel Bir Bakış", S. 17, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (İLKE), 2006, s.136; Özgür Öztürk, Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, Arıkan Yayınevi, 2008, s. 10.

¹¹ Şehirali, s. 47; Robert L. Ostergard Jr., "Intellectual Property: A Universal Human Right?", 21, Human Rights Quarterly, The Johns Hopkins University Press, 1999, s. 171, (https://www.jstor.org/stable/762740?read-now=1&refreqid=excelsior%3A026d86777aff6eae50c35aacda5ce8e&seq=1#page_scan_tab_contents) Erişim Tarihi 15 Nisan 2021; Mustafa Ateş, "Legal Protection for Patents under the TRIPs Agreement", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınları, 2006, s. 147; Canbolat, s. 51; Öztürk, Patent Verilebilirlik Şartları, s. 11; Özgür Öztürk, "İşletmenin Zor Kararı: Patentlemek ya da Patentlememek?", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 398; İlhami Güneş, "Patent Hakkı ve Bu Hakkın Komşu Kavram ve Hukuki Yollarla İlişkileri", (48), Adalet Dergisi, 2014, s.192; Suluk, Nal (Saraç, Karahana), s. 38-39; Suluk (Karasu, Nal), s. 38.

koruması bahşedilmesidir¹². Bu suretle buluş sahiplerinin ödüllendirildiği ifade edilmektedir¹³. Patent korumasının diğer önemli işlevi buluş sahiplerinin dışında aynı zamanda gelişimini sağladığı toplumun menfaatlerini de gözetmesidir. Patent koruması buluşun topluma açıklanması zorunluluğu getirerek toplumun bilgi birikimine katkı sağlar¹⁴; tekniği önceki buluşlardan daha ileri taşıyan, patent alabilecek araştırma ve çalışmaların yapılması imkânı yaratır¹⁵. Bu iki dengeleyici işlevin yanı sıra patent korumasının diğer işlevleri ise; teknoloji transferi ve yabancı yatırımlar için güvence teşkil etmesi, iş birliği yapmayı ve bilgi paylaşmayı artırması, alternatif çözüm üretmek konusunda teşvik edici olması, tüketicilerin tercihlerini olumlu yönde etkilemesi ve rekabet düzenini korumaya katkı sağlamasıdır¹⁶.

C. Kamu Sağlığı Kavramı

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) (World Health Organization/WHO) Anayasası'nın¹⁷ giriş bölümünde modern sağlık tanımı şu şekilde yapılmıştır; "Sağlık, yalnızca hastalık veya fiziksel güçsüzlük/sakatlık olmaması hali değil; tam bir fiziksel, zihinsel ve sosyal iyilik halidir". Sağlık kavramına

¹² Erich Häusser, "The Patent System and the Medium-Sized Industry", Volume 2, Issue 4, World Patent Information, 1980, s. 158, (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0172219080900034>) Erişim Tarihi 15 Nisan 2021; Tahir Saraç, "Sınâî Hakların Korunmasında Yenilik Şartı Açısından "Tekniğin Bilinen Durumu" Kavramı ve Kapsamı", 22 (2), BATİDER, 2003, s. 191; Feyzan Hayal Şehirali Çelik, "Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler", XXIII (3), BATİDER, 2006, s. 112; Güneş, Komşu Kavram ve Hukuki Yollarla İlişkileri, s. 192-193.

¹³ Ortan, s. 60; Şehirali, s. 48; Philippe Cullet, "Patents and Medicines: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health", Vol. 79 (1), International Affairs, 2003, s. 140, (<http://ielrc.org/content/a0301.pdf>) Erişim Tarihi 15 Nisan 2021; Ateş, s. 147; Tekin Memiş, "İlaçların Patentlenmesi", İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 209; Öztürk, İşletmenin Zor Kararı, s. 398; Suluk, Nal (Saraç, Karahan), s. 40; Suluk (Karasu, Nal), s. 40.

¹⁴ Häusser, s. 157-158; Uğur G. Yalçın, Sınâî Mülkiyetin İlkeleri, Yalçın Danışmanlık, 2000, s. 125; Tahir Saraç, "Patent Hukukunda Yenilik Kavramı ve Yeniliğin Belirlenmesi", 9 (1-2), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001, s. 191; Şehirali Çelik, s. 116; Öztürk, Patent Verilebilirlik Şartları, s. 13.

¹⁵ Häusser, s. 156, 158; Yalçın, Sınâî Mülkiyetin İlkeleri, s. 125; Mehmet Karson, Türk Hukuku'nda Patentten Doğan Haklar, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s. 34; Şehirali Çelik, s. 112-114; Canbolat, s. 51.

¹⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özkök Gökmen, s. 52-56.

¹⁷ 22.07.1946 tarihinde imzalanıp 07.04.1948 tarihinde yürürlüğe giren DSÖ Anayasası metni için bkz. World Health Organization, Constitution, in Basic Documents, 48th ed., 2014, (<http://apps.who.int/gb/bd/pdf/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021.

zihinsel ve sosyal boyutları da ekleyen bu modern tanım, oldukça devrimci niteliktedir ve günümüzde sağlığın “geniş tanımı” olarak anılmaktadır¹⁸.

Modern sağlık görüşü, tıp ve kamu sağlığı olmak üzere iki disipline ayrılmaktadır. Tıp genel olarak bireyin sağlığına odaklanırken, kamu sağlığı toplumların sağlığını gözetmektedir¹⁹. Buna göre kamu sağlığı, bireylerin sağlığı yerine halkın sağlığı ile ilgili olup toplum genelinde yüksek düzeyde bir sağlık haline ulaşılmasını; yani toplum genelinde sağlığın geliştirilmesini ve hastalığın önlenmesini amaçlar²⁰. En geniş kapsamlı kamu sağlığı tanımı doktrinde Winslow tarafından yapılmıştır. Buna göre; “Kamu sağlığı; çevre sağlığı, bulaşıcı hastalıkların kontrolü, kişiye yönelik sağlık bilgisi konusunda bireylerin eğitimi ve erken tanı ve hastalıkların önleyici tedavisi amacıyla sağlık ve bakım hizmetleri organizasyonu için örgütlenmiş toplumsal çabalar yoluyla fiziksel sağlığın ve verimin geliştirilmesi, yaşamın uzatılması ve hastalıkların önlenmesi bilimi ve sanatıdır”²¹.

D. Kamu Sağlığı ile Patent Hakkı İlişkisinin İnsan Hakları Hukuku Boyutu

Sağlık ve insan hakları kavramları sağlık hizmetlerine erişim açısından birbirleriyle ilişki içinde olan kavramlardır. Sağlık ve insan hakları dallarının iş birliği içerisinde yer alması çalışma konumuzu yakından ilgilendiren büyük kamu sağlığı sorunları hakkında yeniden düşünülmesini teşvik etmesi ve insan hakları düşüncesinin gerektirdiği uygulamaların genişletilmesine katkıda bulunması açılarından oldukça önemlidir²². Sağlık hakkı temel

¹⁸ Jonathan Mann, Lawrence Gostin, Sofia Gruskin, Troyen Brennan, Zita Lazzarini, Harvey V. Fineberg, “Health and Human Rights”, Volume 1, Issue 1, Health and Human Rights Journal, 1994, s. 9, (<https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/125/2014/03/4-Mann.pdf>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021; Maitetxu San Giorgi, The Human Right to Equal Access to Health Care, Cambridge: Intersentia Ltd, 2012, s. 10.

¹⁹ Mann, Gostin, Gruskin, Brennan, Lazzarini, Fineberg, s. 8.

²⁰ Lawrence O. Gostin, “Public Health, Ethics and Human Rights: A Tribute to the Late Jonathan Mann”, Volume 29, Journal of Law, Medicine & Ethics, 2001, s. 122, (<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2831&context=facpub>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021; Benjamin Mason Meier, “Employing Health Rights for Global Justice: The Public Health Response to the Insalubrious Ramifications of Globalisation”, Volume 39, Issue 3, Cornell International Law Journal, 2006, s. 739-740, (<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1694&context=cilj>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021.

²¹ Charles Edward Amory Winslow, “The Untilled Fields of Public Health”, Science, 9, 1920, s. 30, (<http://www.helmut-brand.eu/app/download/5807681647/Winslow+Def+of+Public+Health+1920.pdf>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021.

²² Mann, Gostin, Gruskin, Brennan, Lazzarini, Fineberg, s. 7-8.

insan hakkı olarak başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) m. 25 ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (ESKHS) m. 12 hükümleri olmak üzere pek çok insan hakları belgesine konu olmuştur²³.

Sağlık kavramının bir parçasını oluşturan kamu sağlığı da temel insan hakkı olan sağlık hakkının içerisinde yer almaktadır. Hatta küreselleşmenin sonucu olarak kamu sağlığı hakkını kolektif bir insan hakkı niteliğinde kabul eden bir yaklaşım bulunmaktadır. Kamu sağlığı hakkı bir insan hakkı olarak kabul edildiğinde devletlerin asgari kamu sağlığı standartlarını karşılayamadığı durumlarda küresel kamu yararının sağlanması için uluslararası yükümlülükler doğar. Küreselleşmiş bir dünyada kolektif hakların hayata geçirilmesi uluslararası iş birliğini gerektirdiği için kamu sağlığına yönelik kolektif bir hak, devletlere hastalık önlemede ve sağlığın teşviki ve geliştirilmesinde uluslararası iş birliği içinde hareket etmeleri için ek araçlar sağlar. Bu sayede her devlet diğer devletlere küresel sağlık eşitsizliklerini giderme konusunda yardımcı olma yükümlülüğü taşır²⁴. Bunun yanında kamu sağlığının temini küresel düzeyde etki ve sonuç doğuran bir sorun olduğu için sadece devletlerin değil uluslararası toplumun tüm üyelerinin iş birliği gerekir. Ülkeler kadar uluslararası örgütler, araştırma grupları, ilaç şirketleri, medya da dâhil olmak üzere toplumun bütün üyelerinin kamu sağlığının tesisine ilişkin sorumlulukları vardır²⁵.

Patent hakkının patent hakkı sahipleri bakımından insan hakkı niteliği taşıyıp taşımadığı da ortaya konulmalıdır. Her ne kadar fikri mülkiyet hakkı yıllarca insan hakları bakımından normatif bir durgunluk yaşamış ve ihmal

²³ Sağlık hakkının bir insan hakkı olarak yer aldığı diğer uluslararası belgeler; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 5. maddesinin (e) (iv) bendi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin 11/1-f maddesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 24. maddesi, Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin 25. maddesidir. Bazı bölgesel insan hakları belgelerinde de sağlık hakkı temel insan hakkı olarak düzenlenmektedir. Bunlar; Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 11. maddeleri, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'nın 16. maddesi, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'nin 11. madde hükmü, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Alanında Ek Protokolü'nün 10. madde hükmü ve Amerikan Sosyal Şartı'nın 17. madde hükmüdür. Nihayet sağlık hakkı çeşitli uluslararası bildirilerde de temel insan hakları arasında yer almıştır. Bu kapsamdaki bildiriler; 25.06.1993 tarihli Viyana Bildirisi ve Eylem Programı ile 1978 tarihli Alma Ata Bildirisi'dir.

²⁴ Meier, s. 752-757, 773-777.

²⁵ Bryan Mercurio, "Resolving the Public Health Crisis in the Developing World: Problems and Barriers of Access to Essential Medicines", 5 (1), Northwestern University Journal of International Human Rights, 2007, s. 16, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980175) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.

edilmişse de²⁶, patent hakkını da kapsayan fikri mülkiyet hukuku alanındaki farkındalığın artmasıyla birlikte Birleşmiş Milletler (BM) insan hakları sistemi insan hakları hukuku ile ilgili ticaret kanunlarını ve uygulamalarını ele almış ve beraberinde Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ile ticaretle uğraşan diğer kuruluşlar çalışmalarında insan hakları etkilerini değerlendirmeye başlamıştır²⁷. Bu doğrultuda bir insan hakkı olarak kabulünün gelişimi daha yakın tarihli olsa da fikri mülkiyet hakkı da İHEB'in 27. maddesinde ve ESKHS'nin 15. maddesinde yerini almıştır.

O halde patent hakkı ile küresel öneme sahip kamu sağlığının ilişkisi insan hakkı nitelikleri dikkate alınarak incelenmelidir. Bu doğrultuda önce patent hakkının kamu sağlığı ile olan bağına oluşturan kamu sağlığına ilişkin buluşlar ortaya konulacak, ardından patent hakkı korumasının kamu sağlığı politikaları üzerindeki avantajları ve dezavantajları değerlendirilerek bu iki insan hakkı arasında denge sağlayıcı yaklaşımın nasıl olması gerektiği açıklanacaktır.

E. Patent Hakkı ile Kamu Sağlığının Kesişimi: Kamu Sağlığına İlişkin Buluşlar

TRIPS Anlaşması m. 27/1 hükmünde ve ulusal hukuk bakımından SMK m. 82/1 hükmünde “teknolojinin her alanında” buluş için patent verilebileceği ifade edilmiştir. Ancak kural bu şekilde olmakla birlikte bazı konu ve buluşlar ulusal ve uluslararası düzenlemeler tarafından patent koruması dışında bırakılmıştır²⁸.

²⁶ Chapman, s. 13; Laurence R. Helfer, “Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?”, 5(1), Minnesota Intellectual Property Review, 2003, s. 50. Web: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=mjlst> Erişim Tarihi 29 Nisan 2021. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mülkiyet hakkının kapsamı geniş tutularak fikri mülkiyet hakkı da mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmekteydi. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde mülkiyet hakkının kapsamı hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Haydar Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Tıpkı Basım, Beta Yayınları, 2017, 178-194.

²⁷ World Health Organization, 25 Questions & Answers on Health and Human Rights. Issue No.1, Geneva: WHO Health & Human Rights Publication Series, 2002, s. 25, (<https://www.who.int/hhr/NEW37871OMSOK.pdf>) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.

²⁸ Tekinalp, s. 546; Müjgan Tunç Yücel, Serdar Kale, “Patent Verilemeyecek Konu ve Buluşlar”, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul, 2005, s. 305; Saraç (Karahana, Suluk, Nal), s. 225-226; Öztürk, Patent Verilebilirlik Şartları, s. 95; Fülürya Yusufoglu, Patent Verilebilirlik Şartları, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 92-93. Patent verilemeyen konu ve buluşların uluslararası mevzuattaki dayanakları, TRIPS Anlaşması m. 27 ve EPC m. 52 ile m. 53 hükümleridir. Ulusal mevzuatta patent verilemeyen konu ve faaliyetler SMK m. 82/2’de, patentlenebilir nitelikte olmayan buluşlar SMK m. 82/3’te düzenlenmektedir.

Çalışma konumuzu oluşturan kamu sağlığıyla ilişkili istisna, patent verilemeyen buluşlar arasında SMK m. 82/3-c bendinde düzenlenen insan veya hayvan vücuduna uygulanacak teşhis yöntemleri ile cerrahi yöntemler dâhil tüm tedavi yöntemleridir²⁹. Kamu sağlığına ilişkin yeniliklerden patent konusu olabilen buluşların kapsamı ise SMK m. 82/6 hükmünde belirtilmiştir. SMK m. 82/3-c hükmü gereği kamu sağlığı açısından tedavi yöntemleri patentlenemeyecek olsa da bu düzenleme ile tedavi yöntemlerinde kullanılan başta ilaçlar ve aşılardan oluşan ürün patentine konu olabilen buluşlar olarak kabul edilmektedir³⁰. Özel olarak inceleyeceğimiz COVID-19 aşılı da bu doğrultuda patent hakkına konu olabilen kamu sağlığıyla ilişkili buluşlardandır.

F. Patent Hakkı Korumasının Kamu Sağlığı Politikaları Üzerindeki Etkileri

Genel kabule göre patent koruması bir yönüyle yeni ilaçların/aşıların geliştirilmesini teşvik ettiği, diğer yönüyle ilaçların/aşıların fiyatını yükselterek kamunun ilaca/aşıya erişimini sınırlandırdığı için kamu sağlığı politikaları üzerinde birbirine zıt iki etki göstermektedir³¹.

²⁹ Belirtmek gerekir ki bu istisna 551 sayılı KHK m. 6/1-e bendinde patent verilemeyecek konular arasında düzenleniyordu. 551 sayılı KHK'nın madde gerekçesinde, EPC'nin 1973 tarihli metni ile uyumlu olarak, söz konusu tedavi yöntemlerinin sanayide uygulanabilir olma niteliğine sahip olmadıkları için patent verilebilecek konular arasında yer almadığı ifade edilmekteydi. Ancak EPC'nin 2000 tarihli metninde olumlu yönde bir gelişim izlenerek tedavi yöntemlerine patent verilememesinin aslında kamu sağlığını koruma fikrinden kaynaklandığı kabul edilmiştir. Bkz. Öztürk, Patent Verilebilirlik Şartları, s. 133-135; Ayşegül Sezgin Huysal, İlaç Patenti, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 141-144; Yusufoglu, s. 112-113. Aynı yönde değişiklik getiren SMK'nın gerekçesinde de burada amaçlanan kamu sağlığının korunması olduğu vurgulanmış ve TRIPS Anlaşması m. 27/3-a ile de uyumlu olarak tedavi yöntemlerinin patentlenebilirliğin istisnaları arasında yer aldığı belirtilmiştir. Böylece aslında buluş oldukları kabul edilerek hukuki nitelikleri değiştirilmiştir. Bkz. Özgür Öztürk, "Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Patent ve Faydalı Modellere İlişkin Düzenlemeler ve Yenilikler". 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 344, 345, dn. 6; Koray Bulut, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Patentler ve Faydalı Modeller Açısından Getirdiği Yenilikler ve İlgili Hükümlerin Avrupa Patent Sözleşmesi ile Uyumu", Sayı 1, FMR Dergisi, 2018, s. 19.

³⁰ Öztürk, Yenilikler, s. 348.

³¹ Şaziye Yurtsever, Patent Hukukunun Korunması ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, 1999, s. 26; Tekinalp, s. 554; Cullet, Patents and Medicines, s. 143; Edwin Cameron, "Patents and Public Health: Principle, Politics and Paradox", 1(4), Inaugural British Academy Law Lecture held at the University of Edinburgh, 2004, s. 520, (<https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/07/1-4-Cameron.pdf>) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021; Duncan Matthews, "Is History Repeating Itself? The Outcome of Negotiations on Access to Medicines, the HIV/AIDS Pandemic and Intellectual Property Rights in the World Trade Organisation", Issue 1, Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD), 2004, s. 3, (Web: <https://>

Patent korumasının buluş sahibinin buluş faaliyetlerini ödüllendirme işlevi düşünüldüğünde patent hakkının kamu sağlığı politikaları üzerindeki olumlu etkisi, kamu sağlığına ilişkin yenilikleri teşvik etmesi ve yatırımları artırmasıdır. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde kamu sağlığını korumak için hastalıkları tedavi etmeye yönelik AR-GE’yi teşvik ederek yeni ilaçlar ve aşılar geliştirilmesini temin etmek bir gerekliliktir. Zira gelişmekte olan ülkelerin sağlık sorunlarına yönelik ilaç ve aşı AR-GE’leri yeterli düzeyde değildir. Bu alandaki inovasyon eksikliği dünyada kamu sağlığı krizlerinin sürmesinin nedenlerinden biridir³². Bununla birlikte patentlerin ilaçlara/aşıllara ilişkin söz konusu etkisi asıl olarak gelişmekte olan ülkelerdeki insanlara tesir eden ihmal edilen³³ ve özellikle çok ihmal edilen hastalıklar³⁴ söz konusu olduğunda geçerliliğini yitirmektedir. Zira bu hastalıklara yakalanan hastaların ödeme gücünün yetersiz olduğu yoksul ülkelerdeki piyasalarda patent koruması AR-GE yatırımını teşvik etmeyebilecektir³⁵.

Buna karşılık patent korumasının olumsuz etkisi patent hakkı sahibine konusunu oluşturan gayri maddi malvarlığı üzerinde mutlak hak bahşetmesi sebebiyle etkileşim içerisinde olduğu disiplinlerle ilgili yeniliklere erişim güclüğü yaratmasıdır. Kamu sağlığı açısından bu etkinin görünümü, çalışma konumuz bakımından kamu sağlığına ilişkin yeniliklerden temel ilaç ve

warwick.ac.uk/fac/soc/law/.../matthews/matthews.rtf) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021; John H. Barton, “TRIPS and the Global Pharmaceutical Market”, 23(3), Health Affairs, 2004, s. 146-147, (<https://www.healthaffairs.org/doi/full/10.1377/hlthaff.23.3.146>) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021; Philippe Cullet, “Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPs Era”, 29 (2), Human Rights Quarterly, 2007, s. 414-446, (<https://www.jstor.org/stable/20072804?seq=1>) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021; Sezgin Huysal, s. 60-61, 73; Burcu Özcan Büyüktanır, Görkem Birinci, Uğur Ömürgönülşen, “TRIPS Sözleşmesi ve İlaç Firmalarının Sağlık Hakkına İlişkin Etik Sorumlulukları”, 30(2), Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2012, s. 9-10.

³² Mercurio, s. 16, 28.

³³ İhmal edilen hastalıklara örnek olarak HIV/AIDS ve tüberküloz verilmektedir. Bkz. MSF Campaign for Access to Essential Medicines and Drugs for Neglected Diseases Working Group (MSF), “Fatal Imbalance: The Crisis in Research and Development for Drugs for Neglected Diseases”. Geneva: MSF, 2001, s. 11, (<http://www.msf.org/sites/msf.org/files/old-cms/source/access/2001/fatal/fatal.pdf>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

³⁴ Çok ihmal edilen hastalıklara Nehir körlüğü (onkoserkiyaz) ve uyku rahatsızlığı gibi hastalıklar örnek oluşturur. Bkz. MSF, s. 11.

³⁵ Margaret Kyle, Anita McGahan, “Investments in Pharmaceuticals before and after TRIPS”, No. 15468, NBER Working Paper, 2009, s. 8, (<http://www.nber.org/papers/w15468.pdf>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021; Carlos Correa, Duncan Matthews, “The Doha Declaration Ten Years on and Its Impact on Access to Medicines and the Right to Health”, United Nations Development Programme (UNDP), 2011, s. 29, (<https://apps.who.int/medicinedocs/documents/s21425en/s21425en.pdf9>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

aşılara erişim engeli oluşturması noktasında incelenmelidir. Sağlık hakkı kapsamındaki temel haklardan en fazla dikkat çekilene, “temel ilaçlara erişim hakkı”dır³⁶. Yirminci yüzyılın son çeyreğinden itibaren bu hak bir insan hakkı olarak nitelendirilmeye ve uluslararası belgelerde yer almaya başlamıştır, bu haliyle en yeni insan hakları kategorilerinden birisidir³⁷. Temel ilaçlar, nüfusun çoğunluğunun sağlık hizmeti gereksinimlerini karşılayan ilaçlardır. Temel ilaçlara erişilememesi ciddi küresel kamu sağlığı sorunlarına yol açar. Bu ilaçların her zaman yeterli miktarlarda, uygun dozaj formlarında, garantili kaliteyle ve bireyin ve toplumun karşılayabileceği bir fiyatla sunulması çok önemlidir³⁸. İlaçlar sadece ticari ürünler değil; temel insan ihtiyaçları, erişimleri bakımından insan hakları konusu ve sağlık hizmeti sistemlerinin temel bileşenleridir³⁹. Ne var ki temel ilaçlara erişim güçlüğü küresel bir sorun olarak çok yönlüdür; bu soruna yol açan sebebe tek yönlü yaklaşılmamalıdır. Yetersiz sağlık hizmeti sistemleri, sınırlı kaynaklar, yolsuzluk, kötü yaşam koşulları, tıbbi tesislerin ve uygun altyapının eksikliği, yetersiz beslenme, ilaç yönetim politikalarındaki aksaklıklar gibi çok çeşitli faktörler uygun fiyatlı ilaçlara erişim eksikliği sorununa katkıda bulunur⁴⁰. İşte bu faktörler

³⁶ Lisa Forman, “Trade Rules, Intellectual Property, and the Right to Health”, 21(3), *Ethics and International Affairs*, 2007, s. 343-344, (<https://tr.scribd.com/document/9637403/Lisa-Forman-Trade-Rules-and-Human-Rights>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021; Jillian Clare Cohen-Kohler, Lisa Forman, Nathaniel Lipkus, “Addressing Legal and Political Barriers to Global Pharmaceutical Access: Options for Remediating the Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and the Imposition of TRIPS-Plus Standards”, 3(3), *Health Economics, Policy and Law*, 2008, s. 249, ([http://researchbank.rmit.edu.au/view/rmit:40048](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hecpol3&div=21&id=&page=”) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021; Gökem Birinci, “Fikri Mülkiyet Hakkı Kısıncında Sağlık Hakkı”. <i>Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Akdeniz Üniversitesi</i>, 2009, s. 225; Olasupo Owowe, “The WTO TRIPS Agreement and the Public Health Conundrum: Important Lessons for Africa”, <i>NIALS Journal of Intellectual Property (NJIP)</i>, 2014, s. 46, (<a href=)) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

³⁷ Forman, s. 343-344; Duncan Matthews, “Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health”, *Legal Studies Research Paper No. 24/2009*, Queen Mary University of London, School of Law, 2009, s. 10, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414900) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021; Birinci, s. 225.

³⁸ World Health Organization, “The Use of Essential Drugs”, *Ninth Report of the WHO Expert Committee*, 2000, (<http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js2281e/2.html>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

³⁹ Forman, s. 337.

⁴⁰ Simon Walker, “The implication of TRIPS: Ethics, Health and Human Rights”, 2(1), *Journal of Human Development*, 2001, s. 110, (<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14649880120050200>) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Uche Ewelukwa, “Patent Wars in the Valley of the Shadow of Death: The Pharmaceutical Industry, Ethics and Global Trade”, Vol. 59, *University of Miami Law Review* 203, 2005, s. 291, (<http://repository.law>

arasında patent hakkının da yer alıp almadığı konusu oldukça uzun zamandır tartışılmaktadır⁴¹. Bir görüşe göre; patent korumasına yönelik düzenlemeler mevcut olmasaydı dahi gelişmekte olan dünyanın çoğu hala temel ilaçlara erişemeyecektir. Kaldı ki DSÖ Temel İlaçlar Örnek Listesi⁴²'ndeki ilaçların büyük çoğunluğu patent dışıdır ama buna rağmen erişim sorunu mevcuttur ve aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan TRIPS Anlaşması ile Doha Deklarasyonu'nda patent korumasına karşı zaten esneklikler yer almaktadır⁴³. Aksine patentler yeni ve daha etkin ilaçların geliştirilmesinde ilaç firmalarını teşvik edici önemli bir rol oynadıkları için temel ilaçlara erişimi sağlamada çözümün bir parçası olabilirler⁴⁴. Karşı görüş ise patent korumasının tekel bir konuma yol açtığı gerçeğinden hareketle daha yüksek ilaç fiyatları yarattığını ve bu nedenle özellikle yoksul insanların yaşadığı gelişmekte olan ülkelerde hastaların ilaçlara erişimini engellediğini savunmaktadır⁴⁵. Patentler ilaç

miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1380&context=umlr) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Mercurio, s. 14-15; Stine Jessen Haakonsson, Lisa Ann Richey, "TRIPS and Public Health: The Doha Declaration and Africa", 25(1), *Development Policy Review*, 2007, s. 72-73, 80, (https://www.researchgate.net/publication/4989287_TRIPS_and_Public_Health_The_Doha_Declaration_and_Africa) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Horace E. Anderson, "We Can Work It Out: Co-op Compulsory Licensing as the Way Forward in Improving Access to Anti-Retroviral Drugs", 16(2), *Boston University Journal of Science and Technology Law*, 2010, s. 172, (<https://core.ac.uk/download/pdf/46713640.pdf>) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Işık Önay, "TRIPS: Patent Korumasının İlaçlara Erişime Etkisi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 1380; Özcan Büyüktanır, Birinci, Ömürgönülşen, TRIPS Sözleşmesi, s. 10; Jennifer Anna Sellin, "Does One Size Fit All? Patents, the Right to Health and Access to Medicines", 62(3), *Netherlands International Law Review*, 2015, s. 446, (<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40802-015-0047-5.pdf>) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

⁴¹ Sellin, s. 446.

⁴² DSÖ tarafından ilki 1977 yılında olmak üzere, iki yılda bir güncellenen Temel İlaçlar Örnek Listesi yayımlanmaktadır. 2007 yılında ise ilk kez çocuklar için Temel İlaçlar Örnek Listesi yayımlanmıştır. Güncel listeler için bkz. <https://www.who.int/groups/expert-committee-on-selection-and-use-of-essential-medicines/essential-medicines-lists> (Erişim Tarihi 26 Mayıs 2021).

⁴³ Mercurio, s.15.

⁴⁴ Roger Kampf, "Patents versus Patients?", 40(1), *Archiv des Völkerrechts*, 2002, s.133, (<https://www.jstor.org/stable/40800024?seq=1>) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Report of the Commission on Intellectual Property Rights, 2002, Chapter 2, London, s. 29, (http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/Ch2final.pdf) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Frederick M. Abbott, "The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO", 5(2), *Journal of International Economic Law*, 2002, s. 472-473, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1493725) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021; Uğur G. Yalçın, "İlaç ve Patent-Türkiye'de ve Dünyada Son Gelişmeler", 2(3), *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 2002, s. 16.

⁴⁵ Yurtsever, s. 26; Walker, s. 110; Ellen 't Hoen, "TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access

fiyatlarını belirleyen temel faktörler olarak kabul edilmektedir⁴⁶; ancak patent koruma süresi sona erdikten sonra ilaçların eşdeğer versiyonunu üreten rakipler ilaç geliştirmeye yönelik AR-GE faaliyetlerinin tekrarından kaçınarak emek, zaman ve masraftan tasarruf edebildikleri için fiyatları düşürebilmektedir⁴⁷. Bu anlamda kamu sağlığının temininde, patentli ilacın orijinal formülasyonu ile eş aktif maddeleri ve formülü içeren ilaç anlamına gelen⁴⁸ eşdeğer ilaç üretiminin önemli bir yeri vardır. Karşı görüş bu gerekçelerle ticari fikri mülkiyet hukuku kurallarının katı bir şekilde uygulanmasını yaşama ve sağlığa ilişkin temel insan haklarının ihlali olarak görülmektedir⁴⁹.

Kanaatimizce de temel ilaçlara erişimi etkileyen tek unsur patentler değildir; ancak ilaç fiyatları üzerindeki yükseltici etkisi nedeniyle patent hakkı ile temel ilaçlara erişim sorunu arasındaki bağlantı inkâr edilmemelidir. Bununla birlikte ucuz eşdeğer ilaçların bile maliyetini karşılayamayan

to Essential Medicines: A Long Way from Seattle to Doha”, 3(1), Article 6, Chicago Journal of International Law, 2002, s. 27, (<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1171&context=cjil>) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021; Cullet, Patents and Medicines, s. 141-143; Sarah Joseph, “Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The ‘Fourth Wave’ of Corporate Human Rights Scrutiny”, Vol. 25, Human Rights Quarterly, 2003, s. 428, 431, (https://www.jstor.org/stable/20069671?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021; Matthews, Is History Repeating Itself, s. 3; Cameron, s. 524; Carlos M. Correa, “Implications of Bilateral Free Trade Agreements on Access to Medicines”, 84(5), Bulletin of the World Health Organization, 2006, s. 399; Cullet, Human Rights, s. 414, 416-417; Carsten Fink, “Intellectual Property and Public Health: An Overview of the Debate with a Focus on US Policy”, Working Paper Number 146, Center for Global Development, 2008, s. 14, (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.606.5889&rep=rep1&type=pdf>) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021; Ebenezer T. Durojaye, “Compulsory Licensing and Access to Medicines in Post Doha Era: What Hope For Africa?”, 55(1), Netherlands International Law Review, 2008, s. 39, (<https://link.springer.com/article/10.1017/S0165070X08000338>) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021; Sellin, s.446.

⁴⁶ Forman, s. 339; Cohen-Kohler, Forman, Lipkus, s. 231.

⁴⁷ Patrick L. Wojahn, “A Conflict of Rights: Intellectual Property under TRIPS, the Right to Health, and AIDS Drugs”, UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, 2001-2002, s. 485, (<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jilfa6&div=20&id=&page=>) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021; Tekinalp, s. 554; Abbott, Lighting a Dark Corner at the WTO, s. 472; Yalçın, Smaî Mülkiyetin İlkeleri, s. 16; Cullet, Patents and Medicines, s. 141; Joseph, s. 428, 433-434; Barton, s. 146-147; Forman, s. 340; Cohen-Kohler, Forman, Lipkus, s. 234; Sezgin Huysal, s. 60-61, 73; Özcan Büyüktanır, Birinci, Ömürgönülşen, TRIPS Sözleşmesi, s. 9-10.

⁴⁸ Tanım için bkz. Tekinalp, s. 554.

⁴⁹ Wojahn, s. 473-474; Thomas W. Pogge, “Human Rights and Global Health: A Research Program”, 36(1/2), Metaphilosophy, 2005, s. 194-197, (<https://www.jstor.org/stable/24439623?seq=1>) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021; Forman, s. 337, 344, 350; Durojaye, s. 35.

yoksulluk sınırının altındaki insanlar için patentler ilaçlara erişimi engelleyen bir faktör değildir. Bu noktada kamu sağlığının finansmanının sağlanması için küresel bir sorumluluk alınması ve başta devlet yardımı, bağışlar, uluslararası yardımlar, fiyat kontrolü gibi daha ileri önlemler getirilmesi gerekmektedir⁵⁰.

G. Patent Hakkı Korumasına Kamu Sağlığını Gözeten Dengeleyici Bakış Açısı ile Yaklaşım

Patent sistemi AR-GE'ye yatırım yapmayı teşvik ederek inovasyonu geliştirme amacı taşısa da patentlerin tıbbi teknolojilere erişim üzerindeki etkisi karmaşık ve tartışmalı olduğu için tıbbi yeniliğin teşvik edilmesi ve buna erişimin sağlanması arasında uygun bir dengenin sağlanması HIV/AIDS'in tedavisi ile ilgili ilaçlara erişime ilişkin endişelerin öne çıktığı 1990'lardan itibaren politika yapımcıların, sağlık aktivistlerinin ve özel sektörün odaklandığı temel bir sorun haline gelmiştir⁵¹. Nitekim yeni ilaçların geliştirilmesi ve halkın ilaçlara erişiminin kolaylaştırılması şeklinde tezahür eden her ikisi de kamu yararına dayanan bu menfaatler arasındaki çatışmayı denge gözeterek çözüme ulaştırma düşüncesi, aşağıda incelenecek olan, 14 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen Doha Deklarasyonu'nda da özel olarak ele alınmıştır.

Patent korumasının yol açtığı yüksek ilaç fiyatları karşısında özel ve kamu menfaatleri arasında insan hakları hukuku çerçevesinde bir denge kurulması gereklidir⁵². Bu düşünce hem etik temellere⁵³ hem de hukuki temellere⁵⁴ dayanmaktadır. Zira ilaç üretimi başta olmak üzere kamu sağlığı alanındaki ilerlemelerin insan haklarına olumlu anlamda katkı sağlayabilmesi için insan yaşamının onurunu en iyi şekilde korumak adına etik değer bilinci ile hareket

⁵⁰ Michael F. Scherer, Jayashree Watal, "Post-TRIPS Options for Access to Patented Medicines in Developing Nations" 5 (4), *Journal of International Economic Law*, 2002, s. 54, 63, (<https://icrier.org/pdf/jayawatal%20.pdf>) Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021; Cullet, *Patents and Medicines*, s. 143.

⁵¹ Walker, s. 110-111; Kampf, s. 90-91; Anatole Krattiger, "Promoting Access to Medical Innovation", Issue 5, *WIPO Magazine*, s. 7, 2013, (https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2013/05/article_0002.html) Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021.

⁵² Walker, s. 110-111; Joseph, s. 451-452; Amir H. Khoury, "The 'Public Health' or the Conventional International Patent Regime and the Ethics of 'Ethical': Access to Patented Medicines", 26 (25), *Cardozo Arts and Entertainment Journal*, 2008, s. 50, (<http://www.cardozoaej.com/wp-content/uploads/Journal%20Issues/Volume%2026/Issue%201/khoury.pdf>) Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021; J. Janewa OseiTutu, "Corporate 'Human Rights' to Intellectual Property Protection?", 55(1), *Santa Clara Law Review*, 2015, s. 35, (http://ecollections.law.fiu.edu/faculty_publications/127) Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021.

⁵³ Pogge, s. 194-196.

⁵⁴ Forman, s. 344.

edilmelidir⁵⁵. Hukuki açıdan yaklaşıldığında ise ilaç patentlerine yönelik düzenlemelerde sağlık hakkının önceliğini gözetecek şekilde patent hakkı ile sağlık hakkı arasında bir denge oluşturan özel hükümler getirilmelidir⁵⁶. Aynı şekilde uygulamada da ulusal ve uluslararası aktörler kamu sağlığını patent hakkına karşı öncelikleyen bakış açısı taşımalıdır⁵⁷. Bu anlamda fikri mülkiyet sahibinin menfaatleri ile insan sağlığı hakkı arasında denge sağlık hakkı lehinde kurulmalıdır⁵⁸. Böyle bir önceliğin benimsenmesi bir taraftan insanlık onurunun korunması amacına katkı sağlar, diğer taraftan devletin imtiyaz olarak tanıdığı hakları sınırlama imkânı verir⁵⁹. Bu kapsamda patent hakkı ile kamu sağlığı arasında denge sağlamaya ilişkin çözüm önerilerinden ilki, devletlerin patent hakkına ilişkin kamu sağlığıyla ilgili TRIPS Anlaşması esnekliklerini azami ölçüde kullanarak patent hakkına zorunlu lisans, paralel ithalat gibi istisna ve sınırlamalar getirilmesidir⁶⁰. Bu sayede eşdeğer farmasötik ürünlerin piyasaya girmesi kolaylaşacağından ilaç ve aşı fiyatlarında düşüş gözlenebilecektir. Aşağıda patent hakkına kamu sağlığı gerekçesiyle getirilebilecek istisna ve sınırlamalar ayrı bir başlık altında detaylı olarak incelenecektir.

Kamu yararı temelli bu iki hak arasında denge sağlamak için bir diğer öneri ise, iki taraflı Serbest Ticaret Anlaşmalarında (STA) sağlık hakkını daha az kısıtlayıcı fikri mülkiyet haklarının müzakere edilmesine dikkat

⁵⁵ Gostin, s. 123-126; Hans Morten Haugen, “Human Rights and TRIPS Exclusion and Exception Provisions”, 11(5/6), *The Journal of World Intellectual Property*, 2009, s. 359, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1498564) Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021; Özcan Büyüktanır, Birinci, Ömür gönülsen, TRIPS Sözleşmesi, s. 6; Owoeye, s. 49.

⁵⁶ Önay, s. 1353-1354; Sezgin Huysal, s. 73.

⁵⁷ Örneğin DTÖ anlaşmalarının uygulanması konusundaki uyumsuzlukları gideren DTÖ Uyuşmazlıkların Çözümü Organı tarafından TRIPS hükümlerinin uluslararası insan hakları anlaşmalarında yer alan insan hakları standartlarına göre yorumlanması sorunun çözümünde önemli bir ilerleme teşkil edecektir. Bkz. Forman, s. 352.

⁵⁸ Mark Heywood, “Drug Access, Patents and Global Health: Chaffed and Waxed Sufficient”, 23(2), *Third World Quarterly*, 2002, s. 228, (<https://www.jstor.org/stable/3993497?seq=1>) Erişim Tarihi 5 Mayıs 2021; Cullet, *Patents and Medicines*, s. 158-159; Durojaye, s. 69-70; OseiTutu, s. 35.

⁵⁹ Haugen, s. 359; OseiTutu, s. 35.

⁶⁰ Robert Weissman, “A Long, Strange TRIPS: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries”, 17(4), *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1996, s. 1118, (<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1484&context=jil>) Erişim Tarihi 5 Mayıs 2021; Walker, s. 113; Wojahn, s. 475, 487; Forman, s. 344-345; Haugen, s. 361.

edilmesidir⁶¹. Gerçekten “TRIPS-plus düzenlemeler”⁶² olarak da tanımlanan STA’lar ile çoğu gelişmekte olan ve en az gelişmiş ülkenin kamu sağlığı alanında karşılaştıkları birçok zorluğa ek olarak ilaçlar için yüksek düzeyde fikri mülkiyet koruması sağlayan hükümler getirilmektedir⁶³. Her ne kadar en az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler bu Anlaşmaları kabul ederek ekonomik ve ticari avantaj veya kazanç sağlama beklentisinde olsalar da⁶⁴ bu ülkelerin ticari kaygılardan sıyrılarak kamu sağlığından ödün vermeden halkının sağlığını gözeten bir müzakere süreci yönetmesi gerekmektedir⁶⁵.

II. PATENT HAKKININ KAPSAMINA GETİRİLEN KAMU SAĞLIĞI GEREKÇELİ İSTİSNA VE SINIRLAMALAR

Patentten doğan hak fikri ürünler üzerindeki haklardan birisi olarak gayri maddi bir mala ilişkindir ve gayri maddi mallar üzerindeki haklar mutlak hak olma özelliği taşıyan inhisari haklardır⁶⁶. Bununla birlikte patent sahibi yeniliklere erişim önünde engel teşkil etme ihtimali nedeniyle buluşundan dilediği şekilde sınırsız olarak yararlanma hakkına her zaman sahip değildir⁶⁷. Toplumun menfaatleri dikkate alınarak patent hakkı sahibinin

⁶¹ Forman, s. 345.

⁶² OseiTutu, s. 8-9.

⁶³ Brook K. Baker, “Arthritic Flexibilities for Accessing Medicines: Analysis of WTO Action Regarding Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health”, 2003, s. 58-59, (<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1253&context=expresso>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021; Sisule F. Musungu, Cecilia Oh, “The Use of Flexibilities in TRIPS by Developing Countries: Can They Promote Access to Medicines?”, Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health (CIPIH), Study 4C, 2005, s. 54, (<http://www.who.int/intellectualproperty/studies/TRIPSFLEXI.pdf>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021; Correa, Bilateral Free Trade Agreements, s. 399-400; Mercurio, s. 12-13; Vanessa B. Kerry, Kelley Lee, “TRIPS, the Doha Declaration and Paragraph 6 Decision: What Are the Remaining Steps for Protecting Access to Medicines?”, 3(3), Globalization and Health, 2007, s. 5, (https://www.researchgate.net/publication/6309011_TRIPS_the_Doha_declaration_and_paragraph_6_decision_What_are_the_remaining_steps_for_protecting_access_to_medicines) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021; Khoury, s. 32-33; Pedro Roffe, Christoph Spennemann, Johanna von Braun, “Intellectual Property Rights in Free Trade Agreements: Moving Beyond TRIPS Minimum Standards”, Vol. 1, Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, 2010, s. 278-279, 312, (<https://epdf.pub/research-handbook-on-the-protection-of-intellectual-property-under-wto-rules-int.html>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.

⁶⁴ Correa, Bilateral Free Trade Agreements, s. 402; Kerry, Lee, s. 5; Forman, s. 342; Cohen-Kohler, Forman, Lipkus, s. 242.

⁶⁵ Forman, s. 343.

⁶⁶ Ayiter, s. 1-2.

⁶⁷ Kaya, s. 177; Hayrettin Çağlar, Patent Hukukunda Ön Kullanım Hakkı, 10(1,2), Gazi

hakkına sınırlama ve istisnalar getirilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere patent hakkı karşısında toplumun menfaatlerinin gözetildiği alanlardan birisi kamu sağlığıdır. Çalışma konumuz gereği aşağıda kamu sağlığı gerekçesiyle getirilen söz konusu istisna ve sınırlamalar sırasıyla uluslararası ve ulusal hukuktaki düzenlemeler ışığında kısaca incelenecektir.

A. Uluslararası Hukuktaki Düzenlemeler

1. TRIPS Anlaşması

Patent hakkı ile kamu sağlığı ilişkisini ele alan temel kaynak TRIPS Anlaşması'dır⁶⁸. TRIPS Anlaşması, düzenlediği fikri mülkiyet hakkı çeşitleri bakımından en geniş kapsama sahip uluslararası anlaşma olup bu hakların korunması için maddi ve usuli asgari standartları belirlemektedir⁶⁹. Diğer taraftan TRIPS Anlaşması ülkelerin ekonomik ve siyasi gelişmelerini dikkate almadan yeknesak hükümler içermektedir⁷⁰. Bu nedenle en az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkeler sosyo-ekonomik durumlarını gözeterek patent hakkı karşısında kamu sağlığına yönelik kendi politikalarını oluşturarak iç hukuklarında düzenleme yapma özgürlüklerini büyük oranda kaybetmiştir⁷¹. Bununla birlikte TRIPS Anlaşması aynı zamanda üye ülkelere takdir yetkisi

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, s. 81.

⁶⁸ TRIPS Anlaşması, 1986 ve 1994 Uruguay Turu sırasında görüşülmüş ve 15 Nisan 1994 tarihinde Fas'ın Marakeş kentinde imzalanan Dünya Ticaret Örgütünü Kuran Anlaşma'nın Ek 1C metni olarak kabul edilmiş olup 1 Ocak 1995'te yürürlüğe girmiştir. Bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm adresinden 20 Nisan 2021 tarihinde alınmıştır.

⁶⁹ Ewelukwa, s. 212; Sellin, s.453.

⁷⁰ Jerome H. Reichman, "Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement", *The International Lawyer*, 29(2), 1995, s. 351, (https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1617&context=faculty_scholarship) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021; Cullet, *Patents and Medicines*, s. 144; Rudrani Bhattacharya, "Are Developing Countries Going Too Far on TRIPS? A Closer Look at the New Laws in India", *Vol. 34, American Journal of Law and Medicine*, 2008, s. 395, (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18697698>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021; Cohen-Kohler, Forman, Lipkus, s. 233; Roffe, Spennemann, von Braun, s. 267-268.

⁷¹ Önay, s. 1355-1356; Sezgin Huysal, s. 73. Bu bağlamda TRIPS Anlaşması'nın "one size fits all" olarak adlandırılan tek beden herkeşe uyacağı şeklinde sorunlu bir yaklaşım benimsediği ifade edilmektedir. Bkz. Sigrid Sterckx, "Patents and Access to Drugs in Developing Countries: An Ethical Analysis", 4(1), *Developing World Bioethics*, 2004, s. 74, (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1471-8731.2004.00067.x>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021; Peter K. Yu, "The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement", *Houston Law Review*, 2009, s. 981, (Web: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/457>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.

veren birtakım esneklikler içermektedir. Bu açıdan Anlaşma'da patent hakkının kamu sağlığı üzerindeki katı ve acımasız etkilerini sınırlayan mekanizmalar da mevcuttur⁷². TRIPS esnekliklerinin kullanılması, sağlık hakkı kapsamında ülkelerin temel ilaçlara ve aşılarla erişim sağlama konusundaki insan hakları yükümlülüğünü yerine getirmelerine yardımcı olabilecek önemli bir araçtır. Bu esnekliklerin kullanımını, ilaç/aşı fiyatlarının düşürülmesinde etkili olarak herkes için gerekli ilaçlara/aşılarla evrensel erişimin sağlanması, bu alanda genel rekabetin yaratılması ve sürdürülmesi imkânı doğuracaktır⁷³.

TRIPS Anlaşması'nın amaç ve ilkelerinin düzenlendiği TRIPS m. 7 ve 8 hükümleri genel sınırlama sebeplerini düzenlemektedir. Söz konusu madde hükümleri TRIPS ile getirilen esneklikleri korumak bakımından Anlaşma'nın yorumlanmasında ve uygulanmasında önemli rol oynamaktadır⁷⁴.

Ayrıca TRIPS'te özel olarak patent hakkına dair pek çok önemli esneklik bulunmaktadır. Bunlardan ilki, TRIPS m. 27 hükmüdür. Yukarıda bahsi geçtiği üzere TRIPS m. 27/1 hükmü patent korumasının tüm teknoloji alanlarına yayılmasını sağlayarak kamu sağlığı açısından ülkelerin artık ilaçları patent korumasının dışında tutamamalarına neden olmuştur⁷⁵. Bu hükmün

⁷² Ewelukwa, s. 218; Cohen-Kohler, Forman, Lipkus, s. 236; Roffe, Spennemann, von Braun, s. 269; Önay, s. 1391.

⁷³ Musungu, Oh, s. 5; Martin Khor, "Patents, Compulsory License and Access to Medicines: Some Recent Experiences", Intellectual Property Rights Series, Third World Network, 2007, s. 5-6, <http://www.twn.my/title2/IPR/pdf/ipr10.pdf> Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Correa, Matthews, s. 17; Ellen F. M. 't Hoen, Jacquelyn Veraldi, Brigit Toebes, Hans V. Hogerzeil, "Medicine Procurement and the Use of Flexibilities in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2001-2016", 96 (3), Bulletin of the World Health Organization, 2018, s. 189-190, (<https://www.who.int/bulletin/volumes/96/3/17-199364.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

⁷⁴ Frederick M. Abbott, "WTO TRIPS Agreement and its Implications for Access to Medicines in Developing Countries", Study Paper 2a, United Kingdom Commission on Intellectual Property Rights, 2002, s. 45, (http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp2a_abbott_study.pdf) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Kampf, s. 100-101; Cullet, Patents and Medicines, s. 145; Sandra Bartelt, "Compulsory Licenses Pursuant to TRIPS Article 31 in the Light of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health", Vol. 6, The Journal of World Intellectual Property, 2003, s. 286, (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1747-1796.2003.tb00202.x>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Ewelukwa, s. 219; Yu, s. 981, 1020-1025; Sellin, s. 454.

⁷⁵ Wojahn, s. 479; Baker, s. 8; Önay, s. 1362; Anderson, s. 175; Frederick M. Abbott, "Review: The Trilateral Study on Health, Intellectual Property, and Trade: The Virtue in Paving a Cleared Roadway", 16(2), Journal of International Economic Law, 2013, s. 496, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276641) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Sellin, s. 453, 465.

barındırdığı esneklik ise, patent verilebilirlik şartlarının var olması koşuluyla teknolojinin her alanında ürünlere ve usullere ilişkin her türlü buluş için patent verilebileceğini ifade ederken buluş kavramının ve patent verilebilirlik şartlarının tanımını yapmamış olması nedeniyle kapsamlarının belirlenmesi konusunda ülkelere takdir yetkisi tanımış olmasıdır⁷⁶. Özellikle farmasötik sektörü söz konusu olduğunda, düşük patentlenebilirlik standartlarının benimsenmesi sakıncalı sonuçlar doğurma potansiyeli taşır. Zira “sürekli yeşertme/evergreening” yöntemi adı verilen orijinal patentin ömrünü dolaylı olarak uzatmak için mevcut ilaçlar üzerinde yapılan küçük değişikliklerin patentlenmesine imkân veren bir uygulama⁷⁷ izlenerek patent hakkının kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Bu sayede uzatılmış pazar münhasırlığı eşdeğer ilaçların piyasadaki varlığını geciktireceği için temel ilaçlara uygun fiyatlı erişim sekteye uğrayacaktır⁷⁸. Sürekli yeşertme yöntemi görünümüleri ancak buluş kavramının doğru bir şekilde tanımlanması ve patent verilebilirlik şartlarının sıkı bir şekilde uygulanması ile patent dışı tutulabilir⁷⁹. TRIPS böyle bir tutuma imkân vermekte, aksi yönde bir yükümlülük getirmemektedir. TRIPS m. 27/2 hükmü ise patentlenebilir buluşların kapsamının kamu sağlığı gerekçesiyle sınırlanabilmesini düzenlemektedir. Bizzat “kamu sağlığı istisnası” olarak adlandırılan bu esneklik, insan yaşamını veya sağlığını

⁷⁶ Sisule Musungu, Susan Villanueva, Roxana Blasetti, “Utilizing TRIPS Flexibilities for Public Health Protection through South–South Regional Frameworks”, Geneva: South Centre, 2004, s. 16, (<http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4968e/s4968e.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Musungu, Oh, s. 34; Carlos M. Correa, “Pharmaceutical Innovation, Incremental Patenting and Compulsory Licensing”, The South Centre, Research Paper 41, 2011, s. 21, (<http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s21395en/s21395en.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Correa, Matthews, s. 10; Abbott, The Trilateral Study, s. 496; Sellin, s. 465.

⁷⁷ Correa, Pharmaceutical Innovation, s. 5.

⁷⁸ Correa, Pharmaceutical Innovation, s. 5; C. Scott Hemphill, Bhaven N. Sampat, “Evergreening, Patent Challenges, and Effective Market Life in Pharmaceuticals”, Vol. 31, Journal of Health Economics, 2012, s. 327-328, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1830404) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Roger Collier, “Drug Patents: The Evergreening Problem”, 185 (9), Canadian Medical Association Journal, 2013, s. 1-3, (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3680578/>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Jodie Liu, “Compulsory Licensing and Anti-Evergreening: Interpreting the TRIPS Flexibilities in Sections 84 and 3(d) of the Indian Patents Act”, 56(1), Harvard International Law Journal, 2015, s. 219-220, (<https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/561Liu.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Lisa P. Lukose, “Patent Ever Greening: Law And Ethics”, 7th International Conference on Information Law and Ethics, 2016, s. 351-352, (<https://icil.gr/2016/icil/proceedings/>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

⁷⁹ Correa, Pharmaceutical Innovation, s. 21. Ne var ki bu husustaki zorluklar için bkz. Sezgin Huysal, s. 121-122.

koruma gerekçesiyle buluşların belirli şartlar altında patent verilebilir buluşlar dışında bırakılabileceğini belirtmektedir⁸⁰. Buna göre; bir ülkedeki ticari sömürüyü önlemek adına bu amacı korumak için zorunluluk arz eden ve temel ilaçlara erişimi destekleyen diğer seçeneklerin (örneğin zorunlu lisansın) makul olarak mevcut olmadığı durumlarda son çare olarak o ülkenin bu istisna sayesinde belirli bir ilaca veya tüm ilaçlara patent verilmesini reddetme imkânına kavuşacağı kabul edilmektedir⁸¹. Yine bahsi geçtiği üzere TRIPS m. 27/3 hükmü ise kamu sağlığı gerekçesiyle insanların tedavisinde kullanılan teşhis, tedavi ve cerrahi usullerin patent verilebilir buluşlar dışında bırakılabileceğini belirtmektedir.

Bir başka esneklik TRIPS m. 6 hükmü ile düzenlenen fikri mülkiyet haklarının tükenme rejimi ile ilgilidir. Patentten doğan hakkın tüketilmesi, patent konusu ürünün ya da patent konusu usul ile doğrudan elde edilen ürünün bizzat patent hakkı sahibi ya da onun izni ile bir başka kişi tarafından piyasaya sunulmasıyla birlikte bu ürünlerle ilgili fiillerin patent hakkının kapsamı dışında kalmasıdır⁸². Diğer bir ifadeyle patentli ürünün satışa sunulmasından sonra hak sahibinin satışa sunulan o ürün üzerindeki patent hakkına dayalı kontrolünü kaybetmesidir⁸³. Sınai mülkiyet hukukunda hakkın tüketilmesi ilkesinin, hakkın verildiği ve ürünlerin piyasaya sürüldüğü ülke sınırları içinde tükenmesini öngören ülkesel tükenme, bir bütün olarak kabul edilen birtakım devletlerin karasal sınırlarının oluşturduğu bölge içinde tükenmesini öngören bölgesel tükenme ve hiçbir coğrafi sınır tanımaksızın dünyanın neresinde olursa olsun hakkın tükenmesi anlamına gelen uluslararası tükenme olmak üzere üç türü bulunmaktadır⁸⁴. Patent hakkının tükenmesi konusundaki tercih kamu sağlığı açısından özellikle eşdeğer ilaçların rekabetçi piyasada varlığını

⁸⁰ Weissman, s. 1099-1100.

⁸¹ Caroline Henckels, "The Ostensible 'Flexibilities' in TRIPS: Can Essential Pharmaceuticals Be Excluded from Patentability in Public Health Crises?", Vol. 32, Monash University Law Review, 2006, s. 349, 351-353, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1009373) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

⁸² Saraç, Hakkın Korunması, s. 129.

⁸³ Önay, s. 1359.

⁸⁴ Gül Okutan, "Exhaustion of Intellectual Property Rights: A Non-Tariff Barrier to International Trade?", XXX (46), Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, 1996, s. 112-113; A. T. Keşli, "The Role of Exhaustion of Intellectual Property Rights in the Integration; Application of the Principle in the European Internal Market & Turkish Custom Union", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş günü Armağanı, İstanbul, 1999, s. 412-413; Saraç, Hakkın Korunması, s. 130-135. Benzer yönde bkz. Hamdi Pınar, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 856.

temin edebilmeyi etkilemektedir. TRIPS m. 6 hükmü ile ülkeler istedikleri tükenme rejimini seçmeleri konusunda özgür bırakılmıştır⁸⁵. Bu sayede gelişmekte olan ülkeler uluslararası tükenme rejimini seçerek paralel ithalat⁸⁶ yoluyla dünya çapında mümkün olan en düşük fiyattan temel ilaçları temin etme imkânına kavuşabilecektir⁸⁷.

En geniş kapsamlı esneklik TRIPS m. 30 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; sınırlı olma, üçüncü kişilerin yasal menfaatlerini dikkate alma, patentten normal olarak yararlanılmasına makul ölçüler dışında aykırı olmama ve patent sahibinin yasal menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar vermeme şartları dâhilinde patent sahibinin haklarına istisnalar getirebilmek mümkündür. TRIPS m. 30 hükmü kapsamında istisnanın gerekçesinin kamu sağlığı olarak belirlendiği örnek uygulamalardan bazıları; Bolar istisnası, buluşun deneysel amaçlı kullanımı, özel maksatlı ticari olmayan kullanım ve bireysel reçetelerin hazırlanması için buluştan yararlanılmasını öngören eczane istisnasıdır⁸⁸. Bu istisnalardan salt kamu sağlığı gerekçesine dayanan Bolar istisnası ve eczane istisnası ulusal düzenlemeler kapsamında aşağıda ele alınacaktır.

Eşdeğer ilaç üretimine olan katkısı nedeniyle kamu sağlığı alanındaki en önemli esnekliklerden bir diğeri ise TRIPS m. 31 hükmünde düzenlenen zorunlu lisanstır. Zorunlu lisans, hak sahibinin izni olmadan üçüncü bir kişinin patentli bir ürünün lisans hakkını elde etmesine yetkili ulusal otorite tarafından izin verilmesi sonucunu doğuran bir lisanstır⁸⁹. TRIPS Anlaşması

⁸⁵ Kampf, s. 116; Christopher Garrison, “Exceptions to Patent Rights in Developing Countries”, Issue Paper No. 17, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2006, s. 53, (https://unctad.org/en/docs/iteipc200612_en.pdf) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Luis Mariano Genovesi, “The TRIPS Agreement and Intellectual Property Rights Exhaustion”, Vol 1, Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, 2010, s. 218, (<https://epdf.pub/research-handbook-on-the-protection-of-intellectual-property-under-wto-rules-int.html>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

⁸⁶ Hak sahibinin izni ile başka bir ülkede satışa sunulan ürünün üçüncü bir kişi tarafından hakkın korunduğu ülkeye ithal edilmesine “paralel ithalat” denilmektedir. Bkz. Okutan, s. 112; Kaya, s. 199.

⁸⁷ Scherer, Watal, s. 32; Cullet, Patents and Medicines, s. 147; Surinder K. Verma, “The Doha Declaration and Access to Medicines by Countries without Manufacturing Capacity”, Vol. 1, Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, 2010, s. 671, (<https://epdf.pub/research-handbook-on-the-protection-of-intellectual-property-under-wto-rules-int.html>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.

⁸⁸ Kampf, s.121; Wojahn, s. 480; Bartelt, s. 287; Musungu, Villanueva, Blasetti, s. 17; Musungu, Oh, s. 31-32; Cohen-Kohler, Forman, Lipkus, s. 238; Önay, s. 1364-1365.

⁸⁹ Wojahn, s. 481; Musungu, Villanueva, Blasetti, s. 12; Musungu, Oh, s. 15; Cecilia Oh, “Compulsory Licenses: Recent Experiences in Developing Countries”, Vol. 1, International

zorunlu lisans gerekçelerini sınırlandırmamıştır⁹⁰. Bu kapsamda ulusal olağanüstü aciliyet hallerinden birisi olarak kamu sağlığı gerekçesi zorunlu lisans hali teşkil edebilecektir. Ayrıca aşağıda detaylandırılacağı üzere, TRIPS sonrası uluslararası gelişmeler sonucu Anlaşma'ya eklenen TRIPS m. 31bis hükmü uyarınca başka ülkelerdeki kamu sağlığı ihtiyacı nedeniyle bu ülkelere ihracat yapmak üzere farmasötik ürünler üretmek için de zorunlu lisans tanınabilecektir. Zorunlu lisans, eşdeğer ilaç üretimine imkân sağladığı için gelişmekte olan ülkeler lehine çoğu hayat kurtarıcı temel ilaçların maliyetini düşürme ve bu ilaçlara erişim sağlama bakımından önemli bir araç olarak görülmektedir⁹¹. Bu açıdan zorunlu lisans uygulaması patent sahibinin

Journal of Intellectual Property Management, 2006, s. 24, (<https://www.inderscienceonline.com/doi/abs/10.1504/IJPM.2006.011020>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Cohen-Kohler, Forman, Lipkus, s. 237; Geertrui Van Overwalle, Van Esther Zimmeren, “A Paper Tiger? Compulsory License Regimes for Public Health in Europe”, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2011, s. 13, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1717974) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Rojina Thapa, “Waiver Solution in Public Health and Pharmaceutical Domain under TRIPS Agreement”, Vol. 16, Journal of Intellectual Property Rights, 2011, s. 470, (<http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/13057/1/JIPR%2016%286%29%20470-476.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

⁹⁰ Abbott, Access to Medicines, s. 16, Carlos M. Correa, “Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health”, WHO Document, 2002, s. 15, (https://www.who.int/medicines/areas/policy/who_EDM_PAR_2002.3.pdf) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; t Hoen, s. 40; Kampf, s. 103; Bartelt, s. 295; Duncan Matthews, “TRIPS Flexibilities and Access to Medicines in Developing Countries: the Problem with Technical Assistance and Free Trade Agreements”, Vol. 27, European Intellectual Property Review, 2005, s. 420, (<http://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/183>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Musungu, Oh, s. 15-16; Durojaye, s. 48; Van Overwalle, Van Zimmeren, s. 16, 22; World Health Organization, World Intellectual Property Organization, World Trade Organization, Promoting Access to Medical Technologies and Innovation: Intersections Between Public Health, Intellectual Property and Trade, 2013, s. 73, (https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/global_challenges/628/wipo_pub_628.pdf) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021; Sellin, s. 467; Duygu Akşit, “The Exportation of Pharmaceutical Products Subject to Compulsory Licenses to Third Countries Facing Public Health Related Problems: Actual Implementation of relevant Amendments in the TRIPS Agreement into Turkish Law”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/1, s. 195-197, (<http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GSUHFD-2017-1.pdf>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

⁹¹ Weissman, s. 1124; Sara M. Ford, “Compulsory Licensing Provisions Under the TRIPS Agreement: Balancing Pills and Patents”, 15(4), American University International Law Review, 2000, s. 946, (<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1278&context=auilr>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Wojahn, s. 481; Kampf, s. 101-102; Duncan Matthews, Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPS Agreement, First Edition, Routledge, the Taylor & Francis Group, 2002, s. 61; Scherer, Watal, s. 13-14; Matthews, Is History Repeating Itself, s. 5; Matthews, TRIPS Flexibilities, s. 420; Musungu, Oh, s. 15; İpek Eren Vural, “Domestic Contours of Global Regulation: Understanding the Policy Changes on Pharmaceutical Patents in India and Turkey”, 14(1),

mülkiyet hakkını kamu yararı adına sınırlayarak ülkenin ilaç sanayisinin gelişimini destekler ve iç pazarının talebini karşılar⁹². Ancak belirtmek gerekir ki, lisans alanın zorunlu lisanstan fayda sağlayabilmesi tersine mühendislik yapabilecek AR-GE potansiyeline ve ardından söz konusu ilaçları üretme kapasitesine sahip olmasına bağlıdır; aksi halde eşdeğer ilaç şirketlerinin maliyetleri artmış olacağı için zorunlu lisansın ilaç fiyatlarını düşürme etkisi azalır⁹³.

Son bir esneklik ise TRIPS Anlaşması'nın üye ülkeler için her bir ülkenin gelişmişlik seviyesine bağlı olarak Anlaşma'nın uygulanmaya başlanması bakımından farklı geçiş süreleri öngörmesidir. TRIPS m. 65 ve m. 66 hükümlerindeki geçiş süreleri artık gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler için sona ermiş olsa da en az gelişmiş ülkeler uzatılmış geçiş döneminden yararlanmaya devam etmektedir⁹⁴ ve genel geçiş süresi 1 Temmuz 2021 tarihine kadar ertelenmiştir⁹⁵. Önümüzdeki haziran ayının başında yapılması planlanan TRIPS Konseyi toplantısında bu sürenin uzatılması konusunda karar verilmesi beklenilmektedir⁹⁶.

2. TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkındaki Doha Deklarasyonu

TRIPS yukarıda bahsi geçen esneklikleri sağlıyor olsa da esnekliklerin kullanılabilirliği konusunda uygulamada çeşitli engellerle⁹⁷ karşılaşıldığı

Review of International Political Economy, 2007, s. 122, (<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290601081079>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Thapa, s. 471.

⁹² Kampf, s. 102; Özcan Büyüktanır, Birinci, Ömürgönülşen, TRIPS Sözleşmesi, s. 11.

⁹³ Jean O. Lanjouw, "A Patent Policy for Global Diseases: U.S. and International Legal Issues", 16(1), Harvard Journal of Law & Technology, 2002, s. 121, (<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v16/16HarvJLTech085.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Kampf, s. 103; William W. Fisher, Talha Syed, "Infection: The Health Crisis in the Developing World and What We Should Do About It", Stanford University Press, 2017, s. 9, https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/Infection_Regulations.pdf, Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

⁹⁴ World Health Organization, World Intellectual Property Organization, World Trade Organization, s. 74.

⁹⁵ Decision of the Council for TRIPS of 11 June 2013, WTO Doc. IP/C/64. Web: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docs_e/7_1_ipc64_e.pdf (Erişim Tarihi 8 Mayıs 2021).

⁹⁶ https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_30apr21_e.htm (Erişim Tarihi 20.05.2021).

⁹⁷ Söz konusu engeller; Anlaşma'nın anlamsal olarak belirsizlikler içermesi, birden çok yoruma izin vermesi, ulusal hukuka dâhil edilmesi ve uygulanması için teknik uzmanlık eksikliği, dünyada mevcut en iyi uygulamalar hakkında bilgiye erişilememesi, TRIPS esnekliklerini kullanmak isteyen ülkelerdeki ulusal ilaç araştırmalarının ve üretim kapasitelerinin eksikliği, verimli ilaç yönetimi ve tedarik sistemleri kurulmasında karşılaşılan zorluklar, önlem

için ülkelerin gelişmişlik düzeylerine bağlı olarak kamu sağlığı açısından farklı bakış açıları ile değerlendirilmektedir. En az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler esnekliklerin kullanılabilirliği önündeki bahsi geçen engeller nedeniyle ilaç fiyatları üzerinde endişe verici etkiler meydana getirdiği için TRIPS’i olumsuz karşılamışken⁹⁸; büyük ilaç şirketleri ve gelişmiş ülkeler bu alandaki buluşların devamlılığını gerekçe göstererek patent sahiplerinin yararına TRIPS’i desteklemiştir⁹⁹.

Ne var ki en az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler bakımından TRIPS’in kamu sağlığı üzerindeki söz konusu endişe verici etkisinin küresel bir boyuta ulaşması TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkındaki Doha Deklarasyonu ile başlayan uluslararası gelişmelere sebep olmuştur¹⁰⁰. Bu çerçevede Doha’da 9-14 Kasım 2001 tarihlerinde düzenlenen DTÖ Bakanlar Konferansı’nda DTÖ Bakanlar Deklarasyonu’nu¹⁰¹ ve bu Deklarasyonun 17. maddesi gereği çalışma konumuzla ilgili olan kısaca “Doha Deklarasyonu” olarak ifade ettiğimiz TRIPS Anlaşması ve Halk Sağlığı Deklarasyonu’nu¹⁰² kabul etmiştir.

Deklarasyon, gelişmiş ülkelerin ilaç endüstrisinin yoğun baskısı üzerine gelişmiş ülkeler tarafından gösterilen güçlü muhalefetlere rağmen kabul

alınmayan rekabete aykırı uygulamalar ve patent hakkının kötüye kullanılması halleri ile iç veya dış siyasi baskılar olarak sayılabilir. Bkz. Musungu, Villanueva, Blasetti, s. 23-30, 30-34; Musungu, Oh, s. 68; Ewelukwa, s. 218; Khor, s. 6; Cohen-Kohler, Forman, Lipkus, s. 236.

⁹⁸ ‘t Hoen, s. 27; Matthews, Globalising Intellectual Property Rights s. 113-114; Heywood, s. 225; Correa, Bilateral Free Trade Agreements, s. 400; Karin Timmermans, “Monopolizing Clinical Trial Data: Implications and Trends”, 4(2), PLOS Medicine, 2007, s. 206, (https://pdfs.semanticscholar.org/7c4b/31dbba7f224609eb8c8712778bd494116f6a.pdf?_ga=2.41862049.262291572.1558087001-555459927.1553693013) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; OseiTutu, s. 9-10.

⁹⁹ Önay, s. 1354.

¹⁰⁰ Richard Elliott, “TRIPS from Doha to Cancún... to Ottawa: Global Developments in Access to Treatment and Canada’s Bill C-56”, 8(3), Canadian HIV/AIDS Policy and Law Review, 2003, s. 7-8, <http://www.aidslaw.ca/site/wp-content/uploads/2013/04/8-3-1-e.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Correa, Bilateral Free Trade Agreements, s. 400; Verma, s. 640.

¹⁰¹ WTO Ministerial Declaration, WT/MIN(01)/DEC/1, adopted on 14 November 2001 by the Fourth WTO Ministerial Conference, Doha, Qatar. Web: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=37246&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch= (Erişim Tarihi 8 Mayıs 2021).

¹⁰² Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, WT/MIN(01)/DEC/2, adopted on 14 November 2001 by the Fourth WTO Ministerial Conference, Doha, Qatar. Web: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=35766&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True (Erişim Tarihi 8 Mayıs 2021).

edilmiştir. Bu anlamda gelişmekte olan ülkeler için önemli bir başarı olarak görülmektedir¹⁰³. Deklarasyon ile TRIPS esnekliklerinin ülkeler tarafından uygulanabilirliği teyit edilmiş ve en önemlisi fikri mülkiyet hukuku kuralları karşısında kamu sağlığına öncelik verilmiştir¹⁰⁴. Bu haliyle Deklarasyon, çok taraflı ticaret sisteminin kurulmasından bu yana tek başına fikri mülkiyet ve kamu sağlığı konusunu ele alan ilk tarihi belge olma özelliğini taşır¹⁰⁵.

Doha Deklarasyonu, yedi paragraftan oluşmaktadır. Paragraf 1 ile 3 hükümleri, kamu sağlığına ilişkin fikri mülkiyet koruması hususunda hem gelişmekte olan hem de gelişmiş ülkelerin endişelerini dile getirerek özel mülkiyet ve kamu refahı çıkarlarını dengeleme gereğini kabul etmektedir¹⁰⁶. Paragraf 4 ile 7 hükümleri ise; TRIPS Anlaşması'nın nasıl yorumlanması ve uygulanması gerektiği ile zorunlu lisans verme hakkı, zorunlu lisansın verildiği gerekçeleri ve fikri mülkiyet haklarının tükenme rejimini belirleme özgürlüğü, ulusal acil durumun ne olduğunu ve aşırı aciliyet koşullarını belirleme hakkı gibi TRIPS Anlaşması'nın çeşitli esnekliklerini düzenlemekte, ayrıca en az gelişmiş ülkelere yönelik teknoloji transferi ve farmasötik patentlere özgü olmak üzere özel geçiş süresi öngörülmesi konuları üzerinde durmaktadır¹⁰⁷. Belirtmek gerekir ki Paragraf 7 hükmü ile öngörülen bu özel geçiş süresi 1 Ocak 2033 tarihine kadar ertelenmiştir¹⁰⁸.

¹⁰³ Heywood, s. 228; Duncan Matthews, "WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: A Solution to the Access to Essential Medicines Problem?", 7(1), Journal of International Economic Law, 2004, s. 8, (<http://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/983>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Verma, s. 626; Carlos M. Correa, "Will the Amendment to the TRIPS Agreement Enhance Access to Medicines?", No. 57, Policy Brief, 2019, s. 2, (https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/01/PB57_Will-the-Amendment-to-the-TRIPS-Agreement-Enhance-Access-to-Medicines_EN-1.pdf) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

¹⁰⁴ Correa, Doha Declaration, s. 48; 't Hoen, s. 28; Matthews, WTO Decision, s. 8; Correa, Bilateral Free Trade Agreements, s. 400; Mercurio, s. 5-6; Roffe, Spennemann, von Braun, s. 272; World Health Organization, World Intellectual Property Organization, World Trade Organization, s. 71.

¹⁰⁵ Kampf, s. 134.

¹⁰⁶ Divya Murthy, "The Future of Compulsory Licensing: Deciphering the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health", Vol. 17(6), American University International Law Review, 2002, s. 1321-1322, (<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1232&context=auilr>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Mercurio, s. 6.

¹⁰⁷ Musungu, Oh, s. 6.

¹⁰⁸ Decision of the Council for TRIPS of 6 November 2015, WTO Doc. IP/C/73. Web: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=135697,135626&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True (Erişim Tarihi 8 Mayıs 2021)

Deklarasyonun özel olarak üzerinde durulması gereken hükmü Paragraf 6'da yer alan düzenlemedir. Bu hükümde ilaç sektöründe üretim kapasitesi yetersiz olan veya hiç bulunmayan DTÖ üyelerinin TRIPS Anlaşması uyarınca zorunlu lisans uygulamasından etkin bir şekilde faydalanması konusunda zorluklarla karşılaşabileceği konusunda farkındalık olduğu belirtilmiştir. Farkındalığa neden olan bu sorunun dayanaklarını anlamak için ilaç üretim kapasitesi yetersiz olan veya hiç bulunmayan DTÖ üyelerinin bu ihtiyaçlarını TRIPS öncesi ve sonrası dönemde nasıl karşılamak durumunda kaldığını açıklamak gerekir. TRIPS'in henüz yürürlüğe girmediği dönemde ilaç ihtiyacı duyan ve fakat ilaç üretmek için yeterli kapasiteye sahip olmayan bahsi geçen ülkeler ucuz ilaç ihtiyaçlarını ilaçların patentle korunmadığı ülkelere ithal ederek karşılamaktaydı. Ne var ki TRIPS ile birlikte öngörülen geçiş süresinin sonunda ilaçların tedarik edildiği ülkelere ilaçların patentle korunması yükümlülüğü başlamıştır. Bu noktada her ne kadar TRIPS patent hakkının istisnası olarak zorunlu lisansa başvurma imkânı tanıdıysa da gelişmiş ülkelerin ve büyük ilaç şirketlerinin zorunlu lisansın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla TRIPS'te yer almasını istedikleri m. 31/f hükmünde zorunlu lisansın esas olarak ülke sınırları dâhilinde yurtiçi pazara arz için verileceğinin şart koşulması bu ülkeler için büyük bir engel teşkil etmiştir¹⁰⁹. Zira bu hüküm ulusal kamu sağlığı ihtiyacı için ülke içi tedarik amacıyla kullanıldığında patentli ilaçlardan daha uygun fiyatlı eşdeğer ilaç üretme imkânı sunuyor olsa da hayat kurtaran ilaçların eşdeğer üretimini yapmak için teknolojik kapasiteye sahip olmayan en az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkeler için eşdeğer ilaç teminini kullanışsız kılmıştır¹¹⁰. Bahsi geçen hükümde esas olarak lisansın verildiği ülkenin ihtiyacı kadar ilaç üretilebileceğinin ifade edilmesi lisans sahibinin ilaçları kamu sağlığı ihtiyacı olan bir ülkeye ihraç etme olanağını da sınırlamıştır¹¹¹. Bu nedenle eşdeğer ilaç ithal etme seçeneği sınırlanan ucuz

2021).

¹⁰⁹ Önay, s. 1371.

¹¹⁰ Correa, Doha Declaration, s. 19; 't Hoen, s. 44; Cullet, Patents and Medicines, s. 147-148; Bartelt, s. 288, 296; Mercurio, s. 7; Scott Lucyk, "Patents, Politics and Public Health: Access to Essential Medicines under the TRIPS Agreement", Vol. 38, Ottawa Law Review, 2007, s. 197-198, (<https://rdo-olr.org/en/2007/patents-politics-and-public-health-access-to-essential-medicines-under-the-trips-agreement/>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Durojaye, s. 50; Verma, s. 627; Correa, Matthews, s. 10; Van Overwalle, Van Zimmeren, s. 27; Akşit, s. 211-212.

¹¹¹ Abbott, Access to Medicines, s. 17; Abbott, Lighting a Dark Corner at the WTO, s. 499, 501; Matthews, Is History Repeating Itself, s. 5; Sterckx, s. 72; Ewelukwa, s. 223; Frederick M. Abbott, Rudolf van Puymbroeck, "Compulsory Licensing for Public Health, A Guide and Model Documents for Implementation of the Doha Declaration Paragraph 6 Decision",

ilaca ihtiyaç duyan ülkeler ihtiyaçlarını karşılamak için yeterli miktarda ithalat yapmakta zorlanmıştır¹¹². İşte Deklarasyon bu farkındalığa işaret etmekle yetinmiştir ve sorunun çözümü için TRIPS Konseyi'ne 2002 yılının sonundan önce DTÖ Genel Konseyi'ne rapor vermesi talimatı vermiştir. Bu sorunun doğrudan Deklarasyon tarafından çözüme kavuşturulmaması olmasının Deklarasyonun başarısını azalttığı düşünülmektedir¹¹³.

3. 30 Ağustos 2003 Tarihli DTÖ Genel Konseyi Kararı (6. Paragraf Kararı)

Her ne kadar Doha Deklarasyonu TRIPS Konseyi'ne 2002 yılının sonundan önce DTÖ Genel Konseyi'ne rapor vermesi talimatı vermiş olsa da öngörülen sürede bu talimat yerine getirilememiştir¹¹⁴. Nihayet 30.08.2003 tarihinde DTÖ Genel Konseyi tarafından geçici bir çözüm olarak "6. Paragraf Kararı"¹¹⁵ alınmıştır¹¹⁶. Karar esas olarak TRIPS m. 31 hükmünün (f) ve (h) bentlerindeki iki düzenlemeden feragat şeklinde düzenlenmiştir¹¹⁷. Bu doğrultuda farmasötik ürünlerin zorunlu lisansa konu edilmesi halinde ihracatçı ülke bakımından ağırlıklı olarak yurt içi pazara arz sınırlaması ve ürün ithalatçı ülkede de patentli ise ithalatçı ülke bakımından patent hakkı

World Bank Working Paper, No. 61, 2005, s. 9, (<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7269/334260rev0pub.pdf?sequence=1>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Roy Love, "Corporate Wealth or Public Health? WTO/TRIPS Flexibilities and Access to HIV/AIDS Antiretroviral Drugs by Developing Countries", 17(2), Development in Practice, 2007, s. 209, (<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09614520701195915>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021; Mercurio, s. 7; Durojaye, s. 51; Önay, s. 1371; Correa, Access to Medicines, s. 1.

¹¹² Ayşegül Özdemir, "TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines", 1(1), Ankara Bar Review, 2008, s. 94, (<http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/01.pdf>) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

¹¹³ Cullet, Patents and Medicines, s. 154; Mercurio, s. 7.

¹¹⁴ Ewelukwa, s. 223; Matthews, "From the August 30, 2003 WTO Decision to the December 6, 2005 Agreement on an Amendment to TRIPS: Improving Access to Medicines in Developing Countries?", Vol. 10, Intellectual Property Quarterly, 2006, s. 93, (<http://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/2124>) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021; Musungu, Oh, s. 39, dn.143; Önay, s. 1374. Müzakere sürecinin detaylı açıklaması için bkz. Özkök Gökmen, s. 344-348.

¹¹⁵ Karar metni için Bkz. WTO General Council Decision, WT/L/540. Web: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/implem_para6_e.htm (Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021).

¹¹⁶ Matthews, Is History Repeating Itself, s. 10; Matthews, WTO Decision, s. 19. Kararın alınma sürecinde ve yapılan görüşmeler esnasında sunulan önerilerin olumlu ve olumsuz yanları hakkında detaylı değerlendirme için bkz. Correa, Doha Declaration, s. 25-31.

¹¹⁷ Bu hususta bkz. Kararın 2. ve 3. Paragrafı.

sahibine yeterli ücret ödenmesi şartı kaldırılmıştır¹¹⁸. Bu haliyle Deklarasyonun 6. paragrafında ifade edilen zorunlu lisansın fiilen uygulanmadığı ülkelere yönelik soruna Karar çözüm getirebilmiş, en az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere yurt dışında TRIPS m. 31/f hükmüne takılmadan zorunlu lisans kapsamında üretilen ilaçlardan ithalat kısıtlaması olmadan faydalanma imkânı sağlamıştır¹¹⁹. Kararın öngördüğü sistemi somutlaştırmak için Önay tarafından verilen örneğin aktarılması faydalı olacaktır. Buna göre; yeterli üretim kapasitesine sahip olmayan bir Afrika ülkesi (A)'nın AIDS salgını ile mücadele edebilmesi için (B) ülkesinde çıkarılacak zorunlu lisansla eşdeğer ilaçlar üretilebilecek ve (A) ülkesine ihraç edilebilecektir¹²⁰. Bu çerçevede Karar, üretim kapasitesi hiç bulunmayan veya yeterli olmayan ülkelerin zorunlu lisans altında üretim yapan yabancı bir eşdeğer üreticiden eşdeğer ilaçları ithal etmelerini sağlamaktadır¹²¹.

Kararın 1/a Paragrafına göre içerik sadece farmasötik ürünler ile sınırlı olup bu ürünlerin kapsamına aktif farmasötik bileşenler ve teşhis kitleri de dâhil edilmiştir. Bu bağlamda Karar aşıların da bu kapsama alınmasına izin verecek kadar geniş çerçevelidir¹²². Kararı yalnızca “uygun ithalatçı üyeler” kullanabilmektedir. Kararın 1/b paragrafı gereği “uygun ithalatçı üye”, tüm en az gelişmiş ülkeler ve sistemi ithalatçı olarak kullanma niyetini TRIPS Konseyi'ne bildiren herhangi bir üye ülkedir. Görüldüğü üzere en az gelişmiş ülkeler bildirimde bulunmadan sisteme dâhil olabilmektedir; ancak diğer üyelerin sistemi ithal eden ülke olarak kullanma niyetlerini herhangi bir zamanda bir defalık genel bir bildirim ile¹²³ belirtmeleri gerekmektedir. Kararın 1/c Paragrafı gereği “ihracatçı üye” ise, sistemi uygun bir ithalatçı üye için farmasötik ürünler üretmek ve bunları ihraç etmek üzere kullanan sanayileşmiş ülkeler de dâhil olmak üzere üretim kapasitesine sahip herhangi

¹¹⁸ Abbott, van Puymbroeck, s. 9.

¹¹⁹ Forman, s. 341; Mercurio, s. 7; Verma, s. 627; Önay, s. 1371-1372; ‘Ellen ‘t Hoen, Jonathan Berger, Alexandra Calmy, Suerie Moon, “Driving a Decade of Change: HIV/AIDS, Patents and Access to Medicines for All”, 14(15), Journal of the International AIDS Society, 2011, s. 5, (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1186/1758-2652-14-15>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.

¹²⁰ Önay, s. 1374-1375.

¹²¹ Musungu, Oh, s. 39; Bhattacharya, s. 407.

¹²² Ewelukwa, s. 226; Matthews, Improving Access to Medicines, s. 98.

¹²³ Bildirim yapılırken sistemin tamamen veya sınırlı bir şekilde -örneğin yalnızca ulusal bir tehlikede veya diğer olağanüstü aciliyet hallerinde ya da ticari olmayan kamusal kullanım durumunda- kullanılacağı ifade edilebilecektir.

bir üye ülke¹²⁴ anlamına gelir.

Kararda bu tür bir zorunlu lisans verilebilmesine yönelik hem uygun ithalatçı üye adına hem de ihracatçı üye adına yükümlülükler öngören ayrıntılı bir süreçten bahsedilmektedir¹²⁵. Buna göre; ithalatçı konumundaki üye ülke Kararın 2/a-i paragrafı gereği ilk olarak, TRIPS Konseyi'ne ihtiyaç duyulan ürünlerin adlarını ve beklenen miktarları bildirmelidir. Daha sonra Kararın 2/a-ii Paragrafı uyarınca en az gelişmiş ülkeler dışındaki ithalatçı üyeler ithal edilecek ürünler için üretim kapasitesinin yetersiz olduğunu veya hiç bulunmadığını TRIPS Konseyi'ne teyit etmelidir. Son bir yükümlülük Kararın 2/a-iii Paragrafına göre ithalatçı ülkenin farmasötik ürünün kendi bölgesinde patentli olması halinde TRIPS Anlaşması'nın 31. maddesine ve bu Kararın hükümlerine uygun olarak zorunlu lisans verdiğini veya vermeye razı olduğunu onaylamasıdır. Diğer bir ifadeyle ilacın ithalatçı ülkede patent koruması altında olduğu durumlarda, patentli ilacın eşdeğer versiyonunun ithalatı için zorunlu bir lisans verilmesi gerekecektir¹²⁶. Diğer taraftan Kararda açıkça yer almasa da ithalatçı ülkenin gerekli ilacı üretebilecek kapasiteye sahip bir ülkede ihracat yapmaya istekli bir tedarikçi¹²⁷ tespit edip TRIPS Konseyi'ne bildirmesi için doğası gereğidir¹²⁸. İhracatçı ülke bakımından ise zorunlu lisansın Kararın 2/b paragrafında belirtilen üç önlemi içermesi gerekmektedir. Bunlardan ilki Kararın 2/b-i Paragrafı gereği, yalnızca uygun ithalatçı üye ya da üyelerin ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli olan miktarın lisans altında üretilebilmesi ve bu üretimin tamamının ihtiyacını Konsey'e bildiren üye veya üyelere ihraç edilebilmesidir. İkincisi, Kararın 2/b-ii Paragrafı uyarınca uygulanabilir olması ve fiyat üzerinde önemli bir etkisi olmaması kaydıyla lisans altında üretilen ürünlerin özel etiketleme veya işaretleme suretiyle açıkça

¹²⁴ Baker, s. 22; Ewelukwa, s. 226; Matthews, Improving Access to Medicines, s. 99.

¹²⁵ Verma, s. 645-646. Süreci tablo üzerinden özetleyen anlatım için bkz. Carlos Correa, "Recent International Developments in the Area of Intellectual Property Rights", ICSTD- UNCTAD Dialogue, 2nd Bellagio Series on Development and Intellectual Property, 2003, s. 2-3, (http://www.iprsonline.org/unctadictsd/bellagio/docs/Correa_Bellagio2.pdf) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021. Ayrıca Kararın 4., 5. ve 10. paragraflarında sistemin farklı ve kötüniyetli amaçlarla kullanılmaması için uygulama aşamasına yönelik yükümlülükler mevcuttur. Bu yükümlülükler, ticari sapmayı önlemeye yönelik yükümlülükler olarak da anılmaktadır. Bkz. Matthews, Improving Access to Medicines, s. 101-102.

¹²⁶ Musungu, Oh, s. 39.

¹²⁷ İhracatçı gerçekleştirecek tedarikçiden kasıt, bir eşdeğer ilaç firmasıdır. Bkz. Correa, Access to Medicines, s. 4.

¹²⁸ Ewelukwa, s. 237.

tanımlanmasıdır¹²⁹. Kararın 2/b-iii Paragrafı kapsamında üçüncü yükümlülük ise sevkiyat başlamadan önce her varış noktasına tedarik edilen miktarların ve ürünlerin ayırt edici özelliklerinin bir web sitesinde yayımlanmasıdır. Kararın 2/c paragrafı gereği ihracatçı üyenin bir diğer yükümlülüğü, sistemin öngörülen şekilde kullanılabilmesi için lisans alanın adını ve adresini, ihraç edeceği ürünleri, bu ürünlerin varış yerini, tedarik edilecek miktarları, lisansın süresi dâhil olmak üzere lisans şartlarını ve yukarıda bahsi geçen web sitesinin adresini içerecek şekilde TRIPS Konseyi'ne bildirim yapması gerekliliğidir. Son olarak Kararın 3. paragrafının ilk cümlesi gereği, ihracatçı üye tarafından zorunlu lisans verildiğinde, TRIPS Anlaşması'nın 31/h maddesi uyarınca patent sahibine bir ücret ödenmelidir. Ücret, ihracatçı ülkede yetkilendirilen kullanımın ithalatçı ülke bakımından teşkil ettiği ekonomik değer dikkate alınarak tespit edilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, 6. Paragraf Kararı zorunlu lisans ile ilgili TRIPS'teki esnekliği ucuz eşdeğer ilaçların ihtiyaç sahibi ülkeler tarafından teminini gözeterek daha da genişletmiş olsa da¹³⁰ olumsuz yönleri ile de eleştirilmektedir. Bunlardan bazıları; başta TRIPS Konseyi'ne yapılacak bildirimler kapsamında birçok şartın yerine getirilmesi zorunluluğu olmak üzere oldukça karmaşık ve külfetli idari prosedürler içermesi¹³¹, eşdeğer ilaç üreticilerine yatırımlarının karşılığını alacağı konusunda güvence vermemesi, ilgili ilacın yeni olması ve ihracatçı ülkede de acil ulusal sağlık ihtiyaçlarının karşılanması için yeterli miktarda olmaması halinde uygulanmasının

¹²⁹ Bu yükümlülüğün amacı etiketleme, markalama veya paketleme yoluyla ayırt edilebilir kılınan ürünlerin gelişmiş ülke pazarlarına yeniden yönlendirilmesi riskini en aza indirebilmektir. Bkz. Matthews, *Is History Repeating Itself*, s. 7, 11; Matthews, *WTO Decision*, s. 20; Mike Gumbel, "Is Article 31bis Enough? The Need to Promote Economies of Scale in the International Compulsory Licensing System", 22(1), *Temple International & Comparative Law Journal*, 2008, s. 170, (<https://sites.temple.edu/ticlj/files/2017/02/22.1.Gumbel-TICLJ.pdf>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.

¹³⁰ Roffe, Spennemann, von Braun, s. 272.

¹³¹ Correa, *Recent International Developments*, s. 4; Baker, s. 29-30; Hans H. Lidgard, Jeffery Atik, "Facilitating Compulsory Licensing under TRIPS in Response to the AIDS Crisis in Developing Countries", *Corporate and Employment Perspectives in a Global Business Environment*, Chapter 5, Kluwer Law International, 2005, s. 14, 17-18, (<https://portal.research.lu.se/portal/files/6001478/4004971.pdf>) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021; Ewelukwa, s. 207, 238; Forman, s. 341; Love, s. 211; Durojaye, s. 54; Verma, s. 647-648; Van Overwalle, Van Zimmeren, s. 29; Thapa, s. 473; H. Rehman, "WTO, Compulsory Export Licences and Indian Patent Law", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2011, s. 13, (<https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/3005>) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

güçlüğü¹³² olarak sayılabilir. Bu gerekçelerle Kararın farmasötik ürünlere uygun fiyatlarla erişimi kolaylaştırmadığı ifade edilmektedir¹³³. Bu çekinceler sistemin uygulamaya geçmesine de yansımış ve kullanımını engellemiştir.

4. 6 Aralık 2005 Tarihli DTÖ Genel Konseyi Kararı: TRIPS Anlaşması Madde 31’de Değişiklik Yapılması Hakkında Karar

6. Paragraf Kararı geçici bir çözüm olduğu için bu Karar doğrultusunda TRIPS Anlaşması m. 31/f hükmüne yönelik kalıcı bir değişiklik yapılması gerekiyordu¹³⁴. Yoğun müzakereler sonrası 6 Aralık 2005 tarihinde DTÖ Genel Konseyi Kararı ile kalıcı değişiklik konusunda anlaşmaya varılmış ve bu Kararın ekini oluşturan TRIPS Anlaşması’nı Değiştiren Protokol uyarınca TRIPS’e 31. maddeden sonra yeni bir 31bis maddesi ve 76. maddeden sonra yer almak üzere bir Ek eklenerek üyelerin kabulüne açılmıştır¹³⁵. TRIPS değişikliğinin yürürlüğe girmesi için DTÖ Anlaşması’nın X/3 maddesine göre gerekli olan DTÖ üyelerinin üçte ikisinin değişikliği meclislerinde onaylaması şartı 23 Ocak 2017 tarihinde tamamlanmış ve bu ülkeler için TRIPS değişikliği kalıcı etkisiyle Kararın yerine geçmiştir¹³⁶. Değişikliği henüz kabul etmemiş olan üyelere 10 Aralık 2019 tarihli DTÖ Genel Konseyi Kararı ile şu an için 31 Aralık 2021 tarihine kadar veya DTÖ Bakanlar Konferansı tarafından karar verilecek daha sonraki bir tarihe kadar değişikliği kabul etmesi için zaman tanınmıştır¹³⁷. Bu bağlamda TRIPS değişikliği 6. Paragraf Kararını doğrudan ilga etmemiştir¹³⁸.

¹³² Verma, s. 666-667.

¹³³ Correa, Access to Medicines, s. 5-6.

¹³⁴ Ewelukwa, s. 236-237; Matthews, Improving Access to Medicines, s. 105; Khor, s. 5; Durojaye, s. 54; Correa, Matthews, s. 10-11; Van Overwalle, Van Zimmeren, s. 27.

¹³⁵ Bkz. WTO General Council Decision of 6 December 2005, Amendment of the TRIPS Agreement, WT/L/641. Web: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=225408,121046,96083,96293,69009,58276&CurrentCatalogueIdIndex=5&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True (Erişim Tarihi 13 Nisan 2021).

¹³⁶ Bkz. https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/trip_23jan17_e.htm. (Erişim tarihi 20 Nisan 2021). Türkiye TRIPS Anlaşması’nı Değiştiren Protokolü 14 Mayıs 2014 tarihinde onaylamıştır. Bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/amendment_e.htm. (Erişim tarihi 20 Nisan 2021).

¹³⁷ Bkz. WTO General Council Decision of 10 December 2019, Amendment of The TRIPS Agreement – Sixth Extension of the Period for the Acceptance by Members of the Protocol Amending The TRIPS Agreement, WT/L/1081. Web: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/1081.pdf&Open=True> (Erişim Tarihi 21 Nisan 2021).

¹³⁸ Durojaye, s. 57. 6. Paragraf Kararının 11. Paragrafı gereği TRIPS metninde bu Karara

TRIPS 31bis maddesi ile 6. Paragraf Kararının öngördüğü sistem TRIPS'in diline uygun biçime getirilmesi için yapılan küçük değişiklikler dışında mevcut hali ile kabul edilmiştir¹³⁹. Buna göre TRIPS 31bis maddesi ile üye ülkelerin ilaçların üretimi ve uygun bir ithalatçı üyeye ihracatı için zorunlu lisanslar vermesine izin verilerek TRIPS m. 31/f bendine istisna getirilmiştir¹⁴⁰. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar TRIPS değişikliğinin farklı devletlerin farklı ihtiyaçlara sahip olduğu gerçeğini kabul eden bir düzenleme içerdiğini belirten görüşler mevcut olsa da¹⁴¹ Karara yönelik haklı eleştirileri değiştirmeden benimsediği için TRIPS değişikliği de aynı şekilde tepki almıştır¹⁴². Öyle ki TRIPS Anlaşması'nda yapılan bu değişikliğin Doha Deklarasyonu'nun ruhuna aykırı olduğu, sağlık hakkını önceliklendirme anlayışıyla tutarlı olmadığı ifade edilmektedir¹⁴³.

Bununla birlikte Doha Deklarasyonu sonrası yaşanan gelişmeler 13-18 Aralık 2005 tarihinde Hong Kong'da gerçekleştirilen DTÖ VI. Bakanlar Konferansı sonucunda kabul edilen 18 Aralık 2005 tarihli Hong Kong Bakanlar Deklarasyonu'nda¹⁴⁴ tekrar ele alınmış ve fakat bu gelişmelere olumlu yaklaşılmıştır. Söz konusu Deklarasyonun TRIPS ve kamu sağlığı hakkındaki 40. Paragrafına göre; TRIPS Anlaşması ve Halk Sağlığı ile ilgili Doha Deklarasyonu'nun 6. paragrafının uygulanmasına ilişkin 30 Ağustos 2003 tarihli Genel Konsey Kararına ve hükümlerinin yerine geçmek üzere TRIPS Anlaşması'nda yapılan değişikliğe verilen önem teyit edilmiştir. Bu bağlamda TRIPS Konseyi'nde ve TRIPS Anlaşması'nın Değiştirilmesine ilişkin 6 Aralık 2005 tarihli Genel Konsey Kararında yapılan çalışmalar memnuniyetle karşılanmıştır (!).

B. Ulusal Hukuktaki Düzenlemeler

Patent hakkı ile kamu sağlığı ilişkisine denge getirmek amacıyla sağlık

dayanılarak yapılacak kalıcı değişikliğin tüm üyeler tarafından kabulü ile Karar yürürlükten kalkmaktadır.

¹³⁹ Durojaye, s. 55; Verma, s. 649.

¹⁴⁰ Gumbel, s. 162-163; Verma, s. 648; Rehman, s. 6.

¹⁴¹ Khoury, s. 40.

¹⁴² Durojaye, s. 57; Khoury, s. 59; Verma, s. 652.

¹⁴³ Durojaye, s. 57.

¹⁴⁴ WTO Ministerial Declaration, WT/MIN(05)/DEC, adopted on 18 December 2005 by Ministerial Conference Sixth Session, Hong Kong. Web: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=70196&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch= (Erişim Tarihi 8 Mayıs 2021).

hakkının önceliğini gözetme çözümü, fikri mülkiyet hakkının insan hakkı niteliğine bizzat Anayasa tarafından getirilen sınırlama doğrultusunda ulusal hukuk düzenimizde de benimsenmiştir. Fikri mülkiyet hakkının Anayasal dayanağı Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına uyumlu olarak¹⁴⁵ gayri maddi mal olmalarına rağmen mülkiyet hakkı olarak kabul edilmektedir¹⁴⁶. Bu doğrultuda kamu sağlığını tehdit eden durumlarda kamu yararı gerekçesiyle fikri mülkiyet hakkına kanunla sınırlama getirilmesine ve kamu sağlığı söz konusu olduğunda fikri mülkiyet haklarının toplum yararına aykırı kullanılmasını engellemeye bizzat Anayasa yetki vermektedir. Bu sonuç sağlık hakkı bakımından devletin Anayasal yükümlülükleri arasında yer alan temel sağlık olanaklarına erişim tesis etme yükümlülüğünün¹⁴⁷ de bir gereğidir. O halde Anayasa kamu sağlığını gözetken bir patent hakkı tanınmasının temel hukuki dayanağıdır. Hukukumuzda patent hakkının kamu sağlığına ilişkin istisna ve sınırlamaları bu doğrultuda incelenecektir.

1. Patent Hakkı Korumasının Kamu Sağlığına İlişkin Sınırlamaları ve İstisnaları

a. İlaçların Ruhsatlandırılması İçin Gerekli Test ve Deneyler (Bolar İstisnası)

Eşdeğer ilaç üretimini destekleyen, SMK m. 85/3-c hükmünde düzenlenen Bolar istisnası¹⁴⁸ gereği; ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için

¹⁴⁵ Bu yönde Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM 31.01.2008, E.2004/81, K. 2008/48, R.G. 20.03.2008, S. 26822; AYM 29.01.2014, E. 2013/100, K. 2014/14, R.G. 29.05.2014, S. 29014; AYM 09.04.2014, E. 2013/147, K. 2014/75, R.G. 24.7.2014, S. 29070; AYM 13.05.2015, E. 2015/49, K. 2015/46, R.G. 15.05.2015, S. 29356; AYM 27.05.2015, E. 2015/33, K. 2015/50, R.G. 02.06.2015, S. 29374; AYM 14.12.2016, E. 2016/148, K. 2016/189, R.G. 06.01.2017, S. 29940.

¹⁴⁶ Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2011, s. 11; Veysel Başpınar, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, 2009, s.105; Kürşat Akça, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı", Cilt:1, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, 2015, s. 559-560. Nitekim Anayasa'nın 35. maddesinin Gerekçesi de bu doğrultudadır. Buna karşılık doktrinde aksi yönde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Tekinalp, s. 5-6; Suluk (Karasu, Nal), s. 1-2.

¹⁴⁷ Adil Şahin, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", 59(4), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, s. 737.

¹⁴⁸ Bu adlandırma, ABD'deki 1984 tarihli Roche Products, Inc. ile Bolar Pharmaceutical Co., Inc. şirketlerinin arasındaki patent hakkı ihlali davasında davalı tarafı oluşturan şirketin adı olan Bolar'dan kaynaklanmaktadır. Bkz. Tekinalp, s. 553; Önay, s. 1364. Karar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Matthews, Globalising Intellectual Property Rights, s. 100-105; Yalçın, İlaç ve Patent, s. 30-31. Karar için bkz. Roche Products, Inc., v. Bolar

gerekli test ve deneyler gibi deneme amaçlı fiiller patentin sağladığı hakkın kapsamı dışında kalmaktadır.

Bolar istisnası sayesinde orijinal ilaçlar gibi eşdeğer ilaçların piyasaya sunulabilmesi için de ülkemiz bakımından Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'ndan alınması gereken ruhsata¹⁴⁹ ilişkin süreç patentli orijinal ilacın koruma süresi henüz sona ermeden başlatılabilmektedir¹⁵⁰. Patentli ilacın koruma süresi dolmadan önce ruhsat alma işlemini tamamlayabilen eşdeğer ilaçlar bu süre dolduğunda piyasaya çıkmak için daha fazla beklemek zorunda kalmamaktadır. Böylece eşdeğer ilaçlar açısından rekabeti kısıtlayan haksız bir durumun ortaya çıkması önlenerek rekabetçi piyasada oluşan düşük fiyatlarla ilaçlara erişim olanağı artmaktadır¹⁵¹. Bu bakımdan Bolar istisnası kamu sağlığını gözetme amacıyla mülkiyet hakkına Anayasa'ya uygun şekilde getirilen sınırlamalardan birisidir.

b. Eczanelerde Hazırlanan İlaçlara İlişkin Fiiller

Patent hakkına tanınan bir başka istisna eczanelerde hazırlanan ilaçlara ilişkindir. TRIPS m. 30 hükmüne dayanan SMK m. 85/3-ç hükmü ile hukukumuzda düzenlenmiştir. Buna göre sadece bir reçetenin oluşturulması için eczanelerde yapılan ilaçların seri üretim olmadan hazırlanarak kullanılması

Pharmaceutical Co., Inc, United States Court of Appeals, Federal Circuit-733 F.2d 858, 23.04.1984

¹⁴⁹ Tekinalp, s. 555; Sezgin Huysal, s. 181; Savaş Bozbel, Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayınları, 2015, s. 723. Bkz. Beşerî Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin (R.G. 19.01.2005, S. 25705) 5/1 maddesi hükmü.

¹⁵⁰ Tekinalp, s. 554, 608; Tekin Memiş, "Eşdeğer İlaçların Hukuki Konumu", Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 186; Memiş, İlaçların Patentlenmesi, s. 212; Önay, s. 1384; Sezgin Huysal, s. 187-190; Burcu G. Özcan Büyüktanır, İlaç Patenti Hak Sahipliği ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu. Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 14, 32; Burcu G. Özcan Büyüktanır, "Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bakış", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2012, s. 86; Suluk (Karasu, Nal), s. 279; İlhami Güneş, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, İkinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2017, s. 239.

¹⁵¹ Tekinalp, s. 554; Garrison, s. 14, 18; Sezgin Huysal, s. 181-182; Önay, s. 1384; Özcan Büyüktanır, İlaç Patentine Genel Bakış, s. 87; Tolga Okat, "Polpharma Davası ve Bolar İstisnasının Sınırlarına İlişkin Bir Değerlendirme", Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012, Yetkin Yayınları, s. 432; Bozbel, s. 723 ve dn. 128; Suluk (Karasu, Nal), s. 279. Diğer taraftan patent sahibine sağlanan koruma süresinin üçüncü kişilerin ruhsatlandırma işlemleri nedeniyle kaybedeceği süre kadar fiilen uzaması engellenmektedir. Aksi halde patent koruma süresi dolmuş ilacın piyasada tek ilaç olma özelliği bir süre daha devam etmiş olacaktır. Bkz. Yalçınar, Sınai Mülkiyetin İlkeleri, s. 152; Özcan Büyüktanır, İlaç Patenti Hak Sahipliği, 14; Özcan Büyüktanır, İlaç Patentine Genel Bakış, s. 87; Okat, s. 426, 433.

ve bu şekilde hazırlanan ilaçlara ilişkin fiiller patentten doğan hakkın kapsamı dışındadır. Bolar istisnasında olduğu gibi ilaç patentlerine özgü olan bu istisna sayesinde eczacılar doktorlar tarafından kendilerine sunulan bireysel tıbbi reçeteler temelinde hastaya ilaç tedarik etmek için patent ihlali korkusu olmadan ilaç yapmakta serbest olmaktadır. Bu anlamda eczane istisnası yabancı literatürde “extemporaneous” terimi ile ifade edildiği üzere ticari amaç taşımamak kaydıyla somut olaya özgü bir reçete için ihtiyaç üzerine anlık ilaç hazırlığını kapsamaktadır. Eczane istisnasının günümüzde kullanımı yaygın olmamakla birlikte gelecekte eczanelerdeki teknik kaynakların değişmesi öngörüsü ile uygulama alanının artacağı düşünülmektedir¹⁵².

c. Patentten doğan hakkın tüketilmesi

SMK’da tükenme ilkesi “Hakkın tüketilmesi” başlığını taşıyan SMK m. 152/1 hükmünde düzenlenmiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre; bu hükümde sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin piyasaya sunulduğu yer hakkında coğrafi bir kısıtlama getirilmediği, bu yer Türkiye ile sınırlandırılmadığı için¹⁵³ SMK’nın benimsediği tükenme ilkesi, paralel ithalata imkân veren uluslararası tükenmedir. Bu bakımdan patent konusu ürün dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sürüldükten sonra patent sahibinin iznine ihtiyaç kalmaksızın Türkiye’ye ithal edilebilecektir¹⁵⁴. Buna karşılık diğer görüşe göre; SMK m. 152/1 hükmünde piyasaya sunumun nerede olduğunun açıkça ifade edilmemesi, fikri ve sınai haklarda geçerli olan ülkesellik ilkesinden hareketle genel kural olma özelliği taşıyan ülkesel tükenmenin devreye girmesine neden olmuştur¹⁵⁵.

¹⁵² Garrison, s. 7-8, 18.

¹⁵³ Hayrettin Çağlar, “Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler”, 3(1), Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, s. 152; Suluk (Karasu, Nal), s. 14; Güneş, Patent ve Faydalı Model Hukuku, s. 248; Fatma Özer, Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 25-26; Cahit Suluk, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler”, 4(1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2018, s. 104-105. Hükmün gerekçesinde de önceki düzenlemelerde yer alan “Türkiye’de” ibaresine Kanun’da yer verilmeyerek uluslararası tükenme ilkesinin tercih edildiği ifade edilmektedir.

¹⁵⁴ Çağlar, Yenilikler, s. 152; Suluk (Karasu, Nal), s. 14; Güneş, Patent ve Faydalı Model Hukuku, s. 248; Özer, s. 25-26; Suluk, Yenilikler, s. 104-105.

¹⁵⁵ Saadet Arıkan, “Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi” (Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Değerlendirilmesi), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017, s. 651-654, 664-666. Arıkan’a göre; hükmün gerekçesi ülkesellik ilkesinin gereği düşünülmeden yazıldığı için çelişki doğurmaktadır. Bkz. Arıkan, s. 655.

Görüşümüz doğrultusunda mevzuatımızın benimsediğini kabul ettiğimiz patent hakkında uluslararası tükenme rejiminin kamu sağlığı açısından isabetliliğini değerlendirmek gerekir. Kanaatimizce her ne kadar uluslararası tükenme rejiminin ekonomik, politik ve ticari etkileri konusunda haklı çekinceler öne sürülmüş olsa da¹⁵⁶ kamu sağlığı dikkate alındığında Türkiye’de bu rejimin varlığı eşdeğer ilaç üreticilerini destekleyeceği için olumlu bir gelişmedir. Gelişmekte olan ülkelerden birisi olarak Türkiye ilaç piyasasında eşdeğer ilaç üretiminin yeri azımsanmayacak önemdedir ve ilaca erişim konusunda olanak sunan hukuki kurumlardan istifade etmesi umut vericidir¹⁵⁷.

d. Zorunlu lisans

Hukukumuzda mevcut zorunlu lisans gerekçelerinden kamu sağlığı ile doğrudan ilgisi olan iki hal bulunmaktadır. Bunlardan ilki kamu yararı gerekçesiyle ülkenin kamu sağlığı ihtiyaçlarının karşılanmasını amaçlayan zorunlu lisans hali; diğeri ise başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatını konu alan zorunlu lisans halidir¹⁵⁸.

KamuyararınadayananzorunlulisanshaliAnayasagereği mülkiyethakkını kamu yararı gerekçesiyle sınırlama hallerinden birisidir. Gerçekten SMK m. 132/1 hükmünde kamu sağlığı nedeniyle patent konusu buluşun kullanılmasına başlanması, kullanımın artırılması, genel olarak yaygınlaştırılması, yararlı bir kullanım için ıslah edilmesinin büyük önem taşıması hâlinde kamu yararının var olduğu kabul edilmektedir ve bu durumlarda Sağlık Bakanlığının uygun görüşü ve teklifi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından zorunlu lisansa karar verilmektedir. O halde kamu sağlığını tehdit eden bir hastalığı tedavi eden patentli ilaçlara/aşılarla hiç veya yeterli miktarda erişilemediğinde veya bu ilaçların/aşıların temini ülke bütçesine ağır bir yük getirdiğinde söz konusu patentli ilaçların/aşıların SMK m. 129/9 hükmü gereği esas olarak yurtiçi

¹⁵⁶ Çağlar, Yenilikler, s.152.

¹⁵⁷ Aksi görüş için bkz. 551 sayılı KHK döneminde bu yönde bkz. Önay, s. 1384, 1392.

¹⁵⁸ Bu iki zorunlu lisans hali dışında buluşun kullanılmaması ve patentli buluşların bağımlılığı gerekçeleri açısından da kamu sağlığı ile bir ilişki doğrudan olmasa da dolaylı olarak kurulabilir. Bu hususta bkz. Ayşe Odman Boztosun, “İlaçta Zorunlu Lisans Uygulaması”, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 229, 233-234; Correa, Pharmaceutical Innovation, s. 6. Belirtmek gerekir ki patentli buluşların bağımlılığı sebebine dayanan zorunlu lisans hali ile kamu sağlığı arasındaki ilişki bizzat 551 sayılı KHK m. 101/3 hükmünde kurulmuştur. Ancak bu yönde bir düzenleme SMK’da yer almamıştır.

pazara arzı için zorunlu lisans kararı alınabilecektir¹⁵⁹. Diğer taraftan kamu yararı gerekçesiyle söz konusu olabilen bir başka durum SMK m. 132/1-b bendinde düzenlenen şartlı zorunlu lisans halidir. Buna göre kamu sağlığı gerekçesiyle buluşun kamu yararını karşılayacak yeterlikte kullanımı patent sahibi tarafından gerçekleştirilebilecekse yine Cumhurbaşkanı kararıyla buluşun şartlı olarak zorunlu lisansa konu edilmesi de mümkün olacaktır. Kamu yararı gerekçesine dayalı olarak verilen zorunlu lisanslarda SMK m.133/2 hükmünde düzenlenen ithalat imkânı oldukça önemli bir avantaj sağlamaktadır. Özellikle kamu sağlığını korumak amacıyla hareket edildiğinde bu düzenlemeden yararlanmak büyük önem taşır. Bu kapsamda ülkemizde patentli bir ilaç hakkında kamu sağlığı gerekçesiyle verilen zorunlu lisansla lisans alan kamu yararı gereği açıkça ithale yetkili kılınarak patent konusunu ithal edilebilme imkânına da sahip kılınmalıdır. Ancak bu ithal izni, ihtiyaçla sınırlı olarak ve geçici bir süre için verilebilir.

Başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatını konu alan zorunlu lisans hali ise SMK m. 129/1-ç bendinde düzenlenmektedir. Düzenlemenin kaynağı yukarıda ayrıntılı olarak incelenen 30 Ağustos 2003 tarihli ve 6 Aralık 2005 tarihli DTÖ Genel Konseyi Kararları ve TRIPS Anlaşması m. 31bis hükmü değişikliğidir¹⁶⁰. Bu düzenleme ile zorunlu lisansın esasen iç pazarın ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olması gerektiğine ilişkin SMK m. 129/9 hükmüne farmasötik ürünler yönünden istisna tanınmıştır. SMK m. 129/1-ç hükmünün kamu sağlığı açısından sonuçları bu sistemden yararlanmak için ithalatçı ülke olarak TRIPS Konseyi'ne bildirimde bulunan ülkelerin üzerinde doğar. Bu bağlamda ülkemizde faaliyet gösteren eşdeğer ilaç şirketleri artık sadece ülkemizdeki sağlık sorunları sebebiyle kamu yararına dayalı değil, başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatı için de zorunlu lisans talep edebilecektir¹⁶¹. Hatta bu halde TRIPS m. 31/b hükmünün getirdiği esneklikten yararlanan SMK m. 129/2 hükmü gereği acil durumun söz konusu olması halinde zorunlu lisans talep edenin patent sahibinden öncesinde isteğe bağlı lisans sözleşmesi yapmayı talep etmesi gerekli değildir¹⁶². Bu zorunlu

¹⁵⁹ Odman Boztosun, s. 232-233.

¹⁶⁰ TRIPS m. 31bis değişikliğine 30.04.2013 tarihli ve 6471 sayılı Kanunla (R.G. 22.05.2013, S.28654) katılmamız uygun bulunmuştur ve SMK m. 129/1-ç bendi düzenlenmiştir.

¹⁶¹ Suluk (Karasu, Nal), s. 283.

¹⁶² SMK m. 129/2 hükmü ile TRIPS m. 132 hükmü kapsamında kamu yararı nedeniyle Cumhurbaşkanıca verilecek zorunlu lisans kararı bu istisnaya dahil edilmemiştir. Ancak hükmün mahiyeti gereği kanaatimizce kamu yararı halinde de bu kurala istisna tanınmalıdır.

lisans haline karar verecek olan merci SMK m. 129/2 gereği Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'dir. Diğer taraftan bu gerekçeye dayalı zorunlu lisansta lisansın bedeli mahkeme tarafından belirlenirken patentin ekonomik değeri esas alınmaz. Bunun yerine SMK m. 133/1 hükmünün dördüncü cümlesi gereği ticari olmayan ve insani amaçlar göz önüne alınarak bu tür kullanımın ithalatçı ülke açısından taşıdığı ekonomik değer dikkate alınır. Bu bağlamda TRIPS m. 31bis hükmünün ithalatçı ülkenin ilaca erişim sağlama amacını destekleyen düzenleme tarzı SMK tarafından da benimsenmiştir. Bununla birlikte dikkat edileceği üzere, SMK'daki düzenleme Türkiye'nin ihracatçı ülke konumunda olduğu durumu düzenlemektedir; ithalatçı ülke konumunda bu sistemden yararlanması ihtimaline yer verilmemiştir¹⁶³. Bununla birlikte Türkiye sistemi kamu sağlığını ilgilendiren acil durumlar ve ulusal çapta olağanüstü durumlarla sınırlı olmak üzere ithalatçı ülke olarak kullanacağını TRIPS Konseyi'ne bildirmiştir¹⁶⁴. Bu bağlamda gerçekten de ulusal acil bir ihtiyaç baş göstermesi halinde yapılan bildirim çerçevesinde TRIPS m. 31bis hükmünün öngördüğü sistem dâhilinde ithalatçı ülke olma ihtimalinin de Kanun'da yer almaması bir eksikliktir¹⁶⁵.

2. Patent Hakkının Kullanımının Kamu Sağlığı Gerekçesiyle Sınırlanması

Kamu sağlığı gerekçesi patent sahibinin hakkını kullanırken tabi olduğu sınırlamalar arasında da yer almaktadır. SMK m. 85/6 hükmü gereği patentin konusu genel sağlığa zarar verecek şekilde kullanılamaz. O halde buluşun kullanımını kamu sağlığına zarar verme sonucunu doğurursa bu sınırlama ihlal edilmiş olur¹⁶⁶.

Öyle ki TRIPS m. 31/b hükmü üye ülkelere olağanüstü hallerde veya aşırı aciliyet gerektiren diğer koşullarda ya da ticari olmayan şekilde kamusal kullanım durumlarında bu yönde bir istisna getirmeleri bakımından takdir yetkisi tanımaktadır. Bu düzenlemenin de iç hukuka aktarılması yaşanabilecek tereddütleri önlemek bakımından isabetli olacaktır.

¹⁶³ Başak Bak, "İlaçta Zorunlu Patent Lisansı", Ankara Barosu Dergisi (3), 2011, s. 118.

¹⁶⁴ Bkz. WTO General Council, WT/GC/M/82, 13 November 2003, Paragraph 29. Web: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ta_docs_e/3_wtgc82_e.pdf (Erişim tarihi 10 Mayıs 2021).

¹⁶⁵ 2009 yılına ait Patent ve Faydalı Model Kanun Tasarısı Taslağı hakkında aynı yönde bkz. Önay, s. 1388-1389, 1393.

¹⁶⁶ Örneğin saç dökülmesine karşı olan bir ilacın uyuşturucu olarak satılması bu kapsamdadır. Örnek için bkz. Tekinalp, s. 612.

III. COVID-19 AŞILARINDA PATENT HAKKININ DEĞERLENİRİLMESİ

A. COVID-19 Hastalığının Yol Açtığı Kamu Sağlığı Krizinde COVID-19 Aşılarına Erişim Sorunu

2019 yılının sonu itibariyle dünya gündemine giren ve günümüze kadar geldiğimiz süreçte dünya genelinde bir kamu sağlığı krizine neden olan COVID-19 hastalığı ile mücadelede patent hakkı koruması ve kamu sağlığı ilişkisinin değerlendirilmesi çok önemli ve güncel bir meseledir. Değerlendirme yukarıda incelenen kamu sağlığı gerekçeli istisna ve sınırlamalardan mahiyeti gereği COVID-19 salgınıyla mücadelede daha kısa sürede etkili olabilmesi bakımından uygulanmaya en elverişli görülen zorunlu lisans imkânı çerçevesinde yapılacaktır. Bu doğrultuda mevcut kamu sağlığı krizini hafifletmeye yönelik çözümler, Güney Afrika ve Hindistan'ın DTÖ'ye patent hakkının geçici süreyle kaldırılması yönünde yaptığı talep ile patent haklarının zorunlu lisans yoluyla sınırlandırılması ihtimali karşılaştırılarak açıklanacaktır.

COVID-19; SARS-CoV-2 adlı yeni bir koronavirüsün neden olduğu bir hastalıktır. Bu yeni virüs ve hastalık, ilk kez Aralık 2019'da Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkmıştır¹⁶⁷. 11 Mart 2020 tarihinde ise DSÖ, COVID-19'un endişe verici yayılma seviyesini dikkate alarak virüsün pandemi olarak nitelendirilebileceği değerlendirmesini yapmıştır¹⁶⁸. DSÖ'ye Dünya çapında, 22 Mayıs 2021 itibariyle, 3.425.017 ölüm dahil olmak üzere 165.158.285 doğrulanmış COVID-19 vakası bildirilmiştir¹⁶⁹. Türkiye'de ise ilk vakanın duyurulduğu 11 Mart 2020 tarihinden 22 Mayıs 2021 tarihine kadar 5.169.951 kişide bu hastalığın saptandığı ve 45.840 sayıda insanın hayatını kaybettiği açıklanmıştır¹⁷⁰. Söz konusu veriler COVID-19 hastalığının dünya nüfusunun sağlığını ve hatta yaşamını ağır şekilde tehdit ettiğini ortaya koymaktadır.

2020 yılının sonuna kadarki süreçte DSÖ tarafından mevcut aşı ve ilaçların tek başına doğrudan hastalığı önleyebileceğine veya tedavi

¹⁶⁷ Bkz. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19> (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁶⁸ Bkz. <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁶⁹ Bkz. <https://covid19.who.int/> (Erişim tarihi 22 Mayıs 2021).

¹⁷⁰ Bkz. <https://covid19.saglik.gov.tr/> (Erişim tarihi 22 Mayıs 2021).

edebileceğine dair bir kanıt olmadığı; ancak olası aşilar ve bazı spesifik ilaç tedavilerinin araştırıldığı açıklanmıştı¹⁷¹. Aralık 2020'nin başlarından itibaren COVID-19 hastalığına yönelik geliştirilen aşilarla toplu aşılama programı başlatılmıştır¹⁷². DSÖ tarafından yapılan bildirimde göre en az on üç farklı aşı ile 22 Mayıs 2021 tarihi itibariyle dünya genelinde toplam 1.448.242.899 aşı dozu uygulanmıştır¹⁷³. Türkiye'de 22 Mayıs 2021 tarihi itibariyle birinci doz aşı uygulanan kişi sayısı 15.876.316, ikinci doz aşı uygulanan kişi sayısı 11.875.574 olmak üzere toplam yapılan aşı sayısı 27.751.890'dır¹⁷⁴. Ülke bazında aşı uygulama yüzdeleri açısından ilgili ülke nüfusunun önemli bir faktör olduğu görülmektedir. Nüfusu en fazla yüz binlerle ifade edilen Cebelitarık, Seyşeller ve Falkland Adaları gibi küçük devlet ve yönetim birimlerinin halkının çoğunluğunun birinci ve ikinci doz aşiları tamamlanmış durumdadır. Diğer taraftan nüfusu nispeten fazla olan özellikle Mozambik, Afganistan, Nijerya gibi en az gelişmiş ülkelere bakıldığında bu oran ne yazık ki %1'in altına düşmektedir. Gelişmekte olan ülkelere bakıldığında ise ülkeler arası farklılıklar olmakla birlikte çoğunun yeterli miktarda aşıya erişim bakımından gelişmiş ülkelerin gerisinde kaldığı görülmektedir¹⁷⁵.

B. COVID-19 Aşılarına Erişimde Patent Hakkının Rolü ve Çözüm Önerileri: Patent Hakkı Geçici Süreyle Kaldırılmalı Mı Yoksa Zorunlu Lisans Yoluna mı Başvurulmalı?

Kamu sağlığını tehdit eden bu hastalığı tedavi edebilecek bahsi geçen aşilar TRIPS Anlaşması ile öngörülen yenilik, buluş basamağı ve sanayiye

¹⁷¹ Bkz. <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses> (Erişim tarihi 12 Nisan 2021); https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1 (Erişim tarihi 12 Nisan 2021).

¹⁷² Bu aşilardan Pfizer / BioNtech Comirnaty aşısı, 31 Aralık 2020'de DSÖ Acil Kullanım Listesi (Emergency Use Listing/EUL) için listelenirken; SII / Covishield ve AstraZeneca / AZD1222 aşiları 16 Şubat 2021'de; Johnson & Johnson tarafından geliştirilen Janssen / Ad26.COV 2.S 12 Mart 2021'de; Moderna COVID-19 aşısı (mRNA 1273) 30 Nisan 2021'de; Sinopharm COVID-19 aşısı 7 Mayıs 2021'de EUL'de yerini almıştır. Bkz. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19> (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁷³ Bkz. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19> (Erişim tarihi 22 Mayıs 2021); <https://covid19.who.int/> (Erişim tarihi 22 Mayıs 2021).

¹⁷⁴ Bkz. https://covid19asi.saglik.gov.tr/?gclid=EAIaIQobChMIxaHckLrL8AIVXwWiAx0PjgkAEAAAYASAAEgJfPD_BwE. (Erişim tarihi 22 Mayıs 2021).

¹⁷⁵ Bkz. <https://edition.cnn.com/interactive/2021/health/global-covid-vaccinations/> (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

uygulanabilirlik şartlarını taşıdıkları takdirde patent korumasına sahip olabilmektedir. Bununla birlikte özellikle az gelişmiş ülkelerin ve bir kısım gelişmekte olan ülkenin yeterli miktarda aşıya erişimde geri kalması COVID-19 aşılarında patent hakkının yerindeliği tartışmasını başlatmıştır. Henüz aşuların geliştirildiği dönemden itibaren bazı gelişmiş ülkelerin önde gelen aşı üreticileriyle ikili anlaşmalar imzalayarak milyonlarca dozu önceden güvence altına almaları aşı adaletsizliğini pekiştirmiştir. Bunun üzerine 2 Ekim 2020 tarihinde Güney Afrika ve Hindistan DTÖ'ye başvurarak COVID-19'un önlenmesi, sınırlandırılması ve tedavisi için tüm ülkelerin COVID-19 ilaçları, aşuları, teşhisleri ve diğer teknolojilerle ilgili TRIPS Anlaşmasının II. Kısımının 1, 4, 5 ve 7. bölümlerindeki fikri mülkiyet haklarından (telif hakları, endüstriyel tasarımlar, patentler ve açıklanmamış bilgiler) küresel sürü bağışıklığı elde edilene kadar (geçici olarak) muaf tutulmasını TRIPS Konseyi'nin Genel Konsey'e tavsiye etmesini istemiştir¹⁷⁶. Bu öneri DTÖ üyesi ülkelere istisnai durumlarda DTÖ anlaşmalarındaki belirli yükümlülüklerden feragat edilmesini isteyebilme yetkisi veren Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın IX. maddesinin 3. ve 4. paragrafları uyarınca yapılmıştır. Öneri, Kenya, Esvatini, Mozambik, Pakistan, Bolivya, Venezuela, Moğolistan, Zimbabve, Mısır, Afrika Grubu ve En Az Gelişmiş Ülkeler Grubu tarafından ortaklaşa desteklenmiştir¹⁷⁷. DSÖ de aşı adaletsizliğini ortadan kaldıracığı gerekçesiyle bu öneriyi memnuniyetle karşılamıştır¹⁷⁸. Ancak AB ve Avustralya, Brezilya, Kanada, Japonya, Norveç, İsviçre, Birleşik Krallık ve ABD gibi bir kısım ülke bu öneriyi karşı çıkmıştır¹⁷⁹. Bununla birlikte ABD daha sonra yaptığı açıklamalarında bu öneriyi desteklediğini ifade etmiştir¹⁸⁰. Diğer taraftan aşular geliştiren ilaç firmaları da kendi buluşlarının patent hakkının kaldırılarak başka ilaç firmaları tarafından serbestçe üretilmesinin bu

¹⁷⁶ Waiver from Certain Provisions of The TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19, Communication From India and South Africa, 2 October 2020, WTO Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, IP/C/W/669. Bkz. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:IP/C/W669.pdf&Open=True> (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁷⁷ https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_23feb21_e.htm (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁷⁸ Bkz. <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/waive-covid-vaccine-patents-to-put-world-on-war-footing>. (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁷⁹ <https://www.msf.org/countries-obstructing-covid-19-patent-waiver-must-allow-negotiations> (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁸⁰ <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>. (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

alandaki inovasyon çalışmalarına zarar vereceği ve aşı üretiminin kompleks yapısı ve boyutu düşünüldüğünde güvenli ve yeterli olmayacağı gerekçeleriyle bu öneriye şiddetle karşı çıkmaktadır. Uluslararası İlaç Üreticileri ve Dernekleri Federasyonu (International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations/IFPMA) Genel müdürü Thomas Cueni bu durumu açıklarken odak noktasının bilim ve inovasyon olması gereken bir zamanda onu destekleyen sistemi geri almanın tehlikeli ve mantığa aykırı olduğunu ifade etmiştir¹⁸¹.

TRIPS Konseyi'nde öneri hakkında günümüze kadar görüşmeler yapılagelmiş; ancak gelecekteki olası pandemilerde de benzer sonuç doğurabileceği gerekçesiyle metin temelli müzakerelere geçmenin uygun olup olmadığı da dahil olmak üzere bir fikir birliğine hemen varılamamıştır. 8-9 Haziran 2021 tarihlerinde yapılması planlanan TRIPS Konseyi'nin bir sonraki resmi olağan toplantısında bir karara varılması beklenilmektedir¹⁸².

Patent hakkı ile mevcut kamu sağlığı krizi ilişkisine çözüm olarak savunulan patent hakkının kaldırılması görüşü, alternatif çözüm önerilerinin mevcut olup olmadığı hususu da dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu noktada kamu sağlığını korumak için patent hakkına karşı zorunlu lisans başvurulmasının yeterli olup olmayacağı konusu da tartışılmalıdır. Bu açıdan konu her iki yönde değerlendirilmelidir.

Patent hakkının kaldırılmasının zorunlu lisans kararına kıyasla daha uygun olacağına ilişkin düşünce; zorunlu lisansla aşı üretiminin zorunlu lisans kararında önceden tanımlanmış miktarla sınırlanacak olması, zorunlu lisans verilmesi prosedürünün karmaşıklığı ve uzunluğu nedeniyle mevcut durumda yaşamı tehdit eden zaman kısıtlamaları göz önüne alındığında uygulanmasının pratik olmaması, zorunlu lisans kararlarının alınmasına misilleme olarak ABD gibi gelişmiş ülkelerin ticari yaptırımlar uygulaması tehdidi gibi gerekçelere dayanmaktadır. Bu düşünce; patent hakkının geçici süreyle kaldırılması halinde aşılarla erişilebilirlik konusunda her ülkenin eşit olacağına, ülkelerin aşırı ya kendilerinin üreterek süratle temin edeceğine veya alternatif olarak aşıları ithal edeceklerine inanmaktadır¹⁸³. Buna karşılık geçici

¹⁸¹ <https://www.ifpma.org/resource-centre/ifpma-statement-at-wto-event-covid-19-and-vaccine-equity-what-can-the-wto-contribute/> (Erişim Tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁸² https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_23feb21_e.htm (Erişim tarihi 15 Mayıs 2021).

¹⁸³ <https://www.ipwatchdog.com/2021/01/02/india-south-africas-covid-vaccine-proposal-wto->

olarak patent hakkının kaldırılmasının mevcut krize yardımcı olamayacağı, zorunlu lisansa başvurunun daha makul olduğu yönündeki düşüncenin temel dayanağı ise; aşı tedarikini paylaşmanın pratikteki güçlüğüdür. Buna göre; küçük molekülü ilaçların aksine “jenerik” aşı diye bir kavram olmadığı, aşuların kopyalanmasının küçük molekülü ilaçlardan daha zor olan karmaşık biyolojik maddeler olduğu, bir COVID-19 aşısının kendi versiyonunu oluşturmak isteyen yeni bir üreticinin aşısının güvenli ve etkili olduğunu göstermek için kendi klinik denemelerini yürütmesi gerekeceği, orijinal ilaç üreticisinin katılımıyla bile yeni üretim kapasitesi oluşturmanın zaman alacağı gerekçeleriyle patent hakkının geçici olarak kaldırılması önerisi uygulamada kısa vadede fayda sağlayamayacaktır. Bununla birlikte uzun bir zamanın sonunda aşı tedarikinin artırılabilmesi kabul edilse bile bu sonucun doğması için patent hakkının kaldırılmış olması tek başına yeterli değildir, başka politikalarla süreç desteklenmelidir. En önemlisi yeni bir üretim tesisi kurmak ve çalıştırmak için gereken ticari sırlar, bilgi birikimi ve yeterli fiziksel malzemeler de temin edilmelidir. Patent hakkının kaldırılması tek başına bu ek sorunlara çözüm olamayacaktır. DTÖ’nün fikri mülkiyet haklarından telif hakları, endüstriyel tasarımlar, patentler ve açıklanmamış bilgilerin kaldırılması yönündeki olası kararının hükümetlerin mevcut üreticileri ticari sırlarını paylaşmaya zorlayabilmesine imkân verip vermeyeceği, aktif bilgi transferinin mümkün olup olmayacağı belirsizdir¹⁸⁴.

Kanaatimizce her ne kadar zorunlu lisans prosedürünün uzunluğu ve karmaşıklığı nedeniyle birtakım haklı çekinceler mevcut ise de patent hakkının geçici olarak kaldırılması fikri de sanıldığı gibi doğrudan ve kolaylıkla kamu sağlığı krizine çözüm olamayacaktır. Bu anlamda her iki çözüm önerisinin de kendi içinde olumsuz tarafları vardır.

Öncelikle patent hakkının geçici süreyle kaldırılması önerisini değerlendirmek gerekirse, bu öneri DTÖ Kuruluş Anlaşması’na dayalı olarak yapılmıştır; ama fikri mülkiyet hakkının insan hakkı niteliğine gölge düşürmektedir. Hem ulusalüstü hukuk kaynaklarında hem Anayasamızda insan hakları arasında yer alan patent hakkının geçici bir süre için dahi kaldırılması insan hakları hukuku açısından ayrıca değerlendirilmeye muhtaçtır. Diğer taraftan başta TRIPS Anlaşması ile olmak üzere uluslararası

patent-waiver-must-considered-compulsory-licensing/id=128652/ (Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021).

¹⁸⁴ <https://law.stanford.edu/2021/05/04/stanford-lisa-ouellette-on-waiving-covid-19-vaccine-patents/> (Erişim Tarihi 16 Mayıs 2021).

düzeyde kabul edilen fikri mülkiyet koruması sistemine ve daha özelde patent hukukunun işlevlerine aykırılık teşkil eder. Bu öneri uygulandığı takdirde patent korumasının en temel işlevi olarak ifade edilen buluş faaliyetlerinin teşvik edilmesi işlevi ortadan kalkacağı için buluş sahiplerinin buluşlarını gerçekleştirirken harcadıkları zaman, emek, maddi gider gibi kaynakların karşılığını alacağına yönelik motivasyonları kalmayacaktır. Mevcut kamu sağlığı krizinde aşı üretiminin diğer tüm tedbirlerden daha hayati olduğu gerçeği inkâr edilemeyeceği için ilaç firmalarının ticari kaygılardan sıyrılarak tamamen insani saiklerle buluş faaliyetlerini sürdürmesini beklemek böylesine hassas bir tabloda alınabilecek bir risk olmamalıdır. Diğer taraftan her ne kadar burada insan hakkı nitelikleri bakımından fikri mülkiyet hakkı karşısında daha öncelikli olduğunu kabul ettiğimiz sağlık hakkıyla ilişkili bir kriz sebebiyle patent hakkının kaldırılması gündeme getirilmiş olsa da kamu sağlığı ve patent hakkı arasında kurulması gereken denge patent hakkı aleyhine ihlal edilmiş olacaktır. Halbuki bu dengenin sağlanması açısından kabul edilen çözüm patent hakkını tamamen yok saymak değil, patent hakkına kamu sağlığı gerekçesiyle istisna ve sınırlamalar getirmektir.

Son olarak bu öneri en az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin aşıya erişimini kolaylaştırmak için ortaya konulmuş olsa da bu ülkelerde patent hakkından bağımsız olarak teknolojik olanaklardaki yoksunlukla birlikte ilaç üretme kapasitesinin yetersiz olduğu bir gerçektir. Bu nedenle bu ülkeler için sağlanacak fayda umut edilen şekilde gerçekleşmeyecektir. Diğer bir ifadeyle sadece patent hakkı kaldırıldığında ülkelerin eşit düzeyde aşı tedarikinin gerçekleşeceğini beklemek çok iyimser bir yaklaşım olacaktır. Patent hakkı mevcut olmadığında dahi kamu sağlığının finansmanının sağlanması için sağlık hakkının insan hakkı niteliğinden kaynaklanan yükümlülük gereği küresel bir sorumluluk alınması gerekecektir¹⁸⁵. Küresel girişim olarak finansman sağlanmasının yanında bu fonların etkin ve etkili bir şekilde dağıtımı da önemlidir. Bu hususta da gelişmiş ülkeler, DTÖ ve BM gibi uluslararası kuruluşlar stratejik planlar geliştirmelidir. Bu bağlamda yardımların etkin ve verimli kullanılabilmesi, yeterli seviyede yardım alınabilmesi ve hatta yeterli kalitede ilaç bulundurulabilmesi için uluslararası yardımların dağıtım sistemi objektif, saydam ve işler olmalıdır¹⁸⁶. Diğer taraftan ilaç firmaları tarafından yapılacak ilaç bağışları, farklı fiyatlandırma uygulamaları ve kamu-özel

¹⁸⁵ Mercurio, s. 17.

¹⁸⁶ Mercurio, s. 19.

sektör iş birlikleri gibi uygulamalar da faydalı olabilecektir¹⁸⁷. Diğer taraftan kamu sağlığı krizini azaltmanın yükü ve sorumluluğu, yalnızca gelişmiş ülke hükümetlerinin üzerinde değildir. Gelişmekte olan ülkelerin de uygun sağlık hizmetleri sunma yönünde siyasi iradesinin olması gerekir; zira temel ilaçlar ve aşılardan uygun fiyatlı olsa ya da gelişmekte olan pazarlara bağışlansa bile bu ilaç ve aşılardan taşınmasının, depolanmasının ve yönetiminin maliyeti çoğu zaman ilaç ve aşının kendisinden daha fazladır¹⁸⁸. Ayrıca gelişmekte olan dünyanın birçok yerinde, kamunun sağlık ağındaki yolsuzluklar ilaçların ve aşılardan amaçlanan yararlanıcılara ulaşmasına engel olmaktadır; bu nedenle söz konusu yolsuzluklarla mücadele edilmesi de oldukça önemlidir¹⁸⁹.

COVID-19 aşılardan erişim amacıyla patent hakkının kaldırılmasının çözüme katkısı bakımından faydası ve yerindeliği bu denli şüpheli iken kanaatimizce mevcut krizde patent hakkı ile kamu sağlığı ilişkisine denge sağlayıcı yaklaşımla bakılmalı ve bahsettiğimiz patent dışı tedbirlerin uygulanması da temin edilmeye çalışılmalıdır. Bu noktada sorunun patenle ilgili olan kısmı açısından patent hakkının kötüye kullanılması engellenmeli ve patent hakkına kamu sağlığıyla ilişkili istisna ve sınırlamalar tanımalıdır.

Öncelikle COVID-19 aşılardan patent hakkı tanınırken patent verilebilirlik şartlarının titizlikle incelenmesi oldukça önemlidir. COVID-19 aşılardan sürekli yeşertme yöntemleri ile patent hakkına konu edilmesi ihtimalinde sıkı patent verilebilirlik şartlarının aranması patent hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir tedbir oluşturacaktır. Diğer taraftan mevcut kamu sağlığı krizinin ivedilikle çözülmesi bakımından mahiyetine en uygun düşen patent hakkı sınırlaması zorunlu lisans olacaktır. Öyle ki kamu sağlığı krizine yönelik çözümde zorunlu lisansın kullanılmasının tehdidinin bile patent sahibinin stratejilerini yeniden değerlendirmesine ve ilgili ilacın/aşının fiyatını düşürmesine neden olabilmesi bu istisnanın etki gücünü göstermektedir¹⁹⁰. Ancak zorunlu lisansın dezavantajlarının olduğu gerçeği de dikkate alınmalı ve bu olumsuzlukları törpüleyen bir çözüm sağlayacak yeni bir zorunlu lisans düzeninin en azından küresel sürü bağışıklığı sağlanana kadar geçici bir süre için DTÖ nezdinde kabulüne çalışılmalıdır.

¹⁸⁷ Matthews, WTO Decision, s. 29; Önay, s. 1380.

¹⁸⁸ Mercurio, s. 18-21.

¹⁸⁹ Mercurio, s. 22-23.

¹⁹⁰ Matthews, WTO Decision, s. 7; Odman Boztosun, s. 236; Önay, s. 1368; Van Overwalle, Van Zimmeren, s. 20; Sellin, s. 467.

Mevcut durumda hukukumuzda SMK m. 129/1-c ve SMK m. 132 hükümleri çerçevesinde kamu sağlığı nedeniyle COVID-19 aşılarının kullanılmaya başlanması, kullanımın artırılması, genel olarak yaygınlaştırılması amacıyla kamu yararı bulunduğu gerekçesiyle zorunlu lisans verilmesine ya da buluşun kamu yararını karşılayacak yeterlikte kullanımı patent sahibi tarafından gerçekleştirilebilecekse buluşun şartlı olarak zorunlu lisans konusu yapılmasında kamu yararı bulunduğu Cumhurbaşkanınca karar verilebilmektedir. Bununla birlikte salgının boyutu ve yayılma seyri dikkate alındığında zorunlu lisans kararının varlığına rağmen ilacın ülke içinde üretim kapasitesinin yeterli olamayacağı aşıkardır. Açıklandığı üzere SMK m. 133/2 hükmü kamu yararına dayalı zorunlu lisansa özgü olarak lisans alana ihtiyaçla ve belirli bir süre ile sınırlı ithalat yapma yetkisi tanınmasına olanak vermektedir. Bu çerçevede SMK m. 129/1-c ve m. 132 hükümleri çerçevesinde kamu yararına dayalı olarak verilecek zorunlu lisans kararında lisans alana ihtiyaçla sınırlı olarak ve geçici bir süre için ithalat yapma yetkisinin de tanınması gerekli ve elzemdır. Diğer zorunlu lisans halini oluşturan, başka ülkelerdeki kamu sağlığı sorunları sebebiyle eczacılık ürünlerinin ihracatını konu alan TRIPS m. 31bis hükmünün öngördüğü sisteme dayalı SMK m. 129/1-ç bendinde ise TRIPS Konseyi'ne bildirim yapılmasına rağmen Türkiye'nin ithalatçı ülke konumunda olduğu durum hükme bağlanmadığı için bu sistem çerçevesinde COVID-19 salgını sebebiyle zorunlu lisanstan ithalatçı ülke olarak yararlanmamız bu husustaki kanuni düzenlemeye ilişkin eksikliğin giderilmesine bağlıdır.

Nitekim uluslararası hukuk açısından baktığımızda en az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerdeki aşı adaletsizliğine karşı patent hakkını sınırlamak amacıyla kullanılmaya en elverişli düzenleme de TRIPS m. 31bis hükmüdür. Zira bu ülkelerde tersine mühendislik yapabilecek AR-GE potansiyelinin ve ardından söz konusu ilaçları üretme kapasitesinin yetersizliği nedeniyle lisans alanın TRIPS m. 31 hükmü çerçevesinde zorunlu lisanstan fayda sağlayabilmesi imkân dahilinde değildir. İşte TRIPS m. 31bis hükmünün getirilme gerekçesi mevcut kamu sağlığı krizinde yaşandığı üzere böylesi krizlerde ilaç ve aşılarla erişimde ülkeler arasındaki adaletsizlikleri giderebilecek bir çözüm bulma gayretidir. Bununla birlikte TRIPS m. 31bis hükmü 6. Paragraf Kararı'nı benimsemesi sebebiyle barındırdığı engeller bakımından mevcut hali ile beklenen faydayı sağlayacak mahiyette değildir. DTÖ TRIPS Konseyi nezdinde hızla yürütülecek bir karar alma mekanizmasıyla bu sistem iyileştirilmelidir. Yukarıda ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere bu sistem getirdiği yükümlülükler nedeniyle karmaşık ve uzun bir idari prosedür

içermektedir. Bu bakımdan zorunlu lisans verilmesi şartları iyileştirilirken yapılması gereken ilk müdahale bu prosedürün olabildiğince yalınlaştırılması ve sürecin ihtiyaca uygun şekilde kısaltılmasıdır. Diğer taraftan bu süreçte en önemli rolü üstlenen eşdeğer ilaç üreticilerine yatırımlarının karşılığını almalarını temin edecek şekilde gelişmiş ülkelerin ve uluslararası örgütlerin maddi destekte bulunmaları kaydı getirilebilir. Yine aşının yeni olması ve ihracatçı ülkede de acil ulusal sağlık ihtiyaçlarının karşılanması için yeterli miktarda olmaması ihtimaline yönelik olarak da aşı üretiminde uluslararası düzeyde iş birlikleri yapılması düşünülmelidir. Son olarak sistem patent sahibine ödenecek ücretin tespiti bakımından ihracatçı ülkede yetkilendirilen kullanımın ithalatçı ülke bakımından teşkil ettiği ekonomik değerın esas alınacağını belirtip bu tespitin yapılmasına dair bir açıklık getirmediği için bu eksiklik de giderilmelidir. Objektif bir değer tespitinin yanında patent sahibine yapılacak ödeme bakımından da uluslararası aktörler fon sağlamalıdır. Ancak sistem bu ve benzer iyileştirmelerle kullanışlı hale getirildiğinde fayda sağlayabilecektir. Bununla birlikte bu faydanın sağlanması için aşı teminine ihtiyaç duyan ülkelerin ithalatçı ülke konumunda yer alacakları şekliyle TRIPS düzenlemesini iç hukuklarına aktarması gerekmektedir¹⁹¹.

Sonuç

Sağlık hakkı da patent hakkı da bir insan hakkıdır; ancak patent hakkının kamu sağlığı üzerindeki etkileri bu iki alanın arasındaki ilişkiyi gözetenek bir denge sağlanması ihtiyacı doğurmuştur. Sağlık hakkının en temel gereği olan ilaç ve aşılar erişim engeline patent hakkının katkısı, insan hakları hukuku gereği insanın onurunu ve değerini koruma bilinciyle sağlık hakkının önceliklendirilmesini gerektirmektedir. Denge sağlayıcı bu anlayış TRIPS Anlaşması ve Doha Deklarasyonu ile uluslararası hukuka ve SMK ile ulusal hukukta benimsenmiş ve patent hakkı bu doğrultuda kamu sağlığı gerekçesiyle çeşitli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Dünya genelinde kamu sağlığı krizine yol açan COVID-19 hastalığını önlemeye yönelik geliştirilen aşıların patent hakkına konu olmasıyla birlikte bu aşılar erişimde ülkeler arası yaşanan eşitsizliğe patent hakkının katkısı tartışılır hale getirmiştir. Güney Afrika ve Hindistan'ın TRIPS Anlaşması'nda yer alan patent hakkı dahil bir kısım fikri mülkiyet hakkına geçici süreyle muafiyet tanınması önerisi bu süreçte patent hakkının tamamen devre dışı bırakılması ihtimalini

¹⁹¹ Baker, s. 40; Musungu, Oh, s. 39; Verma, s. 653-654; Correa, Access to Medicines, s. 3.

gündeme taşımıştır. Ancak bu çözüm şekli her ikisi de insan hakkı niteliğine haiz bu alanlar arasında kurulmaya çalışılan dengeyi patent hakkı aleyhine ortadan kaldırmaktadır. Patent hakkının insan hakkı niteliği ve aşılarla erişimi engelleyen tek faktör olmadığı, yokluğu halinde daha etkili COVID-19 aşılarının bulunmasını sektöre uğratabileceği dikkate alındığında kamu sağlığı gerekçesiyle sınırlandırılması çözümünü benimsemek daha makul bir yaklaşım olacaktır. Bu anlamda mevcut kamu sağlığı krizinin ihtiyaç duyduğu ivedi ve etkili çözümü sunması bakımından uygulanma kabiliyeti en yüksek istisnayı oluşturan zorunlu lisans yoluna başvurulması en gerçekçi tercihtir. Bu doğrultuda en az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler açısından TRIPS m. 31bis hükmünün öngördüğü zorunlu lisans sistemi en uygun zorunlu lisans hali olmakla birlikte DTÖ TRIPS Konseyi nezdinde hızla yürütülecek bir karar alma mekanizmasıyla mevcut uygulanma engellerini ortadan kaldıracak iyileştirmeler yapılarak COVID-19 aşıları için uygulanabilir hale getirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Abbott F. M, “WTO TRIPS Agreement and its Implications for Access to Medicines in Developing Countries”, 2002, United Kingdom Commission on Intellectual Property Rights, Study Paper 2a, s. 1-69, (http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/study_papers/sp2a_abbott_study.pdf), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Abbott F. M, “The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: Lighting a Dark Corner at the WTO”, 2002, 5(2), Journal of International Economic Law, s. 469-506, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1493725), Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Abbott F. M, “Review: The Trilateral Study on Health, Intellectual Property, and Trade: The Virtue in Paving a Cleared Roadway”, 2013, 16(2), Journal of International Economic Law, s. 493-503, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276641), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Abbott F. M, van Puymbroeck R, “Compulsory Licensing for Public Health, A Guide and Model Documents for Implementation of the Doha Declaration Paragraph 6 Decision”, 2005, No. 61, World Bank Working

- Paper, s. 1-47, (<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7269/334260rev0pub.pdf?sequence=1>), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Akça K, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı”, 2015, Cilt:1, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, s. 543-596.
- Akşit D, “The Exportation of Pharmaceutical Products Subject to Compulsory Licenses to Third Countries Facing Public Health Related Problems: Actual Implementation of Relevant Amendments in the TRIPS Agreement into Turkish Law”, 2017/1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 191-216, (<http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GSUHFD-2017-1.pdf>), Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Anderson H. E, “We Can Work It Out: Co-op Compulsory Licensing as the Way Forward in Improving Access to Anti-Retroviral Drugs”, 2010, 16(2), Boston University Journal of Science and Technology Law, s. 168-193, (<https://core.ac.uk/download/pdf/46713640.pdf>), Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Arıkan A. S, “Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi” (Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu Açısından Değerlendirilmesi), 2017, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Ateş M, “Legal Protection for Patents under the TRIPs Agreement”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınları, 2006.
- Ayiter N, İhtira Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Bak B, “İlaçta Zorunlu Patent Lisansı”, (3), Ankara Barosu Dergisi, s. 107-126, 2011.
- Baker B. K, “Arthritic Flexibilities for Accessing Medicines: Analysis of WTO Action Regarding Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health”, 2003, s. 4-62, (<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1253&context=expresso>), Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.
- Bartelt S, “Compulsory Licenses Pursuant to TRIPS Article 31 in the Light of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health”, 2003, Vol. 6, The Journal of World Intellectual Property, (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1747-1796.2003.tb00202.x>), Erişim Tarihi

7 Mayıs 2021.

- Barton J. H, “TRIPS and the Global Pharmaceutical Market”, 2004, 23(3), Health Affairs, <https://www.healthaffairs.org/doi/full/10.1377/hlthaff.23.3.146>), Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.
- Başpınar V, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Yetkin Yayınları, 2009.
- Bhattacharya R, “Are Developing Countries Going Too Far on TRIPS? A Closer Look at the New Laws in India”, 2008, Vol. 34, American Journal of Law and Medicine, (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/18697698>), Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.
- Birinci G, “Fikri Mülkiyet Hakkı Kısılcında Sağlık Hakkı”. Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu, Akdeniz Üniversitesi, 2009.
- Bozbel S, Fikri Mülkiyet Hukuku, On İki Levha Yayınları, 2015.
- Bulut K, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Patentler ve Faydalı Modeller Açısından Getirdiği Yenilikler ve İlgili Hükümlerin Avrupa Patent Sözleşmesi İle Uyumu”, 2018, Sayı 1, FMR Dergisi, s. 17-31.
- Cameron E, “Patents and Public Health: Principle, Politics and Paradox”, 2004, 1(4), Inaugural British Academy Law Lecture held at the University of Edinburgh, s. 518-544, (<https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/07/1-4-Cameron.pdf>), Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.
- Canbolat T, İşçi Buluşları, Beta Yayınevi, 2007.
- Chapman A. R, “Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c)”, 2001, XXXV(3), Copyright Bulletin, Unesco Publishing, s. 4-36, (<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000125505>), Erişim Tarihi 10 Nisan 2021 .
- Cohen-Kohler J. C, Forman L, Lipkus N, “Addressing Legal and Political Barriers to Global Pharmaceutical Access: Options for Remediating the Impact of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) and the Imposition of TRIPS-Plus Standards”, 2008, 3(3), Health Economics, Policy and Law, (<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hecpol3&div=21&id=&page=>), Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Collier R, “Drug Patents: The Evergreening Problem”, 2013, 185 (9), Canadian Medical Association Journal, (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3680578/>), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

- Correa C. M, “Implications of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health”, 2002, WHO Document, s. 1-49, (https://www.who.int/medicines/areas/policy/who_EDM_PAR_2002.3.pdf), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Correa C, “Recent International Developments in the Area of Intellectual Property Rights”, 2003, ICSTD- UNCTAD Dialogue, 2nd Bellagio Series on Development and Intellectual Property, 2-3, (http://www.iprsonline.org/unctadicts/bellagio/docs/Correa_Bellagio2.pdf), Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.
- Correa C. M, “Implications of Bilateral Free Trade Agreements on Access to Medicines”, 2006, 84(5), Bulletin of the World Health Organization, s. 399-404.
- Correa C. M, “Pharmaceutical Innovation, Incremental Patenting and Compulsory Licensing”, 2011, The South Centre, Research Paper 41, s. 1-27, (<http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s21395en/s21395en.pdf>), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Correa C. M, “Will the Amendment to the TRIPS Agreement Enhance Access to Medicines?”, 2019, Policy Brief, No. 57, (https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/01/PB57_Will-the-Amendment-to-the-TRIPS-Agreement-Enhance-Access-to-Medicines_EN-1.pdf), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Correa C, Matthews D, “The Doha Declaration Ten Years on and Its Impact on Access to Medicines and the Right to Health”, 2011, United Nations Development Programme (UNDP), (<https://apps.who.int/medicinedocs/documents/s21425en/s21425en.pdf9>), Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Cullet P, “Patents and Medicines: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health”, 2003, Vol. 79 (1), International Affairs, s. 139-160, (<http://ielrc.org/content/a0301.pdf>), Erişim Tarihi 15 Nisan 2021.
- Cullet P, “Human Rights and Intellectual Property Protection in the TRIPS Era”, 2007, Vol. 29 (2), Human Rights Quarterly, s. 403-430, (<https://www.jstor.org/stable/20072804?seq=1>), Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.
- Çağlar H, Patent Hukukunda Ön Kullanım Hakkı, 2006, 10(1,2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 77-92.
- Çağlar H, “Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler”, 2017, 3(1), Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dergisi, s. 139-154.

- Durojaye E, “Compulsory Licensing and Access to Medicines in Post Doha Era: What Hope For Africa?”, 2008, 55(1), Netherlands International Law Review, (<https://link.springer.com/article/10.1017/S0165070X08000338>), Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- Elliott R, “TRIPS from Doha to Cancún... to Ottawa: Global Developments in Access to Treatment and Canada’s Bill C-56”, 2003, 8(3), Canadian HIV/AIDS Policy and Law Review, s. 7-18, (<http://www.aidslaw.ca/site/wp-content/uploads/2013/04/8-3-1-e.pdf>), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Eren Vural İ, “Domestic Contours of Global Regulation: Understanding the Policy Changes on Pharmaceutical Patents in India and Turkey”, 2007, 14 (1), Review of International Political Economy, s. 105-142, (<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290601081079>), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Eren F, Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2011.
- Ewelukwa U, “Patent Wars in the Valley of the Shadow of Death: The Pharmaceutical Industry, Ethics and Global Trade”, 2005, Vol. 59, University of Miami Law Review 203, s. 204-293, (<http://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1380&context=umlr>), Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Fink C, “Intellectual Property and Public Health: An Overview of the Debate with a Focus on US Policy”, 2008, Center for Global Development, Working Paper Number 146, s. 3-33, (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.606.5889&rep=rep1&type=pdf>), Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- Fisher W. W, Syed T, “Infection: The Health Crisis in the Developing World and What We Should Do About It”, 2017, Stanford University Press, s. 1-34, (https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/Infection_Regulations.pdf), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Ford S. M, “Compulsory Licensing Provisions Under the TRIPs Agreement: Balancing Pills and Patents”, 2000, 15(4), American University International Law Review, (<https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1278&context=auilr>), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Forman L, “Trade Rules, Intellectual Property, and the Right to Health”,

- 2007, 21(3), Ethics and International Affairs, (<https://tr.scribd.com/document/9637403/Lisa-Forman-Trade-Rules-and-Human-Rights>), Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Garrison C, “Exceptions to Patent Rights in Developing Countries”, 2006, International Centre for Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 17, (https://unctad.org/en/docs/iteipc200612_en.pdf), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Gemalmaz, H. B, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Tıpkı Basım, Beta Yayınları, 2017.
- Genovesi L. M, “The TRIPS Agreement and Intellectual Property Rights Exhaustion”, 2010, Vol 1, Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, (<https://epdf.pub/research-handbook-on-the-protection-of-intellectual-property-under-wto-rules-int.html>), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Gostin L. O, “Public Health, Ethics and Human Rights: A Tribute to the Late Jonathan Mann”, 2001, Volume 29, Journal of Law, Medicine & Ethics (<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2831&context=facpub>), Erişim Tarihi 28 Nisan 2021.
- Gökovalı Ü, Bozkurt, K, “Fikri ve Sınaî Mülkiyet Hakkı (FSMH) Olarak Patentler: Dünya ve Türkiye Açısından Tarihsel Bir Bakış”, S. 17, Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (İLKE), 2006.
- Gumbel M, “Is Article 31bis Enough? The Need to Promote Economies of Scale in the International Compulsory Licensing System”, 2008, 22(1), Temple International & Comparative Law Journal, (<https://sites.temple.edu/ticlj/files/2017/02/22.1.Gumbel-TICLJ.pdf>), Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.
- Güneş İ, “Patent Hakkı ve Bu Hakkın Komşu Kavram ve Hukuki Yollarla İlişkileri”. 2014, (48), Adalet Dergisi, s. 189-207.
- Güneş İ, Sınaî Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, İkinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2017.
- Haakonsson S. J, Richey L. A, “TRIPS and Public Health: The Doha Declaration and Africa”, 2007, 25(1), Development Policy Review, (https://www.researchgate.net/publication/4989287_TRIPS_and_Public_Health_The_Doha_Declaration_and_Africa), Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

- Haugen H. M, “Human Rights and TRIPS Exclusion and Exception Provisions”, 2009, 11(5/6), The Journal of World Intellectual Property, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1498564), Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021.
- Häusser E, “The Patent System and the Medium-Sized Industry”, 1980, 2(4), World Patent Information, (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/0172219080900034>), Erişim Tarihi 15 Nisan 2021.
- Helfer L. R, “Human Rights and Intellectual Property: Conflict or Coexistence?”, 2003, 5(1), Minnesota Intellectual Property Review, (<https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=mjlst>), Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.
- Hemphill C. S, Sampat, B. N, “Evergreening, Patent Challenges, and Effective Market Life in Pharmaceuticals”, 2012, Vol. 31, Journal of Health Economics, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1830404), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Henckels C, “The Ostensible ‘Flexibilities’ in TRIPS: Can Essential Pharmaceuticals Be Excluded from Patentability in Public Health Crises?”, 2006, Vol. 32, Monash University Law Review, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1009373), Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Heywood M, “Drug Access, Patents and Global Health: Chaffed and Waxed Sufficient”, 2002, 23(2), Third World Quarterly, (<https://www.jstor.org/stable/3993497?seq=1>), Erişim Tarihi 5 Mayıs 2021.
- Hirş E, Fikri ve Sınâî Haklar, Ankara Basımevi, 1948.
- Joseph S, “Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The ‘Fourth Wave’ of Corporate Human Rights Scrutiny”, 2003, Vol. 25, Human Rights Quarterly, (https://www.jstor.org/stable/20069671?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents), Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- Kampf R, “Patents versus Patients?”, 2002, 40(1), Archiv des Völkerrechts, (<https://www.jstor.org/stable/40800024?seq=1>) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Karahan S, Suluk C, Saraç T, Nal T, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayınevi, 2015.
- Karson M, Türk Hukuku’nda Patentten Doğan Haklar, Yüksek Lisans Tezi,

- Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.
- Kaya A, “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, 1997, 55 (4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 173-200.
- Kerry V. B, Lee K, “TRIPS, the Doha Declaration and Paragraph 6 Decision: What Are the Remaining Steps for Protecting Access to Medicines?”, 2007, 3 (3), Globalization and Health, (https://www.researchgate.net/publication/6309011_TRIPS_the_Doha_declaration_and_paragraph_6_decision_What_are_the_remaining_steps_for_protecting_access_to_medicines), Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.
- Keskin S, Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Seçkin Yayınevi, 2003.
- Keşli A. T, “The Role of Exhaustion of Intellectual Property Rights in the Integration; Application of the Principle in the European Internal Market & Turkish Custom Union”, 1999, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş günü Armağanı, İstanbul.
- Khor M, “Patents, Compulsory License and Access to Medicines: Some Recent Experiences”, 2007, Intellectual Property Rights Series, Third World Network, <http://www.twn.my/title2/IPR/pdf/ipr10.pdf>, Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Khoury A. H, “The ‘Public Health’ or the Conventional International Patent Regime and the Ethics of ‘Ethical’: Access to Patented Medicines”, 2008, 26(25), Cardozo Arts and Entertainment Journal, (<http://www.cardozoelj.com/wp-content/uploads/Journal%20Issues/Volume%2026/Issue%201/khoury.pdf>), Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021.
- Krattiger A, “Promoting Access to Medical Innovation”, 2013, Issue 5, WIPO Magazine, (https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2013/05/article_0002.html) Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021.
- Kyle M, McGahan A, “Investments in Pharmaceuticals before and after TRIPS”, 2009, NBER Working Paper, No. 15468, (<http://www.nber.org/papers/w15468.pdf>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Lanjouw J. O, “A Patent Policy for Global Diseases: U.S. and International Legal Issues”, 2002, 16(1), Harvard Journal of Law & Technology, (<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v16/16HarvJLTech085.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

- Lidgard H. H, Atik J, “Facilitating Compulsory Licensing under TRIPS in Response to the AIDS Crisis in Developing Countries”, 2005, Corporate and Employment Perspectives in a Global Business Environment, Chapter 5, Kluwer Law International, (<https://portal.research.lu.se/portal/files/6001478/4004971.pdf>) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.
- Liu J, “Compulsory Licensing and Anti-Evergreening: Interpreting the TRIPS Flexibilities in Sections 84 and 3(d) of the Indian Patents Act”, 2015, 56(1), Harvard International Law Journal, (<https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/561Liu.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Love R, “Corporate Wealth or Public Health? WTO/TRIPS Flexibilities and Access to HIV/AIDS Antiretroviral Drugs by Developing Countries”, 2007, 17(2), Development in Practice, (<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09614520701195915>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Lucyk S, “Patents, Politics and Public Health: Access to Essential Medicines under the TRIPS Agreement”, 2007, Vol. 38, Ottawa Law Review, (<https://rdo-olr.org/en/2007/patents-politics-and-public-health-access-to-essential-medicines-under-the-trips-agreement/>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Lukose L. P, “Patent Ever Greening: Law And Ethics”, 2016, 7th International Conference on Information Law and Ethics, <https://icil.gr/2016/icil/proceedings/>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Mann J, Gostin L, Gruskin S, Brennan T, Lazzarini Z, Fineberg H. V, “Health and Human Rights”, 1994, 1(1), Health and Human Rights Journal, (<https://cdn2.sph.harvard.edu/wp-content/uploads/sites/125/2014/03/4-Mann.pdf>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021.
- Matthews D, Globalising Intellectual Property Rights: The TRIPs Agreement, First Edition, Routledge, the Taylor & Francis Group, 2002.
- Matthews D, “Is History Repeating Itself? The Outcome of Negotiations on Access to Medicines, the HIV/AIDS Pandemic and Intellectual Property Rights in the World Trade Organisation”, 2004, Issue 1, Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD), (Web: <https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/.../matthews/matthews.rtf>) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.
- Matthews D, “WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health: A

- Solution to the Access to Essential Medicines Problem?”, 2004, 7(1), Journal of International Economic Law, (<http://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/983>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Matthews D, “TRIPS Flexibilities and Access to Medicines in Developing Countries: the Problem with Technical Assistance and Free Trade Agreements”, 2005, Vol. 27, European Intellectual Property Review, <http://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/183>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Matthews D, “From the August 30, 2003 WTO Decision to the December 6, 2005 Agreement on an Amendment to TRIPS: Improving Access to Medicines in Developing Countries?”, 2006, Vol. 10, Intellectual Property Quarterly, (<http://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/2124>) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.
- Matthews D, “Intellectual Property Rights, Human Rights and the Right to Health”, 2009, Queen Mary University of London, School of Law, Legal Studies Research Paper No. 24/2009, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1414900), Erişim Tarihi 30 Nisan 2021
- Meier B. M, “Employing Health Rights for Global Justice: The Public Health Response to the Insalubrious Ramifications of Globalisation”, 2006, 39(3), Cornell International Law Journal, (<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1694&context=cilj>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021.
- Memiş T, “Eşdeğer İlaçların Hukuki Konumu”, 2008, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul.
- Memiş T, “İlaçların Patentlenmesi”, 2009, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Sempozyumu, İstanbul.
- Mercurio B, “Resolving the Public Health Crisis in the Developing World: Problems and Barriers of Access to Essential Medicines”, 2007, 5(1), Northwestern University Journal of International Human Rights, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980175) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.
- MSF Campaign for Access to Essential Medicines and Drugs for Neglected Diseases Working Group, “Fatal Imbalance: The Crisis in Research and Development for Drugs for Neglected Diseases”, 2001, Geneva: MSF, (<http://www.msf.org/sites/msf.org/files/old-cms/source/access/2001/>)

fatal/fatal.pdf) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

Murthy D, “The Future of Compulsory Licensing: Deciphering the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health”, 2002, 17 (6), American University International Law Review, (<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1232&context=auilr>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

Musungu S. F, Oh C, “The Use of Flexibilities in TRIPS by Developing Countries: Can They Promote Access to Medicines?”, 2005, Commission on Intellectual Property Rights, Innovation and Public Health (CIPIH), Study 4C, (<http://www.who.int/intellectualproperty/studies/TRIPSFLEXI.pdf>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.

Musungu S, Villanueva S, Blasetti R, “Utilizing TRIPS Flexibilities for Public Health Protection through South–South Regional Frameworks”, 2004, Geneva: South Centre. (<http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4968e/s4968e.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

Odman Boztosun A, “İlaçta Zorunlu Lisans Uygulaması”, İlaç Hukuku, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 2009.

Oh C, “Compulsory Licenses: Recent Experiences in Developing Countries”, 2006, Vol. 1, International Journal of Intellectual Property Management, (<https://www.inderscienceonline.com/doi/abs/10.1504/IJIPM.2006.011020>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

Okat T, “Polpharma Davası ve Bolar İstisnasının Sınırlarına İlişkin Bir Değerlendirme”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2012, Yetkin Yayınları, 2013.

Okutan G, “Exhaustion of Intellectual Property Rights: A Non-Tariff Barrier to International Trade?”, 1996, XXX (46), Annales de la Faculte de Droit d’İstanbul, s. 110-130.

Ortan A. N, İşçi Buluşları Hukuku, DEÜ Yayınları, 1987.

OseiTutu J. J, “Corporate ‘Human Rights’ to Intellectual Property Protection?”, 2015, 55(1), Santa Clara Law Review, http://collections.law.fiu.edu/faculty_publications/127) Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021.

Ostergard Jr. R. L, “Intellectual Property: A Universal Human Right?”, 1999, Human Rights Quarterly, 21, The Johns Hopkins University Press,

(https://www.jstor.org/stable/762740?read-now=1&refreqid=excelsior%3A026d86777aff6eae50c35aacda5ce8e&seq=1#page_scan_tab_contents) Erişim Tarihi 15 Nisan 2021.

Owoeye O, “The WTO TRIPS Agreement and the Public Health Conundrum: Important Lessons for Africa”, 2014, NIALS Journal of Intellectual Property (NJIP), <http://researchbank.rmit.edu.au/view/rmit:40048>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.

Önay I, “TRIPS: Patent Korumasının İlaçlara Erişime Etkisi”, 2010, Cilt II, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, On İki Levha Yayınları.

Özcan Büyüktanır B. G, İlaç Patenti Hak Sahipliği ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu. Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

Özcan Büyüktanır B. G, “Türk Hukukunda İlaç Patentine Genel Bakış”, 2012, (2), Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 76-88.

Özcan Büyüktanır B. G, Birinci G, Ömürgönülşen U, “Trips Sözleşmesi ve İlaç Firmalarının Sağlık Hakkına İlişkin Etik Sorumlulukları”, 2012, 30(2), Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 1-26.

Özdemir A, “TRIPS Agreement and Access to Essential Medicines”, 2008, 1(1), Ankara Bar Review, (<http://www.ankarabarosu.or.g.tr/siteler/2012yayin/dergi/01.pdf>) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.

Özer F, Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Özkök Gökmen B, Patent Hakkının Sınırları ve İstisnaları (Kamu Sağlığı Gerekçesi Özelinde İncelenmesi), Adalet Yayınevi, 2020.

Öztürk Ö, Türk Hukukunda Patent Verilebilirlik Şartları, Arıkan Yayınevi, 2008.

Öztürk Ö, “İşletmenin Zor Kararı: Patentlemek Ya Da Patentlememek?”, 2011, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, On İki Levha Yayınları.

Öztürk Ö, “Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Patent ve Faydalı Modellere İlişkin Düzenlemeler ve Yenilikler”, 2017, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Pınar H, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, 2000, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan. İstanbul.

- Pogge T. W, “Human Rights and Global Health: A Research Program”, 2005, 36(1/2), *Metaphilosophy*, (<https://www.jstor.org/stable/24439623?seq=1>) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- Rehman H, “WTO, Compulsory Export Licences and Indian Patent Law”, 2011, *Nordic Journal of Commercial Law*, (<https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/3005>) Erişim Tarihi 10 Mayıs 2021.
- Reichman J. H, “Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement”, 1995, 29(2), *The International Lawyer*, (https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1617&context=faculty_scholarship) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.
- Roffe P, Spennemann C, von Braun J, “Intellectual Property Rights in Free Trade Agreements: Moving Beyond TRIPS Minimum Standards”, 2010, Vol 1, *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules*, (<https://epdf.pub/research-handbook-on-the-protection-of-intellectual-property-under-wto-rules-int.html>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.
- San Giorgi M, *The Human Right to Equal Access to Health Care*, Cambridge: Intersentia Ltd, 2012.
- Saraç, T, “Patent Hukukunda Yenilik Kavramı ve Yeniliğin Belirlenmesi”, 2001, 9(1-2), *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 189-212.
- Saraç T, “Sınai Hakların Korunmasında Yenilik Şartı Açısından “Tekniğin Bilinen Durumu” Kavramı ve Kapsamı”, 2003, 22 (2), *BATİDER*, s. 117-149.
- Saraç T, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Scherer F, Watal J, “Post-TRIPS Options for Access to Patented Medicines in Developing Nations”, 2002, 5(4), *Journal of International Economic Law*, (<https://icrier.org/pdf/jayawatal%20.pdf>) Erişim Tarihi 3 Mayıs 2021.
- Sellin J. A, “Does One Size Fit All? Patents, the Right to Health and Access to Medicines”, 2015, 62(3), *Netherlands International Law Review*, (<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40802-015-0047-5.pdf>) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.

Sezgin Huysal A, İlaç Patenti, Vedat Kitapçılık, 2010.

Sterckx S, “Patents and Access to Drugs in Developing Countries: An Ethical Analysis”, 2004, 4(1), *Developing World Bioethics*, (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1471-8731.2004.00067.x>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.

Suluk C, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler”, 2018, 4(1), *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, s. 91-109.

Suluk C, Karasu R, Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 2017.

Şahin A, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, 2010, 59(4), *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 711-766.

Şehirli F. H, *Patent Hakkının Korunması*, Turhan Kitabevi, 1998.

Şehirli Çelik F. H, “Patent Sisteminin İşlevleri ve Bu İşlevlerin Etkinliğini Sağlayan Yasal Düzenlemeler”, 2006, XXIII (3), *BATİDER*, s. 103-154.

‘t Hoen E, “TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines: A Long Way from Seattle to Doha”, 2002, , 3(1), *Chicago Journal of International Law*, Article 6, (<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1171&context=cjil>) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.

‘t Hoen E. F. M, Veraldi J, Toebes B, Hogerzeil H. V, “Medicine Procurement and the Use of Flexibilities in the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2001-2016”, 2018, 96(3), *Bulletin of the World Health Organization*, (<https://www.who.int/bulletin/volumes/96/3/17-199364.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

‘t Hoen E, Berger J, Calmy A, Moon S, “Driving a Decade of Change: HIV/AIDS, Patents and Access to Medicines for All”, 2011, 14(15), *Journal of the International AIDS Society*, (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1186/1758-2652-14-15>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık, 2012.

Thapa R, “Waiver Solution in Public Health and Pharmaceutical Domain under TRIPS Agreement”, 2011, Vol. 16, *Journal of Intellectual Property Rights*, (<http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/13057/1/JIPR%2016%286%29%20470-476.pdf>) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.

- Timmermans K, “Monopolizing Clinical Trial Data: Implications and Trends”, 2007, 4(2), PLOS Medicine, (https://pdfs.semanticscholar.org/7c4b/31dbba7f224609eb8c8712778bd494116f6a.pdf?_ga=2.41862049.262291572.1558087001-555459927.1553693013) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Van Overwalle G, Van Zimmeren E, “A Paper Tiger? Compulsory License Regimes for Public Health in Europe”, 2011, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1717974) Erişim Tarihi 7 Mayıs 2021.
- Verma S. K, “The Doha Declaration and Access to Medicines by Countries without Manufacturing Capacity”, 2010, Vol 1, Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, (<https://epdf.pub/research-handbook-on-the-protection-of-intellectual-property-under-wto-rules-int.html>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.
- Walker S, “The implication of TRIPS: Ethics, Health and Human Rights”, 2001, 2(1), Journal of Human Development, <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14649880120050200>) Erişim Tarihi 1 Mayıs 2021.
- Weissman R, “A Long, Strange TRIPS: The Pharmaceutical Industry Drive to Harmonize Global Intellectual Property Rules, and the Remaining WTO Legal Alternatives Available to Third World Countries”, 1996, 17(4), University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, (<https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1484&context=jil>) Erişim Tarihi 5 Mayıs 2021.
- Winslow C. E. A, “The Untilled Fields of Public Health”, 1920, Science, 9, (<http://www.helmut-brand.eu/app/download/5807681647/Winslow+Def+of+Public+Health+1920.pdf>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021.
- Wojahn P. L, “A Conflict of Rights: Intellectual Property under TRIPS, the Right to Health, and AIDS Drugs”, (2001-2002), UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs, (<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jilfa6&div=20&id=&page=>) Erişim Tarihi 2 Mayıs 2021.
- World Health Organization, “The Use of Essential Drugs”, 2000, Ninth Report of the WHO Expert Committee, (<http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js2281e/2.html>) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- World Health Organization, 25 Questions & Answers on Health and Human

- Rights, 2002, Issue No.1, Geneva: WHO Health & Human Rights Publication Series, 25, (<https://www.who.int/hhr/NEW37871OMSOK.pdf>) Erişim Tarihi 29 Nisan 2021.
- World Health Organization, Constitution, in Basic Documents, 48th ed., 2014, (<http://apps.who.int/gb/bd/pdf/bd48/basic-documents-48th-edition-en.pdf>) Erişim Tarihi 28 Nisan 2021.
- World Health Organization, World Intellectual Property Organization, World Trade Organization,, Promoting Access to Medical Technologies and Innovation: Intersections Between Public Health, Intellectual Property and Trade, 2013, (https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/global_challenges/628/wipo_pub_628.pdf) Erişim Tarihi 30 Nisan 2021.
- Yalçiner U. G, Sınai Mülkiyetin İlkeleri, Yalçiner Danışmanlık, 2000.
- Yalçiner U. G, “İlaç ve Patent-Türkiye’de ve Dünyada Son Gelişmeler”, 2002, 2(3), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi.
- Yu P. K, “The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement”, 2009, Houston Law Review, (Web: <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/457>) Erişim Tarihi 6 Mayıs 2021.
- Yurtsever Ş, Patent Hukukî Korunması ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınevi, 1999.
- Yusufoğlu F, Patent Verilebilirlik Şartları, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Yücel M. T, Kale S, “Patent Verilemeyecek Konu ve Buluşlar”, 2005, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan. İstanbul.

İnternet Kaynakları

- http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0009/113877/E93944.pdf.
- <https://covid19.saglik.gov.tr/>.
- <https://covid19.who.int/>.
- https://covid19asi.saglik.gov.tr/?gclid=EAIaIQobChMIxaHCkLrL8AIVXwWiAx0PjgkAEAYASAAEgJJfPD_BwE.
- <https://www.ifpma.org/resource-centre/ifpma-statement-at-wto-event-covid-19-and-vaccine-equity-what-can-the-wto-contribute/>.
- <https://www.ipwatchdog.com/2021/01/02/india-south-africas-covid-vaccine->

proposal-wto-patent-waiver-must-considered-compulsory-licensing/
id=128652/.

<https://law.stanford.edu/2021/05/04/stanfords-lisa-ouellette-on-waiving-covid-19-vaccine-patents/>.

<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>.

<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/coronavirus-disease-covid-19>.

https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1.

<https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/waive-covid-vaccine-patents-to-put-world-on-war-footing>.

<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-coronaviruses>.

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/325771/WHO-MVP-EMP-IAU-2019.06-eng.pdf?ua=1>.

ADİ ORTAKLIKTA ORTAĞIN ÖLÜMÜ HALİNDE MİRASÇILARIN HUKUKİ DURUMU

Numan TEKELİOĞLU*

ÖZ

Adi ortaklık, ekonomik ve hukuki anlamda oldukça önemli fonksiyonlara sahip bir ortaklık türüdür. Ortakların kişisel özelliklerinin ön planda olduğu adi ortaklıkta, ortaklardan birinin ölümü muhtelif sorunların gün yüzüne çıkmasına sebep olabilmektedir. Bu sorunların temelinde, ortağın ölümünün adi ortaklığı sona erdirip erdirmeyeceği ve buna bağlı olarak mirasçılarının adi ortaklıkla ilişkilerinin nasıl olacağı meselesi yer almaktadır. Ortağın ölümüyle birlikte adi ortaklığın sona erdiği hallerde durum daha basittir. Ortaklık tasfiye sürecine girer ve tasfiye sonucunda elde edilen kar veya zarara mirasçılar da katlanır. Ancak adi ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi söz konusu olduğunda, miras ortaklığına hâkim olan elbirliği ilkesinin adi ortaklık bakımından elverişli olup olmadığı konusu gündeme gelmektedir. Bunun dışında, ortaklığın sağ kalan ortaklarla sürdürülmesine yönelik sözleşme kayıtları da bulunabilir. Tüm bu hallerde, mirasçılarının diğer ortaklara ve birbirlerine karşı hukuken nasıl bir konumda bulunacakları üzerinde durmak gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Adi Ortaklık, Mirasçı, Miras Ortaklığı, Halefiyet, Elbirliği Mülkiyeti.*

LEGAL STATUS OF HEIRS IN THE EVENT OF THE DEATH OF THE PARTNER IN THE SIMPLE PARTNERSHIP

ABSTRACT

Simple partnership is a type of partnership that has very important economic and legal functions. In the simple partnership, where the personal characteristics of the partners are at the forefront, the death of one of the partners may cause various problems to come to light. The basis of these problems is whether the death of the partner will end the simple partnership and, accordingly, how the relations of the heirs with the simple partnership will be. The situation is simpler where the simple partnership ends with the death of the partner. The partnership enters the liquidation

* **Arş. Gör. Dr.** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı/ISPARTA e-posta: numantekelioglu@gmail.com

ORCID: 0000-0001-5787-4137

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979233

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih :28 04//2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 30/07/2021

process and the heirs bear the profit or loss obtained as a result of the liquidation. However, when it comes to the continuation of the simple partnership with the heirs, the issue of whether the principle of cooperation that prevails in the inheritance partnership is suitable for simple partnership comes to the agenda. Apart from this, there may also be contract rules for the continuation of the partnership with the surviving partners. In all these cases, it is necessary to focus on the legal position of the heirs to other partners and to each other.

Keywords: *Simple Partnership, Heir, Community of Heirs, Subrogation, Joint Ownership.*

GİRİŞ

Adi ortaklık (*einfache Gesellschaft*), emeklerini veya araçlarını ortak bir amaç doğrultusunda bir araya getirerek bu amaca ulaşmak için birlikte çaba göstermeyi sözleşmeye dayalı olarak birbirlerine karşı yüklenen kişiler tarafından meydana getirilen ve tüzel kişiliğe sahip olmayan kişi ortaklığı şeklinde tanımlanmaktadır¹. Söz konusu tanımdan da anlaşıldığı gibi, ortaklık türleri için yapılan klasik ayırmda adi ortaklık, kişi ortaklıkları (*Personengesellschaften*) içerisinde sayılmaktadır². Zira adi ortaklıkta ortakların kişisel özellikleri, bir anlamda ortaklığı meydana getiren en önemli sebepler arasındadır. Diğer bir deyişle, adi ortaklığın oluşumu bakımından en temel unsurlardan biri, kişi unsurudur³.

¹ Muhtelif tanımlar için bkz: Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 12 vd; Hayri Domaniç, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, Cilt I, İstanbul, 1988, s. 377; Lukas Handschin/Reto Vonzun, *ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/4a, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2009, Art. 530, N. 2; Christof Truniger, *Präjudizienbuch OR*, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 530, N. 1; Walter Fellmann/Karin Müller, *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/8, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Stämpfli Verlag AG, 2006, Art. 530, N. 11; Jürg G. Schütz, *SHK - Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR)*, Stämpfli Verlag AG, 2015, Art. 530, N. 1.

² Barlas, s. 8; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 830; Handschin/Vonzun, *ZK-OR*, Art. 530, N. 1; Fellmann/Müller, *BK-OR*, Art. 530, N. 22; Peter Jung, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft -Vergütungsverordnung*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 530, N. 3.

³ Truniger, *Präjudizienbuch OR*, Art. 530, N. 3; Fellmann/Müller, *BK-OR*, Art. 530, N. 11;

Türk Borçlar Kanunu m. 620/1 hükmünde adi ortaklık sözleşmesinin tanımı verilmiş ve burada "...iki ya da daha fazla kişinin..." denilmek suretiyle, kişi türleri bakımından bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu sebeple, adi ortaklıkta hem gerçek hem de tüzel kişiler ortak sıfatıyla yer alabilmektedir⁴. Hal böyle olmakla birlikte, ortağın ölümü ve buna bağlı olarak mirasçılarının diğer ortak ya da ortaklarla ilişkilerinden bahsedebilmek için, doğal olarak gerçek kişi ortağın bulunması gerekmektedir. Gerçek kişi ortağın ölümü, kural olarak adi ortaklığın sona ermesine yol açan bir sebeptir. Bu ihtimalde, ölen ortağın mirasçılarının diğer ortak veya ortaklarla olan ilişkisi, ortaklığın tasfiyesine dayalı bir alacak ve borç ilişkisidir⁵. Ortağın ölümünün adi ortaklığı sona erdirmeyeceği durumlarda ise, mirasçılarının ne şekilde ortaklığa dâhil olacakları meselesiyle karşılaşılacaktır. Ölen ortağın tek mirasçısının var olması halinde herhangi bir sorun yoktur. Ancak olayların çoğunluğunda ölen ortağın birden fazla mirasçısı bulunur ve bu durum, mirasçılarının adi ortaklıkla olan ilişkilerinin karmaşık hale gelmesine yol açar. Zira meselenin merkezinde bir taraftan adi ortaklık varken, diğer taraftan da mirasçılarının kendi aralarında kanun gereği meydana gelen miras ortaklığı bulunmaktadır.

I. ORTAĞIN ÖLÜMÜNÜN ADİ ORTAKLIĞA ETKİSİ

Adi ortaklığın karşılıklı güven ilişkisine ve kişiye bağlı yapısı, ortağın ölümü halinde kendisini açıkça göstermektedir⁶. Nitekim kanunda, ortaklardan birinin ölmesiyle adi ortaklığın sona ereceği düzenlenmiştir (TBK m. 639, b.2/OR Art. 545, Abs. 1, Ziff. 2). Ancak adi ortaklık sözleşmesinde ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm bulunduğu takdirde, ortağın

Jung, CHK-OR, Art. 530, N. 3; Schütz, SHK- OR, Art. 530, N. 4; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 530, N. 7.

⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 831; Barlas, s. 19; Fellmann/Müller, BK-OR, Art. 530, N. 19; Truniger, Präjudizienbuch OR, Art. 530, N. 3; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 530, N. 2; Schütz, SHK- OR, Art. 530, N. 6; Jung, CHK-OR, Art. 530, N. 3; Karin Müller, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 530, N. 4.

⁵ "Ortaklardan birinin ölümü halinde mirasçılar ile şirketin devamına ilişkin ortaklar arasında bir sözleşme olmadığı da uyumsuzluk konusu değildir. Bu durumda Borçlar Kanunu'nun 535. maddesi uyarınca adi ortaklık sona ermiştir ve davacılar ancak ortaklığın tasfiyesini ve bunun sonucundan doğan alacaklarını isteyebilirler. Oysa davacılar kar isteklerini saklı tutmak suretiyle sadece mirasbırakanlarının koyduğu sermayeyi istemişlerdir. Az önce belirtilen nedenle böyle bir davanın dinlenmesi olanağı yoktur". Yarg. 13. HD, E. 1974/1156, K. 1974/268, T. 4.2.1974.

⁶ Emre Türkmen, Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 136.

ölümü kendiliğinden ortaklığın sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır⁷.

Ortağın ölümünün adi ortaklığı sona erdirdiği hallerde, ölen ortağın ortaklık sıfatı ve buna bağlı olarak sahip olduğu ortaklık hakları mirasçılara intikal etmez⁸. Öte yandan, adi ortaklığın sona ermesiyle birlikte ortaklığın amacı değişmektedir⁹. Bundan sonraki aşamada ortaklık, alacakların tahsili, borçların ödenmesi ve geriye aktif bir değer kalırsa bunun ortaklar arasında paylaştırılması amacıyla varlığını sürdürür. Tasfiye amacı (*Liquidationszweck*) olarak adlandırılan bu süreç neticesinde, kanunun ifadesiyle geriye kalan kazanç (TBK m. 643/1) miktarı bakımından ölen ortağın mirasçıları alacaklı konumundadır. Başka bir ifadeyle, ölen ortağın tasfiye sonucunda elde edecek olduğu miktar, onun terekesinin aktif kısmında yer alarak mirasçılara geçmektedir. Bunun dışında, TBK m. 643/1 hükmü çerçevesinde tasfiye süreci içerisinde ödenmesi gereken başka değerler de bulunmaktadır. Tasfiye sonucunda ortaklığın varlığının ortakların katılım paylarını ödemeye yetmemesi veya borçların ödenememesi de söz konusu olabilir. Mirasçılar bu ihtimalde diğer ortak veya ortaklar gibi zarara katılmak ve borçlar bakımından da müteselsilen sorumlu olmak durumundadır.

Adi ortaklık sözleşmesinde, ortaklardan birinin ölümü halinde ortaklığın mirasçılarla devam edeceği yönünde bir hüküm varsa, ölen ortağın ortaklık sıfatı mirasçılara geçer. Böylece, adi ortaklık ölüm olayından etkilenmeyerek varlığını devam ettirme imkânı bulur. Ancak adi ortaklık sözleşmesinde, ortaklığın sağ kalan ortakların kendi aralarında devam edeceği şeklinde

⁷ Türkmen, s. 136; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2014, s. 1525; Truniger, Präjudizienbuch OR, Art.545, N. 4; Jung, CHK-OR, Art. 545, N. 4; Müller, OFK-OR, Art. 545, N. 4; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 35; Benedict F. Christ, SHK - Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015, Art. 545, N. 13; Stephan Wolf, “Erb- und (immobiliar)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter”, Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, Stämpfli Verlag AG, 2005, s. 80; Lukas Handschin, “Die Auflösung der einfachen Gesellschaft”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, s. 219. Peter Jung, “Die Regelung der Nachfolge beim Tod eines Personengesellschafters – Zum notwendigen Zusammenspiel von Erbrecht und Gesellschaftsrecht”, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Stämpfli Verlag AG, 2017, s. 176.

⁸ Yasemin Maraşlı Dinç, Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 52.

⁹ Handschin, Auflösung, s. 216; Yavuz/Acar/Özen, s. 1525.

bir hüküm konulması da mümkündür¹⁰. Bu ihtimalde, ortaklık sağ kalan ortaklarla devam eder. Ölen ortağın tasfiye payı ise bir alacak hakkı olarak onun terekesinin aktif kısmına girer ve mirasçılar tarafından talep edilebilir. Sözleşmede ortağın ölümüne ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, ölen ortağın mirasçılarıyla diğer ortak veya ortakların oybirliğiyle anlaşmaları sonucunda adi ortaklık devam ettirilebilir¹¹.

II. TASFİYE SÜRECİNDE MİRASÇILARIN DURUMU

A. Genel Olarak

Adi ortaklığın bir ortağın ölümü sebebiyle sona ermesi, ortaklık ilişkisinin kendiliğinden çözülmesi anlamına gelmez¹². Zira bu noktadan sonra, ortaklığın tasfiye sürecine girmesi ve ortaklık varlığının net olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Tasfiye (*Liquidation*) genel itibarıyla, ortaklık mal varlığının tespit edilerek borçların ödenmesinden sonra geriye kalan miktarın sözleşmede veya kanunda düzenlenen şekilde paylaşılmasıdır¹³. Şu halde, tasfiyenin nasıl yapılacağına dair sözleşmede bir hüküm bulunduğu takdirde, öncelikle bu hükme göre hareket edilmesi gerekmektedir. Mirasçılar da ölen ortağın taraf olduğu bu hüküm ile bağlıdırlar. Dolayısıyla mirasçılar, sözleşmede hüküm bulunmasına rağmen, tasfiyenin kanun hükümlerine göre yapılmasını isteyemezler. Tasfiye usulüne ilişkin kanun hükümleri (TBK m. 642, 643, 644), tamamlayıcı niteliktedir¹⁴. Bu sebeple, adi ortaklık

¹⁰ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 36; Oruç Hami Şener, *Adi Ortaklık*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 445; Simge Aksu, *Adi Ortaklığın Sona Erme Sebepleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011, s. 39.

¹¹ Şener, s. 448; Aksu, s. 45; Wolf, s. 80.

¹² “*Adi ortaklığın sona ermesinin en önemli sonuçlarından biri ortaklığın tasfiye aşamasına girmesidir. Zira sona erme sebeplerinden birinin gerçekleşmesiyle birlikte, adi ortaklık hemen ortadan kalkmaz; sadece sona erme sebeplerinin varlığı ortaklık bünyesinde bir takım değişiklikler meydana getirerek, ortaklığın tasfiye aşamasına girmesine neden olur. Ortaklar arasındaki hukuki bağ, tasfiyenin tamamlanması ile ortadan kalkar*”. Yarg. 3. HD, E. 2013/3554, K. 2013/6981, T. 29.4.2013.

¹³ “*Tasfiye, ortaklığın bütün malvarlığının belirlenip, ortakların birbirleri ile alacak verecek ve ortaklıktan doğan tüm ilişkilerinin kesilmesi yoluyla ortaklığın sonlandırılması, malların paylaşılması ya da satış yoluyla elden çıkarılmasıdır. Diğer bir anlatımla tasfiye memuru tarafından yapılacak bir arıtma işlemi olup; hesap ve işlemlerin incelenip, bir bilanço düzenlenerek, ortaklığın aktif ve pasifi arasındaki farkı ortaya koymaktır*”. Yarg. 3. HD, E. 2014/2569, K. 2014/6532, T. 29.4.2014.

¹⁴ Mehmet Ali Aykun, *Adi Ortaklığın Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2019, s. 82.

sözleşmesinde tasfiye usulüne ilişkin hüküm bulunmasa bile, ortaklar tasfiyenin nasıl yapılacağı konusunda anlaşarak kanunda düzenlenen farklı bir usul benimseyebilirler¹⁵.

B. Ortaklığın Geçici Yönetimi

1. Bildirim Yükümlülüğü

Türk Borçlar Kanunu m. 641/2 (OR Art. 547, Abs. 3) hükmüne göre, adi ortaklığın ortaklardan birinin ölümü sebebiyle sona ermesi halinde, ölen ortağın mirasçısı durumu hemen diğer ortaklara bildirmekle yükümlüdür (*Mitteilungspflicht*)¹⁶. *Dikkat edilirse hükmün lafzında yalnızca “mirasçı” ifadesine yer verilmiştir. Ölen ortağın tek mirasçısı varsa, bu mirasçının bildirim yükümlülüğü noktasında ihtilaf meydana gelmez. Ancak birden fazla mirasçının var olması halinde, bildirim yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği bakımından tereddüt meydana gelebilir. Öğretide bir görüş, birden fazla mirasçının var olduğu hallerde bildirim yükümlülüğünün birlikte yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁷. Söz konusu görüş, miras ortaklığına hâkim olan elbirliği ilkesine uygun görünmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, mirasçıların her durumda birlikte hareket etmeleri mümkün olmayabilir. Kanunda mirasçılardan her birinin terekedeki hakların korunmasını isteyebileceği düzenlenmiştir (TMK m. 640/4). Şu halde, terekedeki hakların korunması bakımından her bir mirasçı bunun için gerekli işlemleri tek başına yapabilir. Bu sebeple, birden fazla mirasçının bulunduğu hallerde dahi mirasçılardan birinin ortağın ölümünü diğer ortaklara bildirebileceğini kabul etmek gerekir¹⁸.*

Bildirim yükümlülüğü bir irade beyanı değil, davranışta bulunma yükümlülüğüdür¹⁹. Bu sebeple bildirim, bütün ortaklara gönderildiği anda yükümlülük yerine getirilmiş olunur. Bildirimin ulaşmamasına ilişkin riski

¹⁵ Aykun, s. 82.

¹⁶ Christ, SHK-OR, Art. 547, N. 3; Müller, OFK-OR, Art. 547, N. 2; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 40. Esasen bildirim yükümlülüğü, yalnızca mirasçılara ait bir yükümlülük değildir. Her bir ortak, kendisi tarafından bilinen sona erme sebebinin derhal diğer ortaklara bildirmek durumundadır. Ancak ölüm durumunda bildirim yükümlülüğü aynı zamanda ölen ortağın mirasçılarında da yüklenmiştir.

¹⁷ Aykun, s. 78.

¹⁸ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 40. Yazarlara göre, mirası kabul edip etmeyeceği belli olmayan veya mirası reddetme niyetinde olan mirasçılar bakımından da bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.

¹⁹ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 40.

mirasçılar değil ortaklar taşır²⁰. Öte yandan mirasçıların yaptıkları bildirim açıklayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, ortağın ölümü sebebiyle ortaklığın sona ermesi bildirim ulaştığı anda değil, ortağın ölümü anında gerçekleşir²¹.

2. İşleri Yönetme Yükümlülüğü

Ortaklardan birinin ölümü ve ortaklığın sona ermesiyle birlikte, esasen ortaklığın amacı tasfiye amacına dönüşür ve bu çerçevede ortakların yönetim yetkileri de tasfiyenin gerçekleşmesiyle sınırlıdır²². Hal böyle olmakla birlikte, tasfiye işlemlerine kısa bir süre içerisinde başlanması mümkün olmayabilir. Bu sebeple, tasfiye sürecinin başlamasına kadar ortaklıkla ilgili sürdürülmesi zorunlu olan işler bulunabilir. TBK m. 641/2 hükmü gereğince mirasçı, gerekli önlemler alınmaya kadar, ölen ortağın daha önce yürütmekte olduğu işlere, dürüstlük kuralı çerçevesinde devam edecektir (*Geschäftsführungspflicht*)²³.

Ölen ortağın daha önce yürütmekte olduğu işler bakımından bütün mirasçıların birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Mirasçılar, söz konusu işlerin içlerinden biri tarafından yürütülmesi konusunda anlaşma yapabilirler. Bu hususta anlaşmaya varılamaması durumunda ise, mirasçılardan birinin talebi üzerine sulh mahkemesi tarafından miras ortaklığına temsilci atanabilir (TMK m. 640/3). Temsilci atanması durumunda, ölen ortağın işleri temsilci tarafından devam ettirilir.

Ölen ortağın daha önce yürütmekte olduğu işlerin devam ettirilmesi bakımından kanunda dürüstlük kuralına atıf yapılmıştır (TBK m. 641/2).

²⁰ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 40.

²¹ Ancak bu ihtimalde, özellikle yönetici ortaklar bakımından yönetim yetkisinin ortadan kalkması, ortaklığın sona erdiğini, diğer bir deyişle ortağın ölümünü öğrenmesine bağlıdır. Bu sebeple TBK m. 641/1 (OR Art. 547, Abs. 1) hükmünde, yönetici ortaklar bakımından koruyucu nitelikte bir hüküm getirilerek, ortaklık işlerini yönetme yetkisinin sona ermenin öğrenildiği veya durumun gerektirdiği özeni gösterseydi öğrenilebileceği zamana kadar devam edeceği belirtilmiştir. Bkz: Müller, OFK-OR, Art. 547, N. 2; Jung, CHK-OR, Art. 547-551, N. 7.

²² Christ, SHK-OR, Art. 547, N. 4; Müller, OFK-OR, Art. 547, N. 1; Jung, CHK-OR, Art. 547-551, N. 5.

²³ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 42. Ölen ortağın mirasçıların işleri yönetme yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m. 513/2 (OR Art. 405, Abs. 2) hükmü ile bağlantılıdır. İlgili hükme göre vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür. Bkz: Müller, OFK-OR, Art. 547, N. 3. Ancak geçici olarak işleri yürütme yükümlülüğünün vekâletsiz işgörmeye kapsamında olduğu da ileri sürülmektedir. Bkz: Jung, CHK-OR, Art. 547-551, N. 8.

Dolayısıyla mirasçılar, ölen ortağın işlerinin devamında belirli bir özen ölçüsünde hareket etmek durumundadırlar. Ancak burada ifade olunan özen subjektif niteliktedir. Diğer bir deyişle, mirasçılarının kişisel becerileri ve durumları çerçevesinde işleri devam ettirmeleri söz konusu olacaktır²⁴. Ancak öğretilerde, işleri yönetme yükümlülüğünün ortaklık sözleşmesinde verilen yönetim yetkisiyle sınırlı olmayıp, ölen ortağın ortaklık ilişkisi çerçevesinde ilgilenmesi gereken bütün işleri kapsadığı ifade edilmektedir²⁵. Zaman bakımından ise, ölen ortağın ölümü anında yürütmekle yükümlü olduğu işlerin kapsamı göz önünde tutulacaktır²⁶. Mirasçılarının, ölen ortağın yönetim yükümlülüğünü aşacak şekilde işleri devam ettirmekle sorumlu tutulması mümkün değildir.

Mirasçılarının işleri yönetme yükümlülüğü, TBK m.641/2’de belirtildiği üzere, “*gerekli önlemler alınıncaya kadar*” devam etmektedir. Ancak hükümde kastedilen husus, sağ kalan ortakların yönetimi etkin bir biçimde devralmaları değil, işleri yürütmeye imkânlarının var olmasıdır²⁷. Dolayısıyla sağ kalan ortaklar, ortaklığın içyapısı itibarıyla mirasçılar olmaksızın ölen ortağın daha önce yürüttüğü işlere devam edebiliyorsa, mirasçılarının yönetim yükümlülüğü sona erecektir²⁸.

Mirasçılarının ortağın ölümünü zamanında diğer ortaklara bildirmemeleri ya da ortağın işlerine geçici olarak devam etmemeleri sebebiyle ortaklığın zarara uğraması durumunda, mirasçılar bu zararı gidermekle yükümlü olacaklardır²⁹.

C. Tasfiye Aşaması

1. Tasfiyede Mirasçılarının Rolü

Türk Borçlar Kanunu m. 644/1 (OR Art. 550, Abs. 1) hükmünde, adi ortaklığın tasfiyesinin bütün ortakların elbirliğiyle yapılacağı düzenlenmiştir.

²⁴ Aykun, s. 78.

²⁵ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 42. Alman Medeni Kanunu’nun aynı konuyu düzenleyen 727. paragrafında ise, mirasçılarının yalnızca ortaklık sözleşmesi ile ölen ortağa devredilmiş olan işleri yürütmekle yükümlü oldukları belirtilmektedir (BGB § 727, Abs. 2).

²⁶ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 42.

²⁷ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 43.

²⁸ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 43.

²⁹ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-546-547, N. 41.

Söz konusu hüküm ilk bakışta ölen ortağın mirasçılarının tasfiyeye katılmayacakları izlenimini uyandırmaktadır. Zira ortağın ölümüyle birlikte adi ortaklık sona erdiği takdirde, ölen ortağın ortaklık sıfatı mirasçılara intikal etmemektedir. Tasfiyeye katılma, ortaklık sıfatına bağlı bir hak ve görevdir. Hal böyle olmakla birlikte, ortaklığın tasfiyesi esasen ekonomik bir süreci ifade eder. Tasfiye neticesinde ortaya çıkacak durum, ortakların malvarlıklarıyla ilişkilidir. Mirasçılar, ölen ortağın malvarlıksal durumuna halef olduklarına göre, tasfiyeye katılmaları gerekmektedir³⁰.

Ortağın ölümüyle birlikte ortaklığın sona erdiği hallerde, adi ortaklık bir tasfiye ortaklığına (*Liquidationsgesellschaft*) dönüşmektedir³¹. Şu halde ölen ortağın mirasçıları da bu tasfiye ortaklığının üyesi olmaktadır. Ölen ortağın tek mirasçısının var olduğu hallerde, tasfiyenin yürütülmesi bakımından bir sorun yaşanmaz. Ancak birden fazla mirasçı varsa, bunların birlikte hareket etmeleri gündeme gelecektir. Zira mirasçılar tasfiye ortaklığına ayrı ayrı değil, miras ortaklığı halinde girmektedirler. İsviçre öğretisinde, ölen ortağın birden fazla mirasçısı bulunduğu takdirde, bunların tasfiyeyi yürütmek için bir temsilci (*Erbenvertreter*) atamaları gerektiği ifade edilmektedir³². Söz konusu yazarlar, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 584 hükmünün adi ortaklığa kıyasen uygulanacağı noktasında hemfikirler. Bahsi geçen hüküm, kollektif ortaklığın tasfiyesi halinde ortaklardan birinin mirasçılarının tasfiye için ortak bir temsilci tayin etmek zorunda olduklarını belirtmektedir³³. İsviçre Federal Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, mirasçılarının tasfiye bakımından ölen ortağın hukuki konumuna halef olarak tasfiye ortaklığına dâhil olacaklarını fakat OR 584 hükmüne kıyasen ortak bir temsilci atanması gerektiğini ifade etmiştir³⁴. Hal böyle olmakla birlikte, OR 584 hükmünde ortak temsilcinin nasıl tespit edileceği düzenlenmemiştir. Bu konuda İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m.

³⁰ Wolf, s. 81; Müller, OFK-OR, Art. 550, N. 2; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 548-551, N. 19; Thomas A. Steinger, SHK - Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015, Art. 550, N. 2.

³¹ Müller, OFK-OR, Art. 550, N. 2.

³² Jung, CHK-OR, Art. 547-551, N. 9; Steinger, SHK-OR, Art. 550, N. 2; Müller, OFK-OR, Art. 550, N. 2; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 548-551, N. 20; Wolf, s. 81.

³³ Andreas Casutt, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016, Art. 584, N. 1; Reto Strittmatter, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 584, N. 2; Steinger, SHK-OR, Art. 584, N. 4.

³⁴ BGE 119 II 119.

602/3 hükmü uygulanacaktır³⁵. Tasfiyede mirasçıları temsil edecek kişi, bütün mirasçıların veya yasal temsilcilerinin oybirliğiyle seçilmelidir³⁶. Sağ kalan ortaklar, mirasçılara temsilci atamaları için makul bir süre tanınmalıdır. Ancak temsilci atanmasının uzun sürmesi sebebiyle sağ kalan ortaklar zarara uğrarsa, bunun giderilmesini mirasçılardan talep edebilirler³⁷. Mirasçılar tasfiye için temsilci seçme konusunda anlaşamazlarsa, mirasçılardan birinin talebi üzerine yetkili makam tarafından miras ortaklığına bir temsilci atanacaktır (ZGB Art. 602, Abs. 3)³⁸. Yetkili makam, talebin içeriğine göre genel bir tereke temsilcisi atayabileceği gibi, yalnızca ortaklığın tasfiyesine katılımla sınırlı olarak da atama yapabilir.

Türk Hukuku bakımından İsviçre Borçlar Kanunu m. 584 hükmüne benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, İsviçre öğretisi ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilen çözüm, Türk Hukuku için de benimsenebilir. Aksi takdirde, mirasçıların tamamının tasfiye sürecine birlikte katılması gerekecek ve bu durum zaten karmaşık olan tasfiyeyi daha da zorlaştıracaktır. Mirasçıların tasfiye için temsilci belirleme konusunda anlaşamamaları durumunda, içlerinden birinin talebiyle mahkeme tarafından tereke temsilcisi atanması imkânı kanunda vardır (TMK m. 640/3). Mirasçılar dışında sağ kalan ortakların terekeye temsilci atanmasını talep etmeleri mümkün değildir. Zira terekeye temsilci atanmasını talep etme yetkisi, yalnızca kanuni ve atanmış mirasçılara aittir³⁹. Mirasçıların bu konuda talepte bulunmamaları halinde, sağ kalan ortaklar ancak hâkim tarafından tasfiye görevlisi atanmasını (TBK m. 644/2) ya da tasfiyenin hâkim tarafından gerçekleştirilmesini isteyebilirler (TBK m. 644/4).

Tasfiyede miras ortaklığını temsil edecek kişi, mirasçılar arasından seçilebileceği gibi, üçüncü bir kişinin seçilmesi de mümkündür⁴⁰. Mahkeme

³⁵ Lukas Handschin/Han-Lin Chou, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552-619 OR, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2009, Art. 584, N. 6; Steininger, SHK-OR, Art. 584, N. 5; Casutt, OFK-OR, Art. 584, N. 2.

³⁶ Steininger, SHK-OR, Art. 584, N. 5; Handschin/Chou, ZK-OR, Art. 584, N. 6.

³⁷ Handschin/Chou, ZK-OR, Art. 584, N. 7.

³⁸ Steininger, SHK-OR, Art. 584, N. 6; Handschin/Chou, ZK-OR, Art. 584, N. 7.

³⁹ Sezer Çabri, Miras Hukuku Şerhi, Cilt-III, 1. Baskı, İstanbul, 2020, s. 53; Zahit İmre/Hasan Erman, Miras Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2017, s. 449; O. Gökhan Antalya/İpek Sağlam, Miras Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 482; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Miras Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 556; Rona Serozan/Baki İlkay Engin, Miras Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 570.

⁴⁰ Strittmatter, CHK-OR, Art. 584, N. 2.

(İsviçre Hukukunda yetkili makam) tarafından temsilci atanması durumunda ise, bu kişinin mirasçılar dışından seçilmesi daha uygun olacaktır⁴¹. Ölen ortak tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisi (*Willensvollstrecker*) atandığı ya da terekenin resmi idaresinin (*amtlicher Verwaltung*) söz konusu olduğu hallerde ise, tasfiye işlemleri için temsilci seçilmesine gerek kalmayacaktır⁴².

Temsilcinin temel görevi, miras ortaklığının tasfiye edilecek ortaklıktaki haklarını korumak ve gözetmektir⁴³. Temsilcinin tasfiye sürecindeki iradesi, bütün mirasçıların iradeleri yerine geçer. Bu sebeple, mirasçılar temsilcinin yapmış olduğu işlemlerle bağlıdırlar⁴⁴. Böylelikle, diğer ortaklar çok sayıda mirasçı ile ayrı ayrı müzakerede bulunmaktan kurtulmuş ve tasfiye ile ilgili karar verme süreci hızlandırılmış olmaktadır⁴⁵.

2. Mirasçıların Denetim Hakkı

Adi ortaklıkta her ortak, yönetim yetkisi olmasa bile ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve kayıtları inceleme, bunlardan örnek alma ve mali durumu hakkında özet çıkarma hakkına sahiptir (TBK m. 631/1, OR Art. 541, Abs. 1)⁴⁶. Mutlak nitelikte ortaksal bir hak olan denetim hakkı⁴⁷, bu özelliği bakımından ortaklık sıfatıyla doğrudan bağlantılıdır. Hal böyle olmakla birlikte, ortaklardan birinin ölümüyle ortaklığın sona erdiği hallerde, mirasçıların tasfiye aşamasında kendi menfaatlerini korumak için denetim hakkına ihtiyaçları bulunmaktadır⁴⁸. Bu sebeple, ölen ortağın mirasçılarının da denetim hakkından yararlanabilecekleri kabul edilmelidir. İsviçre öğretisinde, ortağın ölümü sebebiyle ortaklığın tasfiyeye girmesi halinde mirasçıların denetim hakkının temsilci tarafından kullanılacağı belirtilmektedir⁴⁹. Benzer

⁴¹ Steininger, SHK-OR, Art. 584, N. 8; Handschin/Chou, ZK-OR, Art. 584, N. 8.

⁴² Steininger, SHK-OR, Art. 584, N. 7; Strittmatter, CHK-OR, Art. 584, N. 2; Handschin/Chou, ZK-OR, Art. 584, N. 8; Casutt, OFK-OR, Art. 584, N. 2.

⁴³ Strittmatter, CHK-OR, Art. 584, N. 3.

⁴⁴ Handschin/Chou, ZK-OR, Art. 584, N. 9.

⁴⁵ Casutt, OFK-OR, Art. 584, N. 2.

⁴⁶ Felmann/Müller, BK-OR, Art. 541, N. 7; Jung, CHK-OR, Art. 541, N. 1; Müller, OFK-OR, Art. 541, N. 1; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 541, N. 1; Florian S. Jörg, SHK - Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015, Art. 541, N. 1.

⁴⁷ Ali Haydar Yıldırım, “Adi Ortaklıkta Ortakların Denetleme Hakkı (TBK 631)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2011, s. 198.

⁴⁸ Yıldırım, s. 206; Jörg, SHK-OR, Art. 541, N. 9; Felmann/Müller, BK-OR, Art. 541, N. 32.

⁴⁹ Müller, OFK-OR, Art. 541, N. 5; Felmann/Müller, BK-OR, Art. 541, N. 32; Strittmatter,

bir durum, vasiyeti yerine getirme görevlisinin atandığı hallerde de geçerlidir⁵⁰.

Mirasçıların tasfiye işlemlerinin denetimine olanak tanıyacak olanlar yöneticilerdir⁵¹. Ancak tasfiye işlerinin yürütülmesi için bir tasfiye görevlisi atanmışsa, mirasçılar tasfiye görevlisinden denetim hakkının kullanılmasına imkân tanımasını talep edebilirler⁵². Ancak mirasçıların denetim hakkı, yalnızca tasfiyenin yürütülmesiyle sınırlıdır⁵³. Bu bakımdan mirasçılar, ölen ortağın tasfiye payının nasıl tespit edildiğiyle ilgili hususlarda bilgi alma ve özellikle de tasfiyede tutulan defter ve kayıtları inceleme hakkına sahiptirler.

3. Tasfiyenin Gerçekleştirilmesi ve Sonucu

Kanunda tasfiyenin gerçekleşmesi bakımından bütün ortakların elbirliğiyle yapılması öngörülmüştür (TBK m. 644/1, OR Art. 550, Abs. 1)⁵⁴. Hal böyle olmakla birlikte, pratik açıdan bu durum oldukça zordur. Söz konusu zorluğu aşabilmek adına kanunda, ortakların tasfiye işlerini yürütmek üzere tasfiye görevlisi atayabilecekleri ifade edilmektedir (TBK m. 644/2). Tasfiye görevlisi, ortaklık sözleşmesi ile de atanabilir. Başka bir ifadeyle, ortaklar adi ortaklık sözleşmesine koyacakları bir hükümlerle, kendi içlerinden veya üçüncü kişilerden bir ya da birkaç kişiyi tasfiye görevlisi olarak belirleyebilirler⁵⁵.

Ortaklardan birinin ölümü sebebiyle tasfiyeye gidilmesi durumunda, ortaklık sözleşmesinde tasfiye görevlisi belirlenmemişse, diğer ortakların ve mirasçıların oybirliğiyle tasfiye görevlisinin atanması gerekmektedir. Bu konuda anlaşmaya varılamaması durumunda, ortaklardan her birinin tasfiye

CHK-OR, Art. 584, N. 3.

⁵⁰ Felmann/Müller, BK-OR, Art. 541, N. 35-36.

⁵¹ “Protokolde adi ortaklardan birinin ölümü halinde ortaklığın devamına ilişkin bir kayıt bulunmamaktadır. Bu nedenle ortaklık davacıların mirasının ölümü ile son bulmuştur. Davalının idareci ortak olduğu düzenlenen protokol ve ödeme makbuzundan anlaşılmaktadır. Kural olarak idareci ortağın hesap verme yükümlülüğü vardır. Davalı idareci ortak, adi ortaklığın sona erip tasfiyenin yapıldığını kanıtlamamıştır”. Yarg. 13. HD, E. 2001/324, K. 2001/2226, T. 1.3.2001.

⁵² Yıldırım, s. 212.

⁵³ Felmann/Müller, BK-OR, Art. 541, N. 32; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 541, N. 6; Jörg, SHK-OR, Art. 541, N. 9.

⁵⁴ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 548-551, N. 55; Philip R. Bornhauser, “Gesamteigentum und einfache Gesellschaft: Vorrang sachenrechtlicher Bestimmungen bei der Liquidation”, Aktuelle Juristische Praxis, 2014, Dike Verlag AG, s. 651.

⁵⁵ Erol Ulusoy, “Adi Ortaklığın Tasfiyesi ve Mahkemelerin Görevi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, S. I, 2015, s. 889.

görevlisinin hâkim tarafından atanmasını isteme hakkı bulunmaktadır (TBK m. 644/2). Haliyle, mirasçılar da tasfiye görevlisi atanması için mahkemeden talepte bulunabilirler.

Tasfiye görevlisinin atanması dışında, ortakların genel anlamda tasfiye usulü konusunda da anlaşmazlığa düşmeleri ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda her bir ortak, mahkemeye başvurarak tasfiyenin hâkim tarafından gerçekleştirilmesini isteyebilir (TBK m. 644/4)⁵⁶. Tasfiye usulü konusunda sözleşmede bir hüküm bulunmadığı ve ortaklar arasında sonradan anlaşma sağlanamadığı durumlarda, kanunda yer alan düzenlemeler (TBK m. 642, 643, 644) uygulama alanı bulacaktır.

Tasfiyede genel itibariyle öncelikle ortaklığın malvarlığı tespit edilir. Ortaklığın alacakları tahsil edilip borçları ifa edildikten sonra, ortaklardan her birine ortaklığa verdiği avanslarla ortaklık için yaptığı giderler ödenir (TBK m. 643/1, OR Art. 549, Abs. 1)⁵⁷. Sonrasında geriye bir şey kalırsa, ortakların her birine ortaklığa koydukları katılma payları ödenir⁵⁸. Bu bakımdan ölen ortağın katılma payının da onun mirasçılara ödenmesi gerekmektedir. Mirasçılar söz konusu katılma payı üzerinde elbirliği halinde hak sahibidirler.

Ortaklığın, borçlar, giderler ve avanslar ödendikten sonra kalan varlığının ortakların katılma paylarının ödenmesine yetmemesi durumunda, zarar ortaklar arasında paylaşılacaktır (TBK m. 643/2, OR Art. 549, Abs. 2)⁵⁹. Bu durumda mirasçılar da ölen ortağın payına düşen oranda zarara katlanacaklardır. Zira mirasçılar ölen ortağın ortaklık sıfatına halef olmasalar da adi ortaklıktaki malvarlıksal durumuna haleftirler. Kanunda, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde, her ortağın kazanç ve zarardaki payının, katılma payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşit olduğu düzenlenmiştir (TBK

⁵⁶ Ulusoy, s. 891; Aykun, s. 88. “*Adi ortaklık, ortakların anlaşması durumunda, onların kendi aralarında tasfiye edilebilir. Şayet ortaklar arasında tasfiye konusunda anlaşma sağlanamamışsa, bu durumda her ortağın mahkemeye başvurarak tasfiye talebinde bulunabileceğini kabul etmek gerekir. Bu başvuru açıkça ortaklığın tasfiyesini istemek şeklinde olabileceği gibi, tasfiyeyi ifade eden başkaca talepler de tasfiye yapılması için yeterlidir. Örneğin; ortaklığın feshi istemi veya ortaklığa getirilen sermayenin iadesinin talep edilmesi, ortaklığın tasfiyesini isteme anlamına gelir*”. Yarg. 3. HD, E. 2020/2560, K. 2020/4057, T. 14.9.2020.

⁵⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 1527.

⁵⁸ Tasfiye işlemlerinin sırası hakkında bkz: Ulusoy, s. 894 vd.

⁵⁹ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 548-551, N. 191; Jung, CHK-OR, Art. 547-551, N. 13; Müller, OFK-OR, Art. 549, N. 7; Steininger, SHK-OR, Art. 548-549, N. 16.

m. 623/1, OR Art. 533, Abs. 1)⁶⁰.

Katılma paylarının ödenmesinden sonra geriye bir şey kalırsa, bu değer ortaklığın kazancı olarak nitelenir ve ortaklar arasında paylaşılır (TBK m. 643/1). Kazancın paylaşılması noktasında da TBK m. 623 hükmü geçerlidir. Başka bir ifadeyle, sözleşmeyle aksi kararlaştırılmadığı takdirde, elde edilen kazanç ortaklar arasında eşit olarak dağıtılacaktır. Ölen ortağın payına düşen kazanç, onun terekesinin aktifinde yer alır. Mirasçılar diğer ortaklara karşı ölen ortağın tasfiye sonucu elde edilen payının ifa edilmesini talep edebilirler. Katılma payında olduğu gibi, tasfiye payında da mirasçılarının elbirliği halinde hak sahipliği söz konusudur.

Ortaklığın malvarlığının borçların ödenmesine yetmemesi durumunda, bütün ortakların müteselsilen sorumlu olmaları söz konusudur. Zira kanunda, ortakların birlikte veya bir temsilci aracılığıyla üçüncü kişiye karşı ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmadığı takdirde müteselsilen sorumlu oldukları açıkça düzenlenmiştir (TBK m. 638/3, OR Art. 544, Abs. 3)⁶¹. Burada doğrudan doğruya kanundan doğan bir sorumluluk türü bulunmaktadır. Alacaklılar, alacağın tamamını ortakların tamamından, birkaçından ya da her birinden talep edebilirler⁶². Ortaklar, adi ortaklığın borcundan dolayı şahsen sorumlu olduklarından, ölen ortağın borçlardan sorumluluğu kendi mirasçılarına geçecektir. Şu halde adi ortaklığın alacaklıları, isterlerse alacaklarının tamamını ölen ortağın mirasçılarından talep edebilecektir. Mirasçılar, ölen ortağın payına düşen kısımdan fazlasını ödedikleri takdirde, diğer ortaklara rücu etme hakkına (*Rückgriffsrecht*)

⁶⁰ Fellmann/Müller, BK-OR, Art. 533, N. 9; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 533, N. 41; Müller, OFK-OR, Art. 533, N. 3; Jung, CHK-OR, Art. 533, N. 2; Dorothea Herren, SHK - Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015, Art. 533, N. 31.

⁶¹ Truniger, Präjudizienbuch OR, Art. 544, N. 7; Müller, OFK-OR, Art. 544, N. 8; Fellmann/Müller, BK-OR, Art. 544, N. 18; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 544, N. 44-45; Frédéric Krauskopf/ Soluna Girón, SHK - Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015, Art. 544, N. 13.

⁶² Kural bu olmakla birlikte, alacağın konusunu oluşturan edim bütün ortakların birlikte hareket ederek gerçekleştirebilecekleri bir edimse, alacağın bütün ortaklardan talep edilmesi gerekmektedir. Söz gelimi, adi ortaklığın ifa etmesi gereken edim, bir taşınmazın mülkiyetinin devriyse, elbirliği ilkesi sebebiyle bu edim ancak bütün ortakların katılımıyla gerçekleşebilir. Bu sebeple, böyle bir talebin bütün ortaklara yöneltilmesi zorunludur. Ayrıntılı bilgi için bkz: Vildan Peksöz, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul, 2020, s. 182 vd.

sahiptirler⁶³. Adi ortaklıkta müteselsil borçlu olan ortakların, iç ilişkide bu borcu nasıl paylaşacakları konusunda öncelikle ortaklık sözleşmesine bakılmalıdır⁶⁴. Sözleşmede buna ilişkin bir hüküm yoksa ölen ortağın mirasçıları ile diğer ortakların, borçların ifa edilmesinden sonra da bu konuda anlaşmaları mümkündür. Böyle bir anlaşma söz konusu olmadığı takdirde, TBK m. 623/1 hükmü gereğince, ortakların katılma paylarının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşit oranda borca katlanmaları gerekecektir.

Mirasçıların diğer ortaklara rücu hakları var olduğu takdirde, bu hakkın kullanılması için açılacak davanın kural olarak bütün mirasçılar tarafından açılması gerekmektedir⁶⁵. Zira rücu hakkına konu edilen alacak, ölen ortağın müteselsil sorumluluğu sebebiyle mirasçılar tarafından ifa edilmiştir. Şu halde, ölen ortağın payına düşen miktardan fazlası için talep edilecek rücu alacağı üzerinde bütün mirasçıların elbirliği halinde hak sahipliği bulunmaktadır. Ancak Yargıtay'ın içtihatlarına göre, terekeyle ilgili davanın mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından açıldığı hallerde, mahkeme diğer mirasçıların da davaya katılması veya tereke temsilcisi atanması için davacı ya da davacılara süre vermelidir⁶⁶.

Adi ortaklığın borçlarının ölen ortağın payına düşen kısmı, terekenin pasifinde yer alan bir unsur olarak mirasçılara intikal eder. Bu durum, biraz evvel bahsedilen rücu ilişkisi dışında ikinci bir rücu ilişkisinin ortaya çıkması sonucunu doğurabilir. Ancak söz konusu rücu ilişkisi, mirasçıların kendi aralarındaki ilişkidir. Ölen ortağın payına düşen borç, mirasçılardan biri veya birkaçı tarafından ödenmişse, borcu ödeyenlerin diğer mirasçı veya mirasçılara karşı rücu hakkı doğacaktır (TMK m. 682/1)⁶⁷. Ancak bunun için, borcu ödeyen mirasçının kendi üzerine düşenden fazlasını ödemiş olması gerekir. Tereke borçları bakımından mirasçıların iç ilişkide hangi oranda sorumlu

⁶³ Krauskopf/Girón, SHK-OR, Art. 544, N. 28; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 544, N. 83; Fellmann/Müller, BK-OR, Art. 544, N. 175; Jung, CHK-OR, Art. 544, N. 13.

⁶⁴ Ömer Ali Girgin, *Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk*, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 128.

⁶⁵ Terekeyle ilgili davaların kural olarak bütün mirasçılar tarafından açılacağı hakkında bkz: Çabri, s. 28; İmre/Erman, s. 441; Antalya/Sağlam, s. 477; İnan/Ertaş/Albaş, s. 553; Serozan/Engin, s. 567.

⁶⁶ Yarg. İBK, E. 1982/3, K. 1982/2, T. 11.10.1982; Yarg. 1. HD, E. 2016/16694, K. 2020/234, T. 16.1.2020; Yarg. 1. HD, E. 2019/95, K. 2020/5349, T. 22.10.2020; Yarg. 1. HD, E. 2017/2736, K. 2020/6053, T. 17.11.2020; Yarg. 1. HD, E. 2020/3758, K. 2021/1709, T. 24.3.2021.

⁶⁷ Antalya/Sağlam, s. 484; İmre/Erman, s. 457; Serozan/Engin, s. 112; Çabri, s. 90.

olacakları üç şekilde tespit edilir⁶⁸. Birincisi, mirasbırakanın bu konuda bir ölüme bağlı tasarrufunun bulunmasıdır. İkincisi, mirasçılarının tereke borcunun nasıl paylaşılacağı konusunda anlaşmalarıdır. Üçüncüsü ise, mirasçılarının miras payları oranında sorumlu olmalarıdır. Şu halde, tereke borcunun mirasçılar arasında nasıl paylaşılacağı konusunda bir ölüme bağlı tasarruf ya da anlaşma yoksa her bir mirasçı iç ilişkide kendi miras payı oranında sorumlu olacaktır⁶⁹.

Adi ortaklıkta tasfiyenin ortakların anlaşmaları çerçevesinde birlikte yapılması esastır. Hal böyle olmakla birlikte, ortağın ölümüyle beraber sona eren ortaklığın tasfiyesinde diğer ortakların tasfiye işlemlerini sürüncemede bırakmaları söz konusu olabilir. Mirasçılar, adi ortaklığın tasfiyesini ve bunun sonucunda ortaya çıkacak payın kendilerine ödenmesini ortaklardan talep edebilirler. Ancak ortakların bu talebi yerine getirmemeleri durumunda, mirasçılarının mahkemeye başvurarak adi ortaklığın tasfiyesini ve tasfiye çerçevesinde ortaya çıkacak payın ödenmesini dava edebileceklerini kabul etmek gerekmektedir⁷⁰. Ne var ki, bu davanın kural olarak bütün mirasçılar tarafından açılması gerekir⁷¹. Ayrıca, adi ortaklığın davada taraf olma ehliyeti (*Parteifähigkeit*) bulunmadığından⁷², davanın doğrudan diğer ortaklara yöneltilmesi zorunludur.

⁶⁸ Çabri, s. 91.

⁶⁹ Çabri, s. 91.

⁷⁰ Ahmet Ayar, *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 129.

⁷¹ Ayar, s. 129. “*Adi ortaklığın, tüzel kişiliği yoktur. Tüzel kişiliği olmadığı için, taraf ehliyeti de yoktur. Bu itibarla, adi ortaklığa dair davalarda, adi ortaklığı oluşturan kişilerin taraf olarak hep birlikte hareket etmeleri gerekir. Adi ortaklıktan açılacak davaların, el birliği mülkiyeti kuralları gereğince bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir. Bütün ortaklar tarafından açılacak dava, adi ortaklık adına değil, bütün ortaklar adına açılır ve hüküm de ortaklar hakkında verilir. Aktif ve pasif taraf ehliyeti tüm ortaklara aittir. Bir ortağın, diğeri aleyhine açtığı davada, tüm ortaklar davaya dahil edilmelidir. Davada tarafların taraf ehliyetine sahip bulunmaları dava şartlarından olup, bu nedenle, mahkemece kendiliğinden re’sen gözetilir. Tarafların babası, 01/04/2009 tarihinde öldüğüne göre, mahkemece öncelikle murisin tüm mirasçılarının davaya dahil edilerek, taraf teşkilinin sağlanması, ardından tarafların tüm delilleri toplanarak, ortaklığın tasfiyesi hususu üzerinde durulması gerekir. Hal böyle olunca mahkemece; adi ortaklık ilişkisinde ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunduğu göz önünde bulundurularak, ölü ortağın mirasçıları davaya dahil edilmek suretiyle taraf teşkilinin sağlanması, ardından işin esası hakkında yapılacak yargılama neticesinde, tasfiye hususu üzerinde durularak, hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme sonucu taraf teşkili sağlanmadan, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir”.* Yarg. 3. HD, E. 2017/11910, K. 2018/11790, T. 20.11.2018.

⁷² Reto Vonzun, “Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen”, *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts* Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Schulthess Juristische Medien AG, 2020, s. 754.

III. ORTAKLIĞIN DEVAMI HALİNDE MİRASÇILARIN DURUMU

A. Sözleşmede Mirasçılarla Devam Kaydının Bulunması

Ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birinin ölümü halinde ortaklık ilişkisinin mirasçılarla devam ettirilmesi yönünde bir kayıt öngörülebilir. Nitekim kanunda bu duruma açıkça cevaz verilmektedir (TBK m. 639/1, b.2). Bununla birlikte, ortaklık sözleşmesinden ayrı bir sözleşmede de ortaklığın mirasçılarla devamına karar verilmesi mümkündür (*Fortsetzungsvereinbarung*)⁷³. Öğretide “halefiyet klozu (*Nachfolgeklausel*)”⁷⁴ ya da “halefiyet kaydı”⁷⁵ olarak da adlandırılan bu tür kayıtların varlığı halinde, ortağın ölümünün ortaklığı sona erdiren bir sebep olmaktan çıkarıldığı kabul edilmektedir.

Mirasçılarla devam kaydı, kendi içerisinde “basit devam kaydı (*einfache Nachfolgeklausel*)” ve “nitelikli devam kaydı (*qualifizierte Nachfolgeklausel*)” olmak üzere iki türe ayrılmaktadır⁷⁶. Basit devam kaydı, ortaklığın bütün mirasçılarla devamını öngören kayıttır. Nitelikli devam kaydında ise, ortaklığın mirasçılardan yalnızca biri veya birkaçıyla devam ettirilmesi söz konusudur. Basit devam kaydında, ortağın ölümüyle birlikte bütün mirasçılar kendiliğinden adi ortaklığa girmektedirler. Nitelikli devam kaydında ise, bazı mirasçılar ortaklığa girerken, bazıları ortaklık dışında kalmakta fakat kendi miras payları oranında ayrılma payı alacağına hak kazanmaktadırlar.

Mirasçılarla devam kaydının varlığı, ölüm olgusunun ortaklığı sona erdirmesini engellese de, mirasçılarının diğer ortaklarla ilişkileri noktasında muhtelif tartışmalara yol açmıştır. Tartışmaların temelinde, iki ayrı ortaklığın iç içe geçmesinin doğurduğu karmaşa yer almaktadır. Bir tarafta işlemesi gereken bir yapı olarak adi ortaklık bulunmaktadır. Diğer tarafta ise, bu ortaklığın birer parçasını oluşturan mirasçılardan teşekkül eden miras ortaklığı yer almaktadır.

⁷³ Müller, OFK-OR, Art. 545, N. 4; Aksu, s. 41.

⁷⁴ Christ, SHK-OR, Art. 545, N. 13; Müller, OFK-OR, Art. 545, N. 4; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 36; Jung, Regelungen, s. 182; Türkmen, s. 136; Wolf, s. 87; Florent Thouvenin, Der Kooperationsvertrag, Kooperationen im Grenzbereich von Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Stämpfli Verlag AG, 2017, s. 351.

⁷⁵ Eren, Özel Hükümler, s. 884.

⁷⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 885; Thouvenin, s. 351; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 36; Christ, SHK-OR, Art. 545, N. 13; Müller, OFK-OR, Art. 545, N. 4; Jung, Regelungen, s. 183-184.

1. Mirasçılarının Kendiliğinden Ortaklık Sifatının Kazanıp Kazanamayacakları Meselesi

İlk olarak, mirasçılarla devam kaydı bulunduğu takdirde mirasçıların kendiliğinden ölen ortağın ortaklık sıfatını kazanıp kazanamayacakları tartışmalıdır. Bu noktada külli halefiyet ilkesiyle sözleşme özgürlüğü ilkesinin çatıştığı söylenebilir. Külli halefiyet ilkesine üstünlük tanınırsa, ortaklık sözleşmesinde mirasçılarla devam kaydının bulunduğu hallerde mirasçıların kendiliğinden ortaklık sıfatını kazanacakları sonucuna varmak gerekmektedir⁷⁷. Sözleşme özgürlüğü ilkesi bakımından düşünüldüğünde ise, mirasçıların kendiliğinden ortaklık ilişkisine dâhil edilmesi sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir parçası olan sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne aykırı düşecektir⁷⁸. Bu sebeple, ortaklık sözleşmesine konulan mirasçılarla devam kaydının mirasçılara yönelmiş bir öneri niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür⁷⁹. Mirasçılar mirası reddetme yoluna başvurmadıkları takdirde öneriyi kabul etmiş sayılacaklar ve böylelikle ölen ortağın ortaklık sıfatını kazanacaklardır⁸⁰.

Kanaatimizce burada külli halefiyet ilkesinden ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Ortaklık sözleşmesine konulan ya da ayrı bir sözleşmeyle kararlaştırılan mirasçılarla devam kaydı öneri olarak nitelendirilemez. Zira öneri, bir tarafın karşı tarafı sözleşme yapmaya davet ettiği bir irade beyanıdır. Ortakların mirasçılarla devam kaydını koyarken sahip oldukları irade, mirasçılara ortaklık sözleşmesi yapmayı teklif etmek değildir. Buradaki irade, mirasçıların doğrudan doğruya ölen ortağın hukuki durumuna halef olmasına ve ortaklığın bu suretle devamına yönelmektedir. Dolayısıyla ortaklar arasında mirasçılarla devam kaydı söz konusu olduğu takdirde, ortağın ölümüyle birlikte onun mirasçıları kendiliğinden ortaklık sıfatını kazanacaklardır⁸¹. Ancak öğretilerde bir görüşe göre, adi ortaklığın mirasçılarla devamında külli

⁷⁷ Wolf'e göre halefiyet klozları, mirasçıları ortaklığı devam ettirmeye zorlayan girişimlerdir. Bu bakımdan mirasçılara seçim hakkı tanıyan ortaklığa giriş klozlarından ayrılmaktadırlar. Bkz: Wolf, s. 91. Handschin'e göre, sözleşmede bulunan halefiyet klozu, ölen ortağın ortaklık sıfatını veraset yoluyla intikali mümkün (*vererblich*) hale getirir. Bu bakımdan mirasçıların ortaklığa girmeleri için herhangi bir irade beyanında bulunmaları gerekmez. Bkz: Handschin, *Auflösung*, s. 220.

⁷⁸ Türkmen, s. 151.

⁷⁹ Türkmen, s. 153.

⁸⁰ Türkmen, s. 154.

⁸¹ Eren, *Özel Hükümler*, s. 885; Handschin/Vonzun, *ZK-OR*, Art. 545-547, N. 47-48; Handschin, *Auflösung*, s. 220.

halefiyet ilkesinin katı bir biçimde uygulanması düşünülemez⁸². Mirasçılar, ortaklık sözleşmesindeki kayıt sebebiyle ortaklık sıfatını kazansalar da, ortaklıkta kalmaya zorlanamazlar. Başka bir deyişle, ortaklık sözleşmesindeki devam kaydı, mirasçılara adi ortaklıkta kalma borcu yüklemesiz⁸³. Bu sebeple, adi ortaklıkta kalmak istemeyen mirasçının ortaklıktan çıkabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Mirasçı, adi ortaklıktan çıkmak için diğer mirasçıların muvafakatini almak zorunda değildir⁸⁴. Buna karşılık İsviçre öğretisinde savunulan bir görüş, ortak olmak istemeyen mirasçının ya mirası reddetmesi gerektiğini ya da mirasın resmi tasfiyesini istemek durumunda olduğunu ileri sürmektedir⁸⁵. Resmi tasfiyenin talep edilmesi, beraberinde adi ortaklığın da tasfiye edilmesi sonucunu doğuracaktır⁸⁶.

2. Miras Ortaklığının Adi Ortaklığa Dâhil Olup Olamayacağı Meselesi

Mirasçılarla devam kaydına ilişkin ikinci tartışma konusu, adi ortaklığa bir bütün olarak miras ortaklığının mı yoksa bireysel olarak mirasçıların mı ortak olduğu meselesidir. Öğretide bir görüş, bu durumda tüm mirasçıların ayrı ayrı adi ortaklığın ortağı haline geleceğini ileri sürmektedir⁸⁷. Bu görüşe göre mirasçılar, miras payları oranında ölen ortağın ortaklıktaki hak ve borçlarına sahip olacaklardır⁸⁸. Ancak ölen ortağın yönetim hakkı bu konuda istisna teşkil etmektedir. Hatta yönetim hakkının mirasçılara geçeceğine dair sözleşmede hüküm bulunsa bile, bunun diğer ortakları bağlamayacağı ifade edilmektedir⁸⁹. Adi ortaklığa mirasçıların ayrı ayrı ortak olacaklarını ileri süren görüş, esasen Alman hukukunda ağırlık kazanmıştır⁹⁰. Bu görüşün temsilcilerinin gerekçe olarak sundukları en temel husus, miras ortaklığının yapısıyla adi ortaklığın

⁸² Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 80.

⁸³ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 80.

⁸⁴ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 80.

⁸⁵ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-547, N. 56.

⁸⁶ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-547, N. 56.

⁸⁷ Domaniç, s. 426; Aykun, s. 37; Resul Narin, Adi Şirketin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 32.

⁸⁸ Domaniç, s. 426; Aykun, a. 37; Narin, s. 32.

⁸⁹ Domaniç, s. 426; Narin, s. 32.

⁹⁰ Bkz: Peter Ulmer/Carsten Schäfer, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2021, § 727, N. 33. Ayrıca bkz. Türkmen, s. 139 vd; Handschin, Auflösung, s. 222.

yapısının uyuşmamasıdır. Miras ortaklığı, hemen hemen her konuda oybirliği ilkesini zorunlu kıldığından dolayı ağır işleyen bir yapıya sahiptir. Böyle bir ortaklığın adi ortaklığa dâhil olması, ortaklığın devamı bakımından sakıncalı görülmektedir. Öte yandan İsviçre öğretisinde var olan bir görüş, farklı bir çözümle aynı sonuca varmaktadır⁹¹. Bu görüşe göre, miras ortaklığı tasfiye amacıyla kanun gereği kurulan geçici nitelikte bir ortaklıktır. Her bir mirasçının bu ortaklığın sona ermesini herhangi bir zamanda talep etme hakkı bulunmaktadır. Miras ortaklığının adi ortaklığa girmesi durumunda, adi ortaklık da herhangi bir zamanda feshedilme tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır. Bu nedenle, miras ortaklığının adi ortaklığa girdiği kabul edilemez. Birden fazla mirasçının bulunduğu hallerde, ölen ortağın payı bakımından miras ortaklığının bir adi ortaklığa dönüştüğü kabul edilmelidir. Böylelikle mirasçılar, adi ortaklık içerisinde bir alt ortaklık (*Untergesellschaft*) şeklinde var olmaya devam ederler⁹².

Öğretide yer alan karşıt görüş ise, mirasçılarla devam kaydı bulunan hallerde bir bütün olarak miras ortaklığının adi ortaklığa girdiğini savunmaktadır⁹³. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, elbirliği ilkesinin gereği olarak ölen ortaktan intikal eden ortaklık sıfatı üzerinde bütün mirasçılarının elbirliği halinde hak sahipliği söz konusudur⁹⁴. Dolayısıyla mirasçılara bir bütün halinde intikal eden ortaklık sıfatının ve buna bağlı hakların, mirasçılar tarafından bağımsız olarak ayrı ayrı kullanılması söz konusu olamaz. Mirasçılar, ölen ortağın hukuki durumundan doğan tüm hak ve yükümlülüklerle birlikte bir miras ortaklığı olarak adi ortaklığa katılırlar⁹⁵. Şu halde mirasçılar, miras ortaklığı halinde ölen ortakla aynı oy gücüne ve aynı kar-zarar payına sahip olacaklardır⁹⁶.

Mirasçılarının bir miras ortaklığı olarak adi ortaklığa girmeleri, ortaklığın işleyişi bakımından sorunlara meydan verebilir. Ancak sırf adi ortaklığın işleyişinin aksayacağı gerekçesiyle miras ortaklığının temel nitelikleri görmezden gelinemez. Ölen ortaktan intikal eden ortaklık sıfatı bakımından

⁹¹ Wolf, s. 94.

⁹² Wolf, s. 94.

⁹³ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 81; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 52; Handschin, *Auflösung*, s. 222.

⁹⁴ Türkmen, s. 144 vd.

⁹⁵ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 52.

⁹⁶ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 53.

mirasçılar arasında anlaşmazlık bulunuyorsa, mirasçılardan her birinin terekeye temsilci atanması için mahkemeye başvurma imkânı bulunmaktadır (TMK m. 640/3). Mahkeme tarafından tereke temsilcisi atandığı takdirde, mirasçılardan elbirliği ile hak sahibi oldukları ortaklık sıfatı temsilci tarafından kullanılacaktır. İsviçre öğretisinde, mirasçılardan adi ortaklığa miras ortaklığı şeklinde girmelerinin pratik sonuçlarının abartılmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁷. Zira Alman Hukukunda olduğu gibi, mirasçılardan bireysel olarak adi ortaklığa girdikleri düşünülse bile, karar almak için oybirliğinin gerektiği durumlarda bir mirasçının karşı çıkması yine kararın alınmamasına yol açacaktır⁹⁸.

3. Mirasçılarla Devam Kaydında Şekil Sorunu

Adi ortaklık sözleşmesinde ya da bundan bağımsız bir sözleşmede yer alan mirasçılarla devam kaydının şekli konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, mirasçılarla devam kaydının şekle tabi olup olmadığı noktasında bu kaydın niteliğine göre bir ayırım yapılmalıdır. Eğer mirasçılarla devam kaydı, adi ortaklığın ölen ortağın bütün mirasçılarıyla devamını öngörüyorsa şekle tabi değildir⁹⁹. Zira bu durumda mirasçılarla devam kaydının sağlararası bir işlemi konu edindiği kabul edilmektedir. Mirasçılarla devam kaydının yalnızca bir veya birkaç mirasçı ile ortaklığın devamını içerdiği durumlarda ise, bu kaydın mirasın kısmen paylaşılması şeklinde yorumlanabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁰. Bu şekilde bir yorum, doğal olarak sözleşmedeki kaydın ölüme bağlı tasarruf kabul edilmesini ve böylelikle ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu şeklin uygulanmasını gerektirmektedir¹⁰¹. İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüş de, mirasçılardan ortaklığı devam ettirmeye zorlayan kaydın ölüme bağlı tasarruf olarak nitelendirilmesi gerektiğini beyan etmektedir¹⁰². Söz konusu görüşe göre, bir mirasçıya ortaklığa girme yükümlülüğü ancak miras sözleşmesi yoluyla tesis edilebilir¹⁰³.

⁹⁷ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 53.

⁹⁸ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 53.

⁹⁹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 80.

¹⁰⁰ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 80.

¹⁰¹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 80; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 63.

¹⁰² Wolf, s. 92.

¹⁰³ Wolf, s. 92.

Buna karşılık diğer bir görüş, kapsamı ne olursa olsun mirasçılarla devam kaydının tam üçüncü kişi lehine sözleşme niteliğinde olduğunu ve dolayısıyla ölüme bağlı tasarruflara ilişkin şekil şartlarına tabi olmadığını ileri sürmektedir¹⁰⁴. Bu görüşe göre, mirasçılar sözleşmede yer alan üçüncü kişi lehine şart sebebiyle ortaklığa girmektedirler. Mirasçılarla devam kaydı, vasiyet benzeri bir ölüme bağlı kazandırma olarak kabul edilse dahi, bunun ölüme bağlı tasarrufların tabi olduğu şekilde yapılması zorunlu değildir.

Kanaatimizce her iki görüşün de sorunlu tarafları vardır. Her şeyden evvel, ortaklık sözleşmesinde yer alan bir veya birkaç mirasçı ile devam kaydının mirasın kısmen paylaşılması şeklinde yorumlanması oldukça zordur. Zira bu yoruma başvurabilmek için ölen ortağın iradesinin mirasın kısmen paylaşılması yönünde olduğunun şüpheye yer bırakmayacak ölçüde açık olması gerekir. Öte yandan, mirasçılarla devam kaydı ölen ortağın tek başına kararlaştırabileceği bir husus değildir. Bunun için diğer ortakların da rızası gerekmektedir. Diğer bir deyişle, bütün ortaklar sözleşmede böyle bir kaydın yer almasına rıza göstermeli ya da bu konuda ayrı bir sözleşme yapmalıdırlar. Ölen ortak, söz gelimi el yazılı vasiyetname düzenleyerek adi ortaklığın yalnızca bir mirasçı ile devam etmesini belirtmiş olsa, vasiyetnamedeki bu kaydın diğer ortakları bağlamayacağı açıktır.

Mirasçılarla devam kaydının ortaklık sözleşmesine konulmuş üçüncü kişi lehine bir kayıt olduğunu kabul etmek daha tutarlı görünmektedir. Ancak mirasçılarla devam kaydının üçüncü kişi lehine sözleşme kurumuna tam anlamıyla oturduğu da söylenemez. Bilindiği üzere üçüncü kişi lehine sözleşmede borçlu (vaadeden), alacaklıya (vaadettiren) üçüncü kişi yararına taahhütte bulunmaktadır. Adi ortaklığın mirasçılarla devam kaydında ise, ölen ortak dışındaki ortakların mirasçılara bir edimde bulunmayı borçlanmaları söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle, diğer ortaklar ölen ortağın mirasçılıyla ortaklık sözleşmesi yapmayı taahhüt etmemektedirler. Mirasçılarla devam kaydı, ölen ortağın ortaklık sıfatının da mirasçılara geçerek ortaklığın ayakta kalmasına hizmet eden bir imkândır. Dolayısıyla ölen ortağın mirasçıları, diğer ortakların sözleşme yapma teklifi neticesinde değil, külli halefiyet ilkesinin neticesi olarak ortaklığa girmektedirler. Öte yandan, üçüncü kişi lehine sözleşmeler bakımından geçerli olan üçüncü kişi zararına sözleşme yasağı da, bu noktada tereddüt oluşturmaktadır. Mirasçılarının ölen ortağın ortaklık sıfatını elde etmeleri, onlar bakımından yalnızca alacak hakkının kazanılması değil,

¹⁰⁴ Şener, s. 446; Aksu, s. 42.

aynı zamanda ortaklık ilişkisi sebebiyle borç altına sokulmaları anlamına gelmektedir. Gerçi öğretide, ortaklık konumuyla birlikte gelen borçların bu konunun beraberinde gelen haklar karşısında “*hafif çekeceğini*” ifade eden yazarlar vardır¹⁰⁵. Ancak durum her zaman böyle olmayabilir.

Mirasçılarla devam kaydını adi ortaklık ilişkisinin devamını sağlayan kendine özgü (*sui generis*) nitelikte bir sözleşme olarak kabul etmek kanatimizce daha doğru olacaktır. Zira bu durum, ne ölüme bağlı tasarrufların ne de üçüncü kişi lehine sözleşmelerin yapısına tam anlamıyla uymamaktadır. Mirasçılarla devam kaydının kilit noktası, bu kaydın kendiliğinden ortaklık sıfatının mirasçılara intikalini sağlamasında ve böylelikle adi ortaklığı dağılmaktan (infisah etmekten) kurtarmasında karşımıza çıkmaktadır. Kendine özgü nitelikte sözleşmelere uygulanacak hukuk kuralları bakımından öncelikle tarafların iradelerine bakılır. Sözleşmenin tarafları özgün bir kural koymuşlarsa, bu kurala göre uyumsuzluğun çözümü yoluna gidilir. Ortaklar, mirasçılarla devam kaydını içeren sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda mirasçılarla devam kaydının öngörülen şekilde yapılması zorunludur. Böyle bir kural söz konusu olmadığı takdirde, TBK’nun genel hükümleri uygulama alanı bulur. Şu halde, sözleşmeler için geçerli olan şekil serbestisi ilkesi burada da uygulanır ve mirasçılarla devam kaydının herhangi bir şekilde tabi olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

B. Sözleşmede Sağ Kalan Ortaklarla Devam Kaydının Bulunması

1. Genel Olarak

Ortaklardan birinin ölümü halinde adi ortaklığı kendiliğinden sona ermekten kurtaracak olan diğer bir durum, sözleşmede ortaklığın sağ kalan ortaklarla devamına ilişkin bir kaydın yer almasıdır (*Fortsetzungsklausel*)¹⁰⁶. Özellikle ekonomik bakımdan güçlü yapıda olan adi ortaklıklar bakımından bu yolun tercih edilmesi söz konusu olabilir¹⁰⁷. Zira sağ kalan ortaklarla devam kaydı yerine mirasçılarla devam kaydı tercih edilirse, sağ kalan ortaklar hiç tanımadıkları mirasçılarla muhatap olmak durumunda kalacaklardır.

¹⁰⁵ Rona Serozan, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, 1. Bası, İstanbul, 1979, s. 159.

¹⁰⁶ Wolf, s. 83; Christ, SHK-OR, Art. 545, N. 14; Müller, OFK-OR, Art. 545, N. 4; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 65; Handschin, Auflösung, s. 224; Jung, CHK-OR, Art. 545-546, N. 4; Jung, Regelung, s. 177; Truniger, Präjudizienbuch OR, Art. 545, N. 4; Eren, Özel Hükümler, s. 885.

¹⁰⁷ Türkmen, s. 160.

Sağ kalan ortaklarla devam kaydı, herhangi bir şekle tabi değildir¹⁰⁸. İsviçre Federal Mahkemesine göre, ortaklığın malvarlığında taşınmazlar bulunsa bile, sağ kalan ortaklarla devam kaydı bakımından şekil zorunluluğu yoktur¹⁰⁹. Ancak ispat kolaylığı bakımından, ortaklardan birinin ölümü halinde ortaklığın sağ kalan ortaklarla devam edeceğinin yazılı olarak kayıt altına alınması tavsiye edilebilir¹¹⁰.

Sağ kalan ortaklarla devam kaydının somut anlamı, ölen ortağın ölüm anından itibaren kendiliğinden ortaklıktan çıkmasıdır. Bu durumun iki temel sonucu vardır. Birincisi, ölen ortağın ortaklık malvarlığındaki payının sağ kalan ortaklara geçmesidir¹¹¹. İkincisi ise, ölen ortağın mirasçılarının sağ kalan ortaklara karşı ölen ortağa ait olan ayrılma payını talep hakkının doğmasıdır.

2. Ölen Ortağın Ortaklık Payının Sağ Kalan Ortaklara Geçmesi

Türk Borçlar Kanunu m. 634/1 hükmüne göre, adi ortaklıkta bir ortağın ortaklıktan çıkması veya çıkarılması durumunda payı, diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçmektedir¹¹². Belirtmek gerekir ki, söz konusu hükümde ifade edilen “pay”, esasen ortakların ortaklık malvarlığı üzerindeki paylarıdır¹¹³. Adi ortaklığın, kendisini oluşturanlardan bağımsız bir hak süjesi karakteri bulunmamaktadır¹¹⁴. Bunun sonucu olarak, ortaklık malvarlığı üzerinde bütün ortaklar elbirliğiyle hak sahibidirler. İşte TBK m. 634/1 hükmü bakımından çıkan ortağın payının diğer ortaklara geçmesi, esasen çıkan ortağın ortaklık malvarlığı üzerindeki haklarının sona ermesi anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, çıkan ortak ile ortaklık malvarlığı arasındaki hukuki bağ ortadan kalkmış olmaktadır¹¹⁵.

Ölen ortağın ortaklık malvarlığı üzerindeki payının sağ kalan ortaklara kendiliğinden geçmesi, ortaklık malvarlığı üzerindeki mülkiyet durumunun da değişmesi sonucunu doğurur. Sağ kalan ortakların ortaklık malvarlığı

¹⁰⁸ Wolf, s. 84.

¹⁰⁹ BGE 116 II 49.

¹¹⁰ Wolf, s. 84.

¹¹¹ Wolf, s. 83.

¹¹² Eren, Özel Hükümler, s. 853; Ulusoy, s. 887.

¹¹³ Türkmen, s. 257; Wolf, s. 85.

¹¹⁴ Barlas, s. 80; Fellmann/Müller, BK-OR, Art. 530, N. 14-15; Schütz, SHK-OR, Art. 530, N. 2.

¹¹⁵ Türkmen, s. 258.

bakımından sahip oldukları hukuki durumlarında bir genişleme meydana gelir. Mesele özellikle taşınmazlar bakımından önem kazanmaktadır. Adi ortaklığın malvarlığına dâhil olan taşınmaz tapu sicilinde adi ortaklık adına değil, bütün ortaklar adına tescil edilebilir¹¹⁶. Zira adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Şu halde sağ kalan ortaklarla devam kaydı var olduğu takdirde, ölen ortağın söz konusu taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı kendiliğinden sona erer. Artık bu taşınmaz üzerinde yalnızca sağ kalan ortaklar elbirliği halinde maliktirler. Ancak maddi bakımdan gerçekleşen bu sonucun tapu siciline de yansıtılması gerekmektedir. Ölen ortağın mirasçıları, tapuda ferağ verdikleri takdirde gerçek durum tapu siciline yansıtılmış olur. Ancak mirasçıların buna yanaşmamaları durumunda, sağ kalan ortakların tapu sicilinin düzeltilmesini mahkemeden talep etmeleri gerekecektir.

3. Mirasçıların Ayrılma Payını Talep Hakkı

Sağ kalan ortaklarla devam kaydının bulunduğu hallerde, mirasçılar ölen ortağın ortaklık sıfatını iktisap edemezler. Bununla birlikte, ölen ortağın ayrılma payının hesaplanarak mirasçılara ödenmesi gerekmektedir. Zira ölen ortağın ayrılma payı, onun terekesinin aktifinde yer alan bir unsur olarak mirasçılara intikal etmektedir. Dolayısıyla mirasçılar, ölen ortağın ayrılma payı bakımından sağ kalan ortaklara karşı borçlar hukuku temelli bir alacak hakkına sahip olmaktadırlar (*Abfindungsanspruch*)¹¹⁷. Aynı durum, nitelikli devam kaydının bulunduğu hallerde de geçerlidir. *Mirasçılardan biri veya birkaçı, nitelikli devam kaydı sebebiyle adi ortaklığın dışında bırakılmışsa, ölen ortağın ayrılma payının söz konusu mirasçılara düşen kısmının ödenmesi gerekecektir.*

*Ortaklıktan çıkma, bir anlamda çıkan ortak açısından tasfiye işlevine sahiptir. Nitekim TBK m. 634 hükmünün kenar başlığı “Ortaklık payının tasfiyesi” şeklindedir*¹¹⁸. Burada, ortaklığın tamamen tasfiyesine benzeyen bazı işlemler sonucunda çıkan ortağın payı hesaplanmaktadır.

Ayrılma payı, esasen ortaklık sıfatını kaybeden ortağa, diğer ortaklar tarafından bu kaybın telafisi amacıyla ödenen bir miktar paradır¹¹⁹. Bu bakımdan

¹¹⁶ Bornhauser, s. 651.

¹¹⁷ Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 66; Handschin, Auflösung, s. 224; Wolf, s. 85.

¹¹⁸ Ulusoy, s. 887.

¹¹⁹ Ulusoy, s. 888.

ayrılma payının telafi edici/denkleştirici nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹²⁰. Ayrılma payının bir para alacağı olması sebebiyle, ölen ortağın mirasçılarının ortaklık malvarlığı üzerindeki mülkiyet haklarının devri söz konusu değildir. Zira burada aynı nitelikte değil, sağ kalan ortakları borçlandırıcı nitelikte bir talep hakkı meydana gelmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, sağ kalan ortaklarla mirasçıların anlaşmaları durumunda, ayrılma payının aynı olarak ödenmesine de bir engel bulunmamaktadır.

Ölen ortağın mirasçıları, ayrılma payının hesaplanarak kendilerine ödenmesini diğer ortaklardan talep edeceklerdir. Sağ kalan ortaklar, ölen ortağın ayrılma payının ödenmesi yönünden birinci dereceden, sınırsız ve müteselsilen sorumludurlar¹²¹. Şu halde mirasçılar ayrılma payını bütün ortaklardan talep edebilecekleri gibi, sadece birinden ya da birkaçından da talep edebilirler. Öte yandan, mirasçıların ayrılma payı alacağını talep ederken birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Ayrılma payı, terekede yer alan bir alacak hakkı olduğundan, bunun talep edilmesi ancak bütün mirasçıların katılmaları ya da muvafakat etmeleri suretiyle olur.

Ayrılma payı alacağı, ortağın adi ortaklıktan ayrıldığı anda doğar. Ölen ortak bakımından ayrılma anı ölüm anıdır. Diğer bir ifadeyle, ölüm olayının gerçekleşmesiyle birlikte, ölen ortakla adi ortaklık arasındaki hukuki bağ ortadan kalkar. Böylece ölen ortak bakımından ayrılma payı alacağı doğmuş olur. Yine ölüm anıyla birlikte bu alacak, diğer tüm haklar ve borçlar gibi, ölen ortağın mirasçılarının intikal eder. Ayrılma payı alacağı, ölüm anında doğmakla birlikte bu anda muaccel olduğu söylenemez. Zira ayrılma payının tespit edilebilmesi için öncelikle ayrılma bilançosunun düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, ayrılma payı alacağının miktarı, ortağın ölümü anında belirli değildir. Bu sebeple, ayrılma payının hesaplanarak belirli hale geldiği anda muaccel olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹²².

Ayrılma payının tespiti bakımından öncelikle sözleşmede bu konuda bir hüküm olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer ortaklık sözleşmesinde ayrılma

¹²⁰ Türkmen, s. 269.

¹²¹ Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 72; Türkmen, s. 288. Aksi görüşte: Ulusoy, s. 889. Yazara göre, diğer ortakların çıkan ortağın tasfiye payını ödeme yükümlülükleri sınırsız ve müteselsil bir borç ilişkisinden doğmaz. Bunun iki sebebi vardır. İlk olarak, diğer ortaklar çıkan ortağın payına kendi payları oranında sahip olduklarına göre, tasfiye payının ödenmesinden de kendi payları oranında sorumlu olmalıdırlar. İkinci olarak ise, tasfiye payının ödenmesi borcu adi ortaklığın değil, diğer ortakların edindikleri payların karşılığı olarak kişisel borçlarıdır.

¹²² Türkmen, s. 293.

payının ödenmesiyle ilgili düzenlemeye gidilmişse (*Abfindungsklausel*), buna göre hesap yapılır¹²³. Ortaklık sözleşmesinde hüküm olmamakla birlikte, sonradan sağ kalan ortaklarla mirasçılarının bu konuda anlaşmaları da söz konusu olabilir. Ancak ortaklık sözleşmesinde bir hüküm bulunmadığı ya da anlaşma sağlanamadığı takdirde TBK m. 634/3 hükmü devreye girmektedir. Söz konusu hükme göre, çıkan ortağın tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla mali işlerde uzman bir kişiye hesaplatılacaktır¹²⁴. Öğretide mali işlerde uzman kişiden kastın serbest muhasebeci veya mali müşavir olduğu belirtilmektedir¹²⁵. Sağ kalan ortaklarla mirasçılarının uzman kişi üzerinde anlaşmaya varamamaları durumunda, ayrılma payını belirleyecek olan uzman kişi hâkim tarafından atanacaktır (TBK m. 634/3).

Bilançonun ve devamında ayrılma payının tespit edilmesinden sonra, bu payın ölen ortağın mirasçılarına ödenmesi gündeme gelir. Ayrılma payı kural olarak nakden ve peşinen ödenmelidir¹²⁶. Ancak sağ kalan ortaklarla ölen ortağın mirasçılarının bu konuda anlaşmaları mümkündür. Örneğin ayrılma payının peşinen değil de taksitler halinde ödenmesi kararlaştırılabilir. Ayrılma payı muaccel olduğu halde ifa edilmezse, mirasçılar bunun ödenmesi için diğer ortaklara karşı alacak davası açabilirler. Ayrılma payı alacağı, on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir¹²⁷. Zamanaşımı konusunda TBK m. 147/1,b.4 hükmünün uygulanması düşünülebilir. Bahsi geçen hükme göre, bir ortaklıkta ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki alacaklar için beş yıllık zamanaşımı uygulanır. Ancak ayrılma payı alacağı, ortaklık ilişkisi sebebiyle doğan bir alacak değildir. Zira ayrılma ile birlikte ayrılan ortağın ortaklık sıfatı ortadan kalkmaktadır. Bu bakımdan ölüm sebebiyle ayrılan ortağın üçüncü kişi gibi kabul edilmesi söz

¹²³ Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 68. Wolf'e göre, sözleşmede ayrılma payına ilişkin konulan hükümde, mirasçılarının ölen ortağın hayatta iken ortaklığı terk edeceği duruma nazaran daha ağır bir durumla karşı karşıya kalmaları söz konusu ise, ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılması gerekmektedir. Yazar, şüpheli durumlardan kaçınabilmek adına, ölüme bağlı tasarruf şekillerine uyularak sözleşme yapılmasını tavsiye etmektedir. Bkz: Wolf, s. 85.

¹²⁴ Eren, Özel Hükümler, s. 853; Ulusoy, s. 888.

¹²⁵ Türkmen, s. 298. Yazar, ayrılma payının tespiti için serbest muhasebeci veya mali müşavirin yanında işletme iktisadı konusunda uzman olan bir kişinin daha görevlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Zira yazara göre, serbest muhasebeci veya mali müşavir ayrılma bilançosunun düzenlenmesinde yetkilidir. Ayrılma payına değer biçilmesi ise işletme iktisadı alanına girmektedir.

¹²⁶ Türkmen, s. 303.

¹²⁷ Türkmen, s. 308.

konusudur. Dolayısıyla ayrılma payı alacağı, ortaklığın üçüncü kişiye karşı yüklendiği bir borç niteliğindedir.

Ayrılma bilançosunun düzenlenmesi neticesinde, ölen ortağın lehine bir ayrılma payı alacağının doğmaması da ihtimal dâhilindedir. TBK m. 635 hükmüne göre, ortaklık sıfatının sona erdiği tarihte ortaklığın malvarlığının borçlarını karşılamaya yetmemesi durumunda, çıkan ortağın payına düşen borç tutarını diğer ortaklara ödemesi gerekmektedir¹²⁸. Şu halde, ortaklığın borca batık olması ihtimalinde, ölen ortağın ayrılma payı alacağı değil, zarara katılma borcu gündeme gelecektir. Ayrılma payı alacağında olduğu gibi, ölen ortağın zarara katılma borcu da mirasçılara intikal eder. Dolayısıyla söz konusu borç, terekenin pasifinde yer alacak ve bu sefer, diğer ortaklar tarafından mirasçılardan talep edilebilecektir.

Kanunda, ayrılan ortağın payına düşen borç tutarının zarara katılmaya ilişkin düzenlemeler çerçevesinde ödeneceği belirtilmiştir (TBK m. 635). Burada kastedilen düzenleme TBK m. 623 hükmüdür. Kural olarak her ortağın zarardaki payı, katılma payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir¹²⁹. Ancak ortaklık sözleşmesinde zarara katılma bakımından farklı bir düzenleme yapılmış olabilir. Bu durumda ortaklık sözleşmesindeki hüküm uygulanacaktır.

Ölen ortağın mirasçıları, ortaklığın zararına katılma borcu bakımından müteselsilen sorumludurlar. Zira söz konusu borç, tereke borcu niteliğindedir. Sağ kalan ortaklar, borcun tamamı için bütün mirasçılara, içlerinden birine ya da birkaçına başvurabilirler. Eğer mirasçılardan biri kendi payına düşen miktardan fazlasını ödemek durumunda kalırsa, diğer mirasçılara rücu hakkına sahiptir.

4. Ayrılma Payının Sözleşmeyle Kaldırılması

Ortaklık sözleşmesinde ya da bundan bağımsız olarak ayrılma payının kaldırılması kararlaştırıldığı takdirde, böyle bir kaydın geçerli olup olmayacağı tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, ayrılma payının sözleşme ile kaldırılabileceği kanaatindedir¹³⁰. Bu görüşe göre, ayrılan ortağın sözleşme ile ayrılma

¹²⁸ Eren, Özel Hükümler, s. 853.

¹²⁹ Fellmann/Müller, BK-OR, Art. 533, N. 9; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 533, N. 41; Müller, OFK-OR, Art. 533, N. 3; Jung, CHK-OR, Art. 533, N. 2; Herren, SHK-OR, Art. 533, N. 31.

¹³⁰ Bollmann, s. 83 (Türkmen, s. 308'den naklen).

payından feragat etmesi bir tür ibra sözleşmesidir. Başka bir deyişle ayrılan ortak, ayrıldığı takdirde doğacak olan ayrılma payı alacağı için diğer ortakları ibra etmiş olmaktadır. Buna karşılık, ayrılma payının kaldırılmasına yönelik sözleşmelere cevaz verilmemesini savunan bir görüş de bulunmaktadır¹³¹. Zira ortaklık sıfatını yitiren kişinin sahip olduğu en temel mali hak ayrılma payıdır ve bunun kaldırılması, ortaklıktan ayrılmanın cezalandırılması olarak yorumlanabilir¹³².

Kanaatimizce meseleye ekonomik özgürlüğün sınırlandırılması yönünden de bakılabilir. Ekonomik özgürlük, kişiliğin vazgeçilmez parçalarından birini teşkil etmektedir. Bu özgürlüğün önemli taraflarından biri ise, ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğüdür. Kişinin ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan ve böylelikle onu ekonomik bakımdan bağımlı hale getiren sözleşmeler, kelepçeleme sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır¹³³. Kelepçeleme sözleşmeleri, ahlaka aykırılık teşkil etmesi sebebiyle kesin hükümsüzdür. Eğer ayrılan ortağa ayrılma payı ödenmeyeceğine ilişkin kayıt, kelepçeleme sözleşmesi niteliğindeyse, ölen ortağın mirasçıları bunun kesin hükümsüz olduğunu ileri sürerek ayrılma payının ifasını talep edebilirler. Bu noktada, ölen ortağın sağlığında yaptığı sözleşmeden doğan borç ilişkisinin mirasçılara intikal etmemesi tereddüte sebep olabilir. Gerçekten de, mirasbırakanın kişisel özellikleri çerçevesinde taraf olduğu borç ilişkileri mirasçılara geçmemektedir. Hal böyle olmakla birlikte, ölen ortağın taraf olduğu sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü, onun bu durumu ileri sürmesinden bağımsız olarak kendiliğinden var olan bir durumdur. Diğer ifadeyle, sözleşmenin ahlaka aykırılığı sebebiyle kesin hükümsüz olması, ölen ortağın sağlığında bunu ileri sürmesine bağlı değildir. Şu halde, ölen ortağın ayrılma payından mahrum kalacağına dair sözleşme kesin hükümsüz ise, ölen ortak lehine ayrılma payı alacağı doğmuş ve mirasçılara intikal etmiş demektir. Dolayısıyla, mirasçıların bu alacağı talep edebileceklerini kabul etmek gerekir.

Sağ kalan ortaklarla devam kaydının yanında, ölen ortağın ayrılma payının ortaklıkta kalmasına yönelik bir hüküm de sözleşmede öngörülmüş olabilir. Böylelikle, ortağın ölümü halinde onun ayrılma payı terekeye dâhil olmayacak ve mirasçıları tarafından sağ kalan ortaklardan talep

¹³¹ Şener, s. 394; Türkmen, s. 309.

¹³² Şener, s. 394.

¹³³ Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 125 vd.

edilemeyecektir. Burada salt ölüm halinde ortaklıktan çıkmaya özgü bir durum düzenlenmiş olmaktadır. Ölüm halinde ortaklıktan çıkan ortağın ayrılma payının mirasçılara geçmesini engelleyen bu tür kayıtlar, genel olarak miras hukuku bakımından sakıncalı görülmektedir¹³⁴. Zira bu durum, mirasçılarının ölen ortağın ayrılma payından mahrum edilmeleri sonucunu doğurmaktadır. Mutlak nitelikte ortaklık ilişkisine dayalı bir hak olan ayrılma payının, her durumda mirasçılara ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹³⁵. İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüşe göre ise, ölüm durumunda ortağın ayrılma payının ortaklıkta kalacağına dair kayıt, esasen bir ölüme bağlı tasarruf niteliğindedir¹³⁶. Bu sebeple, söz konusu kayıt ölüme bağlı tasarruflar için aranan şekil şartlarını taşıdığı takdirde mirasçılar bakımından bağlayıcı kabul edilebilir.

5. İki Kişilik Adi Ortaklığın Durumu

İki kişiden oluşan bir adi ortaklığın varlığı halinde de sözleşmeye sağ kalan ortakla devam kaydı konulması mümkündür. Ancak bu ihtimalde söz konusu kayıt doğal olarak ortaklığın sona ermesini engellemeyecektir¹³⁷. İki ortaktan birinin ölmesiyle birlikte, ölen ortağın payı kendiliğinden (*eo ipso*) diğer ortağa geçecek ve böylelikle sağ kalan ortak, önceden elbirliği halinde malik olduğu ortaklık malvarlığı üzerinde artık tek başına malik olacaktır¹³⁸. Bu durumda ortaklığın malvarlığının tasfiye edilmesine gerek kalmaz. Ölen ortağın mirasçıları, onun ayrılma payını sağ kalan ortakta talep edebilirler.

C. Sözleşmede Ortaklığa Giriş Kaydının Bulunması

Mirasçılarla devam kaydı bulunan hallerde, ortağın ölümüyle birlikte onun mirasçıları doğrudan ortaklık sıfatını da elde etmiş olurlar. Bu bakımdan ölen ortağın mirasçılarının herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Ortaklık sıfatı, külli halefiyet ilkesi gereğince kendiliğinden intikal eder.

¹³⁴ Türkmen, s. 339. Yazar, özellikle Alman hukuku bakımından konunun tartışıldığını, görüş birliği olmamakla beraber, ortaklığın sağ kalan ortaklarla devamının kararlaştırıldığı durumlarda ayrılma payının kaldırılmasına cevaz verildiğini ifade etmektedir.

¹³⁵ Türkmen, s. 340.

¹³⁶ Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 69.

¹³⁷ Wolf, s. 85.

¹³⁸ Wolf, s. 85. Ancak ortaklık malvarlığı içerisinde tapuya kayıtlı taşınmazlar varsa, ölen ortağın mirasçılarının sağ kalan ortak lehine tapuda ferağ vermeleri gerekmektedir. Aksi takdirde sağ kalan ortak, ortaklık malvarlığında bulunan taşınmaz üzerinde tek başına malik olarak gözükmeyecektir.

Ancak ortaklar, adi ortaklığın mirasçılarla devamı yönünden ölen ortağın mirasçılara bir seçme hakkı tanımak isteyebilirler. Öğretide “*giriş klozu (Eintrittsklausel)*¹³⁹” olarak da adlandırılan bu kayıt sayesinde, ölen ortağın mirasçılara ortaklığa devam etme noktasında bir tercih imkânı verilmiş olmaktadır.

*Ortaklığa giriş kaydı, mirasçılarla devam kaydı ile sağ kalan ortaklarla devam kaydının etkilerini birleştiren bir özelliğe sahiptir*¹⁴⁰. Bu kayıt ile mirasçı, adi ortaklığa girerek ortaklık sıfatını kazanmak veya ortaklığa girmeyerek ölen ortağın ayrılma payını talep etmek arasında bir seçim hakkına (Optionsrecht) sahip olmaktadır. Ortaklığa giriş hakkı, sözleşme ile mirasçılardan birine veya birkaçına da tanınabilir (*qualifizierte Eintrittsklausel*)¹⁴¹.

*Ortaklığa giriş kaydı, sağlararası bir hukuki işlem olarak herhangi bir şekil şartına, özellikle de ölüme bağlı tasarruflar için öngörülen şartlara tabi değildir*¹⁴². Hal böyle olmakla birlikte, özellikle bir veya birkaç mirasçı lehine giriş kaydının bulunduğu hallerde, mirasbırakanın diğer mirasçuları göz ardı etmemek adına bir ölüme bağlı tasarruf ile paylaşma kuralı öngörmesi faydalı olacaktır¹⁴³.

*Mirasçılar tarafından seçim hakkının kullanılmasına kadar, mirasçılardan durumu askıdadır. Bu aşamada mirasçılar ortak sıfatına sahip değildirler. Dolayısıyla ortaklığın karar alma sürecine katılmaları da söz konusu değildir*¹⁴⁴. Mirasçılardan ortak sıfatını kazanabilmeleri için, ortaklığa girmeye yönelik iradelerini açıklamaları (*Eintrittserklärung*) gerekmektedir. Şu halde, sözleşmede mirasçılara ortaklığa giriş hakkı tanıyan kayıt bir tür öneri iken, mirasçılardan buna olumlu yönde cevap vermeleri kabul niteliğindedir¹⁴⁵.

Mirasçılar, dürüstlük kuralının bir gereği olarak makul bir süre içerisinde

¹³⁹ Türkmen, s. 164; Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 73; Christ, SHK-OR, Art. 545, N. 13; Jung, CHK-OR, Art. 545-546, N. 4; Jung, Regelungen, s. 179; Wolf, s. 87; Handschin, Auflösung, s. 225.

¹⁴⁰ Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 73; Handschin, Auflösung, s. 225.

¹⁴¹ Wolf, s. 88; Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 73; Handschin, Auflösung, s. 225.

¹⁴² Wolf, s. 88.

¹⁴³ Wolf, s. 90.

¹⁴⁴ Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 74; Handschin, Auflösung, s. 225.

¹⁴⁵ Türkmen, s. 165. Ortaklık sözleşmesinde bulunan giriş kaydının yalnızca bir teklif olup, mirasçılara yükümlülük getirmedeği yönünde bkz: Wolf, s. 90.

seçim hakkını kullanmalıdır¹⁴⁶. Öğretide, mirasçılarının seçim hakkını kullanmaları noktasında ortaklık sözleşmesine koyulan giriş kaydıyla belirli bir süre öngörülebileceği ifade edilmektedir¹⁴⁷. Mirasçılar, sözleşmede gösterilen sürede ya da makul bir süre içerisinde seçim hakkını kullanmadıkları takdirde, ortaklık mevcut ortaklarla devam eder. Bu durumda mirasçılar, sanki sağ kalan ortaklarla devam kaydı varmış gibi, ölen ortağın ayrılma payını talep edebileceklerdir¹⁴⁸.

D. Sözleşmede Herhangi Bir Devam Kaydının Bulunmaması

Ortaklık sözleşmesinde ortaklardan birinin ölümü halinde ortaklığın akıbetinin ne olacağına dair herhangi bir hükmün yer almaması ihtimal dâhilindedir. Aynı şekilde, ortaklığın devamı sırasında da bu husus hiç gündeme gelmemiş ve ortaklık sözleşmesinden ayrı bir sözleşmeye de konu edilmemiş olabilir. Bu durumda kural olarak ortaklardan birinin ölümüyle birlikte adi ortaklık sona ermiş sayılacaktır. Fakat daha önce de değinildiği gibi ortaklığın sona ermesi, ortaklık ilişkisinin bir anda ortadan kalkması sonucunu doğurmamaktadır. Burada esasen ortaklığın tasfiye sürecine girmesi söz konusudur. İşte bu tasfiye sürecine girilmeden önce, sağ kalan ortaklarla ölen ortağın mirasçılarının, ortaklığın devamı hususunda anlaşmaya varmaları mümkündür¹⁴⁹.

Kanunda, adi ortaklık bakımından ortaklardan birinin ölümü halinde sağ kalan ortaklarla mirasçılarının anlaşarak ortaklığı devam ettirebileceklerine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide ise, sağ kalan ortaklarla mirasçılarının oybirliği ile alacakları kararla ortaklığın devamının mümkün

¹⁴⁶ Türkmen, s. 165.

¹⁴⁷ Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 77.

¹⁴⁸ Handschin/Vonzun, Art. 545, N. 79.

¹⁴⁹ Müller, OFK-OR, Art. 545, N. 4; Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545, N. 47. “*Dava, adi ortaklığın fesih ve tasfiyesine ilişkin olup, fırın işletmeciliği ile ilgili adi ortaklığın davacı ile davalı arasında değil, davacının murisi Selma ile davalı arasında kurulduğu mahkemece uyulan bozma ilamında açıkça belirtilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, BK’nın 535. hükmü gereğince, taraflar arasında başkaca bir kararlaştırma yoksa adi ortaklık ölüm ile son bulur. Davacının murisi Selma 17.08.1999 tarihinde meydana gelen deprem sonucu öldüğüne göre, adi ortaklık bu tarihte sona ermiştir. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi, murisin ölümünden sonra adi ortaklığın taraflar arasında sürdüğü de kanıtlanamamıştır. Eldeki dava, muris Selma ile davalı arasındaki adi ortaklığın fesih ve tasfiyesi olduğuna ve Selma’nın da 17.08.1999 tarihinde öldüğünün anlaşılmasına göre, fesih ve tasfiyenin bu tarih itibariyle yapılması zorunludur*”. Yarg. 13. HD, E. 2008/404, K. 2008/10164, T. 17.7.2008.

olduğu, hatta sağ kalan ortaklarla bazı mirasçılar arasında dahi ortaklığa devam edilebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁰. Sağ kalan ortaklarla mirasçılar arasında ortaklığın devamına ilişkin yapılacak olan sözleşme herhangi bir şekilde tabi değildir¹⁵¹. Ancak burada açık ya da örtülü şekilde ortaklığın devamına karar verildiği anlaşılabilir¹⁵². Örneğin sağ kalan ortaklar ile mirasçılar, ortaklığın işlerini yürütmeye devam ediyorlarsa, bunlar arasında ortaklığın devamına dair örtülü şekilde yapılmış bir sözleşmenin var olduğu düşünülebilir¹⁵³.

Diğer yandan, sağ kalan ortaklar ile mirasçıların ortaklığın yalnızca sağ kalan ortaklarla devamı yönünde karar almaları da mümkündür¹⁵⁴. Ancak bunun için doğal olarak, sağ kalan ortak sayısının birden fazla olması gerekmektedir. Zira ölen ortak dışında yalnızca bir ortağın bulunması halinde, ortaklığın sağ kalan ortakla devamı mümkün değildir.

Sağ kalan ortakların kendi aralarında anlaşarak mirasçılar olmaksızın ortaklığın devamına karar verip veremeyecekleri tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu duruma cevaz vermektedirler¹⁵⁵. Ancak sağ kalan ortakların bu konuda karar veremeyeceklerini ifade eden bir görüş de bulunmaktadır¹⁵⁶. Kanaatimizce, sağ kalan ortakların mirasçılardan bağımsız olarak ortaklığı kendi aralarında sürdürebilmelerine olumlu bakmak gerekir. Zira aksi yöndeki kabul, ortaklığı devam ettirme iradesine sahip olan ortaklar bakımından sürecin zorlaştırılmasından başka bir şey ifade etmemektedir. Bunun yerine, ölen ortağın mirasçılara ayrılma payının ödenerek ortaklığın sağ kalan ortaklarla

¹⁵⁰ Şener, s. 448; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 81; Aykun, s. 40.

¹⁵¹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s. 81; Müller, OFK-OR, Art. 545, N. 4. Federal Mahkeme de vermiş olduğu bir kararda, gerek ortaklık sözleşmesinde bulunan devam kaydının gerekse de sonradan ortaklığın devamına ilişkin yapılacak sözleşmenin herhangi bir şekilde tabi olmadığını ifade etmiştir. Bkz: BGE 116 II 49.

¹⁵² Aksu, s. 45.

¹⁵³ “Somut olayda, davacıların murisi Yılmaz ile kardeşi olan davalı arasında 28/12/2008 tarihinde, 5 yıl süreli, uğraş konusuYağ Sanayi olan, kar ve zararın %50- %50 belirlendiği yazılı ortaklık sözleşmesi mevcuttur. Davacıların murisi Yılmaz, ortaklık sözleşmesinde belirlenen 5 yıllık süre dolmadan 16/11/2010 tarihinde ölmüştür. Sözleşmede, ölüm halinde ortaklığın devam edeceğine ilişkin hüküm bulunmadığı gibi, mirasçılarıyla da devam etmediği, davalının tek başına idare ettiği anlaşılmaktadır”. Yarg. 3. HD, E. 2015/6226, K. 2015/12428, T. 3.7.2015.

¹⁵⁴ Şener, s. 448; Narin, s. 36.

¹⁵⁵ Yaşar Karayalçın, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1973, s. 154.

¹⁵⁶ Sosyal Özenli, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, 1. Bası, Ankara, 1988, s. 118.

devamı yoluna gitmek çok daha pratik bir çözüm olacaktır. Ayrıca, sözleşmede mirasçılarla devam kaydı bulunmayan hallerde ölen ortağın ortaklık sıfatının mirasçılara intikal etmediğini de unutmamak gerekir. Mirasçılarının bu ihtimallerdeki hakları, esasen ölen ortağın malvarlıksal durumunun halefi olarak, onun ayrılma payını talep etmekten ibarettir. Şu halde, mirasçılardan bazılarının ortaklığa devam etmeyi kabul etmemeleri durumunda da ortaklığın kabul eden mirasçılarla devam edebileceğini söylemek gerekir. Böylelikle, sağ kalan ortaklarla bazı mirasçılar ortaklığa devam ederler. Ortaklığa dâhil olmak istemeyen mirasçılara ise, kendi payları oranında ayrılma payının ödenmesi söz konusu olur¹⁵⁷.

Adi ortaklık ister sağ kalan ortaklarla, isterse de sağ kalan ortaklar ve mirasçılarla devam etsin, her iki durumda da ortaklığın devamı yönündeki iradenin varlığı ortaklığın kendiliğinden sona ermesinin (infisahının) kaldırılması anlamına gelir¹⁵⁸. Diğer bir ifadeyle, tasfiye sürecine girmesi gereken ortaklık ilişkisi tekrar canlandırılmış ve sona ermekten kurtarılmış olmaktadır. Ortaklık ilişkisinin devamının tespiti bakımından, ortağın ölümünün üzerinden uzunca bir zaman geçmesine rağmen tasfiyeye gidilmeyerek ortaklığın sürdürülmesi önem arz etmektedir. Zira bu durum, ortaklığın sürdürülmesine dair iradenin varlığına delil teşkil eder. Ancak ortaklık ilişkisinin devamı yönündeki iradenin tespiti için, ortağın ölümünün üzerinden uzunca bir zaman geçmesi zorunlu değildir¹⁵⁹. Kanaatimizce burada hayatın olağan akışı çerçevesinde, ortağın ölümüne rağmen ortaklığın işlerinin mirasçılarla uygun bir süre devam edip etmediğine bakmak gerekmektedir. Sağ kalan ortaklarla mirasçılar arasında açık irade beyanlarının var olduğu durumlarda ise böyle bir kıstasa başvurmaya gerek kalmayacaktır.

E. Ortaklık Sözleşmesindeki Devam Kayıtları ile Ölen Ortağın Ölümüne Bağlı Tasarruf Özgürlüğü Arasındaki İlişki

İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüş, ortaklık sözleşmesinde devam kayıtlarının kararlaştırıldığı hallerde bile, ölen ortağın ölümüne bağlı tasarruf yoluyla kendi ortaklık statüsü hakkında serbestçe tasarruf edebileceği kanaatindedir¹⁶⁰. Bu görüşe göre, mirasbırakan ortak diğer ortakların rızaları gerekmeksizin ortaklık statüsünü ölümüne bağlı tasarruf yoluyla belirli bir

¹⁵⁷ Narin, s. 36.

¹⁵⁸ Aksu, s. 46.

¹⁵⁹ Şener, s. 450.

¹⁶⁰ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-547, N. 49.

veya birden fazla mirasçısına devredebilir. Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufta bulunma özgürlüğü, ortaklıklar hukukunda yer alan devam kayıtları ile sınırlandırılmaz¹⁶¹. Bu sebeple, mirasbırakan ortak, sözleşmede yer alan devam kaydına tamamen aykırı surette ölüme bağlı tasarruf yapabilir. Örneğin nitelikli devam kaydında adı geçen mirasçıların ortaklık payını değil, terekedeki başka bir malvarlığı değerini alacaklarını kararlaştırabilir. Dolayısıyla adi ortaklık, sanki mirasçılarla devam kaydı hiç kararlaştırılmamış gibi sona erecektir¹⁶².

Kanaatimizce İsviçre öğretisinde yer alan bu görüş, muhtelif yönlerden sakıncalıdır. Her şeyden evvel, mirasbırakanın ortaklık sıfatı kural olarak ölüme bağlı tasarrufa konu edilebilecek bir unsur değildir. Zira ortaklık sıfatı, ortağın kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Bu sebeple, ölen ortağın bir ölüme bağlı tasarrufla diğer ortakları göz ardı ederek kendi ortaklık sıfatı hakkında belirleme yapması mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufu ile ortaklık sıfatının ölümünden sonra mirasçılardan birine ait olacağını belirtmiş olsa bile, bu durum söz konusu mirasçının kendiliğinden ortak sıfatını kazanması sonucunu doğurmayacaktır. TBK m. 639 hükmünün açık ifadesi çerçevesinde, ölen ortağın mirasçılarının ortaklığa dâhil olmalarının yolu, bütün ortakların muvafakatiyle ortaklık sözleşmesine bu yönde bir hükmün konulmasıdır. Nasıl ki bir ortağın tek taraflı olarak ortaklık payını üçüncü bir kişiye devretmesi bu üçüncü kişiye ortak sıfatını kazandırmıyorsa (TBK m. 632), ortaklardan birinin ortaklık sıfatını ölüme bağlı tasarrufla mirasçılara bırakması da söz konusu mirasçılara ortaklık sıfatı kazandırmayacaktır. Bir ihtimal, diğer ortakların da taraf olacakları miras sözleşmesi ile bu sonucun ortaya çıkması mümkün olabilir.

Ölen ortağın, tasfiye payı ya da ayrılma payı için ölüme bağlı tasarrufta bulunmasının önünde ise bir engel yoktur. Zira söz konusu unsurlar, terekenin aktifinde bulunarak mirasçılara intikal edecektir. Mirasbırakan özellikle vasiyet (*Vermächtnis*) yoluyla tasfiye payı alacağını mirasçılardan birine verilmesini öngörebilir. Bunun dışında, ölüme bağlı tasarrufta bir paylaşırma kuralı (*Teilungsvorschrift*) şeklinde de tasfiye veya ayrılma payı alacağını kime ait olacağı düzenlenebilir. Ancak mirasçılar oybirliğiyle yapacakları bir anlaşma ile mirasbırakanın paylaşırma kuralını bertaraf edebilirler.

¹⁶¹ Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-547, N. 49.

¹⁶² Handschin/Vonzun, ZK-OR, Art. 545-547, N. 49.

IV. MİRASÇILARIN ADI ORTAKLIKLA İLİŞKİLERİNİN MİRASIN PAYLAŞILMASINA ETKİSİ

A. Genel Olarak

Mirasın paylaşılması ile adi ortaklık ilişkisi arasında ilk bakışta doğrudan bir bağlantı görülmez. Ancak ortaklık sözleşmesindeki devam kayıtları ya da mirasçılarının ortaklığa devam edip etmemeye dair iradeleri, mirasın paylaşılmasına etki edebilecek hallerdir.

Ortağın ölümüyle birlikte ortaklığın tasfiye sürecine girdiği durumlarda, ölen ortağın mirasçılarının tasfiyeyi ve neticede ortaya çıkacak tasfiye payı alacağını talep etme hakları bulunmaktadır. Tasfiye payı alacağı, terekenin aktifinde yer alan bir unsur olarak paylaşma konusu olabilecek haklar grubunda yer almaktadır. Söz konusu alacağın gerek paylaşma davasına gerekse de mirasçılarının kendi aralarında yapacakları paylaşma sözleşmesine konu edilmesi mümkündür.

Adi ortaklık sözleşmesinde sağ kalan ortaklarla devam kaydının bulunduğu ya da ortağın ölümünden sonra yapılan sözleşme ile bu durumun ortaya çıktığı hallerde de benzer bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak burada tasfiyeden farklı olarak, ölen ortağın ayrılma payının hesaplanarak mirasçılara ödenmesi söz konusudur. Mirasçılar ayrılma payı alacağı hakkında paylaşma davası açabilecekleri gibi, bu alacağı konu edinen bir paylaşma sözleşmesi de yapabilirler.

Mirasçılarla devam kaydı bulunan hallerde ise kural olarak tasfiye ya da ayrılma payı gündeme gelmez. Zira bu durumda mirasçılar, miras ortaklığı olarak adi ortaklığa dâhil olmaktadır. Ortağın ölümü, ortaklığı kendiliğinden sona erdiren bir hal olmaktan çıkmıştır. Dolayısıyla, mirasçılarının tasfiye isteme hakları bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, mirasçılarının adi ortaklıkta kalmaya zorlanmaları düşünülemez. Mirasçılardan biri, birkaçı veya tamamı ortaklıktan çıkmak isteyebilir. Böyle bir ihtimalde, çıkmak isteyen mirasçılara ayrılma paylarının ödenmesi gerekecektir. Aynı durum, ortaklığın bazı mirasçılarla devam edeceğine dair kayıtlarda da karşımıza çıkmaktadır. Ortaklık sözleşmesindeki kayıt sebebiyle ortaklık dışında kalan mirasçılara, kendi miras payları oranında ayrılma payı ödenmelidir.

B. Tasfiye Payının veya Ayrılma Payının Paylaşma Sözleşmesine Konu Edilmesi

Mirasçılar terekede bulunan mal veya hakların kime ait olacağı konusunda kendi aralarında bir paylaşma sözleşmesi yapabilirler (TMK m.

676, ZGB Art. 634). Şu halde, terekede tasfiye payı alacağı ya da ayrılma payı alacağı bulunan hallerde, söz konusu alacaklar hakkında paylaşma sözleşmesi yapılması mümkündür.

Tasfiye payı ya da ayrılma payının tespit edildikten sonra paylaşma sözleşmesine konu edilmesi herhangi bir sorun teşkil etmez. Ancak bu tür bir paylaşma sözleşmesinin geçerli olması için adi yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Zira katılma payı veya ayrılma payı alacaklarının mirasçılardan birine tahsis edilmesi, esasen alacağın devrinden başka bir şey değildir¹⁶³. Alacağın devrinin geçerliliği ise, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK m. 184/1). Şu halde, mirasçılar terekede bulunan tasfiye payı ya da katılma payı alacaklarının içlerinden birine ait olmasını istiyorlarsa, adi yazılı bir paylaşma sözleşmesiyle bunu gerçekleştirebilirler. Paylaşma sözleşmesinde bütün mirasçıların veya yetkili temsilcilerinin imzalarının bulunması gerekmektedir¹⁶⁴. Bu şekilde paylaşma sözleşmesi tamamlandığı takdirde, terekede bulunan tasfiye payı veya ayrılma payı alacağı, sözleşme ile devredilen mirasçıya geçer. Alacağın ilgili mirasçıya geçmesi için başkaca bir işleme gerek yoktur. Zira alacağın devri, hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemidir (Verfügungsgeschäft)¹⁶⁵. Paylaşma sözleşmesi ile alacağı devralan mirasçı, söz konusu alacağın tahsili için gereken işlemleri tek başına yapabilecektir.

Mirasçıların henüz tasfiye payı ya da ayrılma payı tespit edilmeden de paylaşma sözleşmesi yapmaları mümkündür. Ancak böyle bir ihtimalde, mirasçıların muhtemel tasfiye payı ya da ayrılma payı alacağını sözleşmeye konu edip edemeyecekleri tereddüt oluşturabilir. Zira bu aşamada ortaya

¹⁶³ Çabri, s. 504.

¹⁶⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Taksim Sözleşmesi, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989, s. 76; Hayrunnisa Özdemir, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, 1. Bası, Yetkim Yayınları, Ankara, 2019, s. 212; Bilge Öztan, Miras Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 458.

¹⁶⁵ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1374; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 565; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 377; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 820; Andreas Von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 1974, s. 330; Peter Gauch/Walter Schlupep/Jörg Schmid/Heinz Rey/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, Zürich, 2008, N. 3408; Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1936, Art. 165, N. 11.

aktif bir malvarlığı değerinin çıkıp çıkmayacağı ya da bunun miktarı belirli değildir. Diğer bir ifadeyle, tasfiye ya da ayrılma paylarının hesabı neticesinde ortaya bir alacak çıkmayabilir. Kanaatimizce, bu durumda tasfiye payı veya ayrılma payı alacaklarının paylaşma sözleşmesine konu edilmesi geçerlidir. Henüz alacak belirli olmasa bile, paylaşma sözleşmesiyle müstakbel bir alacak mirasçılardan birine devredilmiş olacaktır. Alacağın devrinde müstakbel alacakların ve hatta devrin yapıldığı sırada henüz mevcut olmayan alacakların devredilmesi mümkündür¹⁶⁶. Öyleyse, henüz tespit edilmeyen tasfiye veya ayrılma payı alacakları da devredilebilecektir. Bununla birlikte, TMK m. 679/2 hükmüne göre paylaşma sözleşmesi gereğince bir alacağı devralan mirasçıya karşı diğer mirasçılar, söz konusu alacağın varlığını garanti etmiş olurlar¹⁶⁷. Kanun koyucu burada, alacağı devredenin garanti sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 191/2 hükmünden bir yönüyle ayrılmıştır. Bahsedilen hükme göre, alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredildiği takdirde, devreden alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir. Hâlbuki mirasın paylaşılması bakımından böyle bir ayrıma gidilmeksizin mirasçılarının sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Şu halde, sözleşme gereğince tasfiye payını ya da ayrılma payını devralan mirasçı, tasfiye sonucunda bu alacağı elde edemediği takdirde diğer mirasçılardan zararının giderilmesini talep edebilecektir.

Tasfiye payı ya da ayrılma payı mahkeme tarafından belirlendiği takdirde, ölen ortağın payı için mirasçılara ödenen meblağ, onlar arasında sözleşme ile paylaşılabilir. Böyle bir ihtimalde paylaşma sözleşmesinin adi yazılı olma zorunluluğu da yoktur. Terekede bulunan bir miktar para, yazılı paylaşma sözleşmesi olmaksızın elden paylaşılabilir.

C. Tasfiye Payının veya Ayrılma Payının Paylaşma Davasına Konu Edilmesi

Mirasçılar arasında anlaşma mümkün olmadığı takdirde, ölen ortağın tasfiye payı veya ayrılma payı bakımından paylaşma davası açılması gündeme gelecektir. Tasfiyenin tamamlandığı veya ayrılma payının ödendiği hallerde paylaşma davasının açılması bakımından bir tereddüt söz konusu değildir. Bu durumda mahkeme, terekede bulunan diğer mal veya haklar gibi, tasfiye payı veya ayrılma payını da tereke mevcuduna dâhil eder. Hatta yalnızca

¹⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 1375; Von Tuhr/Escher, s. 349; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 3421; Oser/Schönenberger, Art. 164, N. 4. Aksi görüşte: Oğuzman/Öz, C. II, s. 554-555.

¹⁶⁷ Kılıçoğlu, Taksim, s. 119; Öztan, s. 501; İmre/Erman, s. 576; Antalya/Sağlam, s. 534; Serozan/Engin, s. 610; İnan/Ertaş/Albaş, s. 609; Çabri, s. 570.

terekedeki tasfiye payı veya ayrılma payının paylaşılması için dava açılması da mümkündür¹⁶⁸. Burada asıl tereddüt oluşturan husus, mirasçıların henüz tasfiye işlemlerine başlanmadan ya da ayrılma payı hesaplanmadan bunların paylaşılması için dava açıp açamayacaklarıdır. Kanaatimizce bu aşamada paylaşma davası açılabilir, davanın görüldüğü mahkeme tasfiye işlemlerinin tamamlanmasını bekletici mesele yapmak durumundadır. Zira terekenin net malvarlığı, ortaklığın tasfiyesi veya ölen ortağın ayrılma payının belirlenmesi neticesinde ortaya çıkacaktır.

Mirasçıların ortaklığın tasfiyesi ya da ayrılma payının belirlenmesi talebiyle birlikte, belirlenen meblağın paylaşılmasını da isteyip isteyemeyecekleri sorusu akla gelebilir. Böyle bir talep usul ekonomisi ilkesi bakımından uygun gibi görünse de, yine usul hukuku çerçevesinde mümkün değildir. Zira adi ortaklığın tasfiyesine ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemesi görevlidir¹⁶⁹. Ölen ortağın ayrılma payının tespiti için açılacak dava bakımından da aynı husus geçerlidir. Terekede bulunan mal veya hakkın paylaşılması için açılacak davalarda ise sulh hukuk mahkemesi görevlidir (HMK m. 4/1-b). Öte yandan söz konusu davaların tarafları da birbirinden farklıdır. Dolayısıyla, tasfiye payının veya ayrılma payının tespiti için dava açıldıktan sonra, ayrıca bunun paylaşılması için dava açmak gerekecektir.

SONUÇ

Kişi ortaklıklarının bir türü olan adi ortaklık, kural olarak ortaklardan birinin ölümü anında kendiliğinden sona erer. Ancak ortaklığın sona ermesi, ortaklık ilişkisinin birdenbire yok olması anlamına gelmez. Ortaklığın amacı tasfiye amacına dönüşür ve süreç tamamlanana kadar bu amaçla sınırlı olarak varlığını devam ettirir. Ölen ortağın mirasçıları, miras ortaklığı halinde tasfiye ortaklığına girerler. Tasfiye sonucunda elde edilen kazanç ortaklar arasında dağıtılır ve ölen ortağın payına düşen kısım da onun terekesinin bir parçası olarak mirasçılarına intikal eder. Benzer bir durum, ortaklığın zarar etmesi halinde de karşımıza çıkar. Diğer bir deyişle, ortaklığın zararından ölen

¹⁶⁸ Terekede bulunan bazı mallar için paylaşma davası açılıp açılmayacağı hakkında bkz: Mehmet Serkan Ergüne, “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 1063 vd.

¹⁶⁹ “*Adi ortaklık sözleşmesi; iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmeler olup, (TBK. 620/1 md.) bu sözleşme türü Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu nedenle, adi ortaklığın feshi ve tasfiyesine ilişkin davalara bakma görevi de genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemelerine aittir*”. Yarg. 3. HD, E. 2016/3445, K. 2017/14215, T. 19.10.2017.

ortağın payına düşen kısım terekenin pasifinde yer alır.

Ortaklardan birinin ölmesiyle birlikte ortaklığın tasfiyeye girmesi, bazı durumlarda istenmeyen bir sonuç olabilir. Özellikle uzun süreli olarak faaliyet göstermek üzere kurulmuş olan ortaklıklarda, ortağın ölümünün bu durumu akamete uğratması arzu edilmez. Öyleyse, ortaklardan birinin ölümünün adi ortaklığı sona erdiren bir sebep olmaktan çıkarılması gerekmektedir. Bunun için de ortaklık sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşmede, ortaklardan birinin ölümünden sonra da ortaklığın devam edeceğinin kararlaştırılması gerekmektedir. Kısaca “devam kaydı” olarak ifade edilen bu kayıt, içerik olarak farklı şekillerde tasarlanabilir. Ölen ortağın bütün mirasçıları ile veya sadece bir ya da birkaç mirasçısı ile adi ortaklığın sürdürülmesi öngörülebilir. Bunun dışında, mirasçıların aradan çıkarılarak ortaklığın yalnızca sağ kalan ortaklarla devam etmesi de bir başka seçenektir. Bunlarla beraber, ölen ortağın mirasçılarına ortaklığa girip girmeme konusunda bir seçim hakkı tanınması da mümkündür. Bahsedilen bu ihtimallerden en sorunsuz olanı, ortaklığın sağ kalan ortaklarla devamına karar verilmesidir. Zira bu ihtimalde, mirasçıların bir bütün olarak miras ortaklığı halinde adi ortaklığa girmelerinin yaratacağı bir dizi sorunun önüne geçilmiş olunacaktır. Ancak bu seçeneğin uygulanması tamamen sakıncasız da değildir. Sözleşmedeki kayıt gereğince adi ortaklık dışında kalan mirasçılara ölen ortağın ayrılma payının ödenmesi gerekecektir. Ortaklığın mali bakımdan iyi durumda olmaması halinde söz konusu ayrılma payını ifa borcu, ortaklığın devamının zorlaşmasına ve neticede feshedilmesine sebep olabilir.

Ortakların ölümden sonra ortaklığın akıbeti hakkında sözleşmeye bir kayıt koymamaları halinde, kural olarak ortaklığın tasfiye edilmesi gerekecektir. Fakat yine de ortaklığın devamını sağlamak için sağ kalan ortaklarla mirasçıların anlaşmaya varmaları mümkündür. Bu noktada özellikle ortaklığın işlerinin mirasçılar ve sağ kalan ortaklar tarafından devam ettirilmesi önem taşımaktadır. Zira böyle bir durum, ortaklığın devamına yönelik örtülü de olsa bir sözleşmenin varlığına delil teşkil edebilir.

KAYNAKÇA

- Aksu S, *Adi Ortaklığın Sona Erme Sebepleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.
- Antalya O.G/Sağlam İ, *Miras Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Ayar A, *Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler*, 1. Baskı, İstanbul, 2019.
- Aygun M.A, *Adi Ortaklığın Sona Ermesi ve Tasfiyesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2019.
- Barlas N, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Bornhauser P.R, “Gesamteigentum und einfache Gesellschaft: Vorrang sachenrechtlicher Bestimmungen bei der Liquidation”, *Aktuelle Juristische Praxis*, 2014, Dike Verlag AG, ss. 649-653.
- Casutt A, *OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016.
- Christ B.F, *SHK - Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR)*, Stämpfli Verlag AG, 2015.
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi, Cilt-III*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Domaniç H, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt I*, İstanbul, 1988.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Ergüne M.S, “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, ss. 1063-1085.
- Fellmann W/Müller K, *BK - Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/8, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Stämpfli Verlag AG, 2006.

- Gauch P/Schluep W/Schmid J/Rey H/Emmenegger S, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Schulthess Verlag, Zürich, 2008.
- Girgin Ö.A, Adi Ortaklıkta Temsil ve Borçlardan Sorumluluk, 1. Baskı, İstanbul, 2017.
- Handschin L, “Die Auflösung der einfachen Gesellschaft”, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, ss. 215-254.
- Handschin L/Chou H.L, ZK - Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Die Kollektivgesellschaft, Die Kommanditgesellschaft, Art. 552-619 OR, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2009.
- Handschin L/Vonzun R, ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/4a, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2009.
- Hatemi H/Gökyayla E, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Herren D, SHK - Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015.
- İmre Z/Erman H, Miras Hukuku, 13. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- İnan A.N/Ertay Ş/Albaş H, Miras Hukuku, 10. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Jörg F.S, SHK - Stämpfli Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015.
- Jung P, “Die Regelung der Nachfolge beim Tod eines Personengesellschafters – Zum notwendigen Zusammenspiel von Erbrecht und Gesellschaftsrecht”, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Stämpfli Verlag AG, 2017, ss. 172-217.
- Jung P, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft -Vergütungsverordnung, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Karayalçın Y, Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1973.

- Kılıçoğlu A.M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Kılıçoğlu A.M, Miras Taksim Sözleşmesi, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989.
- Krauskopf F/ Girón S, SHK - Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015.
- Maraşlı Dinç Y, Miras Hukukunda Külli Halefiyet İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2020.
- Müller K, OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2016
- Narin R, Adi Şirketin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Oğuzman K/Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Oser H/Schönenberger W, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1936.
- Özdemir H, Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, 1. Bası, Yetkim Yayınları, Ankara, 2019.
- Özenli S, Uygulamada Adi Ortaklık ve Neden Olduğu Davalar, 1. Bası, Ankara, 1988.
- Öztan B, Miras Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Peksöz V, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul, 2020.
- Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Schütz J.G, SHK - Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015.
- Serozan R, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölümüne Bağlı Kazandırma, 1. Bası, İstanbul, 1979.
- Serozan R/Engin B.İ, Miras Hukuku, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

- Steininger T.A, SHK - Stämpflis Handkommentar, Personengesellschaftsrecht (Art. 530-619 OR), Stämpfli Verlag AG, 2015.
- Strittmatter R, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Şener O.H, Adi Ortaklık, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Thouvenin F, Der Kooperationsvertrag, Kooperationen im Grenzbereich von Vertrags- und Gesellschaftsrecht, Stämpfli Verlag AG, 2017.
- Truniger C, Präjudizienbuch OR, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- Türkmen E, Adi Ortaklıkta Çıkma ve Çıkarılma, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Ulmer P/Schäfer C, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, C.H.Beck Verlag, 2021.
- Ulusoy E, “Adi Ortaklığın Tasfiyesi ve Mahkemelerin Görevi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, S. I, 2015, ss. 879-904.
- Ünal A, Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Von Tuhr A/Escher A, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 1974.
- Vonzun R, “Die einfache Gesellschaft im Zivilprozess – ausgewählte Fragen”, Theorie und Praxis des Unternehmensrechts Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Schulthess Juristische Medien AG, 2020, ss. 751-765.
- Wolf S, “Erb- und (immobiliar)sachenrechtliche Aspekte der einfachen Gesellschaft, insbesondere im Zusammenhang mit personellen Wechseln im Bestand der Gesellschafter”, Güter- und erbrechtliche Fragen zur einfachen Gesellschaft und zum bäuerlichen Bodenrecht, Stämpfli Verlag AG, 2005, ss. 47-97.
- Yavuz C/Acar F/Özen B, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2014.
- Yıldırım A.H, “Adi Ortaklıkta Ortakların Denetleme Hakkı (TBK 631)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2011, ss. 195-216.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

**ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİNİN HUKUKİ MAHİYETİ,
MASAK'IN ROLÜ,
SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİ
AKLAMA SUÇU
ÜZERİNE HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER**

İzzet ÖZGENÇ*

Öz

Hukuk Devletinde, suç işlemek, ekonomik kazanç elde etme yolu olarak görülemez. Keza, suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen kazanç, kişinin yanında kâr olarak kalmaz. İlke bu olmakla birlikte, ekonomik düzenin işleyişinde ceza muhakemesi hukuku tedbirlerine mümkün olduğunca az başvurmak gerekir. Bunun yerine, önleyici tedbir olarak, ekonomik hayatın ve finans sisteminin işleyişini mümkün olduğunca devletin gözetim ve denetimi altında tutmak gerekir. Bu gözetim ve denetim faaliyetinin etkinliği bakımından kayıtlı ekonomiye geçiş, büyük önem taşımaktadır. Ayrıca belirtilmelidir ki, iktisadi faaliyetler bakımından kontrolsüz alanların varlığının, bu denetim ve gözetim faaliyetinin etkisizleştirilmesi sonucunu doğurması muhakkaktır. Bu gözetim ve denetim faaliyetinin icrasında, güven ve kontrol dengesini muhafaza etmek gerekir. Bu denge sağlanabildiği ölçüde, ekonomik çıkar amacıyla suç işlenmesi azalmış olur.

Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK), ekonomik çıkar amacıyla suç işlenmesinin önlenmesine yönelik gözetim ve denetim fonksiyonu icra etmekle görevlidir.

Bu görevin yerine getirilmesi bakımından, şüpheli işlem bildiriminin büyük bir önemi bulunmaktadır.

Bu çalışmada, şüpheli işlem bildiriminin hukuki mahiyetine, şüpheli işlem bildirimini ile suçu bildirme yükümlülüğü arasındaki ilişki ve farklara, şüpheli işlem bildirimini üzerine MASAK'ın yapması gereken iş ve işlemlere ve keza suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçuna ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Şüpheli işlem bildirimini, suçu bildirme yükümlülüğü, suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri, öncül suç, aklama fiilleri.*

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD/ ANKARA, e-posta: oezgenc@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1805-8572

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979160

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 21/06/2021

LEGAL EVALUATIONS ON THE LEGAL NATURE OF THE SUSPICIOUS TRANSACTION REPORTING, THE ROLE OF MASAK AND THE CRIME OF LAUNDERING THE PROCEEDS OF CRIME

ABSTRACT

In the State governed by the Rule of Law, committing a crime cannot be considered as a way of obtaining economic gain. Likewise, a person cannot get away with the gain obtained by committing a crime or in consequence of a crime. Although this is the principle, it is necessary to resort to criminal procedure law measures as little as possible in the functioning of the economic order. Instead, as a preventive measure, it is necessary to keep the functioning of the economic life and financial system under the supervision and control of the state as much as possible. The transition to the formal economy is of great importance for the effectiveness of such monitoring and controlling activities. Moreover, it is beyond doubt that the existence of uncontrolled areas in financial activities will result in the ineffectiveness of such controlling and monitoring activities. It is necessary to strike a balance between trust and control in the execution of this monitoring and controlling activities. To the extent that such balance can be achieved, economic profit driven crimes will be reduced.

The Financial Crimes Investigation Board (MASAK) is in charge of carrying out the monitoring and controlling function for the prevention of economic profit driven crimes.

Suspicious transaction reporting is of great importance for the fulfillment of such task.

In this study, the legal nature of the suspicious transaction reporting, the relationship and differences between the suspicious transaction reporting and the obligation to report a crime, the actions, and transactions that MASAK is required take on suspicious transaction reporting, and also the crime of laundering the proceeds of crime are explained.

Keywords: *Suspicious transaction reporting, obligation to report a crime, proceeds of crime, predicate crime, laundering acts.*

Giriş:

Ceza hukuku yaptırımlarına ekonomik düzenin işleyişi bakımından son çare olarak başvurmak gerekir. Bir toplumda ekonomik çıkar amacıyla suç işlenmesinin mümkün olduğunca azaltılabilmesi için, devletin gözetim ve denetim faaliyetini etkinleştirmek gerekir. Ancak, bu gözetim ve denetim faaliyetinin icrasının, ekonomik hayatta ve finans sisteminin işleyişinde engelleme etkisi oluşturmaması ve hatta bu yönde bir algıya sebebiyet

vermemesi gerekir.

Bu gözetim ve denetim faaliyeti çerçevesinde, ekonomik düzenin ve finans sisteminin işleyişiyle ilgili kuralların kötüye kullanılması suretiyle suç işlenmesinin önüne geçecek tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK), esasında, düzenleyici otoriteler olarak Sermaye Piyasası Kurumu ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu gibi, ekonomik çıkar amacıyla suç işlenmesinin önlenmesine yönelik gözetim ve denetim fonksiyonu icra etmekle görevlidir. Bu görevin etkin bir şekilde yerine getirilmesi, ekonomik çıkar amacıyla suç işlenmesinin önlenmesini ve dolayısıyla, ekonomi ve finans sistemindeki istikrarın korunmasını sağlar.

Bu fonksiyonun layıkıyla yerine getirilip getirilmediğinin denetlenebilmesi için, örneğin yıllar itibarıyla şüpheli işlem bildirim sayılarına, şüpheli işlem olarak bildirilen finans hareketleriyle ilgili olarak MASAK tarafından ne ölçüde denetim yapıldığına, bu işlemlerden ne kadarıyla ilgili olarak suç duyurusunda bulunulduğuna, suç duyurusuna konu edilen işlemlerden ne kadarıyla ilgili olarak kamu davası açıldığına ve mahkumiyet hükmü verildiğine dair istatistiki bilgilere bir bütün olarak ihtiyaç bulunmaktadır. Bu istatistiki bilgiler, bir bütün olarak kamuyla ve özellikle akademik camiayla paylaşılmadığı sürece, söz konusu Kurulun efektif bir denetim faaliyeti icra ettiğinden bahsedilemez.

Bu önemli eksikliğe işaret ettikten sonra, çalışmamızda, şüpheli işlem bildiriminin hukuki mahiyeti, suçu bildirme yükümlülüğü ile ilişkisi ve aralarındaki farklar, MASAK'ın adli soruşturma ve kovuşturma sürecindeki rolü ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçuna ilişkin hukuki değerlendirmelerde bulunulacaktır.

§ 1. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMİ VE HUKUKÎ MAHİYETİ

Şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğünün varlığı için, işleme konusu malvarlığı değerinin bir suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edildiği hususunda kesin bir bilgi sahibi olmaya gerek bulunmamaktadır.¹

¹ DEĞİRMENCİ, Olgun: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu)*, Ankara, 2007, sh. 247; ÇAKIR, Kerim: *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, Ankara, Temmuz 2016, sh. 72.

Bu yönü itibarıyla şüpheli işlem bildirimini, suçu bildirme yükümlülüğünden ayrılmaktadır. Zira, suçu bildirme yükümlülüğünden söz edebilmemiz için, bildirilmesi ihmal edilen suçun işlendiği konusunda kesin bilgi sahibi olmak gerekir, yani bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

Şüpheli işlem bildiriminin konusu, belirli bir malvarlığı değerine ilişkin işlemidir. Burada söz konusu olan şüphe, ceza muhakemesi hukukundaki suç şüphesini ifade etmemektedir. Bu bildirim konusu, örneğin belirli bir miktarın üzerindeki parasal işlemler olabilir. Keza, örneğin işlemin kimliği belli olmayan bir başkası hesabına yapıldığı izlenimi oluşturan para transferi; gayrimenkul mülkiyet devirlerinde, üzerine mülkiyetin intikal ettirildiği kişinin “saman adam” olduğu izleniminin bulunması; bu bildirim yükümlülüğünün doğmasına sebebiyet verir.

Buradaki şüphelilikten maksat, işlemin tesisindeki amaç ve ilişkiler bakımından gerçeklikle bağdaşmayan bir durumun olmasıdır. Bu şüpheliliğin, mutlaka bir suç olgusuna ilişkin olması gerekmemektedir.² Dikkat edilmelidir ki, şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü altında olan kişi, bu işlemi tesis eden, bu işlemin tesisine katkıda bulunan kişidir. Keza, şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü altında olan kişi, işlemin tesisindeki amaç ve ilişkiler bakımından gerçeklikle bağdaşmadığı konusundaki şüpheli duruma rağmen, kural olarak, işlemi tesis etmektedir; örneğin para transferini gerçekleştirmekte, hesaba para yatırılmasını kabul etmektedir.

11.10.2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanuna göre, bildirim yükümlülüğünün dayanağını, işlem konusu malvarlığı değerinin “*yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair*” şüphe oluşturmaktadır (m. 4, f. 1).³

Bu itibarla, şüpheli işlem bildirimine ilişkin yükümlülük, işlem konusu malvarlığı değerinin kaynağının mutlaka suç olması gerekmemektedir. Elbette ki işlem konusu malvarlığı değerinin suçtan elde edildiği konusunda kesin bilgi olmasa bile salt şüphenin varlığı halinde, şüpheli işlem bildiriminde bulunulması gerekmektedir. Keza, işlem konusu malvarlığı değerinin

² *Değirmenci*, bu bildirim yükümlülüğünü, işlem konusu malvarlığı değerinin “*suç geliri olduğu yönünde oluşan kanaat*”e, “*suç geliri olduğu şüphesine*”, “*yasadışı olduğu konusunda makul bir şüphenin bulunmasına*” dayandırmaktadır: DEĞİRMENCİ, sh. 247, 248, 254.

³ Aynı şekilde, 10.12.2007 tarihli ve 2007/13012 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul edilmiş olan “*Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik*”, m. 27, f. 1.

suçtan elde edilmese bile, kayıt dışı ekonomik faaliyetten elde edildiği ve vergilendirmeye tabi tutulmamış olduğu hususunda şüpheli sebebinin varlığı halinde, şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğü doğar. Örneğin kişinin sosyal ve ekonomik durumuyla telifi kabil olmayan çok yüksek miktarda çek bedeline sahip hamiline çeki bankaya ibraz ederek karşılığını tahsil etmeye çalışması halinde, bir şüpheli işlem durumunun mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.⁴

Yine, hukuka uygun yolla elde edilmiş olmakla birlikte, yani kaynağı meşru olmakla birlikte, bir malvarlığı değerinin “yasa dışı amaçla”, örneğin sermayenin yurt dışına kaçırılması amacıyla, vergi borcunun yerine getirilmemesi amacıyla işleme tabi tutulmak istendiği hususunda şüpheli sebebinin varlığı halinde, şüpheli işlem bildiriminde bulunma yükümlülüğünü doğar.

Oysa suçu bildirme yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda, suçu bildirmekle yükümlü olan kişi, bildirim konusu suçun işlendiğini bilmektedir ve bu suçun işlenişine, bu suçu oluşturan fiilin icrasına herhangi bir şekilde katkıda bulunmamaktadır.

Örneğin rüşvet olarak alındığını, zimmete geçirildiğini, irtikap edildiğini, kaçakçılıktan, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretinden elde edildiğini bildiği bir paranın yurt dışındaki bir banka hesabına transfer işlemini gerçekleştiren banka görevlisi, şüpheli işlem bildiriminde bulunmamaktan dolayı değil, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan (TCK, m. 282) dolayı sorumlu tutulur.

Buna karşılık, herhangi bir suçluluk olgusuyla ilişkisinin kurmak yönünde bir delil olmamakla birlikte, kişinin sosyal ve ekonomik durumu itibarıyla kendisine ait olmadığı açıkça anlaşılabilen bir parasal miktarı, yurt dışında başka bir şahsın banka hesabına transfer işlemini gerçekleştirmesi durumunda, bu işlemle ilgili olarak şüpheli işlem bildiriminde bulunulması gerekmektedir.

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet/YURTLU, Fatih: “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme”, “An Evaluation of the Possible Issues in Theory and Practice within the Context of the Crime of Maney Laundering”, in: 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler / 5th Turkish-Korean Criminal Law Days, International Symposium on Economic Crimes in Comparative Law, Presentations, Cilt/Volume I, Ankara, 2020, Editörler/Editors: İzzet Özgenç-Cumhur Şahin-Faruk Turhan, sh. 447 vd., 471 vd.

Bu bildirimde bulunulmaması, suç değil, kabahat oluşturmaktadır.⁵ Suçu bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ise, Türk Ceza Kanununda suç olarak tanımlanmıştır (m. 278, 279, 280).

Şüpheli işlem bildirimini, münhasıran **Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığına** (MASAK'a) yapılabilir.⁶ Buna karşılık, suçla ilgili bildirim, kural olarak "Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluk makamlarına" yapılabilir (CMK, m. 158).

Ezcümle, şüpheli işlem bildirimini ile suçu bildirme yükümlülüğü, koşulları itibarıyla birbirinden önemli farklılıklar taşımaktadır. Bu itibarla, örneğin şüpheli işlem bildiriminde bulunulması, suçu bildirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Buna karşılık, suçu bildirme yükümlülüğünün söz konusu olduğu bir durumda, şayet ilgili mercilere suç duyurusunda bulunulmuş ise, ayrıca şüpheli işlem bildiriminde bulunulmasına artık gerek bulunmamaktadır.

Ş 2. MALİ SUÇLARI ARAŞTIRMA KURULU BAŞKANLIĞININ (MASAK'IN) ROLÜ

Şüpheli işlem bildirimini üzerine Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK) tarafından icra edilen faaliyet, bir araştırma ve inceleme faaliyetidir.⁷ Bu bildirim, bir soruşturma faaliyetini başlatmaz. Bu bildirim üzerine MASAK tarafından yapılan (daha doğrusu, yapılması gereken) araştırma ve inceleme faaliyeti sonucunda bir suçun işlendiği konusunda şüphenin ortaya çıkması halinde, durum bir rapora bağlanarak ilgili Cumhuriyet başsavcılığına bildirimde bulunulması gerekmektedir.⁸ MASAK tarafından ilgili Cumhuriyet başsavcılığına yapılan bildirim üzerine soruşturma süreci başlamaktadır. Bu bildirim öncesinde MASAK tarafından yapılan işlemler, soruşturma işlemleri değildir.

Cumhuriyet savcısı tarafından başlatılan soruşturma sürecinde, MASAK, soruşturma yapan **Cumhuriyet savcısına** "Suçtan kaynaklanan malvarlığı

⁵ Bu bildirim yükümlülüğünün ihlali, **idari para cezasını** gerektiren bir **kabahat** olarak tanımlanmıştır. Bu idari para cezasına karar verme hususunda Malî Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) Başkanlığı yetkili kılınmıştır (5549 s. K, m. 13, f. 1).

⁶ 11.10.2006 tarihli ve 5549 sayılı *Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun*, m. 4; *Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik*, m. 27.

⁷ Bila tarihli ve 1 sayılı "**Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**" (RG: 10 Temmuz 2018/30474), m. 231, f. 1, bent ç.

⁸ 1 sayılı *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, m. 231, f. 1, bent f.

*değerlerini aklama*⁹ ve “*Terörizmin finansmanı*”¹⁰ suçlarının araştırılması ve tespitine yönelik olarak **yardımcı olmakla** görevlendirilmiştir.¹¹ Bu yönü itibarıyla, MASAK’a, söz konusu suçlara ilişkin soruşturma bağlamında kanaatimizce bir nevi **adlî kolluk görevi** verilmiştir. Ancak, **MASAK’a kurumsal bilirkişilik görevi verilmemiştir**. Başka bir ifadeyle, **MASAK’ın resmî bilirkişilik görevi bulunmamaktadır**.^{12, 13}

MASAK’ın idari yapı içindeki konumu da, bilirkişilik yapmasına müsait değildir. Zira, MASAK, **doğrudan** Hazine ve Maliye **Bakanına bağlı** bir idari birim olarak kurulmuştur.¹⁴ Kaldı ki, MASAK, bu araştırma ve inceleme faaliyetini “**denetim elemanı**” sıfatıyla, çeşitli bakanlıklarda ve sair kamu kurumlarında görev yapan kişilere yaptırmaktadır.¹⁵ Dikkat edilmelidir ki, Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma sürecinde gerekli araştırma ve inceleme faaliyetini icra etmek için MASAK’tan talepte bulunulması halinde,

⁹ TCK, m. 282.

¹⁰ 7.2.2013 tarihli ve 6415 sayılı *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun*, m. 4.

¹¹ 1 sayılı *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, m. 231, f. 1, bent g; 3.7.2007 tarihli ve 2007/12454 sayılı *Bakanlar Kurulu Kararı* ile kabul edilen “*Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmelik*”, m. 5.

¹² Ancak, Yargıtay’ın bir kararında MASAK’a “kurumsal bilirkişilik” fonksiyonu izafe eden ifadelere yer verilmiştir: Yargıtay 7. CD, 3.5.2010, E. 2007/2594, K. 2010/7577.

¹³ İşaret etmek gerekir ki, CMK, m. 128’de 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, söz konusu maddenin birinci fıkrasına, bu fıkra da sayılan taşınmazlara, hak ve alacaklara ilişkin olarak “*elkoyma kararı alınabilmesi için ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır*” hükmü eklenmiştir. Bu hükmün amacı, 17 ve 25 Aralık 2013 tarihlerinde yapılan malum yolsuzluk operasyonlarını etkisiz kılmaktır. Bu amaç da en azından şimdilik gerçekleşmiş bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, taşınmazlara hak ve alacaklara elkoymaya ilişkin 128. madde hükümlerinin uygulanabilirliğini tamamen ortadan kaldıran bu hükmün, söz konusu operasyonlar dışında, uygulamada dikkate alındığına dair bir örnekle karşılaşılmamıştır. Bir varsayım olarak, CMK, m. 128 hükümlerine istinaden taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma bakımından belirtilen kumlardan rapor alınmış olsa bile, bu rapor, mahiyet itibarıyla bilirkişi raporu değildir.

¹⁴ 1 sayılı *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, m. 231, f. 1.

¹⁵ 1 sayılı *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, m. 231, f. 3. MASAK’ın, bu faaliyetlerin icrası bağlamında istihdam ettiği kişilere “**Denetim elemanı**” denmektedir.

“**Denetim elemanı:** *Vergi Müfettişleri, Gümrük ve Ticaret Müfettişleri, Bankalar Yeminli Murakıpları, Hazine Kontrolörleri, Sigorta Denetleme Uzman ve Aktüerleri, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Sermaye Piyasası Kurulu Uzmanlarını, ... ifade eder.*” (*Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik*, m. 3, f.1, bent d; *Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmelik*, m. 3, f. 1, bent f).

görevlendirilecek “denetim elemanını” belirleme yetkisi, Hazine ve Maliye Bakanına verilmiştir.^{16, 17, 18} Bu özellikleri itibarıyla MASAK'ın tarafsız bir kurum olarak bilirkişilik görevi yapmasına hukuken imkan bulunmamaktadır.

Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının talebi üzerine MASAK tarafından yapılan inceleme sonucunda düzenlenen rapor bir **bilirkişi raporu mahiyeti taşımamaktadır**. Söz konusu Rapor, bir “**İnceleme Raporu**”dur.¹⁹ Zira, **söz konusu Raporu hazırlayan denetim elemanları Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63 ve devamı maddeleri hükümlerinde belirlenen esas ve usullere göre bilirkişi olarak görevlendirilmiş değildir**.

Her ne kadar 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde MASAK'ın araştırma ve inceleme yapma yetkisi, “*Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama*”²⁰ ve “*Terörizmin finansmanı*”²¹ suçları ile sınırlı tutulmuş ise de; *Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelikteki düzenlemeler* itibarıyla bu inceleme alanının söz konusu suçlarla sınırlı olmadığı anlaşılmakta olup; örneğin TCK'da tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, dolandırıcılık, hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçlarının, Sermaye Piyasası Kanununda tanımlanan piyasa dolandırıcılığı ve örtülü kazanç aktarımı suçlarının ve Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan kaçakçılık suçlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün bulunmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, MASAK tarafından düzenlenen raporlarda, bir

¹⁶ 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 231, f. 3.

¹⁷ “Başkanlık, aklama suçunun araştırılması ve incelenmesi ile yükümlülük denetimi görevlerini, **denetim elemanları** arasından Başkanın talebi üzerine ilgili birim amirinin teklifi ve bağlı veya ilgili buldukları bakanın onayı ile belirlenerek Başkanlık emrinde üç yıla kadar geçici süreyle görevlendirilen denetim elemanları vasıtasıyla da yerine getirebilir. Bu süre aynı usul ve esaslar dahilinde üç yıla kadar daha uzatılabilir. Başkanlık emrinde görevlendirilen denetim elemanlarına görev süresi boyunca 25 inci madde uyarınca süre sınırlamasına tabi olmaksızın ek ödeme yapılır.” (5549 s. “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”, Ek madde 1).

¹⁸ “Görevlendirilecek hazine ve maliye uzmanları ve uzman yardımcıları ile denetim elemanları **görevlendirme konusuna giren hususlarda bilgi ve belge istemeye, araştırma ve inceleme yapmaya, uygulamayı takip ve denetlemeye, bu maksatla her türlü evrakın tetkikine yetkili olup ayrıca kanunların kendilerine verdiği yetkileri de kullanırlar.**” (1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 231, f. 4).

¹⁹ “Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmelik”, m. 8, f. 4.

²⁰ TCK, m. 282.

²¹ 7.2.2013 tarihli ve 6415 sayılı *Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun*, m. 4.

suç olgusu açıklığa kavuşturulmaktan ziyade, özellikle banka hesaplarındaki para hareketliliğinin şüpheliliği üzerinde durulmaktadır. Başka bir ifadeyle, MASAK raporları, bir suç olgusunu açıklığa kavuşturmaya yönelik içerikten yoksun bulunmaktadır. Bunun en önemli sebebi, MASAK adına düzenlenen raporlarda, örneğin bir şirketle ilgili defter ve kayıtlar incelenmeden sadece banka hesap hareketlerinin incelenmesiyle yetinilmesidir. Oysa, MASAK adına araştırma ve inceleme faaliyeti icra eden “denetim elemanı”nın bu faaliyet çerçevesinde talep edeceği her türlü bilgi ve belgenin verilmesi yükümlülüğü mevcuttur.²²

Kurumsal bilirkişilikte, hâkim veya Cumhuriyet savcısı, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir durumun mevcudiyeti halinde, bilirkişilik yapacak kişi veya kişileri tayin etmemektedir; dosyayı kanunla kurumsal bilirkişilik görevi tevdi edilen kuruma göndermektedir. Mevzuatımızda halen, sadece **Adli Tıp Kurumuna** kurumsal bilirkişilik görevi tevdi edilmiştir.^{23, 24}

Bila tarihli ve 4 sayılı “*Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar*

²² 5549 s. Kanunun “**Bilgi ve belge verme**” başlıklı 7. maddesine göre;

“(1) Kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar, Başkanlık ve denetim elemanları tarafından istenilecek her türlü bilgi, belge ve bunlara ilişkin her türlü ortamdaki kayıtları, bu kayıtlara erişimi sağlamak veya okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri tam ve doğru olarak vermek ve gerekli kolaylığı sağlamakla yükümlüdür.

(2) Yukarıdaki fıkraya göre talepte bulunulanlar savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, özel kanunlarda yazılı hükümleri ileri sürerek bilgi ve belge vermekten kaçınamazlar.”

Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmış olmakla; “ihlâl eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” (5549 s. Kanun, m. 14, f. 1). Hatta, “Bu suç dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.” (5549 s. Kanun, m. 14, f. 2).

²³ Ancak belirtmek gerekir ki, CMK’da “*Para ve Devlet tarafından çıkarılan tahvil ve Hazine bonusu gibi değerler üzerinde işlenen sahtecilik suçlarında, elkonulan para ve değerlerin hepsi, bunların asıllarını tedavüle çıkaran kurumların merkez veya taşra birimlerine inceltirilir*” hükmüne yer verilmiştir (m. 73). Bu hüküm dolayısıyla örneğin parada sahtecilik suçları bağlamında **Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası** da resmi bilirkişilik vazifesi ifa etmektedir.

²⁴ Keza, **Yüksek Sağlık Şûrası**, 1219 sayılı *Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun* 75’inci maddesi hükmü gereğince, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan suçlarla ilgili olarak **resmî bilirkişi** olarak belirlenmişti. Resmî bilirkişilik sadece ceza davaları bakımından söz konusu olup, hukuk davalarında **Yüksek Sağlık Şûrası**ndan görüş alma zorunluluğu bulunmamaktaydı. Ancak, 1219 sayılı Kanunun söz konusu hükmü, *Anayasa Mahkemesi*nin 3/6/2010 tarihli ve E. 2009/69, K. 2010/79 sayılı kararı (RG: 22.10.2010) ile **iptal** edilmiştir.

ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"²⁵,²⁶ ile Adli Tıp Kurumunun görevleri yeniden tanımlanmıştır:

“Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, ... üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu kurulmuştur.” (m. 2, f. 1).

Kurumun görevleri arasında **“Mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar ile Kurumun uygun gördüğü alanlarda kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek”** sayılmıştır.²⁷

Esasında bilirkişinin tarafsızlığı ilkesi (CMK, m. 69, f. 1) ve Adli Tıp Kurumunun mevcut idari yapısı itibarıyla, bu Kurum bünyesinde bilirkişilik görevinin yapılması, hukuken sorunludur. Zira, Adli Tıp Kurumu, **“Adalet Bakanlığına bağlı”** bir kurumdur.²⁸,²⁹

Yukarıda açıkladığımız gibi, *“Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama”* ve *“Terörizmin finansmanı”* suçları ile ilgili olarak yapılan soruşturmada MASAK, **Cumhuriyet savcısına** söz konusu suçların araştırılması ve tespitinde **yardımcı olmakla** görevlendirilmiştir.³⁰ Bu itibarla MASAK, söz konusu suçlara ilişkin soruşturma sürecinde süjelik vasfını haiz değildir. Keza MASAK, söz konusu suçların işlendiği iddiasıyla açılan **kamu davasına katılma yetkisini haiz değildir.**

Her ne kadar 5549 s. Kanunda,

“Aklama ve terörün finansmanı suçundan dolayı yapılan soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veya düzenlenen iddianame, kovuşturma sonucunda verilen hüküm ve bu Kanunun 17 nci maddesine göre verilen elkoyma kararının bir örneği

²⁵ RG: 15 Temmuz 2018/30479.

²⁶ 2.7.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK ile (m. 61), 14.4.1982 tarihli ve 2659 sayılı *Adli Tıp Kurumu Kanunu*'nun adı *“Adli Tıp Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun”* olarak değiştirilmiş ve çoğu hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁷ 4 sayılı *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, m. 3, f. 1, bent a.

²⁸ 4 sayılı *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, m. 2, f. 1.

²⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, Adli Tıp Kurumu bünyesinde “bilirkişi” olarak görev yapan kişilere CMK, m. 62, f. 1 yollamasıyla, m. 54 hükümlerine göre yemin verdirilmemektedir. Bunun hukuki bakımdan bir sorun oluşturduğunu düşünmekteyiz.

³⁰ 1 sayılı *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, m. 231, f. 1, bent g; 3.7.2007 tarihli ve 2007/12454 sayılı *Bakanlar Kurulu Kararı* ile kabul edilen *“Aklama Suçu İncelemesi Hakkında Yönetmelik”*, m. 5.

izleyen ayın sonuna kadar ilgili Cumhuriyet savcılıkları ve mahkemelerce Başkanlığa gönderilir.”

hükümü yer almakta (m. 18) ise de, bu hüküm, söz konusu suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda MASAK'ın süjelik vasfını kazanmasına imkan vermemektedir.

Söz konusu suçların işlenmesiyle Devletin ekonomik bakımdan bir zarar görmesi de gerekmemektedir. Bu itibarla, söz konusu suçların işlendiği iddiasıyla açılan bir kamu davasına Hazine ve Maliye Bakanlığının suçtan zarar gören sıfatıyla katılmasına kural olarak karar verilemez. Ancak, örneğin kamuya ait olan bir malvarlığı değerinin, paranın zimmete geçirilmesi ve zimmete geçirildikten sonra da meşru bir yolla elde edilmiş olduğu izlenimi oluşturmak amacıyla birtakım işlemlere tabi tutulması dolayısıyla açılmış olan kamu davasında Hazine ve Maliye Bakanlığı katılan sıfatıyla süjelik vasfını edinebilir. Dikkat edilmelidir ki, bu durumda Hazine ve Maliye Bakanlığı suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklanması suçu dolayısıyla değil, zimmet suçu dolayısıyla açılan kamu davasında katılan sıfatını haiz olabilir.

Belirtilen nedenlerle MASAK, “*Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama*” ve “*Terörizmin finansmanı*” suçları ile ilgili soruşturmalarda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına itiraz yetkisini haiz değildir. Aksi takdirde, soruşturma sürecinde Cumhuriyet savcısının yardımcısı konumundaki kolluğun da söz konusu yetkiyi kullanmasına yönelik tartışmanın yolu açılmış olur.

§ 3. SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİ AKLAMA SUÇU ÜZERİNE HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER

I. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Başta uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ve hukuk dışı yollarla silah ticareti gelmek üzere, kaçakçılık, rüşvet, zimmet, fuhuş, bahis oyunlarının oynanmasına imkan sağlamak gibi suçların işlenmesi suretiyle elde edilen yüksek miktarlara baliğ para ve sair maddi menfaatlerin meşruyet görüntüsü verilerek ekonomik sisteme sokulması, toplumdaki ekonomik düzeni ve özellikle ekonomik dengeleri bozmaktadır.

Bu suçlar, genellikle suç işlemek için teşkil edilmiş örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenmektedirler. Bu tür suçları işlemek suretiyle sahip olunan ekonomik güç sayesinde, ülkedeki siyasi, idari, adli ve askeri makamlarda

bulunan kişiler üzerinde kolaylıkla nüfuz tesis edilebilmektedir.

Suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olan ekonomik değerlerin kaynağına meşruiyet görüntüsü kazandırılarak ekonomik sisteme sokulması, aynı zamanda suç delillerinin değiştirilmesi, gizlenmesi ve dolayısıyla, suçlunun kayrılması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, çeşitli ülke kanunlarında “kara para aklama” suçu **devletin yargı fonksiyonuna karşı işlenen bir suç** olarak düzenlenmiştir³¹.

Korunan hukuki değere ilişkin olarak TCK'nın 282. maddesi **gereğesinde** şu açıklamalara yer verilmiştir³²:

“Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerine meşruiyet görüntüsü verilerek ekonomik sisteme sokulması, suç işlemenin kazanç elde etme açısından cazip bir yol olarak görülmesine neden olmaktadır.

Suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olan ekonomik değerlerin meşruiyet görüntüsü kazandırılarak ekonomik sisteme sokulması, aynı zamanda suç delillerinin değiştirilmesi, gizlenmesi ve dolayısıyla, suçlunun kayrılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu düşüncelerle, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, yurt dışına transfer edilmesi veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır.”

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yeni TCK'nın benimsediği temel düşünceye göre; **suç işlemek bir kazanç kaynağı olarak görülemez ve suçtan elde edilen gelir, kişinin yanında kâr olarak kalmaz³³. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasına yönelik fiillerin ceza yaptırımına bağlanması bu temel düşüncenin hayata geçmesi bakımından da büyük önem taşımaktadır³⁴.**

³¹ Örneğin İsviçre Ceza Kanunu, m. 305bis; Alman Ceza Kanunu, paragraf 261.

³² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 672.

³³ Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ceza Hukukuna Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku*, **16. bası**, Ankara, Eylül 2020, sh. 907.

³⁴ NESTLER, Cornelius: *Der Straftatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)*, in: *Geldwäscheschekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen, Hrsg. HERZOG, Felix/MÜLHAUSEN, Dieter, München, 2006, sh. 103 vd.; SOTIRIADIS, Georgios: *Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, Unter Berücksichtigung der Jeweiligen Kriminalpolitischen Tendenzen*, Berlin, 2010, sh. 208 vd.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu ile aynı zamanda devletin adil yargılama fonksiyonu da koruma altına alınmış olmaktadır³⁵. Hatta, bu suç tanımıyla, öncül suça ilişkin kanuni tanım ile korunan hukuki değer de koruma altına alınmaktadır^{36,37}.

II. SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİN AKLANMASINI ÖNLEMeye YÖNELİK MİLLETLERARASI YÜKÜMLÜLÜKLERİMİZ

Türkiye, taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarla, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin meşru bir yolla elde edilmiş izlenimi verilerek ekonomik düzene sokulmasını önlemeye yönelik gerekli tedbirleri almak hususunda yükümlülük altına girmiştir.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması amacıyla **Birleşmiş Milletler** bünyesinde çeşitli anlaşma metinleri hazırlanarak üye devletlerin imza ve onayına açılmıştır.

Bu çerçevede Birleşmiş Milletler bünyesinde hazırlanan ilk anlaşma, 19.12.1988 tarihinde Viyana’da kabul edilmiş olan “**Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçaklığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi**”dir (**Viyana Sözleşmesi**)³⁸.

³⁵ OSWALD, Katharina: *Die Implementation gesetzlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg, 1997, sh.60 vd.; NESTLER, sh. 104.

³⁶ NESTLER, sh. 105. Ayrıca bkz. LEIP, Carsten: *Der Straftatbestand der Geldwäsche, Zur Auslegung des § 261 StGB*, 2. Aufl., Berlin, Baden-Baden, 1999, sh. 44 vd.; DEGEN, sh. 112 vd.; DÜLGER, Murat Volkan: *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, Ankara, 2011, sh. 443 vd. ÖZBEK, Veli Özer: *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, in: Kamusal ve Ticari Yaşamda Hukuk ve Etik Açısından Yolsuzlukla Mücadele (Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını), İstanbul, 1 Kasım 2013, sh. 163 vd.

³⁷ Ayrıca işaret etmek gerekir ki, bu suçtan dolayı yapılan inceleme veya soruşturma sayısı oldukça fazla olmasına rağmen, mahkumiyet sayısı oldukça sınırlı kalmaktadır. Bu durum, belirli ülkelere özgü bulunmamaktadır. VOGT, Sabine: *Begriff, Phänomen und Erscheinungsformen der Geldwäsche*, in: *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen, Hrsg. HERZOG, Felix/MÜLHAUSEN, Dieter, München, 2006, sh. 7; NESTLER, sh. 107.

Almanya’daki istatistiki veriler göstermektedir ki, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması girişimlerini önlemeye yönelik tedbirlerin artırılmasına ve şüpheli işlemler dolayısıyla yapılan inceleme ve soruşturma sayısının fazlalığına rağmen, aklama işlemine tabi tutulan malvarlığı değerine çok sınırlı olarak ulaşılmıştır (NESTLER, sh. 107).

³⁸ Türkiye, bu Sözleşmeye taraftır. Sözleşme metni için bkz. RG: 11 Şubat 1996/22551.

Söz konusu Sözleşme ile Taraf Devletler, uyuşturucu ve psicotrop madde kaçakçılarını bu maddelerin hukuka aykırı olarak üretimi ve kaçakçılığı fiillerini işlemekle “sağladıkları kazançlardan mahrum ederek, kaçakçılık yapmalarına neden olan temel saiki böylece ortadan kaldıramaya kararlı ol”duklarını belirtmişlerdir.

Yine, 12 - 15 Aralık 2000 tarihlerinde İtalya'nın Palermo kentinde hazırlanarak imzaya açılan “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nin (Palermo Sözleşmesi³⁹) “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Suç Haline Getirilmesi” başlıklı 6. maddesine göre;

*“1. Her Taraf Devlet kendi iç hukukunun temel ilkelerine uygun biçimde, aşağıda belirtilen eylemleri, **kasten** işlendiği takdirde, suç haline getirmek üzere yasal ve diğer gerekli önlemleri alacaktır.*

*(a) (i) **Suç geliri olduğu bilinen malvarlığının yasadışı kaynağını gizlemek veya olduğundan değişik göstermek** veya öncül suçun işlenmesine karışmış olan herhangi bir kişiye işlediği suçun yasal sonuçlarından kaçınmasına yardım etmek amacıyla **dönüştürülmesi** veya **devredilmesi**;*

*(ii) **Bir malvarlığının suç geliri olduğunu bilerek**; gerçek niteliğinin, kaynağının, yerinin, kullanımının, hareketlerinin veya mülkiyetinin veya malvarlığına ilişkin hakların **gizlenmesi** veya **olduğundan değişik gösterilmesi**.*

(b) Kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına tabi olarak:

*(i) **Tesellüm anında bu tür bir malın suç geliri olduğunu bilerek; malın edinilmesi, bulundurulması veya kullanılması.***

(ii) Bu maddede belirtilen suçlardan herhangi birini işlemeye veya teşebbüse örgütlü olarak veya suç işleme konusunda anlaşarak yardım, yataklık, kolaylaştırmak ve yol göstermek suretiyle katılmak.

2. Bu maddenin 1. fıkrasının yerine getirilmesi veya uygulanması bakımından;

(a) Her Taraf Devlet bu maddenin 1. fıkrasının öncül suçlara en geniş şekilde uygulanması için çaba gösterecektir.

(b) Her Taraf Devlet bu Sözleşmenin 2. maddesinde tanımlanan bütün

³⁹ Türkiye, bu Sözleşmeye taraftır. Sözleşme metni için bkz. RG: 18 Mart 2003/25052.

ağır suçları⁴⁰ ve Sözleşmenin 5, 8 ve 23. maddelerinde⁴¹ öngörülen suçları

⁴⁰ Bu maddede, “**üst sınırı dört yıl** veya daha fazla hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suçu oluşturan davranış”, “**ağır suç**” olarak tanımlanmıştır.

⁴¹ Sözleşmenin “**Örgütlü Bir Suç Grubuna Katılmanın Suç Haline Getirilmesi**” başlıklı 5. maddesine göre;

“1. Her Taraf Devlet, **kasıtlı** olarak işlenmeleri halinde aşağıdaki eylemlerin suç sayılmalarını sağlayacak yasal ve gerekli diğer önlemleri alacaktır:

(a) Aşağıdakilerden biri veya her ikisinin, teşebbüs halinde kalmış veya tamamlanmış bir suçtan bağımsız olarak başlı başına suç haline getirilmesi:

(i) Doğrudan ve dolaylı olarak mali veya diğer maddi bir menfaat elde etmek amacıyla bir veya birden fazla kişinin ağır bir suç işlemek için anlaşması ve iç hukukun gerektirdiği durumlarda bu anlaşmanın gerçekleşmesine yönelik olarak anlaşmanın taraflarından birinin bir eylemde bulunması veya bir örgütlü suç grubuna katılması;

(ii) Örgütlü suç grubunun amacını ve bu grubun genel suç faaliyetlerini söz konusu suçların işlenmesine yönelik niyetini **bilerek**;

a. Örgütlü suç grubunun suç faaliyetlerine;

b. İştirakinin yukarıda tanımlanan suçların gerçekleştirilmesine katkı sağlayacağını bilerek, örgütlü suç grubunun diğer faaliyetlerine;

füilen katılan kişinin eylemleri.

(b) Örgütlü suç grubunun karıştığı ağır bir suçun işlenmesini örgütlemek, yönetmek, yardım etmek, teşvik etmek, kolaylaştırmak veya yol göstermek.

2. Bu maddenin 1. fıkrasında belirtilen bilgi, kasıt, amaç, hedef ve anlaşmanın varlığı, nesnel olaylara dayanan durumlardan anlaşılabilir.

3. Bu maddenin 1 (a) (i) bendinde öngörülen suçlar bakımından, iç hukukları örgütlü suç gruplarının varlığı koşulunu arayan Taraf Devletler, iç hukuklarının örgütlü suç gruplarını içeren bütün ağır suçları kapsamasını sağlayacaktır. Bu gibi Taraf Devletler ile bu maddenin 1 (a) (i) fıkrasında öngörülen suçlar bakımından iç hukukları, anlaşmanın icrası doğrultusunda bir fiilin varlığı koşulunu arayan Taraf Devletler, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterini, bu Sözleşmeyi imzalarken veya onaylama, kabul veya uygun bulma veya katılım belgelerinin tevdi edilmesi sırasında bu hususta bilgilendirirler.”

Sözleşmenin “**Yolsuzluğun Suç Haline Getirilmesi**” başlıklı 8. maddesine göre;

“1. Her Taraf Devlet, **kasten** işlenmesi halinde aşağıdaki eylemlerin suç haline getirilmesi için yasal ve diğer gerekli önlemleri alacaktır:

(a) Bir kamu görevlisine resmi görevlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde bir işlem yapması veya yapmaktan kaçınması için, kendisi veya üçüncü bir kişi veya taraf lehine, **haksız bir menfaatin** doğrudan veya dolaylı olarak **vaadedilmesi, teklif edilmesi** ya da **verilmesi**;

(b) Bir kamu görevlisinin resmi görevlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde bir işlem yapması veya yapmaktan kaçınması için, kendisi veya üçüncü bir kişi veya taraf lehine, **haksız bir menfaati** doğrudan veya dolaylı olarak **talep etmesi** veya **kabulü**;

2. Her Taraf Devlet, bu maddenin 1. fıkrasında sözü edilen eylemlerin, yabancı kamu görevlileri veya uluslararası memurların katılımıyla gerçekleşmesi halinde, bunların suç haline getirilmesi için gerekli yasal ve diğer önlemleri almayı değerlendirecektir. Aynı şekilde, her Taraf Devlet yolsuzluğun diğer biçimlerini de suç haline getirmeyi değerlendirecektir.

3. Her Taraf Devlet bu maddeye göre ihdas edilen bir suçta iştirak eylemini de suç haline getirmek için gerekli olabilecek benzer önlemleri alacaktır.

öncül suçlar kapsamına dahil edecektir. Öncül suçları yasalarında saymak suretiyle belirleyen Taraf Devletlerin mevcudiyeti halinde, bu devletler, asgari olarak, örgütlü suç gruplarıyla ilgili suçları en geniş biçimde yasalarına dahil edeceklerdir.

(c) Bu maddenin (b) bendinin amaçları bakımından, **öncül suçlar** söz konusu **Taraf Devletin hem yargı yetkisi dahilinde, hem de dışında işlenen suçları** içerir. Bununla beraber, bir Taraf Devletin yargılama yetkisi dışında işlenen bir suçun öncül suç sayılması için ilgili **eylemin, suçun işlendiği yerdeki devletin iç hukukuna göre suç teşkil etmesi** ve bu maddeye başvuran ya da bu maddeyi uygulayan Taraf Devletin iç hukukuna göre orada işlenmesi halinde de suç teşkil edecek olması gerekir.

(d) Her bir Taraf Devlet, bu maddeyi yürürlüğe koyan kendi yasal düzenlemelerinin, bu yasal düzenlemelerdeki her türden değişikliğin birer örneğini ya da bunların bir tanımını Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine verecektir.

(e) Bir Taraf Devletin iç hukukunun temel ilkeleri gerekli kılırsa, bu maddenin 1. fıkrasında öngörülen suçların öncül suç işlemiş kişilere uygulanmaması sağlanabilir;

(f) Bu maddenin 1. fıkrasında öngörülen suçların unsuru olarak varlığı gerekli görülen bilgi, kasıt veya amaç, nesnel olaylara dayalı durumlardan anlaşılabilir.”

4. Bu maddenin 1. fıkrasının ve bu Sözleşmenin 9. maddesinin uygulanması bakımından, **“kamu görevlisi”**, kamu görevi yapan veya iç hukukta tanımlandığı şekilde kamuya yönelik bir hizmet gören ve bu hizmeti veren kişinin bulunduğu Taraf Devletin ceza yasasına göre de hizmeti bu şekilde uygulayan kişi anlamına gelir.”

Sözleşmenin **“Adaletin Engellenmesinin Suç Haline Getirilmesi”** başlıklı 23. maddesine göre;

“Her Taraf Devlet, **kasıtlı** olarak işlenmeleri halinde aşağıdaki eylemlerin suç sayılmalarını sağlayacak yasal ve gerekli diğer önlemleri alacaktır:

(a) Bu Sözleşmede belirtilen suçların işlenmesine ilişkin davalarda **gerçek dışı tanık ifadesi elde etmek** veya tanıklığa veya delil sunulmasına müdahale etmek için **fiili kuvvet kullanımı, tehdit** veya **sindirme** veya **haksız bir çıkarın vaadi, teklifi** veya **verilmesi**;

(b) Bu Sözleşmede belirtilen suçların işlenmesine ilişkin davalarda resmi görevlerin yargıç veya yasaları uygulayan memur tarafından yerine getirilmesine müdahale etmek için **fiili kuvvet kullanımı, tehdit** veya **sindirme**. Bu bentteki hiçbir husus, Taraf Devletlerin, diğer kamu görevlilerinin korunmasına yönelik yasal düzenleme yapma hakkını ortadan kaldırmayacaktır.”

Birleşmiş Milletler bünyesinde bu çerçevede kabul edilen son anlaşma, 10 Aralık 2003 tarihinde kabul edilen “**Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi**”dir⁴².

Sözleşmenin tarafı olan Devletler, “*Demokrasinin kurum ve değerlerini, etik değerleri ve adaleti zayıflatan, sürdürülebilir kalkınmayı ve hukukun üstünlüğünü tehlikeye sokan yolsuzluğun toplumların istikrar ve güvenliğine yönelttiği sorun ve tehditlerin ciddiyetinin endişesini taşıyarak,*

Karapara aklama dâhil olmak üzere, özellikle örgütlü suçlar ve ekonomik suçlar gibi diğer suç türleri ile yolsuzluk arasındaki bağlantıdan da endişe duyarak,

Devlet kaynaklarının önemli bir bölümünü teşkil edecek boyutta varlıkların konu olduğu ve Devletlerin siyasî istikrar ve sürdürülebilir kalkınmasını tehdit eden yolsuzluk vakaları hakkında da endişe duyarak,

Yolsuzluğun artık yerel bir mesele olmayıp, bütün toplum ve ekonomileri etkileyen, önlenmesi ve kontrol altına alınması için uluslararası işbirliğini zorunlu kılan bir sınıraşan olgu olduğu inancını taşıyarak,

Yolsuzlukla etkin mücadele edilmesi ve yolsuzluğun önlenmesi için kapsamlı ve çok yönlü bir yaklaşımın gerekli olduğuna inanarak,

Teknik yardımın mevcudiyetinin, kapasite geliştirmeyi ve kurumsal yapılanmayı da sağlamak suretiyle, Devletlerin yolsuzluğu önleme ve yolsuzlukla etkin mücadele etme güçlerinin artırılmasında önemli bir rol oynayabileceği inancını da taşıyarak,

Haksız olarak kişisel servet edinmenin özellikle demokratik kurumlara, ulusal ekonomilere ve hukukun üstünlüğü ilkesine zarar vereceğine inanarak,

Haksız olarak edinilmiş varlıkların uluslararası transferlerinin daha etkin bir biçimde önlenmesi, tespit edilmesi, caydırılması ve varlıkların geri verilmesi konusunda uluslararası işbirliğinin güçlendirilmesi kararlılığını taşıyarak,

Mülkiyet hakkını karara bağlayacak hukuk davaları veya idarî davalar ile ceza davalarında temel hukuka uygunluk ilkelerini kabul ederek,

⁴² Türkiye, bu Sözleşmeye taraftır. Sözleşme metni için bkz. RG: 2 Ekim 2006/26307.

Yolsuzluğun önlenmesi ve ortadan kaldırılmasının bütün Devletlerin ortak yükümlülüğü olduğunu ve bu alandaki çabaların etkili olması amacıyla, sivil toplum, hükümet-dışı kuruluşlar ve yerel toplum örgütleri gibi kamu sektörü dışındaki birey ve grupların da destek ve katkıları ile her bir Devletin diğeri ile işbirliği yapmasının zorunlu olduğunu hatırd tutarak,

Kamusal işlerin ve kamu malvarlığının düzgün yönetimi, adil olma, sorumluluk ve yasa önünde eşitlik ilkelerini ve dürüstlüğü koruma ve yolsuzluğu reddetme kültürünün geliştirilmesi ihtiyacını da hatırd tutarak,

(bu Sözleşmede belirtilen tedbirleri almak hususunda) anlaşmışlardır.”

Söz konusu Sözleşmenin “**Suç Gelirlerinin Aklanması**” başlıklı 23. maddesine göre;

*“1) Her Taraf Devlet, iç hukukunun temel ilkelerine uygun olarak, **kasten işlenmesi halinde, aşağıdaki eylemleri suç olarak düzenleyen yasal ve diğere gerekli önlemleri alacaktır:***

*a) i) Malvarlığının yasadışı **kaynağını gizlemek ya da değiştirmek** yahut bir öncül suçun işlenmesine karışan bir kişiye eyleminin yasal sonuçlarından kurtulması için yardım etmek **amacıyla, suç geliri olduğunu bilerek, bu malvarlığının dönüştürülmesi ya da transfer edilmesi;***

*ii) Bir malvarlığının, **suç geliri olduğunu bilerek, gerçek mahiyetinin, kaynağının, yerinin, tasarrufunun, hareketlerinin ya da mülkiyetinin yahut malvarlığına ilişkin hakların **gizlenmesi ya da değiştirilmesi.*****

b) Hukuk sisteminin temel kavramlarına bağılı kalarak;

*i) Teslim alındığında **suç geliri olduğu bilinen** malvarlığının edinilmesi, bulundurulması ya da kullanılması;*

ii) Bu maddeye uygun olarak ihdas edilen herhangi bir suçun işlenmesinde ya da işlenme teşebbüsünde yer almak, iştirak etmek veya tertip kurmak ve bu suçların işlenmesine yardım etmek, teşvikte bulunmak, kolaylaştırmak veya yol göstermek.

2) Bu maddenin 1'inci fıkrasındaki hükümlerin yerine getirilmesi veya uygulanması amacıyla:

- a) Her Taraf Devlet, 1'inci fıkradaki hükümleri **en geniş öncül suç grubuna uygulamaya çalışacaktır**;
- b) Her Taraf Devlet, en azından, bu Sözleşmeye uygun olarak ihdas edilen suçların kapsamlı bir bölümünü öncül suç olarak hukukuna dâhil edecektir;
- c) Yukarıdaki (b) bendinin amaçları bakımından **öncül suçlar, ilgili Devletin hem yargı yetkisi dâhilinde, hem de dışında işlenen suçları kapsayacaktır**. Bununla birlikte, bir Taraf Devletin yargı yetkisi dışında işlenen suçlar, sadece ilgili eylemin gerçekleştiği Devletin iç hukukunda bir adli suç oluşturuyorsa ve bu madde hükümlerini yerine getirecek ya da uygulayacak Taraf Devletin ülkesinde işlenmesi halinde, o ülkenin hukukuna göre bir adli suç oluşturacaksa, öncül suç teşkil edecektir;
- d) Her Taraf Devlet, bu maddeyi yürürlüğe koyan yasalarının ve bu yasalarda yapılacak müteakip değişikliklerin ya da bunların bir tanımının örneklerini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine sunacaktır;
- e) Bir Taraf Devletin iç hukukunun temel ilkelerinin gerektirdiği hallerde, bu maddenin 1'inci fıkrasında düzenlenen suçların, öncül suç işleyen kişilere uygulanmaması sağlanabilir.”

Keza, söz konusu Sözleşmenin “**Gizleme**” başlıklı 24. maddesine göre;

“Bu Sözleşmenin 23'üncü maddesindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, her Taraf Devlet, bu Sözleşmeye uygun olarak ihdas edilen suçlara iştirak edilmeksizin, söz konusu suçların işlenmesinden sonra kasten işlenmesi halinde, bu Sözleşmeye uygun olarak ihdas edilen suçların sonucunda elde edildiğini **bilerek** bir malvarlığının **gizlenmesini** ve sürekli olarak alıkonulmasını suç olarak düzenleyecek yasal ve diğer gerekli önlemleri almayı değerlendirecektir.”

Avrupa Konseyi bünyesinde de suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasının önlenmesine yönelik tedbirlerin alınması amacıyla çeşitli anlaşma metinleri hazırlanarak üye devletlerin imza ve onayına açılmıştır.

Bu çerçevede hazırlanan en önemli anlaşma, Avrupa Konseyi tarafından 8.11.1990 tarihinde Strazburg'da kabul edilmiş olan “**Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına**

İlişkin Sözleşme"dir (Strazburg Sözleşmesi)⁴³.

Söz konusu Sözleşmenin tarafı olan Devletler,

*"Giderek artan ölçüde uluslararası bir sorun haline gelen **ağır suç** karşı mücadelenin uluslararası düzeyde modern ve etkin yöntemleri gerektirdiğinin bilincinde olarak;*

*Bu yöntemlerden birisinin, **suçluların suçtan elde edilen gelirlerden mahrum edilmeleri** olduğu inancıyla;*

*Bu amaca erişilmesi için **iyi işleyen uluslararası bir işbirliği sisteminin** de kurulması gerektiğini düşünerek;*

(bu Sözleşmede belirtilen tedbirleri almak hususunda) *anlaşmışlardır."*

Söz konusu Sözleşmenin "**Zoralm önlemleri**" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasına göre;

*"Taraflar, **suç vasıtaları ile gelirlerini veya bu gelirlere eşdeğer malların zoraltımını** gerçekleştirmek için gerekli olan yasal ve diğer tedbirleri alacaktır."*

Sözleşmenin "**Araştırma önlemleri ve geçici önlemler**" başlıklı 3. maddesine göre;

*"Taraflar, 2'nci maddenin 1'inci fıkrasına göre zoraltıma tâbi olan bir **malın** tespitini ve takibini yapabilmek ve bu tür malın **elden çıkarılmasına** veya nakline **yol açan herhangi bir muameleyi önleyebilmek** için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri alacaktır."*

Sözleşmenin "**Özel araştırma yetkileri ve teknikleri**" başlıklı 4. maddesine göre;

*"1.- Taraflar, 2 ve 3'üncü maddelerde belirtilen işlemleri yapmaları için mahkemelerinin ve diğer yetkili makamlarının, **banka ve malî veya ticarî kayıtların gösterilmesini** veya **bunlara el konulmasını** emretme yetkisi ile teçhiz olunmaları için gerekli olabilecek yasal ve diğer tedbirleri alacaklardır. Taraflar, banka hesaplarının gizliliği gerekçesiyle işbu madde hükümlerine riayet etmekten kaçınamayacaktır."*

"2.- Taraflar, gelirin tespiti ve takibini ve bununla ilgili delillerin

⁴³ Türkiye, bu Sözleşmeye taraftır. Sözleşme metni için bkz. RG: 1 Eylül 2004/25570.

toplanmasını kolaylaştıran özel soruşturma yöntemlerini kullanmak için gerekli olabilecek yasal ve diğer önlemleri almayı inceleyecektir. Bu gibi teknikler, banka havalelerinin izlenmesi, haberleşmenin takibi ve haberleşmeye el konulması, bilgisayar sistemlerine girilmesi ve özel belgelerin gösterilmesi emirlerini ihtiva edebilir.”

Sözleşmenin “**Para aklama suçları**” başlıklı 6. maddesine göre;

“1.- Taraflar, kasıtlı olarak işlenen aşağıdaki fiillerin kendi iç mevzuatlarına göre suç sayılması için gerekli olabilecek yasal ve diğer tedbirleri alacaktır:

a. Suçtan kaynaklanan gelir olduğunu bilerek, bunun kanunsuz olan kaynağını gizlemek veya tebdil etmek veya esas suçun işlenmesine karışan herhangi bir şahsın, eyleminin hukukî sonuçlarından kaçmasına yardım etmek maksadıyla bir malın değiştirilmesi veya nakledilmesi;

b. Herhangi bir malın, bunun suçtan kaynaklanan gelir olduğunu bilerek, gerçek niteliğini, kaynağını, yerini, durumunu, hareketini, bu malla ilgili hakları ya da mülkiyetini gizlemek veya tebdil etmek; ve her Taraf Devletin anayasal ilkelerine ve hukuk düzenlerinin temel esaslarına bağlı olmak kaydıyla:

c. Teslim aldığı tarihte, suçtan hâsıl olduğunu bilerek, bir malın iktisabı, zilyetliği veya kullanılması;

d. Bu maddeye göre ihdas edilen suçların işlenmesine, işlenmesi için oluşturulan teşekküle veya anlaşmaya iştirak etmek, işlenmesine teşebbüs etmek, işlenmesine yardım etmek, kolaylaştırmak, yol göstermek.

2.- İşbu maddenin 1’inci fıkrasının yerine getirilmesi veya uygulanması amacıyla:

a. esas suçun, Taraf Devletin ceza yargısı kapsamında olup olmadığı dikkate alınmayacaktır.

b. bu fıkra da sayılan (1. fıkra) suçların, esas suçu işleyen kişiler bakımından geçerli olması zorunlu değildir.

c. Bu maddenin 1’inci fıkrasında belirtilen bir suçun unsuru olarak gerekli olan bilgi (vuku fiyet), kasıt veya amaç gibi hususlar, nesnel, maddî koşullardan çıkarılabilir. (istidlâl edilebilir.)

3.- *Taraflar sanığın:*

a. *Malın suçtan kaynaklandığını varsayması gerektiği;*

b. *Kazanç sağlamak amacıyla hareket ettiği;*

c. *Suç teşkil eden faaliyetlerin sürdürülmesini kolaylaştırmak amacıyla hareket ettiği,*

durumlardan birinde ya da hepsinde, bu maddenin 1'inci fıkrasında belirtilen eylemlerden bazılarını veya tamamını kendi iç hukukuna göre suç saymak için gerekli gördüğü önlemleri alabilecektir.

4.- *Taraflar, imza sırasında veya onay, kabul, tasvip ya da katılma belgelerini tevdi ederken, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine hitaben yapacakları bir beyan ile bu maddenin 1'inci fıkrasının, sadece bu beyanda belirtilen esas suçlara veya suç türlerine uygulanacağını ilan edebilirler.”*

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak devletlerin imza ve onayına sunulan konumuzla bağlantılı diğer bir anlaşma, 27.01.1999 tarihinde Strazburg'da imzaya açılan **“Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi”**dir⁴⁴.

“Yolsuzluğun, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları için bir tehdit oluşturduğunun, iyi yönetim, hakkaniyet ve sosyal adalet ilkelerini temelden yıktığının, rekabeti bozduğunun, iktisadi gelişmeyi kösteklediğinin ve demokratik kurumların istikrarını ve toplumun ahlaki temellerini tehlikeye attığının” altı çizilerek hazırlanan söz konusu Sözleşmenin **“Yolsuzluk suçlarından elde edilen gelirlerin aklanması”** başlıklı 13. maddesine göre;

*“Taraflar, kendi iç hukuklarına uygun olarak, Avrupa Konseyi'nin Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve Elkonulmasına İlişkin Sözleşmesi (Sözleşme No. 141) gereğince, anılan Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin 1 ve 2'nci maddelerinde yazılı suçlardan birinden oluşması durumunda ve Tarafların bu suçlara ilişkin olarak çekince veya bildirim ileri sürmemesi veya bu suçları **karapara aklama** mevzuatı çerçevesinde vahim suçlar olarak addetmemeleri durumunda, bunları cezai yaptırım gerektiren bir suç haline getirmek amacıyla, gerekli görülen yasal önlemleri alırlar.”*

⁴⁴ Türkiye, bu Sözleşmeye taraftır. Sözleşme metni için bkz. RG: 2 Mart 2004/25390.

III. SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİ AKLAMA SUÇUNA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin (“karapara”nın) aklanması fiillerinin müstakil bir suç olarak tanımlanması ve ceza yaptırımını altına alınması ile ilgili olarak hukukumuzda ilk düzenlemeler, 13.11.1996 tarihli ve **4208 sayılı “Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda ve 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”**da⁴⁵ yapılmıştır.

Bilahare 5237 sayılı TCK’nın 282. maddesinde “**Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama**” suçu tanımlanmıştır. Bu hükmün yürürlüğe girmesiyle 4208 sayılı Kanunun “karapara aklama” suçu tanımına ilişkin hükümleri yürürlükten kalkmıştır.^{46, 47}

IV. TCK, m. 282’DE TANIMLANAN SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİ AKLAMA SUÇUNA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5237 sayılı TCK ile, 4208 sayılı Kanunla benimsenen “karapara” ibaresi terk edilmiştir. Bunun yerine “**suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri**” ibaresi tercih edilmiştir. Bu tercihe paralel olarak **11.10.2006 tarihli ve 5549 sayılı “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”**da⁴⁸ “**suç geliri**” ibaresi, “**suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini ... ifade eder.**” tanımına yer verilmiştir (m. 2, f. 1, bent f). Keza, “**aklama suçu**” ibaresinin de “**26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 282. maddesinde düzenlenen suçu ifade**” ettiği belirtilmiştir (m. 2, f. 1, bent g). “**Karapara**” ibaresinin terk edilmesinin sonucu olarak, diğer mevzuatta yer alan bu ibare yerine “**suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri**”, “**karapara aklama suçu**” ibaresi yerine de “**aklama suçu**” ibaresi ikame

⁴⁵ RG: 19 Kasım 1996/22822.

⁴⁶ 4208 sayılı Kanunun “karapara aklama” suçuna ilişkin sair hükümleri ise, **11.10.2006 tarihli ve 5549 sayılı “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”**la (m. 26, f. 1) yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁷ 4208 sayılı Kanundaki “karapara aklama” suçuna ilişkin hükümlerin değerlendirmesi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Suç Örgütleri*, 13. bası, Ankara, Ocak 2020, sh. 156 vd.

⁴⁸ RG: 18 Ekim 2006 / 26323.

edilmiştir (m. 26, f. 3).

Keza, TCK'nın 282. maddesindeki düzenlemeler, 4208 sayılı Kanunda yer alan "karapara aklama" suçuna ilişkin hükümlerin eksik ve hatta sakıncalı yönleri göz önünde bulundurularak ve bunları gidermek amacıyla yapılmıştır.

A. Suçun Maddî Unsurları

1) Suçun Konusu: Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerleri

TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun konusunu, "**öncül suç**"⁴⁹ olarak ifade edilen **bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri** oluşturmaktadır.⁵⁰ Bu malvarlığı değerleri, bir suçun işlenmesi suretiyle veya bir suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilmiş olmalıdır. TCK'nın 165. maddesinin gerekçesinde de açıklandığı gibi, "**Bir suçtan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen her türlü ekonomik değer, yani malvarlığı değerleri, bu suçun konusunu oluşturabilir.**"^{51, 52}

⁴⁹ Bu ibare, "Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" ile "Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi"nde kullanılmıştır.

⁵⁰ "Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nde, "suç teşkil eden ya-sadışı bir eylemden kaynaklanan veya doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen herhangi bir mal", "**suç geliri**" olarak tanımlanmıştır (m. 2).

⁵¹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 570 vd.

⁵² 4208 s. Kanuna göre, "karapara", bu Kanunda sayma yöntemiyle belirlenen suçları oluşturan "**fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen para veya para yerine geçen her türlü kıymetli evrakla, mal veya gelirleri veya bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri,**" ifade etmektedir.

"Karapara" ifadesi, hukuki bir kavram değildir. Ancak, Kanun metninde açıkça kullanılmak suretiyle, bu ifadeye "hukuki kavram" niteliği izafe edilmeye çalışılmıştır.

Buna göre, 4208 sayılı Kanunda (m. 2, bend a) sayma yöntemiyle belirlenen suçların işlenmesi **suretiyle** elde edilen

a) "**para**",

b) "**para yerine geçen her türlü kıymetli evrak**",

c) "**mal veya geliri**",

d) "**bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil, sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değeri**",

bu suçun konusunu oluşturmaktaydı (COŞKUN, Neslihan: *Karaparanın Aklanması Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2003, sh. 118).

Bu düzenlemede suçun konusunu oluşturan ekonomik değerler, gereksiz yere kazuistik bir sistemle belirlenmişti. Keza, bu düzenlemeye göre, 4208 sayılı Kanunda (m. 2, bend a) sayma yöntemiyle belirlenen suçların işlenmesi **dolayısıyla** elde edilen malvarlığı değerleri, bu

Bu malvarlığı değerlerinin elde edildiği suç **muayyen bir suç** olmalıdır.⁵³

suçun konusuna dahil edilmemişti.

4208 sayılı Kanun, ekonomik değeri olan menfaatin elde edildiği suçları sayma yöntemiyle belirlemek suretiyle bu suçlar bakımından da bir sınırlama getirmişti.

Buna göre, söz konusu ekonomik değerlerin,

“1. 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunda,

2. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanunda,

3. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunda,

4. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkında Kanunda,

5. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359’uncu maddesinin (b) fıkrasında,

6. 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümler ve aynı Kanununun 179, 192, 211 ila 220, 264, 316, 317, 318, 319, 322, 325, 332, 333, 335, 339, 341, 342, 345, 350, 403, 404, 406, 435, 436, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 504 ve 506’ncı maddelerinde”

tanımlanan suçların “işlenmesi suretiyle elde” edilmiş olması gerekmektedir.

Söz konusu Kanunda “karapara”nın kaynağı olarak gösterilen suçlar bilimsel bir mülaha-zayla belirlenmemişti. Tamamen geliş güzel bir belirleme yapılmıştı. Örneğin “Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümler”in ve özellikle bunlardan “Devletin askeri menfaati icabı olarak girilmesi menedilmiş olan yerlere girmek” (765 s. TCK, m. 135), “Türk bayrağını veya Devletin diğer bir hakimiyet alametini tahkir” (765 s. TCK, m. 145) suçlarının işlenmesi suretiyle herhangi bir ekonomik değer elde edilmesi söz konusu değildir.

Buna karşılık, dolandırıcılık suçunun temel şekli (765 s. TCK, m. 503), emniyeti suiistimal (765 s. TCK, m. 508, 510), zimmet (765 s. TCK, m. 202), irtikap (765 s. TCK, m. 209) ve ihaleye fesat karıştırma (765 s. TCK, m. 205, 366) gibi suçlar kataloğa dahil edilmemişti.

⁵³ Yargıtay’a göre, öncül suçun, “karapara aklama” suçu tanımının yapıldığı, 4208 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenmiş bir suç olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, 4208 s. Kanun yürürlüğe girmeden önce işlenmiş olan bir suçtan elde edilen gelirin, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra meşru bir yolla elde edildiği izlenimi oluşturacak şekilde işlemlere tabi tutulması halinde, “karapara aklama” suçu oluşmayacaktır:

“Sanıklarca işlendiği iddia olunan öncü suçların gerçekleşme tarihi Karsan Danışmanlık Ltd. Şirketince gübre alım ihalesinin kazanılarak sözleşmenin imzalandığı 30.10.1995 günüdür. Diğer taraftan, karapara aklama suçunun konusunu oluşturan 37.620.000 ABD Doları, sanıkların yöneticisi olduğu şirketin ve hemen akabinde sanıkların şahsi banka hesaplarına 29.11.1995 ve 30.11.1995 tarihlerinde aktarılmış olup, hem işlendiği iddia olunan öncü suçların gerçekleşme tarihi, hem de öncü suçlar sonucu sanıklarca elde edilerek amlandığı iddia olunan paranın elde edildiği tarih 4208 sayılı Yasanın yürürlük tarihi olan 19.11.1996 tarihinden öncedir. **Karapara aklama suçunun varlığı için, karapara olarak nitelendirilen değerlerin elde edilmesine araç oluşturan öncü suçların 4208 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 19.11.1996 tarihinden sonra gerçekleşmiş olması gerekir, çünkü ancak bu durumda Yasanın 2-a maddesinde sayılan suçların işlenmesi ile elde edilen değerler karapara olarak adlandırılabilir. Başka bir anlatımla karapara aklama suçunun işlenebilmesi için öncelikle karapara olarak adlandırabileceğimiz bir değer varlığı gerekmekte olup, bu da Yasada sayılan öncü suçların Yasanın yürürlük tarihinden sonra işlenmesi halinde olanaklı olacaktır. Dolayısıyla sanıklarca amlandığı iddia olunan paranın elde edildiği tarihin 4208 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce olması nedeniyle karapara olarak nitelendirilemeyeceğinden, karapara olarak nitelendirilemeyen suçta konu paranın da sanıklarca banka hesaplarından başka hesaplara aktarılması eylemlerinin karapara aklama suçunu oluştur-**

İşlenip işlenmediği ve hangi suçu oluşturduğu belirli olmayan fiillerden bahisle TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun olduğu değerlendirilmesinde bulunulamaz.⁵⁴ Bu malvarlığı değerlerinin elde edildiği suçun, kanuni tanımı itibarıyla **alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasının gerektiren bir suç** olması gerekmektedir.

Kanaatimizce, TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suç bakımından malvarlığı değerinin bir suçun işlenmesi suretiyle veya işlenmesi dolayısıyla elde edilmiş olması yeterlidir. Nitekim, 5237 sayılı TCK'ya ilişkin Tasarının TBMM Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen metinde 284. maddede, malvarlığı değerinin elde edildiği öncül suç bakımından bir sınırlama yer almamaktaydı. Ancak, MASAK yetkililerinin itirazı üzerine Tasarının TBMM Adalet Komisyonunda müzakeresi sırasında madde metninde değişiklik yapılarak, malvarlığı değerlerinin elde

duğunun kabulü olanaklı değildir.": Yargıtay Ceza Genel Kurulu, **1.11.2011**, E. 2011/7-31, K. 2011/219. Ayrıca bkz. Yargıtay 16. CD, **17.11.2015**, E. 2015/4821, K. 2015/4212; Yargıtay 16. CD, **1.2.2016**, E. 2016/450, K. 2016/367.

Kanaatimizce bu kabul hukuken sorunludur. Zaman bakımından uygulamada, suç oluşturulan **fiilin icra edildiği tarihi** dikkate almak gerekir. Suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin elde edildiği öncül suçun işlendiği zamanın bir önemi bulunmamaktadır. Yargıtay 9. Ceza Dairesi de aynı yönde içtihatla bulunmuştur. Daire kararında,

"Karapara aklama (suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama) suçu kendisine kaynaklık eden öncül suçtan bağımsız ve ayrı bir suç olup, öncül suç dışında tamamen ayrı hukuki yararları koruduğu nazara alındığında, öncül suçun işlendiği tarihte 4208 sayılı Kanunun veya 5237 sayılı TCK'nın 282. maddesinin yürürlükte olup olmamasının hukuken bir önem taşımayacağı, bir malvarlığı değerinin kaynağının "yasa maddesinde belirlenen suç" olması, o parayı "karapara ya da suç geliri" saymak için gerekli ve yeterli olacağı, bunun ekonomiye sokulmaya çalışılması, çeşitli işlemlere tabi tutulması (öncül suç hangi tarihte işlenmiş olursa olsun) karapara aklama suçunu oluşturacağı, karapara aklama veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun maddi unsurunu oluşturan "dönüştürme" hareketinin gerçekleştirildiği tarihin suç tarihi olacağı,"

yönünde açıklamalara yer verilmiştir: Yargıtay 9. CD, **16.12.2014**, E. 2014/4036, K. 2014/12444.

⁵⁴ "Kara paranın, "kaynağının meşru olduğu ispat edilemeyen gelir" olarak kabulü yasada yapılan tanımın genişletilmesi anlamına gelir ki bunu ceza hukukunun temel ilkelerinden suç ve cezada kanunilik kuralı ile bağdaştırma olanağı bulunmamaktadır:

... sanıkta yakalanan paranın karapara olduğuna ve bu paranın ne şekilde aklandığına ilişkin delillerin neler olduğu karar yerinde gösterilip tartışılmadan, gerekçeden yoksun olarak ve denetime olanak vermeyecek şekilde ... hüküm tesisi" hukuka aykırıdır: Yargıtay 7.CD, 29.9.2011, E. 2009/10025, K. 2011/16724.

"... somut olayda öncül suç niteliğindeki "uyuşturucu madde ticareti" suçlarından sanık hakkında işlem yapıldığı ve yargılandığı belirtilen dava dosyalarının tespit edilerek mahkemelerinden getirilip, suç tarihlerinin 4208 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra olup olmadığı ve malvarlığı değerinin bu suçlar nedeniyle elde edilip edilmediği yönünden incelenmesi ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini" gerekir: Yargıtay 16.CD, 17.11.2015, E. 2015/4821, K. 2015/4212.

edildiği suçun, **alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasının gerektiren bir suçtan** elde edilmiş olan malvarlığı değerlerinin TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun konusunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Fakat, bilahare yine MASAK yetkililerinin ısrarı üzerine, 26.6.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla⁵⁵ (m. 5), TCK'nın 282. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre, öncül suçun kanuni tanımı itibarıyla **alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasının gerektiren bir suç** olması gerekmektedir. 5918 sayılı Kanunla TCK'nın 282. maddesinin birinci fıkrasında yapılan bu değişikliğin **gereğesinde** şu açıklamalara yer verilmiştir:⁵⁶

“Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerine meşruiyet görüntüsü verilerek ekonomik sisteme sokulması, suç işlemenin kazanç elde etme açısından cazip bir yol olarak görülmesine neden olduğundan, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması, Türk Ceza Kanununun 282'nci maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun öncül suçu bakımından eşik sistemi benimsenmiş ve alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçların, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunun öncül suçları olduğu kabul edilmiştir. Ancak, OECD bünyesinde çalışmalarını yürütmekte olan FATF tarafından yayımlanan 40 Tavsiye'ye göre; eşik sistemini benimseyen ülkelerin alt sınırı altı ay hapis cezasını gerektiren suçları öncül suç kapsamına almaları gerekmektedir. Bu nedenle, Türk Ceza Kanununun 282'nci maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, FATF Tavsiyelerine uyum sağlamak amacıyla, öncül suçlara ilişkin bir yıl olarak düzenlenen eşik, altı aya indirilmiştir.”

Buna göre, kanuni tanımı itibarıyla sadece adli para cezasını gerektiren veya alt sınırı altı aydan daha az hapis cezasını gerektiren bir suçtan elde edilen malvarlığı değerleri, TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun konusunu oluşturamaz.⁵⁷

Bu düzenleme ile, 4208 s. Kanundaki öncül suçlar bakımından kabul edilen katalog sistemi terk edilmiştir.⁵⁸

⁵⁵ RG: 9 Temmuz 2009/27283.

⁵⁶ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 353.

⁵⁷ Bu hususta açıklamalar için bkz. DÜLGER, sh. 483 vd.; ÇAKIR, Kerim: *Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, Ankara, Temmuz 2016, sh. 290 vd.

⁵⁸ Bazı ceza kanunlarında, örneğin Alman Ceza Kanununun 261. paragrafında öncül suçlar bakımından **katalog sistemi** benimsenmiştir.

Öncül suça ilişkin olarak TCK'nın 282. maddesi **gereğesinde** şu açıklamalara yer verilmiştir:⁵⁹

“Bu suçun konusunu suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri oluşturmaktadır. Bu malvarlığı değerlerinin elde edildiği suçun türü veya mahiyeti önemli değildir. Önemli olan, bu suçun konusunu oluşturan ekonomik değerlerin, başka bir suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olmasıdır.”

TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suç bakımından öncül suçun Türkiye'de veya yurt dışında işlenmiş olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Madde gereğesinde yer verilen şu örnek, bu bağlamda önem taşımaktadır: *“Örneğin, yurt dışında işlenmiş olan bir suçtan kaynaklanan gelirin, meşru yolla elde edilmiş bir para görüntüsüyle **yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde ülkeye sokulması hâlinde de bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.”***

Keza, *Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin “Suç Gelirlerinin Aklanması”* başlıklı 23. maddesine göre; **“... öncül suçlar, ilgili Devletin hem yargı yetkisi dâhilinde, hem de dışında işlenen suçları kapsayacaktır.”** (f. 2, bent c).

Yine, Strazburg Sözleşmesine göre, öncül *“suçun, Taraf Devletin ceza yargısı kapsamında olup olmadığı dikkate alınmayacaktır.”* (m. 6, f. 2, bent a).

Bu itibarla, öncül suçun yurt dışında işlenmiş olması, TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun oluşmasına engel teşkil etmez.

Ancak, TCK sistemi bakımından, öncül suçu oluşturan fiilin, işlendiği ülke devleti kanunlarına göre suç oluşturması kural olarak şart değildir. Önemli olan, malvarlığı değerlerinin elde edildiği fiillerin ülkemiz kanunlarına göre suç oluşturmasıdır. Malvarlığı değerinin elde edildiği fiillerin yurt dışında işlenmiş olması durumunda bu fiillerin işlendiği ülke kanunlarına göre de suç teşkil etmesi gerektiği TCK'da şart olarak aranmamaktadır.⁶⁰ TCK'da, bu konuda yabancı devlet kanununa değer izafe eden bir hüküm bulunmadığı

⁵⁹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 672.

⁶⁰ Bazı yabancı ceza kanunlarında bu konuda açık hüküm bulunmaktadır. Örneğin İsviçre Ceza Kanununun, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini (“karapara”) aklama suçunun düzenlendiği 305bis maddesinin üçüncü fıkrasına göre, öncül suçun İsviçre dışında işlenmesi durumunda da failin “karapara” aklama suçundan dolayı cezalandırılacağı öngörülmüştür. Ancak, öncül suçu oluşturan fiilin, işlendiği ülke devleti kanunlarına göre de cezalandırılabilir bir fiil olması gerekmektedir. İsviçre Ceza Kanunundaki düzenlemeye paralel bir hüküm, Alman Ceza Kanunu'nun 261. paragrafının sekizinci fıkrasında yer almaktadır.

için, malvarlığı değerinin elde edildiği fiillerin yurt dışında işlenmiş olması durumunda, bu fiillerin ilgili ülke kanunlarına göre de suç teşkil etmesi gerekmektedir.^{61,62} Ancak belirtelim ki, Türkiye'nin de taraf olduğu *Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Palermo Sözleşmesinde* öncül suçun işlendiği yabancı ülke devleti kanunlarının göz önünde bulundurulması gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu Sözleşmeye göre;

“... öncül suçlar söz konusu Taraf Devletin hem yargı yetkisi dahilinde, hem de dışında işlenen suçları içerir. Bununla beraber, bir Taraf Devletin yargılama yetkisi dışında işlenen bir suçun öncül suç sayılması için ilgili eylemin, suçun işlendiği yerdeki devletin iç hukukuna göre suç teşkil etmesi ve bu maddeye başvuran ya da bu maddeyi uygulayan Taraf Devletin iç hukukuna göre orada işlenmesi halinde de suç teşkil edecek olması gerekir.” (m. 6, fıkra 2, bent [c]).

Bu itibarla, öncül suçun söz konusu Sözleşmeye taraf olan devletlerden birinin ülkesinde işlenmesi durumunda, bu devletin kanunlarının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, söz konusu Sözleşmeye taraf olan devletler açısından, öncül suçun işlendiği ülke devleti kanunlarına göre de suç teşkil etmesi gerekir.⁶³

TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun konusunu oluşturan malvarlığı değeri, öncül suçun işlenmesi suretiyle veya işlenmesi dolayısıyla elde edilmiş olmalıdır.

4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunla değiştirilen 359. maddesi hükümleri göz önünde bulundurulduğunda, vergi kaçakçılığı suçunun oluşabilmesi için, kaçakçılığı oluşturan fiillerin mutlaka Devlet bakımından bir vergi ziyayı meydana getirmesi gerekmektedir.

359. maddede tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde, yine aynı Kanunun 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunla değiştirilen 344. maddesine göre “mükellef” veya “sorumlu” hakkında

⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: “Non bis in idem” Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK'nın 10/A Maddesi Hükümüne İlişkin Değerlendirme, in: Yargıtay Dergisi, cilt 28, Temmuz 2002, sayı 3, sh. 323 vd.

⁶² Aksi fikir için bkz. ERGÜL, Ergin: *Kara Ekonomi ve Aklama Suçu*, Ankara, Eylül 2005, sh. 122; SÖZÜER, Doçentlik çalışması, sh. 167; KOCASAKAL, Tez, sh. 199 vd., 361 vd.

⁶³ DÜLGER, sh. 498 vd.

idari para cezası olarak vergi ziyai cezası verilecektir. Dikkat edilmelidir ki, 359. maddede tanımlanan suçun faili ancak bir gerçek kişidir. Bu suçun failinin mutlaka vergi hukuku bakımından “mükellef” veya “sorumlu” olması gerekmemektedir. Bu durum karşısında, vergi kaçakçılığı suçunun işlenmesi suretiyle ayrıca vergi ziyaya sebebiyet verilmiş olması halinde, idari para cezası olarak vergi ziyai cezası vergi kaçakçılığı suçunu işleyen kişiden başka bir gerçek veya tüzel kişi hakkında da verilebilmektedir. Başka bir ifadeyle, vergi ziyai cezasının mutlaka vergi kaçakçılığı suçunu oluşturan fiilleri işleyen gerçek kişilere verilmesi gerekmemektedir. Vergi ziyaya sebebiyet vermek dolayısıyla “mükellef” veya “sorumlu” konumundaki gerçek veya tüzel kişiye idari para cezası olarak vergi ziyai cezası verilebilmesi için, 359. maddede tanımlanan vergi kaçakçılığı suçunun işlenmiş olması da şart değildir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle bir **kazancın elde edilmesi şart değildir**. Başka bir ifadeyle, 359. maddede tanımlanan suç herhangi bir kazanç elde edilmeden işlenebilir. Belirtilen nedenle, 359. maddede tanımlanan suç bağlamında malvarlığı değerlerine, hak veya alacaklara elkonulması ve bunlarla ilgili olarak Türk Ceza Kanununun 55. maddesindeki kazanç müsadereci hükümlerinin uygulanması yoluna gidilmemektedir ve keza, bu suç tanımında yaptırım olarak hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörülmemiştir. Buna karşılık, 359. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan defter, kayıt ve belgelere bu suçla ilgili olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturmada ancak delil olarak kullanılmak üzere elkonulabilmektedir.⁶⁴

Bütün bu anlatımlarımızdan çıkan sonuç şudur: 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesinde tanımlanan suçun işlenmesi halinde, **kişi meşru bir yolla iktisap ettiği veya elinde bulundurduğu malvarlığı ile ilgili olarak vergi ödemek yükümlülüğünü yerine getirmekten ancak kaçınabilmektedir**. Bu itibarla, **359. maddede tanımlanan suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş bir malvarlığı değerinden söz edilemez ve bu suç, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklama suçu bakımından bir öncül suç olma özelliğini taşımaz**.⁶⁵

⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet: “Sonuç ve Değerlendirme”, “Conclusion and Evaluation”, in: 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler / 5th Turkish-Korean Criminal Law Days, International Symposium on Economic Crimes in Comparative Law, Presentations, Cilt/Volume II, Ankara, 2020, Editörler/Editors: İzzet Özgenç-Cumhur Şahin-Faruk Turhan, sh. 1907 vd., 1935 vd.

⁶⁵ Ayrıca bkz. DÜLGER, sh. 486 vd.; ÇAKIR, sh. 304 vd.

Yine belirtelim ki, haciz, ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararlarının uygulanmasını akim bırakmak amacına yönelik olarak işlenen fiiller, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçu bakımından öncül suç niteliğini taşımaz. Çünkü, bu suçları oluşturan fiillerin işlenmesi suretiyle haksız bir kazanç elde edilmemektedir.⁶⁶

TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin, hangi öncül suçtan elde edildiğinin **mahkemece verilen hükümle sabit olması** gerekmektedir. Dikkat edilmelidir ki, öncül suçun işlendiğinin mahkemece verilen hükümle sabit olması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklanması suçunun işlendiği iddiasıyla açılan kamu davasında bu suçtan dolayı mahkûmiyet hükmü kurulabilmesi için aranan bir şarttır.^{67, 68} Bu itibarla, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklanması suçunu oluşturan fiillerin işlendiği sırada öncül suçun işlendiğinin mahkemece verilen hükümle sabit olması ya da bu suç nedeniyle soruşturma veya kovuşturmaya başlanmış olması gerekmemektedir. Buna karşılık, bir öncül suçun işlenip işlenmediği belirlenmeden, kimler tarafından, ne zaman, nerede ve kime karşı işlendiği sabit olmayan bir öncül suçtan bahisle, TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun

⁶⁶ DÜLGER, sh. 485.

⁶⁷ DÜLGER, sh. 485. ÖZBEK, sh. 170 vd.

⁶⁸ *Dülger*'in, bu açıklamalarımız bağlamında yaptığı değerlendirmeler (DÜLGER, sh. 486), gerçeği yansıtmamaktadır.

oluştugu kabul edilerek mahkûmiyet hükmü tesis edilemez.^{69, 70, 71}

Bu itibarla, belirli malvarlığı değerlerinin elde edildiği iddia edilen öncül suçlarla birlikte bunların aklanmasına yönelik fiillerin işlendiği iddiasıyla

⁶⁹ Bu itibarla, “karaparanın” aklanması suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin, “kaynağının meşru olduğu ispat edilemeyen gelir” olduğu yönündeki kabulün (7.CD, 5.5.2000, 4580/6656 [Ergül, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, sh. 237 vd.; 7. CD, 10.6.1999, 8325/7117 [Ergül, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, sh. 231 vd.]) bilimsel ve hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır.

Yargıtay, “karaparanın” aklanması suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin somut bir suçtan veya suçlardan elde edildiğinin sabit olmasını şart olarak görmemiştir. Yurda getirilen paraların çeşitli suçlardan elde edildiği hususunda emarelerin varlığı, “karaparanın” aklanması suçunun oluşması bakımından yeterli görülmüştür (7. CD, 10.6.1999, 8325/7117 [Ergül, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, sh. 231 vd.; Dülger, sh. 571, dn. 670.]):

Türkiye’den yurt dışına ihraç edilen uyuşturucu maddenin satışından elde edilen paraların Romanya’dan gelen ve Kapıkule sınır kapısından yurda giriş yapmakta olan bir yolcu otobüsü ile Türkiye’ye sokulmaya çalışıldığı yönündeki ihbar telefonu üzerine, otobüste yapılan aramada, paketler halinde ve gizlenmiş vaziyette 16 devlete ait para cinsinden çok miktarda dövize elkonulur. Otobüs şoförü, belli bir ücret karşılığında taşıdığı bu paralarla ilgili olarak gümrüğe beyanda bulunmaz; alınan ifadesinde bu paketleri üzerlerinde ismi yazılı kişilere teslim etmek üzere taşıdığını söyler.

Dikkat edilmelidir ki, kararın ilişkin olduğu dava dosyasında, paraları Romanya’dan gönderen, transfer eden ve paketler üzerinde ismi yazılı olan kişiler hakkında Türkiye’den uyuşturucu madde ihracı veya yurt dışında uyuşturucu madde satışı dolayısıyla Türkiye’de, Romanya’da veya başka bir ülkede ne soruşturma veya kovuşturma yapılmış ne de hüküm verilmiş olduğuna dair bilgi mevcuttur. Karara konu teşkil eden olayda 1567 s. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümlerine aykırı yolla Türkiye’ye yabancı para sokulmaya teşebbüs edildiği muhakkaktır. Bu durumda söz konusu Kanuna aykırılık dolayısıyla ilgili gerçek veya tüzel kişiler hakkında yaptırım uygulanabilecektir. Ancak, **salt yurda sokulma biçiminden hareketle, paranın bir suçtan elde edildiğini kabule imkan yoktur.** Bu nedenle, Yargıtay’ın söz konusu kararını doğru bulmamaktayız.

⁷⁰ Doktrinde bir görüş, öncül suçun ana hatlarıyla sabit olmasını yeterli görmektedir. Buna göre, öncül suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçuna ilişkin olarak açılan davada mahkeme öncül suçun işlenmiş olup olmadığını araştıracaktır. “Karapara” aklama suçu bakımından önemli olan, malvarlığı değerinin kanunun aradığı şartları haiz (alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren) bir suçtan elde edilmiş olduğunun sabit görülmesidir: MÜNCHENER KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, Band 3, München, 2003, § 261 (NEUHEUSER, Stephan), kn. 42. Ayrıca bkz. OSWALD, sh. 67; LEIPZIGER KOMMENTAR zum Strafgesetzbuch, Band 8, 12. Auflage, Berlin/New York, 2010, § 261 (SCHMIDT, Wilhelm/KRAUSE, Juliane) kn. 7. SYSTEMATISCHER KOMMENTAR zum Strafgesetzbuch (RUDOLPHI, Hans Joachim/HORN, Eckhard/GÜNTHER, Hans-Ludwig/SAMSON, Erich), § 261 (HOYER, Andreas), kn. 9.

Bu anlayış, Alman Ceza Kanununda katalog halinde belirlenen ancak belirli ağır suçlardan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklama suçunun konusunu oluşturabileceği yönündeki kabulle çelişmektedir. Öncül suçu oluşturduğu düşünülen fiile ilişkin olarak yargılama yapılmadığı takdirde, bunun katalogda yer alan suçlardan birini oluşturup oluşturmadığını, gerçekten böyle bir suçun işlenip işlenmediğini tespiti imkan bulunmamaktadır.

TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun oluştuğundan bahisle düzenlenen bir iddianame ile kamu davası açılması halinde, kanaatimizce, **suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklanması suçunun oluşup oluşmadığını belirleyebilmek için önce öncül suçun işlenip işlenmediğinin, işlenmiş ise kim tarafından, nerede ve ne zaman işlendiğinin, bu suçtan hangi malvarlığı değerinin ve ne miktarda elde edilmiş olduğunun mahkemece verilecek olan bir hükümlerle tespit edilmesi gerekmektedir.**^{72, 73}

⁷¹ Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi,

*“dava konusu mal varlığı değerlerinin **hangi öncül suçtan** kaynaklandığı ve gayri meşru kaynağını gizleyerek meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla “hangi işleme tabi tutup” aklama suçunu işledikleri, ihaleye fesat karıştırma eylemlerine bağlı olarak rüşvet almak suçlarından elde ettikleri paralarla, edinilme tarihleri de gösterilmek suretiyle malvarlığı hareketleri arasında somut ilişkisinin nasıl kurulduğunda açıklanmadan yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması”*

hukuka aykırı bulmuştur: Yargıtay 5. CD, **2.3.2016**, E. 2015/6385, K. 2016/2250; Yargıtay 5. CD, **12.12.2016**, E. 2016/4577, K. 2016/9619.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi,

*“... tarihli Mali Suçları Araştırma Kurulu raporu ile ... tarihli bilirkişi kurulu raporunda **sanığın uyuşturucu ticareti suçundan kazandığı para ile malvarlığı hareketleri arasında somut ilişki kurulamadığının** bildirilmiş olması, tüm dosya kapsamından da; sanığın, öncül suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutmak suretiyle aklama suçunu işlediğine dair mahkumiyetine yeterli, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkumiyetine hükümlenmesi”*

yönünde verilen kararı hukuka aykırı bulmuştur: Yargıtay 9. CD, **31.10.2014**, E. 2013/277, K. 2014/10780.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi de,

*“aklamaya konu malvarlığı değerlerinin “**hangi öncül suçtan**” elde edildiğinin ve sanıkların bu öncül suçtan bir mahkumiyetinin bulunup bulunmadığı kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde tespit edilip öncül suçun TCK'nın 282/1. maddesindeki unsurları taşıyıp taşımadığı da karar yerinde tartışılmaksızın yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi”*

yönünde verilen kararı hukuka aykırı bulmuştur: Yargıtay 16. CD, **31.5.2017**, E. 2017/1360, K. 2017/4303.

⁷² Bkz. Yargıtay 16. CD, **20.4.2016**, E. 2016/1924, K. 2016/2730; Yargıtay 4. CD, **27.11.2012**, E. 2011/6541, K. 2012/27728; Yargıtay 4. CD, **1.10.2012**, E. 2011/10758, K. 2012/18964.

⁷³ Sanıklar 1988 yılında Ankara'da iki farklı şirket kurarlar. Bu şirketler bünyesinde görülür bir ticari faaliyette bulunmaz. Ancak, bu arada sanıklar ile yakınlarının banka hesaplarına yurt dışından yüklü miktarlarda para transferleri olur.

Bu yüklü para transferlerinin dikkat çekmesi üzerine, sanıklar hakkında “karapara” aklama suçunu işledikleri şüphesiyle soruşturma yapılır ve kamu davası açılır.

Bu dava sürecinde, sanıklar hesaplarına aktarılan yüklü miktardaki yabancı paraların Hindistan'daki NFL şirketi ile aralarında imzalamış oldukları üre satış sözleşmesi gereğince bu şirketten tahsil ettikleri savunmasında bulunurlar.

Bu nedenle kanaatimizce, belirtilen durumda, yani öncül suçlarla TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun işlendiği iddiasıyla bir iddianameyle kamu davasının açılmış olması halinde, doğru hüküm verebilmek için davaya bakan mahkemenin CMK'nın 10. maddesi hükümleri çerçevesinde **ayırma kararı** vermesi gerekmektedir.

Bazı yazarlar tarafından yapılan, öncül suçun işlendiğinin “*nispi muhakeme*” yöntemiyle tespit edilmesi gerektiğine yönelik açıklamalar,⁷⁴ kanaatimizce doğru değildir. Öncül suç bağlamında bir suçun işlenmiş olup olmadığının,

Sanıklar, dolandırıcılık suçunu işlemediklerini, kaldı ki, işlemiş olsalar bile, bu suçu “karapara aklama” suçunun ilk defa tanımlandığı 4208 s. Kanunun yürürlüğe girdiği 19.11.1996 tarihinden önce işlenmiş olduğunu ve dolayısıyla, bu suçtan elde edilen para ile ilgili olarak “karapara aklama” suçuna ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını ileri sürerler.

Ancak, “karapara” aklama suçunu işledikleri iddiasıyla açılan davada Mahkeme, bu olayda sanıkların Hindistan'daki NFL şirketi ile imzaladıkları üre satış sözleşmesi bağlamında bu şirket yetkililerini dolandırdığını ve bu Şirket tarafından kendilerine ve yakınlarına ait banka hesaplarına aktarılan paraların dolandırıcılık suçundan elde edilmiş paralar olduğunu, bu paraları meşru bir yolla elde etmiş izlenimi uyandırmak için çeşitli işlemlere tabi tutuklarını kabul ederek, haklarında 5237 s. TCK hükümlerine istinaden mahkumiyet hükmü tesis etmiştir. (Ankara 7. Asliye Ceza Mhk, 7.7.2008, 1303/482).

Bu olayda sanıklar hakkında Türkiye'de dolandırıcılık suçundan dolayı açılmış bir dava bulunmamakla birlikte, Hindistan'da bir devlet iştiraki olan NFL Şirketinin açtığı ihale kapsamında suç işlediklerinden bahisle Hindistan'da açılmış bir dava bulunmaktadır. Ancak, “karapara” aklama suçunun görüldüğü Ankara 7. Asliye Ceza Mahkemesi, bekletici mesele olarak bu davanın sonucunu beklememiştir.

“Karapara” aklama suçunun işlendiği iddiasıyla açılan davada Mahkeme, sanıkların dolandırıcılık suçunu işlediklerini kabul etmekle birlikte, sanıklar hakkında bu suçtan dolayı mahkumiyet hükmü tesis etmemiştir.

Temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay 7. Ceza Dairesi, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin veya namı diğerle “karapara”nın aklanması suçunun oluşabilmesi için, öncül suçun da “karapara”yı aklama fiilini suç olarak tanımlayan kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenmesi gerektiği yönünde içtihadta bulunmuştur (29.12.2010, 15629/17189). Buna göre, hukuk sistemimizde “karapara” aklama suçunun ilk defa tanımlandığı 4208 s. Kanunun yürürlüğe girdiği **19.11.1996 tarihinden önce** işlenmiş olan dolandırıcılık suçundan elde edilmiş olan paranın meşru bir yolla elde edilmiş olduğu izlenimi uyandıracak şekilde işlemlere tabi tutulması fiilleri **bu tarihten sonra** işlenmiş olsa bile, “karapara” aklama suçu oluşmayacaktır.

Bu Karara Yargıtay C. Başsavcılığınca itiraz edilmiştir. İtiraz üzerine, dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulunda görüşülmüş ve Yargıtay 7. Ceza Dairesinin kararındaki gerekçe benimsenerek, itiraz reddedilmiştir (Yarg. CGK, 1.11.2011, E. 2011/7-31, K. 2011/219).

Bu içtihadta katılmak mümkün değildir. Lehe kanunun belirlenmesinde suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunu oluşturan **fiilin işlendiği tarihi** esas almak gerekir. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun olabilmesi için, suçun konusunu oluşturan para ve sair malvarlığı değerinin elde edildiği suçun işlendiği tarihin bir önemi bulunmamaktadır (Bu hususta bkz. yukarıda dn. 36).

⁷⁴ ERGÜL, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, sh. 121, 122; DÜLGER, sh. 503, 511, 518 vd.

işlenmişse, kimin tarafından, ne zaman ve nerede işlendiğinin, bu suçun işlenmesiyle bir malvarlığı değerinin elde edilmiş olup olmadığının, aklama işlemine tabi tutulan malvarlığı değerinin bu suçtan elde edilmiş olup olmadığının tespiti, **nispi muhakeme ile mümkün değildir.**⁷⁵ Bu itibarla, **suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklanması suçunun işlendiğinden bahisle hüküm kurulmadan önce, bu malvarlığı değerlerinin elde edildiği iddia edilen suçtan dolayı usulüne göre soruşturma ve kovuşturma başlatılmış olması şarttır.**

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun şu kararında, **nispi muhakeme** müessesesinin hukuki mahiyeti ve hangi hususlarla ilgili olarak işletilebileceği ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır.⁷⁶

“1412 sayılı CYUY’un (“Ceza Yargılamaları Usulü Yasasının”, doğru ifadeyle, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun) “Adi hukuk meselelerinde ceza mahkemelerinin yetkisi” başlıklı 255. maddesi, “Bir fiilin suç olup olmaması, âdi hukuka müteallik bir meselenin halline bağlı ise ceza mahkemesi bu meseleye dahi ceza işlerindeki usul ve deliller için mer’i kaidelere göre karar verir.

Bununla beraber mahkeme, muhakemeye ara ve hukuk dâvası açılması için alâkadarlara bir mehil verebilir.

Hukuk mahkemesinden bu babda bir hüküm çıkmasını da bekleyebilir.” hükmünü taşımaktadır.

*Aynı konu, 5271 sayılı CMY’nin (“Ceza Muhakemesi Yasasının”, doğru ifadeyle, Ceza Muhakemesi Kanununun) “Ceza mahkemelerinin ek yetkisi” başlıklı 218. maddesinde, “(1) Yüklenen suçun ispatı, **ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir.”** şeklinde benzer olarak düzenlenmiştir.*

Bu hükümlere göre, yargılamaya konu suç ile ilgili ispat sorunu

⁷⁵ ÇAKIR, sh. 328 vd.

⁷⁶ CGK, 29.05.2007, E: 2006/1-341, K. 2007/118. Ayrıca bkz. Yargıtay 7. CD, 29.12.2010, E. 2009/15629, K. 2010/17189.

yaşanan hallerde, **hukuk mahkemelerinden karar alınmasının gerekli olması durumunda**, anılan karar ya Yargılama Yasasındaki kurallar çerçevesinde ceza mahkemesince bir karara bağlanacak ya da hukuk mahkemelerinde dava açılarak bu mahkemeden alınacak karar sonucuna göre bir sonuca ulaşılabilecektir.”

Ancak, belirtmek gerekir ki, malvarlığı değerinin öncül suçtan elde edilmiş olduğunun mahkemece verilen hükümlerle belirlenmiş olması gerekmemekle birlikte, öncül suçtan dolayı herhangi bir kişinin **cezaya mahkûm edilmiş olması şart değildir.**^{77,78} Öncül suçun varlığı için, fiilin hukuka aykırı olması yeterlidir. Bu suçu oluşturan fiilin işlenmesi dolayısıyla herhangi bir kişinin kusurlu veya cezalandırılabilir olması gerekmemektedir.⁷⁹

Aklama fiilinin icra edildiği tarih itibarıyla öncül suç bakımından dava zamanaşımının dolması halinde, bu suçtan kaynaklanan malvarlığı değeriyle ilgili olarak müsadereye hükmedilemeyecektir.⁸⁰ Bu nedenle, kanaatimizce müsadereye hükmedilemeyecek olan malvarlığı değerinin kaynağının

⁷⁷ NESTLER, sh. 108; SOTIRIADIS, Georgios: *Die Entwicklung der Gesetzgebung über Gewinnabschöpfung und Geldwäsche, Unter Berücksichtigung der Jeweiligen Kriminalpolitischen Tendenzen*, Berlin, 2010, sh. 211.

⁷⁸ Bu itibarla, belirli malvarlığı değerlerinin elde edildiği iddia edilen öncül suçlarla birlikte bunların aklanmasına yönelik fiillerin işlendiği iddiasıyla TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun oluşturduğundan bahisle düzenlenen bir iddianame ile kamu davası açılması halinde, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklanması suçunun oluşup oluşmadığını belirleyebilmek için önce öncül suçun işlenip işlenmediğinin, işlenmiş ise kim tarafından, nerede ve ne zaman işlendiğinin, bu suçtan hangi malvarlığı değerinin ve ne miktarda elde edilmiş olduğunun mahkemece verilecek olan bir hükümlerle tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu nedenle, belirtilen durumda, yani öncül suçlarla TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun işlendiği iddiasıyla bir iddianameyle kamu davasının açılmış olması halinde, doğru hüküm verebilmek için davaya bakan mahkemenin CMK'nın 10. maddesi hükümleri çerçevesinde **ayırma kararı** vermesi gerekmektedir.

⁷⁹ NESTLER, sh. 108 vd.; NEUHEUSER, Münchener Kommentar, Band 3, § 261, kn. 32; HOYER, Systematischer Kommentar § 261, kn. 8.

⁸⁰ “Suç Örgütleri” kitabımızın 12 ve önceki basılarında öncül suçun zamanaşımına uğraması halinde dahi, bu suçtan elde edilen malvarlığı değeriyle ilgili olarak aklama suçunun işlenebileceği ve TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun oluşacağı yönünde açıklamalara yer verilmişti. Ancak, bilahare bu düşüncemizde değişiklik olmuştur.

gizlenmesine yönelik fiillerin de cezalandırılmaması gerekir.^{81, 82}

Fakat belirtmek gerekir ki, **aklama fiilinin icrasından sonra** öncül suç bakımından dava zamanaşımının dolmuş olması, aklama fiilinin yaptırımsız kalmasını gerektirmez. Örneğin öncül suç olarak güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini (TCK, m. 155, f. 2) işlediği iddiasıyla fail hakkında kovuşturma devam ederken, dava zamanaşımı dolduğu için, mahkemece bir hüküm olarak kamu davasının düşmesine karar verilecektir. Ancak bu durumda mahkeme tesis ettiği hükümde, kamu davasının düşmesine karar vermekle birlikte, öncül suç olarak güveni kötüye kullanma suçunun işlendiğini sabit gördüğünü açıkça belirtebilir. Bu durumda güveni kötüye kullanma suçundan dolayı düşme kararı verilmiş olmakla birlikte, bu suçun işlenmesi suretiyle elde edilmiş olan malvarlığı değerlerinin kaynağını gizlemeye yönelik olarak, bunların meşru bir yolla elde edildiği izlenimi uyandırmak için işlemler tesis edilmiş olması halinde, TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçun oluşacağını kabul etmek gerekir.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri ile **kayıt dışı ekonomik değeri** birbirine karıştırmamak gerekir.⁸³ “*Karapara*” teriminin zaman zaman kayıt dışı ekonomik değerlerle, kayıt dışı gelir ile karıştırıldığı ve eş anlamlı olarak kullanıldığı gözlemlenmektedir.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değeri, yani “*karapara*” bir öncül suçun işlenmesiyle elde edilen ekonomik değerlerdir. Kayıt dışı ekonomik değer ise, belgeye bağlanmayan ve bu suretle vergilendirilemeyen ekonomik değerleri ifade etmektedir. Bir ekonomik değerın kayıt dışı olması, bunun mutlaka bir

⁸¹ NESTLER, sh. 109; SCHMIDT/KRAUSE, Leipziger Kommentar, Band 8, § 261, kn. 9; HOYER, Systematischer Kommentar, § 261, kn. 6. Aksi fikir için bkz. NEUHEUSER, Münchener Kommentar, Band 3, § 261, kn. 59.

Aynı yönde BARTON, Stephan: *Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I Nr.1-3 StGB bezeichnenden Straftaten her?*, in: NStZ 4/1993, sh. 164 vd.

Aksi fikir için bkz. OSWALD, sh. 68; DÜLGER, sh. 510 vd.

Ayrıca bkz. LEIP, sh. 90 vd.; VOß, Marko: *Die Tatobjekte der Geldwäsche*, Köln, Berlin, München, 2007, sh. 28 vd.

⁸² Bu bağlamda belirtmemiz gerekir ki, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama fiilinin işlenmesinin, öncül suça ilişkin dava zamanaşımı üzerinde kesme veya durdurma gibi bir etkisi bulunmamaktadır.

⁸³ Bkz. DEĞİRMENCİ, Olgun: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu (Kara Para Aklama Suçu)*, Ankara, 2007, sh. 15 vd.; DÜLGER, sh. 166 vd.; ÇAKIR, sh. 127 vd.

suçtan elde edildiği sonucunu doğurmaz. Kayıt dışı ekonomik değerler, meşru bir yolla da elde edilebilir.

Uygulamamızda aklama suçundan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturma sayısına nazaran mahkûmiyet sayısının azlığının sebeplerinden birisi, “karapara”nın yani *suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin*, kayıt dışı ekonomik değerlerle karıştırılmasıdır.⁸⁴

2) Fiil: Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama

TCK'nın 282. maddesi **gerekçesinde** bu suçu oluşturan fiillere ilişkin olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:⁸⁵

“Söz konusu suç, seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır.

⁸⁴ Anayasa Mahkemesinin **12.6.2018** tarihli ve 2015/964 bireysel başvuru sayılı kararına konu teşkil eden olayda; ilk derece mahkemesi tarafından, başvurucular hakkında,

- suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve bu örgütü yönetme,
 - mal varlığı değerlerini, bunların gayrimeşru kaynağını gizleyerek meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli bankalarda bir kısım sanıklar tarafından işlemlere tabi tutulmak suretiyle suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama,
 - nitelikli dolandırıcılık,
- suçlarından hapis cezasıyla cezalandırılmalarına,
- ayrıca, üzerlerine kayıtlı görülen **tüm malvarlıklarının** suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerinden kaynaklı kara para niteliğinde sermaye ile ele geçirildiğinden **müsaderelerine**, hükmedilmiştir.

Söz konusu mahkûmiyet hükmü ile ilgili olarak Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucunda, başvurucular hakkında,

- suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme ile suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçlarından verilen mahkûmiyet hükmünün onanmasına,
 - müsadereye ilişkin hükmün bozulmasına,
 - nitelikli dolandırıcılık suçundan açılan davanın ise zamanaşımı gerekçesiyle düşmesine,
- karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu olayda aşağıdaki gerekçeyle hak ihlali gerçekleştiği yönünde değerlendirmede bulunmuştur:

İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararında “... *başvurucuların ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçunun konusunu oluşturan ekonomik değerlerin hangi öncü suçların işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edildiğine dair iddiaları ayrı ve açıkça tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Gerekçede birtakım soyut değerlendirmeler bulunmaktaysa da başvurucuların mal varlığı değerlerinin hangi suçlar nedeniyle elde edildiği yönünden bir tartışma yapılmamıştır. Kayıt dışı para ile suçtan kaynaklanan gelirin birbirine karıştırıldığı kuşkusuna sebep olacak şekilde bir değerlendirme yapılmıştır. Bu nedenle yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucuların gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.*” (pn. 66).

⁸⁵ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 672.

Birinci seçimlik hareket, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına transfer edilmesidir. Bu seçimlik hareketin gerçekleştirilişi sırasında, yurt dışına transfer edilen malvarlığı değerlerinin suçtan elde edilmiş olduğunun bilinmesi gerekir. Başka bir deyişle, bu seçimlik hareket açısından kastın varlığı yeterlidir.

İkinci seçimlik hareket ise, serbest hareket olarak belirlenmiştir. Bu hareketler açısından önemli olan, bunların gerçekleştirilişi sırasında güdülen amaçtır. Başka bir deyişle, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin, gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması gerekir. Bu işlemler, değişik şekillerde gerçekleşebilir. Örneğin, yurt dışında işlenmiş olan bir suçtan kaynaklanan gelirin, meşru yolla elde edilmiş bir para görüntüsüyle yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde ülkeye sokulması hâlinde de bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir.”

Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, söz konusu suçu oluşturan seçimlik hareketler arasındaki fark, özellikle bu seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi bağlamındaki kast ve amaç unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Buna göre “birinci seçimlik hareket, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına transfer edilmesidir.” Bu transferin ne suretle gerçekleştirileceğinin/ gerçekleştirildiğinin suçun oluşumu bakımından önemi bulunmamaktadır. Yurt dışına çıkarma olgusunun banka hesapları üzerinden para transferi şeklinde olabileceği gibi, para ve sair ekonomik değerlerin çeşitli nakil vasıtalarıyla başka bir ülkeye götürülmesi şeklinde de gerçekleşebilir.

Söz konusu suçu oluşturan diğer hareketler ise, “suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin,” belirli amaçlar doğrultusunda “çeşitli işlemlere tabi tutulması”dır. Bu işlemlerin neler olduğu hususunda madde metninde ve gerekçesinde açıklık bulunmamaktadır. Bu işlemler, suçtan elde edilen malvarlığı değeri üzerinde başkaları lehine aynı hak tesisi şeklinde tasarrufta bulunmak şeklinde olabilir. Suçtan elde edilen para ile satın alınan gayrimenkulün bir başkası adına tapuya tescil edilmesi, rüşvet olarak alınan paranın bir başkasına ait banka hesabına yatırılması, suçtan elde edilen paranın bir ticari ilişkiden, belirli bir alışverişten kaynaklanan edimin yerine getirilmesi zımında ödenmiş para gibi gösterilmesine yönelik olarak fatura düzenlenmesi gibi işlemler tesisi, bu hareketlere örnek olarak gösterilebilir.⁸⁶

⁸⁶ Yargıtay 6. Ceza Dairesi,

Suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin kaynağını gizlemek amacıyla **sahsi hak tesisine** yönelik işlemler de yapılmış olabilir. Örneğin işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan elde edilen para, kaynağını gizlemek, meşru bir hukuki ilişkiye dayalı olarak ödendiği izlenimi uyandırmak için bir **depo kiralanmış** ve bu deponun kira bedeli olarak gösterilmiş olabilir.

Belirli bir suçtan elde edilmiş para ile suçu işleyen kişi/ler veya bir başkası adına bir menkul veya gayrimenkul satın alınmış olmasına rağmen, bu paranın başka bir amaçla harcanmış olduğu izlenimi uyandıracak şekilde gerçeği yansıtmayan sarf belgelerinin düzenlenmesi suretiyle de bu suç işlenmiş olabilir.⁸⁷

Dikkat edilecek olursa, suçu oluşturan bu işlemler bakımından suç tanımında bir sınırlama getirilmemiştir. Sınırlama ölçütü, amaç unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Aşağıda açıklanacağı üzere, söz konusu suçun oluşması bakımından önemli olan, **“suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin” varlığı ve bunların “gayrimeşru kaynağını gizlemek ve(ya) meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması”**dır.⁸⁸

282. maddenin bu tanımı, yukarıda iktibas etmiş bulunduğumuz, Birleşmiş

*“Suçtan elde edilen mal varlığı değerlerinin, gayri meşru kaynağını gizleyerek bunların meşru yoldan elde edildiği konusunda hangi işlemlere tabi tutulduğu açıklanmadan, buna ilişkin işlemler gösterilmeden, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesi veya suçun mağduruna iadesi olanaklı olup olmadığı araştırılmadan, yapılan işlemler gerekçe gösterilerek eksik inceleme ile hüküm kurulması”*nı

hukuka aykırı bulmuştur: Yargıtay 6. CD, **29.6.2016**, E. 2016/3811, K. 2016/5600.

⁸⁷ Söz konusu suç bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bağlamında bir sorunla karşılaşılabilir. Şöyle ki, bir öncül suçtan elde edilmiş olan muayyen bir malvarlığı değeri, gayrimeşru kaynağını gizlemek amacıyla birden fazla işleme tabi tutulmuş olabilir. Bu durumda muayyen bir malvarlığı değeri ile ilgili olarak birden fazla işlemin yapılmasını ayrı suçlar olarak değil, bir suçun icrası kapsamında fiiller olarak değerlendirmek gerekir. Bu durumu sadece temel cezanın belirlenmesinde dikkate almak gerekir. Bu durumda zincirleme suç hükümlerini uygulamamak gerekir.

Keza, birden fazla aynı veya farklı öncül suçtan elde edilmiş olan çeşitli malvarlığı değerleri, gayrimeşru kaynağını gizlemek amacıyla çeşitli işlemlere tabi tutulmuş olabilir. Bu durumda ise, suçun konusu, nevi olarak aynı olabilmekle beraber, nesnel olarak aynı değildir (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. bası, sh. 186 vd.). Bu gibi durumlarda aynı suç işleme kararının cümlesinden olarak işlenmiş birden fazla suç söz konusu olabilir ve dolayısıyla **zincirleme suç** hükümleri uygulanabilir. Bu hususta ayırım gözetmeksizin yapılmış değerlendirme için bkz. Yargıtay 6. CD, **29.6.2016**, E. 2016/3811, K. 2016/5600.

⁸⁸ Bkz. Yargıtay 6. CD, **3.6.2015**, E. 2015/245, K. 2015/41181.

Milletler Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı **Palermo Sözleşmesinin** “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Suç Haline Getirilmesi” başlıklı 6. maddesinde, Birleşmiş Milletler **Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesinin** “Suç Gelirlerinin Aklanması” başlıklı 23. maddesinde, Avrupa Konseyi **Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Strazburg Sözleşmesinin** “Para aklama suçları” başlıklı 6. maddesinde yer alan tanımlamalara uygun bulunmaktadır. 282. madde hükmünün uygulanmasında söz konusu Sözleşmelerin bu hükümleri bir **yorum aracı** olarak kullanılabilir. Zira, söz konusu Sözleşmelerin bu hükümleri, 282. maddedeki suç tanımı yapılırken göz önünde bulundurulmuştur.

Söz konusu suç oluşturana fiiller, ülkemiz şartları bakımından önem taşıyan bazı örneklerle aşağıda açıklanacaktır.

Örnek 1. X bankasının sahibi ve yöneticisi konumundaki A, B ve C, bu bankanın da içinde bulunduğu grup şirketlerinden biri olan Y’ye görünüşte “teminat”lar karşılığında “kredi” görüntüsü altında yüksek miktarlarda para transferi gerçekleştirirler. Y şirketine sağlanan bu paralar, bankadan D tarafından bu şirkete temsilen çekilir. Ancak bu paralar, Y şirketinin muhasebe kayıtlarında gösterilmez ve bu şirketin faaliyetleri çerçevesinde kullanılmaz. Bu paralar, D tarafından “Dünya Bankalararası Finansal İletişim Sistemi” (“Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication” = “SWIFT”) aracılığı ile çeşitli bankalar nezdindeki muhtelif hesaplarda dolaştırıldıktan sonra, Lichtenstein’deki Z şirketine ait banka hesabına aktarılır. Bir posta kutusu şirket olan Z şirketi, bilahare Türkiye’deki özelleştirmeler çerçevesinde satışa çıkarılan turistik tesis imarlı kamu arazisinin satışına ilişkin ihaleye girerek, bu araziyi satın alır ve üzerinde turistik otel inşa eder.

Örnek 2. A, B ve C, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunu işlemek suretiyle elde ettikleri paraları, “saman adamlar” üzerine kurdurdukları X şirketi adına çeşitli belediyelerden kiraladıkları açık ve kapalı otoparklardan elde ettikleri gelir olarak bu şirkete ait banka hesaplarına yatırır. Yine bu kişiler, imarsız olması dolayısıyla çok ucuz bir fiyatla satın aldıkları araziye, anlaştıkları belediye yönetimiyle imarlı arsa haline getirilmesini sağlarlar ve bilahare bu arsayı çok yüksek fiyatla bu şirkete satarlar. Bu suretle kişiler şirket hesabında birikmesini sağladıkları ve bilahare satış bedeli olarak iktisap ettikleri paranın meşru bir yolla elde edilmiş olduğu izlenimi uyandırmayı amaçlamışlardır.

Örnek 3. Yapım işlerinin ve buna bağlı olarak para hareketlerinin yoğun

olduğu bir kamu kurumunda yönetici olan A, B ve C, yapım ihalelerinin belirli kişi veya şirketlere yönlendirilmesinin karşılığında ihale bedeli üzerinden belli bir yüzde olarak talep ettikleri paraları, off-shore bankacılık faaliyeti icra edilen bir ülke olarak Lübnan'daki bir "posta kutusu şirket"e ait banka hesabına yatırılmasını sağlarlar. Bu hesapta biriken paralar "Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu" ve ilgili diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde Türkiye'ye getirilerek, borsada kote edilmiş bir şirkete ait hisselerin satın alınmasında veya sair bir yatırımda kullanılır.

Dikkat edilmelidir ki, örneğin kredi görüntüsü altında zimmete geçirilen banka kaynaklarının (5411 s. Bankacılık K., m. 160; 4389 s. Bankalar K., m. 23, 24) SWIFT aracılığı ile yurt dışında bir banka hesabına aktarılması halinde, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu oluşmaktadır. Söz konusu suçun tamamlanması için ayrıca bu paraların Türkiye'ye dönüşünün yapılmış olması gerekmemektedir.

Buna karşılık, yurt dışında işlenmiş olan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan elde edilmiş olan paraların örneğin "Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu" ve ilgili diğer mevzuat hükümleri çerçevesinde Türkiye'ye getirilerek, borsada kote edilmiş bir şirkete ait hisselerin satın alınmasında veya sair bir yatırımda kullanılmış olması, TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu oluşması için yeterlidir.

3) Fail ve Mağdur

a) Fail

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun faili herkes olabilir.⁸⁹ Ancak, TCK'nın 165. maddesinde tanımlanan **suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi** suçundan ve 281. maddesinde tanımlanan **suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme** suçundan farklı olarak; öncül suçun işlenişine iştirak eden kişi de bu (öncül) suçtan kaynaklanan malvarlığı

⁸⁹ Bu suç, birden fazla kişi tarafından iştirak halinde de işlenebilir. Bu durumda, suç ortaklarının iştirak statülerini TCK'nın suça iştirake ilişkin genel hükümlerine göre belirlemek gerekir.

Bu itibarla Yargıtay 9. CD'nin **16.12.2014** tarihli ve E. 2014/4036, K. 2014/12444 sayılı Kararındaki X ve Y'nin, "*kendi adlarına banka hesapları açtırmak veya bankalar üzerinden çeşitli işlemleri gerçekleştirmek veya bu işlemler doğrultusunda kullanılmak üzere vekaletname vermek suretiyle (Z)'nin suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunu işlemesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştır*"an, yani şerik olarak ceza hukuku bakımından sorumlu tutulması gerektiği yönündeki kabule iştirak etmemekteyiz.

değerini aklama suçunun faili olarak cezalandırılabilir. Başka bir ifadeyle, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun faili, öncül suçun işlenişine iştirak etmiş olsun veya olmasın, TCK'nın 282. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre cezalandırılabilecektir.⁹⁰

4208 sayılı Kanunda “karapara” aklama suçunun öncül suç işleyenlerle belli bir akrabalık ilişkisi içinde olan kişiler tarafından işlenmesi durumunda, bu akrabalık ilişkisinin varlığı, *cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep* olarak kabul edilmişti.⁹¹ Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu bakımından TCK'da böyle bir hükme yer verilmemiştir. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu öncül suçun faili bakımından da ceza sorumluluğunu gerektirdiği için, bu suça ilişkin düzenlemeler bağlamında şahsi cezasızlık sebebine veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebebe yer verilmemesi doğru bir yaklaşımdır.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun belli kişiler tarafından işlenmesi, bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur oluşturmaktadır. Buna göre, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun “*kamu görevlisi tarafından veya belli bir meslek sahibi kişi tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi hâlinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır.*” (m. 282, f. 3). Madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere,⁹² “*söz konusu suçun kamu görevlisi tarafından görevini*

⁹⁰ Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu, Alman Ceza Kanununda 15.7.1992 tarihli kanun değişikliğiyle tanımlanmıştır. Maddenin ilk şekline göre, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun faili olabilmek için, öncül suçun işlenmesine iştirak etmemiş olmak gerekiyordu (Bkz. OSWALD, sh. 72). Bilahare 4.5.1998 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile öncül suçun işlenmesine iştirak etmiş olan kişinin de bu suçun faili olabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Ancak kişi, öncül suça iştiraktan dolayı cezalandırılması halinde, ayrıca suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır (Alm. CK, § 261, f. 9, ikinci cümle) (Şahsi cezasızlık sebebi). Alman Ceza Kanunundaki söz konusu suç tanımının tarihsel gelişimi hakkında bilgi için bkz. JEKEWITZ, Jürgen: *Nationale Maßnahmen der Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, in: *Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, Handbuch der straf- und wirtschaftsrechtlichen Regelungen, Hrsg. HERZOG, Felix/MÜLHAUSEN, Dieter, München, 2006, sh. 65 vd.; SCHMIDT/KRAUSE, Leipziger Kommentar, Band 8, § 261.

Buna karşılık yeni TCK'nın 282. maddesinin düzenlemesine göre, öncül suçun işlenmesine iştirak etmiş olan kişi, aynı zamanda bu suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunu işlemesi halinde, her iki suçtan dolayı **gerçek içtima** hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

⁹¹ “*Karapara aklama suçunun, usul veya fürüu veya karı-koca veya kardeşlerinden biri tarafından karaparanın kaynaklandığı suçları gizlemek amacıyla işlenmesi halinde bu ceza, yarısından üçte ikisine kadar indirilir.*” (m. 7, f. 5).

⁹² TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 672.

yaparken ve görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak ya da belli bir meslek sahibi kişi tarafından mesleğinin icrası sırasında ve sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi hâlinde, ceza artırılacaktır.”

b) *Mağdur*

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun mağduru, toplumu oluşturan ve hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan *herkestir*.⁹³

B. Suçun Manevi Unsurları

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu, **kasten** işlenebilen bir suç olarak tanımlanmıştır.⁹⁴

Ancak, suçun kanuni tanımında söz konusu suçu oluşturan fiillerden suçtan elde edilen malvarlığı değerini yurt dışına çıkarmanın dışındaki işlemler bakımından ek manevi unsur olarak **amaç** unsuruna yer verilmiştir.

26.6.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla, TCK'nın 282. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan suçun manevi unsurları bağlamında da değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce söz konusu suçu oluşturan fiillerden bir kısmı bağlamında aranan amaç unsuru ile ilgili olarak birinci fıkra metninde “... suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkararak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat

⁹³ Belirtmek gerekir ki, öncül suçun mağduru olan kişinin bu suçtan dolayı açılan kamu davasında katılan sıfatını alması mümkün olmakla birlikte, bu suçtan elde edilen gelirin aklanması suçundan dolayı açılan kamu davasına katılma yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir: Yargıtay 16. CD, **25.10.2019**, E. 2019/7931, K. 2019/6792. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. CD, **10.9.2013**, E. 2013/7721, K. 2013/12895. Aynı şekilde, Hazine ve Maliye Bakanlığının da suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan dolayı açılan kamu davalarına katılma yetkisinin olmadığı kabul edilmektedir: Yargıtay CGK, **16.10.2018**, E. 2015/9-172, K. 2018/435; Yargıtay 5. CD, **2.3.2016**, E. 2015/6385, K. 2016/2250; Yargıtay 9. CD, **17.2.2014**, E. 2013/14423, K. 2014/1715; Yargıtay 9. CD, **13.5.2014**, E. 2014/1306, K. 2014/5988; Yargıtay 9. CD, **29.9.2014**, E. 2013/7616, K. 2014/9748; Yargıtay 9. CD, **31.10.2014**, E. 2013/277, K. 2014/10780; Yargıtay 9. CD, **16.12.2014**, E. 2014/4036, K. 2014/12444; Yargıtay 16. CD, **1.2.2016**, E. 2016/450, K. 2016/367; Yargıtay 16. CD, **17.4.2017**, E. 2016/7152, K. 2017/3829; Yargıtay 16. CD, **13.5.2016**, E. 2016/2939, K. 2016/3302; Yargıtay 16. CD, **31.10.2017**, E. 2017/1490, K. 2017/5224; Yargıtay 16. CD, **11.7.2018**, E. 2018/747, K. 2018/2373.

⁹⁴ Ancak, belirtelim ki, 4208 s. Kanuna ilişkin Hükümet Tasarısında “*kanunların suç saydığı fiillerin işlenmesi suretiyle elde edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği*” ifadesi kullanılmıştı. TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunda “*bilmesi gerektiği*” ifadesi metinden çıkarılmıştı. Bu “*bilmesi gerektiği*” ibaresinden taksirin anlaşılması gerekmektedir (ERGÜL, Karapara, sh. 107).

uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tabi tutan kişi,” ifadesi kullanılmıştı. 5918 sayılı Kanunla bu ifade “... suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkaran veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek **veya** meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi,” olarak değiştirilmiştir. Söz konusu Kanun Tasarısında bu değişikliğin **gerekçesi** olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:⁹⁵

“... maddenin birinci fıkrasında öngörülen ve yurt dışına çıkarma dışında kalan tüm fiiller için iki ayrı amacı birlikte arayan “gayrimeşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak” şeklindeki manevî unsur bağlamındaki amaca açıklık getirmek düşüncesiyle, söz konusu ibarede yer alan “ve” bağlacı “veya” olarak değiştirilmiştir.”

Kanımızca bu değişikliğin izah edilebilir bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Söz konusu suçun olası kastla işlenebilir işlenemeyeceği hususunda şu örnekten hareketle açıklama yapmakta fayda mülhaza etmekteyiz:

A uyuşturucu madde olarak eroin satışından 500.000 TL bir kazanç elde eder. Bu para, suçtan elde edilen malvarlığı değeridir. A suçtan elde ettiği bu parayla bir yakını olan B adına gayrimenkul veya borsada hisse senedi satın alır. A'nın bu fiilleri, suçtan elde edilen malvarlığı değerinin kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla yaptığı işlemler olup, TCK'nın 282. maddesinde tanımlanan suçu oluşturur. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunu oluşturan fiiller, bu malvarlığı değerinin elde edildiği öncül suçu işleyen, bu suçun işlenişine iştirak eden kişiler dışında başka kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir. Öncül suçu işleyen, bu suçun işlenişine iştirak edenlerin haricindeki kişilerin bu suçtan dolayı sorumlu tutulabilmeleri için, çeşitli işlemlere tabi tuttıkları **malvarlığı değerinin bir suçtan kaynaklandığını, bir suçu işlemek suretiyle veya bir suçu işlemek dolayısıyla elde edildiğini bilmesi** gerekmektedir. Bu itibarla, kanımızca, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu ancak **doğrudan kastla** işlenebilir. Söz konusu suçun tanımında bilerek ibaresine yer verilmemiş olmakla birlikte, bu suçu oluşturan işlemler bakımından aranan amaç unsuru, işleme tabi tutulan **malvarlığı değerinin gayrimeşru kaynaklı olduğunu, yani bir suçu işlemek suretiyle veya bir suçu işlemek dolayısıyla**

⁹⁵ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 353.

elde edildiğini bilmeyi gerekli kılmaktadır.⁹⁶

Türkiye'nin taraf olduğu ve ilgili hükümlerini yukarıda iktibas etmiş bulunduğumuz sözleşmelerde de söz konusu suçun ancak **kasten** işlenebileceği vurgulanmıştır.

Viyana Sözleşmesine göre;

“*Bir mamelekin ... (söz konusu Sözleşmenin 3. maddesinin 1. fıkrasının [a] bendinde belirlenen) suç veya suçlardan birinden veya suç veya suçlardan birine iştirakten kaynaklandığını **bilerek**, mameleğin gayrimeşru kaynağını gizlemek veya olduğundan değişik göstermek veya böyle bir suçun işlenmesine karışmış bir kişinin eylemlerinin yasal sonuçlarından kaçmasına yardımcı olmak amacıyla, bu mameleğin bir başka mameleğe dönüştürülmesi veya devredilmesi*” (m. 3, f. 1, bent [b], alt bent [i]).

(Söz konusu Sözleşmenin 3. maddesinin 1. fıkrasının [a] bendinde) “*belirtilen suçlardan birinden veya bunlardan birine iştirakten kaynaklandığını **bilerek**, mal varlığının gerçek niteliğinin, kaynağının, bulunduğu yerin, yararlanma hakkının, hareketlerinin, üzerindeki hakların ve kime ait olduğunun gizlenmesi veya olduğundan değişik gösterilmesi*” (m. 3, f. 1, bent [b], alt bent [ii]).

Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Palermo Sözleşmesine göre (m. 6);

“**1. Her Taraf Devlet kendi iç hukukunun temel ilkelerine uygun biçimde, aşağıda belirtilen eylemleri, **kasten** işlendiği takdirde, suç haline getirmek üzere yasal ve diğer gerekli önlemleri alacaktır.**

(a) (i) **Suç geliri olduğu bilinen malvarlığının yasadışı kaynağını gizlemek veya olduğundan değişik göstermek veya öncül suçun işlenmesine karışmış olan herhangi bir kişiye işlediği suçun yasal sonuçlarından kaçınmasına yardım etmek amacıyla **dönüştürülmesi** veya **devredilmesi**;**

(ii) **Bir malvarlığının suç geliri olduğunu bilerek; gerçek niteliğinin, kaynağının, yerinin, kullanımının, hareketlerinin veya mülkiyetinin veya malvarlığına ilişkin hakların **gizlenmesi** veya **olduğundan değişik gösterilmesi**.**

⁹⁶ Ergül, söz konusu suçun olası kastla da işlenebileceği kanaatindedir (ERGÜL, Kara Ekonomi ve Aklama Suçu, sh. 124).

(b) Kendi hukuk sisteminin temel kavramlarına tabi olarak:

(i) Tesellüm anında bu tür bir malın suç geliri olduğunu bilerek; malın edinilmesi, bulundurulması veya kullanılması.

(ii) Bu maddede belirtilen suçlardan herhangi birini işlemeye veya teşebbüse örgütlü olarak veya suç işleme konusunda anlaşarak yardım, yataklık, kolaylaştırmak ve yol göstermek suretiyle katılmak.”

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesine göre (m. 23);

“1) Her Taraf Devlet, iç hukukunun temel ilkelerine uygun olarak, **kasten** işlenmesi halinde, aşağıdaki eylemleri suç olarak düzenleyen yasal ve diğer gerekli önlemleri alacaktır:

a) i) Malvarlığının yasadışı **kaynağını gizlemek ya da değiştirmek** yahut bir öncül suçun işlenmesine karışan bir kişiye eyleminin yasal sonuçlarından kurtulması için yardım etmek **amacıyla, suç geliri olduğunu bilerek, bu malvarlığının dönüştürülmesi ya da transfer edilmesi;**

ii) Bir malvarlığının, **suç geliri olduğunu bilerek, gerçek mahiyetinin, kaynağının, yerinin, tasarrufunun, hareketlerinin ya da mülkiyetinin yahut malvarlığına ilişkin hakların gizlenmesi ya da değiştirilmesi.**

b) Hukuk sisteminin temel kavramlarına bağlı kalarak;

i) Teslim alındığında **suç geliri olduğu bilinen** malvarlığının edinilmesi, bulundurulması ya da kullanılması;

ii) Bu maddeye uygun olarak ihdas edilen herhangi bir suçun işlenmesinde ya da işlenme teşebbüsünde yer almak, iştirak etmek veya tertip kurmak ve bu suçların işlenmesine yardım etmek, teşvikte bulunmak, kolaylaştırmak veya yol göstermek.”

Nihayet, **Strazburg Sözleşmesine göre (m. 6);**

“1.- Taraflar, **kasıtlı** olarak işlenen aşağıdaki fiillerin kendi iç mevzuatlarına göre suç sayılması için gerekli olabilecek yasal ve diğer tedbirleri alacaktır:

a. **Suçtan kaynaklanan gelir olduğunu bilerek, bunun kanunsuz olan kaynağını gizlemek** veya **tebdil etmek** veya esas suçun işlenmesine karışan herhangi bir şahsın, eyleminin hukukî sonuçlarından kaçmasına yardım etmek maksadıyla bir **malın değiştirilmesi veya nakledilmesi;**

b. Herhangi bir **malın**, bunun **suçtan kaynaklanan gelir olduğunu bilerek**, gerçek niteliğini, kaynağını, yerini, durumunu, hareketini, bu malla ilgili hakları ya da mülkiyetini **gizlemek** veya **tebdil etmek**; ve her Taraf Devletin anayasal ilkelerine ve hukuk düzenlerinin temel esaslarına bağlı olmak kaydıyla;

c. Teslim aldığı tarihte, **suçtan hâsıl olduğunu bilerek**, bir malın iktisabı, zilyetliği veya kullanılması;

d. Bu maddeye göre ihdas edilen suçların işlenmesine, işlenmesi için oluşturulan teşekküle veya anlaşmaya iştirak etmek, işlenmesine teşebbüs etmek, işlenmesine yardım etmek, kolaylaştırmak, yol göstermek.

2.- İşbu maddenin 1'inci fıkrasının yerine getirilmesi veya uygulanması amacıyla:

a. **esas suçun, Taraf Devletin ceza yargısı kapsamında olup olmadığı dikkate alınmayacaktır.**

b. **bu fıkrafta sayılan (1. fıkra) suçların, esas suçu işleyen kişiler bakımından geçerli olması zorunlu değildir.**

c. Bu maddenin 1'inci fıkrasında belirtilen bir suçun unsuru olarak gerekli olan **bilgi** (vukuîyet), **kasıt** veya **amaç** gibi hususlar; nesnel, maddî koşullardan çıkarılabilir. (istidlâl edilebilir.)”

Söz konusu suçtan dolayı sorumluluk için, kişinin, malvarlığı değerinin suçtan kaynaklandığını bilmesi (doğrudan kast) ve kaynağını gizlemek amacıyla (amaç) hareket etmesi gerekir.⁹⁷ Kişi, **malvarlığı değerini kendisine mal edindiği veya başkasına tedarik ettiği sırada** bunun suçtan kaynaklandığını bilmesi gerekir.^{98, 99}

Öncül suçu işlenişine iştirak etmeyen sair bir kişi tarafından mal edinildikten sonra, edinilen malın suçtan kaynaklandığının öğrenilmesine rağmen hareketsiz kalınması, artık TCK, m. 282'de tanımlanan suçu oluşturmaz. Bu durumda öncül suçu işlenişine iştirak etmeyen sair kişi bakımından TCK, m. 166'da tanımlanan “**Bilgi vermeme**” suçu oluşur.

⁹⁷ VOGT, sh. 5.

⁹⁸ VOGT, sh. 4; JEKEWITZ, sh. 71.

⁹⁹ İsviçre Ceza Kanununa eklenen ve 1.8.1990 tarihinde yürürlüğe giren m. 305bis. düzenlemesine göre de, söz konusu suç ancak kasten işlenebilir (Bu hususta bkz. WERNER, Gerhard: *Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft*, Freiburg i. Br., 1996, sh. 287 vd.

Kişi, kaynağını gizlemeye çalıştığı malvarlığı değerinin bir suçtan elde edildiğini bilmekle beraber, bu suçun “*alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasının gerektiren bir suç*” olduğunu bilmeyebilir. Kişinin bu husustaki yanlılığı, kanaatimizce kastını etkilemez.¹⁰⁰

C. Suçun Nitelikli Unsurları

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun “*suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.*” (TCK, m. 282, f. 4). Madde **gerekçesinde** bu hükümle ilgili olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:¹⁰¹

“Üçüncü¹⁰² fıkarda, bu suçun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza belli oranda artırılması öngörülmüştür. Ancak, belirtilmelidir ki, bu suçtan dolayı verilecek artırılmış ceza, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı ayrıca cezalandırılmaya engel teşkil etmemektedir.”

Yukarıda da açıklandığı üzere, söz konusu suçun kamu görevlisi tarafından görevini yaparken ve görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak ya da belli bir meslek sahibi kişi tarafından mesleğinin icrası sırasında ve sağladığı kolaylıktan yararlanarak işlenmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir (TCK, m. 282, f. 3).

Ç. Suçun Müeyyidesi

Kanunda, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun temel şeklinin cezası, “*üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası*” olarak belirlenmiştir (TCK, m. 282, f. 1).

26.6.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçuna ilişkin cezalardan hapis cezasının miktarında da değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce söz konusu suçun temel şekli dolayısıyla adli para cezasının yanı sıra “*iki yıldan beş yıla kadar hapis*” cezası öngörülmüş iken, 5918 sayılı Kanunla hapis cezasının alt sınırı üç, üst sınırı ise yedi yıl olarak değiştirilmiştir. Söz konusu Kanun Tasarısında bu

¹⁰⁰ NESTLER, sh. 130.

¹⁰¹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 672.

¹⁰² 26.6.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla bu maddeye ikinci fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiş ve diğer fıkra numaralarının buna göre yeniden teselsül ettirilmiş olması nedeniyle, bu atfî yeniden teselsül ettirilen **dördüncü fıkraya** yapılmış bir atıf olarak anlamak gerekir.

değişikliğin **gerekçesi** olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:¹⁰³

Yapılan değişiklikle, “*izlenen ceza siyasetinin gereği olarak söz konusu suçun ceza miktarları artırılmış ve bu suretle OECD üyesi diğer ülkelerin mevzuatındaki yaptırım miktarları arasında yeknesaklığın sağlanması amaçlanmıştır.*”

Söz konusu suç tanımında hapis ve adli para cezasına birlikte hükmedileceği belirtilmiştir. Adli para cezasının miktarı belirlenirken, aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değeri göz önünde bulundurulacaktır. Bu suçun işlenmesi suretiyle bir menfaatin elde edildiği muhakkak görülmekle birlikte, miktarı bazı durumlarda belirlenememektedir. Örneğin uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti yapılmış; bu suçtan bir kazanç elde edilmiş, elde edildiği muhakkak olmakla beraber miktarı belli olmayan bu kazanç, yurt dışına transfer edilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin miktarı belli olmadığı için müsadereye hükmedilemeyecektir. Ancak, bu durumda mahkeme, hapis cezasının yanında adli para cezasına hükmederken, aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin muhtemel miktarını göz önünde bulunduracaktır. Elde edilen malvarlığı değerinin miktarının belirlenememesi halinde müsadere kararı verilemeyeceği için, söz konusu suç tanımında hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörülmüş ve adli para cezasının üst sınırı ayrıca belirlenmiştir.

Öncül suçtan elde edilen ve aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin miktarının belli olması halinde, TCK'nın *kazanç ve eşya müsadere*sine ilişkin hükümleri (m. 55, 54) çerçevesinde bunun müsadereci cihetine gidilecektir.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun nitelikli şekillerinde suçun temel şekline ilişkin olarak Kanunda belirlenen ceza miktarları artırılmıştır (TCK, m. 282, f. 3, 4).

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun bir tüzelkişinin faaliyeti çerçevesinde ve bu tüzelkişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzelkişi hakkında tüzelkişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir (TCK, m. 282, f. 5 delaleti ile, m. 60).

5326 s. Kabahatler Kanununa **26.6.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla** eklenen 43/A maddesine göre,

(1) Daha ağır idarî para cezasını gerektiren bir kabahat oluşturmadığı hallerde, bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcisi ya da

¹⁰³ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 353.

organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından;

a) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun;

...

5) 282'nci maddesinde tanımlanan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun,

...

d) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8'inci maddesinde tanımlanan terörün finansmanı suçunun,

tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye onbin Türk Lirasından ikimilyon Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(2) Bu madde hükümlerine göre idari para cezasına karar vermeye, birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yargılama yapmakla görevli mahkeme yetkilidir.

Söz konusu Kanuna ilişkin Hükümet Tasarısında bu maddenin **gerekçesi** olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:¹⁰⁴

*“Türk Ceza Kanununun 20'nci maddesinde tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanununun 60'uncu maddesinde ise tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek güvenlik tedbiri olarak faaliyet izninin iptali ve müsadere kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Bir özel hukuk tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve bu tüzel kişinin yararına olarak bir suç işlenmesi halinde, tüzel kişi bakımından adli para cezasına hükmetmek mümkün değilse de, bu tüzel kişilerin faaliyetlerinin hukuk zemininde disipline edilebilmesini temin amacıyla, organlarını oluşturan veya temsilcisi sıfatını taşıyan kişilerin en azından dikkat ve özen yükümlülüğünü vurgulamak için; belirli suçların bir özel hukuk tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, bu suçları işleyen kişiler hakkında mahkumiyet kararı verildiği takdirde, ayrıca bu **tüzel kişi hakkında da idari para cezası verilebilmesine imkan tanımak** gerekmiştir. Yapılan düzenlemede, tüzel kişinin yararına olarak*

¹⁰⁴ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 353.

işlenen suçlar sayma yöntemi ile belirlenmiştir.

Yolsuzlukla mücadele ile ilgili olarak taraf olduğumuz sözleşmeler bakımından uluslararası alanda maruz kaldığımız eleştirilerin önüne geçmek amacıyla, Kabahatler Kanununa eklenen yeni bir maddeyle, bir özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından, yolsuzluk olarak nitelenen bazı suçların tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, tüzel kişiye de idarî para cezası verilmesine imkan tanınmıştır.”

Söz konusu Kanuna ilişkin Tasarıda TBMM Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikler bağlamında 16.4.2009 tarihli ve Esas 1/670, Karar 22 sayılı Komisyon Raporunda, **gereke** olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:¹⁰⁵

*“Tasarının çerçeve 8’inci maddesiyle, 5326 sayılı Kabahatler Kanununa ... eklenmesi öngörülen 43/A maddesiyle, özel hukuk tüzel kişinin organ veya temsilcisi ya da organ veya temsilcisi olmamakla birlikte tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından, yolsuzluk olarak nitelenen bazı suçların bir tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, **tüzel kişiye de idari para cezası verilmesine imkan tanınmaktadır.** Maddede yer alan suç tiplerinin içerdiği ekonomik değer çok yüksek olması nedeniyle, cezanın caydırıcılığının sağlanması amacıyla tüzel kişiler için öngörülen idari para cezasının üst sınırının artırılması uygun olacaktır. Bu para cezasının tespitinde doğaldır ki Kabahatler Kanununun 17’nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, **kabahatin haksızlık içeriği ile tüzel kişinin organlarını oluşturan veya temsilcisi sıfatını taşıyan kişilerin kusuru ve tüzel kişinin ekonomik durumu dikkate alınacaktır.** Öte yandan Kabahatler Kanununa eklenmesi öngörülen 43/A maddesinin ikinci fıkrasında, **idarî para cezasına karar vermeye,** birinci fıkrada sayılan suçlardan dolayı yapılan yargılama sonucunda **hüküm kuran mahkemenin yetkili olduğu** düzenlenmiştir. Ancak, madde metnindeki “hükmü kuran” ibaresi, tüzel kişiye idari para cezası verilebilmesi için, mutlaka kovuşturma aşamasının tamamlanarak bir hükümle yargılamanın bitirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu durum ise maddede sayılan suçlardan birinin işlendiği ve işlenen suçtan dolayı tüzel kişinin bir yarar elde ettiğinin tespit edilmesine rağmen;*

¹⁰⁵ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 353, sh. 19.

herhangi bir nedenle kovuşturmanın başlayamaması veya başlayan kovuşturmanın mahkumiyetle sonuçlanmaması durumlarında tüzel kişiye idari para cezası verilemeyeceği gibi bir netice ortaya çıkarmaktadır. Bu duruma engel olmak amacıyla fıkra da değişiklik yapılmıştır.”

Bu hükümler karşısında, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun veya terörün finansmanı suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ayrıca bu tüzel kişiye **idari para cezası** verilebilecektir.

D. Etkin Pişmanlık

4208 s. Kanun hükümlerinden farklı olarak TCK’da, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu bakımından etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir:

*“Bu suç nedeniyle **kovuşturma başlamadan önce**, suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle **cezaya hükmolunmaz.**” (m. 282, f. 6).*

Bu hükmün **gerekçesinde** şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Maddenin beşinci¹⁰⁶ fıkrasında bu suçla ilgili etkin pişmanlık hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini gizleme nedeniyle kovuşturma başlamadan önce, bu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu suç nedeniyle cezaya hükmolunmayacaktır.”

Dikkat edilmelidir ki, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu ile ilgili etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, kişinin bu suç nedeniyle hakkında a) henüz soruşturma başlamadan önce, b) soruşturma başlatılmış olmakla beraber henüz kovuşturma başlamadan önce suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin **ele geçirilmesini sağlaması** veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek **ele geçirilmesini kolaylaştırması** gerekmektedir. Bu maddedeki etkin pişmanlık hükmü **cezaı kaldıran bir şahsi sebep** olarak düzenlenmiştir.

¹⁰⁶ 26.6.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla bu maddeye ikinci fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiş ve diğer fıkra numaralarının buna göre yeniden teselsül ettirilmiş olması nedeniyle, bu atfı yeniden teselsül ettirilen **altıncı fıkraya** yapılmış bir atıf olarak anlamak gerekir.

Buna göre, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunu işleyen ve bu suçtan dolayı hakkında soruşturma yapılan kişi kovuşturma başlamadan önce suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerlerini ya kendisi teslim ederek ele geçirilmesini sağlaması ya da, kendisi teslim edememekle beraber, bulunduğu yerle ilgili olarak soruşturma makamlarına bilgi vermek suretiyle bunların ele geçirilmesini kolaylaştırması gerekmektedir. Ancak, etkin pişmanlık gösterilmesi suretiyle suç konusu malvarlığı değerleri eksiksiz olarak ele geçirilmiş olmalıdır ki, kişi bakımından cezaya hükmedilmesin.

VIII. YENİ BİR SUÇ TANIMI OLARAK, SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERİNİN SATIN ALINMASI, KABUL EDİLMESİ, BULUNDURULMASI VEYA KULLANILMASI SUÇUNA İLİŞKİN 282. MADDESİ HÜKÜMLERİNİN AÇIKLAMASI

26.6.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla, TCK'nın 282. maddesinde yapılan değişiklikler kapsamında maddeye ikinci fıkra olarak yeni bir fıkra eklenmiş ve bu fıkra yeni bir suç tanımına yer verilmiştir:

“Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Söz konusu Kanun Tasarısında bu değişikliğin **gerekçesi** olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:¹⁰⁷

“Maddeye ikinci fıkra olarak eklenen hükümle yeni bir suç ihdas edilmiştir. Buna göre, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın almak, kabul etmek, bulundurmak veya kullanmak fiilleri ayrı bir suç oluşturacaktır. Ancak, seçimlik hareketli bu suç dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenişine iştirak etmemiş olması gerekmektedir. Bu suçun öncül suçunu sadece maddenin birinci fıkrasındaki suç, yani suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu oluşturacaktır. Bu yeni suç ile Türk Ceza Kanununun 165'inci maddesinde tanımlanan suç eşyasını satın almak veya kabul etmek suçu arasında bir özel norm - genel norm ilişkisi söz konusu olacaktır. Tanımlanan bu yeni suç, suç eşyasını satın almak veya kabul

¹⁰⁷ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 353.

*etmek suçundan farklı olarak, ancak **doğrudan kastla** işlenebilir. Yani failin, satın aldığı, kabul ettiği bulundurduğu veya kullandığı malvarlığı değerinin, suçtan kaynaklanan ve aklama işlemlerine tabi tutulan malvarlığı değeri olduğunu **muhakkak surette bilmesi** gerekmektedir.*

İkinci fıkrada yapılan bu suç tanımı ile, 1988 tarihli Viyana Sözleşmesinin 3(1)(c)(i) ve Palermo Sözleşmesinin 6(1)(b)(i) maddelerindeki aklama suçunu oluşturan “bulundurma” ve “kullanma” fiillerinin karşılığında mevzuatımızda yer verilmiş olmaktadır. Söz konusu Sözleşmelere göre, “satın alma, kabul etme, bulundurma ve kullanma fiillerinin suç oluşturabilmesi için, malvarlığı değerlerinin, bu fiillerin işlendiği sırada suçtan kaynaklanan ve aklama işlemlerine tabi tutulan malvarlığı değerleri olduğunun fail tarafından muhakkak surette bilinmesi gerekmektedir. Bu suretle, söz konusu Sözleşmelerden kaynaklanan uluslararası yükümlülüğümüzün karşılanması amaçlanmaktadır.”

Madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, TCK'nın 282. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan bu yeni suç ile 165. maddesinde tanımlanan suç eşyasını satın almak veya kabul etmek suçu arasında bir *özel norm - genel norm ilişkisi* mevcuttur.

Bu nedenle, TCK'nın 165. maddesinde tanımlanan suç eşyasını satın almak veya kabul etmek suçu ile aralarındaki müştereklik ve farklar ortaya konularak, 282. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan bu yeni suçun unsurları açıklanmaya çalışılacaktır.

TCK'nın 282. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan bu yeni suçun konusunu oluşturan malvarlığı değeri, maddenin birinci fıkrasında tanımlanan aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değeri olmalıdır. Başka bir ifadeyle, bu suç bakımından **iki öncül suç** mevcut olmalıdır. Birinci öncül suçu, malvarlığı değerinin elde edildiği, kanuni tanımı itibarıyla alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasının gerektiren suç oluşturmaktadır. İkinci öncül suç ise, birinci öncül suçtan elde edilen malvarlığı değerinin aklanması suçudur. Bu itibarla, ancak aklama işlemine tabi tutulan malvarlığı değeri, TCK'nın 282. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan suçun konusunu oluşturabilir.

TCK'nın 282. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan bu yeni suç da, seçimlik hareketli suçtur. TCK'nın 165. maddesinde tanımlanan suçu, daha önce işlenmiş olan suçtan elde edilen malvarlığı değerinin **satın alınması** veya örneğin bağış yoluyla **kabul edilmesi** fiilleri oluşturmaktadır. 282.

maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suçta ise, birinci fıkrada tanımlanan aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerinin **satın alınması**, örneğin bağış yoluyla **kabul edilmesi**, **bulundurulması** veya **kullanılması** fiilleriyle işlenebilmektedir.

TCK'nın 282. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan bu yeni suçun, ancak her iki öncül suçun işlenişine iştirak etmeyen kişi tarafından işlenmesi halinde cezalandırılabilir.

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçta **olası kastla da işlenebilir**. Buna karşılık, TCK'nın 282. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan yeni suçta ise **ancak doğrudan kastla işlenebilir**. Değişiklik gerekçesinde de ifade edildiği üzere,¹⁰⁸ “suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçunun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, **bu özelliğini bilerek** satın almak, kabul etmek, bulundurmak veya kullanmak fiilleri ayrı bir suç oluşturacaktır. ... Tanımlanan bu yeni suç, suç eşyasını satın almak veya kabul etmek suçundan farklı olarak, ancak **doğrudan kastla** işlenebilir. Yani failin, satın aldığı, kabul ettiği bulundurduğu veya kullandığı malvarlığı değerinin, suçtan kaynaklanan ve aklama işlemlerine tabi tutulan malvarlığı değeri olduğunu **muhakkak surette bilmesi** gerekmektedir.”

TCK'nın 282. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan suçun yaptırımı olarak, “iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası” öngörülmüştür.

Sonuç:

MASAK tarafından düzenlenen raporların önemli bir kısmı, başka şüphe sebeplerine binaen başlatılmış olan soruşturma süreçlerinde Cumhuriyet savcılarının talebi üzerine hazırlanmış raporlardır. Kurulun teşkilat ve personel alt yapısı, şüpheli işlem bildiriminden efektif bir denetim yapmaya müsait görünmemektedir. Şüpheli işlem bildiriminden yapılan denetimlere bağlı olarak suç duyurusunda bulunulan vak'a sayısı, şüpheli işlem bildirimlerine nazaran oldukça azdır. Bu azlığın sebebi, teşkilat ve personel alt yapısı itibarıyla MASAK'ın, bu bildirimler üzerine gerekli araştırma ve inceleme faaliyeti icra etmeye müsait olmamasıdır.

¹⁰⁸ TBMM, Dönem: 23, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 353.

ÜLKEMİZDE İDARE HUKUKU DERSİNİN KISA TARİHÇESİ VE İDARE HUKUKU DERS KİTAPLARININ İLK ÖRNEKLERİ

Ramazan ÇAĞLAYAN*

ÖZ

Diğer hukuk dallarına göre idare hukuku yeni bir hukuk dalıdır. 1789 Fransız İhtilalinden sonra Fransa'da ortaya çıkmıştır. Özellikle 1872 yılında Fransız Danıştayına mahkeme niteliğinin verilmesinden sonra, içtihatlarla gelişmeye başlamıştır. İdare hukukunu benimseyen ilk ülkelerden birisi de Osmanlı Devleti'dir. 1839 tarihli Tanzimat Fermanı sonrası, diğer alanlarda olduğu gibi eğitim alanında da reformlar başlamıştır. Tüm eğitim kurumlarında yenilikler yapılmaya başlanmıştır. Devlet işlerinde çalıştırılacak nitelikli memur yetiştirmek üzere 1859 yılında Mülkiye Mektebi açılmıştır. Mülkiye Mektebinin programında ilk defa "idare hukuku" isminde bir derse yer verilmiştir. Bu ders fiilen 1877 yılında okutulmaya başlanmıştır. Mülkiye Mektebinde ilk kapsamlı idare hukuku ders kitabı Sakızlı Ohannes Efendi tarafından 1892 yılında yazılmıştır. Öte yandan 1868 yılında kurulan hukuk mektebinde idare hukuku dersi ancak 1880 yılında okutulmaya başlanmıştır. Hukuk mektebinde okutulmak üzere ilk kapsamlı "idare hukuku ders kitabı" 1890 yılında İbrahim Hakkı Bey tarafından yazılmıştır. Bu makalede, Osmanlı Devleti'nde idare hukuku dersinin tarihsel gelişimi üzerinde durulmuştur. İdare hukuku ders kitaplarının ilk örneklerinde incelenen konular aktarılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İdare hukuku, ilk ders kitabı, Osmanlı Devleti, Mülkiye Mektebi, Hukuk Mektebi

ON THE BRIEF HISTORY OF ADMINISTRATIVE LAW COURSE IN OUR COUNTRY AND THE FIRST EXAMPLES OF ADMINISTRATIVE LAW COURSE BOOKS

ABSTRACT

Administrative law is a new branch of law compared to other branches of law. It originated in France after the French Revolution of 1789. Especially after the French Council of State was qualified as a court in 1872, it started to develop with jurisprudence. One of the first countries to adopt administrative law was the Ottoman Empire. After the Tanzimat Edict of 1839, reforms began in the field of education as in

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi/ANKARA e-posta: caglayanhukuk@yahoo.com

ORCID: 0000-0003-1658-3178

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979172

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 20/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 28/07/2021

other fields. Innovations have begun to be made in all educational institutions. Civil Service School was opened in 1859 to train qualified civil servants to be employed in state affairs. For the first time, a course named "administrative law" was included in the curriculum of the Civil Service School. This course was actually started to be taught in 1877. The first comprehensive administrative law textbook in the Civil Service was written by Sakızlı Ohannes Efendi in 1892. On the other hand, in the law school established in 1868, the administrative law course was only started to be taught in 1880. The first comprehensive "administrative law textbook" to be taught in the law school was written by İbrahim Hakkı Bey in 1890. This article focuses on the historical development of the administrative law course in the Ottoman Empire. The subjects examined in the first examples of administrative law textbooks were tried to be conveyed.

Keywords: *Administrative law, first textbook, Ottoman Empire, School of Administration, Law School.*

UN BREF HISTORIQUE DES COURS DE DROIT ADMINISTRATIF DANS NOTRE PAYS ET LES PREMIERS EXEMPLES DE LIVRES DE COURS DE DROIT ADMINISTRATIF

RÉSUMÉ

Le droit administratif est une nouvelle branche du droit par rapport aux autres branches du droit. Il est né en France après la Révolution française de 1789. Surtout après que le Conseil d'État français a reçu la qualification de tribunal en 1872, il a commencé à se développer avec la jurisprudence. L'un des premiers pays à adopter le droit administratif fut l'Empire ottoman. Après l'édit du Tanzimat de 1839, des réformes ont commencé dans le domaine de l'éducation comme dans d'autres domaines. Des innovations ont commencé à être faites dans tous les établissements d'enseignement. L'École d'administration a été ouverte en 1859 pour former des fonctionnaires qualifiés pour être employés dans les affaires de l'État. Pour la première fois, un cours nommé « droit administratif » a été inscrit au programme de l'école d'administration. Ce cours a en fait commencé à être enseigné en 1877. Le premier manuel complet de droit administratif de l'école d'administration a été écrit par Sakızlı Ohannes Efendi en 1892. En revanche, dans la faculté de droit créée en 1868, le cours de droit administratif n'a commencé à être enseigné qu'en 1880. Le premier «manuel de droit administratif» complet à enseigner à la faculté de droit a été écrit par İbrahim Hakkı Bey en 1890. Cet article se concentre sur le développement historique du cours de droit administratif dans l'Empire ottoman. Les sujets abordés dans les premiers exemples de manuels de droit administratif ont été tentés d'être véhiculés.

Mots clés: *Droit administrative, premier manuel, Empire ottoman, École d'administration, Faculté de droit.*

GİRİŞ

Günümüzde “idare hukuku dersi”, başta hukuk fakülteleri olmak üzere, siyasal bilgiler fakültesi, iktisadi idari bilimler fakültesinin kamu yönetimi ve diğer bölümlerinde, işletme ve iktisat fakültelerinde, adalet meslek yüksek okullarında okutulan temel derslerden birisidir.

Bugünkü anlamda idare hukuku, diğer hukuk dallarına nazaran yeni bir hukuk dalıdır. En eski tarihi ancak 1789 Fransız ihtilaline kadar götürülmektedir. Fransa’da 1799 yılında Fransız Danıştayının (*Conseil d’Etat*) kurulmasından ve özellikle 1873’te mahkeme hüviyetine kavuşmasından sonra, onun içtihatlarıyla yavaş yavaş idare hukuku diye bir hukuk dalı ve dersi doğmaya başlamıştır.

Bizde de özellikle Tanzimat’tan sonra batı tipi okulların kurulması ve müfredatının da ona göre belirlenmesi kapsamında, Fransa örneğinin de etkisi altında idare hukuku dersinin okutulmaya başlandığı görülmektedir.

Bu çalışmada, bizde idare hukuku dersinin okullarda okutulmaya başlanmasının kısa tarihi ve idare hukuku ders kitaplarının ilk örneklerini tespit etmeye, ilk kapsamlı ders kitaplarından ikisinin ele aldığı konular hakkında bilgi vermeye ve günümüz idare hukuku ders kitaplarındaki konularla kısa bir mukayese yapmaya çalışacağız.

I. ÜLKEMİZDE EĞİTİM-ÖĞRETİM KURUMLARININ GELİŞİMİ VE İDARE HUKUKU DERSİNİN ORTAYA ÇIKIŞI

A. EĞİTİM-ÖĞRETİM KURUMLARININ GENEL GÖRÜNÜMÜ VE GELİŞİMİ

1. Klasik Dönem Eğitim-Öğretim Kurumları

Osmanlı Devleti’nde, “klasik dönem” ismi de verilen, Tanzimat öncesi dönemde eğitim sistemini temel olarak askerî kurumlar, Enderun ve diğer sivil kurumlar olarak üçe ayırarak inceleyebiliriz.

a. Askerî Okullar

Osmanlı Devleti’nin kuruluşundan itibaren askerlerin eğitimi ve subay yetiştirme konularına önem verilmiş ve askerî okullar kurulmuştur. Osmanlı Devleti’nin kuruluş döneminde Osman Gâzi ve Orhan Gâzi zamanlarında, ordu gönüllülerden oluşmaktaydı. 1326’da Bursa’nın fethi sırasında ortaya çıkan zorluklar sebebiyle, yevmiyeli askerler oluşturulmaya

başlanmıştır. Rumeli'deki fetihler sonrası “*acemi ocağı*” yani tutsak edilen küçük yaşlardaki çocuklar, Müslüman âilelerin yanına verilerek İslam inancı ve Türk an'ânelerine göre yetiştirildikten sonra acemi ocağına alınma usulüne geçilmiştir. Balkanlardaki fetihler sonrası daimî bir kara ordusunun bulundurulması zaruretine binaen 1363'te Yeniçeri Ocağı kurulmuştur. Acemi ocağında yetiştirilenler, yeniçeri ocağına alınırlar, burada eğitime tabi tutularak kabiliyetlerine göre yetiştirilirlerdi. Barış zamanlarında Pâyitaht'ta¹ bulunan bu askerler, muhârebeye giderken veya gelirken hükümdarın muhafazasından sorumlu olur, muhârebe sırasında ise hükümdarın bulunduğu merkez kolunda yer alırlardı. Öte yandan ordunun savaş malzemelerini temin etmek üzere “cebeci ocağı”, “topçu ocağı”, “sipahi ocağı” gibi birimler de kurulmuştur².

b. Enderun

İlk olarak II. Murad döneminde (1421-1451) Edirne Sarayında kurulan, gerçek teşkilatına Fatih Sultan Mehmed döneminde (1451-1481) kavuşan ve zaman içinde çeşitli değişikliklere uğrayarak Osmanlı Devleti'nin son dönemlerine (1908) kadar varlığını koruyan Enderun, şimdiki ifadesiyle bir Saray Üniversitesi'dir. Devletin ihtiyacı olan idareci, komutan, devlet memuru ve sanatkârlar burada yetiştirilmiştir. Enderun'da eğitim dili Türkçedir. Burada öğrencilere temel dini bilimler (Kur'an-ı Kerim, tefsir, hadis, kelâm vs.); dil ve edebiyat dersleri (edebiyat, inşa (şiir), dil bilgisi, Arapça, Farsça); müspet ilimler (fen, matematik, coğrafya, mantık); sportif faaliyetler; uygulamalı olarak idari işleyiş; yeteneklerine göre uygun bir sanat eğitimi verilir. Diğer taraftan Osmanlı saray geleneği ve görgüsüyle, protokol kâideleri ve bürokratik işler de öğretilirdi. Enderun mektebinden sadrazamlar, kaptan paşalar, yeniçeri ağaları, eyalet valileri, sancak beyleri, daha başka hizmetler için ünlü kişiler, ayrıca şâirler, edipler, ressamlar, mimarlar, müzikçiler, tarihçiler, fen ve matematik bilginleri (ve öğretmenleri) ve daha bunlar gibi medresenin yetiştiremediği bilginler de yetişmiştir³.

¹ Pâyitaht (Pây-i taht) : Fars. *pây* “ayak” ve *taht* ile *pây-i taht* “tahtın ayağı, tahtın bulunduğu yer”) Başkent, başşehir, merkez-i hükümet.

² İ. Hakki Uzunçarşılı, *Osmanlı Tarihi I. Cilt (Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan İstanbul'un Fethine Kadar)*, s. 507-518.

³ Abdülcelil Işık/ Engin Güneş, “Türk Tarihinde Özel Yeteneklilerin Eğitimi: Osmanlı Enderun Mektebi”, *Üstün Zekâlılar Eğitimi ve Yaratıcılık Dergisi*, Aralık, 4(3), 1-13; Özgür Sadık Karataş, “Klasik Türk Müziği Eğitiminde Saray Üniversitesi: Enderun Mektebi”, *Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Tur-*

c. Sivil Eğitim Kurumları

Sivil eğitim kurumları kendi içinde ilk seviyede “Sıbyan Mektepleri”⁴, orta ve yüksek seviyede ise “Medrese” tesmiye edilen eğitim-öğretim kurumlarından oluşmaktadır. Bu kurumlar ana hatlarıyla şu şekildedir⁵:

*İlk seviye eğitim kurumları (Sıbyan mektepleri)*⁶: İlk tahsil veren bu kurumlar, 5-7 yaşlarından itibaren çocuklara okuma yazmayı, bazı dini bilgileri ve matematikten dört işlem konularını öğretmeye çalışan müesseselerdir. Bu mektebin hocasına “muallim-muallime”, öğrencilere de “talebe-tilmiz-şakird” gibi isimler verilirdi. Klasik dönemde Sıbyan Mekteplerinde eğitim-öğretim süresi hakkında kesin bir şey söylemek zor. Bu dönemde tahsil müddeti, öğrencilerin zekâ, çalışkanlık ve okunması gereken kitapların bitirilmesine göre değişiklik gösterdiği anlaşılmaktadır. Tanzimat’tan sonra “Mekteb-i ibtidâî” ismi verilen sıbyan mekteplerinde tahsil süresi üç yıl olarak belirlenmiş, 1846 yılında dört yıla çıkarıldığı, 1868 yılında ise ilk öğretim mecburi hale getirildiği anlaşılmaktadır⁷.

*Orta ve yüksek seviye eğitim kurumları (medreseler)*⁸: Genel anlamıyla “medrese”, orta ve yüksek seviyede eğitim-öğretim veren müesseselerin ortak ismi niteliğindedir. Devlet ricâli veya şahıslar tarafından kurulan medreselerin hocalarına “müderris”, öğrencilerine ise “talebe-danışmend-sûhte” gibi isimler verilirdi. Medreseler, “umumî medreseler”, ve “ihtisas medreseleri” şeklinde iki ana gruba ayrılmaktadır. Umumi medreseler, o devirdeki ilimlerin hepsinin birlikte okutulduğu kurumlara verilen addır. Bunlar da kendi içinde müderrislerin aldığı maaşa göre “yirmili medreseler”, “otuzlu

kish or Turkic Volume 9/2 Winter 2014, p. 869-885; Halil Özyiğit, “Enderun Mekteb’inde Yetişen İki Sanatçı: Said Efendi ve Tefik Paşa”, Ekev Akademi Dergisi, Yıl: 15 Sayı: 49 (Güz 2011), s.153 vd.; Mehmet İpşirli, “Enderun”, İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/enderun>.

⁴ Sıbyan: Reşit olmamış çocuklar, küçük çocuklar, sübyan (Dilimizde daha çok tekil olarak kullanılır).

⁵ Sefa Yıldırım/Ümit Kılıç, “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Eğitim ve Öğretim”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Nisan 2018 22(Özel Sayı): 603-627; Cahit Atacı, “Eğitim Sistemi, Osmanlı Dünyayı Nasıl Yönetti, s.243-284.

⁶ Bu eğitim-öğretim müesseselerine Karahanlı ve Selçuklu’larda “Sıbyan Mektebi”, Osmanlı Devleti’nde ise “D’arut-tâlim”, “Dârul-İlim”, “Muallimhane”, “Mahalle Mektebi”, Taş mektep”, “Mekteb-i İbtidâîye” gibi isimler verilmiştir. Bkz. Atacı, s.244.

⁷ Atacı, s.244-246.

⁸ Atacı, s.247-254.

medreseler”, “kırklı medreseler”, “ellili medreseler” ve en üstte ise “Sahn-ı Seman medreseleri” şeklinde bir yapılanmaya sahiptir. Bu medreselerde Arapça, mantık, gramer, fıkıh (İslam hukuku), kelâm, hadis, fıkıh usûlü, tefsir; Sahn-ı seman medreselerinde ilave olarak ilm-i heyet (astronomi), hendese (geometri), tıp gibi bilimlerde öğretilmektedir. İhtisas medreseleri, belli bir bilim dalında ağırlıklı olarak eğitim-öğretim yapan kurumlardır. Mesela “dâr’ul-kurra”, “dâr’ul-hadis”, “dâr’uş-şifa” bu şekildedir. Daha sonraları kadı (hâkim) yetiştirmek üzere “medrese’tül-kudat”, imam ve hatip yetiştirmek üzere “medrese’tül-eimme ve’l- hutebâ” gibi ihtisas medreseleri oluşturulmuştur.

2. Tanzimat Sonrası Eğitim-Öğretim Kurumları

Osmanlı Devleti’nin 19. Yüzyılda (1800-1900) askerî, siyasî, bilim ve ekonomi yönünden Batı karşısında gerilemesi, devlet ileri gelenlerini reformlara yöneltmiştir. Bunun öncesinde Nizâm-ı Cedid dönemi olarak da ifade edilen ve Sultan III. Selim’in hükümdarlığı (1789-1807) döneminde, diğer alanlarda olduğu gibi eğitim ve öğretim faaliyetleri alanında da yenileşme ve değişim hareketlerine girilmiştir. Medreselerin ıslahına yönelik olarak alınan tedbirler, askerî alanda faaliyet gösteren okulların açılması, matbaanın canlandırılması, yabancı dillerde kaleme alınan eserlerin tercüme girişimleri bu dönemin belirgin özelliklerini oluşturmaktadır⁹.

Devletin kötüye gidişinin temelinde askerî sistemdeki bozukluk olduğu düşüncesiyle öncelik askerî alandaki reformlara verilmiştir. Bu bağlamda başta yeniçeri ocağının kaldırılması ve askerî okulların açılması gibi konular gündeme gelmiştir. Bu amaçla 1734’te I. Mahmut tarafından “Hendesehane” (mühendis mektebi); 1775’te Mühendishane-i Bahrî-i Hümayûn (deniz mühendisliği-deniz okulu); 1795’te Mühendishane-i Berrî-i Hümayun (askeri mühendis); 1826’da Menşe-i Küttâb-ı Askerî (askeri kâtip okulu); 1827’de ordunun hekim ihtiyacını karşılamak üzere Tıbhâne-i Âmire; 1835’te subay yetiştirmek üzere Mekteb-i Harbiye açılır¹⁰.

⁹ Ünal Uğur, “III. Selim’den Meşrutiyete Osmanlıda Eğitim (1789-1876)”, Türk Eğitim Tarihi, Ankara 2016, 151-152

¹⁰ Osman Taştekin, “18. Yüzyıl ve Sonrası Osmanlı Eğitim Kurumları”, Cumhuriyet İlahiyat Dergisi, Aralık 2019, 23 (3): 1143-1166; Ahmet Beydilli, “Mühendishane-i Berrî-i Hümayun”, TDV İslam Ansiklopedisi, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2006), 31: 516; Abdülkadir Özcan, “Harbiye”, TDV İslam Ansiklopedisi, (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1997), 13: 115-116; Fulya Duman, Osmanlıda Tıp Eğitimi ve Mekteb-i

1839 tarihinde Abdülmecit'in tahta çıkışı ve akabinde Mustafa Reşit Paşa'nın etkileri ile Tanzimat Fermanı'nın (Gülhane Hatt-ı Hümayunu) ilan edilmesiyle birlikte, "batılılaşma" veya "çağdaşlaşma" hareketleri (reformlar) hız kazanmıştır. Bu dönemde devletin ileri gelenleri, yapılacak esaslı reformların yapılabilmesi ve bunların tatbik edilebilmesi için eğitilmiş kişilerin sayısının artırılması gerektiğinden hareketle reform hareketlerini eğitim alanında yoğunlaştırmışlardır¹¹.

1838'li yıllardan itibaren eğitim-öğretim alanında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Öncelikle maârif teşkilatı genel itibarıyla ilk (iptidâî), orta (rüştîye), idadî (lise) şeklinde kademelendirildikten sonra, 1845'li yıllardan itibaren de yükseköğretimde dâr'ül-fünûn ve diğer okullar açılmaya başlanmıştır. Bu kapsamda açılan okullardan başlıcaları tarihi sırasıyla şunlardır.

(1) Mekteb-i Fenn-i Nücûm (1839): Astronomi eğitimi için açılan ilk ve tek okuldur. Ömrü çok kısa olan bu okul müneccimbaşlar tarafından idare edilmiştir¹².

(2) Dâru'l-Mualimîn (1848): Erkek öğretmen okulu olarak 1848 kurulup 1924 yılına kadar faaliyetini sürdürmüştür¹³.

(3) Mekteb-i Mülkiye (1858): İlk resmi adı 'Mekteb-i Fünûn-ı Mülkiye' Osmanlı devletinin idarî kadrolarında görev alacak kişileri yetiştirmek üzere 1858 tesis edilmiştir¹⁴.

(4) Mekteb-i Tıbbiye-i Mülkiye (1867): Osmanlı Devleti'nde açılan ilk sivil tıp okuludur¹⁵.

(5) Dâru'l-Mualimîn-i Sıbyan (1868): İstanbul Beyazıt'ta 15 Kasım 1868'de ilkokul basamağına öğretmen yetiştirmek için hizmete açılan okuldur¹⁶.

Tıbbiye (Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, 2015), s.84.

¹¹ Şenay Başkan/Abdulhaluk Mehmet Çay, "Tanzimat Dönemi Osmanlı Eğitim Sistemi", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 64 Haziran 2019, s.176 vd.

¹² Salim Aydüz, "Osmanlı Astronomi Müesseseleri", Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi 2/4 (2004), s.437.

¹³ Cemil Öztürk, "Dâru'l-Muallimin", TDV İslam Ansiklopedisi, 1993-8, s.551

¹⁴ Necdet Serin, "Mekteb-i Mülkiye'den Siyasal Bilgiler Fakültesi'ne" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 40/1 (1985), s. 9.

¹⁵ Abdullah Yıldız, "Osmanlı İmparatorluğu'nda Sivil ve Türkçe Tıp Eğitimine Geçiş", Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası 70/3 (2017), s.130.

¹⁶ Faik Reşit Unat, Türkiye Eğitim Sisteminin Gelişmesine Tarihi Bir Bakış, Ankara 1964, s.32.

(6) Dâr’ul-Fünûn (1870): ‘Fenler Evi’ anlamına gelen Dâru’l-fünûn Edebiyat, Hukuk, Mühendislik bölümlerini kapsayacak şekilde 20 Şubat 1870’te eğitime başlamıştır¹⁷.

(7) Daru’l-Muallimât (1870): Osmanlı Devleti’nde 1870- 1924 yılları arasında faaliyet gösteren kız öğretmen okullarına verilen addır¹⁸.

(8) Mekteb-i Müze-i Humâyûn (1875): Eski eserler, özellikle müze, arkeoloji vb. alanında uzman personel yetiştirmek için kurulan mekteptir. Eski eserler okulu anlamında ‘Âsâriâtika Mektebi’ olarak da adlandırılmaktadır¹⁹.

(9) Menşe-i Muallimîn (1875): Askeri okulların meslek dışı derslerini okutacak sivil öğretmen yetiştirmek üzere açılan yüksek dereceli bir eğitim kurumudur²⁰.

(10) Mekteb-i Hukuk-i Sultânî (1880): Galatasaray Mekteb-i Sultanîsi bünyesinde yükseköğretim düzeyinde hukuk eğitimi vermek üzere kurulmuştur.

(11) Dâru’l-Bedâyî (1883): ‘Daru’l-Bedâyi-i Osmanî’ adıyla da anılan ve ‘güzellikler evi’ anlamına gelen kurum, İstanbul Belediyesi’ne bağlı olarak 1913-1914 yılında açılmıştır²¹.

(12) Mekteb-i Sanâyi-i Nefise (1883): Sultan II. Abdülhamid döneminde 1883’de İstanbul’da açılan ‘Güzel Sanatlar Okulu’dur. Bu mektepde resim, oymacılık, mimarlık ve hakkaklık (oymacılık) ile sanat dersleri okutulup öğretilmiştir²².

(13) Dâru’lmuallimîn-i Âliye (1892): 1892’den itibaren lise düzeyindeki okullara öğretmen yetiştirmek üzere kurulan bu okul, Cumhuriyetin ilanından

¹⁷ Ali Arslan, Dârü’l-fünûn ‘dan Üniversiteye, İstanbul 1995, s.40 vd.

¹⁸ Hasan Ali Koçer, Eğitim Sorunlarımız Üzerine İncelemeler ve Düşünceler, Ankara 1975, s.33.

¹⁹ Nezih Başgelen, “Müze-i Hümayun’dan Günümüze İstanbul Arkeoloji Müzeleri”, Arkeoloji Dergisi 14 (2006), s.114-115.

²⁰ Hamza Altın, “Osmanlı Son Döneminde Muallim Okulları Dışındaki Öğretmen Yetiştiren Kurumlara Genel Bir Bakış”, Sosyal Bilimler Dergisi,2011/1, s.12.

²¹ Özdemir Nutku, “Daru’l-Bedâyi”, TDV İslam Ansiklopedisi, 1993-8, s.515.

²² Sedat Hakkı Eldem/M. Ali Handan, “Güzel Sanatlar Akademisi”, Arkitekt (Mimarlık-Şehircilik Ve Belediyecilik Dergisi 22 /1-2 (1954), s.5.

sonra, 1924'ten itibaren Yüksek Muallim Mektebi ismini almıştır²³.

(14) Ulûm-ı Âliye-i Dinîye (1900): ‘Yüksek Dinî İlimler’ anlamına gelmekte olup 1900 yılında ‘Darü'l-Fünûn-ı Şahâne’ adıyla tekrar eğitim hizmete başlayan yükseköğretim kurumu bünyesinde açılan üç şubeden biridir. Diğer iki şube olan Ulûm-ı Riyaziye ve Tabiiye ile Edebiyat şubelerinin öğretim süreleri üçer yıl, Ulûm-ı Âliye-i Dinîye'nin öğretim süresi ise dört yıl olarak belirlenmiştir. 1915'e gelindiğinde bu bölüm lağvedilmiş, öğrencileri ise ‘Darü'l Hilâfeti'l-Âliye’ adıyla düzenlenen medreselere aktarılmıştır²⁴.

(15) İnâs Dâr'ul-fünûnu (1914): Sultan II. Abdülhamid döneminde 12 Eylül 1914'te kurulmuş ve sadece bayanların eğitim gördüğü bir yükseköğretim kurumudur. Sadece bayanlara yönelik olması nedeniyle hem Osmanlıda hem de Türkiye Cumhuriyeti'nde ilk olma özelliğini korumaktadır. Öğrenim süresi üç yıl olarak belirlenmiştir. Edebiyat, Riyaziyyat ve Tabiiyyat şubelerinden oluşan mektep, 1917'de ilk mezunlarını vermiş, 1920'de ise lağvedilmiştir²⁵.

(16) Dâru'l-Hilafeti'l Aliyye: 1914'de medreselerin tek bir çatı altında toplanmasını sağlayan Islâh-ı Medaris Nizamnâmesi'ne bağlı olarak medreselerin aldığı isimdir²⁶.

(17) Dâru'l-Elhan (1914): Ağırlıklı olarak batı müziği eğitimi verilen ve ‘nağmeler evi’ anlamına gelen Dâru'l-Elhan, Sultan Mehmed Reşad döneminde 1914'te açılmıştır. Ancak I. Dünya Savaşı nedeniyle faaliyetini sürdürememiştir. 1 Ocak 1917 tarihinde tekrar açılmıştır²⁷.

(18) Dâru'l-Hikmeti'l-İslâmiye : 1918-1922 yılları arasında

²³ Süleyman Ünüvar, “Fen-Edebiyat Fakülteleri ve Formasyon Programı (Öğretmen Yetiştirme)”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Dergisi 1/2 (2012). s.98.

²⁴ Ali Arslan, “Darülfünun İlahiyat Fakültesi, Fakülte Meclisi'nin Kurulması ve İlk Meclis Zabıtları (1911-1912)”, Değerler Eğitimi Dergisi 5/13 (2007), s.11; Mustafa Öcal, “İlahiyat Fakültelerinin Tarihçesi”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 1/1 (1986), s.184.

²⁵ Bahar Baskın, “II. Meşrutiyet'te Kadın Eğitimine Yönelik Bir Girişim: İnâs Darülfünunu”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 2008, s.91.

²⁶ Harun Yılmaz, “Osmanlı Son Döneminde Medreselerin Islahı ve Panislamizm Tartışmaları Bağlamında Bir Medrese: Kudüs Selâhaddîn-i Eyyûbi Külliye-i İslâmiyyesi ve Külliye Talimatnamesi” Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 51 (2016), s.82.

²⁷ Hikmet Toker/Erhan Özden, “Osmanlı Devleti'nde Müzik Eğitimi Veren Önemli Kurumlar”, Rast Müzikoloji Dergisi (2013), s.118; Erhan Özden, “Osmanlı'nın Mûsikî Okulları”, Rast Müzikoloji Dergisi, 1/2 (2013), s.20.

şeyhülislâmîliğe bağlı olarak faaliyet gösteren, İslâm akademisi hüviyetinde ilmî kuruluştur²⁸.

Bu dönemde, devlet yönetimi düşüncesinin ve kurumların değişmesinde en etkili olan ülke Fransa'dır. Bu anlamda Fransız düşüncesiyle esaslı temas, 1820'li yıllarda Bâb-ı Âli'de dış ilişkilerle alakalı olarak kurulan Tercüme Odası'nda öğretilen Fransızcayla başlamıştır²⁹. Batı tipi eğitim vermek üzere 1838 yılında kurulan Mekteb-i Tıbbiye'de öğretim dili Fransızcadır. Eğitim-öğretim kurumları alanında yapılacak reformlar için Fransız hükümetinin tavsiyesi üzerine Fransız Eğitim Bakanı Victor Duruy tarafından hazırlanan 1867 tarihli raporda belirttiği tavsiyelerden birisisi de fen, tarih, hukuk ve idare bilimleri okutulacak bir üniversite kurulmasıdır³⁰. İlk olarak 1859'da kurulan, 1877'de tekrar yapılandırılan Mekteb-i Mülkiye'nin teşkilat yapısı ve ders programları da Fransa uygulamasına göre belirlenmiştir. Ders kitapları Fransızcadan tercüme edilmiş, 1863'ten itibaren de Fransızca öğretilmeye başlanmıştır³¹.

B. MÜLKİYE VE HUKUK MEKTEPLERİNİN KURULMASI VE İDARE HUKUKU DERSİ

Bu makalenin “idare hukuku dersinin tarihçesi” konusunu ele aldığını ifade etmiştik. Ders olarak idare hukuku ise mülkiye ve hukuk mekteplerinde okutulduğundan bu mekteplere ayrıca yer verilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Bünyesinde hukuk şubesi de olan Dâr'ul- fûnûn kurulma çalışmaları 1845'li yıllarda başlamış ise de ancak 1863'te faaliyete başlayabilmiştir. Mekteb-i mülkiye ise 1859 yılında faaliyete başlamıştır. Bu nedenle mekteb-i mülkiye'ye öncelik verdik.

1. Mekteb-i Mülkiye ve İdare Hukuku Dersi

Tanzimat öncesi dönemde devlet memurları Enderun dışında, memuriyete alındıktan sonra, buldukları dairenin işlerini öğrenerek hizmet içinde yetiştirilirdi. Bu sistem artık ihtiyacı karşılayamaz hale gelmişti. 1858 yılında memur yetiştirme meselesini yeniden ele alan Meclis-i Vâlâ, memurların

²⁸ Sadık Albayrak, “Dâru'l-Hikmeti'l-İslâmiye”, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1993, 8, s.506.

²⁹ Niyazi Berkes, Türkiye'de Çağdaşlaşma, Ankara 1973, s.176.

³⁰ Berkes, s.209.

³¹ Nuray E. Keskin “Türkiye'de Kamu Yönetimi Disiplininin ‘Kökene’ Sorunu, AİD, 2006, Cilt.39, Sayı.2, s.4.

özellikle kaymakam ve kaza müdürlerinin idarî ve malî mevzuattan habersiz, gönderilen emirleri anlamaktan aciz oldukları, devletlerarası anlaşma hükümlerini kavrayamadıkları, dil bilmemeleri sebebiyle yabancılarla sağlıklı ilişki kuramadıklarından bahisle memur yetiştirilmesine mâtufluk bir mektebin tesis edilmesi yönünde Sadaret'e bir mazbata sunmuştur. Bunun üzerine 9 Mayıs 1858 (25 Ramazan 1274) tarihli bir iradeyle Mekteb-i Fünûn-ı Mülkiyye adlı yeni bir okulun açılmasına, okulun öğrencilerinin bir kısmının genç ve yetenekli memurlardan, bir kısmının da yirmi beş-otuz yaş arasındaki kimselerden sınavla belirlenmesine karar verilmiştir. Maârif-i Umûmiyye Nezâreti'ne bağlanacak bu okulun mezunları kaymakam, kaza ve mal müdürü olabilecek, eğitim süresi iki yıl olup devam zorunluluğu olacaktı³². Bu ilk mülkiye mektebi, rüştiye ile âdâdî arasında iki yıllık bir orta öğretim kurumu olarak tasarlanmıştır³³. Maârif-i Umumiye Nezareti ve Meclis-i Âli-yi Tanzimat birleşerek 11 maddelik Mekteb-i Mülkiye Nizamnâmesi hazırlamış ve mektep için Ticarethanede 10 sınıf hazırlanmış, Maarif Nazırlığı da hocaları ve öğrencileri seçmiş, nihayetinde mektep 28 Ocak 1859 tarihinde eğitim-öğretime başlamıştır³⁴.

³² Ela Özkan, "19. Yüzyılda Mekteb-i Mülkiye Mezunlarının Devlet Kademelerinde İstihdam Edilmeleri Üzerine Örnekler", Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 30, 2020, Sayı: 2, s.417-418; Ali Akyıldız, "Mekteb-i Mülkiyye", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2016, C.2, s.240-242.

³³ Necdet Serin, "Mekteb-i Mülkiye'den Siyasal Bilgiler Fakültesi'ne" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 40/1 (1985) s. 9.

³⁴ Okulun açılışı 18 Cemaziyül-ahir 1275 (23 Ocak 1859) tarih ve 567 sayılı Takvim-i Vekayi'de şu şekilde belirtilmektedir: "*Kaymakamlık ve müdürlük gibi umur-u mülkiyede müstahdem olacak memurlara mahreç olmak üzere bir Mekteb-i Mülkiye teşkiliyle Aklam-ı Şahane'de bulunan ketebenin ehliyetlularından ve talebenin Mukaddemat-ı ulumu görmüş müsteiddanından münasip miktar zat bil intihap alınarak kendilerine lüzum-u mertebede Fenni Tarih ve Coğrafya ve Hesap ve Ekonomi Politik ve Nizamat-ı Cedide ve Muahadat-ı Saltanat-ı Seniyye okutturulup bunlardan kesb-i istikkak edenlerin o misillü taşra memuriyetlerine tayiniyle açıktan şunun, bunun kaymakam ve müdür nasbolunmaması hakkında ittihazı icabeden usul ve nizam Meclis-i Aliyi Tanzimat'da bileraf müzakere ve mütalea olunarak olbabda bir küt'a nizamnâme kaleme alınmış ve iş bu teşkil olunacak mektep için muahharen Ticarethane'de bulunan mahal tesviye ve tanzim olunarak okunacak fünun için lüzum olan hocalar dahi intihap ve tayin kılınmış olduğundan nizamnâme-i mezkur ahkamınca bu sene alınması lazım gelen şakirdanın tertip ve ikmalıyla Mekteb-i mezkurun teşkili ve fünun-u muharrerinin suret-i tedris ve talimi ve mektebin idarei dahiliyesi hakkında lazım gelen usulün dahi hemen tanzim ve tesviyesi hususu müteallik ve şerefsünuh buyrulan İrade-i Seniye-i Hazret-i Padişahi icabı alisi olmak üzere maarif-i Umumiye Nezaret-i behi-*

Mekteb-i Mülkiye Nizamnâmesi'nin 8. maddesinde, bu iki yıllık okulda okutulacak dersler şu şekilde belirlenmiştir. (1) Fenn-i had (hat), (2) inşâ (kompozisyon), (3) hesap (aritmetik), (4) hendese-i ameliye (geometri), (5) ekonomi politik, (6) tarih, (7) coğrafya, (8) istatistik, (9) kavanin-i cedide-i saltanat-ı seniyye (yeni Osmanlı kanunları), (10) hukuk-u milel (devletler hukuku), (11) muâhedat-ı Devlet-i Aliyye (Osmanlı Devleti'nin yabancı devletlerle yaptığı anlaşmalar), (12) idare-i memlekette muktazî olan sâir bazı şeyler³⁵.

Ancak, Cerîde-i Havâdis'te çıkan mektebin resmî açılışına dair yazıda bu derslere bazı ilâvelerin yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu dersler şunlardır. (1) Kavânîn ve usûl-i Tanzimat-ı Hayriyye, (2) ticaret kanunları, (3) muhasebe usûl-i defterî (muhasebe), (4) usul-i idare (idare usulü), (5) siyâset-i medeniyye (medenî siyaset), (6) usûl-i ahkâm-ı cezâ (ceza hükümleri usulü), (7) kavâid, (8) usul-i muhâkemât, (9) kozmografya, (10) hikmet (fizik), (11) tevârih-i tabiiyye (jeoloji ve biyoloji)³⁶.

İdare hukuku dersinin programda yer alması: Bu derslerden ekonomi politik, usul-i idare, devletler hukuku ve ceza hukuku isimli dersler ilk defa mekteb-i mülkiyenin müfredatında yer almıştır. Bu tarihe kadar bu isimli dersler hiçbir Osmanlı mektebinde okutulmuş değildir³⁷. Bu bilgilerden yola çıkarak idare hukuku dersinin ilk ifadesinin, 1859'da faaliyete başlayan Mekteb-i Mülkiye'nin ikinci sınıfında okutulmak üzere programa konulan "**usul-i idare**" isimli ders olduğu söylenebilir.

Ancak yukarıda isimleri zikredilen derslerin hepsine hoca tayin edilerek öğretime başlanamamıştır. Okul açılırken sadece altı (6) hoca tayin edildiği anlaşılmaktadır³⁸. Bu altı hocanın vermekle görevlendirildiği dersler arasında

sine havale olunmuştur". Bkz. Ali Çankaya, Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, Ankara 1954, C.1, s.6.

³⁵ Doğan, s.15.

³⁶ Ali Akyıldız, "Mekteb-i Mülkiye", Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul 2016, C.2, s.240-242.

³⁷ Adem Doğan, Osmanlı Eğitiminde Mülkiye Mektepleri, (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2007, s.16.

³⁸ Bahsedilen hocalar, maaşları ve görevlendirildikleri dersler şu şekildedir: (1) Tevârih ve Kavanin-i Nizamât ve Fıkıh-ı Şerif; (Okutan: Mustafa Hazım Efendi. (Maaşı) 1500 kuruş (2) Usulü İstatistikîye ve Hukuk-u Milel ve Muahedat-ı Devlet-i Aliyye ve Ekonomi Politik ve İdare-i Memâlik-i Mütemeddine ve Usul-ü Ahkâm-ı Cezaîye (Okutan : Tercüme

“usul-i idare” dersi yer almamaktadır. Bu da göstermektedir ki 1859’da idare hukuku dersi fiilen okutulmaya başlanamamıştır. Fiilen okutulmaya başlanmadığı için bir idare hukuku ders kitabından veya ders notlarından da söz edilemeyecektir.

Mekteb-i Mülkiye, 1867 yılında 3 yıla, 1868 yılında da 4 yıla çıkarılmıştır. 1866 ders yılında Rik’a, 1871’de Umur-u Mülkiye, İdare Hukuku, Hendese, 1872’de İlm-i Servet-i Milel, İktisat ve Maliye, Mecelle, 1874’te Methal-i Hukuk, Hukuk Başlangıcı, Arabî, Fârisî dersleri ilave edilmiştir. 1874 yılında Fransızca dersi programdan çıkarılmıştır³⁹. Bu dönemde de usul-i idare dersinin fiilen işlenip işlenmediğine, işlendiyse hangi hoca tarafından verildiğine ilişkin bir kayıt bulunamamıştır. Kanaatimiz odur ki, bu dönemde de idare hukuku dersi fiilen okutulmamıştır.

II. Abdülhamit tahta çıktığı andan itibaren mektebe önem vermiş ve 18 Muharrem 1294 (2 Şubat 1877)’de bir irâde yayınlarak, Mekteb-i Mülkiyenin ıslahını istemiştir. Şûrâ-yı Devlet’çe, 1877 tarihinde Mekteb-i Mülkiye Nizamnâmesi yeniden tanzim edilmiştir. Bu Nizamnâmeyle mektep, üç sınıflı îdâdî, iki sınıflı yüksek olan bir yüksekokul hüviyetine dönüştürülmüştür. 1891’de yüksek ve îdâdî kısımlara birer sene ilavesiyle tahsil müddeti 7 yıla çıkarılmıştır⁴⁰.

Odasından Emin Efendi (Maaşı) 800 kuruş (3) İnşa-i Türkî (Okutan: Emin Efendi (Maaşı) 750 kuruş (4) Coğrafya ve İstatistika (Okutan: Tercüme Odasından Necip Efendi (Maaşı) 500 kuruş (5) İlm-i Hesap ve Mesaha ve Kozmoğrafi (Okutan: Mustafa Efendi (Maaşı) 500 kuruş (6) Kavanin-i Ticaret ve bağzı esas malumat-ı ticariye (Okutan: Gavril Efendi (Maaşı) 500 kuruş. Bkz. Doğan, s.15.

³⁹ Çankaya, s.30.

⁴⁰ Doğan, s.24-25, 28. 1883’te de yatılı okul haline getirilmiştir. 1892’de ise bir sınıf daha eklenerek, okulda öğretim altı yıla çıkarılmıştır. 1913’te, Mekteb-i Mülkiye, Paris Siyasal Bilgiler Okulundan esinlenerek, yeniden örgütlendirilmiştir. Mektep’te uzmanlaşmayı sağlamak üzere, Siyasi, İdari ve Mali Şubeler açılmıştır. Mekteb-i Mülkiye 1915’te kapatılmış ve ödeneği Dârü’l-fünûn bütçesine aktarılmıştır. 1918’de tekrar tedrisata başlamıştır. 1936’da Ankara’ya taşınarak ‘Siyasal Bilgiler Okulu’ adını almıştır. 1950’de ise ‘Siyasal Bilgiler Fakültesi’ adı ile Ankara Üniversitesine bağlanmıştır. Necdet Serin, “Mekteb-i Mülkiye’den Siyasal Bilgiler Fakültesi’ne” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 40/1 (1985) s. 9; Adem Doğan, Osmanlı Eğitiminde Mülkiye Mektepleri, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), s.10; M. Murat Baskıcı, “Mekteb-i Mülkiye’den Siyasal Bilgiler Fakültesi’ne 150 Yılın Kronolojisi”, Mülkiye Dergisi 33/265 (2009), s.261 vd.

İdare hukuku dersinin fiilen okutulmaya başlanması: 23 Mart 1877 tarihli Cedid Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Nizamnâme-i Dâhilisinde, mekteb-i mülkiyede okutulacak dersler belirtilmiştir. Bu dersler arasında 4. Sınıfta (yüksek kısım) okutulacak “*Usul-i İdare-i Umumiye ve İdareye Mûteallik Mevad*” ; 5, 6, ve 7. Sınıflarda okutulacak “*Usul-i İdare*”, isimli bir ders yer almaktadır⁴¹. Mektebin ders programında “usul-i idare” dersinin Ūlâ Sânisî rütbesinde Sakızlı Ohannes Efendi tarafından verileceği belirtilmektedir⁴². Buradan anlaşıldığına göre Mekteb-i Mülkiye’de 1877’den itibaren idare hukuku (usul-i idare) dersi fiilen okutulmaya başlanmıştır.

2. Dârulfünûn İlm-i Hukuk Şubesi ve İdare Hukuku Dersi

Dârulfünun kurulma teşebbüsleri: Tanzimat’la birlikte başlayan eğitimde iyileştirme yapılması ve batı tipi eğitim kurumlarının oluşturulması fikri doğrultusunda, 1845 yılında kurulan Meclis-i Muvakkat, hazırladığı lâyhada, nitelikli memur yetiştirmek maksadına mâtuf, Dâr’-ul Fünûn (Dârulfünûn) adlı bir yüksek öğretim kurumunun kurulmasına yer vermiştir. 1846 yılında kurulan Dâimî Maârif Meclisinin görevlerinden birisi de İstanbul’da bir Dârulfünûn kurulmasıdır. Bu amaçla para ve yer tahsisinden sonra binanın inşaatına başlanması kararlaştırılmıştır. 1846’da başlayan inşaat 1865’te tamamlanmış ise de binanın bazı kısımları bakanlıklara tahsis edilmiştir⁴³. İnşaatın uzaması sebebiyle, resmi açılıştan önce 1863 yılında halka açık konferanslar şeklinde derslere başlanmış ve ilk dersi Kimyager Derviş Paşa vermiştir. Daha sonra fizik, kimya, tabii ilimler ve tarih dersleri de ilâve edilmiştir. Konferans şeklinde ders verme usulü 1865 yılına kadar sürmüştür. İlk bina bakanlıklara tahsis edilince, 1865 yılında başlanan yeni bina inşaatı 1869’da tamamlanabilmiştir⁴⁴.

1851’de kurulup Dârulfünûn’da (Dârulfünûn-ı Osmânî) okutulacak ders kitaplarının hazırlanması işiyle görevlendirilen Encümen-i Daniş, 1863’e kadar bu konuya ilişkin bir çalışma yapmadığı ifade edilmektedir⁴⁵.

⁴¹ Doğan, s.38-40.

⁴² Doğan, s.41.

⁴³ Ekmeleddin İhsanoğlu, “Dârulfünûn Tarihçesine Giriş- İlk İki Teşebbüs”, Belleten, C.LIV, 1990, Sayı.210, s.701-705.

⁴⁴ İhsanoğlu, İlk İki Teşebbüs, s.707 vd.

⁴⁵ Ekmeleddin İhsanoğlu, “Dârulfünûn Tarihçesine Giriş- İlk İki Teşebbüs”, Belleten, C.LIV, 1990, Sayı.210, s.701-703.

İdare hukuku dersi isminin programda yer alması: 1869 yılında yürürlüğe giren Maârif-i Umûmiye Nizamnâmesi'nin 79-128. maddelerinde Dârulfünûn konusu düzenlenmiştir. Nizamnâmeye göre Dârulfünûn, “hikmet ve edebiyat”, “ilm-i hukuk”, “ulum-i tabiiye ve riyâziyye” şubelerinden oluşmaktadır⁴⁶. Nizamnâmeye göre İlm-i Hukuk Şubesi'nde okutulacak dersler şunlardır⁴⁷: (1) Fıkıh, (2) Usul-i Fıkıh, (3) Roma Hukuku, (4) Fransız Medeni Kanunu, (5) Usul-i Muhâkeme, (6) Kara ve Deniz Ticaret Kanunu, (7) Ceza Kanunnâmeleri, (8) Usul-i Muhâkeme-i Cinayet, (9) Hukuk-ı İdare, (10) Hukuk-ı Mîlî. Görüldüğü üzere 1869 tarihli Nizamnâmeye göre Dârulfünûn'un hukuk şubesi dersleri arasında “hukuk-ı idare (idare hukuku) dersi” yer almaktadır.

İdare hukuku dersi fiilen okutulmaya başlanamamıştır: Dârulfünûn, 20 Şubat 1870'te Sadrazam Âli Paşa'nın hazır bulunduğu bir törenle öğretime açılmıştır. 1870 senesi *Devlet Salnamesi*'nde, Dârulfünûn'da okutulacak dersler ve hocalarına yer verilmiştir. Yine aynı tarihli Takvim-i Vekâî'de de okutulacak dersler ve hocalar belirtilmiştir. Nizamnâmede Dârulfünûn'un üç şubeden oluştuğu ve her şubede okutulacak dersler ayrı ayrı belirtilmesine rağmen, derslerin şube ayrımı yapılmadan tek şube gibi belirlendiği ifade edilmektedir⁴⁸. 1871 yılında başlayan ikinci ders yılı programında da Nizamnâmede belirtilen derslerin çoğunun bulunmadığı belirtilmektedir⁴⁹. Dârulfünûn'un faaliyeti 1873 yılında son bulmuştur.

Yukarıdaki bilgilere göre, 1870 yılına kadar hukuk şubesinde idare hukuku (hukuk-ı idare) dersi okutulmaya başlanamamıştır. Zaten 1873 yılında da Dârulfünûn'un faaliyetine son verilmiştir.

3. Mekteb-i Hukuk-ı Sultânî ve İdare Hukuku Dersi

Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi, 1868 yılında îdâdî (lise) dengi bir eğitim kurumu olarak açılmıştır. Mayıs 1868 tarihinde öğrenci kaydına 1 Eylül 1868 tarihinde de törenle eğitim-öğretime başlamıştır. Beyoğlu semtinde bulunan Galata Sarayı'nda eğitime başladığı için Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi adını almıştır⁵⁰.

⁴⁶ İhsanoğlu, İlk İki Teşebbüs, s.705 vd.

⁴⁷ İhsanoğlu, İlk İki Teşebbüs, s.716-717.

⁴⁸ İhsanoğlu İlk İki Teşebbüs, s.724-725.

⁴⁹ İhsanoğlu, İlk İki Teşebbüs, s.731.

⁵⁰ Adnan Şişman, “Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi?”, İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklo->

İdare hukuku dersinin programda yer alması: Mekteb-i Sultânî binası Mekteb-i Tıbbiyye'ye tahsis edildiğinden, Eylül 1873 tarihinde Mekteb-i Sultânî de tıbbiyenin Gülhane'deki binasına taşınır ve faaliyetlerini üç yıl burada sürdürür. Burada okulun müdürü olan Sava Paşa, Maarif Nâzırı Saffet Paşa tarafından Dârülfünun'u kurmakla da görevlendirilir. Sava Paşa Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi bünyesinde Hukuk, Edebiyat ve Turuk ve Maâbir (mülkiye mühendisliği) yüksek okullarından oluşan Dârülfünûn-ı Sultânî'yi (resmi adı "Mekâtib-i Âliye-i Sultaniye) kurmayı başarır. 1874-1875 eğitim yılında hukuk şubesinde eğitim-öğretim başlar⁵¹. Darülfünun-ı Sultani'nin şubelerinden (fakültelerinden) biri olan Hukuk Mektebi Nizamnâmesinin 11. ve 12. maddelerine göre öğretim süresi, yılda 9 ay olmak üzere 4 yıldır. Dârülfünûn-ı Sultânî 1881 yılında faaliyetini sonlandırmıştır.

Nizamnâme ve ders programında, dördüncü sınıfta okutulacak "hukuk-ı idare" isimli bir ders yer almaktadır⁵²:

İdare hukuku dersi okutulmamıştır: Hukuk Mektebi'nde öğretime başlandığı ilk senede Mecelle dersi (Muallim Rauf Efendi) ve hukuk-ı milel dersi (Muallim M.D. Hollys) olmak üzere sadece iki dersin okutulduğu ifade edilmektedir⁵³. Devlet salnamesinden anlaşıldığına göre 1875-1876 öğretim yılında okutulan ders sayısı artmasına rağmen⁵⁴ bunlar arasında idare hukuku dersi bulunmamaktadır.

Hukuk mektebi, 1877-1878 öğretim yılı sonunda öğretime ara vermiş ancak Ekim 1878'de tekrar öğretime başlamıştır. 1879 Devlet salnâmesinde okutulan dersler ve hocaların isimleri, 1880 Salnamesinde de bu yılda okutulan

pedisi.org.tr/galatasaray-mekteb-i-sultanisi

⁵¹ İhsanoğlu, İlk İki Teşebbüs, s.735; Ekmeleddin İhsanoğlu, "Dârülfünûn Tarihçesine Giriş (II), Üçüncü Teşebbüs: Dârülfünûn-ı Sultani", <https://belleten.gov.tr/tam-metin-pdf/2159/tur>.

⁵² İhsanoğlu, Üçüncü Teşebbüs, s.211. Dersler şu şekildedir: Birinci Sene: Hukuka giriş, Mecelle (fıkıh), mukayeseli Roma hukuku, Roma müesseseleri; İkinci Sene: İslam hukuku (usül-ı fıkıh), Mecelle, mukayeseli Roma hukuku, Osmanlı ticaret hukuku; Üçüncü Sene: Mecelle, usül-i fikh, mukayeseli Roma hukuku, mülki ve ticari davalar, ceza hukuku ve muhakeme usûlü; Dördüncü Sene: Mukayeseli Roma hukuku, İdare hukuku, Amme hukuku (yerli ve yabancı), ekonomi politik.

⁵³ İhsanoğlu, Üçüncü Teşebbüs, s.211.

⁵⁴ Ders ve hoca isimleri için bkz. İhsanoğlu, Üçüncü Teşebbüs, s.212.

dersler ve hocaların isimleri yer almaktadır⁵⁵. Burada yer alan dersler içinde de “*idare hukuku dersi*” bulunmamaktadır.

Yukarıdaki bilgilere göre, Mekteb-i Hukuk-ı Sultânî'nin faaliyette bulunduğu 1874-1881 yılları arasında, Nizamnâmede olmasına rağmen fiilen idare hukuku dersi okutulmamıştır.

4. Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne ve İdare Hukuku Dersi

Tanzimat'tan sonra batı tipi kanunlar ve bu kanunları tatbik edecek nizâmîye mahkemeleri ihdas edilmiştir. Nizâmîye mahkemelerinde istihdam edilecek hâkimlerin yetiştirilmesi amacıyla Adliye Nezareti tarafından, önce 2 Temmuz 1870 tarihinde “Kavânin ve Nizâmat Dershanesi”, açılır. Bunun ihtiyaca cevap verememesi üzerine; 1878 yılında Nizamnâmesi yapılarak, 1880'de Adliye Nezareti'ne bağlı olarak “Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne” ismiyle faaliyete başlamıştır. Mektebin eğitim dili Türkçe, tahsil müddeti 3 yıl olarak belirlenmiştir. 1881'de faaliyeti sona eren Mekteb-i Sultânî bünyesindeki hukuk mektebi de buraya nakledilmiştir. 1886 yılında idaresi Maârif Nezâreti'ne devredilen hukuk mektebi, 1909 yılına kadar Dârülfünûn'dan bağımsız olarak varlığını devam ettirmiştir⁵⁶.

Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne Nizamnâmesinde üç yıllık öğretim süresi içinde, (1) Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), (2) arazi hukuku (Arazi Kanunu-Tapu ve Emlâk Nizamnâmeleri), (3) ceza hukuku (Ceza Kanunu), (4) kara ve deniz ticaret hukuku (Ticaret-i Berriyye ve Bahriyye Kanunları), (5) hukuk ve ceza muhakeme usûlleri (Usûl-i Muhakeme-i Hukukiyye ve Cezaiyye Kanunları), (6) ilâm düzenleme usûlü (Usûl-i Tanzim-i İlâm), (7) milletler hukuku (İlm-i Hukuk-ı Milel), (8) ecnebilerle ilişkilere dair hukukî metinler (Muamelât-ı Ecnebiyyeye müteallik Uhud ve Nizâmât ve Mukâvelât) ve (9) Fransızca (Fransız Lisanı)⁵⁷ okutulması öngörülmüştür. Muallimler Heyeti, Adliye Nezareti'nin onayını aldıktan sonra programa bunların dışında ders ekleme yetkisini haizdir⁵⁸.

⁵⁵ Ders ve hoca isimleri için bkz. İhsanoğlu, Üçüncü Teşebbüs, s.214-215.

⁵⁶ Ekmeleddin İhsanoğlu, Dârülfünun-Osmanlıda Kültürel Modernleşmenin Odağı, C.I, İstanbul 2010, s.154; KOYUNCU Nuran, Hukuk Mektebinin Doğuşu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sayı. 3., s.163 vd.

⁵⁷ Fransızca dersi, ilk program taslaklarında yer almazken padişah tarafından programa eklenmiştir.

⁵⁸ Ali Adem Yörük, Mekteb-i Hukukun Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul 2008, s.70. Açıldığı

Yukarıda görüldüğü üzere, idare hukuku dersi nizamnâmede belirtilen dersler arasında olmadığı gibi ilk yıllardaki ders programlarında da bulunmamaktadır.

İdare hukuku dersinin programa girmesi ve okutulması: Mekteb-i Hukukun 1881-1883 öğretim dönemi ders programı içinde “*Hukuk-ı Siyasiyye-i Osmaniyeye-i Dâhiliyye* (Hukuk-ı Esasiyye ve Hukuk-ı İdare-i Mülkiyye) isimli bir dersin bulunduğu ve bu dersi vermek üzere de Sâid Bey nâmında bir zatın görevlendirildiği ifade edilmektedir⁵⁹. Böylece ilk olarak anayasa hukuku ve idare hukuku konularını kapsayan bir dersin programa dahil edildiği anlaşılmaktadır. Aynı dersin 1884-1885 öğretim döneminde üçüncü sınıflara yine Sâid Bey tarafından; 1887-1888 öğretim döneminde ise Vezir Mâcid Paşa tarafından yürütüldüğü belirtilmektedir⁶⁰.

Mekteb-i Hukuk’un ders programında 1891 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden birisi de “*Hukuk-ı İdare-i Mülkiyye*” isimli bir dersin 2. ve 3. sınıflarda okutulması şeklindedir⁶¹.

Mekteb-i Hukuk’un artık nizâmi hale gelen 1898 yılı ders programında 1. ve 2. sınıflarda okutulmak üzere “*Hukuk-ı İdare*” isimli bir dersin yer aldığı ve bu dersi okutmak üzere **İbrahim Hakkı Bey**’in görevlendirildiği anlaşılmaktadır⁶².

Yukarıda aktarılan bilgilere göre Mekteb-i Hukuk’ta idare hukuku alanına ilişkin dersin okutulmasına ilk olarak 1881 yılında “*Hukuk-ı Siyasiyye-i Osmaniyeye-i Dahiliyye*” isimli dersle başlanmış ve bu dersi Sâid Bey anlatmış; dersin ismi 1898 yıllarında “*hukuk-ı idare*” şeklini almış ve bu dersi de İbrahim Hakkı Bey anlatmaya başlamıştır. İbrahim Hakkı Bey idare hukuku ders kitabı olan “*Hukuk-ı İdare*” isimli eserini 1891’de yazmıştır⁶³.

yıllarda Mekteb-i Hukuk-ı Şahane’de Hukuk muhakemeleri usulü (Adliye Nazırı Ahmed Cevdet Paşa), Methal-i İlm-i Hukuk (Maarif Nazırı Münif Paşa), Ticaret Hukuku (Nâfia Nazırı Hasan Fehmi Paşa), ‘Ceza Muhakemeleri Usulü’ (Baş Müddeiumumi Kostaki Efendi), Ceza hukuku (İsmail Bey), Roma Tarihi (Sait Bey), Mecelle (Ömer Hilmi Efendi), Arazi Hukuku (Abdüssettar Efendi) dersleri okutulmuştur. Bkz. Yörük, s.71-72.

⁵⁹ Yörük, s.74.

⁶⁰ Yörük, s.78, 81.

⁶¹ Yörük, s.85.

⁶² Yörük, s.88, 90.

⁶³ Yörük, s.110.

5. Dârülfünun-ı Şâhâne ve İdare Hukuku Dersi

Hükümdar II. Abdülhamid'in 25. cülûs yılı dönümüne rastlayan 31 Ağustos 1900 tarihinde, Dârülfünun-ı Şâhâne kurulmuştur. Kuruluş Nizamnâmesine göre; (1) Ulûm-ı Âliye-i Diniye Şubesi (Yüksek Din İlimleri) (2) Ulûm-ı Riyâziye ve Tabiiye Şubesi (Matematik ve Doğa Bilimleri) (3) Edebiyat Şubesi olmak üzere üç şubeden müteşekkildir. Ancak Nizamnâmenin 2. maddesi müstakil olarak faaliyet yürüten Mekteb-i Hukuk ile Mekteb-i Tıbbiye-i Mülkiye'nin de Darülfünun-ı Şâhâne şubâtından (şubelerinden) sayıldığı belirtildiğinden, Dârülfünun-ı Şâhâne 5 şubeden oluşmaktadır⁶⁴.

Bu dönemden sonra hukuk ve mülkiye mekteplerinin ders programlarında çok esaslı değişiklikler yapılmadığı dikkate alındığında, idare hukuku derslerinin her iki fakültede okutulmaya devam edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu tarihlerde kaleme alınan ve yayınlanan idare hukuku ders kitaplarının varlığı da bu sonucu doğrulamaktadır.

C. İDARE HUKUKU DERS KİTAPLARININ İLK ÖRNEKLERİ

Bugün “idare hukuku” ismini taşıyan ders “Mekteb-i Mülkiye” programında “*usul-i idare*”, “Mekteb-i Hukuk” programında ise “*hukuk-ı idare*” şeklinde isimlendirildiğini görmekteyiz. Bu farklılık belki de Mülkiye Mektebinde konunun kamu yönetimi açısından ele alınması, Hukuk Mektebinde ise daha çok hukukî yönünün ele alınması amacına matuf olduğundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, söz konusu dersleri ayrı ayrı değerlendirmek isabetli olacaktır.

a. Mekteb-i Mülkiye de Usûl-i İdare Ders Kitapları

“Usûl-i İdare” dersinde okutulan konulara ilişkin tespit edilebilen kapsamlı ilk kaynak, Sakızlı Ohannes Paşa'nın Mülkiye Mektebi öğrencileri için hazırladığı ders notları olduğu ifade edilmektedir. Bu ders notları basılmıştır. Bu eserler tarih sırasına göre şu şekildedir⁶⁵:

-Sakızlı Ohannes Paşa, Usûl-i İdare (Mekteb-i Mülkiye 4. Sınıf), Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Matbaası, İstanbul 1884 (125 sayfa).

⁶⁴ Emre Dölen, “II. Meşrutiyet Döneminde Darülfünun” Osmanlı Bilimi Araştırmaları X-1 (2008), s.1-2.

⁶⁵ Nuray E. Keskin “Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin ‘Kökene’ Sorunu, AİD, 2006, Cilt.39, Sayı.2, s.5-6.

-Sakızlı Ohannes Paşa, Usûl-i İdare-i Mülkiye (Mekteb-i Mülkiye 5. Sınıf), Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Litografya Destgâhı, İstanbul 1885 (129 sayfa).

- Sakızlı Ohannes Paşa, Usûl-i İdare, (Mekteb-i Mülkiye 5. Sınıf), Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Litografya Destgâhı, İstanbul 1892 (346 sayfa).

- Sakızlı Ohannes Paşa, Usûl-i İdare-i Mülkiye, (Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Yedinci Sınıf Talebelerine) Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Litografya Destgâhı, İstanbul 1899 (138 sayfa).

Burada şunu da ifade etmek gerekir ki, 1868’li yıllardan itibaren Ohannes Paşa’nın eserleri dışında Usûl-i İdare isimli başkaca eserler de yayınlanmıştır. Bunların isimleri ve yazarları şöyledir⁶⁶:

-Usûl-i İdare-i Vilâyet, Amire Matbaası, İstanbul 1868 (284 sayfa)⁶⁷.

-Giridî Hüseyin Nesimi, Usûli-i İdare-i Mülkiye, İstanbul 1885 (129 sayfa).

-Sabri, Usûl-i İdare, Matbaa-i Mülkiye, İstanbul 1885 (180 sayfa).

-İzzet, Usûl-i İdare ve Kavânin, E. Tuzlıyan Matbaası, İstanbul 1885 (288 sayfa).

-Giridi Hüseyin Nesimi, Usûl-i İdare-i Mülkiye, Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Litografyası, İstanbul 1887 (İkinci bölüm 57 sayfa).

-Ahmed Naci, Usûl-i İdare yahut İdareye Dair Numune, Kasbar Matbaası, İstanbul 1893 (231 sayfa).

-Usûl-i İdare-i Islahat, 1902 (58 sayfa).

-Mehmed Ziyaeddin Kızıltan, Usûli-i İdare-i Mülkiye, Mekteb-i Mülkiye Taş Destgâhı, İstanbul 1909 (244 sayfa).

Yayınlanan diğer eserler de şunlardır.

--Mehmed Ziyaeddin, Hukuk-ı Siyâsiyye ve İdare, 1327 (1911).

-Hamid, Hukuk-ı Esasiyye ve İdare Dersleri, 1331 (1915).

⁶⁶ Keskin, s.6.

⁶⁷ Bu eserin yazarı bulunmamaktadır.

-Mustafa Âsım, Hukuk-ı İdare ve Hukuk-ı Esâsiyye, 1334 (1918).

-İsmail Hakkı (Görelî)- Usûl-i İdare ve Kavânin, 1341 (1925).

b. Mekteb-i Hukuk'ta Hukuk-ı İdare Ders Kitapları

Mekteb-i Mülkiye'de “Usul-i İdare” dersleri okutulurken, 1880’li yıllardan itibaren de Hukuk Mektebinde de “Hukuk-ı İdare” dersleri okutulmaya başlanmıştır. Hukuk-ı idare ders kitapları da basılmaya başlanmıştır. Bunları da şu şekilde sıralayabiliriz⁶⁸:

-Ali Ragıp, Hukuk-ı İdare, Amire Matbaası, İstanbul 1887 (60 sayfa)

-İbrahim Hakkı, Hukuk-ı İdare, Karabet Matbaası, II Cilt, İstanbul, 1890 (367 sayfa).

-Hacı Ahmed Reşid, Hukuk-ı İdare, İstanbul 1895 (775 sayfa).

-İsmail Hakkı Görelî, Hukuk-ı İdare, İstanbul 1908 (390 sayfa).

-Celal Derviş, Hukuk-ı İdare, İstanbul 1909 (384 sayfa).

Daha sonraki tarihlerde yayınlanan eserler de şunlardır.

-Ahmed Şuayb, Hukuk-ı İdare, Kısım-ı Evvel, Dersaâdet Kanaat Matbaası, 1328(1912)

-Ahmed Şuayb, Hukuk-ı İdare, Cilt.II, Kısım-ı Sani, İstanbul Matbaa-i Hukukiye 1329(1913).

-Muslihiddin Âdil, Mukayeseli Hukuk-ı İdare Dersi, Selânik Rumeli Matbaası- 1327 (1911).

-Mehmed Kenan, Hukuk-ı İdare, 1329 (1913).

-Mustafa Şeref, Hukuk-ı İdare, 1332 (1916).

-Mustafa Şeref, Hukuk-ı İdare-i Vilayât, 1332 (1916).

Yukarıdaki açıklamalardan sonra Mekteb-i Mülkiye’de okutulan “usûl-i idare” ve Mekteb-i Hukuk’ta okutulan “hukuk-ı idare” isimli dersler için kaleme alınan, bugünkü anlamda ders kitabı denilebilecek kapsamda ve içerikte olan iki eserin kapsamı ve içeriği hakkında bilgi vermeye çalışalım.

⁶⁸ Keskin, s.6.

II. SAKIZLI OHANNES EFENDİ’NİN USÛL-İ İDARE İSİMLİ ESERİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, Mekteb-i Mülkiye’de okutulan “usul-i idare” dersine ilişkin, konuları kapsamlı olarak ele alan ilk ders kitabının, Sakızlı Ohannes Efendi tarafından telif edilen “Usul-i İdare” olduğu söylenebilir. Bu eserin birden fazla baskıları bulunduğu anlaşılmaktadır. Biz aşağıda verilen baskıları inceleme konusu yapıyoruz. Mekteb-i Mülkiye’de 5, 6 ve 7. Senelerde okutulmak üzere kaleme alınan eserlerde ele alınan konular ana hatlarıyla şu şekildedir.

A. Usûl-i İdare, (Mekteb-i Mülkiye 5. Sınıflar İçin- 1309 (1892))

Sakızlı Ohannes Efendi tarafından kaleme alınan 1892 tarihli bu eserde yer alan ana başlıklar ve bu başlıklar içinde ele alınan konular özet olarak şu şekildedir. (*Not: Eserde başlık numaraları bulunmamakta olup tarafımızca konulmuştur*).

1. Mukaddime

(1) *İdarenin Lüzum ve Menşei*: Burada öncelikle, bir toplumda “idare”nin gerekliliği ve menşei hakkında bilgiler verilmektedir. Yazara göre, insanlar birlikte yaşamak zorunda olduğundan, medeniyetin inkişafı için hükümet (idare) bir zorunluluktur.

(2) *İdareye Terettüp Eden Vezâifin Vezâif-i Asliye Yahut Menfiye ve Fiiliyye Taksimi*: Bu başlık altında hükümetin (kuvve-i umûmiyenin) genel görevleri bağlamında kişiler arasındaki ihtilafların çözümü, güvenliğin sağlanması, umuma yönelik hizmetler, mülkiyet hakkının korunması, kişi haklarının korunması, bayındırlık faaliyetlerinin ifası gibi hususların idarenin vazifesi kapsamında olduğu ifade edilmektedir.

(3) *İdarenin Vezâif-i Fiiliyesinin Bir Kâide-yi Umumiyyeye Rabt Olunamamasının Esbabı*: Kuvve-i umûmiyenin üstlendiği vazifelerin ifâsı bağlamında her toplumda tatbik edilecek bir genel kâidenin bulunmadığı, bunda iklimin, coğrafyanın, kültürün, insan karakterlerinin etkili olduğu belirtilmektedir.

(4) *Hukuk-ı İdarenin Ulum-ı Hukukiye-i Sâireye Nisbeti*: Burada, idare ilminin, diğer hukuk ilimleri arasındaki yeri tartışılmaktadır. Tabii hukuk ve mevzu hukuk ayrımı, mevzu hukukun umûmî hukuk (kamu hukuku) ve özel hukuk şeklinde ikiye ayrıldığı, dış hukuk ve iç hukuk ayrımında, idare

hukukunun iç hukuk içinde yer aldığı ifade edilmektedir.

(5) *Hukuk-ı Umumiye-yi Mutlaka'nın Hukuk-ı Siyâsiyyeden Tefriki*: Bu başlık altında, idare hukukunun, anayasa hukuku ve siyâsî faaliyetlerden ayrılması konusu ele alınmaktadır. İdare hukuku şöyle tanımlanmaktadır: “*Hukuk-ı idare dahi bilcümle daire-yi mülkiyenin tevfiğ-i hareket edeceği kavânin ve nizâmatın ve efradın idare-i mülkiyeye karşı hâiz olduğu hukuku tayin eden kavaninin mecmuuna itlak olunur*”.

2. Hukuk-ı Umûmiye-yi Osmaniye

Osmanlı umûmi hukuku bağlamında “eşitlik” (kâide-i musavaat) kavramı üzerinde durulmaktadır. Burada yazar, Osmanlı devlet teb’ası arasında Batıda olduğu gibi bir “aristokrasi (zâdegânlık) bulunmadığı gibi, İslam hukukunun da bir gereği olarak herkes medenî ve siyâsî haklar açısından eşit olduklarını, gayri müslim teb’anında kendi inançlarında serbest olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yazar “Kavânin-i Ecnebiyye” başlığı altında Fransa, İngiltere, Almanya gibi ülkelerde “aristokrasi” (zâdeganlık) konusunu ayrıntılı olarak açıklamaktadır.

3. İdare-yi Örfiye

Burada “idare-i örfiye”, güvenliğin sağlanması zorunluluğuyla normal hukuk düzeninin (kavânin-i âdiye) tatil edilerek, idarenin (kuvve-i umûmiyenin) geçici olarak askerî yönetime devri olarak tanımlanmaktadır. Bu idare tarzının kanuni dayanakları, usulü gibi ve örfi idareye verilen yetkiler anlatılmaktadır.

4. Tabiiyyet-i Osmaniye

Bu başlık altında Devlet-i Âliye vatandaşlığı sıfatının ne olduğu, nasıl kazanıldığı ve nasıl kaybedildiği konuları, istisnalar yasal düzenlemelerden (Tabiiyyet-i Osmâniye Kanunnâmesi) de bahsedilerek anlatılmaktadır. Yine burada “Kavânin-i Ecnebiyye” başlığı altında Fransız vatandaşlık hukukuyla ilgili bilgiler aktarılmaktadır.

5. Hukuk-ı Umûmiye

Bu başlık altında “kişi hürriyeti” (hürriyet-i şahsiye), bu günkü anlamıyla kişi dokunulmazlığı konusu (kanunsuz tutuklanamama, cezalandırılmama, alıkonama, işkence yapılamama gibi husular), yasal dayanaklarıyla birlikte ele alınmaktadır. Kişi dokunulmazlığının sağlanması için bizdeki usuller yanında, mukayeseli hukuk bakımından da (İngiltere (Habeas Corpus) ele

alınmakta, ayrıca dilencilik ve pasaport uygulamasının batılı ülkelerdeki kuralları aktarılmaktadır.

Bu başlık altında kişi hürriyetlerinin sınırlama sebeplerinden biri olan salgın hastalıkların önlenmesi için uygulanan sağlık tedbirleri (zâbıta-yı sıhhiye) konusu; silah taşıma yetkisi mukayeseli olarak işlenmektedir.

6. Serbestî-i Mezâhib

“Serbestî-i mezâhib” başlığı altında esasen bu günkü ifadeyle “din ve vicdan hürriyeti” konusu ele alınmaktadır. Burada devlet-din ilişkisi, üzerinde açıklamalar yapıldıktan sonra, Osmanlı devletinde din özgürlüğünün uygulanma esasları, özellikle Müslüman olmayan teb’anın din özgürlüğü konusundaki kurallar ayrıntılı şekilde aktarılmaktadır. Devamla “kavânin-i ecnebiye” başlığı altında batılı ülkelerde (İngiltere, Rusya, İtalya, Prusya, Avusturya) din ve mezhep özgürlüğünün mevcut durumu ayrıntılı bir şekilde açıklanmaktadır.

7. Serbestî-i Tedris ve Tederrüs

Burada, bu günkü ifadeyle eğitim-öğretim hakkı, mecburi eğitim-öğretimin olup olmayacağı, özel okul açılmasının kuralları, özellikle gayri müslim cemaatlerin okul açabilmesinin şartları gibi genel ilkeler yanında, maarif teşkilatı, tahsilin dereceleri (ilk-orta-yüksek öğretim) konuları da ele alınmaktadır. Devamla Fransa, Prusya, Almanya, Avusturya, İngiltere, Belçika, Amerika gibi ülkelerdeki eğitim-öğretim metotları ve teşkilatları hakkında açıklamalara yer verilmektedir.

8. Serbestî-i Matbuat

Burada bu günkü ifadesiyle “basın yayın özgürlüğü” ele alınmaktadır. Basın özgürlüğünün (serbestî-i matbuat) yasal temelleri (Matbuat Nizamnâmesi) yanında, basın özgürlüğü için getirilen kısıtlamalar, gazetelerde yer alan yazılardan sorumluluk konusu, hükümet tarafından gönderilen yazıların yayınlanma zorunluluğu, basın suçları ve bunların yargılanma usulleri açıklanmaktadır. Öte yandan “kavânin-i ecnebiye” başlığı altında basın özgürlüğünün mukayeseli hukuktaki (Fransa, Rusya, Amerika) duruma da aktarılmaktadır.

B. Usul-i İdare (Mekteb-i Mülkiye 6. Sınıflar İçin- 1310 (1894),

Sakızlı Ohannes Efendi tarafından kaleme alınan 1894 tarihli bu eserde yer alan ana başlıklar ve ele alınan konular özet olarak şu şekildedir. (*Not:*

Eserde başlık numaraları bulunmamakta olup tarafımızca konulmuştur).

1. Şirketler Hakkındadır

Bu başlık altında şirketler konusu ele alınmaktadır. Ticaret Kanunnâmesi Hümâyunu'nda şirket türleri (kolektif, komandit, anomim şirket) ve bunların yapıları hakkında kısa açıklamalara yer verilmektedir.

2. İkâmetgâhın Masûniyeti

Bu başlık altında, bu günkü ifadeyle “konut dokunulmazlığı” (mesken masuniyeti) ele alınmaktadır. Konuya ilişkin Ceza Kanunnâmesi hükümleri aktarılmakta, devlet görevlilerinin hangi durumlarda meskene girebileceği, mukayeseli hukuktaki durumla birlikte açıklanmaktadır.

3. Masûniyet-i Emlâk

Bu başlık altında, bu günkü ifadeyle “mülkiyet hakkı” ve dokunulmazlığı anlatılmaktadır. Bu konuya ilişkin mevzu hukuktaki ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler çerçevesinde, mülkiyet hakkına dokunulabilecek durumlar (müsadere, el koyma vs.) anlatılmaktadır.

4. Menafi'-i Umûmiye İçin İstimlâk-i Emlâk Usulü

Başlıktan da anlaşılacağı üzere, kamu yararının gerektirdiği durumlarda kamulaştırma (istimlâk) yapılması konusu ele alınmaktadır. Mecelle ve bu konuya ilişkin çıkarılan Nizamnâme hükümleri çerçevesinde, istimlâk kuralları ve usulü hakkında bilgiler verilmektedir. Devamla mülkiyet hakkında getirilen diğer sınırlamalar (hakk-ı mürur, hakk-ı sebil, hakk-ı nezaret...vs.) üzerinde durulmaktadır.

5. Sanayi'de Hakk-ı Temellük

Burada da imal edilen veya icat edilen mâmüller bakımından “marka” (alâmet-i farika), “ihtira” beratı nedir, bunlar nasıl elde edilir, bunların sağladığı haklar nelerdir gibi konular, Nizamnâme ve mukayeseli hukuk çerçevesinde anlatılmaktadır.

6. Edebiyat-ı Fünun-ı Nefisede Hakk-ı Temellük

Burada, ilim ve edebiyat eserleri sahiplerinin telif hakları konusu, mevzu hukuk ve mukayeseli hukuk bakımından ele alınmaktadır.

7. Arazi ve Maadin ve Ormanlara Müteallik Hukuk-ı Tasarrufiye

Bu başlık altında, Osmanlı devletinde arazi türleri (arazi-yi emîriye-arazi-yi mevkufe-arazi-yi metruke-arazi-yi mevadd) ve hukuki rejimi; Madenler ve çeşitleri (maâdin-i asliye-maâdin-i sathiyeye-taş ocakları), bunların çıkarılmasına ve işletilmesine ilişkin kurallar, ihale usulleri, harç ve rüsum, madenlerin korunması gibi konular; Ormanlar ve çeşitleri (devlet ormanları-vakıf ormanları-kasaba ve köylere ait ormanlar-şahıs ormanları) ve bunların hukuki rejimi konuları ele alınmaktadır.

8. Sa'y ve Amel

Bu başlık altında, bayındırlık faaliyetleri kapsamında özellikle yol ve köprü (turuk ve maâbir) yapımında vatandaşlara kanunla yüklenen çalışma zorunluluğu konusu ele alınmaktadır. Konuya ilişkin Nizamnâme'ye göre 16-60 yaş aralığında olan kişiler, kanunda öngörülen şartlar dahilinde yol ve köprü yapımında bedenen çalışmak veya karşılığında belirlenen ücreti ödemek zorundadırlar. Bu konu ayrıntılı şekilde anlatılmaktadır.

9. Devlete Âit İnhisarlar

Burada imali, dağıtımı, satışı devlet tekelinde (inhisar) barut ve diğer yanıcı maddeler, tütün ve tuz konusundaki devlet tekeli anlatılmaktadır. Bunların yanında Devletin posta tekeli ve posta yoluyla taşınacak paketlerin fiyatlandırılması, kamu yararı gerekçesiyle içki üretim ve satışı, zirai ilaçların üretimi ve satışı, ekmek üretimi, matbaacılık, eczacılık ve tabâbet, yıkılma tehlikesi içinde olan binaların yıkılması gibi konularda getirilen sınırlamalar ayrıntılı şekilde aktarılmaktadır.

10. Sayd ve Şikâr

Bu başlık altında av hayvanları ve avcılık konusu, avlanma zamanları, avlanacak hayvanlar, avcılık teskeresi almanın şartları, avcılığa ilişkin suçlar ve muhâkeme usulü ele alınmaktadır.

11. Âsâr-ı Atîka

Bu başlık altında, eski eser (âsâr-ı atîka) ne olduğu, nasıl çıkarıldığı, nasıl korunduğu, mülkiyetinin kime ait olduğu, arazisinde eski eser bulunan kişilerin mükellefiyetlerinin neler olduğu gibi konular ele alınmaktadır.

12. Mekâtibin Masûniyeti

Burada “mekâtibin masuniyeti (mektupların dokunulmazlığı), bu günkü ifadeyle haberleşmenin dokunulmazlığı (haberleşmenin gizliliği) konusu ele alınmaktadır. Bu kapsamda, haberleşmenin dokunulmazlığının kişilik haklarından olduğu ve bu konuya ilişkin yasal düzenlemelerden bahsedilmektedir.

C. Usul-i İdare-i Mülkiye (Mekteb-i Mülkiye 7. Sınıflar İçin- 1311-1312 (1895-1896))

Sakızlı Ohannes Efendi tarafından kaleme alınan 1895-1896 tarihli bu eserde yer alan ana başlıklar ve konular özet olarak şu şekildedir. (*Not. Eserde başlık numaraları bulunmamakta olup tarafımızca konulmuştur*).

1. Kavâid-i Umûmiye: Kuvve-i Umûmiyenin İnkisamı

Müellif burada öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesinden bahsederek, genel devlet iktidarının (kuvve-i umûmiye) kuvve-i kanuniye- yahut kuvve-i teşriiye (yasama gücü), kuvve-i icraiye (yürütme gücü) ve kuvve-i adliye (yargı gücü) şeklinde üçe ayrıldığını ve bunların işlevlerini anlatmaktadır.

Bu kapsamda yürütme gücü (kuvve-i icraiyenin), cihet-i siyâsiye ve idare-i mülkiye şeklinde iki ayırarak ele alınmakta akabinde de idare-i mülkiyenin kuvve-i siyâsiye, kuvve-i kanuniye ve kuvve-i adliye ile farkları ve ilişkileri üzerinde mukayeseli hukuktaki duruma da (Fransa, İngiltere, Almanya...) yer verilerek detaylı açıklamalara yer verilmektedir.

2. İdare-i Mülkiye Tensikati

Bu başlık altında, Devlet-i Âli'nin idarî teşkilâtı, batılı devletlerle mukayeseli olarak anlatılmaktadır. Bu kapsamda idarî teşkilat, “merkezî idare (idare-yi merkeziye) ve mahalli idare (idare-yi mahalliye) şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir.

(a) *İdare-i Merkeziye*: Eserde merkezî idarenin bakanlıklara (nezâretler-vükelâlık) ayrıldığı, bunların hükümdarın icra vasıtaları olduğu, her birinin kendi görev alanı içinde mevzuatın ahkâmının uygulanmasıyla mükellef olduğu ifade edilmektedir. Devamla o dönemdeki nezaretler, müstakil idareler ve bunların vazifeleri, bakanların sorunlulukları ele alınmaktadır. Bu bağlamda Fransa, İngiltere merkezi hükümetine ilişkin açıklamalarda bulunularak mukayeseler yapılmaktadır.

Merkezi idare kapsamında, Şûrâ-yı Devlet (Fransa Şûrâ-yı Devleti de dahil) ve Divan-ı Muhâsebat (Fransa Divan-ı Muhâsebatı dahil) menşei, yapısı, işleyişi, görev ve yetkileri, kararlarının niteliği, kararlarına karşı başvuru yolları çok ayrıntılı olarak anlatılmaktadır.

(b) *İdare-i Mahalliye*: Bu başlık altında merkezi idarenin taşra teşkilatı ele alınmaktadır. Genel vilâyet idaresi (vilâyetler) kapsamında vâli ve görevleri, vilâyet meclislerinin oluşumu, görev ve yetkileri; livâ idaresi ve livâ idare meclisi, kaza idaresi ve kaza meclisleri, nâhiyeler ve köylerin idaresi konuları teferruatıyla incelenmektedir. Yine bu bağlamda özel bir yönetim şekline tabi olan Hicaz vilâyeti, İstanbul idaresi, eyâlât-ı mümtazeler (sisam ceziresi, cebel-i Lübnan mutasarrıflığı, Bulgaristan Eمارeti ve Rumeli şarki eyaleti, Bosna-Hersek, Kıbrıs ceziresi) konusu hakkında da açıklamalara yer verilmektedir.

(c) *İdare-i Belediye*: Bu başlık altında “Dersâdet idare-i belediyesi” ile “vilâyat-ı idare-i belediyesi” konuları ele alınmaktadır. Bu anlamda söz konusu belediyelerin oluşumu, yapısı, organları, işleyişi, görev ve yetkileri, bütçesi, daireleri gibi konular detaylı olarak anlatılmaktadır.

III. İBRAHİM HAKKI'NIN HUKUK-I İDARE İSİMLİ ESERİ

Mekteb-i Hukuk'ta okutulan “hukuk-ı idare” dersi için hazırlanıp yayınlanan en kapsamlı ilk ders kitabı İbrahim Hakkı tarafından kaleme alınan iki ciltlik “Hukuk-ı İdare” isimli eser olduğu anlaşılmaktadır.

A. Hukuk-ı İdare- Birinci Cilt- İbrahim Hakkı - 1312 (1896)

Toplam 388 sayfadan oluşan eserde ele alınan konular ana hatlarıyla şu şekildedir. Eserin başında “Mukaddime” ve “Derslerin suret-i taksimi” başlıklı açıklamalar, sonunda “fihrist” başlığı altında konu başlıkları ve sayfa numaraları yer almaktadır.

Mukaddime: Eserin “mukaddime” başlığını taşıyan giriş kısmı, hukuk ilminin bölümleriyle başlamaktadır. Bu cümleden olarak tabî hukuk- mevzu hukuk; yazılı hukuk- örfî hukuk; siyasî hukuk-hususî hukuk; hukuk-i siyasiye-i hâriciye-hukuk-ı siyâsiye-i dâhiliye; Hukuk-ı siyâsiye-i umûmiyenin hukuk-ı esâsiye, hukuk-ı idare ve hukuk-ı cezaiye şeklinde taksiminden söz edilmekte ve bunların kısaca konuları ifade edilmektedir.

Devamında anayasa hukukuna giriş konuları ile idare hukukunun anayasa hukuku ve medeni hukuktan farkları, idare hukukunun konusu ve

sınırları; idare gücünün kuvve-i icraiye ve kuvve-i adliye ile olan ilişkisi; mahkemelerin bağımsızlığı (mehâkimin istiklali) için gerekli şartla gibi konulara da değinilmektedir.

Derslerin Suret-i Taksimi: Müellif bu başlık altında idare hukuku dersinde, hangi konuların ve hangi sırayla işleneceği konusunda Fransa ve bizde her müellifin farklı bakış açısı olduğunu, kendisinin Fransız idare hukuku hocası Jöl Malle'nin tasnifini benimsediğini ifade ettikten sonra, konuları beş ana kısma ayırdığını belirtmektedir. Birinci kısımda idari teşkilat ve memur hukukunu; ikinci kısımda manevi kamu hizmetleri diye tabir ettiği mezhepler, neşriyat ve maarif konuları; üçüncü kısımda idarenin malları (arazi, orman, maden) ve istimlak konularını; dördüncü kısımda sanayi, ticaret, hayır kurumları ve emekli sandığı konularını; beşinci kısımda ise askerî hizmetler ile maliye ve vergi konularını ele aldığını beyan etmektedir.

1. Birinci Kısım: Heyet-i İdare-i Mülkiye⁶⁹

a. Birinci Fası: İdare-yi Merkeziye⁷⁰

(1)⁷¹ *Nezâretler:* Burada, Osmanlı Devleti'nin merkez teşkilâtı yani Heyet-i Vükelâ ve Nezâretler hakkında bilgiler verilmekte ve o tarihteki heyet-i vükela üyeleri belirtilmektedir⁷². Devamında bakanların düzenleyici işlem yapma yetkileri, bakanlık teşkilatları hakkında genel bilgiler, her bir bakanlığın görevleri hakkında bilgiler verilmektedir.

(2) *Şûrâ-yı Devlet:* Şûrâ-yı Devlet Nizamnâmesi çerçevesinde, Şûrâ'nın oluşumu, çalışma düzeni, görev ve yetkileri ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır.

(3) *İdare-i Kadime-i Merkeziye:* Devlet-i Âliye-i Osman'î'nin kuruluşundan (Osman Gazi döneminden) Tanzimat'a kadarki merkezî idare teşkilatı hakkında açıklamalar yapılmaktadır.

(4) *Memâlik-i Ecnebiyede İdare-i Merkeziye:* Fransa, İngiltere, Belçika,

⁶⁹ Kısım önünde yer alan 1, 2, 3... şeklindeki numaralar tarafımızca konulmuştur (RÇ).

⁷⁰ Fası başlıkların önünde yer alan a, b, c... şeklindeki başlık harfleri tarafımızca konulmuştur (RÇ).

⁷¹ Buradaki 1, 2., 3... şeklindeki numaralar eserde yer almaktadır.

⁷² O tarihteki Heyet-i Vükelâ üyeleri (s.21): Sadrazam, Meşihat-ı uzma, Seraskerlik, Bahriye Nezareti, Tophane Müşiriyeti, Dahiliye Nezareti, Hariciye Nezareti, Adliye ve Mezahib Nezareti, Maliye Nezareti, Evkaf Nezareti, Maârif-i Umumiye Nezareti, Ticaret ve Nafia Nezareti, Şûrâ-yı Devlet reisi ve Makam-ı Sadaret Müsteşarı.

Almanya, Avusturya-Macaristan, İtalya, Rusya gibi ülkelerin merkez teşkilatları hakkında bilgiler verilmektedir.

b. İkinci Fasıl: İdare-yi Vilâyât

(1) *Memâlik-i Osmaniye'nin Suret-i İdaresi*: Devletin mülkî taksimatı ele alınmaktadır. İmtiyazlı olanlar hariç, mülkî taksimatın vilâyet, livâ ve kaza şeklinde olduğu ifade edilmektedir.

(2) *Vâli*: Vilâyet idaresinin en yüksek yöneticisi olan vâlinin atanması, görev ve yetkileri, bakanlıklarla olan ilişkisi, adliye ile olan münasebeti gibi konular ayrıntılı şekilde ele alınmaktadır.

(3) *Merkez-i Vilâyet Memurini*: İdare-yi Umumiye-i Vilâyet Nizamnâmesi çerçevesinde, vilayette görev yapan vilâyet memurları⁷³ (il müdürleri), bunların atanması, görev ve yetkileri, sorumlulukları hakkında bilgi verilmektedir.

(4) *Meclis-i İdare-yi Vilâyet*: Bu meclisin idareye ve davalara ilişkin görevleri olduğu, burada sadece idareye ilişkin görevlerinden bahsedileceği belirtildikten sonra, meclisin maliye işleri, nâfia işleri, belediye işleri ve mülkî idareye ilişkin görevleri hakkında bilgiler verilmektedir. Akabinde meclisin oluşumu (tabii üyeler, seçilmiş üyeler), işleyişi, karar alma usulleri gibi konular ele alınmaktadır.

(5) *Livâ idaresi*: Mülkî taksimatın ikincisi olan Livâ'ların, Mutasarrıf denilen idareci tarafından yönetildikleri; Mutasarrıfların, vâlinin emrinde olduğu (olağanüstü güvenlik sorunu halinde adliye nezaretiyle yazışma dışında) bakanlıklarla doğrudan yazışamayacakları ifade edildikten sonra, vâlinin vilâyet düzeyindeki görev yetkileri, livâ düzeyinde Mutasarrıf tarafından yerine getireceği belirtilmektedir. Yine livâ müdürleri ve livâ meclisinin görev ve yetkileri hakkında da açıklamalara yer verilmektedir.

(6) *Kaza idaresi*: Mülkî taksimatın üçüncüsü olan kazaların "kaymakam" tarafından yönetildiği, mutasarrıfların livâlara ilişkin görev ve yetkilerine benzer şekilde aynı görev yetkilerin kaymakam tarafından kazalarda geçerli olduğu ifade edildikten sonra, kaza memurları ve kaza meclisinin görev ve yetkileri hakkında malumat verilmektedir.

⁷³ O tarihteki vilayet memurlukları (s.62): Defterdar, Mektupçu, Umur-ı Ecnebiye Müdürü, Tarik Emni, Defter-i Hakani Müdürü, Emlâk Müdürü, Nüfus Müdürü, Evkaf Muhasebecisi, Alay Beyi.

(7) *İdare-yi Nevâhî*: Kaza sınırları içindeki köy ve çiftliklerden “nâhiye” oluşturulduğu, bunların Nâhiye Müdürü tarafından yönetildiği, ayrıca nâhiye meclisi bulunduğu ifade edildikten sonra, bunların görev ve yetkileri hakkında açıklamalara yer verilmektedir.

(8) *Köy İdaresi*: Köylerin muhtar ve ihtiyar meclisleri tarafından idare olduğu belirtildikten sonra Vilayât Nizamnâmesi çerçevesinde bunların göreve gelişleri, görev ve yetkileri hakkında bilgiler verilmektedir.

(9-16) *Ayrıcalıklı olanlar*: Eserin bu kısmında, bazı ayrıcalıklara sahip olan mülkî idare teşkilatlarından [(9) Bulgaristan Emâreti, (10) Tunus Eyâleti, (11) Mısır Hidiviyeti, (12) Şarkî Rumeli Vilâyeti, (13) Sisam Emâreti, (14) Girit Vilâyeti, (15) Cebel-i Lübnan Sancağı, (16) Elviye-i müstakile (Çatalca, İzmit, Kala-i Sultaniye, Kudüs-i Şerif, Zor, Bingazi)], bunların neden ayrıcalıklı oldukları, ne gibi ayrıcalıklara sahip oldukları ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

(17) *İdare-yi Kadime-yi Vilayât*: Bu başlık altında, Devletin kuruluşundan Tanzimat’a kadar vilayet teşkilatının nasıl olduğu ve geçirdiği değişiklikler hakkında detaylı açıklamalara yer verilmektedir.

(18) *Bazı Memâlik-i Ecnebiye*: Bu başlık altında taşra teşkilatı bakımından Fransa ve İngiltere uygulamaları hakkında detaylı açıklamalara yer verilmektedir.

c. Üçüncü Fasıl: İdare-yi Belediye

(1) *Vilayât İdare-yi Belediyesi*: 1294 tarihli Vilayât Belediye Kanunnâmesi çerçevesinde, vilâyetlerde belediyelerin oluşumu, organları, görev ve yetkileri, çalışma usulleri hakkında detaylı açıklamalara yer verilmektedir.

(2) *Dersaâdet İdare-i Belediyesi*: Dersaâdet (İstanbul) belediyesinin tarihi, oluşumu, organları, görev ve yetkileri, çalışma usulleri gibi konular detaylı şekilde açıklanmaktadır.

(3) *İtihâbât-ı Belediye*: Belediye seçimleri, seçmen olabilme koşulları ve seçimlerin usulü hakkında bilgiler verilmektedir.

(4) *Bazı Memâlik-i Ecnebiyede İdare-i Nevâhî ve Beledî*: Fransa, İngiltere, Amerika gibi ülkelerde nahiye ve belediye yönetimlerinin oluşumu ve işleyişi hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilmektedir.

d. Dördüncü Fasıll: Zabıta

(1) *Zabıta-yı İdare*: Bu başlık altında, bugün “kolluk faaliyeti” şeklinde isimlendirdiğimiz, güvenlik kamu hizmeti ele alınmaktadır. Hükümet-i icraiyeenin asayiş, can ve mal emniyetini muhafazaya memur olan kısmına zabıta (police) denir denildikten sonra⁷⁴ zabıtanın “siyasî zabıta”, “adlî zabıta” ve idarî zabıta” olarak üç kısma ayrıldığı belirtilmektedir. Siyasî zabıtanın bugünkü ifadeyle istihbarat görevi yapan birimi; adlî zabıtanın suçlarla ilgili faaliyet yürüten kısmını; idarî zabıtanın ise memlekette asayiş ve intizamın sağlanması görevini yürüten kısmı ifade ettiği belirtilmektedir. Jandarmanın görev itibarıyla zabıta (polis) sayıldığı ancak oluşumu ve yönetimi açısından askeriyeye dahil olduğu belirtilmektedir.

Bu genel bilgilerden sonra, Memâlik-i Osmaniye’de kolluk teşkilatının Dersaadet’teki ilk oluşumu, taşrada teşkili ve sonraki gelişimi ele alınmaktadır. Devamla zabıtanın görev ve yetkileri, silah kullanma yetkisi, yetkilerin sınırları, kişi dokunulmazlığı ve mesken masuniyeti ve bunların istisnaları ayrıntılı olarak anlatılmaktadır.

(2) *İdare-yi Örfiye*: Açıklamalar örfi idarenin tanımıyla başlamaktadır. Bu tanımdan günümüzdeki anlamıyla “sıkıyönetim”in kastedildiği anlaşılmaktadır⁷⁵. Örfi idarenin hangi sebeplere dayanılarak nasıl ilan edileceği, Divan-ı Harb’in yetkilerinin genişlemesi, bu mahkemede görülecek suçların neler olduğu İdare-i Örfiye Kararnamesi çerçevesinde açıklanmaktadır.

(3) *Tahrir-i Nüfus*: Nüfus sayımı ve nüfus kayıtlarının tutulmasının gerekliliği, bu işler için kurulan teşkilatlar (Sicill-i Nüfus İdaresi vs.) ve gelişimi, vatandaşların nüfus siciline kayıt zorunluluğu, nüfus tezkeresi, doğum-ölüm, evlenme-boşanma gibi olaylarının nüfus siciline kaydı gibi hususlar Sicill-i Nüfus Nizamnâmesi çerçevesinde açıklanmaktadır.

(4) *Pasaport ve Mürûr Tezkereleri*: Devlet sınırları dışına çıkma ve içeri girmede izin alınması usulünün tarihinin çok eskiler dayandığı ifade edildikten sonra, Pasaport ve Mürûr Nizamnâmeleri çerçevesinde, pasaport ve mürur

⁷⁴ “Hükümet-i icraiyeenin asayiş ve istirahat-ı umumiyeyi ve ahalinin hukuk-ı medeniye ve tassarrufiyeleriyle can ve mal emniyetlerini muhafazaya memur olan kısmına zabıta (police) ulak olunur” (s.168).

⁷⁵ “İdare-yi Örfiye (Etat de Siege), Hükümet-i mülkiye yerine, bazı ahvalde idare-i askeriyenin kaim olması ve birtakım hukuk-ı siyasiyenin tatili demek olup irade-i seniyye ile ilan ve tesis edilir” (s.183).

tezkerelerinin verilmesi şartları ve usulü, sınırları, denetimi gibi konular ele alınmaktadır.

(5) *Zabıta-yı Saydiye*: Avcılık, avlanma yasakları, av tezkeresi almanın koşulları ve kimlere verilemeyeceği, av silahlarının taşınması, avcılığa ilişkin suçlar gibi konular ele alınmaktadır.

(6) *Zabıta-yı Sıhhiye*: Memlekette genel sağlığın korunmasına sıhhiye zabıtası adı verilmekte olup; sağlığa zararlı sanayi kuruluşlarının denetim altına alınması, defin işleri ve bulaşıcı hastalıklarla mücadele konularının bu zabıtanın görevleri arasına girdiği ifade edilerek bunların her biri hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilmektedir.

(7) *Zabıta-yı Belediye*: Belediye zabıtasının, belediye başkanları ve belediye çavuşlarının emrine tahsis edilen görevlileri ifade ettiği⁷⁶ bunların şehremaneti çavuşları, komiserler ve serkomiserlerden oluştuğu belirtilmektedir. Bu konuya ilişkin düzenlemeler ve belediye zabıtasının görevleri üzerinde de durulmaktadır.

e. Beşinci Fasıl: Memur-in-i Mülkiye Hakkında Ahkâm-ı Umumiye

(1) *Memurînin Kabul ve İstihdamı*: Memur olabilmenin genel şartları (teb'dan olmak, yirmi yaşını tamamlamak, ilgili memurluk için gerekli seviyede diploma sahibi olmak vs.) memurların görev ve yükümlülükleri (emre itaat gibi), bakan ve vâlilerin yakınlarını memuriyete atama yasağı, kaymakamlar ve nâhiye müdürlerinin atanma usulleri, memurların istifası ve tekrar memur olabilmelerinin şartları gibi konular açıklanmaktadır.

(2) *Memurîn-i Mülkiye Komisyonu*: Bu komisyonun oluşumu ve göreve başlamaları, görevleri (vâliler dışında mülkiye ve maliye memurları seçimlerini yapıp mütalaa sunmak, memurların teftişini yapmak, memur yargılamasında ilk incelemeyi yapmak... vs.), mülkiye ve maliye müfettişlerinin görev ve yetkileri ele alınmaktadır.

(3) *Memurîn Kefâleti*: Bazı memuriyetlere (hazine muhasebecileri, defterdarlar, vilâyet muhâsebecileri, evkaf ve arazi memurları, kaza mal müdürleri... vs) atanabilmek için kefalet alındığı, bu kefaletin alınması usulü, zimmeti sabit olan memurdan bunun tahsili gibi konular kefalet Nizamnâmesi çerçevesinde izah edilmektedir.

⁷⁶ “Zabıta-yı Belediye unvanını Şehremaneti ve devâir-i belediye çavuşlarına tahsis eylemek icab eder” (s.207-208).

(4) *Tahlif Usulü*: Memurların göreve başlarken yemin ettirildiğinden bahsedilmektedir.

(5) *Memurînin Terakkisi*: Memurların, memurluk kademelerinde ilerlemesi konusunda “kıdem esası” ve “imtihan usulü” gibi yöntemlerin bulunduğu, bunların yararları ve sakıncaları, bu iki usulün birlikte uygulandığı, bazı memuriyetlerin istisna oluşturduğu anlatılmaktadır.

(6) *Memurînin İnfisali*: Memuriyetin sona ermesi halleri (azil, kadronun lağvı, mahkûmiyet...vs.), azledilen memurlara maaş ödenmesi ve şartları hakkında açıklamalara yer verilmektedir.

(7) *Memurînin Tekaüdü*: Memurların emeklilik işleri, emeklilik şartları ve uygulaması gibi konular Memurîn-i Mülkiye Terakki ve Tekaüd Kararnâmesi çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

f. Altıncı Fası: Mehâkim-i İdare

(1) *Memurîn Muhâkemesi*: Devletin davacı veya davalı olduğu davalara idari dava denildiği; bu davayı, üyeleri devlet tarafından atanan ve adli yargı hâkimleri gibi teminatlara sahip olmayan kişilerden oluşan idare mahkemelerinin gördüğü; idari davaların devlet ile kişiler arasındaki ihtilaftan doğan davalar ile memurların görevleri dolayısıyla açılan davalar olarak ikiye ayrıldığı ifade edilmektedir.

Memurların yargılanmasının ilk aşamasının, memurun kendi dairesinde başladığı, burada savunmasının alındığı, yargılama işlerinin idarî yargı görevi yapan livâ ve vilâyet idare meclislerinde yapıldığı, bazı üst düzey memurların yargılanmasının hükümet kararıyla olabildiği gibi konular Memurîn Nizamnâmesi hükümleri çerçevesinde ayrıntılı olarak anlatılmaktadır.

(2) *Mecalis-i İdare*: İdare meclislerinin yargılama görevi hakkında bilgi verilmektedir.

(3) *Şûrâ-yı Devlet*: Şûrâ-yı Devlet’in memurun yargılamasına ilişkin görev ve yetkileri ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

(4) *İhtilaf*: Burada adli mahkemeler ile idarî mahkemeler arasında çıkan yetki ve görev ihtilaflarının çözümü, bu konuda önceleri Şûrâ-yı Devlet’in yetkili kılındığı, sonra özel yetkili merci olarak Encümen-i İhtilaf’ın tesis edildiği, bu kurulun Şûrâ-yı Devlet reisinin başkanlığında temyiz mahkemesi ve Şûrâ üyelerinden oluştuğu belirtildikten sonra, ihtilafların çözüm usulü hakkında bilgiler verilmektedir.

(5) *Divan-ı Muhâsebat*: Bir mahkeme olmasa bile istişârî bir mercii de olmadığı, maliye memurlarını denetleme haklarında ilam niteliğinde hükümler verebilmesi, üyelerin dokunulmazlıklardan yararlanması gibi hususlar dikkate alınarak, Heyet-i İdare kısmında incelenmesinin uygun olduğunu ifade edilmektedir. Akabinde Divan-ı Muhâsebat'ın oluşumu, bakanlıklardan bağımsız oluşu, işleyişi, üyelerin, memurları, hesapların incelenmesi, dairelerde görüşülmesi, verilen hükümlerin icrası, maliye bakanlığının hazırladığı kesin hesap kanunu ve umumi hesap cetvellerinin denetimi, maliye sisteminin islahatı hakkında görüş bildirmesi gibi hususlar hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilmektedir.

Kısım-ı Evvele İlâvât: Birinci kısmın tab'ından sonra yayınlanan ve değiştirilen mevzuatlar nedeniyle ilaveler yapılması gereğinden bahisle; (1) Şûrâ-yı Devlet, (İdare-yi Vilâyat, (3) Girit Vilâyeti, (4) Memurîn-i Mülkiye Komisyonu hakkında açıklamalar yapılmaktadır.

2. İkinci Kısım: Heyet-i İdareye Mevdû Menafî-yi Maneviye

a. Birinci Fası: Mezâhib

(1) *Serbestî-yi Edyan*: Burada din özgürlüğü konusu ele alınmaktadır. Öncelikle din özgürlüğünün herkesin dinin ve mezhebinden dolayı devlet tarafından kınanmaması, eşitsizliğe uğratılmaması ve ibadet cihetiyle bazı kısıtlamalara tabi tutulabilmesi ifade edildikten sonra, İslamiyetin zuhurundan itibaren din ve mezhep özgürlüğünü tanıdığı ve İslam devletlerinin bunu tatbik ettiği, batı ülkelerinde ise bu konuda tam tersi bir uygulama cereyan ettiği açıklanmaktadır.

Devamla Devlet-i Osmaniye'nin dininin "Din-i İslam" olduğu, ancak bütün dinlere de özgürlük tanındığı, devamla devletin resmi dini konusundaki yaklaşımlar, Prusya, Almanya, İngiltere, Fransa gibi ülkelerde din özgürlüğü ve devletin dini konusunun nasıl olduğu hakkında açıklamalara yer verilmektedir.

(2) *İmtiyazat-ı Mezhebiye*: Gayri müslim teb'anın din ve mezhep özgürlüğü yanında, inançlarıyla alakalı olduğun için medeni hukuk (evlenme, boşanma vs.) bakımından sahip oldukları ayrıcalıklar ele alınmaktadır.

(3-11) *Gayri Müslim cemaatler*: Burada (3) Rum Cemaati, (4) Emeni Cemaati, (5) Bazı Cemaat-i Kedime-yi İseviye, (6) Latin Cemaati, (7) Ermeni Katolik Cemaati, (8) Sair Katolik Cemaatleri, (9) Bulgar Cemaati, (10) Protestan Cemaati, (11) Musevi Cemaati başlıkları altında, bu cemaatlerin tanınmasının tarihi süreci, devlet nezdinde temsil yetleri, en yüksek ruhani

reislerinin göreve gelişleri, görev ve yetkileri, hükümet ile ilişkileri gibi konular çok ayrıntılı şekilde anlatılmaktadır.

b. İkinci Fasıl: Matbuat

(1) *Matbuat-ı Mevkute*: Matbuatın fikri terakkiyatın temel unsurlarından olduğu, matbuatta belli bir süreyle çıkarılanlara “matbuat-ı mevkute” diğerlerine ise “matbuat-ı gayri mevkute” ismi verildiği ifade edildikten sonra, Hükümet-i Seniyye-yi Osmaniye’de matbuat-ı mevkute konusundaki düzenlemeler ve uygulamalar hakkında açıklamalarda bulunmaktadır. Bu bağlamda gazete, dergi gibi süreli yayınlar için, kimler çıkarabilir, şartları nelerdir, usulü ve denetimi nasıldır, ruhsatsız çıkarılanlar için öngörülen müeyyideler ve tatbiki, basın suçları (kadh ve zemm) için öngörülen yaptırımlar gibi konular ele alınmaktadır.

(2) *Matbaalar*: Memâlik-i Osmaniye’de matbaa kurulması ve işletilmesinin şartları, usulü, matbaa ruhsatlarının verilmesi, basılacak eserin dili, yabancı dilde basım şartları, yabancı eserlerin ülke içinde basımı, hakkında eser basılması yasaklanan konular, basılı eserlerin dağıtımı ve satışı gibi hususlar açıklanmaktadır.

(3) *Tiyatrolar*: Tiyatro kitaplarının ve temsilinin ruhsata tabi olduğu belirtilmektedir.

c. Üçüncü Fasıl: Maârif-i Umûmiye

(1) *İdare-yi Maârif*: Memâlik-i Şâhâne’de câri olan maârif teşkilatı, bu bağlamda Maârif Nezareti, Meclis-i Kebir-i Maârif, Encümen-i Teftiş ve Muayene ve Tetkik-i Müellefat Heyeti, taşradaki maarif müdüriyetleri, mektep türleri, maârif teşkilatının gelirleri hakkında bilgilere yer verilmektedir.

(2) *Mekâtib-i Sıbyaniyye ve Rüşdiyye*: İlköğretimin mecburiyeti, ilköğretim kurumları olan sıbyan mektepleri ve rüştiyeler hakkında (açılması, tahsil müddeti, masraflarının karşılanması, maarif nezaretinin eğitim-öğretimin yaygınlaştırılması vazifesi, gayr-i müslim cemaatlerin ilköğretim okulları açabilmesinin şartları, okullarda okutulacak konular ve öğrenciler için öngörülen disiplin yaptırımları hakkında bilgi verilmektedir.

(3) *Mekâtib-i İdâdiyye ve Sultânîye*: Bu başlık altında, bugünün lise seviyesine denk olan idâdi ve sultaniye mekteplerinin yapısı, tahsil müddeti, müfredatı, öğretmenleri konusunda bilgiler verilmektedir.

(4) *Mekâtib-i Âliye*: Yükseköğretim seviyesinde mektepler olan

Dârümuallimin, Dârümuallimât, Dârulfünun ve Sanayi-i Muhtelif mekteplerinin tarihi gelişimi, yapıları ve şubeleri, öğrenci kabulü şartları, tahsil süreleri gibi konular Nizamnâme hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

(5) *Serbetî-i Tedris ve Mekâtib-i Hususiye*: Anayasa ve Nizamnâme çerçevesinde eğitim-öğretim serbestisi, ilköğretimin mecburiyetinin Memâlik-i Osmaniye'deki durumu hakkında bilgiler verilmektedir.

(6) *Âsar-ı Atîka*: Eski eserlerin çıkarılması, devletin mülkiyetinde olması, bunları elde eden ya da bulan kişilerin yükümlülükleri, konuya ilişkin ruhsatlandırmalar, eserlerin yurt içinde nakilleri ve yurt dışına çıkarılması usulleri, yurt dışından ülkeye getirilmesi konuları Nizamnâme çerçevesinde anlatılmaktadır.

(7) *Kütüphaneler*: Kütüphaneler hakkında kısa açıklama yer almaktadır.

B. İbrahim Hakkı-Hukuk-ı İdare- İkinci Cilt- 1308 (1892)

Eserin ikinci cildi, birinci ciltte anlatılan konuların devamı olarak ele alınmış, birinci ciltte yer alan “Birinci kısım” ve “ikinci kısım”dan sonra, ikinci cilt “üçüncü kısım” şeklinde başlamaktadır.

1. Üçüncü Kısım⁷⁷: Heyet-i İdareye Mevdû Olan Menafî-i Maddiye

a. Birinci Fasıl: Emlâk⁷⁸

(1) *Mülk-i Metrûk ve Mülk-i Hâs*: Kamu mallarının “kamunun kullanımına sunulan mallar (arazi-i metruke⁷⁹) ve mülk-i has (medeni hukuk hükümlerine tabi emlâk) şeklinde ikiye ayrılarak başlayan açıklamalar, metruk arazinin örnekleri⁸⁰, devletin bunlar üzerindeki yetkileri, bu arazilerin ayrıcalıkları (devir ve ferağ edilmezlikleri vs.) gibi hususlar açıklanmaktadır.

⁷⁷ Kısım başındaki numaralar tarafımızca konulmuştur (RÇ).

⁷⁸ Fasıl başındaki a,b, c... gibi başlık harfleri tarafımızca konulmuştur (RÇ).

⁷⁹ “Birinci kısım umum-ı nas için terk edilmiş olan yerlerdir ki buna Fransızca “Domaine public” itlak olunur. Arazi Kanunnamesinin beşinci maddesinde bu gibi istimali umum-ı nassa veyahut bir mahall-i muayyen ahalisine terk edilmiş olan araziye arazi-i metruke namı verilmiş olduğundan, ondan iktibasen bu birinci kısım dâhilinde olan emlâkın cümlesine “mülk-i metruk” denilmek münasip görülmüştür” (s.6).

⁸⁰ “Devletin emlâk-ı metrukesi umumen turuk ve maâbir, meydanlar, panayırlar ve Pazar mahalleri, nehir, dere göller, deniz sahilleri, limanlar, devletin arazi-i bahriyesinden olan deniz kısımları misilli yerler olup, bu mahallerden umum ahali ve sekân-ı memleketin hak ve mürur ve istifadesi olduğundan devlet bunları yalnız idare ve muhafazasına memurdur” (s.6-7).

Devamında emlak-ı has konusu ele alınmakta, bunların örnekleri⁸¹, devletin bunlar üzerindeki yetkileri anlatılmaktadır.

(2) *Ebniye-i Mîriye ve Vakfiyenin İnşaat ve Tamirâtı*: Devlete ve vakıflara ait binaların yapımı ve tamiri ve bu konuda takip edilecek usul ele alınmaktadır. Bu bağlamda öncelikle inşaat ve tamiratın keşfi ve usulünün belirlenmesi, ikinci olarak bu işlerin yetkili mercilerde müzakere edilmesi ve ihale yöntemi (münâkasa) usulünün cereyan edeceği, her idari birimin belli bir meblağa kadar bu işlerde yetkili kılındığı, son olarak kabul keşfi yapılacağı gibi konular anlatılmaktadır.

(3) *Ormanlar*: Tabii güzellik, servet kaynaklarından biri, yakacak tedariki, gemi inşaatı, havanın temizliği, tarım gibi konularda faydaları olan ormanlar hakkında Orman Nizamnâmesi yapıldığı; bu kapsamda ormanların sınıflandırılması (mîrî ormanlar, vakıf ormanlar, kasaba ve köy baltalıkları, kişilere ait ormanlar), bunlar üzerindeki yetkiler, bunların işletilmesi, ağaçlandırma usulleri, orman rüsumu, bu konuya ilişkin suç ve müeyyideler gibi konular ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

b. İkinci Fasıl: Maâdin

Fasıl başlığı altında, maden çeşitleri (maâdin-i asliye⁸², maâdin-i sathiyeye⁸³ ve taş ocakları), bunların çıkarılması, işletilmesi, devletin yetkileri, vatandaşların hak ve sorumlulukları, İngiltere, Fransa ve Rusya uygulamalarıyla mukayeseli olarak genel bilgiler verilmektedir.

(1) *Maâdin-i Asliye*: Aslı madenler hakkında genel kurallar, bu madenlerin çıkarılma ve işletilme usulleri (ruhsatlandırma, ihale şartları, maden işletme hakkı olanların (maden mültezimleri) hak ve sorumlulukları, maden ocağına komşu arazi sahipleriyle olan hukuk ilişkiler, madenlerin muhafazası, maden

⁸¹ “Devletin emvâl ve emlak-ı hâssası iki tarzda olabilir. Evvela emvâl-i gayr-i menkule devair ve ebniye-i mîriye ve mîrî ormanları ve ale’l-umum Hazine-i Maliyeye ait çiftlikler ve arazi, akârât ve sair her türlü irad getirir mahalleri, fabrika ve makine ve dest-gâh gibi sabit sermayeleri müştemildir” (s.9).

⁸² “Maâdin-i asliye (Mines)’den madûd olan mevad zîr-i zeminde arzın derinliğine doğru damar (filon) ve tabaka (couche) veyahut mahzen (amas) halinde bulunan altın, gümüş, platin, civa, kurşun, demir, bakır, maden kömürü, petrol, levha taşı, porasit ...” (s.33).

⁸³ “Suret-i gayr-ı muntazamada sath-ı arzda bulunan ve ameliyât-ı sathiyeye ile istihsal olunabilen demir cevherleri ve kibriyet-i hadîde tahvili kabil piritli topraklar, madenli ve kumlu topraklar, mahrûkat makamında istimal olunan torp ve sair bunlara mümasil mevadda maâdin-i sathiyeye (minieres)’den add ve itibar edilir” (s.33).

işletmesine son verilmesi şartları gibi konular detaylı olarak aktarılmaktadır.

(2) *Maâdin-i Sathiyeye*: Arazilerinde sathî madenler olan kişilerin bunlar üzerindeki hak ve yetkileri, işletme ruhsatları, devletin yetkileri gibi konular hakkında bilgi verilmektedir.

(3) *Taş Ocakları*: Taş ocakları hakkında genel kurallar, ocakların yapılması ve işletilmesi kuralları, kişilerin ve devletin hak ve yetkileri, ocaklardan alınacak rüsum ve harçlar, ocakların muhafazası, kurallara aykırı davrananlara tatbik edilecek müeyyideler aktarılmaktadır.

c. Üçüncü Fasıl: Umur-ı Nâfia

(1) *Nezâret-i Umur-ı Nâfia*: Burada öncelikle bayındırlık işlerinin (umur-ı nafia) tanımı⁸⁴, devlet veya şahıs arazileri üzerinde inşa edilecek yollar, köprüler, limanlar, rıhtımlar, mektepler, demir yolarının umur-ı nâfiadan oldukları, bunların gelir getirici vasfa sahip olup olmadıklarının önem arzemediği gibi hususlara yönelik bilgiler aktarılmaktadır. Bu kapsamda Osmanlı Devleti'nin kadim uygulamasının nasıl olduğu, tarihi süreç ve Nâfia Nezaretinin oluşturulması, bu bakanlığın teşkilatı, görev ve yetkileri detaylı olarak incelenmektedir.

(2) *Umur-ı Nâfianın Suret-i İhale ve İcrası*: Söz konusu bayındırlık faaliyetlerinin ihale ve icrası görev ve yetkisinin Nâfia Nezaretinde olduğu belirtildikten sonra, bu faaliyetlerin doğrudan devlet tarafından veya imtiyaz usulüyle yaptırılabilceği, bakanlığın bir plan dahilinde hangi işlerin yapılacağını belirleyip bütçesine bunun karşılığını koymasına gerektiği, hangi işlerin bakanlık tarafından hangilerinin de valilikler tarafından yapılacağı, imtiyaz verilmesi halinde imtiyaz sözleşmelerinde yer alması gereken temel kuralların neler olacağı detaylı olarak aktarılmaktadır.

(3) *Şimendiferler*: Bayındırlık faaliyetlerinin en başında gelen demiryolları inşasının daha çok yabancı şirketlere imtiyaz yoluyla inşa ettirilip işletilmeye başlandığı ifade edildikten sonra bunların örnekleri verilmektedir. Devamla demiryolu imtiyazlarında sözleşmede bulunması gereken hususlar detaylı olarak aktarılmaktadır.

⁸⁴ “Nef-i umum-ı nassa şâmil olmak üzere gerek arazi-i metrukede ve gerek devlet veya eşhas-ı maneviye ve efrada ait arazide icra edilen her türlü imalât ve inşaata umur-ı nâfia namı verilir” (s.63).

(4) *Turuk ve Maâbir*⁸⁵: Klasik dönemde yollar ve köprülerin inşasının nasıl olduğu hakkında kısa bir açıklamadan sonra Turuk ve Maâbir Nizamnâmesi çerçevesinde yolların tasnifi (turuk-ı sultaniye⁸⁶, vilâyet caddeleri⁸⁷ sancak yolları⁸⁸, nevâhi yolları⁸⁹), bu yolların inşasında kişilere düşen mükellefiyetler (bedenen çalışma, hayvan çalıştırma ya da bedelini ödeme), bakanlık memurlarınca yolların güzergâhlarının belirlenmesi, mevcut yol ve köprülerin tamiratı usulleri gibi konular ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

(5) *Tanzimat-ı Belediye*: Umur-u nâfiadan olan ve bazı beldelerde faaliyet gösteren tramvay ve tünel hatları, şehir vapur hatları, elektrik-gaz hizmetleri, fenerler, liman ve rıhtım işletmeleri, nehirlerdeki seyr-i sefain işleri, kanallar gibi faaliyetlerin idare tarafından veya imtiyaz yoluyla inşa ve işletilmesi konuları işlenmektedir. Devamında imar işleri (binalar ve sokakların yapımı, ruhsatlandırılması, isimlendirilmesi vs.) hakkındaki düzenlemeler, bu konuda merkezi idarenin ve taşra idarelerinin görev ve yetkileri ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

d. Dördüncü Fasıl: Menâfi-i Umumiye İçin İstimlâk

(1) *İstimlâk Kararnâmesi*: Kamu yararı için bazı kişisel zararların göze alınması⁹⁰ kaidesinden yola çıkılarak kamu yararı (menâfi-i umumiye) gerektirdiğinde istimlâk (kamulaştırma) yapılabileceği ve İstimlâk Kararnâmesi ile bu konunun düzenlendiği ifade edildikten sonra; istimlâk uygulamasında geçerli olan kamu yararına bir ihtiyacın doğması, yetkili mercilerce kamu yararı kararının alınması, arazinin ve kıymetinin belirlenmesi, hak sahiplerinin belirlenmesi ve bildirim, hüküm encümeni kararı, bedelin tediyesi gibi genel kuralları hakkında bilgi verilmektedir.

(2) *Bazı Memâlik-i Ecnebiyede Menâfi-i Umumiyye İçin İstimlâk Usulü*: Fransa başta olmak üzere Rusya, İtalya, Prusya, Avusturya, İngiltere, Amerika

⁸⁵ Turuk: Yollar; Maâbir: Köprüler.

⁸⁶ “Vilayât merkezlerinden Dersaadet’e ve iskelelere, demir yollarına müntehi olan büyük caddeler ki bunlara Nâfia Nizamnâmesi ‘turuk-ı sultaniye’ tesmiye eylemiştir” (s.88).

⁸⁷ “Vilayât merkezleri beynindeki caddeler” (s.88).

⁸⁸ “Kazadan kazaya olan yollarla kazalardan büyük caddelere ve demiryollarına ve iskelelere giden yollar” (s.88).

⁸⁹ “Dördüncüsü sınıf-ı sabıkta muharrer kazadan kazaya giden yolların aynı olup fakat daimî suretle araba mürur ve ubûruna mahsus olmayan nevâhi yollarıdır” (s.89).

⁹⁰ Nef’i âmm için zarar-ı hâss ihtiyâr olunur”.

gibi ülkelerde istimlâk uygulamaları hakkında ayrıntılı açıklamalara yer verilmektedir.

2. Dördüncü Kısım: Kuvve-i İdareye Mevdû Hem Maddî Hem Manevî Menâfi

a. Birinci Fası: Serbestî-i Ticaret ve Sanâyiin Tahdîdâtı

(1) *Bazı Sanâyi Erbabı Hakkındaki Takayyüdât-ı Nizamiyye*: Memleketin ve ahâlinin genel menfaati için, sanâyi ve ticaret erbabının faaliyetleri için birtakım kısıtlamaların getirildiği ifade edildikten sonra; esnafın sağlığa zararlı mal satmamaları, satılan şeylerin ölçülere uygun olması, temel gıda olan ekmek (nân-ı azîz) üretimi, satışı ve dağıtımı, askerî ihtiyaçlar hasıl olduğunda uygulanacak olan mükellefiyetler, ilaç üretimi ve satışı, sarrafiye mamullerinin satışında halkın kandırılmaması, ikrâmiye hissesi biletleri dağıtma usulü, tabiatı icabı tehlikeli olan ürünlerin imalının devletin denetiminde olması gibi hususlar hakkında detaylı bilgiler aktarılmaktadır.

(2) *Bazı Sanâyi Erbabından Alınan Te'minat*: Halkın can, haysiyet ve malının korunması için bazı faaliyetleri icra edenlerden teminat alınması yolu tercih edilmiştir. Bu bağlamda tabâbet, eczacılık, dava vekâleti, tellallık, simsarlık gibi faaliyetlerin icrasını düzenleyen yasal düzenlemeler ve bu faaliyetleri icra edenlerden alınacak te'minatlar hakkında detaylı bilgilere yer verilmektedir.

(3) *İnhisarlar*: Asayiş ve emniyetin sağlanması veya devlete gelir elde etmek için bazı faaliyetlerin devlet tekelinde yürütüldüğü; Tuz, tütün, sigara, oyun kâğıdı, müskirât (alkollü içecekler) tekeller devlete gelir elde etmek için, asker-i mühimmatlar, silahlar, barut ve diğer yanıcı maddeler için oluşturulan devlet tekeline ise güvenil ve asayiş için başvurulduğu ifade edilmektedir. Bu hususlara ilişkin temel kurallar, devletin yetkileri vatandaşların yükümlülükleri aktarılmaktadır.

b. İkinci Fası: Sanâyî ve Ticâretin Teşvik ve Terakkisine Dâir Nizâmât

(1) *İhtira Beratı*: İhtira beratının ne anlama geldiği, Osmanlı Devleti'nde câri bu konuya ilişik yasal düzenlemeler, ihtira beratının verilmesi usul ve şartları, ihtira beratının sahibine sağladığı haklar, yabancı ülkede alınan ihtira beratının ülke içindeki durumu, ihtira beratın hakkının sona ermesi, hükümsüzlüğü, ihtira beratından kaynaklanan davaların görülmesi gibi konular detaylı bir şekilde aktarılmaktadır.

(2) *Alâmet-i Fârika*: Tüccar ve sanat erbabının şöhret ve itibarlarını korumak için oluşturulan markalara (alâmet-i fârika) ilişkin yasal düzenlemeler, markaların elde edilmesi usulü ve şartları, markaların bahşettiği hakların kullanımı ve süresi, markalardan kaynaklanan davaların görülmesi, markalara ilişkin kuralları ihlal edenler için öngörülen yaptırımlar gibi konular hakkında açıklamalara yer verilmektedir.

(3) *Bazı Sanâye Teşvîkât*: Sanayi ve ticaret serbestisine ve rekabete müdahale etmemek kaydıyla, bazı sanâyi erbabının desteklenmesi için düzenlemeler yapıldığı, vergi mükellefiyetlerinden muaf tutulma, bazı ziraat ürünlerinden öşür alınmaması gibi teşvikler öngörüldüğünden bahsedilmektedir.

(4) *Terakkî-i Ticâret ve Sanâye Hâdim Müessesât*: Bu başlık altında tüzel kişiliklere (şahs-i manevî) sahip Ziraat Odaları, Ticaret Odaları, Sanâyi Odaları, İstatistik İdareleri, Borsalar konusu ele alınmakta, bu müesseselerin merkezde ve taşrada oluşumları, işleyişleri, görev ve yetkileri hakkında ayrıntılı bilgilere yer verilmektedir.

c. Üçüncü Fası: Müessesât-ı Hayriye

(1) *Müessesât-ı Hayriyenin Envâ' ve Aksâmı*: Fakirlere, düşkünlere yardım etmek üzere ihdas edilen hayır kurumlarının batı ülkelerindeki durumu (Fransa, İngiltere, İspanya) aktarıldıktan sonra, Osmanlı Devleti'ndeki durum ele alınmakta, bu konuya ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır.

(2) *İdare-i Umûr-ı Evkâf*: Cami, mescit, tekke, medrese, imaret ve benzeri faaliyetler için Osmanlı Devleti'nde öteden beri vakıflar kurulması usulü uygulandığı ifade edildikten sonra tüm bu vakıfların idaresi için Evkaf Nezaretinin ihdas edildiği belirtilmektedir. Bu bağlamda Nezaretin yapısı, işleyişi, görev ve yetkileri, taşralardaki vakıfların idaresi ve gözetimi konuları ayrıntılı şekilde aktarılmaktadır.

(3) *İdare-i Emvâl-i Eytâm*: Yetim mallarının iyi şekilde idare edilmesi için yapılan yasal düzenlemeler, oluşturulan idari yapılar (meclis-i idare-i emvâl-i eytâm vs.), bunların görev ve yetkileri, evkaf nezaretinin yetim malları hakkındaki görevleri gibi konular ele alınmaktadır.

3. Beşinci Kısım: Vesâit-i İcrâiye-i Hükûmetin Tedârîki Hususundaki Mekellefiyât

a. Birinci Fası: Ahz-ı Asker Usulü

Askerlikle ilgili yasal düzenlemeler yanında askerî kuvvetin, teb'a arasından kur'a usulüyle belirlendiği, gayr-i müslimlerin askerlik bedeli ödediği,

askerlikten muaf olan beldeler ahâlisi⁹¹, askerlik hizmeti mükellefiyetinin şartları, askerlik yaşı, askerlik yaşına gelenlerin tasnifi (tertib-i evvel-tertib-i sani, muinli-muinsiz vs.), askerlik hizmetinden muaf olan kişiler⁹², askerlik hizmetin bedel karşılığında ifası gibi konular incelenmektedir.

b. İkinci Fasıll: Vesâit-i Nakliye-i Askeriyyenin Tedâriki

Bu başlık altında, askerin ve askeri malzemelerin bir yerden başka yere nakli durumunda devletin elindeki imkanların yetersiz olması halinde, ahalinin bu konuya ilişkin mükellefiyetleri üzerinde durulmaktadır. Bu konuya ilişkin bir kanunname yapıldığı, ihtiyaç hasıl olduğunda irade-i seniyye ile bu kanunun tatbiki konulacağı, kişilerin bedenlen, hayvanları veya arabaları ile ne gibi mükellefiyetleri yerine getirmek zorunda oldukları, bu mükellefiyetten istisna tutulan hayvan ve arabaların neler olduğu, bu konuya ilişkin görevli merci ve komisyonlar gibi konular hakkında bilgiler aktarılmaktadır.

IV. İKİ ESERLE İLGİLİ DEĞERLENDİRMELER

Osmanlı Devleti'nin 19. Yüzyılda (1800-1900) askerî, siyasî, bilim ve ekonomi yönünden Batı karşısında gerilemesi, devlet ileri gelenlerini reformlara yöneltmiştir. Bunun öncesinde Nizâm-ı Cedid dönemi olarak da ifade edilen ve Sultan III. Selim'in hükümdarlığı (1789-1807) döneminde, diğer alanlarda olduğu gibi eğitim ve öğretim faaliyetleri alanında da yenileşme ve değişim hareketlerine girilmiştir. Devletin kötüye gidişinin temelinde askerî sistemdeki bozukluk olduğu düşüncesiyle öncelik askerî alandaki reformlara verilmiştir. Bu bağlamda başta yeniçeri ocağının kaldırılması ve askerî okulların açılması gibi konular gündeme gelmiştir. Bu amaçla 1734'ten itibaren Hendesehane, Mühendishane-i Bahrî-i Hümayûn Mühendishane-i Berrî-i Hümayun, Menş-e-i Küttâb-ı Askerî. Tıbhâne-i Âmire, Mekteb-i Harbiye gibi çağdaş askerî okullar açılmıştır.

1839 tarihinde Abdülmecit'in tahta çıkışı ve akabinde Mustafa Reşit Paşa'nın etkileri ile Tanzimat Fermanı'nın (Gülhane Hattı Hümayunu) ilan edilmesiyle birlikte, "batılılaşma" veya "çağdaşlaşma" hareketleri (reformlar)

⁹¹ Askerlikten muaf tutulan 4 grup beldeler: (1) Bilâd-ı selâse (Dersaadet'e dahil olan vilayetler), (2) Şarkî Rumeli, Girit ve Cebel-i Lübnan, (3) Trablusgarp, Yemen, Hicaz Vilayetleri ve Havran sancağı, (4) Muhaciri-in i Çerâkise (s.205-206).

⁹² Askerlikten muaf olan sekiz sınıf: Fermanla istisna tutulanlar, Harem-i Şerifin görevlileri, yardım ocağı görevlileri, müderrisler, tarikat şeyhleri, cami ve mescit görevlileri, bazı diploma sahipleri, Hükümdarın şahsi hizmetinde görevli olanlar (s.209).

eğitim alanında yoğunlaştırılmıştır. Bu kapsamda 1839'dan itibaren Mekteb-i Fenn-i Nücûm, Dâru'l-Mualimîn, Mekteb-i Mülkiye, Mekteb-i Tıbbiye-i Mülkiye, Dâr'ul-Fünûn, Daru'l-Muallimât, Mekteb-i Hukuk-i Sultânî, Mekteb-i Sanayi-i Nefise gibi batıdaki örneklerine benzer eğitim-öğretim kurumları ihdas edilmiştir.

Bu gelişmeler doğrultusunda 9 Mayıs 1858 (25 Ramazan 1274) tarihli bir iradeyle Mekteb-i Fünûn-ı Mülkiye adlı yeni bir okulun açılmasına, okulun öğrencilerinin bir kısmının genç ve yetenekli memurlardan, bir kısmının da yirmi beş-otuz yaş arasındaki kimselerden sınavla belirlenmesine karar verilmiştir. Maârif-i Umûmiyye Nezâreti'ne bağlı olarak faaliyet yürütecek mektep 28 Ocak 1859 tarihinde eğitim-öğretime fiilen başlamıştır.

Tespitlerimize göre idare hukuku dersi, “*usul-i idare*” ismiyle ilk defa 1859 yılında fiilen faaliyete başlayan Mekteb-i Mülkiye'nin programında, ikinci sınıflara okutulmak üzere yer almıştır. Usuli-i idare isminde veya buna benzer bir isimli bir dersin, bu tarihe kadar hiçbir Osmanlı mektebinde okutulmamış olduğu anlaşılmaktadır.

Okul açılırken sadece altı (6) ders için hoca tayin edildiği, bunlar içinde “*usul-i idare*” dersi ve hocasının bulunmadığı görülmektedir. 1877 yılına kadar, programda yer alan dersleri okutmak üzere görevlendirilen hocalar arasında *usul-i idare* dersi ve hocası görülmemektedir. Bu durumdan, 1859 yılında mektebin programında yer alan *usul-i idare* dersinin 1877 yılına kadar fiilen okutulmadığı anlaşılmaktadır.

23 Mart 1877 tarihli Cedid Mekteb-i Mülkiye-i Şâhâne Nizamnâme-i Dâhilisinde, mekteb-i mülkiyede okutulacak dersler arasında “*usul-i idare*” dersinin yer aldığı, bu dersi okutmak üzere Sakızlı Ohannes Efendi'nin görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Buradan anlaşıldığına göre Mekteb-i Mülkiye'de idare hukuku (*usul-i idare*) dersi fiilen 1877'den itibaren okutulmaya başlanmıştır.

1869 yılında yürürlüğe giren Maârif-i Umumiye Nizamnâmesi'nde yeni kurulan Dâru'lfünûn-ı Osmanî'de okutulacak dersler arasında “*idare hukuku*” yer almasına rağmen bu ders hiç okutulamadan Dâru'lfünûn-ı Osmanî kapatılmıştır.

1874'de açılıp 1881'e kadar faaliyette bulunan Mekteb-i Hukuk-i Sultânî'nin Nizamnâmede olmasına rağmen fiilen idare hukuku dersi okutulmamıştır.

1878 yılında Nizamnâmesi yapılan “Mekteb-i Hukuk-ı Şahane”, Adliye Nezareti’ne bağlı olarak 1880’de faaliyetine başlamıştır. Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne Nizamnâmesinin ilk halinde, mektepte okutulacak dersler arasında idare hukuku dersi yer almamaktadır. Mekteb-i Hukukun 1881-1883 öğretim dönemi ders programı içinde “*Hukuk-ı Siyasiyye-i Osmaniyye-i Dahiliyye* (Hukuk-ı Esasiyye ve Hukuk-ı İdare-i Mülkiyye) isimli bir dersin bulunduğu ve bu dersi vermek üzere de Said Bey namında bir zatın görevlendirildiği anlaşılmaktadır.

Mekteb-i Hukuk’un ders programında 1891 yılında yapılan önemli değişiklikler arasında, 2. ve 3. sınıflarda okutulması öngörülen “***Hukuk-ı İdare-i Mülkiyye***” isimli bir dersin programa dahil edilmesi yer almaktadır. Mekteb-i Hukuk’un belli bir düzene girdiği 1898 yılı ders programında 1. ve 2. sınıflarda okutulmak üzere “***Hukuk-ı İdare***” isimli bir dersin yer aldığı ve bu dersi okutmak üzere **İbrahim Hakkı Bey**’in görevlendirildiği görülmektedir.

Kısaca ifade edecek olursak, bugün “idare hukuku” ismini verdiğimiz ders, ilk defa 1859’da faaliyete geçen Mekteb-i Mülkiye programında “usul-i idare” ismiyle yer almış ancak bu ders fiilen ancak 1877’den itibaren okutulmaya başlanmıştır. 1880 de kurulan Mekteb-i Hukuk-ı Şâhâne’de ise bu ders 1880’li yıllardan itibaren “hukuk-ı idare” ismiyle okutulmaya başlanmıştır.

Mekteb-i Mülkiye’de okutulan “usûl-i idare” dersine ilişkin olarak ilk basılan eserin, yazarı belli olmayan, sadece vilâyet teşkilâtını konu alan 1868 tarihli Usul-i İdare-i Vilâyet isimli eser olduğu anlaşılmaktadır. Usûl-i İdare dersinde okutulan konulara ilişkin tespit edilebilen kapsamlı ilk kaynak, Sakızlı Ohannes Paşa’nın Mülkiye Mektebi öğrencileri için hazırladığı ders notları olduğu ifade edilen “Usul-i İdare” isimli eser olduğu görülmektedir.

Mekteb-i Hukuk’ta okutulan “hukuk-ı idare” dersinde okutulan konuları elen ilk eserin Ali Ragıp tarafından kaleme alınan ve 1887’de basılan “Hukuk-ı İdare”, isimli eser olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu eser 60 sayfadan oluşan, çok özet, idare hukuku ve anayasa hukukuna giriş mahiyetinde bir çalışma olduğu görülmektedir. Mekteb-i Hukuk’ta okutulan “hukuk-ı idare” dersinde okutulan konuları içeren en kapsamlı, bugünkü anlamda ders kitabı mahiyetindeki ilk eserin İbrahim Hakkı tarafından kaleme alınan iki ciltten oluşan 1891-1892 tarihli “Hukuk-ı İdare” isimli eser olduğu anlaşılmaktadır.

Bu iki eserin ele aldığı konular mukayese edildiğinde, hacimlerinde farklılık olmakla beraber çok benzer konuların her iki eserde de ele alındığı

görülmektedir. Mesela devlet teşkilatı, mülkî taksimat, merkezi yönetim ve taşra yönetimi, belediye teşkilatı, Örfî idare, vatandaşlık (tabiiyet), mezhep hürriyeti, eğitim-öğretim hürriyeti, basın-yayın hürriyeti ve matbuat, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı ve dokunulmazlığı, kamulaştırma, madenler, ormanlar, bayındırlık ve çalışma yükümlülükleri, av ve avcılık, devlet tekelinde olan işletmeler, eski eserler, memurların yargılanması gibi bir çoğu bugün dahi idare hukuku ders kitaplarında yer alan konular her iki eserde, sıraları farklı olarak ele alınmaktadır. Her iki eserde de yer verilen ancak bugün idare hukuku derslerinin konusu içinde yer alamayan, mezhep hürriyeti, şirketler, ihtira beratı, marka gibi konulara da yer verilmektedir.

SONUÇ YERİNE

Çalışmanın bu bölümünde sonuç yerine, yukarıda ele alınan iki eserde yer alan konular ile günümüz idare hukuku ders kitaplarında yer alan konuların genel bir mukayesesine yer vermek istiyoruz.

1. Mekteb-i Mülkiye’de okutulan “usûl-i idare” dersi için Sakızlı Ohannes Efendi tarafından telif edilen “Usul-i İdare” isimli eserde yer alan konular ile günümüz idare hukuku ders kitaplarındaki konuları karşılaştırdığımızda, benzer olan konular ve farklı olan konuları şu şekilde ifade edebiliriz.

a. Benzer olan konular: İdarenin ve idare hukukunun gerekliliği, idare hukukunun diğer hukuk dalları içindeki yeri; örfî idare (günümüzdeki sıkıyönetim); kamulaştırma; idarenin mülki taksimatı (merkezi idare ve taşra teşkilatı, Danıştay, Sayıştay, belediye idaresi).

Ana hatlarıyla belirtilen yukarıdaki konular, günümüz idare hukuku ders kitaplarında da yer alan konularla çok benzer veya aynı niteliktedir.

c. Farklı olan konular: Osmanlı genel hukuku ve vatandaşlar arasında eşitlik konusu; Devlet-i Âliye vatandaşlığı (vatandaşlık hukuku); kişi hürriyeti ve dokunulmazlığı; din ve mezhep hürriyeti; eğitim-öğretim hakkı ve okullar; basın hürriyeti ve sınırlandırmaları; şirketler; konut dokunulmazlığı; mülkiyet hakkı; marka ve telif hakları; arazi hukuku; bayındırlık (yol, köprü) için çalışma yükümlülüğü; devlete ait tekeller ve gerekliliği; av ve avcılık; eski eserler; haberleşmenin gizliliği.

Ana hatlarıyla belirttiğimiz bu konular, günümüz idare hukuku ders kitaplarında yer almamaktadır. Bunların bazıları anayasa hukuku derslerinde, bazıları da diğer hukuk dallarında ele alınan konulardır.

2. Mekteb-i Hukuk'ta okutulan “hukuk-ı idare” dersi için İbrahim Hakkı tarafından telif edilen “hukuk-ı idare” isimli eserde yer alan konular ile günümüz idare hukuku ders kitaplarındaki konuları karşılaştırdığımızda, benzer olan konular ve farklı olan konuları şu şekilde ifade edebiliriz.

a. Benzer olan konular: İdare hukukunun niteliği ve diğer hukuk dalları içindeki yeri; idarî teşkilât (merkezi idare-bakanlıklar ve Danıştay; taşra teşkilâtı-vilâyet, vali, il idare meclisi, livâ, kazâ, nâhiye, köy idareleri); belediye idaresi; zabıta faaliyetleri (kolluk faaliyeti); örfî idare (sıkıyönetim); sağlık zabıtası (genel sağlığın korunması); memur hukuku (memurunin kabul ve istihdamı); memurların yargılanması (memurin muhâkemesi); idarenin malları (arazi-yi mîriye)-ormanlar, madenler; bayındırlık faaliyetleri (Bayındırlık bakanlığı, köprü ve yollar, demiryolları); kamulaştırma; sanayi ve ticaret odaları.

Yukarıdaki başlıklara baktığımızda, “Hukuk-ı İdare” isimli eserdeki konuların önemli bir kısmının, bazıları doğrudan bazıları ise dolaylı olmak üzere, günümüz idare hukuku ders kitaplarında yer alan konularla örtüştüğü görülmektedir. Konuların işleniş sırası ve taksimatı biraz farklı olsa da idare hukuku dersinin konularının ana hatlarıyla oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Müellif eserinin başında, idare hukuku dersinde anlatılacak konuların müelliflere göre farklılık arzettiğini, kendisinin Fransız idare hukukçusu Jöl Malle'nin tasnifini benimsediğini ifade etmektedir.

c. Farklı olan konular: Nüfus sayımı; pasaport işlemleri; av ve av kolluğu; din ve mezhep özgürlüğü; basın özgürlüğü ve matbuat; eğitim öğretim hakkı, maârif teşkilâtı ve okullar; eski eserler; kütüphaneler; ticaret serbestisi ve sınırları; ihtira beratı ve marka; hayır kurumları (vakıflar ve yetim mallarının idaresi); askerlik işlemleri (ahz-ı asker).

Burada belirtilen konuların bir kısmı (pasaport işlemleri, av kolluğu, askerlik işlemleri, maârif teşkilâtı ve okullar...) idare hukuku kapsamında olsalar da günümüz idare hukuku ders kitaplarında yer verilmemektedir. Bir kısmı (din ve mezhep hürriyeti, basın özgürlüğü...) günümüz anayasa hukuku derslerinde yer alan konulardır. Bir kısmı ise (ihtira beratı ve marka...) diğer hukuk dalları içinde anlatılan konulardır.

Yukarıda aktardığımız genel mukayese çerçevesinde bir değerlendirme yapacak olursak; idare hukukunun diğer hukuk dalları içindeki bağımsızlığı, idarî teşkilâtın genel yapısı (merkezi idare ve taşra teşkilâtı), mahalli idareler, meslek kuruluşları, idarenin görevleri (kamu hizmetinin bazı örnekleri ve

kolluk faaliyeti), memur hukuku ve memur yargılaması gibi günümüz idare hukuku ders kitaplarında yer alan temel konuların 1890'lı yıllardan itibaren belirginleştiğini söyleyebiliriz.

Yararlanılan Kaynaklar

- AKYILDIZ Ali, “Mekteb-i Mülkiyye “, Türk Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, C.2, İstanbul 2016.
- ALBAYRAK Sadık, “Dâru'l-Hikmeti'l-İslâmiye”, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1993-8.
- ALTIN Hamza, “Osmanlı Son Döneminde Muallim Okulları Dışındaki Öğretmen Yetiştiren Kurumlara Genel Bir Bakış”, Sosyal Bilimler Dergisi,2011/1.
- ARSLAN Ali, “Darülfünun İlahiyat Fakültesi, Fakülte Meclisi'nin Kurulması ve İlk Meclis Zabıtları (1911-1912)”, Değerler Eğitimi Dergisi 5/13 (2007).
- ARSLAN Ali, Dârü'l-fünûn 'dan Üniversiteye, İstanbul 1995.
- ATACI Cahit, “Eğitim Sistemi, Osmanlı Dünyayı Nasıl Yönetti, İstanbul 1999.
- AYDÜZ Salim, “Osmanlı Astronomi Müesseseleri”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi 2/4 (2004).
- BASKICI M. Murat, “Mekteb-i Mülkiye'den Siyasal Bilgiler Fakültesi'ne 150 Yıllık Kronolojisi”, Mülkiye Dergisi 33/265 (2009).
- BASKIN Bahar, “II. Meşrutiyet'te Kadın Eğitime Yönelik Bir Girişim: İnas Darülfünunu”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 2008.
- BAŞGELEN Nezh, “Müze-i Hümayun'dan Günümüze İstanbul Arkeoloji Müzeleri”, Arkeoloji Dergisi 14 (2006).
- BAŞKAN Şenay/ÇAY Abdulhaluk Mehmet, “Tanzimat Dönemi Osmanlı Eğitim Sistemi”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 64 Haziran 2019.
- BERKES Niyazi, Türkiye'de Çağdaşlaşma, Ankara 1973, s.176.
- BEYDİLLİ Kemal, “Mühendishane-i Berrî-i Humâyun”, TDV İslam

- Ansiklopedisi, İstanbul, 31: 516.
- ÇANKAYA Ali, Mülkiye Tarihi ve Mülkiyeliler, Ankara 1954.
- DOĞAN Adem, Osmanlı Eğitiminde Mülkiye Mektepleri, (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2007.
- DÖLEN Emre, “II. Meşrutiyet Döneminde Darülfünun” Osmanlı Bilimi Araştırmaları X-1 (2008), s.1-2.
- DUMAN Fulya, Osmanlıda Tıp Eğitimi ve Mekteb-i Tıbbiye, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi 2015.
- ELDEM Sedat Hakkı/HANDAN M. Ali, “Güzel Sanatlar Akademisi”, Arkitekt (Mimarlık-Şehircilik Ve Belediyecilik Dergisi 22 /1-2 (1954).
- IŞIK Abdulcelil/GÜNEŞ Engin, “Türk Tarihinde Özel Yeteneklilerin Eğitimi: Osmanlı Enderun Mektebi”, Üstün Zekâlılar Eğitimi ve Yaratıcılık Dergisi, Aralık, 4(3).
- İ. Hakkı UZUNÇARŞILI, Osmanlı Tarihi I. Cilt (Osmanlı Devleti'nin Kuruluşundan İstanbul'un Fethine Kadar),2015.
- İHSANOĞLU Ekmeleddin, “Dârülfünûn Tarihçesine Giriş (II), Üçüncü Teşebbüs: Dârülfünûn-ı Sultani”, <https://belleten.gov.tr/tam-metin-pdf/2159/tur>.
- İHSANOĞLU Ekmeleddin, “Dârülfünûn Tarihçesine Giriş- İlk İki Teşebbüs”, Belleten, C.LIV, 1990, Sayı.210.
- İHSANOĞLU Ekmeleddin, Dârülfünun-Osmanlıda Kültürel Modernleşmenin Odağı, C.I, İstanbul 2010.
- İPŞİRLİ Mehmet, “Enderun”, İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/enderun>.
- KARATAŞ Özgür Sadık, “Klasik Türk Müziği Eğitiminde Saray Üniversitesi: Enderun Mektebi”, Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic Volume 9/2 Winter 2014.
- KESKİN Nuray E, “Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin ‘Kökene’ Sorunu, AİD, 2006, Cilt.39, Sayı.2.
- KESKİN Nuray E, “Türkiye’de Kamu Yönetimi Disiplininin ‘Kökene’ Sorunu, AİD, 2006, Cilt.39, Sayı.2.

- KOÇER Hasan Ali, Eğitim Sorunlarımız Üzerine İncelemeler ve Düşünceler, Ankara 1975.
- KOYUNCU Nuran, Hukuk Mektebinin Doğuşu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sayı. 3.
- NUTKU Özdemir, “Daru’l-Bedâyi”, TDV İslam Ansiklopedisi, 1993-8, s.515.
- ÖCAL Mustafa, “İlahiyat Fakültelerinin Tarihçesi”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 1/1 (1986).
- ÖZCAN Abdülkadir, “Harbiye”, TDV İslam Ansiklopedisi, İstanbul 1997), 13: 115-116.
- ÖZDEN Erhan, “Osmanlı’nın Mûsikî Okulları”, Rast Müzikoloji Dergisi, 1/2 (2013).
- ÖZKAN Ela, “19. Yüzyılda Mekteb-i Mülkiye Mezunlarının Devlet Kademelerinde İstihdam Edilmeleri Üzerine Örnekler”, Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 30, 2020, Sayı: 2.
- ÖZTÜRK Cemil, “Dâru’l-Muallimin”, TDV İslam Ansiklopedisi, 1993-8.
- ÖZYİĞİT Halil, “Enderun Mekteb’inde Yetişen İki Sanatçı: Said Efendi ve Tevfik Paşa”, Ekev Akedemi Dergisi, 2011, Yıl: 15 Sayı: 49.
- SERİN Necdet, “Mekteb-i Mülkiye’den Siyasal Bilgiler Fakültesi’ne” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 40/1 (1985).
- SERİN Necdet, “Mekteb-i Mülkiye’den Siyasal Bilgiler Fakültesi’ne” Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 40/1 (1985).
- ŞİŞMAN Adnan, “Galatasaray Mekteb-i Sultânîsi”, İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/galatasaray-mekteb-i-sultanisi>
- TAŞTEKİN Osman, “18. Yüzyıl ve Sonrası Osmanlı Eğitim Kurumları”, Cumhuriyet İlahiyat Dergisi, Aralık 2019, 23 (3): 1143-1166.
- TOKER Hikmet/ÖZDEN Erhan, “Osmanlı Devletinde Müzik Eğitimi Veren Önemli Kurumlar”, Rast Müzikoloji Dergisi (2013).
- UĞUR Ünal, “III. Selim’den Meşrutiyete Osmanlıda Eğitim (1789-1876)”, Türk Eğitim Tarihi, Ankara 2016.

UNAT Faik Reşit, Türkiye Eğitim Sisteminin Gelişmesine Tarihi Bir Bakış, Ankara 1964.

ÜNÜVAR Süleyman, “Fen-Edebiyat Fakülteleri ve Formasyon Programı (ğretmen Yetiştirme)”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum Dergisi 1/2 (2012).

YILDIRIM Sefa/KILIÇ mit, “Klasik Dönem Osmanlı Devleti’nde Eğitim ve ğretim”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Nisan 2018 22(zel Sayı): 603-627.

YILDIZ Abdullah, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Sivil ve Türkçe Tıp Eğitimine Geçiş”, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası 70/3 (2017).

YILMAZ Harun, “Osmanlı Son Döneminde Medreselerin Islahı ve Panislamizm Tartışmaları Bağlamında Bir Medrese: Kudüs Selāhaddīn-i Eyybī Külliye-i İslāmiyyesi ve Külliye Talimatnāmesi” Marmara Üniversitesi İlāhiyat Fakültesi Dergisi-51 (2016).

YÖRÜK Ali Adem, Mekteb-i Hukukun Kuruluğu ve Faaliyetleri (1878-1900), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul 2008.

SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİNE TEŞEBBÜS

Soner DEMİRTAS*

ÖZ

Suçun nitelikli hali kavramı Türk Ceza Kanunu'nun çeşitli maddelerinde kullanılmıştır. TCK'nın 43/1. maddesinde daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden bahsedilmiş ve daha ağır veya daha az cezayı gerektiren haller ile suçun temel şeklinin aynı suç sayılacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda çalışma bakımından önem arz eden hususlar ise suçun nitelikli halleri arasında yapılan ayırım, nitelikli hallere teşebbüsün mümkün olup olmadığı ve bu mümkünse teşebbüs hükümlerinin hangi şartlarda uygulanacağıdır. Ayrıca suçun temel ya da (daha ağır veya daha az cezayı gerektiren) nitelikli hallerinden birinin teşebbüs aşamasında kalıp diğerinin tamamlandığı durumlarda failin nasıl cezalandırılacağıının belirlenmesi de önem arz etmektedir. Bu çalışmada burada zikredilen hususlar Türk öğretisi ve Yargıtay kararları ışığında somut suç tipleri de değerlendirilerek ayrıntılı olarak incelenecek ve bu inceleme yapılırken Alman öğretisi ve yargı kararları da göz önünde bulundurulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Teşebbüs, Nitelikli Hal, Kast, Şüpheden Sanık Yararlanır.

ATTEMPT TO QUALIFIED FORM OF CRIME

ABSTRACT

The concept of qualified form of crime has been used in various articles of the Turkish Criminal Code. In the Article 43/1 of the TCC mentioned qualified forms requiring heavier or less punishment and it was stated that forms requiring heavier or less punishment and the basic form of the crime would be considered the same crime. In this context, the issues that are important in terms of the study are the distinction made between qualified forms of crime, whether it is possible to attempt qualified forms and, if possible, under which conditions the provisions of the undertaking will be applied. In addition, it is also important to determine how the perpetrator will be punished in cases where one of the basic or qualified forms (requiring heavier or less punishment) of the crime is attempted and the other is completed. In this study, the issues mentioned here will be examined in detail by evaluating concrete crime types in

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/TRABZON, **e-posta:** sonerdemirtas@trabzon.edu.tr,

ORCID :0000-0003-3910-9196.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979177

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 03/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 28/07/2021

the light of Turkish doctrine and Supreme Court decisions and German doctrine and judicial decisions will also be taken into consideration while doing this examination.

Keywords: *Attempt, Qualified form, Intent, in dubio pro reo.*

A) GİRİŞ

Ceza normları oluşturulurken öncelikli olarak suçun temel şekli tanımlanmakta ve akabinde (suçların önemli kısmında) söz konusu bu temel şekle bazı unsurların eklenmesi suretiyle suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmektedir.¹ Bu unsurların düzenlenmesiyle birlikte suçun temel şeklinin yanında nitelikli hallerin hangi şartlarda ortaya çıkacağı ve nasıl cezalandırılacakları belirlenmiş olmaktadır. Suçun temel şekline eklenen unsurlarla birlikte suçun haksızlık içeriğinde değişiklik meydana gelmekte, bir başka ifadeyle suçun haksızlık içeriği eklenen unsura göre artmakta ya da azalmaktadır.²

Nitelikli haller bakımından özellik arz eden hususlardan biri inceleme konusunu oluşturan “suçun maddi unsurları arasında olan nitelikli haller” teşebbüsün mümkün olup olmayacağıdır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 35’te düzenlenen teşebbüs hükmüne göre “kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”. Teşebbüs, çeşitli hukuk sistemlerinde farklı düzenlenmekle birlikte Türk Ceza Kanunu uyarınca failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması için gerçekleştirmiş olduğu eylemin nicelik bakımından herhangi bir önemi bulunmamakta ve elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanmış olması gerekmektedir. TCK m. 35’e göre bir kişinin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirdiği eylemin kasıtlı ve hukuka aykırı olması gerekir. Kasten gerçekleştirilen eylemin karşılığında öngörülen ceza miktarının teşebbüs bakımından herhangi bir önemi yoktur.

TCK m. 35’ten çıkan ilk ve en önemli sonuç teşebbüsten dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirdiği eylemin kasıtlı olması gerektiği ve

¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 140; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 380; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 5. Bası, Beta Yayıncılık, 2015, s. 171.

² Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 140.

dolayısıyla taksirle işlenen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığıdır. Burada inceleme konusu bakımından araştırılması gereken hususlar, suçun kanuni tanımında yer verilen nitelikli hallere teşebbüsün mümkün olup olmadığı ve bu bağlamda daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haller ile daha az cezayı gerektiren nitelikli haller arasında teşebbüs bakımından bir ayırım yapıp yapılamayacağı, suçun temel veya daha az cezayı gerektiren ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinden herhangi birinin gerçekleşip diğerinin teşebbüs aşamasında kalması ya da bütün bu hallerin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Zikredilen bu soruların cevaplandırılması şüphesiz suçun manevi unsuru ile doğrudan ilgilidir. Türk Ceza Kanunu'nun düzenlemeleri uyarınca suçun maddi unsurlarının kastın kapsamında olması gerektiği açıktır. Suçun nitelikli halleri de kastın kapsamında olması gereken unsurlardan olduğundan manevi unsur ile teşebbüs arasında doğrudan ilişki bulunmaktadır ve bu iki konu bağlantılı olarak değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda suçun gerek daha az cezayı gerektiren gerekse de daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hallerine teşebbüs konuları, daha az veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemeleri içeren suçlar üzerinden incelenecektir. Bu incelemeye geçilmeden önce nitelikli hal kavramı ve nitelikli halin türleri ile nitelikli haller ile suçun temel şekli arasındaki ilişki, konunun daha iyi izah edilebilmesi için açıklanmaya çalışılacaktır.

Türk Ceza Kanunu m. 35'te teşebbüsün kasten işlenen suçlarda söz konusu olabileceği düzenlendiğinden suça ve suçun nitelikli hallerine teşebbüste kastın belirlenmesi ve suçun manevi unsuru ile maddi unsurlar arasında yer alan nitelikli haller arasındaki ilişkinin de ortaya konulması önem arz etmektedir. Suçun nitelikli halinin suçun unsurlarından biri olması ve maddi unsurların da kastın kapsamında olması gerekliliği dolayısıyla suça teşebbüste kastın belirlenmesi, suçun manevi unsuru ile nitelikli haller arasındaki ilişki ve suçun temel ve nitelikli hallerine teşebbüs konuları bu çalışma kapsamında ele alınacaktır.

B) NİTELİKLİ HAL KAVRAMI, NİTELİKLİ HALİN TÜRLERİ VE SUÇUN TEMEL ŞEKLİ İLE NİTELİKLİ HALLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

a) Nitelikli Hal Kavramı

Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümler kısmındaki çeşitli maddelerde "nitelikli hal" kavramına yer verilmiştir. TCK m. 6/1-h'de itiyadi suçlu tanımı

yapılırken “suçun temel şekli ya da daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli hali” kavramı kullanılmıştır. Yine TCK’nın suçun nitelikli hallerine ilişkin hatayı düzenleyen 30/2. maddede “bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri” kavramı kullanılmıştır. Bunun yanı sıra yine TCK m. 61/4’te “bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hali” ve m. 66/3’de “suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri” kavramlarına yer verilmiştir. Nitelikli hale ilişkin daha ayrıntılı bir düzenleme ise TCK m. 43/1 2. cümlesinde yer almaktadır. Zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği bu maddeye göre “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır”. Bu maddelerdeki düzenlemelerden varacağımız sonuç suçun nitelikli halleri arasında ikili bir ayırım yapıldığıdır. Buna göre suçun nitelikli halleri daha ağır cezayı gerektirebileceği gibi daha az cezayı da gerektirebilir ve daha ağır ya da az cezayı gerektirip gerektirmediğine bakılmaksızın bütün bu haller nitelikli haller kapsamında değerlendirilmelidir. Ayrıca suçun nitelikli halinin gerçekleşebilmesi için suçun temel şekli gerçekleşmelidir. Çünkü nitelikli haller suçun temel şekli üzerine inşa edilir ve suçun temel şekli gerçekleşmeksizin nitelikli halinin gerçekleşmesi³ kural olarak mümkün değildir.

Burada değinilen kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda suçun nitelikli hali şu şekilde tanımlanabilir: Temel şekli gerçekleşmeksizin ya da bu hale teşebbüs edilmeksizin işlenebilmesi mümkün olmayan ancak suçun temel şekline göre en az bir farklı unsur içermek suretiyle cezanın ağırlaştırılması ya da azaltılması gereken hallere suçun nitelikli hali denir.⁴ Nitelikli hallerin bu özelliği göz önünde bulundurulduğunda gerçekleştirilmiş olan fiilin haksızlık içeriğinde nitelik olarak herhangi bir farklılık bulunmamakta ve eylem haksız olmaya devam etmektedir. Bununla birlikte nicelik olarak eylemin haksızlık boyutu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde artmakta, daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde ise azalmaktadır.

b) Nitelikli Halin Türleri

Nitelikli haller öğretide fiilin işleniş şekline, failin ve mağdurun vasfına, suçun konusu ve suçun işlendiği zamana göre vasıflandırılmaktadır. Ayrıca

³ Teşebbüs hükümleri bakımından da aynı husus geçerlidir. Kural olarak suçun temel şekline teşebbüs olmadan nitelikli haline teşebbüs mümkün değildir ve genellikle temel şekil ile nitelikli hale teşebbüs aynı anda ve aynı hareketlerle meydana gelmektedir.

⁴ Krş. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 142.

Türk Ceza Kanunu'nda da düzenlendiği üzere suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri de bu başlık altında incelenebilir. Daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli haller faile, mağdura, suçun konusuna ya da fiile ilişkin nitelikli haller şeklinde ortaya çıkabilir.⁵

aa) Daha Ağır veya Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Haller

Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde failin gerçekleştirmiş olduğu eylem suçun temel şeklini ihlal etmekle birlikte buna ek olarak failin daha ağır cezalandırılmasını gerektiren ek bir unsur daha içermektedir. Örneğin kasten insan öldürme suçunun eşe karşı gerçekleştirilmesi halinde (TCK m. 82/1-d) öldürme suçuna eklenen unsur mağdurun sıfatıdır ve eşin öldürülmesi fiilin haksızlığını artırdığı için fail daha ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde de yine aynı şekilde suçun temel şekli gerçekleştirilmekte ancak suça eklenen bazı unsurlarla failin daha az cezalandırılması amaçlanmaktadır. Burada da suçun temel şekli ile daha az cezayı gerektiren şekli arasında nitelik olarak herhangi bir farklılık bulunmamakta, yalnızca nicelik farkı bulunmakta ve eylemin haksızlık içeriği azalmaktadır. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin haksızlık içeriği suçun temel şekline göre daha azdır.⁶ Gerek daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde gerek daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından ortak olan husus her iki durumda da suçun temel şeklinde belirtilen hususların gerçekleşmiş olmasıdır. Suçun temel şekli gerçekleşmeden daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin gerçekleşmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle suçun temel şeklinin oluşması için bulunması gereken unsurlardan biri eksik ise nitelikli halin gerçekleşmesi de mümkün değildir.⁷

bb) Fiilin İşleniş Şekline Göre Nitelikli Haller

Fiilin işleniş şekli göz önünde bulundurularak kanun koyucu çeşitli hususları suçun daha ağır veya daha az cezalandırılmasını gerektirecek haller

⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 226 vd.; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 289 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 675; Nitelikli hallerin suçun özel görünüş şekillerinden olduğuna dair görüş için bkz. Zafer, s. 262.

⁶ Özgenç, s. 228 vd.; Ahmet Hulisi Akkaş, Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 324 vd., <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/489094>> Erişim Tarihi 14.04.2021.

⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler s. 141.

olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda TCK m. 82/1-a'da kasten öldürmenin tasarlayarak, 82/1-b'de eziyet çektirerek ve 82/1-c'de yangın, su baskını, tahrip, batırma veya bombalama ya da nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanmak suretiyle işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli haller fiilin işleniş şekline ilişkindir ve bu nitelikli hallerde fiilin işleniş şekli failin ahlaki kötülüğünün yüksek olduğunu göstermekte (m. 82/1-b), mağdurun savunma imkanları ortadan kaldırılmakta (m. 82/1-a, c), suçun daha kolay bir şekilde icra edilmesini sağlamakta ya da toplum açısından da tehlikeye sebebiyet (m. 82/1-c) vermektedir.⁸ Benzer şekilde dolandırıcılık suçunun düzenlendiği TCK m. 158 birinci fıkrasının a, d, f, g ve i bentleri ile zimmet suçunun düzenlendiği 247. maddenin ikinci fıkrası fiilin işleniş şekline ilişkin nitelikli haller kapsamında değerlendirilebilir.

cc) Fail ve Mağdur Sıfatına İlişkin Nitelikli Haller

Suçun nitelikli halleri bazı durumlarda fail ve mağdurun sıfatı göz önünde bulundurularak düzenlenmektedir. TCK m. 82/1-d, 137/1-a, b maddelerinde suçu işleyen kişinin kamu görevlisi vs. olması failin sıfatına ilişkin cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hallerdendir ve bu gibi nitelikli hallerde failin sıfatı suçun işlenmesini kolaylaştırdığı için nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Aynı şekilde uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK m. 188/8) ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçunun (TCK m. 190/3) belli bir sığata sahip kişiler tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında mağdurun da belli özelliklere sahip olduğu durumlarda da mağdurun sıfatından kaynaklanan nitelikli haller söz konusu olabilir. Örneğin kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen bir kadına karşı işlenmesi (TCK m. 82/1-f), kasten yaralama suçunun beden veya ruh bakımından kendisini koruyamayacak durumda olan kişiye karşı işlenmesi (TCK m. 86/3-b), işkence suçunun çocuğa karşı işlenmesi (TCK m. 94/2-a) mağdurun sıfatının ön planda olduğu nitelikli hallerdendir. 7243 sayılı Kanunla getirilen kasten yaralama, tehdit, hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarının sağlık çalışanlarına karşı işlenmesi halinde cezanın artırılacağı düzenlendiği madde de mağdurun sıfatına ilişkin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerdendir.⁹

⁸ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 381; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 98 vd.; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 163.

⁹ 7243 sayılı Kanun Madde 28 – 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel

dd) Tipikliğin (Kastın Yanında) Sübjektif Unsurlarına İlişkin Nitelikli Haller

Suçun nitelikli hallerinin düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmuş kısıtlardan bir diğeri de kasten işlenen suçlarda kastın yanında başka sübjektif unsurlara da yer verilmiş olmasıdır. Maksat, amaç ya da saik olarak ifade edilen bu unsurlar kastın yanında haksızlığın sübjektif unsuru olarak ifade edilmekte¹⁰ ve failin suç tipinde ayrıca yer verilen söz konusu amaç ya da saikle hareket etmesi nitelikli hal olarak düzenlenebilmektedir. Kastın öldürme suçunun töre ya da kan gütmeye saikiyle işlenmesi (TCK m. 82/1-h, j), kişiyi hürriyetinden kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi (TCK m. 109/5), tipikliğin sübjektif unsurlarının ön planda olduğu daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerdir. Aynı zamanda hırsızlık suçunda eşyanın kullanmak amacıyla alınması (TCK m. 146) ya da bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla alınması (TCK m. 144/1-b) sübjektif unsurlara ilişkin daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerdendir.¹¹

ee) Fail ve Mağdur Arasındaki İlişkidir Doğan Nitelikli Haller

TCK m. 86/3-a ve 103/3-c, d'de olduğu gibi fail ile mağdur arasındaki eş, akrabalık, vasi, öğretici vb. ilişkilerin söz konusu olduğu durumlarda, söz konusu bu ilişki fail ile mağdur arasındaki ilişkidir kaynaklanan nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenlemelerde de öne çıkan husus bu türden bir ilişkinin var olması halinde suçun işlenmesinin kolaylaşacak olmasıdır. Örneğin eş ilişkisinin öldürme suçunda nitelikli hal olarak düzenlenmesinin gerekçesi eşlerin birbirlerine karşı güven duyması ve

Kanununun ek 12 nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

Kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kasten yaralama (madde 86), tehdit (madde 106), hakaret (madde 125) ve görevi yaptırmamak için direnme (madde 265) suçlarında;

a) İlgili maddelere göre tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılır.

b) Türk Ceza Kanunu'nun 51 inci maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi hükümleri uygulanmaz.

Şiddetin vuku bulunduğu sağlık kurum ve kuruluşunda, faille veya yakınına mağdurun verdiği hizmeti verebilecek başka sağlık personeli ve yardımcı sağlık personeli bulunması halinde hizmet ilgili diğer personel tarafından verilir.

¹⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 145, 250 vd.

¹¹ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 143; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 660.

bu ilişkinin savunma olanaklarını ortadan kaldıracak nitelikte olmasıdır.

ff) Suçun İşlendiği Yer ve Zamana İlişkin Nitelikli Haller

Suçun işlendiği yer ve suçun işlendiği zaman bazı suç tiplerinde nitelikli haller arasında yer almaktadır. Uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun düzenlendiği TCK m. 188/4-b hükmünde suçun işlendiği yere ilişkin bir nitelikli hal düzenlenmiştir. Bu maddeye göre bu suçun 3. fıkrasındaki fiillerin okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi, hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116/4), hırsızlık (TCK m. 143) ve yağma suçlarının (TCK m. 149/1-h) gece vakti, askerleri itaatsizliğe teşvik suçunun (TCK m. 319/3) savaş zamanında işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlendiğinden bu hükümler suçun işlendiği zamana ilişkin nitelikli hallere örnek olarak verilebilir.

gg) Suçun Konusuna İlişkin Nitelikli Haller

Tipikliğe ait unsurlardan biri olan suçun konusu da kanun koyucu tarafından suçun daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir. Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçunda suçun konusunun deniz veya demiryolu ulaşım aracı olması hali (TCK m. 223/2) ile uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun konusunun eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması hali (TCK m. 188/4) suçların daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri arasında düzenlenmiştir. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin yanında suçun konusu bazen daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri oluşturabilir. Hırsızlık, yağma ve zimmet suçlarında suçun konusunu oluşturan malın değerinin az olması hali daha az cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.¹²

ii) Neticenin Ağırlığına Göre Nitelikli Haller

Suçun nitelikli halleri bazı durumlarda gerçekleşen neticenin ağırlığına göre belirlenmektedir. Her ne kadar neticenin ağırlığı genellikle neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlara sebebiyet verse de (Örn: TCK m. 87) bazı durumlarda neticenin ağırlığına göre nitelikli haller de düzenlenmiştir. TCK m.

¹² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 382.

86'da düzenlenen kasten yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek düzeyde kalması, TCK m. 102/1 2. cümle ve m. 103/1 2. cümle uyarınca cinsel saldırı ve istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde fail daha az ceza alacaktır.

c) Suçun Temel Şekli ile Nitelikli Haller Arasındaki İlişki

Suçun nitelikli halleri göz önünde bulundurulduğunda daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin suçun temel şeklinden hareketle ve onun üzerine inşa edildiği görülmektedir. Bir suçun nitelikli halinin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik yapılan araştırmada öncelikle temel şekle ilişkin belirleme yapılmakta ve nitelikli halin incelenmesi bu aşamadan sonra önem taşımaktadır. Bu bağlamda örneğin kasten yaralamanın temel şekli olmadan silahla işlenebilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle öncelikli olarak suçun temel şeklinin varlığı ortaya konmalı ve nitelikli halden söz edilebilmesi için temel şekle bir ya da birkaç unsur eklenmelidir. Bu husus hem daha fazla cezayı gerektiren haller hem de daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından geçerlidir. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde suçun temel şekline bir unsur eklenmekte ancak eklenen bu unsur gerçekleştirilmiş olan eylemin haksızlık içeriğini artırmamakta aksine azaltmaktadır. Yani her iki durumda da suçun temel şekline unsur eklenmek suretiyle nitelikli haller meydana gelmektedir. Örneğin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama halinde de sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırıda da suçun temel şekli yani kasten yaralama bakımından TCK m. 86/1 uyarınca başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma, cinsel saldırı bakımından TCK m. 102/1 1. cümlede düzenlenen suçun temel şekli olan cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali gerçekleşmiş olmaktadır. Bu durumda da kural olarak suçun temel şekli gerçekleşmiş olmakta, yalnızca gerçekleşen eylemin haksızlık içeriği bakımından suçun temel şekline kıyasen daha az olduğu görülmektedir. Aynı şekilde TCK m. 145'te düzenlenen hırsızlık suçunda, çalınan malın değerinin az olması halinde de suçun temel şekli olan TCK m. 141 gerçekleşmiştir. Suçun temel şekli olan başkasının taşınır malının rıza dışı alınması söz konusudur ve burada da suçun temel şekline bir unsur eklenmiştir. TCK m. 141'de düzenlenen suçun temel şekli işlenmeden daha az cezayı gerektiren bu nitelikli halinin gerçekleşmesi söz konusu değildir.

C) SUÇA TEŞEBBÜSTE KASTIN BELİRLENMESİ VE SUÇUN MANEVİ UNSURU İLE NİTELİKLİ HALLER ARASINDAKİ İLİŞKİ

a) Suça Teşebbüste Kastın Belirlenmesi

TCK m. 35 uyarınca suça teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması gerekir. Bu bakımdan suçun tamamlandığı durumlar ile suçun teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde kastın belirlenmesinde kullanılacak ölçütler aynıdır. Ancak teşebbüs aşamasında kalan suçlarda suç tamamlanmadığı için manevi unsurun tespiti öğretide¹³ de haklı olarak ifade edildiği üzere daha fazla zorluk arz etmektedir. Tamamlanmış suça yönelik kastın belirlenmesi ile teşebbüs aşamasında kalmış eyleme ilişkin kastın belirlenmesi arasında farklılık söz konusu değildir.¹⁴ Suç teşebbüs aşamasında kaldığında tamamlanmış suçtan farkı, suçun objektif unsurları yönünden gerçekleşmemiş olmasıdır.¹⁵ Teşebbüsün temelini failin neye ulaştığı değil, kastının neye yönelik olduğu oluşturur. Bu bakımdan failin suç işleme kararı ön plandadır ve suçun tamamlanmasının aksine, teşebbüste bulunması gereken objektif unsur, doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmasıdır.¹⁶

Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda failin cezalandırılması failin kastının tespitini gerekli kılar. Yani yukarıda değinilen objektif unsur olan “doğrudan doğruya icra hareketlerine başlama”nın neye yönelik olduğunun tespiti gerekir.¹⁷ Bu tespitte ancak somut olayın özelliklerine göre yapılabilir. Tamamlanmış suçlarda kastın belirlenmesinde kullanılan ölçütler burada da kullanılabilir. Ölüm neticesinin meydana geldiği bir olayda Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere kastın belirlenmesinde, taraflar arasında eskiye dayanan bir husumetin bulunup bulunmadığı, hareketin niteliği, hedef alınan

¹³ Önder Tozman, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, 2015, s. 52.

¹⁴ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, 1994, s. 160, 168; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 420 vd.; Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021, s. 818; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 354; Şare, Ersin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 2017 (130), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 125 vd., <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-130-1657>> Erişim Tarihi 15.04.2020; Tozman, s. 52.

¹⁵ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler s. 420.

¹⁶ Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2014, § 21 kn. 648.

¹⁷ Heinrich, § 21 kn. 649.

vücut bölgesi, eylem gerçekleştirilirken beyan edilen sözler vb. kıstas olarak kullanılmaktadır.¹⁸ Benzer hususlar failin iradesinin neye yönelik olduğunun belirlenmesinde teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da kullanılabilir. Suçun işlendiği veya teşebbüsün söz konusu olduğu durumlarda kastın belirlenmesinde esas alınan kıstaslar nitelikli haller bakımından da geçerlidir. Ancak nasıl ki teşebbüste kastın belirlenmesi suçun tamamlanmasında kastın belirlenmesinden daha fazla zorluk arz ediyorsa, nitelikli hallere teşebbüste kastın belirlenmesi bakımından da aynı husus geçerlidir.

b) Suçun Manevi Unsuru ile Nitelikli Haller Arasındaki İlişki

Türk Ceza Kanunu'nun sistematigi incelendiğinde suçun unsurları bakımından maddi ve manevi unsurlar ayrımı yapıldığı anlaşılmaktadır. TCK m. 30/1 uyarınca suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz. Bu fıkra göre suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar kastın kapsamında olmalıdır.¹⁹ Aksi halde eylemi gerçekleştiren kişinin maddi unsurlara ilişkin bilgisizliği kastını ortadan kaldıracak ve kasten işlenen ilgili suçtan dolayı kişinin cezalandırılması mümkün olmayacaktır.²⁰ Sonuç olarak TCK m. 30/1 ve 2 birlikte değerlendirildiğinde suçun maddi unsurlarından olan hareket, fail, mağdur, netice, suçun konusu ve nitelikli haller kişinin cezalandırılabilmesi için kastın kapsamında bulunması gereken unsurlardır.²¹

Öğretide²² daha ağır cezayı gerektiren hallerin kastın kapsamında olması gerektiği ifade edilirken daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin ise fail tarafından bilinmesinin gerekli olmadığı bunların gerçekleşmesi halinde failin bu hallerden dolayı sorumlu olacağı vurgulanmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere suçun nitelikli halleri de kastın kapsamında bulunması gereken maddi unsurlardan biridir.²³ Bu unsur kastın kapsamında değilse kişinin ilgili nitelikli

¹⁸ Sözüer, s. 168 vd.; Tozman, s. 54 vd.

¹⁹ Özbek/Koray/Bacaksız, Genel Hükümler, s. 255.

²⁰ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 110; Heinrich, § 8, kn. 130 vd.; Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 40. Auflage, C.F. Müller Verlag, 2010, § 2 kn. 133.

²¹ Suçun nitelikli unsurlarının da kastın kapsamında olması gerektiğine ilişkin: Özgenc, s. 246, 249; Akbulut, s. 402.

²² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 395; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 370.

²³ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 141, 144; Christian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2012, § 5 kn. 14; Detlev Sternberg-Lieben/Frank Schuster,

halden dolayı cezalandırılması mümkün değildir. Örneğin öldürdüğü kişinin babası olduğunu bilmeyen kişi kasten öldürme suçunun üstsoydan birine karşı işlenmesi nitelikli halinden sorumlu olmayıp temel şekilden sorumlu tutulacaktır. TCK m. 30/2'de vurgulandığı üzere kişi suçun nitelikli halinde hataya düşmüştür ve bu hatasından yararlanır. Burada TCK m. 30/2'de vurgulanan hususlara dikkat edilirse yalnızca suçun daha ağır cezayı gerektiren hallerinin değil daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri konusunda da hataya düşülebileceği dolayısıyla bu şekilde bir hata söz konusu ise kişinin bundan yararlanacağı vurgulanmaktadır. Bu ifadeden varacağımız sonuç daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin de kastın kapsamında olması gerektiğidir.

Kastın suçun bütün maddi unsurlarını kapsamaması gerektiğinden dolayı, gerek daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin gerekse de daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin kastın kapsamında olması gerekir.²⁴ Bu bağlamda daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli haller arasında bir ayırım yapılmamalıdır. Kişinin ağırlığını gerçekleştirmek istediği ancak daha azını gerçekleştirdiğinde gerçekleşen şeye göre cezalandırılacağı vurgulanmaktadır. Ancak bu durumda failin, gerçekleştirmek istediği ve aynı zamanda icra hareketlerine de doğrudan doğruya başladığı haller de göz ardı edilmemelidir. Böyle bir durumda kast açısından değerlendirme yaparsak çok azı da kapsadığından, kastın daha azını da kapsadığını söylemek gerekir.

Burada değinilmesi gereken hususlardan biri de kastın yanında ayrıca suçun işlenebilmesi için amaç ya da saikin de arandığı suçlardır. Nitelikli hallerin söz konusu olduğu ve ilgili nitelikli halin gerçekleşebilmesi için amaç ya da saikin arandığı durumlarda kastın yanında ayrıca bu subjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir.²⁵ Örneğin hırsızlık suçunun alacağı tahsil amacıyla işlenmesi durumunun söz konusu olabilmesi için, kastın hırsızlığa yönelik olması ve aynı zamanda failin alacağını tahsil etme amacı ile hareket etmesi gerekir. Yani kişi bilmese de bu unsurdan yararlanır diyemeyiz. Çünkü bu halin uygulanabilmesi için maksat unsurunun gerçekleşmiş olması gerekir. Burada söz konusu olan daha az cezayı gerektiren halden yararlanılabilmesi için suçun manevi unsurunun kişinin alacağını tahsil etmeye yönelik olması gerekir. Manevi unsur bakımından kastın yanında burada ayrıca bir

in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, § 15 kn. 26.

²⁴ Kühl, § 5 kn. 14.

²⁵ Özgenç, s. 311; Özel kast kapsamında değerlendiren görüş için bkz. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Yayıncılık, 2017, s. 376.

amaç unsuruna yer verildiğinden dolayı bu amacın yokluğu halinde kişinin hatasından bahsedilemeyecek ve nitelikli hal uygulanmayacaktır. Bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse: A'nın B'den hukuki ilişkiye dayanan bir alacağı bulunmaktadır. B'nin borcunu ödemesine ilişkin vadesi henüz gelmemiş olmasına rağmen, A B'yi son zamanlarda çok para kazandığından dolayı kıskanır ve evindeki kasayı boşaltır. Ya da A hırsızlık yaptığı evin olay gerçekleşikten sonra borçlu B'ye ait olduğunu öğrenir. Her iki olayda da A'nın amacı hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil etmek olmadığından aralarında hukuki ilişkiye dayanan bir alacak olsa da daha az cezayı gerektiren nitelikli halin bu olayda uygulanmaması gerekir.

D) SUÇUN TEMEL VE NİTELİKLİ HALLERİNE TEŞEBBÜS

a) Suçun Temel ve Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Haline Teşebbüs

Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca yalnızca kasten işlenen suçlara teşebbüs mümkündür. Kanun koyucu bu düzenlemede suça teşebbüs açısından suçun temel şekli ile nitelikli halleri arasında herhangi ayırım yapmamıştır. Bundan dolayı suçun gerek temel şekline gerekse de nitelikli haline teşebbüs mümkündür. Hatta bununla birlikte neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda dahi failin ağırlaşmış neticeye yönelik kastı varsa söz konusu neticesi sebebiyle ağırlaşmış hale de teşebbüs mümkündür.²⁶ Bu açıklamalar ışığında teşebbüs bakımından suçun temel şekli ile nitelikli halleri arasında herhangi bir ayırım yapılmadığını ve suçun nitelikli haline de teşebbüs mümkün olduğunu tekrar vurgulamak gerekir. Örneğin babasını öldürmek isteyen kişi, kan gütme saikiyle hareket eden kişi, bıçakla (silah) başkasını yaralamak isteyen kişi başarısız olursa ilk iki örnekte insan öldürmenin son örnekte ise kasten yaralamanın nitelikli haline teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır.

Bununla birlikte suçun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin cinsel saldırı suçu

²⁶ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler s. 438 vd.; Akbulut, s. 641; Ahmet Gökçen/Murat Balcı, Kastan Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m 87), 2015, 21(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, s. 405, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/273401>> Erişim Tarihi 15.04.2021; Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 265 vd.; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun yalnızca kast-taksir kombinasyonu halinde söz konusu olabileceği ve dolayısıyla teşebbüsü reddeden görüş için bkz. Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 854; Zafer, 424.

tamamlanıp nitelikli hallerinden olan vücuda organ veya sair cisim sokulması hali teşebbüs aşamasında kalabilir. Kasten öldürme suçunun eziyet çektirerek işlenmesi de suçun nitelikli hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal bakımından ise cinsel saldırı/istismarın nitelikli hali bakımından yapılan değerlendirme geçerlidir. Failin eziyet çektirerek öldürmek istediği olayda, failin eziyet niteliğindeki eylemleri henüz bu boyuta varmadan mağdurun hayatını kaybetmesi halinde nitelikli hal (TCK m. 82/2-b: eziyet çektirerek) teşebbüs aşamasında kalıp suçun temel şekli gerçekleşmiştir. Bu durumda failin eziyet çektirmeye yönelik icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması, ancak neticeyi bu hareketler dolayısıyla gerçekleştirememesi gerekir. Somut olayda fail, nitelikli hali gerçekleştirebilecek elverişli hareketleri doğrudan doğruya icraya başlamış olup, bu hareketleri tamamlayamadan netice gerçekleşirse nitelikli hal teşebbüs aşamasında kalıp suçun temel şekli gerçekleşmiş olacaktır. Ancak bazı nitelikli haller bakımından ise temel şeklin gerçekleşip nitelikli halin teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir. Örneğin kasten öldürme suçunda bazı nitelikli haller bakımından, temel şeklin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalması mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda örneğin kasten öldürmenin gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi şeklinde ortaya çıkan nitelikli halin teşebbüs aşamasında kalıp suçun temel şekli olan ölümün gerçekleşmesi beklenemez. Bu nitelikli hal bakımından ya suçun nitelikli şekli gerçekleşmiştir ya da (suçun temel şekline ilişkin netice ortaya çıkmadan) nitelikli hali teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Suçun temel şekli gerçekleşmeden nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde, failin nitelikli hale yönelik kastı bulunup bu haller bakımından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başladığı gerçekleştirmiş olduğu fiillerden anlaşılıyorsa, fail bu nitelikli hale teşebbüsten dolayı cezalandırılacak ve uygulamada da herhangi bir sorunla karşılaşmayacaktır. Bir başka ifadeyle fail suçun temel şeklinden dolayı mı yoksa nitelikli hale teşebbüsten dolayı mı cezalandırılacaktır sorunu bu durumda ortaya çıkmayacaktır. Burada önemli olan failin nitelikli hali gerçekleştirmeye yönelik kastının ortaya konulması ve aynı zamanda nitelikli hal bakımından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış olmasıdır.²⁷ Yargıtay kararlarında da suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmekte ve ceza belirlenirken önce nitelikli halden dolayı failin cezası artırılmakta ve daha sonra teşebbüs hükümleri uygulanmaktadır. Yargıtay 1. CD. 23.10.2017 tarihli bir kararında

²⁷ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 427.

uyku halinde olan eşe karşı yapılan öldürmeye yönelik davranışları suçun nitelikli haline (TCK m. 82/1-d-e) teşebbüs olarak nitelendirmiştir.²⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da benzer bir olayda tasarlayarak, uyku halindeki kişiyi öldürmeye yönelik eylemlerin suçun nitelikli haline teşebbüsü oluşturduğu kanaatine varmıştır.²⁹

b) Suçun Temel ve Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Haline Teşebbüs

Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerde teşebbüsün mümkün olup olmadığı bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerden farklı bir değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin söz konusu olabilmesi için olaya nitelikli hal özelliğini veren unsurun (temel şekle eklenen unsurun) fail tarafından biliniyor olması gerekir. Fail bu unsuru biliyor ve teşebbüs için gereken diğer şartlar da mevcutsa nitelikli halden ya da bu hale teşebbüsten sorumludur. Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından ise; suçun temel şeklini ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini gerçekleştirmek isteyip bunlara yönelik kastı olan

²⁸ Y. 1. CD. 23.10.2017, E. 2017/633, K.2017/3398; “katılanın kendisini aldattığına inanan sanığın olay gecesi, bu nedenle katılan ile tartışmaya başladığı, katılanın inkar etmeye devam etmesi ve kendisini aldatmadığını söylemesi üzerine sinirlenerek evdeki cam kül tablasını onun kafasına vurarak kırdığı, sonra da evde bulunan makası eline aldığı, ısrarla katılana kendisini aldatıp aldatmadığını sorduğunda “hayır” cevabını duyduka makası katılanın vücudunun farklı yerlerine sapladığı, bu şekilde katılanın vücuduna 20 darbe vurduğu, eylemi sürdürdüğü sırada da “seni bugün artık öldüreceğim, bugün kesin öleceksin” dediği, sanığın eylemlerini gece saat 24:00’den 03.00’e kadar bu şekilde sürdürdüğü, aldığı yaralar sonucu kan kaybeden ve yere düşen katılanı bırakarak benzinliğe giden sanığın yokluğundan istifade eden katılanın, polisi arayarak yardım istediği, polislin olay yerine intikal ettiğinde sanığı apartman kapısının önünde yakaladığı, içeriden iniltir duyulması üzerine kapıyı açtıklarında katılanı yerde sırt üstü yatar vaziyette, vücudunun çeşitli yerlerinde çok sayıda kesi izleri ve kanama olduğunu gördükleri anlaşılın olayda, Sanığın mağdura maddi ve manevi acılar çektirerek, ağırlığı ve süresi bakımından öldürme için gerekli olan ölçünün ötesinde eziyet etmesi, her an için ölüm sonucunu gerçekleştirebilme olanağı bulunan sanığın mağdura acı vermek için önce kül tablası ile vurma daha sonra da uzun süreye yayılacak şekilde makasla yaralama eylemlerini tekrarlayarak ölüm neticesini yavaş yavaş gerçekleştirmeye çalıştığı ancak eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı görülmekle TCK 82/1-b, 35 maddelerinde tanımlı eziyet çektirerek kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işlediği anlaşıldığı halde suç niteliğinin tayininde yanılıya düşülerek TCK’nin 81/1, 35 maddesi uyarınca kasten öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş olup, katılan vekili ve katılan kurum vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak BOZULMASINA, 19/03/2019 gününde oy birliği ile karar verildi. krş. Y. 1. CD. 19.03.2019, E. 2019/299, K. 2019/1691.

²⁹ YCGK. 09.04.2013, E. 2013/1-85 K. 2013/128; krş. Y. 14. CD. 12.01.2015, E. 2014/8285 K. 2015/7; Y. 1. CD. 13.12.2017, E. 2017/570, K. 2017/5021.

kişinin, daha az cezayı gerektiren nitelikli hali gerçekleştirmeye yönelik kastı yoktur denemez. Bir örnekle açıklamak gerekirse hasmını yaralamak isteyen kişi gerçekleştirmiş olduğu hareket sonucunda basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralama gerçekleştirdiğinde, kişinin bu neticeye yönelik kastının olmadığı kabul edilemez. Dolayısıyla somut olayda failin kastının yöneldiği hallerde (suçun hafif, temel ve nitelikli hallerine) teşebbüs mümkündür. Hırsızlık suçunun alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde suçun temel şekline yönelik kast vardır ve ayrıca failin alacağını tahsil amacıyla hareket etmesi gerekir. Bu amaçla hareket edip elverişli hareketlerde doğrudan doğruya icraya başlayıp daha az cezayı gerektiren bu hali tamamlayamaz ise bu hale teşebbüsten dolayı sorumlu tutulacaktır.

Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller bakımından önemli olan husus sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Sorumluluğun belirlenmesinde neticenin mi yoksa failin hukuk kurallarını ihlal amacıyla gerçekleştirmek istediği fiilin mi esas alınması gerektiği sorularının cevaplandırılması gerekir. Bu bağlamda sorun teşkil eden hususlardan biri de neticenin ortaya çıkmadığı durumlardır. Kişinin somut olaydaki kastı daha az cezayı gerektiren nitelikli hale yönelik olup fail bu hali gerçekleştirmiş ise bu halden dolayı sorumlu olacağında şüphe yoktur. Bunun yanında somut olayda kişinin kastının daha az cezayı gerektiren nitelikli hale yönelik olduğu ortaya konulamıyor ya da bu belirlenemiyorsa ve suçta tamamlanmamış ise bu hale teşebbüsten dolayı sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır.³⁰

E) SUÇUN NİTELİKLİ HALİNE TEŞEBBÜSE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ İHTİMALLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

a) Suçun Temel Şeklinin ve Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin Tamamlanmaması Hali

Kişinin suç işleme yolunda icra hareketlerine başlayıp suçun gerçekleşmediği durumlarda söz konusu suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Failin suçun temel şekli ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleşmesine ilişkin kastı bulunup bunlara yönelik elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya da başladığı ancak suçu tamamlayamadığı hallerde kişi yukarıda da değinildiği üzere nitelikli hale teşebbüsten dolayı cezalandırılır. Bu durum suçun temel şekli ile nitelikli halini oluşturan hareketlerin aynı olduğu (silahla bir kişiyi yaralama maksadıyla fiilin icra

³⁰ Bu konuda aşağıda “c) Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal Düzenlemesi Olan Bir Suçun Teşebbüs Aşamasında Kalması” başlığı altındaki açıklamalara bakınız.

edildiği ve fakat neticenin gerçekleşmediği) veya bu hareketlerin birbirinden ayrılabilirdiği (cinsel saldırı/istismar suçunda temel şekle yönelik hareketler ile organ veya sair cisim sokma şeklinde ayrılabilen hareketlerin icrası³¹) haller için, aynı şekilde geçerlidir. Bu şekilde gerçekleşen olaylarda tartışmalı bir husus bulunmamakta ve failin cezası belirlenirken TCK m. 61 uyarınca cezası önce nitelikli halden dolayı artırılacak daha sonra suç teşebbüs aşamasında kaldığından dolayı 35. madde uyarınca cezada indirim yapılacaktır.³² Örneğin babasını öldürmek isteyip sonuca ulaşamayan kişinin cezası TCK m. 81, 82/1-d h ve 35'e göre belirlenecektir. Suçun temel şeklinin gerçekleşmeyip, daha ağır cezayı gerektiren bu şekildeki nitelikli hallerin de teşebbüs aşamasında kalmış olduğu durumlarda, teşebbüs hükümlerinin uygulanması ve cezanın belirlenmesinde herhangi bir problem bulunmamaktadır.

b) Suçun Temel Şeklinin Tamamlanıp Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin Teşebbüs Aşamasında Kalması

Nitelikli hale teşebbüste tartışmalı hususlardan ilki suçun temel şeklinin gerçekleşip, nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde cezanın nasıl belirleneceğidir. Başka bir ifadeyle bu durumlarda fail, nitelikli hale teşebbüsten dolayı mı yoksa suçun (tamamlanan) temel şeklinden dolayı mı cezalandırılacaktır? Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi TCK m. 102/2 ve 103/2'de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kasten öldürmenin üstsoya karşı işlenmesi örneğinde her ne kadar suçun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalması mümkün gözükmemekte ise de cinsel saldırı ve istismar suçları açısından bu suçların temel şeklinin gerçekleşip³³, nitelikli halinin de teşebbüs aşamasında kalması söz konusu olabilir. Aynı şekilde eziyet çektirerek öldürmek isteyen failin davranışları henüz eziyet boyutuna varmadan (ancak eziyet suçu bakımından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlanmış ise) ölüm meydana gelirse suçun temel şekli

³¹ Bu suçta suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren bu nitelikli hali aynı anda aynı hareketlerle icra edilebileceği gibi, önce suçun temel şekline yönelik hareketler gerçekleştirilip daha sonra daha ağır cezayı gerektiren hallere yönelik hareketler gerçekleştirilebilir.

³² Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 724.

³³ Cinsel saldırı ve cinsel istismarın temel şeklinin gerçekleşebilmesi için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerekmektedir. Vücut dokunulmazlığının ihlali de vücuda teması gerekli kılmaktadır. Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 336; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 328; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 144.

gerçekleşmiş nitelikli hali ise teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Öğretide *Hakeri*³⁴ suçun temel şeklinin icra hareketlerinin gerçekleştirilip nitelikli hale yönelik kastın ortaya konulabileceği durumlarda nitelikli hale teşebbüsün kabul edilebileceğini vurgulamaktadır.

aa) Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçları Bakımından

Cinsel saldırı ve cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinin ayrı bir suç mu yoksa suçun nitelikli halini mi oluşturduğu öğretilerde tartışmalıdır. Kanunun düzenleme şekline bakıldığında ilgili suçların nitelikli hali olarak düzenlendiği görülmektedir. Kasten öldürmenin canavarca hisle ya da eziyet çektirerek işlenmesi halinde olduğu gibi burada da nitelikli hal mevcuttur ve organ veya sair cisim sokulması suretiyle suçun işlenmesi 1. fıkradaki cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi temel şekli üzerine inşa edilmiş olup temel şekle eklenen bir unsur niteliğindedir.³⁵ Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere “vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle” suçun işlenmesi esasında suçun gerçekleştirilebileceği hareketlerden biridir. Zira m. 102/2’de “*fülin*” m. 103/2’de ise “*cinsel istismarın*” vücuda organ veya sair cisim sokulması “*suretiyle*” ibarelerinden, bu hareketin temel şekli oluşturan hareketlerden biri olduğu, ancak bu örneğin temel şeklin yanında daha ağır ceza verilmesini gerektirecek nitelikte bir eylem olduğu kabul edilmiştir. Öğretilerde de ifade edildiği üzere vücuda organ veya sair cisim sokulması durumunda cezanın 1. fıkraya üzerinden artırılmaması bu fıkraya bağımsız bir suç olma özelliği kazandırmaz.³⁶

Öğretilerde *Koca/Üzülmez*³⁷ m. 102/2 ve m. 103/2’deki düzenlemeleri cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının nitelikli hali olarak kabul etse de bu durumda cezanın meydana gelen neticeye göre belirlenmesi gerektiği noktasında kanaat belirtmişlerdir. Bu durumda nitelikli hal gerçekleşmeyip teşebbüs aşamasında kalırsa, fail nitelikli hale teşebbüsten dolayı değil, gerçekleştirdiği cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçlarının temel şeklinden

³⁴ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 506.

³⁵ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334; krş. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 331 vd.; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 363, 374; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 116.

³⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334; aynı yönde: YCGK, 04.12.2012, E. 2012/6-1247, K. 2012/1842 (Özgenç, s. 230 dn. 228).

³⁷ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 334 vd.; aynı yönde: Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 374.

dolayı cezalandırılmalıdır. Vücuda organ veya sair cisim sokulmasını ilgili suçların nitelikli hali olarak kabul eden *Özbek/Doğan/Bacaksız*³⁸ ve *Taner*'e³⁹ göre ise suçun nitelikli haline teşebbüs mümkündür ve suçun temel şekli ile nitelikli haline teşebbüsün söz konusu olduğu durumlarda fail nitelikli hale teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Ancak bu durumda ceza belirlenirken teşebbüsten dolayı verilecek ceza suçun temel halinin tamamlanmasından dolayı verilecek cezadan az olmamalıdır. Nitelikli hale teşebbüsten dolayı sorumluluğun söz konusu olabilmesi için önemli olan suçun nitelikli halini gerçekleştirmeye yönelik failin kastının var olduğunun belirlenmesidir.⁴⁰

Bununla birlikte öğretilerde bu durumda m. 102/2 ve 103/2'deki düzenlemelerin nitelikli hal değil, ayrı birer suç olarak düzenlendiği ileri sürülmektedir.⁴¹ Bu fıkralardaki düzenlemelerin ayrı birer suç olduğu kabul edildiği durumda organ veya sair cisim sokmak isteyip bunu gerçekleştiremeyen kişinin m. 102/2'deki suça teşebbüsten dolayı cezalandırılacağına tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu durumda teşebbüsten dolayı fail cezalandırılırken o ana kadar yapılmış olan eylemlerin göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmaktadır.⁴²

Cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçunun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde Yargıtay uygulamasına göre kişi suçun nitelikli haline teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır. Yargıtay bir kararında sanığın “benim olacaksın, buradan ölü çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme” şeklinde ifadelerde bulunarak mağdureyi yatak odasına götürdüğü ve bunun üzerine mağdurenin oda kapısının camını kırıp bağırarak yardım istediği, sanığın mağdureyi yatırarak üzerine çıkıp fermuarını açtığı, kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak durumunda kaldığı olayda, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna teşebbüsten hüküm kurmuştur.⁴³ Yine Yargıtay benzer şekilde, sanığın mağdureyi yatak

³⁸ *Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 333.

³⁹ *Taner*, s. 232 vd., 239.

⁴⁰ *Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 333.

⁴¹ *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 417, 438 vd.; *Nur Centel*, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, 2012 Sayı: 99 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 275, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-99-1160>> Erişim Tarihi 15.04.2021.

⁴² *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 417, 438.

⁴³ Y. 5. CD. 22.01.2008, 11586/161; benzer şekilde Y. 5. CD. 15.09.2009, 7618/10363 (her

odasına götürüp kendisinin ve mağdurenin alt kısmındaki elbiselerini çıkartıp üzerine abandıği sırada, mağdurenin kardeşinin eve gelip bağırma sesini duyup yatak odasına girmesi üzerine sanığın eylemini tamamlayamaması şeklinde gerçekleşen olayda nitelikli cinsel istismar suçuna teşebbüsten dolayı hüküm kurmuştur.⁴⁴ Yargıtay'ın m. 103/2'deki düzenlemeyi nitelikli hal olarak kabul edip bu hale teşebbüs durumunda suçun temel şeklinin cezasının göz önünde bulundurulacağına ilişkin vermiş olduğu bir kararında, nitelikli hal ile temel şekil arasında geçişli suç olduğu vurgulanarak nitelikli hale teşebbüsten dolayı verilecek cezanın suçun temel şekli olan m. 103/1'de öngörülen cezanın altında olmayacağı kanaatine varılmıştır.⁴⁵

Kanaatimizce bütün nitelikli hallerde olduğu gibi bu nitelikli hale de teşebbüs kural olarak mümkündür. Ancak failin kastının nitelikli hale yönelik olduğunun ispatı ve nitelikli hale yönelik olarak elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış olması gerekir. Suçun temel şeklinin

iki karar için bkz. Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 344 dn. 82); “olay tarihinde konuşmak amacıyla mağdurenin evine giden sanığın mağdureyi kollarından tutup zorla yatak odasına götürdüğünün, yatağa yatırıp ağzını kapatarak elbise ve pijamasını çıkartmaya çalıştığı ancak mağdurenin direnmesi ve kendisinin de erken inzal olması nedeniyle icrai hareketlerini tamamlayamadığının anlaşılması karşısında, nitelikli cinsel saldırı kastıyla başladığı eylemini mağdurenin direnmesi ve elinde olmayan erken boşalma engel sebebiyle tamamlayamayan sanığın eyleminin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan hüküm kurulması” Y. 5. CD. E. 2007/11586, K. 2008/161 (Yargıtay kararı için bkz. Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019 , s. 137.

⁴⁴ Y. 5. CD. 15.04.2008, 335/357 (Tezcan/Erdem/Önok, s. 418, dn. 170); “eylemin basit cinsel saldırı suçuna oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken suç vasfının tayininde yanlışlığı düşülerek nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten mahkûmiyet kararı verilmesi” Y. 14. CD. 24.10.2019, E. 2015/9258, K. 2019/11961; Y. 14. CD, 22.10.2019, E. 2015/7492 K. 2019/11873; Her iki kararda da eylemin suçun nitelikli halini oluşturmadığından basit cinsel saldırıdan hüküm kurulmuştur. Bir başka ifadeyle nitelikli hale ilişkin icra hareketleri söz konusu olsaydı nitelikli hale teşebbüsten dolayı ceza verilecekti.

⁴⁵ “Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı 5237 Sayılı TCK'nın 103/2. maddesiyle verilecek cezadan aynı Kanununun 35/2. maddesi uyarınca teşebbüs sebebiyle yapılacak indirim, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun geçişli suçlardan olması sebebiyle TCK'nın 103/1. maddesini de içerdiği gözetilerek, çocuğun basit cinsel istismarı suçuna dair aynı Kanununun 103/1. maddesinde öngörülen cezanın altında olmayacak şekilde belirlenmesi gerektiği düşünülmeden, hakkaniyete aykırı şekilde indirim fazla yapılması suretiyle eksik ceza tayini” Y. 14. CD. 16.10.2017, E. 2014/10527, K. 2017/4790; aynı yönde: Y. 14. CD. 02.07.2013, 19808/8436, Y. 14. CD. 11.03.2013, 9406/2507, kararlar için bkz. Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artaç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt, m. 86-140, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, s. 3352 dn. 868, 869.

gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda ise fail suçun hem basit şeklinden hem de nitelikli haline teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Burada kastettiğimiz gerçek içtima kurallarının uygulanması değildir. Fail öyle cezalandırılmalıdır ki ceza belirlenirken temel şeklin tamamlandığı ve bunun yanında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halin de teşebbüs aşamasında kaldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda Yargıtay'ın tehlike veya zararın ağırlığının gözetilerek cezanın belirlenmesi şeklinde gerçekleştirmiş olduğu uygulama isabetlidir. Yargıtay uygulamasında teşebbüsten dolayı yapılacak indirimde meydana gelen zarar veya tehlike göz önünde bulundurulurken teşebbüs maddesine göre ceza belirlenirken, kanaatimizce suçun temel şekline göre ceza belirlenmelidir.

Teorik olarak cinsel saldırı ve istismar suçlarının organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi nitelikli haline teşebbüs mümkün olsa da suçun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de fail cezalandırılırken gerçekleşen suç ile teşebbüs aşamasında kalan hal birlikte değerlendirilmelidir. Bu tür bir değerlendirmeyi mümkün kılacak olan ise fikri içtima müessesesidir. Böylece “teşebbüs aşamasında kalan nitelikli halin cezası” “suçun temel şeklinden dolayı verilecek cezadan” daha fazla ise nitelikli halden dolayı ceza verilmesi suretiyle gerçekleştirilen eylemin haksızlık içeriği tüketilmiş ve her iki durum (gerçekleşen temel şekil-teşebbüs aşamasında kalan nitelikli hal) da cezalandırmada göz önünde bulundurulmuş olacaktır. Bu şekilde bir uygulama yapılması, özellikle her iki durum için öngörülen ceza aralıklarının örtüşmediği veya bu aralıkların farklı olduğu durumlarda gerçekleşen haksızlığa uygun bir cezanın verilmesini sağlayacaktır. Ancak TCK'daki aynı neviden fikri içtima düzenlemesinin bu tür olaylarda uygulanabilmesi, “aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi” gerektiğinden mümkün gözükmemektedir. Bundan dolayı bu tür olaylarda failin suçun temel şekline göre cezalandırılması ve cinsel saldırı ya da istismarın da teşebbüs aşamasında kaldığı göz önünde bulundurulurken gerçekleştirilen haksızlıklarla ölçülü bir ceza belirlenmelidir. Öğretide de isabetli olarak ileri sürüldüğü üzere gerçekleştirilmiş olan eylemin (nitelikli hale teşebbüsün) haksızlık boyutu, basit cinsel saldırı ya da istismarın temel cezası belirlenirken göz önünde bulundurulurken üst sınıra yaklaşılabilir.⁴⁶ Böylece faile verilecek ceza belirlenirken “meydana gelen tehlike veya zararın ağırlığı”, teşebbüsten dolayı hükmedilmesi gereken olası ceza aralığı da göz önünde bulundurulurken suçun temel şekli için öngörülen ceza aralığı içinde

⁴⁶ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 344, 345.

değerlendirilmiş olacaktır.

bb) Kasten Öldürme Suçu Bakımından

Kasten insan öldürme suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği 82. madde incelendiğinde bu nitelikli hallerin bazılarının teşebbüs aşamasında kalıp suçun temel şekli olan 81. maddenin tamamlanabileceği görülmektedir. Bazı nitelikli haller bakımından ise suçun temel şekli ile nitelikli halleri birbirine bağlıdır ve nitelikli halin teşebbüs aşamasında kalıp temel şeklin gerçekleşmesi mümkün değildir.

Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden olan suçun üstsoy, altsoy, eş ve kardeşe karşı işlenmesi, canavarca hisle işlenmesi, gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi, suçun töre ya da kan gütmeye saikiyle işlenmesi gibi nitelikli hallerinin teşebbüs aşamasında kalıp temel şeklin gerçekleşebilmesi mümkün değildir. Bu nitelikli haller bakımından herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak suçun eziyet çektirerek işlenmesi nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalıp, suçun temel şeklinin gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin fail mağduru öldürmek için ölüm neticesini gerçekleştirebilecek icra hareketlerine başlar ve gerek hareketlerinden gerekse de beyanlarından kastının eziyet çektirerek öldürme olduğu anlaşılır ve hareketleri henüz eziyet boyutuna varmadan ölüm gerçekleşir ise öldürme suçunun temel şekli gerçekleşmiş, nitelikli hali ise teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu durumda da faili suçun temel şeklinden dolayı cezalandırmak gerekir.

cc) Diğer Bazı Suçlar Bakımından

Suçun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalması yalnızca yukarıda verilen iki örnekte değil bunun yanında örneğin kasten yaralama suçunda da söz konusu olabilir. Kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi örneğinde, failin yumrukladığı mağdura yönelik olarak son bir darbe vurmaya amacıyla cebinden çıkardığı bıçağı koluna saplamak isterken mağdurun kaçması üzerine bu ağırlaşmış halin gerçekleşmemesi örneğinde yine suçun temel şekli gerçekleşmiş ağırlaşmış hali ise teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu örnekte birbirini takip eden hareketler söz konusu olduğundan hukuki anlamda tek bir hareket vardır ve bir kasten yaralama suçu gerçekleşmiştir. Ancak nitelikli hal, failin isabet ettirememesinden dolayı gerçekleşmemiş, bir başka ifadeyle teşebbüs aşamasında kalmış, suçun temel şekli ise gerçekleşmiştir. Fail yaralama suçunda silahını da kullanabilseydi suçun nitelikli halinden dolayı cezalandırılacak ve eylemlerinin yoğunluğu (birden fazla hareketin yapılması vs.) temel cezanın belirlenmesinde göz

önünde bulundurulacaktır.

Kasten yaralama suçu açısından değerlendirme yapan *Yaşar/Gökcan/Artuç*⁴⁷ (Yargıtay'ın⁴⁸ da bu yönde kararları olduğuna değinerek) suçun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde her iki durumdan dolayı cezaların belirlenip TCK m. 44 uyarınca fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Yazarlara göre, failin mağduru önce kafa atarak yaralayıp daha sonra silahla yaralamaya teşebbüs ettiği olayda fikri içtima kuralları uygulanmalıdır.⁴⁹ Her ne kadar verilen Yargıtay kararı burada belirtilen örneklerle tam olarak uyuşmasa da fikri içtimanın teorik olarak bu tür olaylarda da uygulanabilmesi kanaatindeyiz. Ancak bununla birlikte TCK m. 43/1 uyarınca fikri içtimanın şartları gerçekleşmediğinden mevcut kanuni düzenlemelerin bunun önünde engel teşkil ettiğini tekrar vurgulamak gerekir. TCK m. 43/1'de suçun temel şekli ile nitelikli hallerinin aynı suç sayılacağı düzenlenmiş ancak suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bundan dolayı teorik olarak suçun temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri arasında TCK m. 44 uyarınca fikri içtima kuralları uygulanabilecektir.⁵⁰ 3. Ceza Dairesinin yukarıda zikredilen kararına konu olan olayda (bkz. dn. 47)

⁴⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2971 dn.112, dn. 113: “Sanığın katılanı bıçakla önce bacağından ve elinden yaralayıp, ardından kafa atıp burun kemiği kırığı oluşacak şekilde yaraladığı olayda, kemik kırığı yarananmasının bıçaktan kaynaklanmadığının anlaşılması karşısında; öncelikle katıldandaki kemik kırığı ve bıçak yaraları açısından ayrı ayrı TCK'nın 86 ve 87. maddelerine uygun şekilde rapor alınıp, sonucuna göre; TCK'nın 44. maddesi uyarınca sanığın en ağır cezayı gerektiren fiilden dolayı sorumlu tutulması gerekirken, yazılı şekilde TCK'nın 86/3.e ve 87/3 maddeleri uyarınca sanığın cezasından ayrı ayrı artırım yapılması” Y. 3. CD. 15.04.2013, E. 2012/17131, K. 2013/15825; Yargıtay'ın suçun temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri arasında fikri içtima kurallarını uyguladığı gibi, suçun birden fazla farklı neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin gerçekleştiği durumlarda da fikri içtima kurallarını uyguladığı kararları mevcuttur. (Y. 3. CD., 15.11.2012, 19312/38267, Y. 3. CD., 02/11/2012, 10433/36275, kararlar için bkz. Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 269, dn. 124; *Artuk/Gökcan*'e göre de birden fazla netice sebebiyle ağırlaşmış hal arasında (TCK 87. maddenin 1., 2. ve 3. fıkraları arasında) fikri içtima kurallarının uygulanması gerekir. 87. maddenin bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmediği ancak 44. maddenin gerekçesinde suçun temel şekli ile nitelikli halleri dışındaki durumların içtima bakımından farklı suçlar sayıldığı vurgulanmaktadır.

⁴⁸ 47. dipnotta verilen Yargıtay kararı ile burada zikredilen örnekler tam olarak uyuşmamaktadır. Çünkü 3. Ceza Dairesi'nin kararında suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ile temel şeklinin tamamlanması söz konusudur.

⁴⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2971.

⁵⁰ Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleştiğinde fail doğal olarak netice sebebiyle ağırlaşmış halden dolayı cezalandırılacaktır. Burada kastımız suçun temel şeklinin gerçekleşip neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin teşebbüs aşamasında kalması durumudur.

kasten yaralamanın temel şekli ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış şekilleri bir arada bulunmaktadır ve ayrıca Yargıtay'ın nitelikli hale teşebbüs ile temel şeklin gerçekleştiği bir kasten yaralama olayında aksi yönde kararı mevcuttur. Kasten yaralama suçunun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı olayda Yargıtay failin tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılması gerektiğini vurgulamıştır.⁵¹

c) Daha Az Cezayı Gerektiren Nitelikli Hal Düzenlemesi İçeren Bir Suçun Teşebbüs Aşamasında Kalması

Nitelikli hal düzenlemelerinde özellik arz eden hususlardan biri de bu halin daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmesidir. Bu durumda ortaya çıkacak ilk problem suç işlemek için gerekli olan elverişli hareketlerin icra edilmesi ve herhangi bir neticenin gerçekleşmemesi, bir başka ifadeyle suçun ne temel şeklinin ne de nitelikli halinin gerçekleşmesidir. Bu durum daha ziyade neticenin ağırlığına göre düzenlenen nitelikli hallerde ortaya çıkmaktadır.

Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde bu hal, suçun temel şekline eklenen ve haksızlık unsurunu çoğaltma bakımından pozitif (+) bir unsur niteliğinde iken, buradaki nitelikli hal suçun temel şekline eklenen ve haksızlık unsurunu azaltan negatif (-) bir unsurdur. Yani bu durumda haksızlık içeriğini artıran değil azaltan bir unsur suçun temel şekline eklenmiştir. Suçun işlenmesinde esas alınan suçun temel şeklinin gerçekleşmesi olduğundan, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde söz konusu olabilecek durumların aksine, daha az cezayı gerektiren nitelikli halin söz konusu olduğu durumlarda, suçun temel şeklinin gerçekleşip daha az cezayı gerektiren halin teşebbüs aşamasında kalması mümkün değildir. Suçun oluşması temel şekle bağlıdır ve bu durum gerçekleşmeden daha az cezayı gerektiren nitelikli halin gerçekleşebilmesi mümkün değildir. Bu tür olayların söz konusu olduğu durumlarda teşebbüs hükümleri suçun temel şekli üzerinden mi yoksa daha az cezayı gerektiren nitelikli şekli hali üzerinden mi uygulanacağı sorusu cevaplandırılmalıdır.

⁵¹ “Oluş ve kabule göre; sanığın tartıştığı müştekiye yumrukla iki kez vurarak basit tıbbi tedavi ile giderilebilecek şekilde yaraladıktan sonra, kelebek bıçağı çıkartıp salladığı, ancak isabet etmediği ve bu sırada araya giren tanıklarca engel olunduğu anlaşılınca, sanığın eylemlerinin tek suç oluşturup hakkında tamamlanmış müessir fiil suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde silahla yaralamaya teşebbüs suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...”, Y. 3. CD. 08.02.2010, E. 2009/1297, K. 2010/2915, karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2973 dn. 117.

aa) Kasten Yaralamaya Teşebbüs

Kasten yaralama suçu bakımından üzerinde durulması gereken hususlardan biri, mağdura yönelik kasten yaralayabilecek nitelikteki hareketlerin gerçekleştirilip herhangi bir neticeye ulaşılamadığı durumlarda failin cezasının basit tıbbi müdahale (BTM) ile giderilebilecek yaralamaya (m. 86/2) teşebbüsten dolayı mı yoksa suçun temel şekline (m. 86/1) teşebbüsten dolayı mı belirleneceğidir. Öğretide *Üzülmez*⁵² böyle bir olasılıkta sorumluluğun, her durumda suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüsten dolayı belirlenmesine karşı çıkmakta ve ikili bir değerlendirme yapmaktadır. Bu görüşe göre, her şeyden önce yaralamanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olup olmadığının tespiti neticeye göre yapılır. Somut olayda kasten yaralamaya yönelik gerçekleştirilen hareketler suçun temel şeklini gerçekleştirebilecek nitelikte ise ceza suçun temel şekline, BTM ile giderilebilecek bir yaralama gerçekleştirebilecek nitelikte ise ceza daha az cezayı gerektiren nitelikli hale göre belirlenmelidir. Olay tüm yönleri ile değerlendirilip hareketin hangi neticeyi gerçekleştirmeye yönelik olduğu tespit edilemiyorsa şüpheden sanık yararlandırılıp sorumluluğun BTM ile giderilebilecek yaralamaya teşebbüsten dolayı belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁵³ Bunun yanında suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda failin TCK m. 86/2'ye göre cezalandırılması gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre kasten yaralama gerçekleşip BTM ile giderilebilecek hali gerçekleştirdiğinde daha az cezayı gerektiren nitelikli hal uygulanması mümkün kılınmış iken, herhangi bir netice gerçekleşmediği durumlarda bunu uygulamamak doğru değildir.⁵⁴ Ayrıca bu gibi olaylarda kişinin kasten yaralamanın temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılmasının, suçun basit hali gerçekleşseydi fail daha az cezalandırılacağından, haksızlık oluşturmasına rağmen kişinin suçun temel şekle teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği de savunulmaktadır.⁵⁵ Son olarak ifade etme gerekir ki öğretide *Keskin*

⁵² İlhan Üzülmez, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 86; aynı yönde: Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 252; Ahmet Gökçen/Murat Balcı, *Kasten Yaralama Suçu*, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, s. 393.

⁵³ Gökçen/Balcı, *Kasten Yaralama Suçu*, s. 393; benzer şekilde: Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 227.

⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 289 vd.; krş. Yaşar/Gökcan/Arıuç, s. 2970.

⁵⁵ Salih Kocalar/Yunus Biçer, *Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler*, 1. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 87, Müellifler her ne kadar bu görüşü ileri sürseler de ilerleyen bölümlerde eylemin elverişliliğine göre ayırım yapmış olup, eylem eğer suçun temel şeklini meydana getirmek için elverişli ise m. 86/1'e teşebbüsten, eylem basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir bir nitelik taşıyorsa 86/2'ye teşebbüsten hüküm kurulmasını belirtmişlerdir.

Kiziroğlu teşebbüs aşamasında kalan yaralama suçunda ortada herhangi bir netice bulunmadığından failin BTM ile giderilebilecek yaralamaya teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı vurgulanmaktadır.⁵⁶

Yargıtay da bazı kararlarında kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kalmış olduğu durumlarda daha az cezayı gerektiren m. 86/2'ye teşebbüsten dolayı hüküm kurmaktadır. 3. Ceza Dairesi bir kararında “sanığın, taş fırlatmak suretiyle eşini yaralamaya” çalıştığı bir olayda m. 86/2'ye teşebbüsten dolayı cezalandırılmayı uygun bulmuştur.⁵⁷

Kanaatimizce somut olayda failin kastının neye yönelik olduğunun tespiti uygulanacak fıkra bakımından önemlidir. Kastın suçun temel şekline yönelik olduğu açık ise BTM ile giderilebilecek yaralamaya teşebbüsün değil suçun temel şekline teşebbüsün var olduğu kabul edilmelidir. Herhangi bir yaralama neticesinin meydana gelmediği durumlarda failin cezasının BTM ile giderilebilecek yaralamada sorumluluğun neticeye göre belirlenmesinden ve herhangi bir neticenin de meydana gelmemesinden hareketle m. 86/2'ye teşebbüsten ceza vermek isabetli değildir. Ceza sorumluluğunun belirlenmesindeki esas faktörün salt failin gerçekleştirdiği ya da gerçekleştirmek istediği netice değil hukuk kurallarını ihlal etme amacıyla gerçekleştirdiği fiil olduğu göz önünde bulundurulduğunda⁵⁸, burada da failin gerçekleştirmek istediği yani hareketin yönelmiş olduğu hususlar göz önünde bulundurularak fiile ilişkin değerlendirme yapılmalıdır. Daha az cezayı gerektiren bu halin uygulanmasında sırf neticeden yola çıkarak uygulama yapılırsa, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da sorumluluk neticeye göre belirlenmeli ve netice meydana gelmemiş ise fail ilgili neticesi sebebiyle ağırlaşmış halden sorumlu tutulmamalı ve yalnızca BTM ile giderilebilecek yaralamaya teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Örneğin kişinin davranışlarından kastının kemik kırılmasına sebebiyet vermek istediğinin anlaşılmasına rağmen netice meydana gelmez ise faili eylem tamamlansaydı

bkz. s. 193.

⁵⁶ Serap Keskin Kiziroğlu, *Kasten Yaralama*, in *Ceza Özel Hukuku*, Cilt II Kişilere Karşı Suçlar-1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 133.

⁵⁷ Y. 3. CD. 01.06.2017, E. 2016/14670, K. 2017/7761; Y. 3. CD. 07.01.2020, E. 2019/17263, K. 2020/177; Olay tarihinde evin balkonunda duran mağduru hedef alarak üç el ateş eden ve yaralamayan sanığın eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 86/2, 86/3-e ve 35. madde ve fıkralarda belirtilen suçu oluşturmasına karşılık, yanlıya düşülerek anılan yasanın 86/1. Madde ve fıkrası uyarınca ceza tayin edilmesi. Y. 8. CD. 8.10.2009, E. 2007/9042, K. 2009/12432 (bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2970 dn. 109).

⁵⁸ Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 253.

belki neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal dahi gerçekleşmeyecekti kabulünden yola çıkarak sırf bu yüzden m. 86/2'ye teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekecekti.

Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine teşebbüs, ağırlaşmış neticeye yönelik kast mevcut ise mümkündür. Bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından da bu çalışmanın konusunu oluşturan suçun temel şeklinin gerçekleşip ağırlaşmış halin gerçekleşmediği durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ağırlaşmış neticeye teşebbüsün gerçekleşip yalnızca temel şekil gerçekleşirse kişiyi yalnızca suçun temel şeklinden, herhangi bir netice ortaya çıkmaz ise suçun hafif şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutmanın doğru olmayacağı kanaatindeyiz⁵⁹.

Sonuç olarak tekrar ifade etmek isteriz ki failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğu ortaya konulabiliyor ve suçun bu hali bakımından elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış ise faili suçun temel şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerekir. Bu hususların tespitinin zorluğu açısından da değerlendirme yapmak gerekirse, bu durumda da şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca faili suçun hafif şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutmak gerektiği kanaatindeyiz. Herhangi bir neticenin meydana gelmemiş olması failin suçun hafif şekline teşebbüsten sorumlu tutulması için yeterli değildir.

bb) Cinsel Saldırı/Çocukların Cinsel İstismarı Suçuna Teşebbüs

TCK m. 102 ve 103'te düzenlenen cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında da kasten yaralama suçunda olduğu gibi daha az cezayı gerektiren bir nitelikli hal düzenlemesi mevcuttur. Bu bağlamda TCK'ya göre cinsel saldırı ya da istismar oluşturacak eylemlerin gerçekleştirilip bu eylemlerin sarkıntılık boyutunda kalması halinde kişi daha az cezayı gerektiren bu nitelikli halden dolayı cezalandırılacaktır. Ancak herhangi bir netice gerçekleşmezse, bir başka ifadeyle cinsel saldırı ve istismar suçlarının oluşması için gerekli olan vücuda temas söz konusu olmaz ise, fail suçun

⁵⁹ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin olarak ağırlaşmış neticeye yönelik failin kastı var ise ve bu ağırlaşmış netice farklı bir suçu da oluşturmuyor ise bu hallere teşebbüsün mümkün olduğu öğretilerde de kabul edilmektedir. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 438 vd.; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 2970 vd.; aksi yönde: Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I, 4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017, s. 176; Centel/Zafer/Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 471; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, 2016, s. 515.

temel şekline (TCK m. 102/1 c. 1, 103/1 c.1) teşebbüsten dolayı mı yoksa hafif cinsel saldırı suçuna (TCK m. 102/1 c. 2, 103/1 c.2) teşebbüsten dolayı mı cezalandırılacaktır?

Sarkıntılığa teşebbüsün mümkün olmadığını kabul eden görüşe göre, suçun sarkıntılık aşamasında kalıp kalmadığını tespit etmek için eylemlerin tamamlanması gerekir. Suç tamamlanmamış ise eylemlerin sarkıntılık boyutunda kalacağını tespit etmek mümkün olmadığından kişi sarkıntılığa teşebbüsten dolayı değil, suçun temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır.⁶⁰

Aksi görüşe göre suçun hafif şeklini oluşturan suçun sarkıntılık boyutunda kalması haline de teşebbüs mümkündür. Burada *Taner* failin kastının suçun basit şeklini (m. 102/1) gerçekleştirmeye yönelik olduğunun ispatlanabilir olduğu durumlarda, failin sarkıntılığa teşebbüsten dolayı değil, suçun basit şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılacağını vurgulamaktadır. Ancak failin davranışının suçun basit şekline mi ya da hafif şekline mi yönelik olduğu belirlenemiyorsa ya da failin amacı sarkıntılık boyutunda kalacak hareketleri gerçekleştirmek ise fail sarkıntılığa teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır.⁶¹ *Tezcan/Erдем/Önok*'a⁶² göre ise kastı daha az cezayı gerektiren bu nitelikli hali gerçekleştirmek isteyen kişinin bunu dahi gerçekleştiremediği durumda daha az cezayı gerektiren bu hale teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir.

Kanaatimizce cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarının teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kaldığı hallere ilişkin yapmış olduğumuz değerlendirme geçerli olmalıdır. Somut olayda failin kastı suçun hafif şeklini gerçekleştirmeye yönelik ise bu hale teşebbüsten dolayı sorumluluk belirlenmelidir. Ancak failin gerçekleştirmiş olduğu hareketlerden, sarf etmiş olduğu sözlerden vs. kastının suçun temel şekline yönelik olduğu anlaşılıyorsa, sırf herhangi bir

⁶⁰ Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 344 vd.; Sarkıntılığa teşebbüsün mümkün olup olmadığı yönünde açıklamada bulunmayan *Özbek/Doğan/Bacaksız* vermiş oldukları “bir kimseye bıçağı çekip memelerinden bir defa öpeyim diyen kimsenin, etraftan gelenler olunca kaçması” örneğinde basit cinsel saldırıya teşebbüsün söz konusu olacağını belirtmektedirler. Bu örnekten çıkan sonuç temasın gerçekleşmediği her durumda sarkıntılığa teşebbüsün kabul edilmediğidir. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 342.

⁶¹ *Taner*, s. 235; karşı. Alahattin Şimşek, Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık, Ağustos 2015 Sayı 28, Ceza Hukuku Dergisi, s. 349.

⁶² “Örneğin, “seni sadece bir kez öpeceğim” diyerek mağdurenin arkasından koşan fail henüz ona el değdirmeden yakalanırsa, sarkıntılığa teşebbüsten bahsetmemek için neden gözükmemektedir”. *Tezcan/Erдем/Önok*, s. 437.

neticenin ortaya çıkmaması failin suçun hafif şekline teşebbüsten sorumlu tutulması için yeterli değildir ve fail suçun temel şekline teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır.

cc) Hırsızlığa/Yağmaya Teşebbüs

Yukarıda anlatılan hususlara benzer bir durum hırsızlık, yağma ve hatta zimmet suçlarında da söz konusudur. Hırsızlık ve yağma suçlarında çalınan malın değerinin az olması daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden biridir.⁶³ Söz konusu suçları işlemek isteyen kişinin doğrudan icra hareketlerine başladıktan sonra herhangi bir malı alamaması durumunda suçun temel şekline göre mi yoksa daha az cezayı gerektiren nitelikli hale göre mi cezalandırılacağı sorusu bu suçlar bakımından önem arz etmektedir. Bir başka ifadeyle çalınan malın değerinin az olduğu durumları düzenleyen TCK m. 145 ve 150/2 maddelerinin bu durumda uygulanıp uygulanamayacağı araştırılmalıdır.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre kişinin kastı değeri az olan bir şeyi almaya yönelik olup herhangi bir şey alamazsa TCK m. 145'e teşebbüsten dolayı sorumlu olmalıdır. Somut olayda failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğu (değeri az olmayan bir şeye yönelik olduğu) belirlenebiliyor ve fail herhangi bir şey alamamışsa TCK m. 145'e değil m. 141'e teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır.⁶⁴ Eylemin teşebbüs aşamasında kalması halinde her durumda 145. madde uygulanmaz.⁶⁵ Suçun teşebbüs aşamasında kalıp failin kastının da değeri az olan bir malı almaya mı yoksa değeri yüksek bir malı almaya mı yönelik olduğu da tespit edilemiyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca TCK m. 145, 35 hükümleri uygulanmalıdır.⁶⁶ Kanaatimizce de bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi

⁶³ Akkaş, s. 326; Özgeç, s. 229; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 638; Öğretide *Özbek/Meraklı* çalınan malın değerinin az olması halinin suçun nitelikli halini değil, cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini sağlayan sebeplerden olduğunu e bundan dolayı kastın kapsamında olması gereken unsurlardan biri olmadığını vurgulamaktadırlar. Veli Özer Özbek/Serkan Meraklı, Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar, Cilt: 19, Sayı: 1, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 21, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/1-VELI-OZER-OZBEK-SERKAN-MERAKLI.pdf>> Erişim Tarihi 11.04.2021; Kanaatimizce bu durum daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerdendir.

⁶⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 776.

⁶⁵ Ahmet Gökçen/Selim Erdin/ Büşra Şenerdoğan, Hırsızlık Suçu (m. 141), in *Malvarlığına Karşı Suçlar* (m. 141-169), Adalet Yayınevi, 2018, s. 55.

⁶⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 638.

uygulanmalıdır. Failin kastının yöneldiği mal ya da o malın değerinin tespit edilemediği durumlarda bu ilke uygulanmalıdır. Aksi görüşe göre ise teşebbüs aşamasında kalan suçlarda değere ilişkin bir belirleme yapılamadığından daha az cezayı gerektiren hale teşebbüsten dolayı fail sorumlu tutulmalıdır.⁶⁷

Yargıtay uygulamaları da incelendiğinde, eylemin sırf teşebbüs aşamasında kalması halinde daha az cezayı gerektiren bu halin uygulanmayacağı kabul edildiği görülmektedir. YCGK bir kararında ilk derece mahkemesinin “çokluk/azlık kavramına ilişkin tespit yapma imkânı bulunmayacağına göre kuşkudan sanık yararlanır” ilkesine dayanarak cezada indirim yapılmasını, sanığın eylemlerinden kastının suçun temel şekline yönelik olduğunun anlaşılmasından dolayı bozma nedeni yapmıştır.⁶⁸ 13. Ceza Dairesi de sanığın mağdurun çantasından yalnızca 20 lira alıp akabinde yakalandığı olayda kastın, 20 liraya özgülendiğinden bahisle TCK m. 145, 35. maddelerin uygulanmasına karar vermiştir.⁶⁹ Bunun yanında kastın değeri düşük bir şeye özgülendiği (13. Ceza dairesinin zikredilen kararında olduğu gibi örn: 20 lira) durumlarda ise failin suçun temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği vurgulanmaktadır. 6. Ceza Dairesi⁷⁰ bir kararında failin daha az cezayı gerektiren hale teşebbüsten dolayı değil suçun temel şekline teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “sanığın hırsızlık amacıyla çıktığı balkondan katılanın fark etmesi üzerine kaçtığı, bu nedenle hırsızlık eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı

⁶⁷ Yargıtay’ın 765 sayılı TCK dönemindeki karar esas alınarak Köprülü bu görüşü savunmaktadır. “...hırsızlık eyleminde değere ilişkin bir saptama yapılamadığına göre, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi uyarınca sanık hakkında 522. maddesi hükmü pek hafif değer ölçüsüne göre uygulanmak gerekir” CGK, 27.04.1987, E. 1987/94, K. 1987/237, Timuçin Köprülü, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı, 2007 Sayı 71, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 261, <<http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-343>> Erişim Tarihi 19.04.2021; Caner Gürühan/Tahir Hami Topaç/Ahmet Serhat Ergin Kanat, Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı, 2016 Sayı: 8, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 229, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271201>> Erişim Tarihi 12.04.2021.

⁶⁸ YCGK 25.03.2008, 6-15/59.

⁶⁹ Y. 13. CD. 28.02.2018, E. 2016/13559, K. 2018/3046; aynı yönde: “Hırsızlık yapmak için girdikleri apartman dairesinin kapısını tornavida, kurbağacık anahtar ve (T) şeklinde özel yapım anahtar ile açmaya çalışırken apartman görevlisi tanık tarafından takip edilip yakalanan suça sürüklenen çocukların eylemi gerçekleştirme biçimi itibarıyla kasıtlarının değeri az olan şeyi çalmaya özgülemediklerinin anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK’nın 145/1. maddesinin uygulanma şartlarının oluşmadığı gözetilmeden yazılı biçimde karar verilmesi” Y. 13. CD. 12.03.2013, 31454/5857 (Gürühan/Topaç/Kanat, s. 228, dn. 22).

⁷⁰ Y. 6. CD. 11.04.2014, E. 2011/20623, K. 2014/6906; aynı yönde: Y. 13. CD., 17.02.2016, 37409/5902, Y. 17. CD., 21.04.2016, 14090/2372 (Gürühan/Topaç/Kanat, s. 229, dn. 23).

olayda; çalınan herhangi bir mal bulunmadığı gibi çalınması hedeflenen malın belirlenemediği buna göre de sanığın özgülünen bir kastından bahsedilemeyeceği dikkate alındığında yasal koşulları bulunmadığı halde TCK'nın 145. maddesi ile uygulama yapılarak noksan ceza tayini”.

Yargıtay'ın bahsedilen kararlarından anlaşılacağı üzere daha az cezayı gerektiren bu hal kastın kapsamındadır. Eğer failin kastının bu hale yönelik olduğu açık bir şekilde ortaya konulabiliyorsa daha az cezayı gerektiren bu hale teşebbüs mümkündür. Ancak açık bir şekilde failin kastının değeri az olan bir şeye yönelik olduğu belirlenemiyorsa ceza suçun temel şekline göre belirlenmelidir.

Her şeyden önce şunu vurgulamak gerekir ki Yargıtay'ın daha az cezayı gerektiren bu halin kastın kapsamında olması gerekliliğini vurguladığı kararlara katılmaktayız. Suçun bütün unsurlarında olduğu gibi bu nitelikli halin de kastın kapsamında olması gerekir.⁷¹ Bu gerekçeden dolayı failin değeri düşük bir malı almak isterken değeri yüksek bir malı alması halinde TCK m. 30/2'deki hata halini uygulayıp faili daha az cezayı gerektiren halden dolayı sorumlu tutmaktayız. Ayrıca bu şekilde bir kabul suçun temel, ağır ve hafif halleri için de geçerlidir. Suçun gerek temel şekline teşebbüs gerekse de daha az cezayı gerektiren nitelikli şekline teşebbüs bakımından da ortak bir kıstas kullanılmalıdır. Nasıl ki failin kastının suçun daha az cezayı gerektiren şekline yönelik olduğu durumlarda fail bu halden dolayı cezalandırılırsa, suçun temel şekli bakımından da failin buna yönelik kastı belirlenebiliyor ise fail temel şekle teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır. Eğer somut olayda failin kastının değeri az olmayacak bir şeyi almaya yönelik olduğu ispatlanamıyorsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca m. 145, 35 hükümleri uygulanmalıdır. Sırf kastın değeri düşük olan bir şeyi almaya yönelik olduğunun belirlenememesi 141. maddenin uygulanması için yeterli görülmemelidir.

dd) Ortak Değerlendirme

Failin somut olayda suçun nitelikli haline teşebbüs edip suçun basit ya da hafif şeklinin gerçekleşmediği durumlar bakımından ortak bir değerlendirme yapılabilir. Örneğin failin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs edip suçun temel şeklinin ya da sarkıntılık halinin gerçekleşmediği ya da nitelikli yaralamaya teşebbüs edilip herhangi bir neticenin ortaya çıkmadığı durumlar söz konusu

⁷¹ Öğretide bu halin “cezada indirim yapılması veya ceza verilmesinden vazgeçilmesini sağlayan sebepler” den biri olarak değerlendirildiğinden dolayı kastın kapsamında olması gerekmediği de savunulmaktadır. Özbek/Meraklı, s. 21.

olabilir. Bu durumda nitelikli hal için ayrı bir ceza öngörülmeyp temel ceza üzerinden nitelikli halden dolayı artırım yapıldığı durumlarda suçun temel şeklinden dolayı mı yoksa hafif şeklinden dolayı mı temel ceza belirlenmelidir sorusu ortaya çıkacaktır. Bu bağlamda cinsel saldırı suçunda nitelikli hal kastı varsa nitelikli hal için TCK m. 102/2 ve m. 103/2’de ayrı bir ceza öngörüldüğü için sorun oluşmayacaktır. Kaldı ki failin kastının organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı ya da çocukların cinsel istismarı suçlarını işlemeye yönelik olduğu durumlarda, kastın aynı zamanda sarkıntılık boyutunda kalacak bir saldırıya yönelik olduğu da söylenemez. Ancak kasten yaralamada olduğu gibi nitelikli halden dolayı verilecek cezanın temel ceza üzerinden artırım yapılacağı durumlarda, temel cezanın belirlenmesinde suçun basit şeklinin mi (m. 86/1) yoksa hafif şeklinin mi dikkate alınacağı önem arz etmektedir.⁷² Yargıtay’ın⁷³ bu konuda vermiş olduğu bazı kararlara bakıldığında temel cezanın belirlenmesinde suçun hafif şekli olan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama halinin dikkate alındığını söyleyebiliriz. Burada yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalara benzer bir değerlendirme yapıp kast hafif şekle yönelik ise temel ceza bunun üzerinden, basit şekle yönelik ise temel cezanın bunun üzerinden belirlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca hırsızlık suçunda malın değerinin az olması halinde ise tamamen farklı bir durum söz konusudur. Çünkü bu durumda temel ceza belirlenip nitelikli haller uygulandıktan sonra ihtiyari bir indirim yapılabileceğinden daha az cezayı gerektiren bu halin temel cezanın belirlenmesinde etkisi bulunmamaktadır.⁷⁴

d) Suçun Temel Ya Da Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Halinin Gerçekleştirilmek İstenip Daha Az Cezayı Gerektiren Halinin Gerçekleşmesi

Teşebbüs açısından önemli hususlardan bir diğeri de kişinin suçun temel ya da nitelikli halini gerçekleştirmek için elverişli hareketlerle icraya başlaması ancak suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleşmiş olmasıdır. Yukarıda anlatılan kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kalıp herhangi

⁷² Burada ifade etmek isteriz ki suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri aynı olayda bulunabilir ve failin kastı da hem daha az cezayı gerektiren nitelikli hale hem de daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale yönelik olabilir. Örneğin kasten yaralama suçunun altsoya, üstsoya, eşe veya kardeşe karşı veya silahla işlenip basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralama ortaya çıkarsa, her iki hal aynı olayda mevcut olur.

⁷³ bkz. dn. 57.

⁷⁴ Aynı açıklama hırsızlık suçunun bir başka daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olan TCK m. 146’da düzenlenen kullanma hırsızlığı için de geçerlidir.

bir neticenin gerçekleşmediği durumlar burada konunun pekiştirilmesi adına tekrar zikredilebilir. Nasıl ki kasten yaralamanın teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde sorumluluğu sanığın kastına göre belirlemek gerekiyorsa, burada da benzer bir değerlendirme yapılması gerekir. Suçun temel ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haline teşebbüs edilmiş ancak daha az cezayı gerektiren hal gerçekleşmiş ise, kişinin yalnızca gerçekleştirdiği ile sorumlu olması yani daha az cezayı gerektiren nitelikli halden dolayı cezalandırılması, gerçekleştirmiş olduğu haksızlığı tam anlamıyla karşılayacak şekilde cezalandırılması sonucunu doğurmayacaktır. Teşebbüsün (temel şekle) ihtiva ettiği haksızlık daha az cezayı gerektiren halin meydana gelmesinin oluşturduğu haksızlıktan fazla olduğu durumlarda temel ya da nitelikli hale teşebbüs göz ardı edilmemelidir. Öğretide *Özen* değerlendirmemize paralel olarak sorumluluğun belirlenmesinde kişinin kastını esas almaktadır. *Özen* kastın suçun temel şekline yönelik olduğu durumlarda sorumluluğun m. 86/1'e teşebbüs hükümlerine göre, kastın daha az cezayı gerektiren hale yönelik olduğu durumlarda ise m. 86/2 hükmüne göre belirlenmesi gerektiği kanaatindedir.⁷⁵

J) NİTELİKLİ HALE TEŞEBBÜS VE ŞÜPHE DEN SANIK YARARLANIR İLKESİ

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, teşebbüs hükümleri ve suçun manevi unsurunun belirlenmesinde çekincesiz uygulanmaktadır.⁷⁶ Bunun yanında suçun basit hali ile nitelikli halleri arasında kuşkunun söz konusu olduğu durumlarda kişinin "*hukuki statüsünde negatif değişiklik olması ihtimali*" söz konusu olacağından bu ilkenin uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.⁷⁷ Konumuzla ilgisi dolayısıyla nitelikli hale teşebbüs bakımından da bu ilke önem arz etmektedir. İncelememizin konusunu oluşturan nitelikli hal suçun maddi unsurlarından biridir ve aynı zamanda kastın kapsamında olması gerekmektedir. Bu bağlamda suçun manevi unsurunun tespitinde uygulanan şüpheden sanık yararlanır ilkesi burada da geçerlidir. Kastın daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali de kapsadığı noktasında şüphe ortaya çıkarsa bundan sanığı yararlandırıp kastın bu durumu kapsamadığı sonucuna varılmalıdır.

⁷⁵ Özen, s. 226; krş. Şimsek, s. 349.

⁷⁶ Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, s. 204, 211.

⁷⁷ "*Sanığın suçun basit hali yerine nitelikli halinden cezalandırılması elbette hukuki statüsünde bir negatif değişikliğe neden olur.*" Koray Doğan, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 202.

Aynı zamanda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında da şüpheden sanık yararlanır ilkesi geçerli olduğundan, nitelikli hale teşebbüsün var olup olmadığı konusunda şüpheye düşülürse sanığın bu şüpheden yararlandırılması gerekir. Ayrıca kişinin kastının suçun temel şekline mi yoksa daha az cezayı gerektiren nitelikli haline mi yönelik olduğu da tespit edilemiyor ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca daha az cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemesi uygulanmalıdır.

K) SUÇUN TEMEL VE NİTELİKLİ HALLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN ALMAN HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ

a) Genel Olarak

Suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olduğu konusunda Alman hukukunda görüş birliği mevcuttur. Bu konuda *Roxin*⁷⁸, eskiden kabul edildiği üzere yalnızca nitelikli halin gerçekleşmesinin teşebbüsün kabulü bakımından yeterli olmadığını aynı zamanda teşebbüs için gereken diğer şartlarında var olması gerektiğini vurgulamaktadır. Örneğin kişi eğer yangın çıkarmak istediği bir evde önceden yangın söndürme ekipmanlarını kullanılmaz hale getirirse ya da girmek istediği evin, girmesine engel olan çatı tahtalarını gevşetirse bu durumda her ne kadar mağdur tarafında bir etki meydana getirirse de suç henüz teşebbüs aşamasına gelmemiştir.⁷⁹ Teşebbüs ancak, kişinin nitelikli hali gerçekleştirdikten hemen sonra (akabinde) zamansal bir kesinti olmadan rahat bir şekilde evi yakmak ya da hırsızlığı icra etmek istediği durumda söz konusu olabilir. Bunun için de önce gerçekleşen nitelikli hali oluşturan hareketler ile sonra gerçekleşen temel şekli oluşturan hareketler arasında sıkı bir zamansal bağlantının olması gerekir. Bu durum gerçek nitelikli hallerin suçun temel şeklinden bağımsız olarak teşebbüs alanını genişletemeyeceği şeklinde de ifade edilmektedir.⁸⁰ Kişinin bu tür olaylarda nitelikli halden sorumlu tutulabilmesi

⁷⁸ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck Verlag, 2003, § 29 kn. 170, *Roxin* burada nitelikli hal ile ayrıca kural örneklerinin söz konusu olduğu durumlar için de bu değerlendirmeyi yapmaktadır.; Kundaklama örneğinin öğretide *Stree* tarafından verildiği vurgulanmaktadır. Thomas Hillenkamp, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: Einleitung: §§ 1 bis 31, 12. Auflage*, C.H. Beck Verlag, 2007, § 22 kn. 123.

⁷⁹ Wessels/Beulke, § 14 kn. 607, 608; Alman Ceza Kanunu § 306b (2) 1 maddesinde kundaklamanın çok ağır halleri arasında ağır kundaklama hallerinin yangının söndürülmesini engelleyerek ya da zorlaştırarak işlenmesi hali ile yine aynı kanunun § 243 (1) 1 maddesinde hırsızlığın çok ağır halleri arasında maddede geçen yerlere engelin aşılması halinde girilmesi hali ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir.

⁸⁰ Wessels/Beulke, § 14 kn. 608.

için suçun temel şekline teşebbüsü de gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi halde yani temel şeklin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlanmazsa bu suçun nitelikli haline teşebbüs de söz konusu olmaz.

Yukarıda belirtilenin aksi bir durumun söz konusu olduğu; kişinin suçun temel şeklini doğrudan doğruya icraya başlayıp da bunun hemen akabinde nitelikli halin suçun temel şeklini takip edip, failin nitelikli hali gerçekleştirmeye başlamadığı durumlarda nitelikli hale teşebbüs söz konusu değildir. Burada suçun temel şekline ilişkin hareketin doğrudanlığı (icra hareketlerine başlanması) suçun nitelikli hali içinde bir tehlikenin oluşması gibi bir durum ortaya koymaz. Bundan dolayı bir binayı kundaklamaya koyulan bir fail, yangın çıktıktan sonra onu söndürme çalışmalarını engelleyici hareketlere de doğrudan başlamadığı sürece ACK § 306b (2) 1’de düzenlenen nitelikli hale teşebbüs söz konusu olmaz.⁸¹ Burada yine *Hillenkamp* nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için yalnız istemenin yeterli olmadığını ayrıca buna yönelik hareketlerin de doğrudan doğruya başlaması gerektiğini vurgulamaktadır⁸². Sonuç olarak ifade edilmelidir ki nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin hem suçun temel şeklini hem de nitelikli halini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başlaması gerekir.⁸³ *Kühl* tipiklik ile nitelikli hallerin gerçekleştirilmesinde eşzamanlılığın söz konusu olması gerekliliğinin öğretide istendiğini vurgulamaktadır. Buna göre hazırlık aşmasında kalmış ve icra gerçekleşmeden son bulan ve bu bağlamda eş zamanlı olmayan haller nitelikli hal gücüne sahip değildir ve bu haller nitelikli hale teşebbüsün başlangıcının öne alınması sonucunu doğurmaz.⁸⁴

Burada nitelikli hale teşebbüse ilişkin zikredilen hususlar esasında Türk Ceza Hukuku bakımından da geçerlidir. Örneğin silahla yaralama nitelikli haline teşebbüsten dolayı kişinin sorumlu tutulabilmesi için suçun temel şekli ile nitelikli halinin bağlantısından dolayı doğrudan hem temel şekle teşebbüsün şartı olan elverişli hareketlerle icraya başlanmış olmalı hem de bu icra hareketleri yapılırken silahın da somut olayda kullanılmış olması gerekir. Failin mağduru yaralamak amacıyla ve isteğiyle silahtan sayılan bir şeyi yanında taşıması teşebbüsten sorumluluğunu meydana getirmez. Bundan

⁸¹ Hillenkamp, § 22 kn. 124; Rainer Zaczyk, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017, § 22 kn. 53.

⁸² Hillenkamp, § 22 kn. 124.

⁸³ Roxin, § 29 kn. 172; Kühl, § 15 kn. 50.

⁸⁴ Kühl, § 15 kn. 50.

dolayı nitelikli haller ile suçun temel şekli arasında zikredilen bağlantı nitelikli hale teşebbüs bakımından vazgeçilmezdir.

Konuyu Alman Ceza Kanunu § 239'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile örneklendirmek burada uygun olacaktır.⁸⁵ Bu maddeye göre kim başkasını bir yere hapseder ya da farklı bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakırsa beş yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu maddenin üçüncü fıkrasının birinci bendinde suçun nitelikli hali düzenlenmiştir. Bu bende göre eğer mağdur bir haftadan fazla hürriyetinden yoksun kılınırsa bir yıldan on yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılır.⁸⁶ Bu madde yukarıda Türk hukuku bakımından verilen örneklerle benzer bir değerlendirmeye tabi tutulursa şu sorular sorulabilecektir. İlk olarak kişi başkasını hürriyetinden yoksun kılmak (kanuni

⁸⁵ Maddenin ikinci fıkrasında teşebbüsün de cezalandırılacağı açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁶ Alman Ceza Kanunu'nun 239. maddesi 25.09.1997 tarihli yasa tasarısı ile 1 Nisan 1998 tarihinde yürürlüğe girerek değiştirilmiştir. Bu tarihe kadar suçun temel şekli cünha olarak vasıflandırıldığı ve bu cünhaya teşebbüsün de cezalandırılacağı 239. maddede açıkça düzenlenmediği için suçun temel şekline teşebbüs cezalandırılmamaktaydı. (Alman Ceza Kanunu'nun 12. maddesine göre alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası ile cezalandırılan hukuka aykırı fiiller cürümdür. Yine kanunun 23. maddesine göre cürümlere teşebbüs her zaman cezalandırılırken cünhalara teşebbüsün cezalandırılabilmesi için bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir.) Ayrıca yine bu tarihe kadar ağır haller maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmişti: Özgürlükten yoksun bırakma bir haftadan fazla sürerse veya özgürlüğünden yoksun bırakılan kişide özgürlüğünden yoksun bırakılması ya da ona karşı benzer şekilde yapılan hareketler sonucu sağlığının ağır bir şekilde bozulmasına sebebiyet verilirse bir yıldan on yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılır. Bu madde değiştirilerek öncelikle cünha olan temel şekle teşebbüsün de cezalandırılacağı § 239 fıkra 2'de açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca ikinci fıkradaki "hürriyetten yoksun kılma bir haftadan fazla sürerse" şeklindeki düzenleme yeni 3. fıkranın 1. bendinde "bir haftadan fazla hürriyetinden yoksun kılsa" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikten sonra bu bendin hukuki niteliği tartışılmıştır. Değişiklikten sonra bu düzenlemenin hukuki niteliğinde herhangi bir değişiklik olmadığını ve halen bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olduğunu savunanların yanında, netice sebebiyle ağırlaşmış bir olmaktan çıkarıldığı ve suçun nitelikli haline dönüştürüldüğü ileri süren görüşlerde mevcuttur. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir hal olduğunu savunanlar aynı zamanda tasarıda düzenlemeye ilişkin gerekçeye de dayanmaktadırlar (BT-Drucks 13/8587, s. 84). 3. fıkradaki tüm halleri netice sebebiyle ağırlaşmış hal olarak görenler doğal olarak bu durumlarda failin cezalandırılabilmesi için en azından taksiri yeterli görürler. Netice sebebiyle ağırlaşmış hal kabul edenler: Gunther Arzt/Ulrich Weber, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 3. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2015, § 9 kn. 30; Georg Küpper/Rene Börner, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Auflage, Springer Verlag, 2017, § 3 kn. 11; aksi yönde: Johannes Wessels/Michael Hettinger/Armin Engländer, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 43. Auflage, Verlag C.F. Müller, 2019, § 8 kn. 359; Bernd-Rüdeger Sonnen, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 3, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017; Brunhild Wieck-Noodt, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4, 3. Auflage C.H. Beck Verlag, 2017, § 239 kn. 44.

tipi gerçekleştirmek) amacıyla doğrudan doğruya icraya başlayıp, özgürlüğü temadi teşkil edecek şekilde sınırlandıramadan hareketlerine son vermek durumunda kalırsa sorumluluğu suçun temel şekline teşebbüse göre mi yoksa suçun nitelikli haline teşebbüs hükümlerine göre mi belirlenecektir. Bunun yanında bir diğer soru da kişinin suçun temel şeklini gerçekleştirip nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde sorumluluğu nasıl belirlenecektir. Failin bir haftadan uzun bir süre hürriyetinden yoksun kılmak istediği mağdurun polis tarafından altıncı günde kurtarılması hali buna örnek olarak verilebilir.

Yukarıda zikredilen açıklamalar ışığında ilk soruya verilecek cevap aslında bu olayda nitelikli hale teşebbüsün ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesiyle ortaya çıkacaktır. Nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için suçun temel şekline teşebbüs edilip nitelikli hal için gereken hareketlere de doğrudan doğruya başlanması gerekir. Bu suç ile kundaklama örneği arasındaki fark suçun temel şekli ile nitelikli haline ilişkin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlamanın genellikle aynı anda söz konusu olmasıdır. Bunun yanında aynı zamanda suçun temel şekli işlendikten sonra da nitelikli hale yönelik kast ortaya çıkabilir. Kundaklama örneğinde belirtilen nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için temel şekle ek bir hareket olan söndürmeyi engelleyici hareketlere de doğrudan doğruya başlanması gerekir. Özgürlükten yoksun kılma suçu bakımından eğer failin hareketlerinden mağduru bir haftadan uzunca bir süre hürriyetinden yoksun kılmak ya da alıkoymak kastı ortaya çıkıyorsa nitelikli hale teşebbüs söz konusudur. Bu nitelikli halle ilgili olarak *Heintschell-Heinegg*⁸⁷, nitelikli hale teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin kastının zaman aralığının uzunluğunu da kapsamayı gerektiğini vurgulamaktadır.

Bu suç bakımından nitelikli hale yönelik kast her zaman başlangıçta var olmak zorunda değildir. Kişinin başlangıçtaki kastı bir haftadan kısa süreli bir hürriyeti yoksun kılmaya yönelik olup bir hafta dolmadan kastını yeniler ve kastı daha uzun süreli bir hürriyetten yoksun kılmaya yönelirse bu aşamada da nitelikli hale teşebbüsten bahsedilebilir. Nitelikli hale gerçekleştirmeye yönelik kastın başlangıçta var olduğu veya sonradan ortaya çıktığı durumlarda, söz konusu nitelikli hal gerçekleştirilemese de bu nitelikli hale teşebbüs edildiği

⁸⁷ von Bernd Heintschell-Heinegg, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2015, § 239 kn. 19; aynı yönde: Sonnen, § 239 kn. 27; Urs Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2013, § 239 kn. 15; Wessels/Hettinger/Engländer, § 8 kn. 359.

kabul edilmektedir. Burada vurgulamak gerekir ki bu düzenlemeyi neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak kabul edenler de neticesi sebebiyle ağırlaşmış bu hale teşebbüsü mümkün görmektedirler. Ancak bu durumda teşebbüsten dolayı sorumluluğu kastın varlığına bağlamaktadırlar. *Arzt/Weber* tarafından verilen failin mağduru en fazla dört gün boyunca özgürlüğünden yoksun kılmak istediği ve üç gün sonra polisi arayarak mağdurun yerini söylediği ancak adresi yanlış tarif ettiğinden ancak beş gün (toplamda 8 gün) sonra mağdurun bulunduğu olayda suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin ağırlaşmış neticeye yönelik en azından taksirin söz konusu olduğundan dolayı gerçekleştiği kabul edilir.⁸⁸

b) İçtima Bakımından Seçeneklerin Değerlendirilmesi

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu örneğinde izah edilmeye çalışılan nitelikli hale ilişkin yukarıda verilen örneklerde suçun temel şeklinin ve nitelikli halinin gerçekleştiği ya da herhangi ikisinin de gerçekleşmediği örnekler üzerinde duruldu. Birinci örnekte yani failin nitelikli hale teşebbüs edip suçun temel şeklinin dahi gerçekleşmediği durumlarda fail suçun nitelikli haline teşebbüsten dolayı, ikinci örnekte suçun nitelikli halinin gerçekleştirilmek istendiği ve sonuca da ulaşıldığı durumlarda ise failin suçun tamamlanmış şekline göre cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu örneklerde olduğu gibi nitelikli hale teşebbüsten ya da nitelikli halden dolayı failin cezalandırılması suretiyle, gerçekleştirilmiş olan eylemlerin haksızlık içeriği de tüketilmiş olacaktır. Bu ve buna benzer durumlarda yani nitelikli halin gerçekleştiği ya da nitelikli ve temel halin gerçekleşmediği hallerde, nitelikli hal temel şeklin unsurlarına tam olarak sahip olmaktadır. Bunun yanında, suçun temel şekline bir unsur eklendiğinden dolayı kanunların içtimaı hallerinden olan özel normun önceliği söz konusudur.⁸⁹

Türk hukukundaki tartışmalarda olduğu gibi burada da esas üzerinde durulması gereken konu suçun ağırlaşmış şekline teşebbüs edilmesi ve aynı zamanda temel şeklinin de gerçekleştiği durumlarda failin sorumluluğunun nasıl belirleneceğidir. Alman hukuku açısından bu durum içtima başlığı altında incelenmiş ve aynı zamanda yüksek mahkeme kararlarına da konu olmuştur.

Yurtdışında satılması amacıyla mağdurun kaçırılmasına vesile olduğu ve mağdurun bu nedenle özgürlüğünden yoksun kılındığı olayda Federal

⁸⁸ *Arzt/Weber*, § 9 Rn. 31.

⁸⁹ *Roxin*, § 13 kn. 177.

Yüksek Mahkeme⁹⁰ sanığı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın nitelikli haline teşebbüsten ve gerçekleştirilmiş olan temel şekilden dolayı fikri içtima kurallarını uygulayarak sorumlu tutmuştur. Bu olayda sanığın kastının mağdurun bir haftadan fazla hürriyetinden yoksun bırakılmasına yönelik olduğu ve bundan dolayı nitelikli halin ilgili süre dolmadığından teşebbüs aşamasında kaldığı ancak suçun temel şeklinin gerçekleştiği kabul edilmiştir. Böylece tamamlanmış temel suç ile teşebbüs aşamasında kalmış (§ 239 III Nr. 1’de düzenlenen) nitelikli hal birlikte değerlendirilecektir. Fikri içtimanın kabulü ile hareketin haksızlık içeriği (her iki hali de) kapsayıcı bir şekilde belirlenecek ve daha ziyade hükümde de nitelikli hale teşebbüsün suçun temel şekline sebebiyet verdiği vurgulanmış olacaktır.

Alman Ceza Hukuku öğretisinde ve yargı kararlarında, suçun temel şeklinin gerçekleşip nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde özel normun önceliği ilkesinin değil fikri içtimanın uygulanması gerektiği hâkim olan görüştür. Bu kabule göre örneğin fail kırarak evde hırsızlık yapmak için doğrudan doğruya icra hareketlerine başlar, ancak girdiği yerden herhangi bir şey almaz, akabinde kilitli olmayan başka bir yerden paraları çalarsa nitelikli hal olan kırarak hırsızlığa teşebbüs ile suçun tamamlanmış temel şekli arasında fikri içtima kabul edilmektedir.⁹¹ Burada örnekleri çoğaltmak

⁹⁰ NStZ 2001, 247; Kasten öldürmeye teşebbüs ile yaralamaya teşebbüs arasında da fikri içtima hükümleri uygulanmaktadır. NJW 1999, 69.

⁹¹ Roxin, § 33 kn. 183; Kühl, § 21 kn. 56, *Kühl* bu gibi durumlarda fikri içtimayı kabul etmekle birlikte bahsedilen diğer halleri kanunların içtimai hallerinden olan yardımcı normun sonralığı başlığı altında incelemektedir.; Burada ayrıca Alman Ceza Kanunu’nun özel hükümler kısmı sistematığına baktığımızda Türk Ceza Kanunu ile benzer olmayan bazı hususlar göze çarpmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabında suç tipleri düzenlenirken maddelerin genelinde suçun temel şekli, (daha az veya daha ağır cezayı gerektiren) nitelikli halleri ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmiştir. Ancak ACK’da bu hallerin yanında kanunda “kuralın örnekleri” ya da “kural örnekler” olarak (Regelbeispiel) olarak ifade edilebilecek hallere yer verilmiştir. ACK § 177 f. 6 (10 Kasım 2016 tarihinden önce f. 2), 243. maddelerinin örneklerini teşkil ettiği, bu durumlarda kanun koyucu suçun temel şekline daha göre daha ağır hallerin olduğu durumlarda failin daha ağır bir şekilde cezalandırılacağını vurgulayarak, hangi durumlarda daha ağır cezayı gerektirecek hallerin ortaya çıkabileceğine örnekler vermektedir. Yani bu tür örnek içeren düzenlemelerde belirtilen haller, yalnızca örnek mukabilinden sayılmıştır. Sayılanların dışındaki bazı durumlarda da ağır cezayı gerektiren hallerin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Sonuç olarak bu halleri takdir edecek olan hakimdir ve aynı zamanda söz konusu bu halleri uygulayıp uygulamama ve genişletme noktasında da takdir yetkisine sahiptir. Bu gerekçeden dolayı bu tür düzeleme içeren madde veya fıkralar suçun nitelikli hali olarak kabul edilmemekte sadece cezanın belirlenmesi esaslarından oldukları vurgulanmaktadır. Bu kabulün sonucu olarak da öğretilerde bu hallere teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. (Zaczyk, § 22 kn. 55; Marita Kieler, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung und des sexuellen

gerekirse, öldürmenin nitelikli halinin (§ 211 ACK) teşebbüs aşamasında kalıp öldürmenin temel şeklinin (§ 212 ACK) gerçekleştiği, öldürmeye teşebbüs edilip kasten yaralamanın (§ 224 ACK) gerçekleştiği, yağmaya teşebbüs edilip hırsızlık suçunun tamamlandığı, ölüm neticeli yağmaya (§ 251 ACK) teşebbüs edilip, ölüm sonuçlu yaralamanın gerçekleştiği olaylarda fikri içtima kabul edilmektedir. Bu kabul ACK § 52’de düzenlenen fikri içtimanın açıklayıcı fonksiyonu olduğuna işaret edilerek açıklanmaktadır.⁹²

Gerek Alman Federal Yüksek Mahkeme’si kararlarında gerekse öğretide bu durumda açıklayıcı fonksiyonuna (Klarstellungsfunktion)⁹³ vurgu yapılarak fikri içtima kabul edilmektedir.⁹⁴ Fikri içtimanın bu özelliği ile gerçekleştirilmiş olan hareketin haksızlık içeriği (toplam haksızlık: das gesamte Unrecht) tam anlamıyla ifade edilmektedir.⁹⁵ *Arzt/Weber*⁹⁶ da bu durumda kasten işlenen nitelikli hale teşebbüs ile gerçekleştirilmiş temel şekil arasında fikri içtima ilişkisi olduğunu kabul eder. Bu yazarlar tarafından T’nin O’yu on gün özgürlüğünden yoksun bırakmak istediği ancak O’nun üçüncü gün kaçarak kurtulduğu olayda § 239 I ile § 239 III Nr. 1 arasında fikri içtimayı kabul edilir. Yine benzer şekilde ACK m. 303’te düzenlenen mala zarar verme suçu ile m. 305’te düzenlenen mala zarar vermenin nitelikli hali olan yapıların tahrip edilmesi suçu arasında fikri içtima kurallarının uygulanması kabul edilmektedir. Nitelikli hal olan yapıların tahrip edilmesi teşebbüs aşamasında kalıp, mala zarar verme gerçekleşir ise fikri içtima kuralları uygulanır.⁹⁷

Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen, Tenea Verlag, 2003, s. 85 vd.); Aksini ileri sürenler ise bu hallerin tipiklik unsurlarına yakın durduğunu ve bundan dolayı teşebbüse de elverişli olduklarını savunmaktadırlar. Roxin, § 29 kn. 170 vd.

⁹² Roxin, § 33 kn. 185; Kühl, § 21 kn. 56; Lackner/Kühl, Vor § 52 kn. 28; BGH, Urteil vom 24. 9. 1998 - 4 StR 272-98, BGHSt 44,196; BGH, Beschluss vom 21. 10. 2008 - 3 StR 408/08 NJW 2009 863.

⁹³ Fikri içtimanın açıklayıcı fonksiyonu sadece bu durumlar için geçerli değildir. Aynı zamanda fikri içtimaya biçilen bu fonksiyon ile tipe uygun hareketlerin çerçevesini de belirleyecektir. Fail her ne kadar tek bir ceza olsa bile bu fonksiyon ile birden fazla suçtan dolayı cezalandırıldığı saptanın ve hükümden failin hangi suçları işlediği ya da aynı suçun e sıklıkla işlediği anlaşılır. Detlev Sternberg-Lieben/Nikolaus Bosch, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, § 52 kn. 2; Roxin, § 33 kn. 109.

⁹⁴ Heintschell-Heinegg, § 239 kn. 19; Küpper/Börner, § 3 kn. 11.

⁹⁵ Ruth Rissing-van Saan, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 32-55, 12. Auflage, De Gruyter Verlag 2006, § 52 kn. 3.

⁹⁶ Arzt/Weber, § 9 kn. 32.

⁹⁷ Bernd Hecker, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, § 305 kn. 14.

L) SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Suçun temel şekline unsur eklemek suretiyle daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli haller düzenlenmektedir. Bundan dolayı nitelikli halin gerçekleştiği ya da nitelikli hallerin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda esasında suçun temel şekli de gerçekleşmiş olmakta ya da teşebbüs aşamasında kalmaktadır. Suçun temel şekli üzerine bina edilen nitelikli haller ile suçun temel şekli arasında bu şekilde sıkı bir ilişki söz konusudur. Suçun gerek daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerekse daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği durumlarda temel şeklin gerçekleşmesi vazgeçilmez unsurlardandır. Yukarıda vurgulandığı üzere daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin söz konusu olduğu durumlarda temel şekil gerçekleşmiş ancak temel şekle eklenen unsurlardan dolayı eylemin haksızlık içeriği azalmış, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde de aynı şekilde temel şekil gerçekleşmiş eylemin haksızlık içeriği ise eklenen unsurdan dolayı artmıştır.

Türk Ceza Kanunu'ndaki teşebbüs hükümleri ile manevi unsur birlikte değerlendirildiğinde kasten işlenen suçlara ve haliyle bu suçların bütün hallerine teşebbüs mümkündür. Teşebbüsün söz konusu olabilmesi için suçun temel şekline ilişkin aranan şartlar nitelikli haller için de geçerlidir. Eğer fail suçun temel şeklinde olduğu gibi nitelikli haller bakımından da doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamamış ise nitelikli hale teşebbüsten söz edilemez. Bir başka ifadeyle her iki hal içinde doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmalıdır. Bunlardan birinin yokluğu teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına engeldir. Daha az cezayı gerektiren nitelikli haller ile suçun temel şekline yönelik icra hareketleri aynı hareketler olsa da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerde temel şekle yönelik hareketlerin yanında başka hareketlerin de yapılması yani doğrudan doğruya icraya başlanması gerekir. Her ne kadar söz konusu hareketler ekseriyette temel şekle yönelik hareketler ile aynı zamanda gerçekleşse bile teorik olarak bu hareketlerin aynı zamanda gerçekleştirilme zorunluluğu yoktur ve hatta bazen nitelikli hale yönelik hareketlerin doğrudan doğruya icrasına temel şekle yönelik hareketlerden önce de başlanabilir. Buna örnek olarak TCK m. 142/2-d'de düzenlenen "hırsızlık suçunun haksız yere elde bulundurulmuş veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle veya kilitlenmesini engellemek suretiyle" nitelikli hali verilebilir. Malın bulunduğu yerdeki kilidin, kilitlenmesini engelleyen kişinin hareketi nitelikli hale yönelik icra hareketidir. Engelleme hareketi ile hırsızlık suçunun temel şekli olan alma hareketi arasında zaman

farkı söz konusu olabilir. Fail öncelikle malı almak amacıyla kilidi bozarak ya da benzeri hareketlerle kilitlenmeyi engellerse nitelikli hale yönelik hareketini gerçekleştirmiştir. Ancak hırsızlık suçunun temel şekli bakımından doğrudan icra hareketlerine (alma hareketlerine) başlamadığı sürece hırsızlığa ve dolayısıyla nitelikli hale teşebbüsten bahsedilemez.

Suçun nitelikli halleri maddi unsurlardan olduğundan bu hallerin de kastın kapsamında olması gerekir. Kanun koyucu bu bağlamda suçun daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin kastın kapsamında olması gerektiği noktasında öğretilerde fikir birliği olsa da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallere ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kanaatimizce daha az cezayı gerektiren nitelikli haller de kastın kapsamındadır ve bu hallerin söz konusu olabilmesi için suçun temel şeklindeki hareketlerin varlığı gerektiğinden, bu durumların kastın kapsamında olmadığı söylenemez. Şöyle ki başkasını yaralamak isteyen ya da başkasına cinsel saldırıda bulunmak isteyen kişinin bu suçların daha az cezayı gerektiren hallerine yönelik kastlarının olmadığı söylenemez. Çünkü çok her zaman azı da kapsamaktadır.

TCK'daki düzenlemeler değerlendirildiğinde suçun nitelikli hallerinin suçun maddi unsurlarından olduğu ve kastın işlenen suçlarda maddi unsurların kastın kapsamında olması gerektiği anlaşılmaktadır. Kanuni düzenlemeler itibariyle ve aynı zamanda teorik olarak gerek suçun daha ağır cezayı gerektiren gerekse daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri kastın kapsamında olmalıdır. Ancak daha az cezayı gerektiren nitelikli hallere kanun koyucu daha az ceza verilmesi sonucunu bağladığından bu hallerin gerçekleştiği durumlarda (örn: sarkıntılık, hırsızlıkta değer azlığı, BTM ile giderilebilecek yaralama) sırf failin kastının daha ağırlığına yönelik olması bu hallerin göz ardı edileceği sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte daha ağırlığını gerçekleştirmek isteyen kişinin azını gerçekleştirmeye yönelik kastının olmadığını da söylemek mümkün değildir. Bundan dolayı meydana gelen daha az cezayı gerektiren hal ile gerçekleştirilmek istenen suçun temel ya da daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri birlikte değerlendirilmelidir.

Suçun bütün nitelikli hallerinin kastın kapsamında olması gerektiği vurgulandıktan sonra ifade etmek gerekir ki; failin kastının tam olarak belirlenemediği durumlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesi istisnasız bir şekilde uygulanmalıdır. Daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin söz konusu olup bu halin gerçekleştiği veya suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda failin suçun temel ya da daha ağır cezayı gerektiren hallerine yönelik kastı

ortaya konulamıyorsa fail gerçekleşmiş olan daha az cezayı gerektiren nitelikli halden ya da bu hale teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Ancak bununla birlikte suçun daha az cezayı gerektiren ya da temel hali gerçekleşmiş ve nitelikli hale yönelik failin kastı da söz konusu ise bu durumda da nitelikli halin teşebbüs aşamasında kaldığı göz ardı edilmemelidir. Suç teşebbüs aşamasında kalmış ve failin kastının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale yönelik olduğu açık ise ve aynı zamanda bu hale yönelik doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmış ise nitelikli hale teşebbüs söz konusudur.

TCK'daki düzenlemeler bir tarafa bırakılırsa, kanaatimizce daha az cezayı gerektiren nitelikli haller suçun unsuru olmaktan ziyade cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlar olarak düzenlenmelidir. TCK'nın 61. maddesinde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak hususlardan biri olarak düzenlenmiştir. Cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak bir durumun kanun metninde daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmemesi ve böylece kanundan çıkarılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu şekilde bir uygulama yapılırken bu tür hafif durumların/neticelerin de alt sınıra yaklaşma sebebi olarak kullanılabilmesi ve adil bir cezalandırma sağlanabilmesi için temel şekle ilişkin cezaların alt sınırlarının düşürülmesi gerekir. Bu konuda ayrıca şu hususu da ifade etmek gerekir ki bazı olaylarda kanunda bulunan hafif haller gerçekleşse dahi maddede düzenlenen suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar vs. göz önünde bulundurulacak hafif halin uygulanmaması gerekebilir. Örneğin 13 yaşındaki bir çocuğun evde yalnız olduğunu bilen hırsızların eve girerek değeri az olan bir eşyayı kasıtları bunu kapsasa bile çalmaları halinde yalnızca değer düşüklüğünden hareket ederek cezada indirim yapılması doğru olmayacaktır. Hırsızlık ve yağma⁹⁸ suçlarında burada vurgulandığı şekilde bir uygulama kanuni düzenleme uyarınca mümkün olsa da daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden olan sarkıntılık ve BTM ile giderilebilecek yaralama hallerinde hâkime indirim konusunda takdir yetkisi bırakılmadığından indirim yapılması gerekecektir.

Burada ayrıca, zikredildiği gibi daha az cezayı gerektiren bu hallerin kaldırılması durumunda hafif hallerin cezalandırmada göz ardı edileceği düşünülüyorsa bu hallerin gerçek bir “cezanın belirlenmesi hali” olarak kanunda düzenlenmesi söz konusu olabilir. Yani bu durumda suçun oluşabilmesi için

⁹⁸ YCGK. 30.04.2019, E. 2017/14-821, K. 2019/358 (Tezcan/Erdem/Önok, s. 821 dn. 539).

mevcut düzenlemeler uyarınca temel şekil yeterli görülecek ancak daha az cezayı gerektiren bu gibi haller söz konusu olduğunda hâkim bu hususu cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmesi aşamasında değerlendirebilecektir.

Suçun nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kalıp temel şeklin gerçekleştiği durumlarda cezalandırma bakımından en makul çözüme fikri ıçtima kurallarının uygulanması suretiyle varılacağı kanaatindeyiz. Alman Ceza Hukuku uygulaması ve öğretisinde de kabul edildiği üzere, fikri ıçtima kurallarının uygulanması suretiyle gerçekleştirilmiş olan eylemler ya da meydana gelmiş olan bütün neticeler böylece cezalandırmada göz önünde bulundurulmuş olacak ve böylece bu eylemlerin somut olaydaki haksızlık dereceleri de vurgulanacaktır. Yalnızca kanunların ıçtımının uygulanmasının meydana getireceği sakinler da giderilmiş olacaktır.

Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu'ndaki ıçtima konusuna ilişkin düzenlemelerin mahiyeti de değerlendirilmelidir. Alman Ceza Kanunu'nda fikri ıçtima kuralları düzenlenirken Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak kanun metninde mağdura yönelik herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Fikri ıçtımın düzenlendiği ACK § 52'ye göre "bir hareketle birden fazla ceza kanunu ya da aynı ceza kanunu birden fazla ihlal edilirse yalnızca bir cezaya hükmedilir". Nitelikli haller ile suçun temel şeklinin aynı suç olduğunun düzenlendiği TCK m. 43'te aynı zamanda aynı neviden fikri ıçtımın söz konusu olabilmesi için mağdurların farklı kişiler olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu maddeye göre aynı kişiye karşı aynı suç tek bir hareketle birden fazla işlenemez. Böylece aynı neviden fikri ıçtımın aynı mağdura karşı işlenen suçlarda uygulanmasının önü kapatılmıştır. Öğretide de suçun temel şeklinin tamamlanıp nitelikli halinin teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda mağdurun da aynı kişi olması halinde fikri ıçtima kurallarının değil, özel norm genel norm ilişkisinin varlığından dolayı görünüşte ıçtima kurallarının uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁹ Burada şunu ifade etmek gerekir ki; yukarıda detaylı olarak anlatılan olayların bütün ayrıntıları kanun koyucu tarafından haklı olarak öngörülmeyp ve aynı hareketle aynı kişiye karşı birden fazla suçun işlenebileceği telakki edilmediğinden bu şekilde bir sınırlama yapıldığı kanaatindeyiz. Aynı neviden fikri ıçtımın söz konusu olduğu olayların ekseriyetinde, TCK m. 43/2'de düzenlendiği üzere, tek bir hareketle aynı suçun birden fazla kişiye karşı işlenmesi söz konusudur. Aynı neviden fikri ıçtima halinin düzenlendiği m. 43/2'de mağdura ilişkin birden

⁹⁹ Coşkun, Neslihan, Fikri ıçtima, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 227.

fazla kişi olması şartı kaldırılırsa böylece bu tür olaylarda bu müessesenin uygulanması mümkün olabilecektir.

Mevcut kanuni düzenlemeler itibariyle yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan durumlarda fikri içtima kuralları uygulanamayacağından cezalandırmada, gerçekleşen neticeye göre cezanın belirlenmesi ancak verilecek cezanın da teşebbüs aşamasında kalmış eyleme verilecek cezanın alt sınırından daha az olmaması sağlanmalıdır. Ancak buna rağmen somut olayda bu mümkün değilse; yani daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hale teşebbüsten dolayı verilecek olan ceza suçun temel şeklinden dolayı verilecek cezanın alt ve üst sınırları arasında olmayıp bu sınırdan daha yüksek bir ceza ise ceza teşebbüs hükümlerine göre belirlenmelidir. Bu örnek saklı kalmak kaydıyla cezaya hükmedilirken bazı olaylarda tamamlanmış suça göre bazı olaylarda ise teşebbüs aşamasında kalan hale göre cezanın belirlenmesi uygulama birliğini sağlayamayacağından bu şekilde bir uygulamanın daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı Adalet Yayınevi, 2019.
- Akkaş A H, Suç Konusu Malın Değerinin Azlığının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Cilt:9 Sayı:1 Yıl 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 323-348, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/489094>> Erişim Tarihi 14.04.2021.
- Arslantürk M, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18 Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Arzt G/Weber U, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 3. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2015.
- Centel N, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, 2012 Sayı: 99, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 269-290, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/>

m2012-99-1160> Erişim Tarihi 15.04.2021.

Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt I, 4. Bası, Beta Yayıncılık, 2017.

Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, Beta Yayıncılık, 2017.

Coşkun N, Fikri İçtima, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Doğan K, Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

Doğan K, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.

Gökçen A/Balcı M, Kasten Yaralama Suçu, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, 2014, s. 349-420.

Gökçen A/Balcı M, Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Halleri (TCK m 87), 2015, 21(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, s. 369-411, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/273401> > Erişim Tarihi 15.04.2021.

Gökçen A/Erdin S/Şenerdoğan B, Hırsızlık Suçu (m. 141), Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.

Gürühan C/Topaç T H/Kanat A S E, Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Değer Azlığı Kavramına Yönelik Yaklaşımı, 2016 Sayı: 8, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 219-237, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/271201>> Erişim Tarihi 12.04.2021.

Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.

Hecker B, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019.

Heinrich B, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2014.

- Heintschell-Heinegg, von B, Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Auflage C.H. Beck Verlag 2015.
- Hillenkamp T, in Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: Einleitung; §§ 1 bis 31, 12. Auflage, C.H. Beck Verlag 2007.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, 2016.
- Keskin Kızıroğlu S, Kasten Yaralama, in Ceza Özel Hukuku, Cilt II Kişilere Karşı Suçlar-1, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017.
- Kieler M, Tatbestandsprobleme der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung sowie des sexuellen Mißbrauchs widerstandsunfähiger Personen, Tenea Verlag, 2003.
- Kindhäuser U, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Auflage Nomos Verlag, 2013.
- Koca M /Üzülmez, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Kocalar S/Biçer Y, Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler, 1. Baskı Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Köprülü T, Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı, 2007 Sayı 71, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 254-263, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-343>> Erişim Tarihi 19.04.2021.
- Kühl C, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, 2012.
- Küpper G/Börner R, Strafrecht Besonderer Teil 1, 4. Auflage Springer Verlag, 2017.
- Lackner K/Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage C.H. Beck Verlag, 2018.
- Mahmutoğlu F S/Karadeniz S, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Özbek V Ö/Meraklı S, Hırsızlık Suçunda Malın Değerinin Azlığının Tespiti ve Buna Bağlı Olarak Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar, Cilt: 19, Sayı: 1, 2017, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1-42, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/1-VELI-OZER-OZBEK-SERKAN-MERAKLI.pdf>> Erişim Tarihi 11.04.2021.
- Özen M, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Öztürk B/Erdem M R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C.H. Beck Verlag, 2003.
- Rissing-van Saan R, in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, §§ 32-55, 12. Auflage, De Gruyter Verlag, 2006.
- Yokuş Sevik H, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Sonnen, B-R, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 3, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017.
- Sözür A, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları No: 134, 1994.
- Sternberg-Lieben D/Bosch N, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019.
- Sternberg-Lieben D/Schuster F, in Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019.
- Şare E, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 2017 (130), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 119-156, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-130-1657>> Erişim Tarihi 15.04.2021.
- Şimşek A, Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarının Hafif Şekli: Sarkıntılık, Ceza Hukuku Dergisi, Ağustos 2015 Sayı 28, s. 309-359.

- Taner F G, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Tezcan D/Erdem M R/Önok R. M, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Tozman Ö, Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, 2015.
- Üzülmez İ, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Wessels J/Beulke W, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 40. Auflage C.F. Müller Verlag, 2010.
- Wessels J/Hettinger M/Engländer A, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 43. Auflage, Verlag C.F. Müller, 2019.
- Wieck-Noodt B, in Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4, 3. Auflage C.H. Beck Verlag, 2017.
- Yaşar O/Gökcan H T/Artuç M, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. Cilt, m. 86-140, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.
- Zaczyk R, in Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band 1, 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017.
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 5. Bası, Beta Yayıncılık 2015.

OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULLERİNDE VERGİLENDİRME YETKİSİNİN HUKUKİ SINIRLARI VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Elif YILMAZ FURTUNA*

ÖZ

Devletin mali egemenliğinden olan vergilendirme yetkisi, çeşitli sınırlara tabidir. Bu sınırlar, temel hak ve hürriyetlerin güvencesini oluşturmaktadır. Çalışmanın konusu vergilendirme yetkisinin hukuki sınırları ve sınırların olağanüstü hâl rejimlerindeki görünümüdür. Bu doğrultuda olağanüstü yönetim usulleri, 1982 Anayasası'nın ilk düzenleme şekli ve 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden sonraki hâliyle mukayeseli şekilde incelenecek, vergilendirme yetkisinin iç hukuktaki sınırları, hukuk devleti ilkesi ve bağlantılı olduğu ilkeler bazında anlatılacaktır. Söz konusu ilkelerin olağanüstü yönetim usullerindeki etkinliği ele alınacak, bu kapsamda Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve kanun hükmünde kararnamelerin bir değerlendirmesi yapılacaktır. “Olağanüstü hâl düzenlemeleri vergilendirme yetkisi sınırları içerisinde hangi konumda bulunmaktadır?”, “olağanüstü hâl dönemlerinde bu yetkinin kullanılmasına karşın kişilerin başvurabilecekleri hukuki mekanizmalar nelerdir?” sorularına cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Olağanüstü Hâl, Vergilendirme Yetkisi, Olağanüstü Yönetim Usulleri, Vergilendirme Yetkisinin Hukuki Sınırları, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi

THE LEGAL LIMITS OF TAX-RAISING POWER IN EXTRAORDINARY ADMINISTRATION PROCEDURES AND PRESIDENTIAL DECREE

ABSTRACT

Tax-raising power, which is in the monetary sovereignty of the state, is subject to various limits. These limits constitute the guarantee of fundamental rights and freedoms. The subject of study is the legal limits of tax-raising power and the appearance of these limits in state of emergency regimes. In this regard, the state

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi/ANKARA, **e-posta:** elif.yilmaz@hbv.edu.tr.

ORCID: 0000-0003-3087-2988

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979180

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/07/2021

of emergency regimes will be examined comparatively with the first regulation of the 1982 Constitution and the new version after the Constitutional amendment made in 2017, the limits of tax-raising power in domestic law will be explained in the terms of the rule of law principle and its related principles. The effectiveness of these principles in extraordinary administration procedures will be considered, in this context an assessment of Presidential decrees and statutory decrees will be made. What is the state of emergency regulations, within the limits of tax-raising power? What are people can take legal actions if the use of this power? Answers to these questions will be sought.

Keywords: *State Of Emergency, Tax-raising Power, Extraordinary Administration Procedures, The Legal Limits Of Tax-raising Power, Presidential Decree.*

GİRİŞ

Sosyolojik, iktisadi, siyasi pek çok sebeple bütün demokratik sistemlerde; doğal afet, savaş, ayaklanma, salgın hastalık ve ağır ekonomik bunalım gibi aniden ortaya çıkan, geçici nitelik taşıyan, devletin varlığına ve/veya kamu düzenine karşı ciddi bir tehdit oluşturan beşerî ya da doğa kaynaklı olağanüstü koşullar ortaya çıkabilmektedir¹. Bu olağandışı durumlarda devletin olağan anayasal sistem içerisinde hareket ederek oluşan tehlikeyi bertaraf etmesi ise son derece güçtür. Toplumla hukuk dışı güçlerin egemen olmasının önüne geçebilmek² ve kendi varlığını, bekasını ve kamu düzenini korumak adına devletin mevcut anayasal sistemin dışına çıkması, olağanüstü yönetim usulleri olarak adlandırılan özel yönetim usullerine geçmesi kaçınılmaz hale gelmektedir³.

Bütün bu ihtimaller doğrultusunda belirtmek gerekir ki; anayasaya göre olağanüstü hâllerde devreye girmesi veya işlerlik kazanması, olağanüstü yönetim usullerini hukuk dışı yapmaz; hukuk dairesinde hareket etme zorunluluğu devam ettiği için olağanüstü yönetim usulleri tamamen hukuki⁴

¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı*, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, 2013, s. 378.

² Rona Aybay, “Olağanüstü Hâller ve İnsan Hakları” (I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Ankara, Mayıs 1990), s. 461.

³ Şahin Altuğ, “Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri ve Onların Yargısal Denetimi”, 2014, (48), *Adalet Dergisi*, s. 3.

⁴ Hayati Aybay, *Türkiye’de ve Yabancı Ülkelerde Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Kamu*

yönetim usulleridir. Dayanağı Anayasa olan olağanüstü yönetim usulleri, anayasal düzeni savunmak için vardır⁵ ve bu dönemlerde idare dâhil tüm devlet organlarının Anayasanın çizdiği yetkiler çerçevesinde hareket etmesi zorunludur. Çünkü hukuk devletinde yönetim hiçbir zaman hukuk dışı ve keyfi olamaz. Bu durum vergi hukuku açısından da geçerlidir. Dolayısıyla olağanüstü dönemlerde dahi vergilendirme yetkisinin kullanımı bakımından uyulması icap eden hukuki sınırlar mevcuttur. Ancak belirtmek gerekir ki bu hukuki sınırların tespitinin sadece olağanüstü hâl usulünün ismini belirleme konumunda kalması; uygulamada, olağanüstü hâl usullerinin içerik konusunda hukuki sınırların aşılmasına neden olacak; bu ise hukuk sistemi açısından sorunlar doğurabilecektir. Bu bağlamda mülkiyet hakkını temelden etkileyen vergilendirme işlemleri, olağanüstü dönemlerde olumsuz etkilere yol açabilmektedir. Bu durumda Anayasanın izin verdiği ve devletin vergilendirme yetkisi sınırlarını genişleten olağanüstü hâl uygulaması ve yine anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının çatışması sonucuna kadar götürecektir önemli sorunlara neden olacaktır.

Bu çalışmada olağanüstü hâl dönemlerinde oluşacak vergilendirme yetkisindeki hukuki sınırları değerlendirerek; 2017 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası dönemler karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Çalışmada hem bu değişiklik öncesi ve sonrası vergilendirme yetkisinin sınırları ifade edilecek hem de kullanılan bu yetkiye karşı hak arama hürriyeti açısından bir değerlendirme yapılacaktır. Bu noktada devletin olağanüstü hâl dönemlerinde vergilendirme yetkisindeki hukuki sınırların genişlemesi bağlamında hem yetkilerini belirlemek hem de bu yetkilerin kullanımına karşı hak arama hürriyeti açısından bir değerlendirme yapmak önem taşımaktadır.

Sonuç olarak vergilendirme yetkisi olağan hâl şartları içerisinde dahi mülkiyet hakkına müdahale kapsamında iken olağanüstü hâl dönemlerinde genişleyen sınırları ile hukuki bağlamda incelenmeye değer bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada öncelikle vergilendirme yetkisinin sınırlarını oluşturan ilkeler ifade edilip; olağan dönem vergilendirme yetkisi sınırlarını aşan olağanüstü hâl düzenlemelerinin bu yetkinin sınırları içerisinde bulunduğu konum ve bu yetkinin kullanılmasına karşı kişilerin başvurabilecekleri hukuki mekanizmalar ifade edilmeye çalışılacaktır.

Hürriyetlerinin Sınırlanması (1961 Anayasa Rejimi), Selçuk Üniversitesi Yayınları, 1991, s. 5.

⁵ Mehmet Turhan, “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, 1992, 25(3), Amme İdaresi Dergisi, s. 15.

I. TÜRKİYE’DE OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULLERİ

Olağanüstü yönetim usulleri; olağan hukuk düzeniyle önüne geçilemeyen, beşerî veya doğa kaynaklı bir tehdit veya tehlike⁶ karşısında, kamu düzeninin yeniden tesisi için devletin ilgili makamlarının olağanüstü yetkilerle donatılmasını gerekli kılan rejimler, olarak tanımlanmaktadır.

Olağanüstü yönetim usullerini 2017 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası şeklinde ikiye ayırarak ele almak gerekmektedir. Bugün Cumhurbaşkanı’na ait olan olağanüstü hâl ilân etme yetkisi, 2017 öncesi dönemde Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’na (BK) aitti. Ancak BK’nın bu yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin (TBMM) onamasına tâbiydi. Olağanüstü hâl ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu kararı (BKK) Resmi Gazete’de yayımlanır ve hemen TBMM’nin onayına sunulurdu. Şayet tatilde ise derhal toplantıya çağrılan Meclis, olağanüstü hâl süresini kısaltabilir, uzatabilir veya kaldırabilirdi.

Söz konusu dönemde, “olağanüstü hâl” ve “sıkıyönetim” olmak üzere ikiye ayrılan olağanüstü yönetim usulleri, Anayasanın III. kısım, ikinci bölümünde, 119 ile 122’nci maddeleri arasında düzenlenmişti. Olağanüstü hâller; kendi içinde doğal afet ve ağır ekonomik bunalım hallerine bağlı olağanüstü hâl (m. 119) ve şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi biçimde bozulması nedenleriyle ilan edilen olağanüstü hâl (m. 120) olarak ikiye ayrılmaktaydı. Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ise 122’nci maddede düzenlenmekteydi.

2017 Anayasa değişikliği⁷ ile olağanüstü hâli düzenleyen 120 ve

⁶ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017, s. 333.

⁷ Söz konusu değişiklikten sonra 1982 Anayasası’nın “Olağanüstü Hâl Yönetimi” başlığını taşıyan yeni 119 ‘uncu maddesine göre: “Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebilir.

Olağanüstü hâl ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün TBMM’nin onayına sunulur.

TBMM tatilde ise derhal toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

Cumhurbaşkanı’nın talebiyle TBMM her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi

121'inci maddeler ile sıkıyönetimi düzenleyen 122'nci madde ilga edilmiş, olağanüstü hâl rejimi yalnızca 119'uncu maddede düzenlenmiştir. Sıkıyönetim sebeplerini, olağanüstü hâl uygulamasının içine taşımak suretiyle kanun koyucu, olağanüstü yönetim usullerini tek maddede düzenlemeyi tercih etmiştir⁸. Kısaca olağanüstü dönem olarak, yalnızca olağanüstü hâl'e yer verilmiştir. Anayasa, hangi ilkelere göre düzenleneceğini açıkça göstermiştir ve zikredilen usuller dışında bir olağanüstü yönetim usulü kanunla dahi⁹ ihdas edilemez.

Belirtmek gerekir ki anayasa hukuku ile maliye biliminin olağan-olağanüstü ayırımına yüklediği anlam farklıdır. Zira Anayasa hukukunda olağan-olağanüstü ayırımı, olağanüstü hâlin Anayasada öngörülen şekli ile ilan akabinde başlayan bir döneme ilişkin; maliye yazınında olağan-olağanüstü ayırımında kamu gelirlerinin devamlı elde edilip edilmemesi belirleyici ölçüttür¹⁰. Buna göre; anayasal olarak olağanüstü dönemde çıkarılmış vergiye ilişkin düzenlemelerle getirilen vergiler hukuki tasnifte, "olağanüstü vergi" olarak tanımlanmaktadır. Maliye teorisi açısından ise, olağanüstü gelirler tasnifi içinde yer alan her vergi, olağanüstü hâl ilan edilip edilmediğine bakılmaksızın olağanüstü vergi olarak adlandırılmaktadır. Türkiye'de bugüne kadar oluşan olağanüstü finansman ihtiyacının, olağanüstü yönetim usulüne

uzatılabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz.

Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15'inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.

Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104'üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazete'de yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur. Savaş ve mücbir sebeplerle TBMM'nin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hâl sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde TBMM'de görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar." <<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6771.html>> Erişim Tarihi 24 Ağustos 2018.

⁸ Selin Esen, "Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi", 2016, (4), Ankara Barosu Dergisi, s. 58.

⁹ AYM 10.01.1991 Gün, E. 1990/25, K. 1991/1, AYMKD Sayı 27, Cilt: 1, Ankara, 1993 s. 99, 396-397.

¹⁰ Gökçen Uzer Çengelci, "Türkiye'de Olağan Dışı Dönemlerde Vergilendirme-Anayasal Vergilendirme İlkelerine Uygunluk Açısından Bir İrdeleme" (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010), s. 5.

geçilmeden olağan dışı vergiler ile karşılanmaya çalışıldığı bilinmektedir¹¹. Kanaatimizce olması gereken, olağanüstü hâl prosedürünü işletmek yani; anayasaya uygun bir şekilde olağanüstü hâl ilan etmek ve kamu külfetlerini olağanüstü hâl ihtiyaçlarına göre ihdas etmektir.

Temel hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulabilmesi ve kişilere çeşitli yükümlülükler getirilebilmesi dolayısıyla olağanüstü hâlin çeşitli sınırlara tabi olması önemlidir. Nitekim ülke genelinde veya sadece bir bölgesinde ilân edilebilen olağanüstü hâl, yer bakımından sınırlıdır. Buna göre, olağanüstü hâl ilânını gerektiren sebepler hangi bölgede ortaya çıkmış ise, o bölge veya bölgelerde olağanüstü hâl ilân edilir, yurdun bütününde ilân edilemez. Bu yolla, olağanüstü hâlin neden olduğu ekonomik açığı kapatmak amacıyla ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesi ve/veya tüm ülkeyi kapsayan vergi ihdası önlenmektedir. Fakat olağanüstü hâl ilânını gerektiren sebeplerin yurdun bütününe ilişkin olup olmadığını tespit ve takdir etme yetkisi, yine olağanüstü hâli ilan etmeye yetkili makamdadır¹².

Olağanüstü yönetim usullerinin içeriği, ülkelere ya da rejimin çeşidine göre farklılık gösterse de bu yönetim usullerinin niteliği gereği ortak yanı, normal zamanlara oranla idarenin takdir yetkilerinin artması ve temel hak ve özgürlüklerde daha geniş çapta sınırlamalar yapılabilmesidir¹³. Bu durum, vergi hukuku alanında da söz konusu olup çeşitli açılardan eleştiriye açıktır. Bu çalışmada olağanüstü hâllerde vergilendirme yetkisinin hukuk dairesinde kullanımını incelenecek olup; ayrıca, iç hukuktaki sınırlarından olan hukuk devleti ilkesi ve ona bağlı alt ilkeler açısından ele alınacaktır.

II. OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULLERİNDE VERGİLENDİRME YETKİSİNİN HUKUK DEVLETİ AÇISINDAN SINIRLARI

Devletin mali alanlarda sahip olduğu bütçe yapma, harcama, borçlanma gibi yetkilerin en önemlilerinden biri olarak değerlendirilen¹⁴ vergilendirme yetkisi; devletin mali sınırları içerisinde “vergi konusunda sahip olduğu

¹¹ Uzer Çengelci, s. 151.

¹² Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, 1997, s. 212.

¹³ Özbudun, s. 333.

¹⁴ Biltekin Özdemir, Küreselleşme Bağlamında Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi, Maliye Ve Hukuk Yayınları, 2006, s. 11.

hukuki ve fiili gücü”¹⁵ olarak tanımlanmakta, bu yetki devlet egemenliğinin de en önemli göstergelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu yönüyle vergilendirme yetkisi, devlet egemenliği kavramının, maliye bağlamında yansımaları olan mali egemenlikten doğmakta, egemenliğini ve varlığını sürdürebilmek için düzenli mali kaynaklara ihtiyaç duyan Devlet; vergilendirme yetkisi ile donatılmış bulunmaktadır. Devlet; sahip olduğu bu yetkiyi kamu hizmetlerini finanse etmek adına çeşitli mali külfetler ihdas etmek suretiyle kullanmaktadır. Bir siyasi hak ve ödev olarak anayasal dayanağı olan vergi, gerek olağan gerekse olağanüstü dönemlerde sıklıkla başvurulmuş ve kamu gelirleri içinde en büyük dilimini oluşturan mali külfettir.

Teoride her devlet, vergilendirme yetkisini ülkesi üzerinde istediği gibi kullanma yetkisine sahiptir¹⁶. Ancak vergilendirme yetkisinin meşruiyetinin tezahürü için, devlet bu mali gücünü hukuki zeminden ayrılmadan kullanılmalıdır¹⁷. Bir vergi sisteminin başarısı, toplanan verginin miktarı veya vergilerin kamusal ihtiyaçları karşılamaadaki etkinliği kadar vergilendirme yetkisinin hukuk dairesinde kullanımına da bağlıdır.

Demokratik bir devlette vergilerin bir finansman aracı olarak kullanılması ve vergilendirme sürecinin işletilmesi, vergilendirme yetkisinin öncelikli olarak anayasal boyutta kabul edilmesini gerekli kılar. Bu aşamadan sonra ortaya çıkan sorun, vergilendirme yetkisinin hangi sınırlar dâhilinde kullanılabilirliğine ilişkindir¹⁸. Nitekim vergilendirme yetkisi ekseninde karşılaşılan en önemli sorun, bu yetkinin kullanılıp kullanılmayacağı sorunu değil; hangi ölçüde kullanılması gerektiğinin belirlenmesi sorunudur. Dolayısıyla devletin sahip olduğu bu önemli yetkinin sınırlarının doğru belirlenmesi gerekmektedir¹⁹.

Bilindiği gibi, tarihte vergilendirme yetkisinin aşırı kullanımı, ağır vergi yüklerini doğurmuş, bu durum, toplum tarafından yoğun tepkilerle karşılanmış

¹⁵ Mualla Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Son Değişiklikleri İşlenmiş 13. Baskı, Turhan Kitabevi, 2005, s. 33.

¹⁶ Adnan Tezel, Uluslararası Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları ve Türkiye Uygulaması, 1989, s. 1.

¹⁷ Elif Yılmaz, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi” (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014), s. 1.

¹⁸ Caner Koyuncu, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Vergilendirme İlkeleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2016, s. 1.

¹⁹ Hasan Hüseyin Bayraklı / Hakkı Odabaş, “Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası”, 2000, 2(1), Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 142.

ve ihtilal, isyan gibi önemli toplumsal hareketlerin tetikleyicisi olmuştur. Gerçekten görünüşteki sebepler farklı olsa da büyük kitlesel hareketlerin arka planında hep vergiler bulunmaktadır. Verilen uzun mücadeleler neticesinde hükümdarın bu en temel yetkisinin sınırlandırılması gerekliliği, yönetilenler lehine bir kazanım olarak ortaya çıkmıştır. Bu yüzden vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması ile siyasi iktidarın yetkilerinin sınırlandırılması ve hukuk devleti olma yolunda atılan adımlar örtüşmektedir.

Vergilendirme yetkisi, devletin bireyler ve kurumlar üzerinde zorlayıcı güç kullanmasını gerektirmektedir²⁰. Devlet, vergilerle mülkiyet haklarına müdahale²¹ etmekte, kişilerin sahip olduğu maddi değerlerin bir kısmını zora dayalı olarak almaktadır. Devlete böyle bir müdahale alanı yaratan vergilendirme yetkisinin sınırsız olması düşünülemez. Mülkiyet hakkına yapılan her türlü müdahale, Anayasanın belirttiği sınırlar içerisinde kalmalı; mülkiyet hakkına temas etmesi dolayısıyla vergilendirme yetkisinin sınırlarının çizilmesi anayasal bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Vergi konularının, kamu otoritesinin sahip olduğu ayrıcalıkların sert çekirdeğini oluşturması dolayısıyla da vergilemenin hukuki ve iktisadi sınırlarının olması şarttır. Sınırsız bir vergilemenin, gelir dağılımının bozulması ve üretimin düşmesi gibi zararlı iktisadi neticeleri olması, sosyal sorunlara sebebiyet vermesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla ülke ekonomisine zarar vermeden, vergi potansiyelinin en yüksek verimlilikle kullanılması gerekmekte ve bu hedef vergilemenin iktisadi sınırını oluşturmaktadır²².

Bu iktisadi sınırın yanı sıra vergilemenin hukuki sınırları da olmak zorundadır. Zira hukuk devletinde hiçbir yetki, keyfi ve sınırsız olamaz. Vergilendirme ilişkisinde devlet karşısında zayıf konumda olan vergi borçlusunun taraf menfaatlerinin dengelenmesi suretiyle korunması bakımından bu sınırlama önemlidir. Hukuki sınırları olmayan bir vergileme, temel hak ve hürriyetlerin ortadan kalkmasına kadar uzanan çok ciddi neticeler doğuracaktır. Çünkü devlet, vergi alacaklısı sıfatıyla kişilerin gelir, servet ve harcamalarına müdahale etmekte, bu durum, kişilerin iktisadi varlığını direkt etkileyen bir alan yaratmaktadır. Sınırsız vergileme, kişilerin iktisadi varlığını

²⁰ Geoffrey Brennan / James M. Buchanan, *The Power To Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Cambridge University Press, First Edition, 1980, s. 8.

²¹ Koyuncu, s. 8.

²² Yılmaz Aliefendioğlu, "Vergileme Yetkisi ve 1980 sonrası Türk Vergi Politikası", 1984, (33), *Vergi Dünyası Dergisi*, s. 3.

tehdit etmekte; dolayısıyla iktisadi açıdan koruyamadığınız bireylerin diğer hak ve hürriyetleri de tehlikeye girmektedir. Dolayısıyla vergilendirme yetkisi, devlete sadece vergi hakkı tanımaz, yükümlülükler de yüklemektedir²³ ki bu yükümlülük, vergilendirme yetkisini hukuk dairesinde kullanmaktır.

Mali açıdan bakıldığında, olağanüstü hâllerde duyulan finansman ihtiyacının karşılanması için kullanılacak yetkinin de sınırlara tabi olması esastır. Bu noktada, vergilemeye ilişkin anayasal kurallar devletlerin vergilendirme yetkisinin temel sınırlarını çizmekte²⁴; anayasal vergilendirme ilkeleri, ülkede uygulanacak olan mali kanunların hazırlık aşamasından yürürlükten kaldırılma aşamasına kadar geçen süreç içerisinde dikkate alınması gereken temel sınırlar olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵. Ayrıca diğer hukuk dallarında olduğu gibi, vergi hukukunda da her şeyden evvel, hukukun genel ilkelerine; bu anlamda çağdaş evrensel değerlere riayet edilmeden yapılacak bir vergilendirme, toplum vicdanında kabul görmeyecektir. Dolayısıyla hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir devlette vergilendirme yetkisini elinde bulunduran erk, bu yetkisini hukukun genel ilkelerine, anayasa ve kanunlara, daha genel ifadeyle, hukuk kurallarına uygun kullanmak zorundadır. Vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılmasının önüne geçilebilmesindeki rolü dolayısıyla bu sınırların varlığı hem topluma hem de vatandaşlara mali ve hukuki güvenlik sağlamakta, dolayısıyla geleceğe yönelik bir teminat teşkil etmektedir²⁶.

Belirtilen gerekçelerle gerek uluslararası alanda gerekse iç hukukta keyfi kullanımının önlenmesi adına vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması kaçınılmazdır. Nitekim devletler, uluslararası vergi anlaşmalarını imzalamak ya da bazı uluslar-arası/üstü kuruluşlara ve ortaklıklara üye olmak suretiyle vergilendirme yetkilerini sınırlandırmaktadır²⁷. Uluslararası alanda, bir ülkedeki vergilendirme yetkisini kısıtlayan başlıca üç unsur vardır. Bunlar: anayasal ilkeler, uluslararası vergi anlaşmaları ve uluslararası insan hakları sözleşmeleridir²⁸. İç hukukta ise; hukuk devleti ilkesi ve sosyal devlet ilkesi

²³ Erhan Gümüş, “Vergilendirme Yetkisi ve Vergilendirme ile İlgili Hükümet Tasarrufları”, 2005 Ekim, (290), Vergi Dünyası Dergisi, s. 125.

²⁴ Özhan Uluatam / Yaşar Methibay, Vergi Hukuku, 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, 2001, s. 17.

²⁵ Koyuncu, s. 1.

²⁶ Koyuncu, s. 1.

²⁷ Uluatam/Methibay, s. 17.

²⁸ Tamer Budak / Soner Yakar, “Vergilendirme Yetkisinin Sınırlandırılması”, 2007, 16(1), Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 142.

açısından sınırlamalar mevcuttur²⁹.

A. Hukuk Devleti İlkesi

Sürekli gelişen bir kavram olarak hukuk devleti en yalın tanımıyla, yönetenlerin de en az yönetilenler kadar hukuka bağlı olduğu, bu anlamda hukukun egemen olduğu ve bireylerin hukuki güvenlik içinde yaşadığı devlettir³⁰. Sürekli gelişen bir kavram olması ve tüm unsurlarını ihtiva eden bir tanımının yapılmasındaki güçlük dolayısıyla, hukuk devletini sözlük anlamı itibariyle tanımlamak yerine, niteliklerinden yola çıkarak varlığını tespit etmek daha doğru bir yaklaşımdır.

Hukuk devleti, devlet kavramının günümüzde ulaştığı raddeyi göstermekte olup; keyfilikten uzak ve hukuka bağlı devlet anlayışıyla sağlanabilmektedir³¹. Hukuk devletinde hiçbir yetki keyfi ve sınırsız olamayacağı için vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması açısından hukuk devleti ilkesi, temel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira vergilendirme yetkisinin ölçsüz, kontrolsüz yahut keyfi kullanımı, hukuk devleti ilkesinin temel koruma alanı olan hak ve özgürlükler alanına ciddi bir müdahale anlamına gelecektir. Bu sebepten dolayı, hukuk devleti ilkesi, yasama ve yürütme organlarının vergilendirme yetkisini keyfi kullanmasının önlenmesini amaçlamaktadır.

Anayasanın 2'nci maddesinde ifadesini bulan bu temel ilke, vergilendirme yetkisinin dış hatlarını belirlemektedir³². Kanuni idare ilkesi ve onunla bağlantılı olarak vergilerin kanuniliği ilkesi ve vergilendirmede eşitlik ve genellik ilkeleri, vergilendirme yetkisinin hukuk devleti ilkesi açısından sınırlarını oluşturmaktadır. Vergi hukukunda belirlilik ve açıklık ilkeleri, hukuki güvenlik ilkesi, geçmişe yürümezlik ilkesi de bu kapsamda ele alınan ilkelere aittir. Anılan ilkeler, vergilendirme yetkisinin hukuk dairesinde kullanımı bakımından sadece olağan dönemlerde değil; olağanüstü dönemlerde de riayet edilmesi gereken temel ilkelere aittir. Ancak idarenin takdir yetkisinin normal zamanlara oranla artması nedeniyle uygulamada bu ilkelerin tamamına riayet edildiğini söylemek güçtür.

²⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 39-56.

³⁰ Öncel/Kumrulu/Çağan, s. 39.

³¹ Ömer Özkaya, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İdarenin Bütünlüğü İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 142.

³² Aysel Ceren Mutlu, "Dünü Bugünü ve Yarınıyla Vergilendirme Yetkisinin Hukuksal Perspektifi", 2012, (98), TBB Dergisi, s. 130.

B. Vergilerin Kanuniliği İlkesi

Anayasanın 8'inci maddesine göre “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı³³ tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.” 123'üncü maddede ise “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmü yer almaktadır. İdarenin kanuniliği ilkesi gereğince, kural olarak, yürütme organının işlemleri kanuna dayanmalı ve kanuna aykırı olmamalıdır. Ayrıca yürütme organına yetki devrinin şartları gerçekleşmişse yürütme bu yetkisini kanun gücünde ve daha üst normlara riayet ederek kullanılmalıdır³⁴.

Kanunilik ilkesi açısından ele alındığında, olağanüstü yönetim usulleri, keyfi bir yönetim usulü değildir ve bu rejimlerin kanunilik niteliği tam anlamıyla bulunmaktadır. Zira olağanüstü hâl rejimleri ya önceden anayasalarda veya diğer kanunlarda öngörülmüş durumdadır ya da böyle bir durumun ortaya çıkması hâlinde, hükümetin yapacağı müracaata binaen, yetkili makamlar tarafından kanunlar ile verilen yetkilere dayanmaktadır³⁵.

Kanuni idare ilkesi, vergilendirmede belirlilik ve eşitlik ilkeleri açısından bir ön koşul olarak değerlendirilmekte ve kanuni düzenlemelerin fazla olması nedeniyle kamu hukuku içinde vergi hukukunda ön plana çıkmaktadır³⁶. Bu anlamda kanuni idare ilkesi, vergilerin kanuniliği ilkesiyle bağlantılıdır. Kanunilik ilkesi, egemenliğin sürekliliği bakımından kullanımı siyasal bir zorunluluk niteliği taşıyan vergilendirme yetkisinin kural olarak yasama organı tarafından kanun çıkarmak suretiyle kullanılması gereğini ortaya koymaktadır³⁷. Vergilendirme alanında kanun çıkarma mecburiyetini dar anlamda değil; vergiye vücut veren temel unsurların kanunda yer alması şeklinde anlamak ve uygulamak kanunilik ilkesinin gerçek amacıdır.

Vergilendirme yetkisinin tabii olduğu anayasal sınırlardan ve vergi hukukunun temel ilkelerinden olan vergilerin kanuniliği ilkesi; vergilerin genel, objektif, düzenleyici işlemlerle konulmasını ve tarh ve tahsil gibi sübjektif idari işlemlerin kanunlara uygun ve doğru yapılmasını emretmektedir. Ayrıca,

³³ Değişik: 16/4/2017-6771/16 md.

³⁴ Mualla Öncel / Ahmet Kumrulu / Nami Çağan, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Son Değişiklikleri İşlenmiş 23. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 40.

³⁵ Hasan Refik Ertuğ, “Memleketimizde Fevkalade Hâl Rejimleri”, 1948, 3(1-2), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 68.

³⁶ Mutlu, s. 140.

³⁷ Abdurrahman Akdoğan, Kamu Maliyesi, Gazi Kitabevi, 2013, s. 135; Koyuncu, s. 11.

yürütme organının herhangi bir kanuni dayanağı olmadan bir idari işlemle veya yargı organının kıyas yoluyla vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinde “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır*” hükmüyle ifadesini bulan bu ilke, vergilerin kanuniliği yahut “*temsilsiz/kanunsuz vergi olmaz*” şeklinde de ifade edilmekte ve vergi hukukunun bel kemiğini oluşturmaktadır. Zira hukuk devleti ile bağdaşmayan keyfi uygulamaların önüne kanunilik ilkesi ile geçilmektedir³⁸. Yönetilenlere güvence sağlaması dolayısıyla da hukuki güvenlik ilkesinin temelini oluşturmaktadır.

“Temsilsiz vergi olmaz” boyutuyla vergilerin kanuniliği ilkesi demek, çağdaş demokratik devletlerde güçler ayrılığı ve güçler dengesi ilkeleri bağlamında vergilendirme yetkisine yasama organının sahip olması, demektir.³⁹ Yasama organı, bu asli yetkisini kanunlarla kullanmak durumundadır⁴⁰. Hangi vergileri yükleneceğine milletin kendinin karar vermesi esas olduğu için ve millet de mecliste temsil edildiği için vergilerin ancak meclisten çıkacak kanunlarla kullanılması gerekmektedir⁴¹, yürütme ve yargının yetkisi bulunmamaktadır⁴². Yasama organı aracılığıyla, vergilendirme yetkisi kapsamında yeni bir vergi yürürlüğe koyma, muafiyet ve istisnaların belirlenmesi, değiştirilmesi ya da kaldırılması gerçekleştirilirken; sübjektif ve bireysel vergilendirme işlemlerinde kullanılan vergilendirme yetkisi ile tarh, tahakkuk ve tahsil aşamaları gerçekleştirilebilmektedir. Vergilendirme yetkisindeki bu ayırım, federal yapılı devletlerde federal devlet ve federe devletler; merkezi yapılı devletlerde ise devlet ve mahalli idareler arasında kullanılmaktadır⁴³. Yerel yönetimler aslında vergilendirme yetkisine değil; vergilendirme işlemlerini yapmaya yetkilidir⁴⁴.

³⁸ Mutlu, s. 123.

³⁹ Çağan, s. 7; Sadık Kırbaş, Vergi Hukuku, Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Siyasal Yayınevi, 1994, s. 27.

⁴⁰ Kırbaş, s. 61.

⁴¹ Ümit Süleyman Üstün, Türkiye’de Vergi ve Bütçe Hakkı, Nobel Akademik Yayıncılık, 2019, s. 16.

⁴² Çağan, 1982, s. 100.

⁴³ Çağan, 1982, s. 5.

⁴⁴ Koyuncu, s. 12.

Verginin konusu, mükellefi gibi temel unsurların kanunla düzenlenmesi zorunluluğu, kanunilik ilkesini vergi hukukunda daha da sertleştirmektedir⁴⁵. Ancak sosyal hukuk devleti ilkesinin benimsenmesiyle yürütme organının yetki alanı genişlemiş, Devletin genişleyen işlevlerine ve kamu kesiminin büyümesine paralel olarak, kamu maliyesi araçları karmaşıklaşmıştır⁴⁶. Bu değişim sürecinde, kanunilik ilkesinin katı bir şekilde kullanılması da tartışılır olmuştur⁴⁷. Maliye politikasının hızlı ve esnek tedbirler gerektirmesi, vergilendirme alanında yürütme organının da yetkilendirilmesini gerekli kıldığı için kanunilik ilkesi önceki dönemlerdeki gibi sert uygulanmamaktadır⁴⁸. Ayrıca kanunlaşma sürecinin zaman alıcılığının aksine, yürütme organının toplanması ve çalışması kolay ve hızlıdır⁴⁹. Bu durum, kanun koyucuyu, özellikle mali ve iktisadi konularda⁵⁰; örneğin vergi politikası tedbirleri bağlamında önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda⁵¹ yürütme organına yetki vermeye zorlamıştır⁵².

Nitekim 1961 Anayasası'nın 61'inci maddesinde 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile vergilendirme konusunda BK'ya yetki verilmişti. BK'nın vergilendirme alanındaki düzenleme yetkisinin en tipik örneği Anayasanın 73'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında karşımıza çıkmaktaydı. Anılan madde; muafiyet, istisna, vergi indirim ve oranlarında, kanunda belirtilen yukarı ve aşağı hadler dâhilinde BK'nın düzenleme yapma yetkisinin anayasal dayanağını oluşturmaktaydı. Yürütme organının vergilendirme konusundaki yetkisi; konu, vergiyi doğuran olay, mükellef gibi verginin temel unsurları için değil; tarh, tahakkuk ve tahsil işlemlerine ilişkin olarak söz konusu olmaktadır. Yürütmenin vergi hukuku alanındaki düzenleme yetkisi, dış ticaretin düzenlenmesiyle ilgili olarak 167/2'nci maddesinde de karşımıza çıkmaktaydı.

⁴⁵ Öncel/Kumrulu/Çağan, 2014, s. 40.

⁴⁶ Çağan, s. 216-217.

⁴⁷ Doğan Soyaslan, Kanun Hükmünde Kararnameler, 1995, Anayasa Yargısı, s. 147.

⁴⁸ Nami Çağan, Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü, 1986, 2(1), Anayasa Yargısı, s. 218.

⁴⁹ Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, 1993, s. 221.

⁵⁰ Gözübüyük, s. 221.

⁵¹ Necmi Yüzbaşıoğlu, Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, Beta Basım Yayın, 1996, s. 48.

⁵² Soyaslan, s. 147.

2017 yılı Anayasa değişiklikleriyle BK kaldırılmış olduğu için, çeşitli vergi kanunlarında ve Anayasa metninde “BK/-ya” olarak geçen ifadeler “Cumhurbaşkanı/-na” olarak değiştirilmiş, dolayısıyla BK’ya verilmiş olan yetkiler Cumhurbaşkanı’na geçmiştir. Bu çerçevede, BK’nın kullandığı düzenleme yetkisi Anayasanın 73’üncü maddesindeki değişikliklerle Cumhurbaşkanı’nın tek başına kullandığı bir yetkiye dönüşmüştür.

Anayasaya göre, yürütmeye verilen yetkinin sınırlarının mutlaka yasama organı tarafından çizilmesi gerekmektedir. Aksi bir durum, yasama yetkisinin devredilmesi anlamına geleceği için kabul edilir değildir. Dolayısıyla vergi kanunlarının muafiyet, istisna, vergi indirim ve oranlarında değişiklik yapma yetkisinin mutlaka yukarı ve aşağı sınırlar içinde kullanılması, söz konusu sınırların ise yine kanunla gösterilmiş olması gerekmektedir⁵³. Cumhurbaşkanı yetkisini, vergi kanunlarının sadece muafiyet, istisna, vergi indirim ve oranlarında değişiklik yapma noktasında kullanabilecektir. Kanunilik ilkesi karşısında, aynı maddenin 4’üncü fıkrası ile Cumhurbaşkanı’na tanınan yetki, eski düzenlemedeki haliyle BK’ya tanınan yetki gibi sınırlı bir yetkidir. Temel ilke olan kanunilik ilkesinin esnetilmesi niteliğinde olan bu fıkrayı dar yorumlamak gerekir⁵⁴.

Anayasanın 104’üncü maddesinde münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda ve kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Bu manada, Anayasanın 73’üncü maddesi hükmü korunmuştur. Yine 104’üncü madde gereği; Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunlar arasında çelişen hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanacak, TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Bu düzenleme de kanunilik ilkesini destekler bir hükümdür.

Vergilerin kanuniliği ilkesi, olağan ve olağanüstü dönemlerde vergi hukukunun temel ilkelerinden biri olarak vergilendirme yetkisinin hukuk devleti açısından sınırlarından birini oluşturmaktadır. Yasama sürecinin uzunluğu karşısında, yürütmenin düzenleme yetkisini vergilendirme yetkisinin devri olarak değil; sosyo-ekonomik olaylara ivedi müdahale gerekliliğinin bir yansıması olarak bakmakta fayda vardır. Zira yasamanın aksine, yürütmenin düzenleme yapma yetkisi asli değil; kanundan kaynaklanan tali bir yetkidir.

⁵³ Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Hukuku 2017 Anayasa Değişiklikleri ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Düzenlemelerine Uygun, Adalet Yayınevi, 2018, s. 55.

⁵⁴ Kırbaş, s. 41.

Dayanağını Anayasadan alan söz konusu yetkinin olağan dönemlerde kanunilik ilkesinin çeşitli mülahazalarla yumuşatılması, çağın ve ihtiyaçların gereklerine uyarlanması olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

C. Hukuki Güvenlik ve Geçmişe Yürümezlik İlkeleri

Doktrinde “Kamu otoriteleriyle ilişkilerinde kişilerin bugün ve geleceğe dönük olarak güven duygusu içinde olmaları”⁵⁵ olarak tanımlanan hukuki güvenlik ilkesi, Anayasada açıkça düzenlenmiş değildir. Fakat bu ilke, Anayasanın bütününden çıkarılması gereken, zımnen bütün maddelerde mevcut olan⁵⁶ ve hukuk devleti ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi gereken bir ilkedir. Çünkü hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devleti ilkesine hizmet eden, hukuk devletinin olmazsa olmazı olarak nitelendirilen temel bir ilkedir. Ayrıca; “hukukun egemen olduğu ve bireylerin hukuki güvenlik içinde yaşadığı devlet”⁵⁷ tanımında olduğu gibi, hukuk devleti, ekseriyetle hukuki güvenlik ile açıklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında da hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkelerinin birlikte ele alındığı görülmektedir. Mahkeme, kimi kararlarında, hukuk devletinin bir gereği⁵⁸ olarak değerlendirdiği hukuki güvenlik ilkesini; kimi kararlarında hukuk devletinin unsurlarından⁵⁹ veya ön koşullarından⁶⁰ biri olarak ifade etmiştir.

Vergilerin kanuniliği ilkesi, hukuki güvenliğin tesisi bakımından şarttır. Zira hukuki güvenlik, ancak, hukuk kurallarının keyfi ve çok sık değişikliğe uğramadığı, dolayısıyla normların öngörülebilir, belirli ve istikrarlı olduğu, bireylerin devletin müdahalelerinden önceden haberdar olması dolayısıyla geleceğe dair plan yapabildiği, bütün işlem ve eylemlerinde devlete güven duyduğu, devletin de gerçekleştirdiği düzenlemelerde bu manevi güveni boşa çıkarmadığı ve zedelemekten kaçındığı⁶¹ bir ortamda; diğer bir ifadeyle, bir hukuk devletinde var olabilecek bir ilkedir.

⁵⁵ Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, 2013, s. 114.

⁵⁶ AYM, B. No: 2012/989, 19.12.2013.

⁵⁷ Öncel/Kumrulu/Çağın, s. 39.

⁵⁸ AYM, 23.07.2003, E. 2003/48, K. 2003/76, RG. 11.09.2004, S. 25580.

⁵⁹ AYM, 11.06.2003, E. 2001/346, K. 2003/63, RG. 08.11.2003, S. 25283.

⁶⁰ AYM, 31.01.2008, E. 2004/3, K. 2008/47, RG. 20.03.2008, S. 26822.

⁶¹ AYM, 16.01.2014, E. 2013/110, K. 2014/8, RG. 09.05.2014, S. 28995; AYM, 26.12.2013, E. 2013/52, K. 2013/160, RG. 09.05.2014, S. 28995.

Geçmişe yürümezlik ya da doktrinindeki yaygın kullanımıyla geriye yürümezlik ilkesi ise; hukuki belirliliğinin temin edilmesi dolayısıyla, hukuki güvenlik ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine hizmet eden, vergi hukuku alanında da istisnai durumlar dışında kabul görmüş bir ilkedir. Vergi kanunlarının geçmişe yürümezliği, anayasa yargısının türettiği ve hukuki güvenliği sağlayarak kişilerin mevcut düzenlemelere göre plan yapabilmesini ve taahhüt altına girebilmesini kolaylaştıran bir ilkedir⁶². Türk Anayasa Mahkemesi, Kıta Avrupası uygulamasını takip ederek vergi kanunlarının geçmişe yürütülmesini anayasal ilkeler çerçevesinde denetlemektedir.

Geçmişe yürümezlik ilkesi gereği kanunlar, kural olarak yürürlükte buldukları zamanda uygulanmakta ve geçmişe yönelik etkileri olmamaktadır. Vergi kanunları da bu kurala dâhil olmakla beraber, Anayasada vergi ile ilgili düzenlemelerin geriye yürümeyeceğine dair net bir ifade yer almamaktadır. Bu durum ise idareye açık kapı bırakmakta⁶³, şayet doğacak toplumsal fayda bireysel zarardan daha yüksek ise, vergi kanunları geçmişe yürütülebilmektedir⁶⁴. Devletin olağanüstü dönemlerde geçmişe yönelik olarak vergi salma ihtiyacı duyması ihtimali, Anayasada vergi kanunlarının geçmişe yürümemesi ile ilgili bir hükmün yer almamasının sebebi olarak görülmektedir⁶⁵. Ancak böyle uygulamaların ekonomik ve ticari hayatta olması gereken istikrarı bozucu etkileri olduğu iktisadi bir gerçekliktir.

Devletler, özellikle doğal afetler sonrasında ortaya çıkan acil finansman ihtiyacı gerekçesiyle geçmişe dönük olarak mükellefiyet tesis etmiş ya da var olan mükellefiyetlerin oranlarını artırmış, olağanüstü hâle özgü yahut süreli olarak getirilen ancak zamanla toplumun alıştığı bu ek mali külfetler mücbir sebep sonrası da kaldırılmayıp kalıcı kamu gelirlerine dönüşmüştür. İdare için her zor durumda başvurulabilecek kolay bir yol olarak görülmeye

⁶² Selami Er, “Vergi Kanunlarının Geriye Yürümezliği İlkesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları”, 2015, (43), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 133-141.

⁶³ Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, 26. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2011, s. 43.

⁶⁴ Hasan Hüseyin Bayraklı, Genel Vergi Hukuku, Derya Kitabevi, 2005, s. 33.

⁶⁵ S. Ateş Oktar, Vergi Hukuku, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, 2011, s. 46.

başlanan bu yöntem⁶⁶, uygulanmış yanlış iktisadi politikaların telafi⁶⁷ aracı olarak kullanılmıştır. Olağanüstü durumun yarattığı toplumsal psikolojinin de etkisiyle bu durumlar ortadan kalktığında toplum bu vergi yüküne alışmış olduğundan⁶⁸, vergiler eski seviyesine indirilmemiştir. Oysa olağanüstü hâlin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen normların içerdiği konular “olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konular” olamazlar⁶⁹.” Ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin tabiriyle “hayatın olağan akışı içinde normal kabul edilemeyecek doğal felaketler, savaş ve seferberlik hali, siyasi, ekonomik ve sosyal krizler gibi toplumu temelden sarsabilecek olaylar dışında bu tür sapmalara izin verilmesinin, sosyal adaleti, sosyal refahı ve sosyal güvenliği sağlamakla yükümlü olan hukuk devletinin sosyal niteliği ile uyum sağladığı ileri sürülemez”⁷⁰.

Vergi hâsılatının yetersizliği vergi kanunlarının geçmişe yürütülmesini haklı kılmaz, zira böyle bir durumda devlet, mevcut vergi oranları geleceğe dönük olarak artırılabilir veya vergi dışındaki gelir kaynaklarına yönelebilir. Çünkü, kamu gelirleri içindeki büyük payına rağmen vergi, kamu harcamalarını karşılamak için başvuru tek kaynak değildir. Kısaca; olağanüstü yönetim usullerinde karşılaşılan ek finansman ihtiyacının karşılanması amacı, vergi kanunlarını geçmişe yürütmenin gerekçesi olmamalıdır. Zira kamu giderlerinin finansmanı, zaten vergilemenin temel amacıdır. Vergilemenin bu temel amacı, vergi kanunlarını geçmişe yürütmenin de gerekçesi olmamalıdır⁷¹.

⁶⁶ Billur Yaltı, “1923’ten 2003’e ‘Kazandıklarımız’: ‘Cumhuriyet Hukuku’ ‘Kazanmadıklarımız’: ‘Hukukun Cumhuriyeti’ Vergi Hukukunda Geldiğimiz Yere Yakın Tarihten Bakmak: Panoramik Bir Çalışma” (Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi konulu sempozyumda sunulan tebliğ, AÜHF, Ekim 2003), s. 94-95.

⁶⁷ Türkiye’de “Deprem Vergisi” olarak da anılan 4481 sayılı Kanun ile depremin getirdiği mali yükün finansmanının yanı sıra bütçe açığının finansmanın da sağlanmaya çalışıldığı görülmüştür. Fevzi Rifat Ortaç, “Ekonomik Kayıpların Gidermek Amacıyla Düzenlenen Ek Vergi Uygulamasının Vergi Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, 2000, 1(1), Türk Hukuk Dünyası, s. 29.

⁶⁸ Nihat Işık / Mehmet Alagöz, “Kamu Harcamaları ve Büyüme Arasındaki İlişki”, 2005, (24), Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 63-75.

⁶⁹ AYMKD, Sayı: 27, Cilt: 1, s. 101, 399, 105, 402.

⁷⁰ AYM, 23.7.2003 Gün, E. 2003/48, K. 2003/76 RG.11.9.2004, 25580.

⁷¹ Mustafa Akkaya, “Vergi Aslı ve Feri’leri Bakımından Geriye Yürümezlik Esası: “‘Haklılık’” Ölçütü Üzerine Değerlendirmeler”, Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası Non-Retroactivity in Tax Law (Derleyen: Billur Yaltı), 1. Baskı, Beta Yayınları, 2011, s. 122.

Ayrıca olağanüstü durum sebebiyle ek finansman ihtiyacının doğup doğmadığını ve doğmuş ise bunun miktarını belirlemeden geçmişe yürümeyi savunmak hakkaniyetli değildir⁷². Vergi hukuku açısından hangi durumların olağanüstü kabul edilebileceğini tayin etmek de kolay değildir⁷³. Bir durumun olağanüstü olduğunu tespit etme yetkisine sahip olan kanun koyucu, bu yetkisini kullanarak vergi kanunlarını geçmişe yürütme eğilimi içine girebilecek; Anayasa Mahkemesi de kanun koyucu tarafından olağanüstü olarak nitelendirilen vakıaları aksi yönde değerlendiremeyecek ve yerindelik denetimi yapamayacaktır⁷⁴.

Yönetilenler lehine güvence sağlayan ve toplumda hukuka duyulan inancın korunmasına hizmet eden hukuki güvenlik ilkesinin göz ardı edilmesi, hukuk devleti ilkesinin ve onun bütün kazanımlarının göz ardı edilmesine kadar uzanan sonuçlar doğuracak, idarenin keyfililiğinin kontrolsüz bir şekilde artmasına sebebiyet verecek bir durumdur. Dolayısıyla hukuk devletinde hukuki güvenlik ilkesi, gerek olağan gerekse olağanüstü dönemlerde göz ardı edilmemesi gereken temel bir ilkedir. Bu durum, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamele de dâhil, vergilendirme yetkisinin kullanılması özelinde vergiyle ilgili her türlü hukuki düzenleme için geçerlidir.

Sonuç olarak, vergi hukukunda ayrı bir önemi olan hukuki güvenlik ilkesi gerek olağan gerekse olağanüstü dönemlerde vergilendirme yetkisinin en temel sınırlarından birini oluşturmaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi, kanunların geçmişe yürürlüklerinin önlenmesini gerektirmektedir⁷⁵. Bu da ancak kıyas yasağı ve vergilemede belirliliğin sağlanması ile gerçekleştirilebilecektir⁷⁶. Bu noktada, vergi hukuku açısından geçmişe yürümezliğin anayasada açıkça düzenlenmesi kesin bir çözüm olarak akla gelmektedir.

D. Hukuki Belirlilik ve Açıklık İlkeleri

Hukuk devleti, kişilere hukuki güvenlik içinde yaşama koşullarının sağlanmasını vaat etmekte ve bu vaadini yerine getirebilmenin yolu, hukuku herkes için belirli kılmaktan geçmektedir⁷⁷. Hukuk devletinin hukuki güvenlik

⁷² Akkaya, s. 123.

⁷³ Akkaya, s. 122.

⁷⁴ Akkaya, s. 122.

⁷⁵ Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 179.

⁷⁶ Çağan, 1982, s. 6.

⁷⁷ Selda Çağlar, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta

işlevini gerçekleştirebilmesi, devlete ve kişilere hukuka uygun davranma sorumluluğu yüklemektedir. Kişilerin hukuka uygun davranabilmesi için evvela hukuk kurallarının önceden bilinir ve kolayca anlaşılır olması gerekir ki bu, ancak hukuk kurallarının ülkede yaşayan herkese duyurulmasıyla mümkündür. Vergi adaletinin sağlanabilmesi için de vergilendirmede açıklık ve belirlilik ilkelerine uyulması şarttır. Teknik bir alan olması dolayısıyla konunun uzmanları için karmaşık olabilen vergi hukuku normları bakımından bu gereklilik daha da ön plana çıkmaktadır.

Vergi hukuku açısından hukuki güvenlik; vergi kanunlarının ve bu alandaki diğer tüm hukuk normlarının kesin, açık, yalın ve anlaşılır olması anlamına gelmektedir. Vergi yükümlülüğünün ne üzerinden, ne zaman, ne kadar, hangi esasa göre alınacağı hususları, kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından önemli noktalar⁷⁸. Vergi mükelleflerinin hukuki güvenliklerinin sağlanabilmesi için, maddi olarak kayda değer tutarlara ulaşabilen kişisel vergi yükünün açık olarak önceden hesaplanabilmesi gerekmektedir⁷⁹. Bu sebepten, hukuki güvenliğin ilk koşulu vergilendirmede belirliliğin sağlanmasıdır⁸⁰.

Belirlilik ilkesi gereği vergiler ancak bir kanun ile öngörülebilecektir⁸¹. Vergi kanunlarında mükelleflerin vergiyi, ne tutarda, ne zaman ve nereye ödeyeceklerinin kesin olarak bertilmesi gereğini ifade ettiği için belirlilik ilkesi doktrinde “kanunilik ilkesi” veya “kesinlik ilkesi” olarak da adlandırılmaktadır⁸². Vergilendirmeyi ilgilendiren hususların belirsizlik ihtiva etmesi, iyiniyetli mükellefleri dahi zor duruma düşürecek, muğlak bir alan yaratmakta, vergiye uyum derecesini düşürmektedir. Hukuki belirlilik sayesinde belirtilen hususlarda, tahminin ötesinde, kesin bilgiye sahip olan mükelleflerin hata yapma olasılığı en aza inecek, vergiye dair işlemlerde keyfilik kalmayacak ve mükellefler iktisadi kararlarını daha rasyonel şekilde

Yayımları, 2013.

⁷⁸ Gülsen Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, 2008, s. 117.

⁷⁹ Güneş, s. 117.

⁸⁰ Şafak Ertan Çomaklı / Mehmet Ödekli, Vergilendirmede Anayasal Prensipler, Savaş Yayınevi, 2011, s. 66.

⁸¹ Engin Hepeksaz, “Kamu Tercih ve Anayasal İktisat Teorisi Perspektifinden Anayasal Mali Reform”, 2007, 44(514), Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, s. 98.

⁸² Binnur Çelik, Vergilendirmede Müdahale İlkesi Anayasa ve Gelir Vergisi Hükümleri Açısından İncelenmesi, Gazi Kitabevi, 2001, s. 12.

alma şansına erişebilecektir⁸³.

Hukuki belirlilik ilkesi, hukuki öngörülebilirlik, açıklık, kanunilik, geçmişe yürümezlik ilkeleri ve kıyas yasağı ile de yakından ilgilidir. Verginin belirgin olması boyutu, vergilerin kanuniliği ilkesinin maddesel boyutunu oluşturmaktadır. Vergi hukukunda kıyas yasağı, vergilerin kanuniliği ilkesinden kaynaklanan bir husus olmakla birlikte, belirlilik ilkesini de tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır⁸⁴. Kanunilik ilkesi gereği kıyas yasağının bulunması, yorumun sınırlarını çizmektedir. Nitekim amaçsal yorumun sınırı kıyastır. Vergi hukukunda yorumun sınırlı olarak yapılabilmesi, belirlilik ve açıklık ilkelerinin önemini artırmaktadır⁸⁵. Yine vergi kanunlarında yoruma açık hükümlerin bulunması, mükellef ile vergi idaresi arasında oluşabilecek yorum farklılığı dolayısıyla vergi uyumsuzlukları artacak, verginin verimi düşecek, vergi yargısının iş yükü artacaktır.

Esasen vergide açıklık ve belirlilik iç içe geçmiş iki ilkedir. Ancak altını çizmek gerekir ki; muayyenlik ya da belirlilik, önceden bilebilme, zamanla ilgili bir kavramken; açıklık mevzuatla ilgili bir kavramdır. Zira açıklık, vergi sisteminde yer alan kanunların mükellef ve vergi idaresi görevlileri tarafından açıkça anlaşılması gerektiğini ifade eden bir ilkedir⁸⁶. Bu noktada torba yasalarla düzenleme yapmak, açıklık ilkesi ve kanun yapma tekniği açısından doğru değildir.

Açıklık ilkesinin istikrar ilkesi ile de bağlantısı vardır⁸⁷. Zira hukuk devletinde kanunlar keyfi ve çok sık değişikliğe uğramaz, insanlar istenmeyen sürprizlerle karşılaşmazlar. Bu yolla hukuki istikrar ve öngörülebilirlik sağlanmış olur. Vergi hukuku gibi teknik bir alanda çok sayıda kanun yapılması ve mevzuatın çok sıklıkla değiştirilmesi, mevzuatın hatasız uygulanması ve kanuni yükümlülüklerin mükelleflerce eksiksiz bir şekilde yerine getirilebilmesi olasılığını düşürmektedir. Tam manasıyla sağlanması güç olsa da hukuki belirliliğin mümkün olan en üst seviyeye çıkarılabilmesi için; kanun tekniği açısından hukuki metinlerde daha belirgin kavramlar kullanılmalı, hukuki öngörülebilirlik ve istikrardan ödün verilmemelidir.

⁸³ Çelik, s. 12.

⁸⁴ Aykut Tavşancı, "Vergilendirme Yetkisinin Anayasal Sınırları ve 1982 Anayasası", 2005 Ağustos, (203), Vergi Sorunları, s. 134-151.

⁸⁵ Çelik, s. 12.

⁸⁶ Çelik, s. 12.

⁸⁷ Çelik, s. 12.

Vergi sisteminin başarısı ve etkinliği için, vergi hukuku normları bakımından açık, anlaşılır, yalın bir dil kullanılmalı; olağanüstü dönemlerde dahi bu ilkeden ödün verilmemelidir. Ancak Türk vergi sistemine bakıldığında, kanun yapma tekniği bakımından mevzuatın oldukça karmaşık, açıklık ve yalınlıktan uzak bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bu durumun vergiye uyum derecesini düşürdüğü de nazara alındığında vergi mevzuatının köklü bir reforma ihtiyaç duyduğunu belirtmek gerekir.

E. Genellik, Eşitlik, Adalet İlkeleri

Hukuk devleti ilkesi, temel hak ve hürriyetleri etkileyen kanunların genel nitelikte olmasını emreder. Bu doğrultuda, vergilendirmede genellik ilkesi, vergi kanunlarının genel nitelikte olmasını zorunlu kılmaktadır. Genellik ve eşitlik ilkeleri gereği toplumda bulunan herkes kural olarak vergi mükellefidir⁸⁸. Vergide genellik ilkesi, sınıf, ırk, din ve benzeri farklar gözetilmeksizin vergiyi doğuran olay ile ilişkisi olan bütün gerçek ve tüzel kişilerden vergi alınması gerektiğini ileri süren bir ilkedir⁸⁹. Günümüzde pek çok ülke anayasasında olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da yer alan genellik ilkesi gereği, herkes kamu harcamalarını karşılamak üzere vergi ödemekle yükümlüdür(m. 73).

Bir vergi sisteminin adaletli olabilmesinin ilk şartı, genellik ilkesine yer verilmesidir. Zira vergiyi doğuran olay ile ilişkisi bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasında çeşitli farklılıklar yaratarak bir kısmından vergi alınıp, bir kısmından alınmaması halinde vergilendirmede adaletten söz etmek mümkün değildir⁹⁰. Daha da önemlisi, vergi gibi temel hak ve özgürlükler alanına direkt temas eden bir alanda standart olmayan uygulamalar hukuk devleti ilkesinin açıkça ihlal edilmesidir⁹¹. Ancak elbette genellik ilkesini işaret eden “herkes”ten kasıt, “vergi ödeme gücü olan herkes”tir. Vergi ödeme gücü ise, bir mükellefin kendisini ve ailesini geçindirmeye yetecek miktarın üzerinde olan gelir ve/veya servet unsurundan vergi alınması gereğini ifade etmektedir⁹².

Hukuk devleti ilkesinin yapıtaşlarından olan eşitlik ilkesi Anayasanın 10'uncu maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre; herkes dil, ırk,

⁸⁸ Mutlu, s. 132.

⁸⁹ Çelik, s. 15, 16.

⁹⁰ Çelik, s. 16.

⁹¹ Mutlu, s. 132.

⁹² Çelik, s. 16.

cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine riayet etmek zorundadır. Bir toplumda yaşayan herkesin mali gücüne göre vergi mükellefi olması olarak özetlenen genellik ilkesi, hukuk devleti kavramı açısından kanun önünde eşitlik ilkesi ile çakışmaktadır. Kanunlar önünde herkesin eşit olması vergi kanunları karşısında herkesin eşit kılınmasını yani vergilendirmede eşitliği ifade etmektedir. Ancak buradaki eşitlik ilkesi, herkese tamamen aynı davranılmasını, işlem aynılığını gerektirmemekte; ilişkili veya uygun farkların varlığı halinde eşitsiz veya farklı işleme izin vermeyi ifade etmektedir⁹³. Alman Anayasa Mahkemesi (AAYM), genel eşitlik kuralını keyfilik yasağı şeklinde yorumlamaktadır. Yani eşitlere keyfi olarak eşit olmayan şekilde ve eşit olmayanlara da keyfi olarak eşit şekilde davranmak yasaktır⁹⁴. Genellik ve eşitlik ilkelerini mutlak anlamda ele almak doğru olmadığı gibi; söz konusu ilkeleri uygulamaya bu manada aktarmak da mümkün değildir. Nitekim kanun önünde eşitlikten kasıt mutlak eşitlik değil; eşitler arası eşitliktir.

Yine AAYM daimî içtihatlarında, mali güce göre vergilendirme ilkesini eşitlik kuralının uygulanmasında karşılaştırma ölçütü olarak değerlendirmektedir⁹⁵. Bu nedenle, verginin mali güçle orantılı olması yaklaşımı, eşitlik ilkesine kenetlenmiş vergi adaletinin de temel prensibi durumundadır⁹⁶. Vergi adaleti, vergilerin mali araç olarak kullanılmasında vergi yükünün nasıl dağılacağını belirlemenin yanı sıra sosyal ve iktisadi düzenleme aracı olarak vergilerin ne yönde kullanılması gerektiğini içeren bir kavramdır⁹⁷. Bu anlamda Anayasanın sosyal devlet ilkesi ve vergi ödevine ilişkin hükümleri ile bağlantılıdır.

Anayasanın 73'üncü maddesi, vergilendirmede genellik ve eşitlik ilkelerinin yanı sıra adalet ilkesini de kapsayıcı bir mahiyettedir. Zira vergi

⁹³ Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, 2003, s. 26.

⁹⁴ Joachim Lang, "Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri", (Çev. Funda Başaran), (XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Bodrum, Mayıs 1998), M.Ü. Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No:12, 2000, s. 8.

⁹⁵ Billur Yaltı Soydan, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak" (XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Bodrum, Mayıs 1998), M.Ü. Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No:12, 2000, s. 86; Vergi Sorunları, Ağustos 1998, Sayı: 119, s. 98-118.

⁹⁶ Lang, s. 9.

⁹⁷ Çağan, 1982, s. 191.

adaleti, vergilerin genel olmasının yanı sıra, eşit durumda olanlara eşit; eşit durumda olmayanlara eşitsizlik derecesine göre farklı davranılmasını gerektirmektedir. Buradan hareketle, yatay adalet, vergilendirme açısından benzer durumda olanların belli bir vergi ile ilgili olarak aynı muameleye tabi tutulmasını; dikey adalet ise, vergilendirme bakımından farklı şartlarda olanların farklı vergilendirmesi olarak tanımlanmaktadır. Esasen yatay adalet, kanun önünde eşitlik ilkesinin bir sonucu ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Dikey adalet ise, kanun koyucunun değer yargıları ve sosyal devlet anlayışına göre şekillenebilen bir kavramdır⁹⁸. Doktrinde vergilemede eşitlik ilkesini, adalet ilkesinin içinde değerlendiren kimi yazarlar olduğu gibi, ayrı birer ilke olarak ele alan teorisyenler de mevcuttur⁹⁹.

Türk Anayasa Mahkemesi, vergide eşitlik ilkesini, mali gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların ayrı oranda vergilendirilmesi şeklinde tanımlamaktadır¹⁰⁰. Anayasa Mahkemesi kararlarında, verginin mali güce göre alınmasının, aynı zamanda eşitlik ilkesinin vergilemede uygulama aracı olduğunu ifade etmiş, amaç-araç ilişkisinde mali gücü ölçüt olarak değerlendirmiştir. Yine 2003 yılında verdiği kararında aynı hukuki durumda olmayı mali güç ölçütüne dayandırmıştır¹⁰¹.

Geçmişte olduğu gibi bugün de kanun koyucular, çeşitli mülahazalarla vergi ödeme gücü olmasına rağmen muafiyet veya istisna hükümleri getirerek bazı kişileri vergilendirmemeyi tercih etmekte, vergi kanunlarında vergi indirimi gibi vergi kolaylıklarına yer vermektedir. Vergi gelirlerinde azalmaya yol açacak bu istisna ve muafiyet uygulamaları aynı zamanda genellik ilkesinden bir sapma olarak nitelendirilebilecek bir alan yaratmaktadır. İstisna ve muafiyetler dolayısı ile genellik ilkesinden sapmanın toplum tarafından kabul görmesi ise muafiyetlerin vergilemeden beklenen iktisadi ve sosyal amaçlara uygun olması şartına bağlıdır¹⁰². Örneğin sosyal sınıf gözetilerek muafiyet yaratılması dolayısıyla genellik ilkesinden ödün verilmesinin toplum tarafından kabul görmesi mümkün değildir. Oysa sakatların korunması gibi

⁹⁸ Çağan, 1982, s. 191.

⁹⁹ Selin Ertürk Atabey, Teori ve Uygulamada Vergi Ödeme Gücü, Gazi Kitabevi, 2016, s. 36.

¹⁰⁰ AYM, 10.02.2011 Gün, E. 2007/114, K. 2011/36, R. G. 14.04.2011/ 27905.

¹⁰¹ Billur Yaltı / Selçuk Özgenç, Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, Beta Yayınları, 2005, s. 84.

¹⁰² Çelik, s. 18

sosyal amaçlarla genellik ilkesinden taviz verilmelidir¹⁰³, bu durum toplumda bir rahatsızlık yaratmaz. Dolayısıyla sosyal amaçlarla getirilen gerek muafiyet gerekse indirim ve istisnalardan kanunda belirtilen şartları taşıyan herkesin aynı şartlarda yararlandığı göz önüne alındığında, bu uygulamaları genellik ve eşitlik ilkesinden sapma olarak nitelendirilmek doğru değildir.

Aynı gerekçelerle olağanüstü dönemlerde, örneğin deprem gibi doğal afetler nedeniyle afetzedeler lehine getirilen vergi kolaylıklarının da genellik ve eşitlik ilkeleri açısından eleştiriye açık bir alan yarattığı da iddia edilemez. Örneğin; deprem bölgesiyle ilgili, terkin yoluyla bölgede yaşayan ve kanunda belirtilen şartları haiz mükelleflerin vergi aslı ve borçlarının terkin edilmesi yahut tecil edilmesi gibi mali kolaylıklar getirilmesi söz konusudur. Bu kolaylıkları, genellik ve eşitlik ilkesinin ihlali ya da vergilendirmede genellik ve eşitlik ilkelerinin göz ardı edilmesi olarak değerlendirmek yanlıştır. Zira söz konusu kolaylıklardan şartları taşıyan her mükellefin faydalanması söz konusudur. Ayrıca unutmamak gerekir ki; söz konusu kolaylıkların tanınması, devletin varoluş şartlarından olan toplumsal huzur ve refahın sağlanması ve sosyal devlet olmanın da gereğidir.

Buraya kadar ifade edilen bilgiler ışığında olağanüstü hâl dönemlerinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin incelenmesi önem arz etmektedir. Çünkü bu noktaya kadar belirtilen vergilendirme yetkisinin hukuki sınırları, olağanüstü dönemler açısından istisnai durumlar oluşturabilmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Türk hukuk sisteminde yeni denilebilecek bir usul olması nedeniyle olağanüstü hâl dönemlerinde, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde Cumhurbaşkanlığı kararnameleri yerine kullanılan kanun hükmünde kararname (KHK) usulü ile karşılaştırmalı olarak sunulacaktır. Bu bağlamda belirtilen usullerin vergilendirme yetkisi sınırları içerisinde nerede bulunduğu konumlandırılmaya çalışılacaktır.

III. OLAĞANÜSTÜ HÂL DÖNEMLERİNDE VERGİLENDİRME YETKİSİ BAKIMINDAN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER VE CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ

Bilindiği gibi, 6771 sayılı Kanun öncesi dönemde KHK, tüzük, yönetmelik ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürütme organının düzenleyici işlemlerini oluşturmaktaydı. Anayasada “olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi” veya “sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi” veyahut “olağanüstü

¹⁰³ Çelik, s. 18.

hâl ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi” terimleri geçmemekte, bu tür kararnameler Resmî Gazete’de, “olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi” veya “sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamesi” olarak değil, doğrudan “kanun hükmünde kararname” başlığı altında yayımlanmaktaydı¹⁰⁴.

Yasama yetkisinin ilkeliği gereğince; yasama organı, bir konuyu doğrudan doğruya araya bir başka işlem girmeksizin düzenleyebilirken¹⁰⁵; olağan dönemlerde KHK çıkarmak için yasamanın yürütme organını yetki kanunu ile yetkilendirmesi gerekmektedir. Ancak olağanüstü yönetim usullerinde KHK çıkarabilmek için bir yetki kanununa ihtiyaç bulunmadığı için bütün yetki yürütme organında olup, yasamanın bir rolü kalmamaktaydı. Anayasanın 119’uncu maddesi bu durumlarda çıkarılacak KHK’lerin anayasal dayanağını oluşturmaktaydı. Fakat olağanüstü hâl KHK’si çıkarabilmek için öncelikle Anayasanın 119 veya 120’nci maddelerine göre ilan edilmiş bir olağanüstü hâl olmalı, olağanüstü hâl KHK’leriyle getirilen düzenlemeler olağanüstü hâlin amacını ve sınırlarını aşmamalıydı.¹⁰⁶

KHK uygulaması, Anayasanın 7’nci maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliğinin istisnası olarak değerlendirilmekteydi¹⁰⁷. Anayasa Mahkemesi’ne göre; olağanüstü hâl ve sıkıyönetimin kanunla belirlenmiş statülerinde olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK’siyle değişiklik yapılması, Anayasanın 6’ncı maddesindeki “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz” hükmüne, 7’nci maddesindeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine, başlangıç kısmındaki “Kuvvetler ayırımının, ... belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu” temel ilkesine ve 11’inci maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine de aykırılık oluşturmaktaydı¹⁰⁸.

Söz konusu dönemde yürütme organından doğan hukuk normlarından

¹⁰⁴ Kemal Gözler, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, <www.anayasa.gen.tr/khk.pdf> Erişim Tarihi 08 Mart 2016, s. 175.

¹⁰⁵ Özbudun, s. 211.

¹⁰⁶ AYM 10.01.1991 Gün, E. 1990/25, K. 1991/1 Sayılı Kararı, 1993, 1(27), AYMKD, s. 98, 396.

¹⁰⁷ Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 86.

¹⁰⁸ AYM 10.01.1991 Gün, E. 1990/25, K. 1991/1 Sayılı Kararı, 1993, 1(27), AYMKD s. 99, 397.

KHK'lerin vergi hukuku açısından özel bir önemi vardı. Zira olağan dönemlerde KHK'ler vergi hukukunun ne asli ne de tali yani yardımcı kaynağı olabilmekteydi. Bu durum, 1982 Anayasası'nın 73'üncü maddesinde düzenlenen vergilerin kanuniliği ilkesinden ve yine Anayasanın KHK'lerle ilgili 91'inci maddesi hükmünden kaynaklanmaktaydı. Ancak olağanüstü yönetim usullerinde çıkarılan KHK'lerin vergi hukukunda kaynak olma durumu farklıydı. Zira 91'inci maddenin ilk fıkrasında yer alan; olağan dönemlerde, "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez" hükmünden de açıkça anlaşıldığı üzere, 1982 Anayasası, olağan dönemlerde KHK çıkarma yetkisini konu unsuru bakımından sınırlandırmıştı. Buna karşılık, olağan KHK'ler için söz konusu sınırlamayı getiren 91'inci maddenin 1'inci fıkrasının 2'nci cümlesinin hemen başında "sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere" denmekteydi. Ayrıca aynı maddenin 5'inci fıkrasında "sıkıyönetim ve olağanüstü hâllerde, Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan BK'nın KHK çıkarmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu" yinelenmişti. Düzenleme alanı itibariyle bir konu sınırlamasının olmadığından hareketle, olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK'leriyle, vergiler dâhil, düzenlenemeyecek bir konu bulunmadığı sonucuna varılmaktaydı. Hatta doktrinde; olağanüstü hâl veya sıkıyönetim ilan edilen bölge ile olağanüstü hâlin ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularla ilgili olmak koşuluyla KHK'lerle yapılan düzenlemelerin olağanüstü hâl veya sıkıyönetim bölgesi dışına taşması, onu otomatik olarak Anayasaya aykırı kılmadığına dair bir görüş vardır¹⁰⁹.

Kısaca, 6771 sayılı Kanun öncesinde olağan dönemlerde vergi hukukunun asli yahut tali kaynakları arasında saymadığımız KHK'ler; olağanüstü hâl KHK'si olarak vergi hukukunun kaynağıydı; üstelik tali değil asli yani bağlayıcı, uyulması zorunlu bir kaynak olarak karşımıza çıkmaktaydı. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da bu doğrultuydu¹¹⁰.

2017 Anayasa değişikliği ile Türk hukuk sisteminde normlar hiyerarşisi alanında önemli değişiklikler gerçekleşmiş, KHK ve tüzük, 6771 sayılı

¹⁰⁹ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa, Ekin Kitapevi Yayınları, 2000, s. 772.

¹¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 10 Ocak 1991 tarih ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararında şöyle demiştir: "Olağanüstü hâl ve sıkıyönetim KHK'leri olağan KHK'ler için Anayasa'nın 91. maddesinde yer alan konu sınırlandırmalarına bağlı değildirler. Temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasî haklar ve ödevler de bu tür KHK'lerle düzenlenebilir". 1991, 1(27), Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, s. 98.

Kanun ile ilga edilmiştir, Anayasada yürütme organının düzenleyici işlemleri olarak sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmeliğe yer verildiği görülmüştür. Bu doğrultuda, Anayasanın “Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme” başlıklı 91’inci maddesi ilga¹¹¹ edilmiş ve BK da kaldırılmış olduğu için BK’nın bu alandaki yetkisi Cumhurbaşkanı’na devredilmiştir.

Söz konusu Anayasa değişikliği ile getirilen en önemli değişikliklerden biri, normlar hiyerarşisini bütünüyle değiştirmiş olan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olmuştur. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yetki kanununa ihtiyaç olmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılmakta ve sonrasında TBMM’nin onayına sunulması da gerekmemektedir. Yani yeni sistemde, olağanüstü hâl ilan etme yetkisi gibi kararname çıkarma da Cumhurbaşkanı’nın tek başına kullanacağı bir yetki olarak düzenlenmiştir. Olağanüstü hâllerde, Anayasanın açık hükmü dolayısıyla artık Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılacak bir yetkiye dönüşen yürütmenin düzenleme yetkisinin daha da genişlemesi söz konusudur. Bu gibi durumların yönetimde keyfiliğe yol açma ihtimali ve yönetilenler aleyhine sonuçlar doğurmaya açık bir alan yaratma tehlikesi karşısında, vergilendirme yetkisinin hukuk devleti ilkesi açısından sınırlarının önemi daha da artmaktadır.

2017 yılı Anayasa değişikliklerinden önce BK kararı ile uygulamaya konulan düzenleme yetkisinin, Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi¹¹² ile mi yoksa Cumhurbaşkanı kararları¹¹³ ile mi kullanılacağı konusunda farklı görüşler ortaya atılmıştır. Ancak olağan zamanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile vergiye dair düzenleme yapılamayacağı gerekçesiyle söz konusu yetkinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile değil; Cumhurbaşkanı kararları ile kullanılması gerekmektedir. Ayrıca 73’üncü maddenin 4’üncü fıkrası hükmü gereği BK’ya tanınan düzenleme yetkisinin Cumhurbaşkanı’na geçmesi, bu yetkinin, eski düzendeki BK kararlarına eşdeğer nitelikte olan Cumhurbaşkanı kararları ile kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır¹¹⁴. Bu anlamda, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri

¹¹¹ Mülga: 16/4/2017-6771/16 md.

¹¹² Bülent Taş, “Anayasa Değişiklik Önerilerinin Vergi Bakımından Sonuçları”, <<https://www.dunya.com/kose-yazisi/anayasa-degisiklik-onerilerinin-vergi-bakimindan-sonuclari/354303>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2018.

¹¹³ Taşkan, s. 55.

¹¹⁴ Taşkan, s. 55.

KHK; Cumhurbaşkanlığı kararları ise BK kararı niteliğindedir¹¹⁵, denebilir. Uygulamada da önceki dönemde BK kararları ile yapılan bazı işlemlerin Cumhurbaşkanı kararıyla yapılmaya başlandığı görülmüştür¹¹⁶.

104'üncü madde hükmüne göre; Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Ancak Anayasanın temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenememekte; dolayısıyla sadece sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler düzenlenebilmektedir. Diğer bir anlatımla, Anayasada mutlaka kanunla düzenlenmesi emredilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri, vergi, resim, harç gibi malî yükümlülükler konusunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz¹¹⁷. Söz konusu düzenlemedeki sınırlamalar, mülga 91'inci maddede KHK'lerle ilgili konu bakımından getirilmiş olan sınırlamalar ile büyük oranda örtüşmektedir.

Buradan hareketle, 2017 yılındaki değişikliklerle birlikte KHK'lerin yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bıraktığı çıkarımı yapılabilir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hukuki niteliği, 2017 Anayasa değişikliği öncesinde var olan olağan dönem KHK'lerine benzemektedir¹¹⁸. Yeni sistemde olağanüstü hâl dönemlerinde Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılan kararnameler ise, 2017 değişikliği öncesi Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan BK tarafından çıkarılan olağanüstü hâl KHK'leriyle örtüşmektedir. Ancak TBMM, olağanüstü hâl KHK'lerini onaylama ve reddetme haricinde değiştirerek onaylama seçeneğine de sahipken olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için değiştirerek onaylama seçeneğine anayasada yer verilmemiştir¹¹⁹. Ayrıca her ne kadar Anayasada "tüzük" ve "kanun hükmünde kararname" ifadelerinin yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamesi almış olsa ve önceki dönemde Anayasada hüküm altına alınan düzenleyici işlemlerle benzerlik gösterse de normlar hiyerarşisindeki yeri, yapılış usulü, nitelikleri, konusu, denetim usulü bakımından Cumhurbaşkanlığı

¹¹⁵ Karakoç, s. 85.

¹¹⁶ 14 Temmuz 2018 tarih ve 30478 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "8.1.2002 Tarihli Ve 4736 Sayılı Kanunun 1'inci Maddesinin Birinci Fıkrası Hükmünden Muaf Tutulacakların Tespitine Dair 28.1.2002 Tarihli Ve 2002/3654 Sayılı Kararnamenin Eki Kararda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Karar (Karar Sayısı:2).

¹¹⁷ Karakoç, s. 86.

¹¹⁸ Taşkan, s. 51.

¹¹⁹ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018, s. 906.

kararnamesinin farklılık gösterdiği belirtilmelidir¹²⁰.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi; normlar hiyerarşisinde önemli bir yer olsa da vergi ödevi, siyasi hak ve ödevler kısmında düzenlendiği için olağan dönemde vergi hukukuna kaynaklık edemez. Ancak Anayasanın m. 119'un 6 ve 7'nci fıkralarında düzenlenmiş olduğu üzere, olağanüstü hâl döneminde Cumhurbaşkanı, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda, 104'üncü maddenin 17'nci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tâbi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmektedir. Olağanüstü hâlin ilanının söz konusu olduğu durumlarda, temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle siyasi haklar ve ödevler de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği için, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle yapılabilecek düzenlemeler geniş bir kapsama ulaşmaktadır. Vergi hukukunun kaynakları açısından özetlersek, konu sınırlaması söz konusu olmadığı için, Cumhurbaşkanı'nın olağanüstü dönemlerde çıkaracağı Cumhurbaşkanlığı kararnameleri vergi hukukunun yürütmeden doğan asli bir kaynağı olmaktadır.

Sebeplere, konu, süre ve yer bakımından sınırlandırılmış olan olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılabilmesi için usulüne uygun bir olağanüstü hâl ilan kararı olmalıdır. Bu kararnameler, olağanüstü hâl süresince ve olağanüstü hâl ilan edilen yer ile sınırlı olarak uygulanır, olağanüstü hâl kalktıktan sonra uygulama alanı bulamazlar. Bunun bir sonucu olarak, tıpkı olağanüstü dönem KHK'leri gibi, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile de olağanüstü hâl döneminin dışında kanunlarda değişiklik yapılamaz. Ayrıca 119'uncu madde uyarınca olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda çıkarılmalıdırlar. Her ne kadar olağanüstü hâlde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüm temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme yapılabilecek olsa da Anayasanın 15'inci maddesindeki sınırlamalar Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için de geçerlidir.

Bu kararnameler, olağan dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklı olarak olağanüstü hâl süresince kanun kuvvetindedir¹²¹. Sadece olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine "kanun hükmünde" olma kuvveti tanınmıştır¹²². Olağan dönem Cumhurbaşkanlığı

¹²⁰ İnceleme konumuzun dışında kaldığı için ayrıntıya girilmemiştir. Bkz. Cemre Akyılmaz, "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", 2019, 23(1), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 192.

¹²¹ Turgut Tan, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2018, s. 60.

¹²² Tan, s. 73.

kararnameleri ile kanunlarda değişiklik yapılamaz, uygulanma önceliği kanunlardadır. Zira Anayasada açıkça ifade edildiği üzere, kanunda farklı hükümler bulunması halinde kanun uygulanacak, sonradan Meclisin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama organının işlemleri ile eşdeğer niteliğe sahip olduğunu söylemek güçtür. Zira yürütme görev ve yetkisinin kanunlara uygun olma zorunluluğuna ilişkin Anayasanın 8'inci maddesi de anayasada varlığını korumaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi de dâhil olmak üzere tüm işlemleri hâlâ yürürlükteki kanunlara uygun olmak zorundadır. Kural olarak normlar hiyerarşisi açısından kanunun üstünlüğü devam etmektedir.

Özetle, 6771 sayılı Kanun öncesinde olağan zamanlarda KHK'lerin vergi hukuku bakımından kaynak teşkil edememe durumu vergilerin kanuniliği ilkesi ile gerekçelendirilmekteydi. Bu gerekçe bugün de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile vergi hukuku ilişkisi çerçevesinde geçerliliğini korumaktadır. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında korunan 73'üncü madde hükmü uyarınca vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılması kanunla mümkün olabildiğinden bu konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması mümkün olmayacaktır. 73'üncü maddenin yanı sıra, 104'üncü madde hükmü de göstermektedir ki olağan dönemlerde kanunilik ilkesi vergi hukukundaki önemini korumakta olup, olağanüstü dönemler dışında vergi ile ilgili düzenlemelerin kanun ile yapılması bir zorunluluktur¹²³. Ancak olağanüstü hâllerde kanunilik ilkesinin yasama organına verdiği yetkiler¹²⁴ Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kullanılabilir, olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile vergilendirmeye ilişkin kural koyma, değiştirme, kaldırma gibi işlemler gerçekleştirilebilecek, verginin ana öğeleri de düzenlenebilecektir ki bu durum vergilerin kanuniliği ilkesinin zayıflatıldığını göstermektedir.

IV. HAK ARAMA HÜRRİYETİ BAKIMINDAN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER VE CUMHURBAŞKANLIğI KARARNAMELERİ

Hak arama hürriyeti, kişilerin bir hak arama yoluna başvurup başvurmamakta özgür olmasını, bir hakkı ihlal edildiğinde bu ihlalin telafi

¹²³ Karakoç, s. 87.

¹²⁴ Bkz. Sabahattin Yürekli, "Bakanlar Kurulu'nun Vergilendirme Yetkisi", 1997, 1(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

edilmesi için¹²⁵ başvurulabilecek yolları da kapsayan bir kavramdır. “Hak arama hürriyeti” ifadesinin içerisinde barındırdığı hak kavramı, dar anlamda anayasal hakları değil, geniş anlamda menfaat ve hakları ifade etmektedir¹²⁶.

6771 sayılı Kanun öncesi, hak arama özgürlüğü bakımından OHAL KHK’leri sınırlayıcı bir alan yaratmaktaydı. Zira Anayasada olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan KHK’lerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmayacağını ifade edilmekte olduğu için olağanüstü hâl KHK’leri anayasa yargısına tabi değildi¹²⁷. Söz konusu hükmün varlığı, esasen olağanüstü hâl ve sıkıyönetim rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla Anayasanın tanıdığı güvenceleri büyük ölçüde kaldırmaktaydı¹²⁸. Ancak bu gibi sakıncaları gidermek adına Anayasa Mahkemesi, 1991 yılından itibaren verdiği kararlarda olağanüstü hâl KHK’sinin olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda olup olmadığını irdelemiştir. Bu hususta Anayasa Mahkemesi’nin, 10.01.1991 tarih, 1990/25 E. ve 1991/1 K. sayılı kararı¹²⁹ oldukça önemlidir. Bu kararla Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konular haricinde çıkarılan, olağanüstü hâl ilan edilen bölge haricinde bir yeri ve olağanüstü hâl süresinin ötesinde bir süreyi etkileyen KHK’lerin olağanüstü hâl KHK’si olarak nitelendirilemeyeceğinden hareketle kendisini bu kararnameleri inceleme hususunda yetkili görmüştür. Ancak Mahkeme, 2016 yılında bu içtihadından dönmüş¹³⁰ ve bu tarihten sonra verdiği kararlarda tamamen lafzi bir yorumu benimseyerek Cumhurbaşkanı başkanlığında

¹²⁵ Ahmet Mumcu / Elif Küzeci, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 255.

¹²⁶ İsmail Köküsari, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, 2011, 15(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 165.

¹²⁷ Ayrıca olağanüstü hâl kapsamında alınacak tedbirlere ilişkin kanun hükmünde kararname kapsamında alınacak kararlar ve yapılacak işlemler sebebi ile açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyecektir. (Bkz. 23.07.2016 gün ve 29779 sayılı RG, KHK/667-md. 10).

¹²⁸ Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü hâl ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 2009, 58(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 660.

¹²⁹ Söz konusu kararda, “Anayasanın 148. maddesiyle şekil ve esas yönünden Anayasaya aykırılığı iddiası ile dava edilemeyecek KHK’ler, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK’lardır, dolayısıyla AYM’nin bir OHAL KHK’sinin olağanüstü halin gerektirdiği konularda olup olmadığını, bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve bu niteliği taşıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur” denilmektedir.

¹³⁰ Akyılmaz, s. 204.

toplanan BK'nın çıkardığı ve “olağanüstü hâl kanun hükmünde kararname” olarak nitelendirdiği kararnameyi denetim yetkisi alanında görmemiştir¹³¹. Dolayısıyla Mahkeme'nin olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameyi için de benzer bir yaklaşım sergileyebileceği söylenebilir. Zira 148'inci maddenin Anayasasının 2017 değişikliğinden önceki metninde var olan “...*olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname*lerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz...” düzenlemesindeki “kanun hükmünde kararname” ibaresinin yerine “Cumhurbaşkanlığı kararname” ibaresi konulmuş ve “sıkıyönetim” ibaresi de madde metninden çıkarılmıştır. Buna göre; olağanüstü dönem kararnameyi aleyhine Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz. Dolayısıyla olağanüstü hâl ve savaş hali söz konusu olduğunda çıkarılacak vergi konulu Cumhurbaşkanlığı kararnameyi de anayasaya uygunluk denetiminin dışında tutulduğu görülmektedir¹³².

Anayasadaki bu hükmün ve Anayasa Mahkemesi'nin KHK'lerle ilgili tavrının hukukun genel ilkeleri ve bu ilkelerden biri olan hukukun üstünlüğü ile ne kadar bağdaştığı tartışmalıdır. Nitekim AİHM de bazı unsurlar açısından olağanüstü hâl ilişkin düzenlemeleri inceleme konusunda kendisini yetkili görmüştür. Türk hukuku açısından yalnızca TBMM tarafından denetlenebilen bu kararnameyi, Anayasa Mahkemesi'nin son içtihatlarına göre yargı denetimi dışındadır. Ancak TBMM tarafından onaylanıp birer kanun haline gelmesiyle birlikte Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilecektir.

Ayrıca vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Cumhurbaşkanlığı kararnameyi ile kullanılacağı düşünülürse buna karşı davaların ancak Anayasa Mahkemesi'nde açılabilmesi ve dava açma yetkisinin önemli ölçüde sınırlandırılması söz konusu olacaktır¹³³. Her ne kadar Danıştay Kanunu'nun 24'üncü maddesinde BKK'ya karşı ilk derece mahkemesi olarak dava açılabilirliği belirtilmişse de bu hüküm esas alınarak Cumhurbaşkanlığı

¹³¹ Akyılmaz, s. 204.

¹³² Taşkan, s. 52.

¹³³ Bülent Taş, “Anayasa Değişiklik Önerilerinin Vergi Bakımından Sonuçları”, <<https://www.dunya.com/kose-yazisi/anayasa-degisiklik-onerilerinin-vergi-bakimindan-sonuclari/354303>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2018.

kararnamelerine karşı Danıştay'da doğrudan dava açılmayacaktır¹³⁴. Ancak 2017 Anayasa değişikliği öncesinde BK'na tanınan düzenleme yapma yetkilerinin yeni hükümet sistemi gereği Cumhurbaşkanı'na geçmesi sebebiyle, bu yetkilerin BK kararlarına eşdeğer nitelikte Cumhurbaşkanı kararları ile kullanılması gerektiği anlaşılmaktadır. Anayasanın 73/4 ve 167/2 maddeleri çerçevesinde oluşturulacak Cumhurbaşkanlığı kararlarının kanuna uygun olup olmadığı yolundaki denetimin Danıştay Kanunu'nun yeniden düzenlenen 24'üncü maddesi çerçevesinde Danıştay tarafından gerçekleştirileceğini belirtmek gerekir¹³⁵.

Şekli anlamda bir yürütme işlemi olmakla birlikte¹³⁶, Anayasanın 148'inci maddesinde yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasına Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleme ve bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkisi de dâhil edildiği için bu kararnamelerin denetimi Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu yönde bir tercihin hukuk devleti ilkesine uygunluğu tartışma konusudur; çünkü Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesini isteme hakkı olanlar sınırlıdır¹³⁷. Zira Anayasanın 150'nci maddesinde açıkça zikredildiği üzere; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas açısından iptalini, TBMM'de en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubu ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki milletvekili isteyebilir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, idari yargı yerleri gibi birel işlem niteliğinde bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesini yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka uygunluk denetimi yapamayacak olup; sadece Anayasaya uygunluk çerçevesinde denetleyebilecektir¹³⁸.

Hukuk devleti ilkesi karşısında yargı yolunu kapatan yahut kısıtlayan düzenlemeler, her zaman için, idarenin yargısal denetiminin temel fonksiyonu olan idarenin hukuka uygun davranmasını, kendisine anayasa ve kanunlarla çizilen sınırlar içerisinde kalmasını sağlamak, kamu gücünü hukuk kuralları ile sınırlandırmak bakımından sakıncalıdır. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alınması ve hak arama hürriyeti başta olmak üzere pek çok açıdan

¹³⁴ Taş, Erişim Tarihi 26 Temmuz 2018.

¹³⁵ Taşkan, s. 55.

¹³⁶ Akyılmaz, s. 199.

¹³⁷ Gözler, 2018, s. 895.

¹³⁸ Akyılmaz, s. 199.

eleştiriye açık bir konudur. Dolayısıyla hukuk devletlerinde çok istisnai durumlar dışında her türlü hukuk normu için yargı yolu açık olmalıdır. Çünkü yargı denetimi dışında tutulan normlar ve yargı bağımsızlığı alanı kısıtlandıkça hak ve özgürlükler alanı genişleyecektir. Olağanüstü dönemlerde de olsa hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği inancında olan mükelleflerin hak arama hürriyetlerinin sınırlandırılmaması hakkaniyet gereğidir.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Devletin en önemli yetkilerinden biri olan ve mülkiyet hakkına müdahale olarak ifade edilebilen vergilendirme yetkisinin aşırı kullanımı suretiyle kişilerin iktisadi varlığı tehlikeye girmekte, iktisadi varlığını koruyamadığımız kişilerin diğer hak ve özgürlüklerinin de temelsiz kalması ve ihlal edilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Dolayısıyla aşırı kullanım tehlikesine her zaman açık olan vergilendirme yetkisinin olağan zamanlarda olduğu gibi olağanüstü zamanlarda da sınırlara tabi olması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Zira dönemselsel olarak farklı rejimlere tabi olsa da hukuk devletinde her yetki, anayasa veya yasalarla çizilmiş sınırlara tabidir. Nitekim olağan zamanlara oranla ileri ölçüde sınırlanabildiği hatta durdurulabildiği için olağanüstü hâl rejimlerinde temel hak ve hürriyetleri korumak adına, anayasa tarafından çizilmiş, uyulması gereken bir kriz hukuku mevcuttur. Kriz hukuku çerçevesinde hareket etmek, anayasal bir gereklilik ve elbette hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Olağanüstü dönemlerde oluşan kaynak ihtiyacının karşılanması dâhil; yapılacak her düzenleme, alınacak her tedbir, kriz hukuku çerçevesinde, olağanüstü durumun gerekleriyle orantılı olarak ve yasal zeminde yapılmalıdır. Dolayısıyla anayasada sayılan olağanüstü bir durumla karşı karşıya kalındığında, yine anayasa tarafından belirlenen olağanüstü yönetim usullerine başvurulmalı; bu olağanüstü yöntemlere başvurmadan olağanüstü vergi normları ihdas edilememelidir. Ancak Türkiye’de gerek deprem gerek iktisadi bunalım gibi olağanüstü hâl ilanını gerektiren dönemlerde Anayasada öngörülen olağanüstü yönetim usulleri işletilmeksizin, olağan dışı vergiler ihdas edilmiştir. Bu durum, olağan dönemde 73’üncü maddesinde yer alan vergilendirme ilkelerine aykırı vergilerin kabulü sonucunu doğurmaktadır¹³⁹.

Söz konusu ilkelerden ilki vergilerin kanuniliği ilkesidir. Hukuk devleti, olağan ve/veya olağanüstü dönemlerde; vergilendirme yetkisinin genel, soyut, kişisel olmayan ve yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla

¹³⁹ Uzer Çengelci, s. 144.

kullanılmasını; bir diğer ifadeyle kanunilik ilkesine riayet edilmesini gerekli kılmaktadır. Kanunilik ilkesinin gerçek anlamda hayata geçirilebilmesi, vergiye vücut veren temel unsurların kanunlarda açıkça yer almasına bağlıdır. Dolayısıyla kanunilik ilkesini dar yorumlamak yanlıştır. Vergi alanı kanunla düzenlemek demek, verginin tüm temel unsurlarını muhtevî kanunlar çıkarmak demektir. Ancak 2017'den sonra normlar hiyerarşisindeki yerini alan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile olağanüstü hâllerde vergilendirmeye ilişkin kural koyma, değiştirme, kaldırma gibi işlemler gerçekleştirilebilecek, verginin ana öğeleri de düzenlenebilecek, kanunilik ilkesinin yasama organına verdiği yetkiler Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile kullanılabilir. 2017 öncesi olağanüstü hâl KHK'lerinde olduğu gibi, her ne kadar Anayasal bir yetkiye dayansa da bu durumun, anayasal bir ilke olan vergilerin kanuniliği ilkesiyle çeliştiği ortadadır.

Ayrıca, 2017 Anayasa değişikliği ile Bakanlar Kurulu'nun ilga edilmesi münasebetiyle yürütmenin vergilendirme alanındaki yetkisinin Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılması, istişare etme ve dolayısıyla kolektif karar alma mekanizmasının terk edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Burada sorun, yetkinin yürütme organına bırakılması değil; yürütmeye bırakılan bu yetkinin tek kişide toplanmasıdır. Zira eskiden beri yürütme organına bırakılan düzenleme yetkisi, ivedilikle karar alma ve müdahale etme şansı yaratması ve iktisadi hayatın ihtiyaçlarını daha etkin bir şekilde karşılamayı amaçlaması dolayısıyla olumlu ve yerindedir.

Yine kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, olağanüstü dönemlerde getirilen kuralların olağanüstü hâl bölgeleri dışında veya olağanüstü hâlin sona ermesinden sonra da uygulanmalarının devamı isteniyorsa bu konudaki düzenlemenin kanun ile yapılması zorunludur. Ancak uygulamada olağanüstü dönemlerde özellikle doğal afetler sebebiyle getirilen vergilerin olağanüstü dönem bittikten sonra da uygulamasına devam etmek suretiyle kalıcı hale geldiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu gibi uygulamalar, ekseriyetle, kamu yararı gibi gerekçelerle meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Oysa vergilerin olağan dönemde olduğu gibi, olağanüstü hâlin gerektirdiği finansman ihtiyacının karşılanmasında da en büyük paya sahip kamu geliri olması ve kamu yararı da dâhil, hiçbir gerekçe anayasal vergilendirme ilkelerinin göz ardı edilmesini makul kılmamaktadır.

Olağanüstü dönemlerde vergilemede hukukiliğin sağlanması noktasında eleştirdiğimiz bir diğer husus da geçmişte yürütülen vergi kanunlarıdır. Elbette bu durum, idarenin düzenleyici işlemlerini de kapsar. Kanun koyucu, bu

yolla geçmişe etkili mali külfetler ihdas etmekte veya var olan mali külfetleri geçmişe dönük olarak ağırlaşabilmektedir. Oysa toplumda hukuk güvenliğinin temini bakımından; vergi kanunları geçmişe yürümemeli, mali yükümlülükler geçmişe etkili olarak uygulanmamalıdır. Ancak Türkiye’de özellikle doğal afetlerden sonra artan kamu ihtiyaçlarını finanse edebilmek adına vergi kanunlarının geçmişe yürütüldüğü bilinmektedir. Çünkü böyle dönemlerde toplum, hukuka aykırı vergileri bile daha az sorgular hale gelmektedir. Bunun da sebebi, doğa ya da beşerî kaynaklı felaketler yaşandığında, içinde bulunulan psikoloji dolayısıyla ve yaraların bir an evvel sarılması güdüsüyle devlete daha fazla ihtiyaç duyulması ve güvenilmesidir. Dolayısıyla; sel, deprem, yer kayması gibi doğal afetlerde yahut savaş, ihtilal gibi insan kaynaklı diğer olağanüstü durumlarda, kanun koyucunun veya yürütmenin geçmişe dönük olarak vergi ve benzeri mali yükümlülükler getirmesi, bu kapsamda en az tepki gören durumdur. Oysa hukuk devletini benimsemiş bir devlet yapılanmasında, olağanüstü hâl ilanını gerektiren sebeplerde bile hukuka aykırı kanunlara başvurulamaz.

Olağanüstü hâl rejimleri döneminde, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde, hukuki işlemlerin yargı denetimine tabi tutulması sınırlandırılabilir. Nitekim 2017 öncesinde olağanüstü hâl KHK’leri hakkında şekil ve esas yönünden anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne dava açmak hukuken mümkün değildi. Bu durum, özellikle hak arama hürriyetinin kısıtlanması gerekçesiyle yoğun şekilde eleştirilmekteydi. Bugün de olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimini yapacak olan makam TBMM’dir. Çünkü olağanüstü hâl KHK’lerinde olduğu gibi, bu kararnameler için yalnızca siyasal denetim söz konusudur, Anayasanın ilgili hükmü gereği yargısal denetim mümkün değildir. Bu, hak arama hürriyetinin kullanılmasını zorlaştırması noktasında vergilendirme yetkisinin hukuki sınırlarını açısından eleştirdiğimiz bir durumdur.

Sonuç olarak, devletler vergilendirme yetkisini ülkeleri üzerinde istediği gibi kullanma yetkisine sahiptir. Ancak sınırsız olmayan bu yetkinin meşruiyeti için, devlet mali egemenliğini hukuki zeminde kullanmalıdır. Vergilendirme yetkisinin, hukuki sınırlarını doğru çizmek ve bu sınırları olağanüstü dönemlerde dâhil korumak, her şeyden evvel, temel hak ve hürriyetlerin korunması amacına matuf, anayasal bir gerekliliktir. Böyle bir sınırlama, ayrıca, vergilendirme ilişkisinde devlet karşısında zayıf konumda olan vergi borçlusunun taraf menfaatlerinin dengelenmesi suretiyle korunmasına hizmet etmektedir. Bu doğrultuda, vergilendirme yetkisinin iç hukuktaki sınırları

kapsamında ele aldığımız kanunilik, hukuki güvenlik, hukuki belirlilik ve açıklık, genellik, eşitlik ve adalet, geçmişe yürümezlik ilkeleri gerek olağan gerekse olağanüstü yönetim usullerinde uyulması icap eden ve esasen hukuk devleti ilkesine hizmet eden ilkeler olarak 2017 Anayasa değişikliği öncesinde olduğu gibi bugün de varlığını ve önemini teorik olarak, korumaktadır. Önemli olan bu durumun uygulamaya aynı oranda yansımastır. Bunu temin etmenin yolu ise, idarenin takdir yetkisinin olağan zamanlara oranla genişlemesi de dâhil hiçbir gerekçe ile bu ilkelerden taviz vermemekten geçer. Ancak olağanüstü dönemlerde özellikle kanunilik ilkesi ile hukuki güvenlik ve geçmişe yürümezlik ilkelerinin göz ardı edilebildiği görülmektedir. Oysa hukuk devletinde olağanüstü hâl dönemi dahi olsa, hukukun üstünlüğünden, hukuk devleti ilkesinden ödün verilmemelidir. Hukuk devleti ilkesinden ödün verilmesinin az ya da çok gibi bir ölçüsü de yoktur. Kısa vadede etkileri tam manasıyla kavranamasa bile, hukuk zemininden kaymak, hukukun üstünlüğünden ödün vermek ve bunu, mali veya iktisadi gerekçelerle açıklamak, kamu yararına bağlamak; düşünülenin aksine kamu yararına hizmet etmez; esasen tüm toplumun zararındadır.

KAYNAKÇA

Akdoğan, A, Kamu Maliyesi, Gazi Kitabevi, 2013.

Akkaya M, “Vergi Aslı ve Feri’leri Bakımından Geriye Yürümezlik Esası: ‘Haklılık’ Ölçütü Üzerine Değerlendirmeler”, Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik Esası Non-Retroactivity in Tax Law (Derleyen: Billur Yaltı), 1. Baskı, Beta Yayınları, 2011.

Akyılmaz C, “2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, 2019, 23(1), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 191-207.

Aliefendioğlu Y, “Vergileme Yetkisi ve 1980 sonrası Türk Vergi Politikası”, 1984, (33), Vergi Dünyası Dergisi, s. 3-24

Altuğ Ş, “Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnameleri ve Onların Yargısal Denetimi”, 2014, (48), Adalet Dergisi, s. 1-25.

Aybay R, “Olağanüstü Hâller ve İnsan Hakları” (I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Danıştay Matbaası: Ankara, Mayıs 1990), s. 461-470.

- Bayraklı H. H, Genel Vergi Hukuku, Derya Kitabevi, 2005.
- Bilici N, Vergi Hukuku, 26. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2011.
- Budak T. / Yakar S, “Vergilendirme Yetkisinin Sınırlandırılması”, 2007, 16(1), Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, s. 133-144.
- Çağan N, Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü, 1986, 2(1), Anayasa Yargısı, s. 199-205.
- Çağan N, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- Çağlar S, Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi, Beta Yayınları, 2013.
- Çelik B, Vergilendirmede Müdahale İlkesi Anayasa ve Gelir Vergisi Hükümleri Açısından İncelenmesi, Gazi Kitabevi, 2001.
- Çomaklı Ş. E. / Gödekli M, Vergilendirmede Anayasal Prensipler, Savaş Yayınevi, 2011.
- Er S, “Vergi Kanunlarının Geriye Yürümezliği İlkesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları”, 2015, (43), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 133-141.
- Erdoğan M, Anayasal Demokrasi, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, 2013.
- Ertuğ, H. R, “Memleketimizde Fevkalade Hâl Rejimleri”, 1948, 3(1-2), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 67-82.
- Ertürk Atabey S, Teori ve Uygulamada Vergi Ödeme Gücü, Gazi Kitabevi, 2016.
- Esen S, “Anayasa Değişiklik Teklifinin Değerlendirilmesi”, 2016, (4), Ankara Barosu Dergisi, s. 45-73.
- Brennan, G. / Buchanan J. M, The Power To Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution, Cambridge University Press, First Edition, 1980.
- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018.
- Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, 2013.
- Gözler K, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, <www.anayasa.gen.tr/khk.pdf> Erişim Tarihi 8 Mart

2016.

- Gözler K, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Kitapevi Yayınları, 2000.
- Gözübüyük Ş, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, 1993.
- Gümüş E, “Vergilendirme Yetkisi ve Vergilendirme ile İlgili Hükümet Tasarrufları”, 2005 Ekim, (290), Vergi Dünyası Dergisi, s. 125-131.
- Günday M, İdare Hukuku, Ankara: İmaj Yayınları, 1997.
- Güneş G, Verginin Yasallığı İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, XII Levha Yayıncılık, 2008.
- Bayraklı H. H. / Odabaş H, “Vergilendirme Yetkisi ve 1982 Anayasası”, 2000, 2(1), Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 141-156.
- Hazır H, Türkiye’de ve Yabancı Ülkelerde Olağanüstü Hâl Rejimlerinde Kamu Hürriyetlerinin Sınırlanması (1961 Anayasa Rejimi), Selçuk Üniversitesi Yayınları, 1991.
- Hepeksaz E, “Kamu Tercihi ve Anayasal İktisat Teorisi Perspektifinden Anayasal Mali Reform”, 2007, 44(514), Finans Politik & Ekonomik Yorumlar, s. 89-109.
- Işık N. / Alagöz M, “Kamu Harcamaları ve Büyüme Arasındaki İlişki”, 2005, (24), Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, s. 63-75.
- Karakoç Y, Genel Vergi Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Kırbaş S, Vergi Hukuku, Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, Siyasal Yayınevi, 1994.
- Koyuncu C, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Vergilendirme İlkeleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2016.
- Köküsari İ, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, 2011, 15(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 163-208.
- Lang, J, “Vergi Adaletinin Anayasal Temelleri”, (Çev. Funda Başaran), (XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Bodrum, Mayıs 1998), M.Ü. Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No:12, 2000.

- Mumcu A. / Küzeci E, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitabevi, 2007.
- Mutlu A. C, “Dünü Bugünü ve Yarınıyla Vergilendirme Yetkisinin Hukuksal Perspektifi”, 2012, (98), TBB Dergisi, s. 123-154.
- Oktar, S. A, Vergi Hukuku, 6. Baskı, Türkmen Kitabevi, 2011.
- Ortaç F. R, “Ekonomik Kayıpların Gidermek Amacıyla Düzenlenen Ek Vergi Uygulamasının Vergi Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi”, Mayıs 2000, 1(1), Türk Hukuk Dünyası.
- Öden M, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, 2003.
- Öden M, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü hâl ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 2009, 58(3), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 659-692.
- Öncel M. / Kumrulu A. / Çağan, N, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Son Değişiklikleri İşlenmiş 23. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014.
- Öncel M. / Kumrulu A. / Çağan, N, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Son Değişiklikleri İşlenmiş 13. Baskı, Turhan Kitabevi, 2005.
- Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Yetkin Yayınları, 2017.
- Özdemir B, Küreselleşme Bağlamında Türk Vergi Sisteminin Değerlendirilmesi, Maliye Ve Hukuk Yayınları, 2006.
- Özkaya, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İdarenin Bütünlüğü İlkesi, Adalet Yayınevi, 2019.
- Soyaslan D, “Kanun Hükmünde Kararnemeler”, Anayasa Yargısı, 1995, s. 145-175.
- Tan T, İdare Hukuku, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, 2018.
- Taş B, “Anayasa Değişiklik Önerilerinin Vergi Bakımından Sonuçları”, <<https://www.dunya.com/kose-yazisi/anayasa-degisiklik-onerilerinin-vergi-bakimindan-sonuclari/354303>> Erişim Tarihi 26 Temmuz 2018.
- Taşkan Y. Z, Vergi Hukuku 2017 Anayasa Değişiklikleri ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Düzenlemelerine Uygun, Adalet Yayınevi, 2018.
- Tavşancı A, “Vergilendirme Yetkisinin Anayasal Sınırları ve 1982 Anayasası”,

- 2005 Ağustos, (203), Vergi Sorunları, s. 134-151.
- Tezel A, Uluslararası Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları ve Türkiye Uygulaması, TÜSİAD-T/89.3.126, 1989.
- Turhan M, “Olağanüstü Hallerde Çıkarılabilecek Kanun Hükmünde Kararnameler”, 1992, 25(3), Amme İdaresi Dergisi, s. 13-36.
- Uluatam Ö. / Methibay Y, Vergi Hukuku, 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, 2001.
- Uzer Çengelci G, Türkiye’de Olağan Dışı Dönemlerde Vergilendirme-Anayasal Vergilendirme İlkelerine Uygunluk Açısından Bir İrdeleme” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010).
- Üstün Ü. S, Türkiye’de Vergi ve Bütçe Hakkı, Nobel Akademik Yayıncılık, 2019.
- Yaltı Soydan B, “Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarının Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak” (XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, Bodrum, Mayıs 1998), M.Ü. Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No:12, 2000, 1998 Ağustos, (119), Vergi Sorunları, s. 98-118.
- Yaltı B “1923’ten 2003’e ‘Kazandıklarımız’: ‘Cumhuriyet Hukuku’ ‘Kazanmadıklarımız’: ‘Hukukun Cumhuriyeti’ Vergi Hukukunda Geldiğimiz Yere Yakın Tarihten Bakmak: Panoramik Bir Çalışma” (Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi konulu sempozyumda sunulan tebliğ, AÜHF, Ekim 2003), s. 94-96.
- Yaltı B. / Özgenç S, Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, Beta Yayınları, 2005.
- Yılmaz E, “Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi” (Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014).
- Yürekli S, “Bakanlar Kurulu’nun Vergilendirme Yetkisi”, 1997, 1(2), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 281-292.
- Yüzbaşıoğlu N, Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi, Beta Basım Yayın, 1996.

Yararlanılan Kararlar ve Resmi Gazeteler

AYM, 10.01.1991 Gün, E. 1990/25, K. 1991/1, AYMKD, Sayı: 27, Cilt 1, Ankara, 1993.

AYM, 23.7.2003 Gün, E. 2003/48, K. 2003/76 RG.11.9.2004, 25580.

AYM, B. No:2012/989, 19.12.2013.

AYM, 10.02.2011 Gün, E. 2007/114, K. 2011/36, R. G. 14.04.2011/ 27905.

AYM, 23.07.2003, E. 2003/48, K. 2003/76, RG. 11.09.2004, S. 25580.

AYM, 11.06.2003, E. 2001/346, K. 2003/63, RG. 08.11.2003, S. 25283.

AYM, 31.01.2008, E. 2004/3, K. 2008/47, RG. 20.03.2008, S. 26822.

23.07.2016 Gün ve 29779 sayılı Resmi Gazete, KHK/667-md. 10.

14 Temmuz 2018 tarih ve 30478 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “8.1.2002 Tarihli Ve 4736 Sayılı Kanununun 1’inci Maddesinin Birinci Fıkrası Hükmünden Muaf Tutulacakların Tespitine Dair 28.1.2002 Tarihli ve 2002/3654 Sayılı Kararnamenin Eki Kararda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Karar (Karar Sayısı:2).

MAĞDURU BELLİ BİR KİŞİ OLMAYAN SUÇLARIN SORUŞTURMALARINI NETİCESİNDE VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞI KARARLARININ DENETLENMESİ SORUNU

Gökhan ÖLMEZ*
Başar PANCAROĞLU**

ÖZ

Dar anlamda soruşturma evresini geniş anlamda ceza muhakemesini sonlandıran kovuşturmaya yer olmadığına dair karar kesinleştikten sonra, aynı olay hakkında kamu davası açılması belli şartların varlığına bağlıdır. Bu özelliğiyle kesin hüküm benzeri bir etkiye sahip olması, söz konusu kararın etkin bir yargısal denetime tâbi tutulmasını gerekli kılmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kovuşturmaya yer olmadığı kararı için öngörülen yargısal denetime -itiraz- başvurma yetkisi yalnızca "suçtan zarar gören" sıfatını haiz kişiye tanınmakta olup suçtan zarar gören sùjeliğinin kapsamı ve sınırına ilişkin herhangi bir pozitif düzenleme yoktur. Bu konuda Türk doktrin ve uygulamasında yeknesak ve tatmin edici bir tarifin geliştirilemediği tespit edilmiştir. Çalışmada, bu belirsizliğin giderilmesi için, özellikle mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu ile mukayeseli bir değerlendirme yapılmış ve suçtan zarar gören kavramı anlamlandırılmaya çalışılmıştır.

Soruşturma konusu suçun, mağduru belli bir kişi olmayan suçlardan biri olması ve herhangi bir surette suçtan zarar gören sıfatına sahip bir kişinin belirlenemediği durumda, bu soruşturma neticesinde verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edebilecek herhangi bir kişi bulunmamaktadır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazın konu edildiği kanuni düzenlemenin bu yönüyle eksik olduğu anlaşılmıştır. Türk ceza muhakemesi sisteminde kovuşturmaya yer olmadığı kararının denetlenmesi açısından da yargısal denetimden başka etkin bir yol bulunmamaktadır. Makalede, Türk ceza muhakemesi sistemine hâkim olan mecburilik ilkesinin hayata geçirilmesi açısından sakınca doğuran bu soruna, mevcut sisteme aykırı düşmeyecek bir çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mecburilik İlkesi, İtiraz, Suçtan Zarar Gören, Suç Tipinin Koruma Alanı, Cumhuriyet Başsavcısının Denetimi.

* **Dr. Öğr. Gör.** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu/ ANKARA, **e-posta:** gokhan.olmez@hbv.edu.tr

ORCID : 0000-0002-0555-7866

** **Arş. Gör.** Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/ TOKAT, **e-posta:** basar.pancaroglu@gmail.com

ORCID : 0000-0002-2283-4693

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979184

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27/07/2021

THE SUPERVISION PROBLEM OF THE DECISIONS OF NON-PROSECUTION WHICH ARE RULED AS A RESULT OF THE INVESTIGATION OF CRIMES WHOSE VICTIM IS NOT A SPECIFIC PERSON

ABSTRACT

After the finalization of the decision of non-prosecution which terminates the investigation period in strict sense and criminal procedure in wide sense, to file a criminal case against the same event depends on the existence of specific conditions. By having an impact like final judgment with this feature, this decision is needed to be subjected to supervision. In Criminal Procedure Code No. 5271 the authority to apply for judicial review -appeal- on the decision of non-prosecution is only entitled to the "person affected by the crime" and there are no positive regulations exist on the scope and limits of this term. It is determined that a common and satisfying description on this subject is not made in Turkish literature and practice. In this study, in order to eliminate this uncertainty, a comparative consideration especially with German Criminal Procedure Code is made and the term of "person affected by the crime" is tried to signify.

In cases where the crime under investigation is one of the crimes whose victim is not a specific person and the affected person cannot be identified, there is no one who may appeal against the decision of non-prosecution ruled as a result of this investigation exists. It is understood that the legal regulation mentioned the decisions of non-prosecution is lacking with this aspect. In Turkish criminal procedure system, there is no efficient way other than judicial review exists in supervision of the decision of non-prosecution. In this paper, it is tried to deliver a solution -which fits in with existing system- to this problem that may cause disadvantage about the actualization of the compulsion principle ruling the Turkish criminal procedure system.

Key Words: *Compulsion Principle, Appeal, Person Affected By the Crime, Scope of Protection of the Criminal Offence, Supervision of Chief Public Prosecutor.*

GİRİŞ

Soruşturma evresinde toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmuyor veya kovuşturma olanağı bulunmuyorsa, Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir ve bu kararın kesinleşmesiyle soruşturma evresi sona erer. Kovuşturmaya yer olmadığı kararının denetimine ilişkin olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 173/1'de kendine özgü bir hukuki çare niteliğinde olan ve kanunda

itiraz olarak isimlendirilen bir yol öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre, suçtan zarar gören kişi kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde yetkili sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.

Kanunda bu yola başvurma yetkisi yalnızca “suçtan zarar gören” kişiye tanınmıştır. Soruşturma konusu suçun mağduru belli bir kişi olmayan suçlardan biri olması ve herhangi bir surette suçtan zarar gören sıfatına sahip bir kişinin tespit edilemediği hallerde nasıl bir yol izleneceği konusunda ise ilgili maddede bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum, başta kamu davasının mecburiliği ilkesi olmak üzere, CMK sistemine hâkim olan ceza muhakemesi hukuku ilkeleri çerçevesinde söz konusu düzenlemenin sorgulanması ihtiyacını doğurmuştur. Düzenlemenin ceza muhakemesi hukuku ilkeleriyle uyumlu olup olmadığı ve bu anlamda eksiklik teşkil edip etmediği belirlenirken, kanunun hazırlanması sürecinde başvuru kaynaklarından biri olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*Strafprozessordnung* - StPO) ile mukayeseli bir değerlendirme yapmak faydalı olacaktır. Keza bu hukuki meselenin değerlendirilmesi sırasında, özellikle pozitif düzenlemelere ilişkin tarihsel süreci görebilmek adına mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CMUK) ilgili hükümlerini mukayese konusu etmek de söz konusu meseleye boyut kazandıracaktır.

I. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına İtiraz Müessesesinin Amacı ve Fonksiyonu

A. Mecburilik İlkesinin Korunması

Bir suç şüphesinin varlığı hâlinde buna yönelik soruşturma yapılmasını ve soruşturma neticesinde kanunda öngörülen genel şartların sağlanması durumunda kamu davasının açılmasını zorunlu kılan ilkeye **mecburilik** veya **kanunilik** (*Legalitätsprinzip*) adı verilmektedir. Mecburilik ilkesi, soruşturma ve kovuşturma makamlarına sonuç yükümlülüğü tahmil etmemekte; yalnızca suç şüphesi yenilene kadar muhakeme sürecini yürütme zorunluluğu öngörmektedir. Zira suç şüphesine yönelik olarak gerçeğin araştırılması toplum bakımından ihtiyaç, devlet bakımından ise bir yükümlülük şeklinde tezahür etmektedir. Mecburilik ilkesi de bu ihtiyaç ve yükümlülüğün sebebini teşkil eden kamu yararı düşüncesinin mutlak anlamda benimsendiği bir sistemi oluşturmaktadır. Buna göre, somut suç şüphesinin özellikleri ne olursa olsun, suç şüphesi varlığını koruduğu sürece ceza muhakemesi yürütülmelidir. Zira niteliği ne olursa olsun her suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında mutlaka kamu yararı bulunmaktadır. Hiçbir bireysel ve toplumsal yarar, ceza

muhakemesinin yürütülmesi ve sonuçlanmasıyla elde edilecek bu kamu yararından önemli olamaz.

Mecburilik ilkesi, yetkili mercilerin *soruşturma başlatma, kamu davası açma, yargılama yapma*¹ ve *hüküm verme* konularında işlem yapmalarını gerekli kılmaktadır. Buna göre, bir suçun işlendiğine yönelik şüpheli durum varsa, bu şüphenin varlığı araştırılmalı (*soruşturma başlatma*), şüphenin varlığı konusunda yeterli sebep elde edilirse iddianame düzenlenmeli (*kamu davası açma*), dava kabul edilirse yargılama yapılmalı² (*yargılama yapma*), yargılama yapılırsa da bir hüküm verilmelidir (*hüküm verme*). Bu zorunluluklar mecburilik ilkesinin “pozitif yönünü” teşkil etmektedir. Mecburilik ilkesi, aynı zamanda, kanuni şartları bulunmadığı takdirde soruşturma başlatmama, kamu davası açmama, yargılama yapmama ve hüküm vermeme zorunluluklarını da öngörmektedir. Bunlar ise, mecburilik ilkesinin “negatif yönünü” oluşturmaktadır³.

Aynı zamanda bu ilke, ceza muhakemesi hukukunda “eşitlik ilkesinin” bir yansımasını oluşturmakta olup her bir şüpheliye karşı herhangi bir ayırım gözetilmeksizin ceza muhakemesi işlemlerinin uygulanmasını gerekli kılmaktadır⁴. Bu ilke vasıtasıyla, toplumda ceza muhakemesinin adil ve eşit şekilde yürütüldüğüne dair genel kanının korunması hedeflenmekte olup, bu amaçla öngörülen TCK m. 283/2’deki suç tanımı da bu ilkenin hayata geçirilmesinin güvencelerinden birini oluşturmaktadır.

¹ Kamu davasının mecburiliği ilkesi kapsamında; araştırma mecburiyeti ilkesi, kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi ve kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesinden bahsedilmektedir. Bu itibarla söz konusu ilke, sadece soruşturma evresini değil; kovuşturma evresini de kapsamaktadır, Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Beta, 1989, s. 201 ila 205; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Cilt II*, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 43.

² Yargılama yapma mecburiyeti, hem iddianın (davanın) devam etmesini hem de mahkemenin yargılama faaliyetine devam etmesini kapsar. Bu anlamda, Cumhuriyet savcısının iddianamesini bütünüyle geri çekmesi veya içeriğinde yer verdiği bazı olayları iddianameden çıkartması mümkün değildir. Bu meyanda, CMK’ya ilişkin Hükümet Tasarısında, kamu davası açıldıktan sonra ve fakat duruşma başlamadan önce, Cumhuriyet savcısına sanık lehine olarak iddianameyi değiştirme veya geri alma olanağı öngörülmüştü (CMK m. 170 düzenlemesine karşılık gelen m. 173/3). Bu düzenleme, Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında metinden çıkarılmıştır. Keza, davayı görececek mahkeme, iddianamede suç olduğu iddia edilen her olayın kovuşturmasını yapmak zorundadır.

³ Werner Niese, “Die Anklageerzwingung im Verhältnis zum Legalitäts- und Opportunitätsprinzip”, 1950, 5 (12), *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, s. 890-891.

⁴ Ralf Kölbel, § 172, in Christoph Knauer/ Hans Kudlich/ Hartmut Schneider (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur StPO Band 2*, 1. Auflage, C.H. Beck, 2016, kn. 1; Edda Meyer-Krapp; *Das Klageerzwingungsverfahren*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008, s. 20.

Mecburilik ilkesini sınırlandıran **maslahata uygunluk ilkesi** (*Opportunitätsprinzip*) ise, yetkili mercilerin, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasındaki kamu yararının diğer birtakım menfaatlerden üstün nitelikte olup olmadığını takdir etmesini öngörmektedir⁵. Maslahata uygunluk ilkesi, mecburilik ilkesinin aksine, bazı bireysel ve toplumsal faydaların, ceza muhakemesinin yürütülmesi ve sonuçlanmasıyla elde edilecek kamu yararına tercih edilebileceği kabulüne dayanmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki, maslahata uygunluk ilkesi, soruşturma neticesinde yeterli suç şüphesinin varlığını gösteren maddi vakıaların bulunmadığı bir durumda, kamu davasını açıp açmama hususunda bir takdir yetkisi öngörmemektedir. Böyle bir durumda yetkili merciin kovuşturmaya yer olmadığı kararı dışında bir karar vermesi mümkün değildir. Bu gereklilik, maslahata uygunluk ilkesinin değil, mecburilik ilkesinin negatif yönünün bir sonucudur⁶. Yeterli suç şüphesi eşiği aşılmış olmasına rağmen Cumhuriyet savcısına iddianame düzenlemek hususunda takdir yetkisi tanınmasını ifade eden bu ilke uyarınca; haksızlığın niteliği dikkate alınarak suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında ağır basan kamu yararının bulunmaması gerekçesiyle iddianame düzenlememek yetkisini kullanan savcının kararına itiraz edilebilmesi mümkün değildir⁷.

⁵ “Maksada Uygunluk İlkesi” veya “Takdirilik İlkesi” olarak da ifade edilen bu ilke; bir suç şüphesine yönelik ceza muhakemesi yapılmasının doğurabileceği sakıncaların, yapılmamasının sebebiyet verebileceği sakıncalardan fazla olabileceği kabulüne dayanmaktadır. Bu ilke kapsamında, bazı bireysel ve toplumsal faydaların korunması, ceza muhakemesinin yürütülmesi ve sonuçlanmasıyla elde edilecek kamu yararına tercih edilmektedir, Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku I, 11. Bası, Beta, 1994, s. 323. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter, s. 201 ila 205.

⁶ Doktrinde Öztürk/Erdem tarafından maslahata uygunluk ilkesi; “... yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilememesi durumunda savcılığın kamu davasını açıp açmamakta... takdir yetkisinin bulun(ması)” olarak ifade edilmektedir, Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, 2007, s. 191. Belirtmek gerekir ki, yeterli şüphe sebebi bulunmaksızın iddianame düzenlenmesinin mümkün olmamasının sebebi maslahata uygunluk ilkesi değildir. Kanaatimizce, yeterli şüphe sebebinin bulunmadığı hallerde iddianame düzenlenmemesinin sebebini kamu davasının mecburiliği ilkesinin negatif yönü oluşturmaktadır.

⁷ Niese, s. 891. Bu ilkenin yansıması Türk Hukukunda CMK m. 173/5 (StPO § 172, II) hükmünde kendisine yer bulmaktadır. Bu maddede; Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmada takdir yetkisini kullandığı hallerde kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilemeyeceği düzenlenmiştir ve bu suretle yargısal denetim yolu kapatılmıştır.

Maslahata uygunluk ilkesi kapsamında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı da kovuşturma davasına başvurulabilmesi gerektiği hakkında bkz. Niese s. 895, 897; Meyer-Krapp, s. 34.

Ceza muhakemesinde suçtan zarar görene⁸, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz⁹ edebilme (*kovuşturma davası*¹⁰ açabilme) yetkisi tanınmıştır¹¹. Doktrindeki bir görüşe göre, CMK'nın 173. maddesinde düzenlenen kendine özgü bir hukuki niteliği bulunan bu müessesenin öngörülmesindeki temel amaç, ceza muhakemesine hâkim olan mecburilik ilkesinin gereklerinin güvence altına alınması ve bu kapsamda iddianame düzenleme tekeli (*Anklagemonopol*)¹² elinde bulunduran savcının, kamu davasını açabilmek için gereken şartların oluşmadığına yönelik olarak verdiği kararın hâkim denetiminden geçmesinin sağlanmasıdır¹³. Bu sayede; savcının suç soruşturması yürütme görevi kapsamında öngörülmüş olan yükümlülüklerine¹⁴ uygun davranıp davranmadığı kontrol edilmektedir.

⁸ Esasen ceza muhakemesinde “suçtan zarar gören” sıfatının kullanılmasının mümkün olmadığı ve ancak *suçtan muhtemel bir zarar görenden* bahsedilebileceği haklı olarak ifade edilmektedir, Friedrich-Christian Schroeder / Torsten Verrel, *Strafprozessrecht*, 7. Auflage, C.H. Beck, 2017, § 84.

⁹ Söz konusu hükümde “itiraz” tabiri kullanılmışsa da, buradaki olağan kanun yolu niteliğindeki itiraz (m. 267-271) değildir. Zira ortada bir hâkim veya mahkeme kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu kapsamda öngörülen yargısal denetim yolu bakımından CMK m. 267 ila 271 hükümleri uygulanmaz. Bununla birlikte, CMK m. 173/1’de “itiraz” kavramı kullanıldığından çalışmada da söz konusu denetim yolunu ifade etmek üzere “itiraz” kavramı kullanılacaktır.

¹⁰ Doktrinde söz konusu denetim yolu “kovuşturma davası” olarak da adlandırılmaktadır. Aslında “kovuşturma davası” ifadesi de müessesenin niteliğini tam olarak karşılamamaktadır. Bu kurum kendine özgü nitelikte bir hukuki çare mahiyetindedir. Bu denetim yolunda suçtan zarar görenin davacı sıfatından, Cumhuriyet savcısının ve şüphelinin ise davalı sıfatıyla savunma makamını temsil ettiklerinden bahsedilemez. Nitekim CMK’da kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz üzerine yapılacak değerlendirme kapsamında şüphelinin dinlenmesine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı şekilde Almanya’da yüksek eyalet mahkemeleri gerekli gördükleri takdirde şüphelinin açıklamalarını dinleyebilir (StPO § 173/2). Ancak mahkemenin şüpheliyi dinleme zorunluluğu bulunmamaktadır.

¹¹ Suçtan zarar görene bireysel iddia makamı olarak ceza muhakemesini etkileme imkânının verildiği kurumlar, **şikâyet** (TCK m.73), **uzlaştırma** (m. 253), **kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz** (m. 173/1), **kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına itiraz** (m. 171/2), **kamu davasına katılma** (m. 237) ve **katılan sıfatına bağlı olarak kanun yollarına başvurma** (m. 260/1). CMK sisteminde, suçtan zarar görenin ceza ve tazminat davalarını bir arada açabildiği şahsi dava kurumu kabul edilmemiştir.

¹² CMK m. 170/1; StPO § 152/1.

¹³ Kirsten Graalman-Scheerer, § 172, in Löwe/Rosenberg Großkommentare der Praxis: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar Band 5, 26. Auflage, Walter de Gruyter, 2006, kn. 1; Gerwin Moldenhauer, in Rolf Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Auflage, C.H. Beck, 2019, kn. 1; Niese, s. 893. Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Beta, 2020, s. 604; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Bası, Seçkin, 2019, s. 505.

¹⁴ CMK m. 160, 161, 170/2; StPO § 152, 2.

CMK m. 173 uyarınca söz konusu denetim mekanizmasının işletilebilmesi için başvuruda bulunma yetkisi ise sadece “suçtan zarar görene” tanınmış olup böylece suçtan zarar gören, iradesiyle ceza muhakemesi sürecinin akıbetini doğrudan etkileme iktidarına sahip kılınmıştır¹⁵.

B. Suçtan Zarar Görenin Şahsi Haklarının Korunması

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, itiraz müessesesiyle, doğrudan mecburilik ilkesi koruma altına alınmamıştır. Bu müessese ile mecburilik ilkesinin korunmasının amaçlandığı kabul edildiği takdirde, bu yetkinin neden *yalnızca* suçtan zarar görene tanınmış olduğu açıklanamaz¹⁶. Özellikle devletin güvenliğine karşı işlendiği iddia edilen suçlarda olduğu gibi, belirli bir kişinin suçtan zarar gören olarak kabul edilemeyeceği suç tiplerine ilişkin yürütülen soruşturmalar sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı bu yola başvurabilecek bir kimse bulunmamaktadır. Bu durumda mecburilik ilkesinin korunması da mümkün olamaz¹⁷.

Modern ceza muhakemesi hukukunda, devlet *yalnızca* şüphelinin/sanığın adil yargılanma hakkını korumakla yükümlü olmayıp mağdurun işlendiği iddia edilen suçla ihlal edilen hakkının usuli boyutunu korumakla da yükümlüdür. Bu itibarla, suçtan zarar görenin suç dolayısıyla uğramış olduğu mağduriyetin, gereken muhakeme süreci işletilmemek suretiyle daha da derinleştirilmesi kabul edilemez¹⁸. Ceza hukuku, suç dolayısıyla zarara

¹⁵ Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra bu kararın bir hâkim veya Almanya’da olduğu gibi mahkeme denetiminden geçmesinin sağlanmasına dair suçtan zarar görene yetki tanınması, ceza muhakemesinin kamusalılığı ilkesi ile uyumsuz değildir. Suçtan zarar görenin başvurusu üzerine yapılan denetim sonucunda kamu davasının açılmasına karar verilmesi, iddianame düzenleme tekeline yönelik şekli anlamda bir istisna teşkil etmez. Zira bu durumda da, her ne kadar hâkim yahut mahkeme kararına istinaden zorunlu olarak da olsa, iddianame savcılık tarafından düzenlenmektedir, Lutz Meyer-Goßner/ Berttram Schmitt, Strafprozessordnung: StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 58. Auflage, C.H. Beck, 2015, § 172 kn. 1; Niese, s. 893;

Bununla birlikte hiç kuşkusuz, savcının iddianame düzenlemek hususundaki iradesinin oluşumu üzerindeki mahkemenin/hâkimliğin kararının bağlayıcı etkisi, iddianame düzenleme tekelinin maddi açıdan kısıtlanması niteliğindedir, Tamina Preuß, “Das Klageerzwingungsverfahren: Ein Überblick über prüfungsrelevante Fragen”, 2016, 38 (7), Juristische Ausbildung, s. 763; Kölbl, § 172 kn. 4.

¹⁶ Kölbl, § 172 kn.2.

¹⁷ Claus Roxin/ Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage, C.H. Beck, 2017, § 41 kn. 2.

¹⁸ Heike Jung, “Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß”, 1981, 93 (4), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, s. 1155-1156.

uğradığını iddia eden kişinin menfaatlerini dikkate almaksızın sosyal kontrolün sağlanması aracı olarak bir fonksiyon ifa edemez. Nitekim etkin bir ceza adalet sistemi, bireylerin kendi *intikamlarını* almalarına yol açacak sonuçlar doğmasına izin veremez¹⁹. Bu itibarla itiraz müessesesi, suçtan zarar görenin bireysel (şahsi, kişisel) haklarının korunması amacıyla kabul edilmiştir²⁰ ve mecburilik ilkesine hizmet etmesi yalnızca bu yola başvurulmasının bir sonucudur.

C. Görüşümüz

CMK sisteminde, yargılama makamı kararları bakımından öngörülen “kesin hüküm” olma özelliği, kamusal iddia makamını işgal eden Cumhuriyet savcılarının vereceği kovuşturmaya yer olmadığı kararları için de kabul edilmiştir. Nitekim kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacaktır (CMK m. 172/2)²¹. Bu şartlar itiraz edilmeksizin kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığı kararları bakımından da aranmaktadır. Bu itibarla, Cumhuriyet savcısı, vermiş olduğu kovuşturmaya yer olmadığı kararının hatalı olduğunu düşünse bile, CMK m. 172/2’de belirtilen koşullar bulunmaksızın kararını geri alamaz. Bu düzenleme *non-bis in idem* ilkesinin soruşturma evresindeki görünümünü oluşturmaktadır. Kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına verilen “*kesin hüküm benzeri*” olma özelliği²², bu kararların hatalı verilebilme ihtimalini daha da önemli hale getirmektedir. Zira kovuşturmaya yer olmadığı kararı, amacı gerçeği ortaya çıkarmak ve adaleti tesis etmek olan ceza muhakemesini henüz soruşturma evresine geçmeksizin sona erdirmektedir.

¹⁹ Jung, s. 1160.

²⁰ Roxin/Schünemann, § 41 kn. 2; Kölbl, § 172 kn.2. Görüş hakkında bilgi ve tartışma için bkz. Roland Hefendehl, “Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei modernen Rechtsguts- und Deliktsstrukturen”, 1999, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, s. 586 ila 589; Wolfgang Frisch, “Der Begriff des „Verletzten“ im Klageerzwingungsverfahren: Eine dogmatische Grundlegung aus Anlaß der Entscheidung OLG Hamm”, NJW, 72, 1874”, 1974, 29/1, Juristen Zeitung, s. 1.

²¹ Meğerki kovuşturmaya yer olmadığı kararının etkin soruşturma yapılmadan verildiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (kesinleşmiş) kararı (CMK m. 172/3) veya Anayasa Mahkemesinin hak ihlali kararıyla (6216 s. Kanun m. 50/2) tespit edilmiş olsun.

²² Y. 14. CD, 20.1.2020, E. 2019/3025, K. 2020/513; aynı yönde: Y. 14. CD, 7.3.2019, E. 2018/4999, K. 2019/7953.

CMK sisteminde soruşturma ve kamu davasının açılması bakımından mecburilik ilkesi geçerli olup (m. 160/1, m. 170/2, m. 175/1, m. 223/1); maslahata uygunluk ise istisnai hâllerde uygulama alanı bulmaktadır²³ (m. 171). Suç soruşturmasını yürüten, delil toplayan ve delilleri değerlendirip bundan sonuç çıkararak Cumhuriyet savcısının çok farklı gerekçelere bağlı olarak soruşturma sonucunda hatalı karar verme ihtimali bulunmaktadır. Mecburilik ilkesinin hâkim olduğu ceza muhakemesi sisteminde, kesinleşmesi halinde maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olması mümkün olan kovuşturmayaya yer olmadığı kararları bakımından kanunda öngörülen denetim mekanizmasının da etkin bir şekilde işletilebilmesi gerekliliğinin önemi bu noktada ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının denetimi, ceza muhakemesiyle güdülen amaçların en önemlisi olan gerçeğin ortaya konulmasında bir güvence fonksiyonuna sahiptir.

Kanaatimizce, kanunda kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı başvuruda bulunulabilmesinin kabul edilmesiyle amaçlanan, mecburilik ilkesinin güvence altına alınmasıdır. Kovuşturma yapılmasını zorlamaya yönelik olarak ihdas edilen bu müessese ile ceza hukuku tarafından korunmaya değer addedilen hukuki menfaatlerin korunması amaçlanmaktadır. Nitekim ceza hukukunun temel hedefi olan hukuki menfaatlerin korunması, ceza muhakemesinde mecburilik ilkesinin uygulanmasıyla somutlaşmaktadır. Bu itibarla söz konusu müessese, doğrudan bireylerin şahsi haklarının korunmasını hedeflemez. İtiraz edebilme yetkisinin suçtan zarar gören kişiyle sınırlanmış olması, bu müessesenin salt “şahsi hakları” korumaya matuf olarak kabul edildiği anlamına gelmez. Zira bu görüş benimsendiği takdirde, ceza muhakemesi salt “*şahsi hakların korunması mekanizması*” derekesine indirgenmiş olur²⁴.

²³ Soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engelleyen muhakeme şartlarının çoğu, maslahata uygunluk ilkesinin görünüm şekillerinden birini oluşturmaktadır. *Kunter*, muhakeme şartlarının bir istisna teşkil ettiğini, bu istisnalarda da maslahata uygunluğun arandığını ancak bunun geniş manada maslahata uygunluk olduğunu belirtmektedir, *Kunter*, s. 205.

²⁴ Nitekim CMK’da suçtan zarar görenin kişisel haklarını talep edebileceği bir katılma statüsü öngörülmemiştir. Tasarının “*kamu davasına katılma*” başlıklı 249. maddesinin (CMK m. 237’e karşılık) 3. fıkrasında, kamu davasına katılacakların ayrıca kişisel haklarını isteyebilecekleri öngörülmüşken, bu fıkra Adalet Alt Komisyonu’nda kabul edilmemiştir. Ancak, Tasarının “*Katılanın hükümsüz kalması*” başlıklı 255. maddesinde yer alan “*Mirasçılar, katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilirler.*” ifadesi Adalet Komisyonu tarafından kabul edilerek CMK’nın 243. maddesine alınmıştır. Söz konusu ifadede yer alan *katılanın haklarından* maksat, katılanın kişisel haklarıdır. Katılanın kişisel haklarını talep edebileceği bir sistemde, katılanın ölümü halinde mirasçıların davayı takip yetkisine sahip olabilmesinin makul bir izahı vardır. Ancak, katılanın kişisel haklarını talep edemediği bir sistemde böy-

Suçtan zarar gören kişi olduğu düşünölen kimsenin, ceza muhakemesinin yürütölməsi neticesinde kişisel haklarını talep etme veya en azından bunları güvence altına alma bakımından bir menfaati bulunabilir. Ancak ceza muhakemesinin suçtan zarar gören için hukuk mahkemesinde açılacak tazminat davasının ön aşaması olarak nitelendirilmesi doğru olmaz. Zira ceza adalet sisteminin işlerliğinin sağlanmasıdaki temel hedef şahsi hakların korunması değildir²⁵. Ayrıca kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz müessesesinin öngörölmesindeki amaç şahsi hakların korunması olarak kabul edildiği takdirde, savcının maslahata uygunluk ilkesi çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak vermiş olduğu kararlara neden itiraz edilemediği açıklanamaz. Nitekim bu hallerde de soruşturma konusu olaylar kapsamında şahsi hakların ihlali iddiası gündeme gelmektedir. Bu nedenle, kanun koyucunun *kovuşturmaya yer olmadığı kararna itiraz* müessesesi ile esasen, mecburilik ilkesini, sınırlı sayıda kişinin başvurabileceği bir hukuki çareyle koruma altına almayı amaçladığının kabulü gerekmektedir²⁶.

Bununla birlikte, itiraz müessesesi ile suçtan zarar görenin menfaatleri de koruma altına alınmıştır. Zira failin yapılan yargılama sonucunda cezalandırılması, suçtan zarar görenin tatmin edilmesindeki menfaate (*Genugtuungsinteresse*) de hizmet etmektedir. Ancak bu korumanın, ceza muhakemesine hâkim olan (mecburilik) ilkesinin güvence altına alınmasının zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmesi gerekir²⁷. *İtiraz* etme yetkisinin yalnızca suçtan zarar görene tanınması ise, kanun koyucunun mecburilik ilkesinin korunması için öngördüğü aracın elverişliliğini sağlamaya yönelik olup; bu yola başvurabilecek kişiler sınırlandırılarak, müessesenin

le bir düzenlemenin bulunması isabetsizdir. Kanaatimizece, CMK'nın 243. maddesinde yer alan bu hüküm, Adalet Alt Komisyonunun çalışmaları sırasında unutulmuştur. Dolayısıyla, söz konusu hükmün uygulanması mümkün değildir.

²⁵ Belli suçlara ilişkin kamu davasını açma ve yürütme yetkisinin suçtan zarar görene tanındığı "şahsi dava" kurumu (CMUK m. 344-364) CMK sistemiyle birlikte kaldırılmıştır. Keza, suçtan zarar görenin, şahsi dava açarak veya katılma yoluyla maddi ve manevi açıdan görmüş olduğu zarara ilişkin tazminat talep etme imkânı (CMUK m. 350/2, 358/1, 365/2) CMK ile ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle, ceza muhakemesi, suçtan zarar görenin "şahsi haklarını" talep edebileceği bir araç olma özelliğinden arındırılmıştır. CMUK sisteminde ise suçtan zarar gören, şahsi dava açmak veya açılan kamu davasına katılmak suretiyle, ceza davasının yanında "şahsi hak davasının" da ceza mahkemesi tarafından görülmesini isteyebilmekteydi.

²⁶ Graalman-Scheerer, § 172 kn. 2; Wolfgang Wohlers, § 172, in Jürgen Wolter (Hrsg.), SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Band III, 5. Auflage, Carl Heymanns, 2016, kn. 3.

²⁷ Wohlers, § 172 kn. 3.

herkesin başvurabileceği bir *actiones populares*²⁸ niteliğinde düzenlenmek istenmemesinden kaynaklanmaktadır.

Yapılan bu belirlemeler kapsamında ulaşılan pratik sonuçlardan biri de kovuşturmayaya yer olmadığı kararına yönelik itirazın geri alınabilmesinin mümkün olmamasıdır. Zira mecburilik ilkesinin korunması amacı kapsamında başvurunun geri alınabilmesi bakımından suçtan zarar görenin herhangi bir inisiyatifi bulunamaz. *Şahsi hakların korunması* görüşünün benimsenmesi halinde ise, suçtan zarar gören, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı yaptığı başvuruyu geri alabilecek ve bu suretle işleyen yargısal denetim sürecine doğrudan müdahale edebilecektir.

II. Müessesenin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenlenme Biçimi

StPO § 172 hükmüne göre; suç duyurusunda bulunmuş olan kişi aynı zamanda suçtan zarar gören (*Verletzte*) ise²⁹, *yeterli suç şüphesinin bulun-*

²⁸ “*Popularklag - Populärverfahren*”. Roma Hukukunda bu kavram; toplum tarafından “iğrenç ve zarar verici” olarak nitelendirilen suçların takibinde toplumu oluşturan herhangi bir kişi tarafından dava açılabilmesini ifade etmektedir, Halide Gökçe Türkoğlu, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 2. Baskı, Seçkin, 2017, s. 26

²⁹ Dolayısıyla yalnızca suç duyurusunda bulunan kişi, aynı zamanda suçtan zarar gören ise bu yetkiye sahiptir, Moldenhauer, § 172 kn. 3. Takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyet hakkı sadece suçtan zarar görene ait olduğu için şikâyetçi ile kovuşturma davası açabilme yetkisi olan kişi aynıdır. Ancak suç duyurusu üzerine başlatılan soruşturmalarda, ihbarda bulunmuş olan kişinin suçtan zarar gören niteliğine sahip olmaması mümkündür.

Savcılığın hâlihazırda resen soruşturma başlattığı bir olayla ilgili olarak daha sonra bildirimde bulunan kişinin de, şayet suçtan zarar gören sıfatına sahipse, kovuşturma davası açma yetkisi bulunmaktadır, Graalman-Scheerer, § 172 kn. 47; Kölbel, § 172 kn. 47.

Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara itiraz eden kişinin savcılığa verdiği ilk dilekçe suç duyurusu olarak nitelendirilemiyorsa bu kişinin karara itiraz etme yetkisi yoktur. OLG Hamburg'un kararına konu olan bir olayda; kişilerin gerçekleştirdiği davranışlar dolayısıyla cezalandırılmasını değil de söz konusu davranışların gelecekte tekrarlanmasının engellenmesini talep eden kişinin suç duyurusunda bulunmuş olduğundan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle itiraz yetkisine sahip olmadığı belirtilmiştir, OLG Hamburg, Beschluß vom 14. 9. 1971 - 1 Ws 226/71, NJW, 1972, s. 117.

CMUK m. 165/1'de de mevcut Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenleme benimsenmiş ve savcılığa ceza soruşturması yapılması için dilekçe veren kişinin suçtan zarar gören olması koşuluyla, kovuşturmayaya veya kovuşturmayaya son verme kararına itiraz edebileceği hüküm altına alınmıştır, Kunter, s. 800. Bir diğer ifadeyle, CMUK sisteminde soruşturma makamlarına şikâyet veya ihbarda bulunmamış olan suçtan zarar gören kişilerin, kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına itiraz etme yetkileri kabul edilmemişti, Tosun, Suç Muhakemesi II, s. 64.

CMK'da ise suçtan zarar gören sıfatına sahip olmak, kovuşturmayaya yer olmadığına kararına karşı itirazda bulunmak için yeterli olup resen soruşturulan suçlarda savcılığa dilekçe verilmiş olması (suç duyurusunda bulunulması) şartı aranmamıştır.

mamasından yahut muhakeme engellerinin ortadan kalkmamasından dolayı kamu davasının açılmayacağına kendisine usulüne uygun olarak bildirildiği tarihten itibaren 2 hafta içerisinde savcılığın bu kararına karşı savcılığın bağlı olduğu üst merci olan başsavcılığa (Generalstaatsanwaltschaft)³⁰ itiraz edebilir³¹. StPO’da savcılığın kamu davası açmak üzere iddianame düzenlemeye zorlanması muhakemesi (Klageerzwingungsverfahren)³² olarak ifade edilen ve üç aşamalı³³ olarak öngörülmüş bulunan bu yolda; birinci aşamada savcılık tarafından verilmiş bir kovuşturmayaya yer olmadığı kararı bulunmalı ve bu karardan ihbar ya da şikâyette bulunan suçtan zarar gören kişi haberdar edilmelidir. İkinci aşamada, iddianame düzenlenmemesine yönelik karara karşı başsavcılık makamına itiraz edilmelidir³⁴. İtirazın başsavcılık tarafından reddedilmesi halinde ise üçüncü aşamaya geçilir; bu aşamada suçtan zarar gören ret kararının tebliğinden itibaren 1 ay içerisinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar veren savcılığın yetki alanında bulunan yüksek eyalet mahkemesine (Oberlandesgericht) başvurulabilir³⁵. Dar anlamda iddianame düzenlemeye zorlama muhakemesi olarak isimlendirilen bu son aşamada³⁶; suçtan zarar gören tarafından yapılacak başvuruda suçun işlendiği iddiasını gerekçelendiren maddi olaylar ve deliller gösterilir³⁷. Şayet kovuşturmayaya yer olmadığı kara-

³⁰ Yetkili başsavcılık teşkilatı kovuşturmayaya yer olmadığı kararını veren mahkemenin bulunduğu eyaletin başsavcılık teşkilatıdır, Wohlers, § 172 kn. 8.

³¹ Böylece talep hakkında öncelikle savcılığın karar vermesi sağlanarak başvuru mahkemeye gitmeden savcılık teşkilatı içerisinde sorunun hallolması amaçlanmıştır.

³² Alman Hukukunda başvuruların başarı yüzdesinin ve bu sebeple etkinlik oranının düşüklüğü dolayısıyla iddianame düzenlemeye zorlama muhakemesi yolunun eleştirisi ve bu müessesenin yerine benimsenmesi önerilen alternatif kurumlar hakkında bilgi için bkz. Jung, s. 1165-1166

³³ Meyer-Goßner/Schmitt, § 172 kn. 5; Moldenhauer, § 172 kn. 2; Klaus Volk/ Armin Engländer, Grundkurs StPO, 9. Auflage, C.H. Beck, 2018, § 12 kn. 11. İki aşamadan bahsedene görüş için bkz. Wilhelm Sing/ Markus Andrä, § 172, in Helmut Satzger/ Wilhelm Schluckebier/ Gunter Widmaier (Hrsg), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar, 4. Auflage, Wolters Kluver, 2020, kn. 2; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 6.

³⁴ Alman Mahkeme Teşkilatı Kanunu (Gerichtsverfassungsgesetz) § 145 ve § 147/3 hükümlerine göre; yetkili başsavcılık ilgili eyalet başsavcılığıdır. Fakat soruşturmanın bizzat başsavcılık tarafından yapıldığı suçlara ilişkin soruşturmalarda verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararları bakımından bu aşama bulunmamaktadır ve başvuru doğrudan yüksek eyalet mahkemesine yapılmaktadır, Wohlers, § 172 kn. 9; Sing/ Andrä, § 172 kn. 17; Preuß, s. 763.

³⁵ Alman kanun koyucusu tarafından yüksek eyalet mahkemelerinin görevlendirilmesinin sebebinin, süreç sonucunda kamu davasının açılması halinde ilk derece mahkemelerinin tarafsızlığı sorununun ortaya çıkmaması olduğuna dair bkz. Roxin/Schünemann, § 41 kn. 11.

³⁶ “Klageerzwingungsverfahren im engeren Sinne”, Preuß, s. 763.

³⁷ Yüksek eyalet mahkemelerinin bu kapsamda, savcılığın soruşturma dosyasını inceleme ihti-

rı muhakeme şartlarının gerçekleşmediğinden bahisle verilmişse, başvuruda muhakeme şartının gerçekleştiğini ortaya koyan hususlar gösterilir. Kamu davasının açılması istemini içeren talep, uyuşmazlığın kamu davasına konu olması halinde yargılamayı yapacak olan madde bakımından yetkili mahkemeye yöneltilir. Bu talebi karara bağlayacak olan ise o yer yüksek eyalet mahkemesidir. Mahkemeye yöneltilen başvuru belgesinin mutlaka bir avukat tarafından imzalanması gerekir³⁸.

StPO § 174'e göre; yüksek eyalet mahkemesi kamu davasının açılması için yapılan başvurunun şartları taşımadığına yahut başvuruda yeterli gerekçenin bulunmadığına kanaat getirirse talebin reddine karar verir. Bu karar kesin niteliktedir (StPO § 304/4, cümle 2). Yüksek eyalet mahkemesi tarafından yeterli suç şüphesinin varlığına ve muhakeme engelinin bulunmadığına kanaat getirilerek talep kabul edildiği takdirde ise kamu davasının açılmasına karar verilir ve savcılık bu kararın gereklerini yerine getirmek için iddianame düzenlemek zorundadır (StPO § 175).

Son olarak, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre şahsi dava yolunun öngörüldüğü suçlarla (*Privatklagedelikte*) ilgili olarak verilen kovuşturmayla yer olmadığı kararlarına itiraz edilebilmesi mümkün değildir (StPO § 172/2). Şahsi davanın kabul edildiği suçlarda (StPO § 374), suçtan zarar gören

yacı duymaksızın başvuruda yer verilen olaylar ve delillerin niteliği itibarıyla kamu davasının açılmasına yeterli şüphe sebebinin gerekçelendirmesi gerektiğine karar verdiklerine ilişkin bkz. Sing/ Andrá, § 172 kn. 17; Preuß, s. 770; OLG Frankfurt a.M., Beschluß vom 19. 5. 2005 - 3 Ws 405/05, Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungs-Report, 2005, s. 237. Eleştiri için ayrıca bkz. Roxin/ Schünemann, § 41 kn. 12. Ancak bu kapsamda kovuşturulması istenen suçun hukuki nitelendirmesinin doğru olması gerekmez.

³⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen bu zorunluluğun, başvurunun mesleki yükümlülüklerine uygun olarak sorumluluk bilinciyle hareket edecek bir avukat tarafından hazırlanması ve imzalanması söz konusu olduğu için gerekçesiz başvurularda bulunulmasının önlenmesine hizmet edeceği düşünülmektedir, Meyer-Krapp, s. 70.

Avukatın, suçtan zarar gören tarafından hazırlanan başvuru dilekçesini yalnızca imza atmak suretiyle onaylaması halinde yapılan başvurunun geçersiz olduğuna; zira avukatın ileri sürülen maddi vakialara ve hukuki gerekçelere yönelik değerlendirmede bulunmaksızın başvurunun altını salt imzalamasının kanundaki gerekliliği karşılamadığına dair bkz. OLG Düsseldorf, Beschluß vom 04-10-1989 - 1 Ws 898/89, NJW, 1990, s. 1002; Meyer-Krapp, s. 70. Bu hususta ayrıca bkz. Preuß, s. 769-7770.

CMUK m. 165 kapsamında da bu yönde bir düzenleme öngörülmüştü. Buna göre, kovuşturma davası açılması için dilekçenin "varsas" bir avukat tarafından imzalanması gerekmekteydi, Selahattin Keyman, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Sevinç Matbaası, 1970, s. 37. Fakat bu düzenleme Alman Hukuku'ndan farklı olarak bir zorunluluğa işaret etmemekteydi. CMK'da ise başvurunun avukat vasıtasıyla yapılmasına ilişkin ne zorunlu ne de ihtiyari bir düzenleme öngörülmüştür.

uyuşmazlığı kendisi mahkeme önüne taşıyabilmektedir. Bu itibarla şahsi dava yoluyla takip edilebilmesi mümkün olan suçlara ilişkin verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı başvuruda bulunabilme imkânı tanınmamıştır³⁹. Şahsi dava kapsamındaki suçlar bakımından, soruşturma yapılarak iddianame düzenlenmesi, yalnızca savcılık tarafından somut olayın kovuşturulmasında kamusal menfaat bulunduğu takdir edildiği hallerde söz konusu olmaktadır. Savcılık tarafından takibinde kamusal menfaatin bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilen hallerde, bu karar suçtan zarar görenin şahsi dava yürütmesini engellemez⁴⁰. Yine Alman ceza muhakemesi sisteminde oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenen maslahata uygunluk ilkesi çerçevesinde, savcının takdir yetkisini kullandığı StPO § 153 vd. hükümlerinde öngörülen şartların varlığı halinde, verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı iddianame düzenlemeye zorlama muhakemesi yolunun işletilebilmesi mümkün değildir (StPO § 172/2)⁴¹.

III. Suçtan Zarar Gören Sıfatına Kimlerin Sahip Olduğunun Belirlenmesi Sorunu

Türk ve Alman ceza muhakemesi sistemlerinde, savcıyı iddianame düzenlemeye zorlama yoluna başvurma yetkisi *yalnızca* suçtan zarar görene tanınarak, bu yolun *actiones populares* niteliğinde olması ve bu suretle çok geniş bir uygulama alanına sahip olması engellenmiştir⁴². Bir diğer anlatımla, kovuşturmayaya yer olmadığı kararının denetime tabi tutulmasını sağlama yetkisi ve böylece soruşturma evresinin akıbetini yönlendirebilme olanağı sadece “suçtan zarar gören” sıfatındaki kişiye verilmiştir. Bu itibarla kim(ler) in suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğunun belirlenmesi büyük bir öneme sahiptir.

Gerek StPO’da gerekse de CMK’da birçok düzenlemede yer verilen “suçtan zarar gören” kavramı tanımlanmamıştır⁴³. Bu itibarla, suçtan zarar gören kavramının içeriğinin ortaya çıkarılması uygulamaya ve doktrine

³⁹ Moldenhauer, § 172 kn. 39; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 23.

⁴⁰ Meyer-Krapp, s. 25-26.

⁴¹ Bilgi için bkz. Moldenhauer § 172 kn. 41 ila 44. Suça sürüklenen çocuklarla ilgili düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Graalman-Scheerer, § 172 kn. 30, 31.

⁴² Fritz Bauer, “Zum Begriff des Verletzten in der StPO”, 1953, 8 (10), Juristen Zeitung, s. 298. Frisch, s. 9; Moldenhauer, § 172 kn. 18; Hefendehl, s. 586; Wohlers, § 172 kn. 23; Volk/Engländer, § 12 kn. 12.

⁴³ Lutz Meyer-Goßner, “Die Rechtstellung des Verletzten im Strafprozeß”, 1984, 17(9), Zeitschrift für Rechtspolitik, s. 228.

bırakılmıştır. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (*Reichsgericht*); suçtan zarar gören kavramının içeriğinin yeknesak olarak değil; mevcut bulunduğu her bir kanuni düzenlemenin amacı ve fonksiyonu dikkate alınarak belirlenmesi ve bu bağlamda geniş ya da dar yorumlanması gerektiğine dair kararları⁴⁴ bulunmakta olup bu ekseninde şekillenen görüş doktrinde de baskın konumda bulunmaktadır⁴⁵. Bu kapsamda, savcıcıyı iddianame düzenlemeye zorlama yoluna başvurma yetkisine sahip olan suçtan zarar görenin geniş yorumlanması gerektiği zira bu kurumun “kamu davasının mecburiliği” ilkesine hizmet ettiği belirtilmektedir⁴⁶.

A. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramlarına Yönelik Ayrım Yapmanın Ceza Muhakemesi Bakımından Gerekliliği Sorunu

CMK sisteminde, bireysel iddia makamını işgal edecek kişileri göstermek için *mağdur*, *suçtan zarar gören* ve *şikâyetçi* olmak üzere üç farklı kavram kullanılmıştır. Kanunda en sık olarak *mağdur* kavramına yer verilmiştir. *Mağdur* ve *suçtan zarar gören* kavramları ise farklı kişileri işaret edecek şekilde düzenlenmiştir (m. 170/3-c, 237/1, 239/1, 250/8-b, 253/1). Nitekim bazı hükümlerde (m. 126/5, 131/2) *suçtan zarar gören mağdur* kavramına yer verilerek, **mağdur olan ve olmayan suçtan zarar gören** şeklinde bir ayrım yapıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Kanun'un “*Mağdur, Şikâyetçi, Malen Sorumlu, Katılan*” başlıklı Dördüncü Kitabının “*Suçun Mağduru İle Şikâyetçinin Hakları*” başlıklı Birinci Kısımında (m. 233-236) suçtan zarar gören kavramına yer verilmemiş, sadece *mağdur* ve *şikâyetçi* kavramları

⁴⁴ RGSt 69, 107; RGSt 23, 361. Bununla birlikte, İmparatorluk Mahkemesi'nin zikredilen ilk kararında, suçtan zarar gören kavramının içeriğinin, iddianame düzenlemeye zorlama yetkisinin kullanılması bakımından dar yorumlanması gerektiğine hükmedilirken; ikinci kararda, bu yetkinin kimler tarafından kullanılabilceğinin belirlenmesi hususunda kavramın geniş yorumlanması gerektiğine hükmedilmiştir. Kararlara dair bkz. Bauer, s. 298.

Federal Mahkeme'nin, kavramın yer aldığı düzenlemenin amacı ve fonksiyonu dikkate alınarak anlamının farklılaşabileceğine dair kararı için bkz. BGH, Urteil vom 7. 5. 1953 - 5 StR 340/52 (LG Braunschweig), NJW, 1953, s. 1273. Aynı yönde: OLG Stuttgart, Beschluß vom 4. 12. 2000 - 1 Ws 222/00, NJW, 2001, s. 840.

⁴⁵ Frisch, s.9; Meyer-Krapp, s. 55; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 50; Wohlers, § 172 kn. 23; Volk/ Engländer, § 12 kn. 12.

Buna göre, şikâyet hakkı sahibi suçtan zarar gören belirlenirken kavram dar yorumlanmalıyken, kovuşturma davası açılmasına yönelik yetkinin varlığı tespit edilirken aynı kavram geniş yorumlanmalıdır, Bernd Heinrich/ Tobias Reinbacher, Examinatorium Strafprozessrecht, 3. Auflage, Nomos, 2021, s. 191.

⁴⁶ Moldenhauer, § 172 kn. 18.

kullanılmıştır. CMK'nın herhangi bir düzenlemesinde, Hükümet Tasarısının⁴⁷ (Tasarı) genel gerekçesinde, bu Tasarının madde gerekçelerinde ve ilgili madde üzerindeki Adalet Komisyonundaki görüşme kayıtlarında⁴⁸ bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği ve bu kavramların hangi amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Doktrinde ise, mağdur, suçtan zarar gören ve şikâyetçi kavramlarının bilinçli şekilde ve belirli bir anlayış doğrultusunda kullanılmadığı, şikâyetçi kavramıyla sadece şikâyete bağlı suçlarda suçtan zarar gören şahsın kastedilmediği, bu kavramla genel anlamda suçtan zarar görenin anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁹.

Bu kavramların kullanılması bakımından gerek CMK'nın kendi içerisinde gerekse TCK ile CMK arasında bir uyumsuzluğun bulunduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten de “*Mağdur ile şikâyetçinin hakları*” başlıklı 233. maddede sayılan bazı yetkilerin ilişkin oldukları maddelerde (m. 153/5, 173/1, 237/1) yetkili kişi olarak *suçtan zarar gören* kavramı kullanılmıştır. Yani CMK m. 233 başlığında yer verilen mağdur ve şikâyetçi kavramları esasında suçtan zarar gören kavramının yerine kullanılmıştır. Keza, TCK m. 73'te şikâyette bulunma ve şikâyetten vazgeçme yetkisi bakımından *suçtan zarar gören* ifadesi kullanılmış, ancak CMK m. 158/7'de yer alan “*Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.*” hükmüyle, şikâyetten vazgeçme yetkisi bakımından *mağdur* kavramından bahsedilmiştir.

Suçun maddi unsurlarından birini oluşturan mağdurun bu sıfatının özellik arz ettiği usul hükümlerinde (CMK m. 12, 52/3-a, 75, 76, 78, 218/2, 234/2, 236) *mağdur* kavramının kullanılması makul sayılabilir. Ceza muhakemesi hukuku, günümüzde her ne kadar bağımsız bir hukuk disiplini karakterine kavuşmuşsa da maddi ceza hukukundan bağımsız bir şekilde anlamlandırılmaz. Zira ceza muhakemesinin konusunu teşkil eden suç şüphesinin irdelenmesi, maddi ceza hukuku çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, CMK'da kendisine yer bulan mağdur kavramı, maddi ceza hukuku esaslarına göre mağdur olarak nitelendirilen kişiyi ifade eder. Bununla birlikte, burada sorun, CMK'da bireysel iddia makamını işgal edecek

⁴⁷ Tasarı metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0535.pdf> Erişim Tarihi 04 Haziran 2021

⁴⁸ Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, 2005, s. 892 vd.

⁴⁹ Centel/Zafer, s. 1009.

kişiye tanınan yetkilerin düzenlendiği bazı hükümlerde; mağdur niteliğine sahip olmayan ve fakat suç dolayısıyla hukuki menfaati ihlal edilen suçtan zarar gören kişileri kapsam dışında bırakacak şekilde yalnızca “mağdur” veya “şikâyetçi” kavramlarının kullanılmış olmasıdır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, bu kavramlar CMK’da birbirlerinin yerini alacak şekilde kullanılmıştır. Dolayısıyla, Kanun’un sistematığına bakılarak bu kavramların anlamlandırılmaya çalışılması olanaksızdır.

Ceza muhakemesi hukukunda *şikâyetçi*, takibi şikâyete bağlı olan suçlarda, TCK m. 73’te öngörülen şikâyet yetkisini kullanan kişiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla, uygulanması bakımından suçun takibinin şikâyete bağlı olup olmadığının herhangi bir önemi bulunmayan CMK hükümlerinde (m. 146/7, 180/3, 233, 234, 235, 236, 251/2) *şikâyetçi* kavramının kullanılmış olması isabetsizdir. Bu nedenledir ki, özellikle CMK m. 233’te geçen şikâyetçi kavramından; şikâyete bağlı olsun veya olmasın işlenen suç dolayısıyla *suçtan zarar gören* bütün kişilerin anlaşılması gerekmektedir. Bununla birlikte, şikâyete bağlı olan suçların soruşturması ve kovuşturmasında şikâyet yetkisini kullanmış kişiye işaret eden hükümlerde (m. 158/6) bu kavramın kullanılmış olması yerindedir.

Kanaatimizce, özellikle ceza muhakemesi hukukunda bireysel iddia makamına bağlanan yetki ve yükümlülüklerin düzenlendiği hükümler bakımından *mağdur* ve *şikâyetçi* kavramlarının kullanılması doğru değildir⁵⁰. Dolayısıyla, kavramsal birliğin sağlanması amacıyla, CMK’da bireysel iddia makamını işgal edecek süjeyi ifade etmek üzere sadece *suçtan zarar gören* kavramının kullanılması gerekir. Öte yandan *suçtan zarar gören* kavramının da maddi ceza hukuku bakımından herhangi bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Bu çerçevede, **mağdur bir maddi ceza hukuku kavramı olmasına rağmen,**

⁵⁰ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, madde başlıkları da dahil olmak üzere “*Opfer* (mağdur)” kavramı on dört kez (metin içerisinde ise on bir kez) kullanılmış olup; bunlardan dokuzu fail-mağdur uzlaşmasına (*Täter-Opfer-Ausgleich*) ilişkindir. Üç kez StPO § 154c hükmü kapsamında cebir ve tehdit suçunun mağdurunun (*Opfer einer Nötigung oder Erpressung*) işlediği bir suçun açıklanacağına yönelik olarak gerçekleştirilen davranışlar bakımından savcının takdir yetkisi kapsamında bu ifade, tamamen maddi ceza hukuku çerçevesinde kullanılmıştır. Mağdur kavramı § 406j hükmünde “Suç Mağdurlarının Zararlarının Tazmini Yasası (*Opferentschädigungsgesetzes*)” olarak ve yine aynı madde kapsamında mağdurların korunmasına yönelik kurumlar ifade edilirken “*Opferhilfeeinrichtungen*” şeklinde kullanılmıştır. Bunlar dışında ceza muhakemesi sürecinde herhangi bir yetkinin kullanılmasını konu alan herhangi bir düzenlemede “mağdur” ifadesine yer verilmemiş; kanunun genelinde suçtan zarar görenin yetki ve yükümlülükleri düzenlenmiştir.

suçtan zarar gören esasen ceza muhakemesi hukuku kavramıdır⁵¹.

Mağdur ile suçtan zarar gören ayrımının yapılması ve mağdurun kim olduğunun belirlenmesi, maddi ceza hukuku bakımından önem taşır. Suçun maddi unsurlarından birini oluşturan mağdur; suç teşkil eden davranış bizzat kendisine yönelik olarak gerçekleştirilmiş olan kişiyi ifade eder⁵². Örneğin hırsızlık suçunda, malın maliki ile fiilin yöneldiği kişinin ayrıldığı durumlarda, taşınır malın zilyedi suçun mağduruyken malın mülkiyetinin ait olduğu kimse suçtan zarar görendir. Keza yağma, hakkı olmayan yere tecavüz, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık veya kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf gibi malvarlığına karşı işlenen suçlarda, malın maliki ile fiilin yöneldiği kişinin ayrıldığı durumlarda, malın maliki *suçtan zarar gören*, fiilin yöneldiği kişi ise *mağdur* sıfatına sahiptir. Keza mağdurun belirlenmesi bazı maddi ceza hukuku kurallarının uygulanması bakımından önem arz etmektedir (örneğin TCK m. 43/1, 2).

Ceza muhakemesi sisteminde ise kendisine bireysel iddia makamını işgal edebilme yetkisi tanınmış olan kişi **suçtan zarar gören** olup, ceza muhakemesinde bu makama tanınan yetkiler suçtan zarar gören sıfatına bağlı olarak kullanılabilir. Bu nedenle ceza muhakemesi hukuku bakımından mağdur ve suçtan zarar gören ayrımı yapmak yerine *suçtan zarar gören kişilerin kim(ler) olduğu, bu belirlemede bulunulurken hangi kritere başvurulacağı ve suçtan zarar gören kavramının içeriğinin ne şekilde belirleneceği* önem arz etmektedir.

B. Suçtan Zarar Gören Kavramının Her Bir Düzenlemenin Amacına Göre Farklı Yorumlanabilmesinin Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

Yeni-Kantçı düşüncenin bilgi anlayışı ekseninde şekillenen teleolojik kavram oluşturma metodu kapsamında; kanuni düzenlemelerde yer verilen aynı hukuki kavramlara, ait olduğu hukuk dalının sistemi, ilgili kanuni düzenlemenin amacı ve fonksiyonu göz önüne alınarak farklı içerikler özgülenebilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵³.

⁵¹ Sami Onursal, Kamu Davasına Müdahale, Fakülteler Matbaası, 1968, s. 56; Yurtcan, s. 252.

⁵² Mağdur kavramına ilişkin açıklamalar için bkz. Mahmut Koca/ İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin, 2020, s. 114 ila 116.

⁵³ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Erik Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre: Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre Teil I, J. Bensheimer, 1928, s. 79 vd., 91 ila 95; Max Grün-

Farklı hukuk dallarını düzenleyen kanunlarda yer alan aynı hukuki kavramların ilgili hukuk dallarının sistemi, amacı ve fonksiyonu esas alınarak farklı şekilde yorumlanması ve değerlendirilmesi ve bu suretle söz konusu kavramların içeriklerinin farklı şekilde belirlenmesi mümkündür. Bu durum, hukuki kavramların göreceliliği (*Relativität der Rechtsbegriffe*) olarak nitelendirilmekte⁵⁴ ve her bir hukuk dalında yer verilen aynı hukuki kavramların, o hukuk dalına özgü anlama sahip olabileceği ileri sürülmektedir⁵⁵. Aynı şekilde farklı bilim dalları bakımından da bu prensip evleviyetle geçerlidir. Buna göre, psikoloji biliminin incelediği irade kavramının içeriği ile ceza hukuku bağlı olmayıp, ceza hukuku irade kavramına kendi yapısına özgü bir anlam verebilir. Ceza hukukunun özel hükümlerinde yer alan suç tipleri, “*kendinde*” herhangi bir değer barındırmayan yaşam olaylarının ilk kez kanun koyucu tarafından bir değerlendirmeye tabi tutularak kuralın içeriğinde dönüşüme uğramaları ve tipikliği oluşturan soyut kavramlara aktarılmaları suretiyle oluşturulur. Bu kuralların yorumlanması da salt ceza hukuku sisteminin fonksiyonu ve amacı göz önüne alınarak gerçekleştirilir⁵⁶.

Fakat *aynı kanunda* yer verilen kavramlara her bir düzenlemenin amacına göre *farklı* içerik özgülenmesi kanaatimizce metodolojik olarak sorunludur⁵⁷. Hukuki güvenliğin tesis edilebilmesi için aynı kanun metni

hut, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Mohr Siebeck, 1926, s. 5-7, 15.

⁵⁴ Hans-Ludwig Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Carl Heymanns, 1983, s. 93 dn. 24.

⁵⁵ Günther, bu argümantasyonu, ceza hukukunun kullandığı nedensellik bağı, taksir, ihmal kavramlarına hukuk dalının spesifik özellikleri kapsamında amaca uygun hukuki kavram oluşturma anlayışı çerçevesinde özel hukukta farklı anlamlar verildiğine işaret ederek desteklemektedir (s. 94). Bu görüşle birlikte ortaya çıkan “hukuk düzeninin teklifi” tartışmaları hakkında bilgi için bkz. Günther, s. 96-98.

⁵⁶ Wolf, s. 79 vd. Bilgi için ayrıca bkz. Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, 1990, s. 15 ila 17.

⁵⁷ Türk doktrininde suçtan zarar gören kavramının, yer aldığı düzenlemenin amacına göre farklı ölçütler benimsenerek yorumlanması ve anlamının değişiklik arz edebileceği görüşü hâkimdir. Öztürk/Erden, s. 318; Kunter, s. 328; Onursal, s. 43, 56.; Cumhuriyet Şahin/ Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 11. Bası, Seçkin, 2020, s. 139; Yurtcan, s. 252; Feridun Yenisey/ Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Seçkin, 2020, s. 171.

Kunter’e göre, suçtan zarar gören kavramı, **şikayet yetkisinde** resen soruşturma ilkesinin bir istisnası söz konusu olduğundan dar yorumlanmalı; **hâkimin yasaklılık halinde** hâkimlerin objektifliğini en iyi şekilde sağlamak amacıyla geniş yorumlanmalı; **katılma yetkisinde** kamu davasına katılmanın sakıncalarını azaltmak için dar yorumlanmalı, **kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz yetkisinde** suçların cezasız kalmaması için geniş yorumlanmalı, **şahsi davacı** olmada ise şahsi dava kamu davasına oranla istisna olduğundan

içerisinde bulunan tüm kavramlar yeknesak bir yoruma tabi tutulmalı ve aynı içeriğe sahip olacak biçimde anlaşılmalıdır. Bu itibarla aynı kanun metni içerisinde kullanılan hukuki kavramlara aynı anlamın özgülmesi gerekir⁵⁸. Nitekim suçtan zarar görene verilecek anlamın, bu kavramın ilişkin olduğu her hukuki müessesenin amacına uygun olarak değişik ölçütler benimsenerek farklı şekilde yorumlanması pratik açıdan da sorunlara yol açabilmektedir. Bu görüşü savunan yazarların çoğu, suçtan zarar gören kavramını şikâyet yetkisi kullanılırken dar, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itirazda geniş, katılma yetkisi bakımından ise dar şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir⁵⁹. Bu düşünce benimsendiği takdirde; kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz ederek duran bir muhakemeyi devam ettirme yetkisine sahip olan kişi, şikâyette bulunarak ceza muhakemesini başlatma veya muhakemeye katılma ve katılan sıfatıyla bağlantılı olarak kanun yoluna başvurmak suretiyle verilen hükmün denetlenmesini sağlama yetkilerine sahip değildir. Oysa her üç düzenlemenin de muhakemenin yürütülmesini sağlama amacına yönelik olduğu dikkate alınır, söz konusu yaklaşımın çelişkili sonuçlar doğuracağı anlaşılacaktır. Bu itibarla, aynı kanunda yer alan aynı kavramın farklı şekillerde yorumlanması hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden, CMK'da

dar yorumlanmalıdır (s. 89, 211, 234, 328, 800). *Onursal*, şikâyette bulunma yetkisi tanınan şahısların çevresi, şikâyet şartının mahiyeti gereği dar tutulması gerektiğini (s. 56); katılma yetkisi bakımından ise suçla korunan hukuki menfaatle yakın ve haklı bir ilgisi bulunan her şahsın suçtan doğrudan doğruya zarar gören olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu kapsamda kalan kişilerin katılma yetkisine sahip olacağını belirtmiştir (s. 58).

Yargıtay da bu yönde hüküm vermektedir: "...Yasalarımızda, bazen 'mağdur' (5271 sayılı CYY'nin 12 ve 237 md., 5237 sayılı TCY'nin 86/2, 131 md.), bazen de 'suçtan zarar gören kişi' (5271 sayılı CYY'nin 237 md., 5237 sayılı TCY'nin 73.md.), denilen zarar gören ferde aktif veya pasif süje olarak haklar tanınır, ödevler verilirken, her hak ve ödevde yasa koyucunun farklı ölçü ile hareket etmesi mümkündür. Örneğin şikâyet hakkı tayin edilirken başka, kamu davasına katılma hakkı tayin edilirken başka ölçü tutulmuş olabilir. Dolayısıyla 'suçtan zarar gören' terimi ihtiyaca göre yorumlanmalıdır. Örneğin; hâkimlerin objektifliğini en iyi biçimde sağlayabilmek amacı, hâkimin davaya bakamayacağı halleri düzenleyen CYY'nin 22. maddesinde geçen 'suçtan kendisi zarar görmüşse' terimini en geniş biçimde yorumlanmayı gerektirir..." (YCGK, 12.4.2016, E. 2014/830, K. 2016/185; YCGK, 19.2.2013, E. 2012/6-1490, K. 2013/59; YCGK, 16.12.2008, E. 2008/146, K. 2008/235).

⁵⁸ Suçtan zarar gören kavramının, kanunda yer verildiği her düzenlemede aynı şekilde yorumlanması gerektiğine dair bkz. Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, 2. Bası, Ajans-Türk Matbaacılık, 1968, s. 564; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Cilt I Genel Kısım*, 4. Bası, Acar Matbaacılık, 1984, s. 191. Bu yazarlara göre; suçtan zarar gören kavramı, suç dolayısıyla doğrudan doğruya zarar gören kişileri kapsamakta; suçtan dolaylı zarar görenler bu kavramın kapsamı dışında kalmaktadır.

⁵⁹ Kunter, s. 328, 800.

geçen suçtan zarar gören kavramının yerine göre dar, yerine göre geniş şekilde yorumlanabileceği görüşüne iştirak etmemekteyiz.

C. Suçtan Zarar Görenin Belirlenmesine Yönelik Kriterler

Suçtan zarar gören doğrudan ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren bir kavram olmakla birlikte, bu sığata sahip kişilerin kimler olduğu tamamen maddi ceza hukuku çerçevesinde belirlenmektedir. İşlenen suç dolayısıyla mağdur dışında hukuki menfaati ihlal edilen kişilerin suçtan zarar gören sıfatına sahip olup olmadıklarının nasıl belirleneceği ise ele alınan konu açısından büyük önem arz etmektedir. Nitekim kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edilmesi halinde, sulh ceza hâkimliği ilk aşamada başvurunun suçtan zarar gören sıfatına sahip bir kişi tarafından yapılip yapılmadığını değerlendirecektir.

Suçtan zarar gören sıfatına sahip olan kişilerin tespitine yönelik görüşler üç başlık altında ele alınabilir. Bu kapsamda maddi ceza hukuku müesseseleri olan suç tipiyle korunan hukuki menfaat ve suç tipinin koruma alanı kriterlerine başvurulmaktadır⁶⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, bu tasnif yapılması aşağıda yer verilen görüşlerin birbirlerinden net bir biçimde ayrılabilđi anlamına da gelmemektedir. Yer verilen her bir kategori birbiriyle doğrudan bağlantılıdır.

1. Hukuki Menfaatin Doğrudan İhlali Görüşü

Almanya'da iddianame düzenlemeye zorlama muhakemesi sonucunda karar verme yetkisine sahip olan yargı makamı olarak yüksek eyalet mahkemeleri, uygulamada "suçla korunan hukuki menfaatin doğrudan ihlali" kriterini benimsemektedir. Buna göre, ihlal edilen kuralın koruduğu menfaatlerin ait olduğu kişi suçtan zarar görendir. StPO § 172 hükmü kapsamında suçtan zarar gören kimse, suçla korunan hukuki menfaatin doğrudan ilişkili olduğu

⁶⁰ Frisch, s. 7 vd.; Jung, s. 1150; OLG Hamburg, Beschluß vom 14. 9. 1971 - 1 Ws 226/71, NJW, 1972, s. 117.

kimsedir⁶¹,⁶². Diğer bir deyişle, suçla korunan hukuki menfaati *doğrudan* ihlal edilen kişiler suçtan zarar gören sıfatına sahiptir⁶³. Suçtan dolaylı olarak zarar gören kişiler ise bu kapsamda telakki edilemez. Bireyin, işlendiği iddia edilen suç dolayısıyla toplumu oluşturan diğer bireylerden farklı bir biçimde, daha yoğun bir etkiye maruz kalarak menfaatlerinin ihlal edildiği söylenemiyorsa suçtan doğrudan zarar gören sıfatına sahip olduğundan bahsedilemez⁶⁴.

Türk yargı uygulamasında da söz konusu kriter benimsenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun birçok kararında, suçtan zarar gören kavramının kanunda açıkça tanımlanmadığı bununla birlikte bu kavramın **“suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma halini”** ifade ettiği vurgulanmıştır⁶⁵.

⁶¹ OLG Frankfurt a.M., Beschluß vom 12. 3. 2002 - 2 Ws 21/02, 2002, NSTZ-RR, s. 174; OLG Stuttgart, Beschluß vom 4. 12. 2000 - 1 Ws 222/00, NJW, 2001, s. 840; OLG Karlsruhe (1. Strafsenat), Beschluss vom 03.08.2004 - 1 Ws 157/03, 2004, BeckRS, s. 9351. Son kararda; çevrenin kirletilmesine yönelik suçlarda korunan hukuki menfaatin toplumun sağlığı ve ekolojik dengenin korunması olduğu ve bu itibarla salt bireyler üstü nitelikte bulunduğu belirtilerek bu kapsamdaki suçların soruşturmaları sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı kişilerin münferit olarak suçtan zarar gören olduklarından bahisle kovuşturma davası açamayacaklarına hükmedilmiştir. Oysa kanaatimizce, çevrenin kirletilmesi suretiyle hukuki menfaatleri ihlal edilmiş bulunan (zarar görmek veya somut bir tehlikelilikle karşı karşıya kalmak suretiyle) somut bireylerin suçtan doğrudan zarar gören niteliklerinin bulunduğu kabul edilmelidir.

⁶² Moldenhauer, § 172 kn. 19; Meyer-Goßner/ Schmitt, § 172 kn. 9; Sing/ Andrä, § 172 kn. 12; Volk/ Engländer, § 12 kn. 12.

⁶³ Türk doktrininde doğrudan zarar görme kriterini benimseyen yazarlar için bkz. Baha Kantar, Ceza Muhakemeleri Usulü I, 4. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, 1957, s. 173; Keyman, s. 113; Tosun, Suç Muhakemesi II, s. 64;

⁶⁴ Frisch, s. 11; Meyer-Goßner/ Schmitt § 172 kn. 10; Sing/ Andrä, § 172 kn. 12. Müstehcen ürünlerin yayınlanması dolayısıyla bu yayının kamusal olarak satışa sunulduğu kitapçının çevresinde ikamet eden bireyler ya da mesleği dolayısıyla bu içerikte bir yayının satışa sunulduğuna dair bilgi sahibi olan bireyler bu suçtan doğrudan zarar gören sıfatına sahip değildir. OLG Hamburg, Beschluß vom 24. 6. 1966 - 2 Ws 182/66, 1966, NJW, s. 1933.

⁶⁵ Yargıtay, suçtan zarar gören niteliğinin tespiti bakımından, “Sanığa yüklenen ve cezalandırılması istenilen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturması konusundaki isteğini göz önünde tutmak ve bu haklı görüldüğünde kişiye suçtan zarar görme niteliği tanımak durumundadır. Görüldüğü gibi gerek yargısal kararlarda gerekse doktrinde, katılma için aranan ve yargıcın değerlendirmesi gereken keyfiyet, ‘haklı çıkarın zedelenmesi’ ve ‘cezalandırma konularındaki psikolojik durumdur.’” belirlemelerinde bulunmaktadır. (YCGK, 27.3.2018, E. 2017/225, K. 2018/129; YCGK, 12.4.2016, E. 2014/830, K. 2016/185; YCGK, 19.2.2013, E. 2012/6-1490, K. 2013/59; YCGK, 7.2.2012, E. 2011/5-350, K. 2012/27 YCGK, 15.7.2008, E. 2008/95, K. 2008/195; YCGK, 17.6.2003, E. 2003/1-172, K. 2003/194; YCGK, 29.6.1992, E. 1992/4-176, K. 1992/201)

Ancak belirtmek gerekir ki, “haklı çıkarın zedelenmiş olması” kriteri içerik olarak somutlaştırılmaksızın, suçtan zarar gören sıfatının net bir şekilde belirlenebilmesi mümkün

2. Suçtan Dolaylı Olarak Zarar Görmenin Yeterli Olduğu Görüşü

Doktrinde *Schmidt* tarafından ileri sürülen bu görüşe göre, işlendiği iddia edilen suç dolayısıyla ihlal edilen hukuki menfaat ile yakın bir ilgisi bulunan ve bundan dolayı fail hakkında ceza kovuşturması yapılarak ona devlet eliyle misliyle karşılık verilmesine yönelik gereklilik (*Vergeltungsbedürfnis*) konusunda haklı bir beklentisi bulunan kişi(ler) suçtan zarar gören sınıfa sahiptir⁶⁶.

Schmidt'in adaletin tesis edilmesi için haksızlık teşkil eden davranışa devlet tarafından *misliyle karşılık verilmesine yönelik gereklilik*⁶⁷ görüşü kapsamında; muhakeme yürütülmediği takdirde adaletin tecelli etmesi beklentisi zedelenen ve bu sebeple fiilin kovuşturulması yolundaki isteğini haklı gösterecek bir misliyle karşılık verme ihtiyacı bulunan kişiler suçtan zarar gören sınıfa sahip kabul edilmelidir⁶⁸.

Bu görüş kapsamında suçtan zarar gören kavramı, amaca aykırı olarak en geniş şekilde ele alınmakta ve suç teşkil ettiği iddia edilen davranışın dolaylı nitelikte olsa bile etki ettiği herkes suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir⁶⁹. Bu anlayış esas alındığında; şüphelinin bir kimseye karşı

değildir.

⁶⁶ Eberhardt Schmidt; Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II: Erläuterungen zur StPO und zum Einführungsgesetz zur StPO, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, § 171 kn 12, § 172 kn 15. Roxin/Schünemann, § 41 Rn. 5. Türk Hukukunda bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. Öztürk/Erdem, s. 317, dn. 53, s. 319. Yazarlara göre, hâkim bu kriteri somut olayda günlük hayat tecrübelerine dayanarak değerlendirecektir, s. 319.

⁶⁷ *Schmidt*'e göre; fuhşa teşvik ve aracılık davranışları (TCK m. 227/2; StGB § 181a) kapsamında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına bizzat fuhuş yapan kişinin itiraz edebilmesi mümkündür. Zira fuhşa teşvik ve aracılık edilmesi fiilleri kapsamında sömürülen kişi de suçtan zarar gören sınıfa sahiptir, § 171 kn 9. Alman İmparatorluk Mahkemesi ise; bu suçla korunan hukuki menfaatin toplumsal ahlak anlayışı ve kamu sağlığı olması dolayısıyla fuhuş yapmaya yöneltilen kişinin suçtan zarar gören sınıfa sahip olmadığına hükmetmiştir, RGSt 69, s 108-109.

⁶⁸ Schmidt, § 171 kn 12. Söz konusu kriterin belirsiz nitelikte olduğu, kanun koyucunun iradesine uygun olarak suçtan zarar gören kavramının içeriğini net bir şekilde belirleme imkânı vermediği ve "misilleme, misliyle karşılık verme ihtiyacı" ifadesinin ölçü mantığıyla zikredilen, modern hukuk sistemlerinde doğrudan yeri olmayan, Tevrat'tan mülhem nitelikte olduğuna dair bkz. OLG Stuttgart, Beschluß vom 4. 12. 2000 - 1 Ws 222/00, 2001, NJW, s. 840

⁶⁹ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin suçtan zarar gören kavramını en geniş şekilde ele alarak işlendiği iddia edilen suç dolayısıyla herhangi bir şekilde menfaat ihlaline uğrayan ve dolaylı zarar gören kişilerin de kovuşturma davası açabileceklerine dair kararı için bkz. RGSt 23, 361.

cinsel saldırı eylemi gerçekleştirdiğinden bahisle yürütülen soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı, cinsel saldırıya maruz kaldığı iddia edilen kişinin eşinin de suçtan zarar gören sıfatının bulunduğu kabul edilebilir⁷⁰. Yine bir suç dolayısıyla doğrudan zarar gören kişinin yakınlarının da failin cezalandırılması bakımından haklı beklentisinin bulunduğu ileri sürülebilir. Zira suçtan zarar gören niteliği tespit edilirken işlenen suçun kişiler üzerinde meydana getirdiği elem ve tesirin dikkate alınması gerekir. Bu açıklamalardan da anlaşılabilir gibi, söz konusu kriter, kanun koyucunun iradesiyle çelişir şekilde suçtan zarar gören niteliğinin sınırlarını genişletmekte olup, içerik olarak belirsiz bir mahiyete sahiptir⁷¹.

3. İşlenen Suçun Koruma Alanı Görüşü

Bu görüş uyarınca kanun koyucunun her bir suç tipiyle koruma altına almayı amaçladığı alanın (*Schutzbereich des Straftatbestandes*) tespiti sayesinde suçtan zarar gören kişi(ler) belirlenir⁷². Buna göre, işlendiği iddia edilen suçun koruma alanı kapsamında bireysel menfaatleri ihlal edilen kişiler suçtan zarar gören niteliğine sahiptir. Failin fiili dolayısıyla kovuşturulmasının sağlanmasını talep etme yetkisinin kime ait olduğu, bu hususta *tatmin edilmeye yönelik haklı menfaate* (*Genugtuungsinteresse*) sahip kişilerin kimlerden ibaret olduğu; *suç tipinin koruma alanı çerçevesinde belirlenmelidir*⁷³. İşlendiği iddia edilen suç dolayısıyla *toplumu oluşturan diğer bireylere kıyasla somut olarak daha yoğun bir etkiye maruz kalan ve hukuken korunan menfaatleri*

⁷⁰ Örnek için bkz. Wohlers, § 172 kn. 29.

⁷¹ Meyer-Krapp, s. 57; Moller'den nakleden Preuß, s. 765. Suçtan zarar görenin “suça konu davranıştan etkilenen, bundan muzdarip olan kişi” olarak tanımlanmasının, bu kişilerin tespitine elverişli nitelikte sınırlanabilir bir ölçüt olmaması dolayısıyla eleştirisi için bkz Meyer-Goßner, s. 229.

⁷² Frisch, s. 9, 11 vd.; Meyer-Krapp, s. 58; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 52; Kölbl, § 172 kn.15.

⁷³ Kölbl, § 172 kn. 15; Hefendehl, s. 589. Bireyin toplumun bir üyesi olmasından ziyade suç teşkil ettiği iddia edilen davranışın ifade ettiği haksızlık ile arasında hukuk düzeni tarafından tanınmış olan spesifik mahiyette yakın bir irtibatın (*Rechtsordnung anerkannte spezifische Nähebeziehung*) bulunması gerektiğine dair bkz. Graalman-Scheerer, § 172 kn. 52. Doktrinde Schall tarafından; spesifik yakın irtibat kriterinin, normatif olarak, suçla korunan hukuki menfaatin ihlali ve suç tipinin koruma alanı kriterlerinden daha belirli mahiyette olduğu ileri sürülmektedir, Hero Schall, “Der Verletzte im Klageerzwingungsverfahren bei Umweltdelikten”, 2020, 40 (10), Neue Zeitschrift für Strafrecht, s. 574 vd. Bununla birlikte “spesifik mahiyette yakın irtibat” görüşü Graalman-Scheerer tarafından suç tipinin koruma alanı kriterini gerekçelendirmek ve detaylandırmak için ortaya konulmuştur.

spesifik olarak ihlal edilen kişi suçtan zarar gören sıfatına sahiptir⁷⁴. Söz konusu spesifik mağduriyetin varlığı, işlendiği iddia edilen suçla bireysel menfaatlerin bir ölçüde de olsa koruma altına alındığından bahsedilebildiği hallerde de kabul edilebilir⁷⁵.

Suç tipinin maddi koruma alanının *tamamen* bireyler üstü menfaatlerin (*überindividuelle Belange*) korunmasına yönelik olduğu; başka bir anlatımla, suçla korunan hukuki menfaatin münhasıran toplumsal nitelikte olduğu ve gerçekleştirilen davranış dolayısıyla ihlal edilen kural kapsamında somut bir bireyin ikincil düzeyde de olsa menfaat ihlalinin gerekçelendirilemediği hallerde, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edebilecek bir “suçtan zarar gören” bulunmaz⁷⁶.

4. Görüşümüz

Ceza muhakemesinin konusu bir **suç** şüphesidir. Buna bağlı olarak, ceza muhakemesinin sülheleri, işlendiği iddia edilen **suç tipine** göre belirlenir. İşlenen suç dolayısıyla mağdur dışında hukuki menfaati ihlal edilen kişilerin suçtan zarar gören sıfatına sahip olup olmayacaklarının sınırını ise, işlendiği iddia edilen suç tipinin koruma alanı oluşturur. Dolayısıyla, suçtan zarar gören sülheliği, suç teşkil eden fiilin ihlal ettiği hukuki menfaatlerin ilgili suçun koruma alanı kapsamında kaldığı ölçüde söz konusu olacaktır.

Suçun koruma alanı kriterinin suçla korunan hukuki menfaatin doğrudan ihlali kriterinden farkı; suç tipinin koruma alanı anlayışının suçla korunan hukuki menfaatin ihlali kriterine göre daha belirli olması, suçtan zarar görenin çok daha somut bir şekilde tespitine imkân vermesi ve böylece hukuki güvenliğin tesisine daha iyi hizmet etmesidir⁷⁷. Zira yüksek eyalet mahkemelerinin, hukuki menfaatin doğrudan ihlali kriterine dayanmalarına rağmen aynı suç tipi bakımından farklı sonuçlara ulaştıkları belirtilmektedir⁷⁸. Bununla birlikte, hukuki menfaatin doğrudan ihlali kriteri ile koruma alanı kriteri ekseriyetle birlikte benimsenmiş olup katı bir biçimde ayrıma tabi

⁷⁴ Frisch, s. 11; Wohlers, § 172 kn. 25; OLG Hamburg, Beschluß vom 24. 6. 1966 - 2 Ws 182/66, 1966, NJW, s. 1933.

⁷⁵ Wohlers, § 172 kn. 25, 27; Hefendehl, s. 591 vd.

⁷⁶ Graalman-Scheerer, § 172 kn. 56; Wohlers, § 172 kn. 28; Kölbl, § 172 kn. 21.

⁷⁷ Frisch, s. 9 -11; Meyer-Krapp, s. 58, 163.

⁷⁸ Belirleme için Meyer-Krapp, s. 58 dn. 599.

tutulmamıştır⁷⁹. Zira suç düzenlemesinin koruma alanının suçla korunan hukuki menfaatten bağımsız bir şekilde ele alınabilmesi mümkün değildir⁸⁰.

İşlendiği iddia edilen suçun koruma alanı kapsamı dışında kalan hukuki menfaat ihlalleri suçtan zarar gören süljeliği vermeyeceğinden, özellikle suçtan zarar görenin “yakınlarının” suçtan zarar gören sıfatına sahip olamayacağını belirtmemiz gerekir. Bu anlamda, uygulamada öldürme suçlarında ölen kişinin yakınlarının suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi doğru değildir. Bu kişiler ölüm neticesine bağılı olarak maddi veya manevi olarak zarar görmüş olabilir. Buna bağılı olarak, bu kişilerde suçun aydınlatılması hususunda haklı bir beklenti oluşmuş olabilir. Ancak, bu kişilerin haklı beklentisi, suçla korunan hukuki menfaatin ihlalinden doğmamakta; suçun gerçekleşmesinden sonraki maddi ve manevi zarara dayanmaktadır. Nitekim kasten öldürme suçuyla korunan hukuki menfaat yalnızca yaşama hakkı olup; bu suçla öldürülen kişinin yakınlarıyla ilişkilendirilebilecek herhangi bir hukuki menfaat korunmamaktadır. Öldürülen kişinin yakınlarına ceza muhakemesi süljeliği tanınmak isteniyorsa, bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir⁸¹. Aynı gerekçeyle, özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların mağduru olan kişinin yakınlarının suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Suç tipiyle bireyler üstü nitelik arz eden toplumsal menfaatlerin korunmasının amaçlandığı, ancak bu suçların aynı zamanda bireysel menfaat koruması şeklinde de formüle edilebilmelerinin mümkün olduğu düzenlemelerde, suçla korunan hukuki menfaatle ilişkilendirilecek şekilde tehlikeye veya zarara uğrayan kişiler de suçtan zarar gören sıfatına sahiptir⁸². Bir başka anlatımla, esasen toplumsal nitelikteki hukuki menfaatleri korumayı amaçlayan, ancak kanunda cezalandırılabilir davranışın sınırlarının öne çekilmesi suretiyle fiilin henüz bireysel menfaat ihlaline dönüşmeden yaptırımı tabi tutulmasının ve bu suretle menfi nitelikte genel önlemenin

⁷⁹ OLG Stuttgart, Beschluss vom 19. 9. 2011 - 4 Ws 197 + 198/11, 2012, NStZ-RR, s. 116; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20-02-1987 - 1 Ws 28/87, 1987, NJW, s. 1835. Bu kararda mahkeme, toplumsal nitelikteki hukuki menfaatlere ilişkin ihlallerin cezalandırıldığı suç tiplerinde “suçtan zarar gören” niteliğinin münferit bir kişi bakımından kabul edilebilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.

⁸⁰ Meyer-Krapp, s. 58.

⁸¹ Nitekim Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda öldürme suçlarında mağdur yakınlarının kamu davasına katılma yetkisi, suçtan zarar gören sıfatından bağımsız olarak ayrıca düzenlenmiştir (StPO § 395/2-1).

⁸² Kölbl, § 172 kn. 22.

sağlanmasının amaçlandığı suç tiplerinde, ilgili suçla korunan hukuki menfaat kapsamında suçtan etkilenen kişiler de suçtan zarar gören sıfatına sahip olup kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edebilirler⁸³. Bu anlamda, bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin korunmasının ön alanını oluşturan ve aslen güvenlik bağlamında toplumsal nitelikteki hukuki menfaatleri korumayı amaçlayan somut tehlike suçlarında suçtan zarar gören niteliğinin kabulü bu suretle mümkün olmaktadır. Örneğin bir somut tehlike suçu niteliğindeki trafik güvenliğinin kasten tehlikeye sokulması suçuyla korunan hukuki menfaat toplumsal nitelikte olup trafik düzeninin güvenli bir şekilde işleminin sağlanmasıdır. Ancak trafik kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen davranış dolayısıyla hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından somut olarak bizzat tehlikeye maruz bırakılmış olan ve zarar görme riski yaşayan kişilerin bu suçtan dolayı verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı başvuruda bulunabilmeleri mümkündür⁸⁴.

Böylece yukarıda yer verilen suçla korunan hukuki menfaat ihlali kriterinin yetersizliği, suçun koruma alanı anlayışının benimsenmesi suretiyle aşılabilir.

Somut tehlike suçlarının aksine, soyut tehlike suçları bakımından bireysel menfaat koruması doğrudan olmayıp dolaylı niteliktedir. Bu itibarla soyut tehlike suçlarında kural olarak suçtan zarar gören somut bir kişi bulunmaz. Zira soyut tehlike suçlarıyla, toplumun korunması amacına matuf olarak kişilerin belirli davranış standartlarına uygun hareket etmelerinin güvence altına alınması sağlanmaya çalışılmaktadır ve bu suçlar dolayısıyla ortaya çıkan bireysel menfaat koruması yalnızca toplumsal davranış standartlarına uyulmasının *yansımaları* mahiyetindedir⁸⁵. Bununla birlikte, soyut tehlike suçunun işlenmesi dolayısıyla ayrıca bireysel nitelikte bir hukuki menfaatin ihlali de söz konusu olmuş ve bu menfaat soyut tehlike suçunun koruma alanı kapsamındaysa, menfaati ihlal edilen kişi suçtan zarar gören sıfatına sahiptir⁸⁶.

⁸³ Frisch, s. 11; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 56.

⁸⁴ Frisch, s. 11; Wohlers, § 172 kn. 30; Bauer, s. 299; Schall, s. 574. Yüksek eyalet mahkemeleri ise suçla korunan hukuki menfaat ihlalinin doğrudan ihlali kriterini benimsedikleri tehlike suçlarında herhangi bir suçtan zarar gören bulunmadığı için *iddianame düzenlemeye zorlama muhakemesinin* açılmayacağına hükmetmektedir. Aynı yönde görüş için bkz. Schroeder/Verrel, § 154.

⁸⁵ Wohlers, § 172 kn. 30.

⁸⁶ Meyer-Krapp, s. 65. Bu hususta bkz. aşağıda yalan tanıklık ve belgede sahtecilik suçlarına ilişkin açıklamalar: C.IV.

Bu çerçevede son olarak belirtilmesi gereken husus, “*ceza muhakemesine konu olay bakımından özel hukuk kapsamında tazminat talebinde bulunma yetkisine sahip olan kişi suçtan zarar görendir*” önermesinin doğru olmadığıdır. Suçtan zarar gören sıfatına sahip olmanın şartları, özel hukuk kapsamında tazminat talebinde bulunmanın şartlarıyla örtüşmemektedir. İfade edildiği gibi, suçtan zarar gören, gerçekleştirilen haksızlık dolayısıyla menfaatleri özel olarak ihlal edilen, toplumu oluşturan diğer bireylere nazaran daha yoğun bir infiale sevk edilen kişidir. Suç tipinin koruma alanı kapsamında bulunmayan hususlarla ilgili özel hukukta kişiye tazminat talebinde bulunma yetkisi tanınmış olabilir yahut yapılacak ex post nitelikte bir araştırmanın neticesinde ceza hukuku koruması dışında bulunan birtakım menfaat ihlallerinin tazminat talebine konu edilebilmesi söz konusu olabilir. Aynı şekilde, özel hukukta tazminat talebine konu edilebilecek somut bir zarar bulunmamasına rağmen ceza hukuku bakımından suçtan zarar gören sıfatından bahsedilebilir. Bu itibarla tazminat talebinde bulunabilmek için gereken koşullar ile ceza muhakemesi hukuku süjeliğini gerekçelendiren suçtan zarar gören sıfatı özdeş değildir.

Tüzel kişilerin suçtan zarar gören sıfatı ayrıca değerlendirilmesi gerekir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, suç mağdurunun aksine, tüzel kişiler ve tüzel kişiliği haiz olmayan kişi toplulukları da suçtan zarar gören olabilir. Bu kişiler veya organizasyonlar, temsile yetkili organları vasıtasıyla kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edebilirler⁸⁷.

Özel hukuk tüzel kişileri suçtan zarar gören sıfatına sahip olabilmekle beraber, bizzat kendilerine karşı işlenmeyen suçlar bakımından bunların suçtan zarar gören sıfatı bulunmaz. Bu itibarla örneğin, derneklerin tüzüklerinde yer verdikleri amaçları doğrultusunda korumaya ve geliştirmeye özgülendikleri

⁸⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun birçok kararında ise CMK'da benimsenen düzenleme tarzına ilişkin şu belirlemelerde bulunulmuştur: “5271 sayılı CMK'nun ‘Kamu davasına katılma’ başlıklı 237. maddesinin 1. fıkrasında; ‘mağdur; suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler’ hükmü ile kamu davasına katılma hak ve yetkisi bulunanlar üç grup halinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, 1412 sayılı Kanunun 365. maddesindeki; ‘suçtan zarar gören herkes, soruşturmanın her aşamasında kamu davasına müdahale yolu ile katılabilir’ hükmü ile paralellik göstermekte ise de, yeni düzenlemeye, önceki kanunda yer almayan malen sorumlu ve dar anlamda suçtan zarar göreni ifade eden mağdur da eklenmek suretiyle, madde, doktrin ve uygulamadaki görüşlere de uygun olarak, katılma hak ve yetkisi bulunduğu kabul edilenleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.” (YCGK, 8.11.2016, E. 2016/830, K. 2016/412; YCGK, 5.2.2013, E. 2012/5-1276, K. 2013/43; YCGK, 4.7.2006, E. 2006/5-127, K. 2006/180)

alanlar kapsamında işlenen suçlarda suçtan zarar gören sıfatları yoktur. Örneğin kimsesiz çocukların bakım ve eğitimlerine özgülünen bir derneğin, kimsesiz bir çocuğun öldürülmesi veya istismar edilmesi olaylarında suçtan zarar gören sıfatı bulunmadığı için kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edebilmesi de mümkün değildir. Aynı şekilde doğanın korunması için örgütlenmiş bir sivil toplum kuruluşunun çevrenin kasten kirletilmesi suçuyla ilgili verilmiş bir kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edebilmesi mümkün değildir.

Kamu tüzel kişilerinin ise, yine doğrudan kendi malvarlıklarına karşı işlenen suçlar dışında⁸⁸; koruma ve denetim görevlerinin buldukları alanlar kapsamında işlenen suçlar dolayısıyla menfaatlerinin ihlal edildiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Bu itibarla bir davranışın gerçekleşmesini engellemeye yönelik yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde tüzel kişilik bünyesindeki yetkililerin idarî, cezaî veya özel hukuk sorumlulukları cihetine gidilebilmesi, bu kurumların işlenen suçtan zarar gördükleri anlamına gelmez. Bu nedenle işlenen suç açısından ilgili tüzel kişiliğe veya yetkililere “mağdur” ya da “suçtan zarar gören” sıfatı tanınmaz⁸⁹. Dolayısıyla bakanlıkların, baroların⁹⁰ ve diğer kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının suçtan zarar gören sıfatı bulunmadığı için, bu sayılanların kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına itiraz edebilmeleri mümkün değildir⁹¹. Ayrıca bu kapsamdaki suçlara vücut verdiği iddia edilen davranışlar bakımından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına yönelik idareye itiraz yetkisi tanınması; savcının mecburilik ilkesine uyup uymadığının idare tarafından kontrol edilmesi anlamına geleceği için sisteme aykırıdır⁹².

⁸⁸ Örneğin bir belediyeye ait taşınır mallara zarar verilmesi (YCGK, 19.10.2010, E. 2010/9-149, K. 2010/205) veya hileli hareketlerle Toprak Mahsulleri Ofisine ait kuru yemişlerin elde edilmesi (Y. 15. CD, 4.11.2014, E. 2013/1592, K. 2014/18022) hallerinde mala zarar verme ve dolandırıcılık suçları bakımından ilgili kamu tüzel kişileri suçtan zarar gören sıfatına sahip bulunmaktadır.

⁸⁹ Moldenhauer, § 172 kn. 30; Sing/ Andrä, § 172 kn. 14. Aynı şekilde YCGK, 8.11.2016, E. 2016/830, K. 2016/412; YCGK, 12.06.2018, E. 2015/1190, K. 2018/274 K.

Aksi görüş için bkz. Schall, s. 576. Yazar, kamu kurumlarının sürekli olarak koruma ve gözetimle yükümlü oldukları ve bundan dolayı yetkili kamu görevlilerinin garantör olarak nitelendirildikleri faaliyet alanlarında işlenen suçlar bakımından kamu kurumunun suçtan zarar gören niteliğine sahip olduğunu ileri sürmektedir.

⁹⁰ Y. 15. CD, 26.3.2018, E. 2018/2213, K. 2018/2017.

⁹¹ Bu itibarla aslında avukat yahut doktor olarak meslek icra etme yetkisine sahip olmayan kişilerin gerçekleştirdiği davranışlar dolayısıyla haklarında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı söz konusu meslek kuruluşlarının başvuruda bulunma yetkileri yoktur.

⁹² Hefendehl, s. 599 vd. Aksi görüş için bkz. Schall, s. 577. Yazara göre, kamu idaresi bünyesinde

Bu yüzden idarenin savcıyı denetlemesi anlamına gelecek şekilde onun verdiği kararlara itiraz edebilmesine dair yetki öngören herhangi bir düzenlemeye **kanunda açıkça yer verilmediği müddetçe**, suçtan zarar gören sıfatı bulunmayan kamu idaresi savcının kararına karşı başvuruda bulunamaz⁹³.

Son olarak, tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar bakımından, ilgili tüzel kişinin bizzat zarar gördüğü durumlar hariç olmak üzere, suçun salt tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması tüzel kişiye suçtan zarar gören sıfatı vermez⁹⁴. Nitekim CMK m. 249 hükmünde, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma⁹⁵ ve kovuşturmada, ilgili tüzel kişinin organ veya temsilcisinin duruma göre katılan veya sanığın “yanında yer alan” sıfatıyla duruşmaya kabul edilebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, örneğin bir kamu kurumu içerisinde işlenen görevi kötüye kullanma⁹⁶, irtikâp⁹⁷ veya rüşvet suçlarında

görev yapan kişilerin yetkilerinin sınırını aşması halinde ceza hukuku sorumlulukları bulunmaktadır ve buna paralel olarak korumak ve gözetmekle yükümlü oldukları faaliyet alanlarında işlendiği iddia edilen suçlar bakımından da kovuşturma davası açma yetkilerinin bulunduğu kabulü gerekmektedir.

⁹³ Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde, 6831 sayılı Kanun m. 91 vd. maddelerinde düzenlenen suçlar bakımından benimsenen; Orman İdaresi'nin (Orman Genel Müdürlüğü) suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğuna yönelik uygulama (YCGK, 7.4.2009, E. 2009/14, K. 2009/83) hatalıdır. Suçtan zarar gören niteliğine sahip olmayan Orman Genel Müdürlüğü'nün verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara karşı itiraz yetkisinin kanuni dayanağı 3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğüne İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 36. maddesinin 3. fıkrası oluşturmaktadır.

⁹⁴ Tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar dolayısıyla tüzel kişi bakımından *tazminat ödenmesi, itibar zedelenmesi ve güven kaybı* gibi zararların oluşması, ilgili tüzel kişinin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesine imkân vermemektedir (YCGK, 25.3.2003, E. 2003/5-41, K. 2003/54; aynı yönde: YCGK, 3.11.2020, E. 2016/1176, K. 2020/437).

⁹⁵ CMK m. 249/2 hükmünde “soruşturma” ibaresine yer verilmiş olsa da, düzenleme bütünüyle ele alındığında, ilgili tüzel kişinin ceza muhakemesine iştiraki sadece kovuşturma evresiyle sınırlıdır. Bu nedenle, ilgili tüzel kişinin, soruşturma evresinde katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş kişinin yetkilerinden yararlanabileceğinden bahisle, söz konusu nitelikteki suçların soruşturması neticesinde verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz edebilmesi mümkün değildir.

⁹⁶ Yargıtay, isabetli olarak PTT bünyesinde işlenen görevi kötüye kullanma suçları bakımından PTT'nin suçtan zarar gören sıfatına sahip olmadığına karar vermiştir (YCGK, 28.3.2017, E. 2015/5-214, K. 2017/206). Bununla birlikte, Yargıtay bir kararında, bir üniversite bünyesinde işlenen görevi kötüye kullanma ve irtikap suçları bakımından ilgili üniversitenin suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğunu kabul etmiştir (Y. 5. CD, 13.4.2011, E. 2011/279, K. 2011/2992).

⁹⁷ Yargıtay, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü bünyesinde işlenen irtikap suçu bakımından anılan kamu kurumunun suçtan zarar gören olduğunu kabul etmiştir (Y. 5. CD, 23.6.2016,

ilgili kamu tüzel kişiliğini haiz kurumlar “suçtan zarar gören” sıfatına sahip değillerdir. Keza bir şirket, dernek veya vakfın faaliyetleri çerçevesinde bir başka kişiye karşı gerçekleştirilen dolandırıcılık suçlarında ilgili özel hukuk tüzel kişilerinin suçtan zarar gören sıfatı bulunmamaktadır.

D. Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Bazı Suç Tiplerinde Suçtan Zarar Görenin Tespiti

İşlendiği iddia edilen her bir suç tipiyle bağlantılı olarak yukarıda benimsenen *suça ilişkin kuralın koruma alanı* anlayışı çerçevesinde suçtan zarar gören sıfatının tespit edilmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, yukarıda yer verilen kriterlerden de anlaşılacağı gibi, suçtan zarar gören sıfatı ancak maddi ceza hukuku çerçevesinde tespit edilebilir. Benimsediğimiz kriterin soyut kalmaması adına, bu başlık altında mağduru belli bir kişi olmayan bazı suç tipleri kapsamında suçtan zarar görenin kimler olduğuna dair açıklamalarda bulunulacaktır.

Suç işlemeye tahrik (StGB § 111; TCK m. 214) suçunda, tahrike konu davranışın gerçekleştirilmesi halinde kimin bu suç dolayısıyla zarar göreceği ve işlenmeye tahrik edilen suçun unsurları yeterli düzeyde belirlenebiliyorsa, bu kişinin suçtan zarar gören niteliği bulunmaktadır⁹⁸.

Alman Ceza Kanunu § 130 hükmünün 1 numaralı paragrafının 2. cümlesi kapsamında; **halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunda** aleyhine tahrikte bulunan halk kesimine mensup her bir bireyin suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğu kabul edilmektedir. Zira Alman Ceza Kanunu’ndaki bu suç tipiyle toplumsal barışın yanında tahrik edilen halk kesimine mensup her bir bireyin onuru da korunmaktadır⁹⁹. Kanaatimizce aynı şekilde, Türk Ceza Kanunu’nun 216. maddesinin 2. fıkrası kapsamında gerçekleştirilen eylemler dolayısıyla *aşığılanmanın* muhatabı olan gruba mensup her bir bireyin suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Bununla birlikte, TCK m. 216/1 kapsamında somut bir kimsenin suçtan zarar gören sıfatı bulunmamaktadır.

Alman doktrininde StGB § 166 hükmünde düzenlenen **dini değerlerin aşığılanması suçunda**; muayyen bir kimsenin suçtan zarar gördüğü söylenememekle birlikte, bilfiil aşığılanan dinin cemaatini temsil eden kişi

E. 2014/2938, K. 2016/6697).

⁹⁸ Graalman-Scheerer, § 172 kn. 68.

⁹⁹ Moldenhauer, § 172 kn. 23; Sing/ Andrä, § 172 kn. 15.

topluluklarının suçtan zarar gören sıfatına sahip oldukları ileri sürülmüştür¹⁰⁰. Zira bu hükmün 2. paragrafında doğrudan bir kilise, dini cemaat ya da dünya görüşü topluluğuna hakaret edilmesi cezalandırılmaktadır. Bununla birlikte TCK m. 216/3 düzenlemesi kapsamında cezalandırılan davranış, kamu barışını bozmaya elverişli olması şartıyla halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanmasıdır. Kanaatimizce StGB § 166 Par. 2 hükmünün karşılığı Türk Ceza Kanunu'nda bulunmadığından ve bu itibarla davranışın spesifik olarak belirli bir dinin dünya anlayışını temsil eden kişi topluluklarına yönelik gerçekleştirilmesi aranmadığı için bu suç tanımı bakımından herhangi bir kişinin suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğu söylenemez.

İftira suçunda (TCK m. 267), hakkında iftirada bulunulan kişi suçtan zarar gören sıfatına sahiptir ve bunun için kişinin iftira dolayısıyla herhangi bir hak kısıtlamasına maruz kalmış olması gerekmez. Yani iftiraya konu isnat üzerine hakkında başlatılan ceza soruşturması sonucunda kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmesi veya beraat etmiş olması halinde de suçtan zarar gören sıfatına sahiptir¹⁰¹. Buna paralel olarak, **başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçu** (TCK m. 268) kapsamında fail tarafından kendisine ait kimlik veya kimlik bilgileri kullanılan kişi bu suçtan dolayı suçtan zarar gören sıfatına sahiptir¹⁰².

Suç üstlenme ve suç uydurma (TCK m. 270, 271) suçları bakımından ise bireysel nitelikte bir hukuki menfaatin ihlali söz konusu değildir.

Yalan tanıklık suçu (TCK m. 272) suçuyla korunan hukuki menfaat; adalet hizmetinin doğru ve dürüst bir şekilde işlenmesinin sağlanması suretiyle yürütülen muhakeme sonucunda gerçeğe ulaşılarak adil bir karar verilmesindeki, kısaca adaletin sağlanmasındaki toplumsal menfaattir. Bu itibarla söz konusu suç kanunda bir *soyut tehlike suçu* olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, yürütülen soruşturma ve kovuşturmada yapılan yalan tanıklıkla delil durumu aleyhine kötüleştirilen veya bu yönde bir tehlike yaratılan kimse suçtan zarar gören niteliğine sahiptir¹⁰³. Şüpheli veya sanık lehine yapılan yalan

¹⁰⁰ Moldenhauer, § 172 kn. 23; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 74. Bu yönde bir yüksek eyalet mahkemesi kararı: OLG Nürnberg, Beschluß vom 23. 6. 1998 - Ws 1603-97, 1999, NSTZ-RR, s. 239. Aksi görüş için bkz. Wohlers, § 172 kn. 31.

¹⁰¹ Graalman-Scheerer, § 172 kn. 71.

¹⁰² YCGK, 1.3.2016, E. 2015/13-93, K. 2016/103; aynı yönde: YCGK, 14.10.2014, E. 2013/11-728, K. 2014/428; YCGK, 13.5.2014, E. 2013/15-263, K. 2014/620.

¹⁰³ Hans OLG Bremen, Beschluß vom 01.10.1987 - Ws 118/87, 1988, Neue Zeitschrift für Strafrecht, s. 39-40.

tanıklıklarda, şüpheli veya sanığın işlediği iddia edilen suçun mağduru olarak nitelendirilebilen kişinin, yalan tanıklık suçundan dolayı da suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğunun kabulü gerekmektedir. Çünkü kendisine karşı işlenen bir suç dolayısıyla failin adil bir şekilde yargılanmasında, toplumun yanında bizzat suç mağdurunun da menfaati bulunmaktadır¹⁰⁴. Bununla birlikte, ceza muhakemesinde kovuşturma aşamasında sanık lehine yapılan yalan tanıklık dolayısıyla iddia makamı olan başsavcılığın veya Adalet Bakanlığının suçtan zarar gören sıfatının bulunmadığı izahtan varestedir.

Belgede sahtecilik suçlarında (TCK m. 204, 207); *hukuk düzeninin işleyişine olan güvenin zedelenmemesi* maksadıyla, toplumsal ilişkiler sırasında kullanılmak üzere kendisine hukuki hüküm ve sonuç bağlanan belgelerin sahtecilik fiillerinden korunması amaçlanmıştır. Hukuki ilişkilerin kurulmasında önemli bir araç olan belgenin konusunu teşkil eden bu suçlarda, kişilerin belgeyi kullanmak suretiyle hukuk düzeninin kendisine sağlayacağı menfaat değil, hukuk düzeninin işleyişinde araç kılınan belgelerin doğru (hakiki, gerçek) olduğu yönünde toplum nazarındaki güven ve inanç korunmaktadır¹⁰⁵. Bu itibarla, belgede sahtecilik suçları *soyut tehlike suçu* niteliğinde olup, bu suçların mağduru toplumu oluşturan herkeştir.

Belgede sahtecilik suçlarında suçtan zarar gören sıfatının tartışılabileceği üç süje bulunmaktadır: *Birincisi*, sahte belgeyle kurulmak istenen hukuki ilişkinin karşı tarafında bulunan gerçek veya tüzel kişidir. Bu süje, sahte belgenin “kullanıldığı” olaylarda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, sahte vekaletnamenin ibraz edildiği noter ya da sahte kimlik belgesi ve maaş bordrosunun ibraz edildiği banka. Sahte belgenin kullanıldığı durumlarda, bu belgeye dayalı olarak hukuki işlem yapılmasının istendiği kişi veya kurum yanıltılmaya çalışıldığından, bu kişi veya kurumların söz konusu belgelerin doğru olduğuna dair kabulleri olumsuz etkilenecektir. Dolayısıyla, bu gibi hallerde, sahte belgeyle işlem yapılmak istenen kişi veya kurumların suçtan

¹⁰⁴ Graalman-Scheerer § 172 kn. 73; Heinrich/ Reinbacher, s. 191. Tartışma hakkında bkz. Hefendehl, s. 585-588. *Hefendehl*, ulaşılan bu sonuca katılmakla birlikte; bu suç tipiyle toplumsal bir hukuki menfaatin korunduğundan hareketle gerek hukuki menfaat ihlali gerekse de koruma alanı kriteri çerçevesinde bu sonucun gerekçelendirilemediğini düşünmektedir. Aksi görüş için bkz. Wohlers, § 172 kn. 28; Schall, s. 575. Buna göre, suçla korunan hukuki menfaat tamamen toplumsal niteliktedir ve bireylerin, aleyhine yalan tanıklıkta bulunulsa bile suçtan zarar gören sıfatına sahip oldukları söylenemez.

¹⁰⁵ Sahir Erman, *Ticari Ceza Hukuku III – Sahtekarlık Suçları*, 4. Bası, Nazım Terzioğlu Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1981, s. 201.

zarar gören sıfatına sahip olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰⁶. *İkincisi*, sahte belgenin adına düzenlendiği gerçek veya tüzel kişidir. Örneğin, gerçek veya tüzel kişi adına düzenlenen (borçlusu olduğu) kambiyo senedi veya bir kişi adına düzenlenen kimlik belgesi. Sahte belgelerin adına düzenlendiği gerçek veya tüzel kişilerin aleyhine sonuç doğurması mümkündür. Ancak, belgede sahtecilik suçlarıyla, belgenin kullanılması suretiyle hukuk düzeninin kişilere sağlayacağı hak veya menfaatler korunmamaktadır. Belgede sahtecilik suçları dolayısıyla bir hak veya menfaat ihlal edilmiş olabilir; bu bağlamda söz konusu hak veya menfaatin korunduğu suçlar (örneğin TCK m. 155, 157, 161 231, 247) söz konusu ise ilgili hak veya menfaatin ihlal edildiği kişiler bu suçlar bakımından suçtan zarar gören sıfatına sahip olacaktır. Belgenin ilişkin olduğu hak veya menfaatin herhangi bir suç ile korunmadığı hâller bakımından ise, ilgili kişinin adına düzenlenen belgenin doğru olduğu hususundaki güven ve inancın ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceği için, kişinin belgede sahtecilik suçu bakımından suçtan zarar gören sıfatı kabul edilmemelidir^{107, 108}. Son

¹⁰⁶ “Sanığın, müteveffanın Bağ-Kur kaydının bulunup bulunmadığının tespitine dair belgeye ilk önce “...” yazdığı, bu şekilde belirttiği kişi adına hizmet kaydı çıkmaması üzerine belgedeki isim bölümünü değiştirmek sureti ile resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında sanığa yüklenen suçtan zarar gören ve kovuşturmanın her aşamasında müdahale yoluyla kamu davasına katılma hakkı bulunan şikayetçi kuruma (SGK) duruşma günü usulen bildirilip davaya katılma olanağı sağlanmadan yargılamaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle 5271 Sayılı CMK’nun 234/1-b maddesine aykırı davranılması” Y. 21. CD, 14.3.2017, E. 2015/10720, K. 2017/1265. “Ancak; suçta konu belgelerin sunulduğu iddia olunan ve bu suretle suçtan zarar görme ihtimali bulunan İstanbul Büyükşehir Belediyesi, İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü ve Ümraniye İlçe Sağlık Müdürlüğü’ne kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın tebliğ edilmesinin gerektiği anlaşılmakla, belirtilen husus yönünden müteakip işlemlerin mahallinde takdir ve ifasına, dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına İADESİNE, 15.06.2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.” Y.11. CD, 15.6.2020, E. 2020/1172, K. 2020/3040.

¹⁰⁷ Wohlers’e göre; davranışın somut olarak sebebiyet verdiği durumdan hareket edilmesi hatalı olup suçtan zarar gören niteliği tamamıyla kanun koyucu tarafından suçla korunan hukuki menfaate ilişkin normatif değerlendirme dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu itibarla, belgede sahtecilik suçlarıyla korunan husus bireysel nitelikteki hukuki menfaatler değildir ve bu suçlar dolayısıyla somut bir zarara veya zarar tehlikesine uğrayan kişilerin suçtan zarar gören sıfatı bulunmaz, Wohlers, § 172 kn. 28.

¹⁰⁸ Sahte olarak aleyhine sonuç doğuracak şekilde belge düzenlenen ve/veya kullanılan kişinin suçtan zarar gören sıfatına sahip olacağı görüşü için bkz. Kölbel, § 172 kn. 22; Moldenhauer, § 172 kn. 25; Sing/ Andrä, § 172 kn. 15. Türk yargı uygulamasında, sahte belgenin adına düzenlendiği kişilerin suçtan zarar gören sıfatına sahip oldukları kabul edilmektedir: “Orman muhafaza memuru olan sanıkların kaçak kesim yapmadıkları halde katılanlar hakkında konuları farklı ve ayrı tarihlerde düzenledikleri anlaşılan üç ayrı suç tutanağını aynı gün Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmek üzere orman işleme şefliğine vererek, katılanlar hakkında suç duyurusunda bulunmaları şeklinde gerçekleşen somut olayda, **katılanların**

olarak *üçüncüsü*, belgeyi hukuk düzenine ihraç eden konumundaki ya da belgenin düzenleyicisi olan tüzel kişilerin suçtan zarar gören sıfatına sahip olup olmadığı belirlenmelidir. Örneğin sahte bir diplomada ilgili üniversite veya sahte bir kimlik belgesinde T.C. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü. Bu durumlarda, ilgili kurumların, belgeye konu hukuki işlem veya eylemi gerçekleştirdiğine dair gerçek dışı bir izlenim verilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu kurumların iş ve eylemlerine toplum nazarında bir güvensizlik oluşacaktır. Belgede sahtecilik suçlarının işlenmesi durumunda, söz konusu belgenin ihraççısı veya düzenleyicisi olan kurumlara duyulacak güvensizlik dolayısıyla ortaya çıkacak “itibarın zedelenmesi”, belgede sahtecilik suçlarının koruma alanı içerisinde kabul edilemez. Bu nedenle, sahte belgeyi ihraç eden veya düzenleyen kurumların belgede sahtecilik suçları bakımından suçtan zarar gören sıfatı bulunmamaktadır.

Türk Ceza Kanunu’nun 165. maddesinde düzenlenen **suç eşyasını satma, satın alma veya kabul etme suçunda**, öncül suçun mağduru olan kişi bu suçun mağduru olmasa bile kanaatimizce TCK m. 165 düzenlemesinin koruma alanı dikkate alındığında, öncül suç mağdurunu bu suçun zarar göreni olarak kabul etmek ve verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edebileceğini söylemek mümkündür. Nitekim malvarlığına karşı işlenen suçlarda malın meşru maliki veya zilyedinin, suçun koruma alanı bağlantısı kapsamında suçtan zarar gören sıfatının hukuken kabul edilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁹.

Parada sahtecilik suçuyla (TCK m. 197); para tedavülünün güvenilirliği ve işlerliği kapsamında toplumsal olarak ekonomik düzenin koruma altına alınması amaçlanmaktadır. Bu itibarla sahte paranın üretilmesi, ülkeye sokulması, nakledilmesi veya muhafaza edilmesi halinde somut bir kişinin suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğu söylenemez. Bu suçta,

kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçunun mağduru olmayıp, suçtan zarar gören olmaları, orman muhafaza memuru olan sanıkların farklı tarihlerde düzenledikleri suça konu sahte tutanakları, sorumluluk bölgelerinde usulsüz yapılmış kesimlerin ortaya çıkması üzerine, kendilerini sorumluluktan kurtarmak amacıyla bir suç işleme kararı kapsamında düzenlemiş bulunmaları...” YCGK, 30.10.2014, E. 2013/358, K. 2014/455. Aynı yönde, Y. 11. CD, 18.2.2021, E. 2020/3332, K. 2021/1605; Y. 11. CD, 22.1.2019, E. 2017/15256, K. 2019/707; Y. 11. CD, 16.6.2014, E. 2014/8783, K. 2014/11721.

¹⁰⁹ CMK’nın 253. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında; suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu uzlaştırma kapsamında sayılmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu öncül suç mağdurunun, suçtan zarar gören niteliğini kabul etmiştir. Yargıtay ise öncül suç mağdurunun aynı zamanda bu suçun da mağduru olduğunu kabul etmektedir, YCGK, 8.5.2018, E. 2014/2-503, K. 2018/199.

para basmaya yetkili devlet organı olan Merkez Bankası¹¹⁰ yahut Hazine¹¹¹ daha önce yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde suçtan zarar gören niteliğine sahip değildir. Bununla birlikte, belirli bir hukuki işlem zımında sahte paranın kullanıldığı hallerde, paranın verildiği gerçek veya tüzel kişinin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerekir. Zira bu durumda ilgili kişi veya kurumların suç konusu paranın doğru olduğuna dair kabulleri olumsuz etkilenmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinde düzenlenen **kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunda** toplumu oluşturan herkes suçun mağdurdur ve bu suçta belirli bir suçtan zarar gören bulunmamaktadır¹¹². Bu suçta kumar oynatılanlar mağdur veya suçtan zarar gören sıfatına sahip değildir¹¹³.

Türk Ceza Kanunu'nun 241. maddesinde düzenlenen **tefecilik suçu** kapsamında, ödünç parayı alan kişi suçtan zarar gören sıfatına sahip değildir¹¹⁴.

¹¹⁰ "...5271 sayılı Yasanın 73. maddesinin açık düzenlemesi karşısında, parada sahtecilik suçunda yasal bilirkişi konumunda olan Merkez Bankasının da, suçtan zarar gördüğünden bahisle davaya katılan olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Aksinin kabulü, suçtan zarar gören ile bilirkişiliğin aynı tarafta toplanması sonucunu doğurur ki, bu durumun da adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur. Bu itibarla, parada sahtecilik suçundan doğrudan zarar görmeyen ve bu suçu takip etme görevi de bulunmayan hazinenin kamu davasına katılma hak ve yetkisi bulunmadığı ve yerel mahkemenin yanlışlı uygulamaya dayalı katılma kararı hükmü temyize hak vermeyeceği göz önüne alındığında Özel Dairenin temyiz isteminin reddi kararı isabetli olup, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir." YCGK, 21.2.2012, E. 2011/8-279, K. 2012/55.

¹¹¹ "Nereden temin edildiği anlaşılamayan, sahte 198 adet değişik seri numaralı ABD Dolarının piyasaya sürülmesi şeklinde işlendiği iddia olunan **parada sahtecilik suçundan doğrudan zarar görmeyen ve bu suçu takip etme görevi de bulunmayan hazinenin, kamu davasına katılma hak ve yetkisi olmayıp, yerel mahkeme hükmünün hazineye tebliği gerekmediğinden, Yargıtay C.Başsavcılığının yerel mahkeme hükmünün suçtan zarar gören hazineye tebliğinin gerektiği yönündeki itirazının reddine karar verilmelidir.**" YCGK, 27.3.2012, E. 2011/8-263, K. 2012/118.

¹¹² Beşir Babayiğit, Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu (TCK m. 228), Seçkin, 2021, s. 124, 175.

¹¹³ TCK m. 228/2 kapsamında ise; çocukların kumar oynaması için yer ve imkân sağlanması halinde Yargıtay çocukları suçun mağduru olarak kabul etmektedir: Yargıtay 8. CD, 26.10.2015, E. 2015/4239, K. 2015/2349. Bilgi için bkz. Babayiğit, s. 131 dn. 342.

¹¹⁴ Aksi yönde, Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin faiz karşılığında ödünç para alan kişileri tefecilik suçunun suçtan zarar göreni olduğuna dair: Y. 16. CD, 22.5.2017, E. 2016/2576, K. 2017/4102

^Aİman Ceza Kanunu § 291 hükmünde yer verilen suç tipi kapsamında ise *sömürülen kişi* suçun mağduru addedilmektedir, Berndt Hecker/ Günter Heine, § 291, in Schönke/ Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck, 2019, kn. 28.

Dolayısıyla tefecilik suçunun işlendiğinden bahisle yürütülen soruşturmalar sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı başvuruda bulunabilecek bir suçtan zarar gören bulunmaz. Bu kapsamda Türk yargı uygulamasında benimsenenin aksine, Hazine de bu suçun “mağduru” değildir¹¹⁵.

Bir anonim şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından şirketin malvarlığı aleyhine işlenen **güveni kötüye kullanma ya da diğer malvarlığına karşı suçlar** dolayısıyla şirket hissedarı suçtan zarar gören değildir. Her ne kadar bu kişilerin dolaylı olarak menfaatlerinin ihlal edildiği söylenebilirse de söz konusu durum hissedarların suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilmelerini sağlamaz. Şirket malvarlığına yönelik olarak işlenen suçlar dolayısıyla zarar gören sıfatı bizzat şirkete ait olup, hissedarın kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edebilme yetkisi bulunmamaktadır¹¹⁶.

Kamu görevlilerinin kamusal faaliyetlerin yürütülmesinde yetkilerini dürüst ve herkese karşı eşit bir şekilde kullanacağına dair toplumsal güvene ilişkin hukuki menfaati koruyan **rüşvet suçunda**, suçtan zarar gören belirli bir kişi bulunmamaktadır. Bu suçta rüşvet veren ile rüşvet alan fail niteliğine sahiptir. Dolayısıyla kendisine rüşvet verildiği iddia edilen kişi bu suçun mağduru değildir¹¹⁷. Bu kapsamda rüşvet aldığı iddia edilen kişinin hiyerarşik

¹¹⁵ “Saniğa yüklenen tefecilik suçunun mağdurunun **vergi gelirinden mahrum kalan hazine olduğu**...” Y. 4. CD, 23.11.2011, E. 2009/21672, K. 2011/22022. Yargıtay 5. Ceza Dairesi’nin tefecilik suçunda Hazinesinin “suçtan zarar gören” sıfatına sahip olduğuna dair kararları için bkz. Y. 5. CD, 18.1.2018, E. 2014/10108, K. 2018/208; Y. 5. CD, 12.10.2017, E. 2014/8874, K. 2017/4326. Aynı yönde; Y. 9. CD, 1.6.2020, E. 2020/1806, K. 2020/141. Bu kararda hazinenin tefecilik suçunun “mağduru” olduğu kabul edilmektedir. Belirtmek gerekir ki tüm bu kararlar bakımından ulaşılan sonuç hatalıdır.

¹¹⁶ Sing/Andrä, § 172 kn. 15; Wohlers, § 172 kn. 27; Moldenhauer, § 172 kn. 30a. OLG Stuttgart, Beschluss vom 04.12.2000 – 1 Ws 222/00, 2001, NJW, s. 841. Hissedarın zarar gören niteliğine sahip olduğuna dair aksi görüş için bkz. Roxin/Schünemann § 41 Rn. 6; Kölbl, § 172 kn. 20. Yargıtay da “(yönetim kurulu üyeleri olan şüphelilerin) **şirketin nakdini amacı dışında kullanmak suretiyle güveni kötüye kullanmak suçunu işledikleri ihbarı üzerine yürütülen soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara ancak anılan şirket ve hissedarlarının itiraz hakkının olduğuna**” karar vermiştir, Y. 11. CD, 26.2.2010, E. 2009/12095, K. 2010/1977.

¹¹⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 04.07.2006 tarih ve E. 2006/5-127, K. 2006/180 sayılı kararında bu husus şu şekilde belirtilmiştir: “... **rüşvet alma ve vermenin suç sayılması ile Devlet faaliyetlerinin çıkar karşılığı satılmayacağı veya satın alınmayacağı belirtilerek Devlet idaresine karşı duyulan güven korunmak istenmiştir. Yargılama sonucunda, sanık ...’ın atılı suçun nitelik değiştirdiği ve hâkimi etkileme suçuna dönüştüğü kabul edilmişse de, 765 sayılı TCY’nin 232. maddesinde düzenlenmiş bulunan bu suç da devlet idaresi aleyhine işlenen suçlardandır. Sanık ..., bu suçların mağduru olmadığı gibi bu suçlardan doğrudan**

üstünün suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğu da söylenemez¹¹⁸. Bu itibarla rüşvet suçunda mecburilik ilkesinin hayata geçirilmesine yönelik yükümlülük münhasıran Cumhuriyet savcısına terettüp etmektedir¹¹⁹.

Türk Ceza Kanunu'nun 281. maddesinde düzenlenen **suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme** suçuyla korunan hukuki menfaat, kısaca adaletin sağlanmasıdır. Dolayısıyla yalan tanıklık suçu hakkında yaptığımız belirlemeler bu suç tipi bakımından da geçerlidir. Kanaatimizce bu suç bakımından; delilleri yok edilen, gizlenen veya değiştirilen öncül suçun mağduru suçtan zarar gören sıfatına sahiptir¹²⁰. **Suçluyu kayırma suçunda** ise (TCK m. 283; StGB § 258), belirli bir kişi suçtan zarar gören sıfatına sahip değildir. Suçluyu kayırma suçunun konusunu oluşturan öncül suç faili kişinin¹²¹ işlediği öncül suçun mağduru, suçluyu kayırma suçunun zarar göreni olmayıp bu suçtan dolayı yapılan soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edemez¹²². Aynı şekilde, **suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunda** da; öncül suç mağduru kişi bu suçtan zarar gören sıfatına sahip değildir ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu yönünden verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara itiraz edemez¹²³.

zarar gören kişi konumunda da değildir.” Genel Kurul’un bu kararında bulunan muhalefet şerhinde ise, rüşvet aldığı iddia edilen kişinin rüşvet verdiği iddia edilen kişi hakkında kurulan beraat kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmasının mümkün olduğu ve bu itibarla katılan sıfatının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür: “ ... Bu itibarla rüşvet alma suçuyla yargılanan sanık ...’in kendisine rüşvet vermekten yargılanan ve beraat... ile sonuçlanan hükmü temyiz ederek şahsı hakkında gelecekte doğabilecek “tefehümü ortadan kaldırma” ve suçlamaların müsebbiplerini cezalandırmayı sağlayarak kişisel ve toplumsal tatmine ulaşma hakkı bulunmalıdır. Kendisine bu hakkın verilmemesi rüşvet verme suçundan beraatine hükmedilen ve aleyhinde başkaca temyiz davası da bulunmayan kişinin beraat hükmünün kesinleşmiş sayılması sonucunu doğurmuş, ancak ne var ki yargıç bu suçlamaların da katkısıyla yargıçlık mesleğinden ihraç edilmiştir.”

¹¹⁸ Sing/ Andrä, § 172 kn. 15; Moldenhauer, § 172 kn. 28; Kölbl, § 172 kn. 23.

¹¹⁹ OLG Nürnberg, Beschluß vom 16.01.1997 - Ws 1120/96, 1997, NSTZ, , s. 254.

¹²⁰ Aksi kabul, Y. 4. CD, 7.6.2004, E. 2004/1, K. 2004/ 7235.

¹²¹ Belirleme için bkz. İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 10 Bası, Seçkin, 2017, s. 197.

¹²² OLG Dresden, Beschluß vom 12.08.1998 - 1 Ws 157/98, 1998, Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungs-Report, s. 338.

¹²³ Y. 16. CD, 25.10.2019, E. 2019/7931, K. 2019/6792. İsaletli bir biçimde, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması suçunda Hazine ve Maliye Bakanlığı'na da “suçtan zarar gören” sıfatı izafe edilemeyeceğine dair: YCGK, 16.10.2018, E. 2015/9-172, K. 2018/435.

Çevreye karşı işlenen suçlar bakımından Alman doktrininde baskın olan görüş, bu suçların koruma alanının bireyler üstü nitelikteki menfaatlere yönelik olduğu ve belirli bir kişinin ancak *dolaylı* menfaat ihlalinin bahsedilebileceği yönündedir. Bireyin çevreye karşı işlenen suçlar bakımından suçtan zarar gören sıfatı bulunmaz¹²⁴. Ancak kanaatimizce çevrenin kasten veya taksirle kirletilmesi suçunda belli bir kişi suçtan zarar gören niteliğine sahip olabilir. Zira çevreye karşı işlenen suçlarla korunan hukuki menfaat, kişilerin temiz bir çevrede yaşama hakkı olup; çevrenin kirletilmesi sonucunda kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlike veya zararın gerçekleşmesi durumunda bu kişilerin suçtan zarar gören sıfatı bulunacaktır. Bu durum özellikle çevrenin kirletilmesi dolayısıyla malvarlığı zarara uğrayan kişi bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, suyun ya da toprağın kimyasal atık karıştırılarak kirletilmesi dolayısıyla yetiştirdiği tarım ürünleri zarar gören kişi; mala zarar verme suçunun taksirle işlenmesinin mümkün olmaması dolayısıyla şüpheli hakkında bu suçtan dolayı kamu davasının açılmasını sağlayamayacak ise de, çevrenin kirletilmesi suçundan dolayı yapılan soruşturmalarda bu yetkiye sahip kabul edilmelidir. Bu itibarla, çevrenin kirletilmesi dolayısıyla zarar gören kişi, bu suçların işlendiğinden bahisle yürütülen soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı suçtan zarar gören sıfatıyla başvuruda bulunma yetkisine sahiptir¹²⁵.

Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinde düzenlenen **Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşışılama suçunda**, bu suçtan zarar gören belirli bir kişi bulunmamaktadır¹²⁶.

Türk Ceza Kanunu'nun 309. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen **Anayasayı İhlal** suçunda bir gerçek kişinin suçtan zarar gören sıfatı bulunmamakta; bu suç dolayısıyla suçtan zarar gören sıfatı Cumhurbaşkanlığına ait olup, Cumhurbaşkanlığı verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara

¹²⁴ Wohlers, § 172kn.28; Hefendehl, s. 595, 601-602; Kölbl, § 172kn.22. Yüksekayaletmahkemesi kararları da bu yöndedir: OLG Karlsruhe (1. Strafsenat), Beschluss vom 03.08.2004 - 1 Ws 157/03, 2004, BeckRS, s. 9351.

¹²⁵ Graalman-Scheerer § 172 kn. 98. Yargıtay da çevrenin taksirle kirletilmesi suçuna ilişkin olarak hava kirliliğine, dolayısıyla çevrenin kirletilmesine neden olduğu iddia edilen tesisin bulunduğu yerde yaşayan kişinin çevre kirliliği eyleminden zarar gördüğünün kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir, Y. 4. CD, 8.12.2014, E. 2012/8757, K. 2014/35725.

¹²⁶ Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 01.05.2006 tarihli, E. 2006/711 ve K. 2006/2497 sayılı kararı.

itiraz edebilir¹²⁷. Nitekim Cumhurbaşkanlığı; devletin anayasal düzenini yalnızca korumak ve gözetmekle değil aynı zamanda bu düzenin işleyişini sağlamak ve gereklerini yerine getirmekle yükümlü kurum olarak bu suçun zarar görenidir.

TCK m. 310'da düzenlenen suç bakımından Cumhurbaşkanı'nın, TCK m. 311'de düzenlenen suçta TBMM'nin, TCK m. 312 ve 313'te düzenlenen suçlar bakımından ise Cumhurbaşkanlığı'nın suçtan zarar gören sıfatına sahip olduğu kabul edilerek kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı başvuruda bulunulması mümkündür¹²⁸. Almanya'da *Düsseldorf* Yüksek Eyalet Mahkemesi (*OLG Düsseldorf*), bir toplantı sırasında nasyonal sosyalist bir organizasyonun işaretlerinin kullanıldığına dair bir kişi tarafından bulunan suç duyurusu üzerine başlatılan soruşturma sonucunda, Alman Ceza Kanunu § 86a hükmünde tanımlanan Anayasal Düzene Aykırı Organizasyonların Simgelerini Kullanma¹²⁹ suçu dolayısıyla verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı, suç duyurusunda bulunan kişinin itiraz yetkisinin bulunmadığına karar vermiştir¹³⁰. Mahkeme kararında, Alman kanun koyucusunun StPO § 172 hükmünde yer verilen suçtan zarar gören kavramının suçtan dolayı da olsa zarar gören herkesi kapsayacak şekilde anlaşılamayacağını, aksi halde kanun koyucunun bu yetkinin kullanılmasına ilişkin sınırlayıcı iradesinin uygulamada yansıma bulmasının mümkün olamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre; devletin anayasal düzeninin, kurum ve organlarının, egemenlik alametlerinin korunması amacına hizmet eden suçlarda “*her bir vatandaşın*” menfaatleri dolaylı olarak korunmaktadır ve vatandaşların kovuşturmaya yer olmadığına dair verilen karara itiraz yetkisinin bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Aksi halde, kanun koyucunun iradesiyle açıkça çelişir biçimde bu suçlar bakımından kovuşturma davasının *actiones populares* niteliğinden

¹²⁷ “Anayasal düzeni korumak meşru siyasi iktidarın görevlerinden olup, suçtan doğrudan doğruya zarar gören de Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Cumhurbaşkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi, siyasi partiler gibi kurumlardır. Dolaylı mağdur olarak kabul edilebilecek vatandaşların, CMK'nın 172/1 maddesi kapsamında suçtan doğrudan doğruya zarar görenler olarak kabulüne yasal imkân bulunmamaktadır. Bu sebeple itiraz etme hakları yoktur.” Y. 16. CD, 8.2.2018, E. 2017/1804, K. 2018/399; Y. 16. CD, 30.10.2018, E. 2018/2697, K. 2018/3942.

¹²⁸ Alman Ceza Kanunu'nun § 105 hükmünde yer alan Anayasal organların zorlanması suçu bakımından aynı yönde bkz. Graalman-Scheerer, § 172 kn. 67.

¹²⁹ “*Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen*”

¹³⁰ OLG Düsseldorf, Beschluß v. 28. 4. 1986 - 3 Ws 140/86, Juristen Zeitung, 17/4, 1987, s. 836.

bahsetmek gerekecektir¹³¹.

E. Suçtan Zarar Görenin Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına İtiraz Yetkisinin Bulunmadığı Durumlar

Maddi ceza hukuku bakımından suç teşkil eden davranışa yönelik gösterdiği rıza; geçerlilik şartlarını taşımadığı için tipikliği engelleyen rıza (*Einverständnis*) ya da hukuka aykırılığı engelleyen rıza (*Einwilligung*) olarak nitelendirilemeyen kişinin kovuşturmaya yer olmadığı karara karşı başvuruda bulunma yetkisinin olmadığı görüşü Alman doktrininde hakimdir.¹³² Rızaya yönelik irade beyanı, hukuken geçersiz olması dolayısıyla suçun oluşmasını engellemeyen ve bundan dolayı maddi ceza hukuku bakımından “mağdur” sıfatına sahip olan kişinin; suçtan zarar gören kavramının amaca uygunluk mülahazaları nedeniyle sınırlandırılması anlayışı çerçevesinde, ceza muhakemesinde suçtan zarar görene tanınan yetkileri kullanamayacağı kabul edilmektedir. Bu itibarla, yürütülen soruşturma sonucunda şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi halinde, maddi ceza hukuku bağlamında geçersiz rıza açıklamasında bulunan kişinin bu karara karşı başvuruda bulunması mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle, ilgilinin rızasının maddi ceza hukuku bakımından etki doğurmadığı ve kişinin “mağdur” olarak nitelendirildiği haller, bu kişinin ceza muhakemesi açısından amaca uygunluk anlayışı çerçevesinde suçtan zarar görene tanınan yetkileri haiz kabul edilmesini engelleyici nitelikte sonuç gösterir¹³³.

F. Suçtan Zarar Görene Tebligat Yapılması

CMK sisteminde, suçtan zarar gören sıfatına sahip olan kişinin, kovuşturmaya yer olmadığı karara karşı itirazda bulunabilmek için suç duyurusunda bulunmuş olması şart değildir. Bu itibarla, suçtan zarar görenin soruşturma yürütüldüğünden haberdar olmaması, kimliğinin tespit edilememesi veya adresine ulaşılamaması gibi sebeplerle kovuşturmaya yer olmadığı kararının kendisine tebliğ edilemediği durumlar olabilir. Bu durumda CMK m. 173/1’de öngörülen 15 günlük itiraz süresi işlemeye başlamayan suçtan zarar gören kişinin, dava zamanasını süresi içerisinde karara itirazda

¹³¹ OLG Düsseldorf, Beschluß v. 28. 4. 1986 - 3 Ws 140/86, Juristen Zeitung, 17/4, 1987, s. 836.

¹³² Wohlers, § 172 kn. 29; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 57; Kölbl, § 172 kn. 19.

¹³³ Wohlers, § 172 kn. 29; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 57; Kölbl, § 172 kn. 19.

bulunması mümkündür¹³⁴. Kanun koyucu, Alman ceza muhakemesi sisteminde benimsenenin aksine, başvuruda bulunma yetkisini suçtan zarar gören sınıfa sahip olan herkese tanıdığı için, mevcut düzenleme çerçevesinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildikten uzun bir süre sonra da bu karara karşı başvuruda bulunulabilmesi mümkündür. Kanaatimizce yukarıda belirttiğimiz sebeplerle karar kendilerine tebliğ edilememiş olan suçtan zarar görenlerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edebilecekleri süre bakımından bir üst sınır öngörülmemelidir. Örneğin bu gibi durumlar için, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz edilebilmesi, her halde kararın verildiği tarihten itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulabilir. Böylece kendisine tebligatta bulunulamayan suçtan zarar görenlerin kararın üstünden çok uzun zaman geçtikten sonra başvuruda bulunmalarının önüne geçilebilir. Elbette savcılığın yeni delil bulunduğu bahisle resen harekete geçerek sulh ceza hâkimliğinden kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın kaldırılmasını talep etmesi ise, **dava zamanaşımı süresi içerisinde** her zaman mümkündür.

IV. Özel Kanunlarda Kamu Kurumlarına Tanınan Yetkiler

Bazı kanunlarda ilgili faaliyet alanını düzenlemek ve denetlemekle görevlendirilmiş olan kamu otoritelerine, ceza muhakemesi sürecine ilişkin birtakım yetki ve yükümlülükler tahmil edilmiştir. Söz konusu yetkilerden biri de verilmiş olan kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına itiraz edebilme yetkisidir.

Türk hukukunda sermaye piyasası mevzuatı kapsamında düzenlenen suç tipleri bakımından soruşturma yapılması Sermaye Piyasası Kurulu tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması şartına bağlıdır. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 115. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.”* Sermaye Piyasası Kanunu'nun 115. maddesinin 4. fıkrası uyarınca; Sermaye Piyasası Kanunu'nda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda *kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verilmesi hâlinde, Kurul bu karara karşı itiraza yetkilidir.*

Benzer nitelikteki düzenlemelere 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da yer verilmiştir. 5411 sayılı Kanun'un 162. maddesine göre; *“Bu Kanunda*

¹³⁴ Centel/ Zafer, s. 606.

belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir... ”. 5411 sayılı Kanun’un 163. maddesinin 1. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre ise, Bankacılık Kanunu’nun 162’nci maddesi uyarınca başlatılan soruşturmalar neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verirse, bu karar ilgisine göre Kuruma veya Fona ve ilgili bankaya tebliğ edilir. Kurum, Fon ve ilgili banka kendisine tebliğ edilen bu kararlara karşı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir. Bu düzenleme uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Bankacılık Kanunu kapsamında işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili olarak verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara itiraz edebilir.

Gerek Sermaye Piyasası Kurulu gerekse de Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu; faaliyet alanlarında düzenleme ve denetlemekle görevli oldukları alanlarda¹³⁵ işlenen suçlardan dolayı suçtan zarar gören sınıfa sahip değildirler. Ancak özel kanun hükümleri uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına kararına karşı başvuruda bulunma yetkisi tanınan bu kamu otoritelerinin suçtan zarar görüp görmediklerini araştırmaya gerek bulunmamaktadır¹³⁶.

¹³⁵ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 93. maddesine göre; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, mali sektörün gelişmesi, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması için Kanun ve diğer mevzuatın verdiği yetkileri kullanır.

Sermaye Piyasası Kanunu’nun 128. maddesinde ise Sermaye Piyasası Kurulu’nun görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Bu kapsamda Kurulun temel amaçları; sermaye piyasalarının ve kurumlarının işleyiş kurallarını belirlemek, piyasadan fon kullanan şirketlerin belli kurallara uygun olarak en iyi şekilde yararlanmalarını sağlamak, Sermaye piyasasına yatırım yapan tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarını korumak, piyasaların adil ve etkin çalışmasını sağlamaktır.

¹³⁶ Aynı yönde bir başka düzenleme 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 36. maddesinde bulunmaktadır: “(1) Bu Kanunda yazılı suçlardan dolayı kovuşturma yapılması Müsteşarlık (Hazine) tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Müsteşarlık aynı zamanda katılan sıfatını kazanır. (2) Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi halinde, Müsteşarlık, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre kendisine tebliğ edilecek kararlara karşı itiraza yetkilidir.”

Söz konusu hüküm uyarınca; 10 Temmuz 2018 tarihinde yayımlanan 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Hazine Müsteşarlığı’nın yerini alan Hazine ve Maliye Bakanlığı, takipsizlik kararlarına itiraz hususunda açıkça yetkilendirilmiştir. Belirtmek isteriz ki, Hazine’nin bu yetkisi suçtan zarar gören sınıfa sahip olmasından kaynaklanmamaktadır. Yargıtay 19. Ceza Dairesi ise konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında; Hazineyi suçtan zarar gören olarak nitelendirmektedir. İlgili karar için bkz. Y. 19. CD, 16.2.2017, E. 2016/8087, K. 2017/1337

Daha önce ifade edildiği gibi, kanunda kamu davasına katılacağı hüküm altına alınan kamu kurumları suçtan zarar gören sıfatına sahip değildir. Ancak suç soruşturmasının bir kamu otoritesinin yazılı başvuruda (müracaat) bulunması şartına istinaden yapıldığı hallerde, soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı, yazılı başvuruda bulunan otoritenin itiraz yetkisi ilgili kanunda özel olarak düzenlenmiştir^{137, 138}. Bununla birlikte, sorun, kanunda kamu kurumunun kamu davasına katılabileceğine dair açık bir düzenleme olmasına rağmen, aynı kurumun ilgili suç soruşturmaları sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı itiraz edebilmelerine dair herhangi bir hükmün bulunmadığı hallerde ortaya çıkmaktadır.

Bu çerçevede ilk olarak, katılma yetkisi tanınan kamu kurumunun, her ne kadar kanunda açıkça düzenlenmiş olmasa da kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına itiraz etme yetkisinin de bulunduğu ileri sürülebilir. Bu görüşün temelinde, kanunda katılma yetkisi tanınan kurumun “otomatikman” *suçtan zarar gören* sıfatına sahip olduğunun kabulü bulunmaktadır. Ancak bu yönde bir kabul kanaatimizce doğru olmaz. Zira CMK m. 173/1 kapsamında kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı başvuruda bulunma yetkisi suçtan zarar görene tanınmıştır. Bu kurumlar, ilgili kanunlarda yer alan suçların işlenmemesi bakımından önleyici bir görev üstlenmekte, bu amaca yönelik düzenleyici ve denetleyici faaliyetlerde bulunmakta olup; kendi görev alanlarıyla ilgili suçların işlenmesi dolayısıyla herhangi bir zarara maruz kalmamaktadır. Bu itibarla; kanunda suçtan zarar gören sıfatına sahip olmamalarına rağmen kendi görev alanlarıyla ilgili işlenen suçların

¹³⁷ Bu hususta bkz. Yargıtay 7. CD, T. 06.02.2008, E. 2008/8269, K. 2008/760.

Almanya’da finansal piyasaların tümünde gözetim ve denetim faaliyetini yerine getiren otorite olan *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin)*’e, sermaye piyasası mevzuatında düzenlenen suçların işlendiğine dair bilgi sahibi olması durumunda suç duyurusunda bulunup bulunmamak hususunda herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Dolayısıyla Alman Hukuku’nda sermaye piyasası alanına özgü suçların soruşturulmasına yönelik olarak herhangi bir ceza muhakemesi şartı öngörülmemiştir. Yukarıda yapılan belirlemeyle paralel olarak Alman Hukukunda savcılık tarafından yapılan soruşturma sonucunda yeterli suç şüphesi elde edilemediği gerekçesiyle Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 170, 2 hükmü uyarınca verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara *BaFin*’in itirazda bulunma yetkisi yoktur. Her ne kadar “Menkul Kıymetlerin Ticaretine Dair Kanun (*Wertpapierhandelsgesetz*)” § 122 hükmü uyarınca savcılığın kararı öncelikle *BaFin*’e bildirilecekse de; kuruma kovuşturma davası açmaya zorlama başvurusunda bulunma yetkisi tanınmamıştır.

¹³⁸ Bu yönde mevzuatta bulunan diğer bazı örnekler için bkz. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 42. maddesi ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu’nun 24. maddesi.

kovuşturmalarını takip etmeleri için “katılma” yetkisi tanınmış bu kurumların, kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı başvuruda bulunma yetkilerinin de bulunduğu kabul edilemez¹³⁹. Bir diğer ifadeyle, suçtan zarar gören sıfatına sahip olmayan kamu kurumuna, mevzuatta açıkça kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı başvuruda bulunma yetkisi tanınmamışsa, katılma yetkisi tanınmış olmasından hareketle bu sonuca ulaşılamaz¹⁴⁰.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 18. maddesine göre; *“Bu Kanunda tanımlanan suçlar dolayısıyla açılan davalarda mahkeme, iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine de gönderir. Başvurusu üzerine, ilgili gümrük idaresi açılan davaya **katılan** olarak kabul edilir.”* hükmüne yer verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, gümrük idaresi bu kanun kapsamında işlenen suçlardan dolayı suçtan zarar gören sıfatına sahip değildir. Ancak kanun koyucu gümrük idaresine, başvuruda bulunması koşuluyla bu kanun kapsamındaki suçların kovuşturulması çerçevesinde açılan kamu

¹³⁹ Yargıtay da katılma bakımından kanunda açıkça yetkilendirilmiş olan kamu kurumlarının suçtan zarar gören sıfatlarının bulunmadığına karar vermektedir: *“işlenen bir suç nedeniyle, o eylemin gerçekleşmesini engellemeye yönelik yükümlülüğün yerine getirilmesinde ihmal gösterildiği takdirde tüzel kişilerin veya diğer yetkililerinin cezai ve hukuki sorumluluklarının doğması hâlinin, suçtan doğrudan zarar gördükleri anlamına gelmeyeceği, bu nedenle işlenen suç açısından ilgili tüzel kişiliklere veya yetkililere “mağdur” ya da “suçtan zarar gören” sıfatını kazandırmayacağı açıktır... Bir tüzel kişinin kamu davasına katılabilmesi için CMK’nın davaya katılmayı düzenleyen genel kural niteliğindeki 237. maddesinde belirtilen şartın gerçekleşmesi, başka bir deyişle suçtan doğrudan zarar görmüş olması veya herhangi bir kanunda, belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün bulunması gerekir. Özel kanun hükümleri uyarınca davaya katılmanın kabul edildiği bu gibi durumlarda, belirtilen kurumların suçtan zarar görüp görmediklerini ayrıca araştırmaya gerek bulunmamaktadır.”* (YCGK, **3.11.2020**, E. 2016/1176, K. 2020/437; YCGK, **5.3.2019**, E. 2018/5-341, K. 2019/161; YCGK, **12.6.2018**, E. 2015/1190, K. 2018/274; YCGK, **13.6.2017**, E. 2017/5-157, K. 2017/325; YCGK, **8.11.2016**, E. 2016/830, K. 2016/412; YCGK, **5.6.2012**, E. 2011/519, K. 2012/224, YCGK, **3.5.2011**, E. 2010/4-155, K. 2011/80).

¹⁴⁰ Nitekim yakın tarihte Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından verilen kararda, 6284 sayılı Kanun uyarınca katılma yetkisi tanınan Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı üzerinden, kanunen katılma yetkisine sahip kurumların “suçtan zarar gören” sıfatını haiz olmadığı dolaylı biçimde kabul edilmiştir (YİBBGK, 13.12.2019, E. 2019/6, K. 2019/7, RG: 29.2.2020-31054). Kararda, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın katılma yetkisini kullanabileceği davalardan haberdar edilmesinin zorunlu olup olmadığı, bu bağlamda CMK m. 234/1-b’de öngörülen “duruşmadan haberdar edilme” yükümlülüğünün bu hallerde geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Netice olarak, 6284 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak açılan ceza davalarında, kovuşturma evresinde mahkemesince; (eski adıyla) Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesinin zorunlu olmadığına karar verilmiştir. Bu kabul, dolayısıyla, kanunda katılma yetkisi öngörülen kamu kurumlarının (somut olayda Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın) CMK m. 234 anlamında “suçtan zarar gören” olmadığı anlamına da gelmektedir.

davasına katılma yetkisi tanımıştır. Burada sorun, gümrük idaresinin 5607 sayılı Kanun kapsamında işlenen suçların soruşturulması sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı başvuruda bulunmasının kabul edilebilir olup olmadığı noktasındadır. Kanaatimizce, 5607 sayılı Kanunda suçtan zarar gören sıfatına sahip olmamasına rağmen kendisine kamu davasına katılma yetkisi tanınmış olan gümrük idaresinin kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı da itiraz yetkisinin bulunduğu kabul edilemez. Şayet gümrük idaresine itiraz yetkisi tanınmak isteniyorsa, bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir.

Aynı şekilde, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kanun kapsamında yer alan suçlarla ilgili olarak yürütülen soruşturmalar sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları *Cumhuriyet başsavcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir*. Kamu davası açılması halinde ise *hazine avukatının yazılı başvuruda bulunması halinde Maliye Bakanlığı, başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanır*. Görüldüğü gibi düzenleme kapsamında Hazine ve Maliye Bakanlığı'na kamu davasına katılma yetkisi tanınmıştır. Ancak suçtan zarar gören sıfatına sahip olmayan Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından¹⁴¹, mevzuatta bu yönde açık bir hüküm bulunmadığı için, kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı başvuruda bulunulabilmesi mümkün değildir.

Mevzuatta konuyla ilgili farklı mahiyette hükümler de bulunmaktadır. Mesela 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanununun 13. maddesinin son fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca; Enerji Piyasası Denetleme Kurumu, *“piyasa faaliyetlerine ilişkin olarak lisans sahipleri veya yetkilileri hakkında açılan kamu davalarını katılan sıfatıyla takip edebilir. **Bu konularla ilgili olarak suç duyurusunda bulunabileceği gibi mevzuatın uygulanması açısından, adli ve mülki makamlardan yaptırım talebinde bulunabilir**”*. 4733 sayılı Tütün, Tütün

¹⁴¹ Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin birçok kararında ise “Hazine” 3628 sayılı Kanun kapsamındaki suçlardan dolayı suçtan zarar gören olarak nitelendirilmektedir: “*CMK'nın 260/1. maddesine göre ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, zimmet, rüşvet alma ve verme, irtikap suçlarından katılan sıfatını alabilecek surette zarar görmüş olan Hazinesinin kanun yoluna başvurma hakkının bulunması...*” Y. 5. CD, 6.11.2019, E. 2019/6460, K. 2019/10441. Zimmet suçu bakımından Y. 5. CD, 7.11.2019, E. 2017/3640, K. 2019/10445. İrtikap suçu bakımından Y. 5. CD, 4.3.2011, E. 2010/10859, K. 2011/1753. Rüşvet suçu bakımından Y. 5. CD, 22.6.2011, E. 2010/9639, K. 2011/4928; Y. 5. CD, 6.4.2011, E. 2011/283, K. 2011/2725.

Mamulleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanun'un 8. maddesine göre ise; “*Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı piyasa faaliyetlerine ilişkin olarak tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler piyasasında mal veya hizmet üreten, işleyen, ihraç veya ithal eden, pazarlayan, alan veya satan gerçek ve tüzel kişiler ile bunların yetkilileri hakkında açılan kamu davalarını katılan sıfatıyla takip edebilir. Bu konularla ilgili olarak suç duyurusunda bulunabileceği gibi mevzuatın uygulanması açısından, adli ve mülki makamlardan yaptırım talebinde bulunabilir*”. Bu hükümlerde ilgili kamu otoritesinin, denetlemek ve düzenlemekle görevlendirildiği alandaki faaliyetlere ilişkin olarak açılan kamu davalarına sadece katılması düzenlenmemiş, ayrıca adli makamlardan *yaptırım talebinde* bulunabileceği de öngörülmüştür. Bu kapsamdaki düzenlemeler uyarınca, kurumun verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı başvuruda bulunabilmesini kabul etmek gerekir.

Bu açıklamalar kapsamında çıkarılması gereken temel sonuç, kanun koyucunun mevzuatta açıkça yetki tanımadığı hallerde, suçtan zarar gören sıfatına sahip olmayan kamu otoritesinin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz yetkisinin bulunmadığıdır.

V. Sorun: Denetimi Olanaklı Olmayan Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararları

Koruma alanı *tamamen* bireyler üstü menfaatlere yönelik olan suç tiplerinde; bir diğer ifadeyle suçla korunan hukuki menfaatin münhasıran toplumsal nitelikte olduğu ve belirli bir kişiye yönelik olarak doğrudan bir hak ve menfaat ihlalinin somut olarak gerekçelendirilemediği uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188)¹⁴², suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220; silahlı örgüt TCK m. 314¹⁴³), rüşvet (TCK m.

¹⁴² Türk Ceza Kanunu'nun 188. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi ülke içinde satmak, satışa arz etmen, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek ve bulundurmamak fiilleri cezalandırılmaktadır. Bir karşılaşma suçu olarak da tezahür edebilmesi mümkün olan bu suç tipinde uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satan kişi de alan kişi de faildir.

¹⁴³ “... Örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar yönünden şartları oluştuğunda bu suçların mağdurlarının araç suçlarla ilgili olarak, soruşturma aşamasında CMK'nın 173/1. maddesi gereğince itiraz hakkını, kovuşturma safhasında da aynı yasanın 237. maddesi kapsamında davaya katılma hakkını kullanabilir ise de doğrudan zarar görmediğinden silahlı terör örgütüne üye olma veya örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte örgüte yardım etme suçu yönünden bu hakları haiz değildir.” Y. 16. CD, 12.6.2020, E. 2020/2267, K. 2020/3092.

252), suçluyu kayırma (TCK m. 283) gibi suç tiplerinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edilebilmesi için bulunması gereken *suçtan zarar gören* sıfatının varlığından bahsedilemez¹⁴⁴.

Mecburilik ilkesinin güvence altına alınmasını amaçlayan bu müessese kapsamında; kanunda açıkça kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edilebileceğinin düzenlendiği durumlar dışında, başvuruda bulunulması için gerekli olan suçtan zarar gören niteliğinin yokluğu sebebiyle bu kararların denetim yolunun işletilememesi hukuken bir sorun teşkil etmektedir. Zira kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına itiraz yetkisi bakımından sadece *suçtan zarar gören* kavramına yer verilmiştir. Bu bağlamda, mağduru belli bir kişi olmayan suçlara ilişkin soruşturmalarda suçtan zarar gören sıfatına sahip herhangi bir kişi bulunmadığı hallerde, bu kararların denetim dışı kalması söz konusu olmaktadır.

CMK'da her ne kadar soruşturma evresi savcı merkezli düzenlenmiş ve adli bir makam olarak savcının kararlarına güvenilmesi esas olsa da; bir cezai uyuşmazlığı sonuçlandıran kovuşturmaya yer olmadığı kararının hâkim denetimine tabi tutulmaksızın kesinleşmesine cevaz verilmesi, hukuk sisteminde bu karara maddi anlamda kesin hüküm gücü tanınması sebebiyle adaletin tesis edilmesi bakımından sakıncalıdır¹⁴⁵. Nitekim gerek itiraz üzerine gerekse itiraz edilmeksizin kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar bakımından, kanunun aradığı anlamda yeni delil ortaya çıkmadıkça ve sulh ceza hâkimliğinin kararı bulunmadıkça Cumhuriyet savcısı aynı işe tekrar el atamayacağı için ortaya *kesin hüküm etkisine benzer* bir durum çıkmaktadır¹⁴⁶. Bir hukuk devletinde, şartlarının varlığı halinde, ceza kovuşturmasının etkin bir şekilde yapılma mecburiyeti esastır. Bu temel prensibi zedeleyen her türlü savcılık uygulaması, toplumun adaletin tesis edildiğine dair inancını sarsıcı niteliktedir. Nitekim ceza muhakemesinde ulaşılan adil nitelikteki her bir karar, toplumsal barışın yeniden tesis edilmesine hizmet etmekte ve verilen her bir kararın şekli anlamda kesinleşmesinden önce adil olup olmadığının denetlenmesinde kamusal fayda bulunmaktadır¹⁴⁷. Bu itibarla, suçtan zarar

¹⁴⁴ Graalman-Scheerer, § 172 kn. 56; Wohlers, § 172 kn. 28; Kölbel, § 172 kn. 21.

¹⁴⁵ Kovuşturmaya yer olmadığı kararının denetimine "işlerlik" kazandırılması gerektiğine dair ayrıca bkz. Kunter, s. 798.

¹⁴⁶ Y. 14. CD, 20.1.2020, E. 2019/3025, K. 2020/513; aynı yönde: Y. 14. CD, 7.3.2019, E. 2018/4999, K. 2019/7953.

¹⁴⁷ İtiraz edilmeksizin kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı olağanüstü nitelikte bir kanun yoluna başvurulabilmesi de mümkün değildir. Zira kanun yolları hâkim

gören sıfatına sahip bulunan somut bir kişinin bulunmadığı durumlarda, sistemin temel yapısına aykırılık teşkil etmeyen etkin bir denetim mekanizması önerisinin ortaya koyulması elzemdir¹⁴⁸.

A. Mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu Sistemine Aykırı Çözüm Yöntemleri

1. Milletvekillerine İtiraz Yetkisi Tanınması

Federal bir yönetim sistemine sahip olan Almanya’da, somut bir bireyin suçtan zarar gören olarak nitelendirilemediği, toplumsal hukuki menfaatlere yönelik koruma öngören suç tipleriyle ilgili yürütülen soruşturmalar sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlara karşı “milletvekillerinin” başvuruda bulunabilmeleri önerilmiştir¹⁴⁹. Ancak başvuru mekanizmasının (federal) parlamento tarafından işletilmesinin öngörülmesi halinde, verilen kararlarda politik bir etkinin bulunup bulunmadığı tartışmasının kaçınılmaz olarak gündeme gelme tehlikesi söz konusu olacaktır¹⁵⁰.

2. Savcı Tarafından Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararının Geri Alınması

1412 sayılı CMUK’un yürürlükte olduğu dönemde, doktrin ve uygulamada, Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu ve *itiraz edilmeksizin* kesinleşen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının sonradan hatalı olduğunu düşündüğü takdirde bu kararı geri alabileceği kabul edilmekteydi¹⁵¹. Bu kabul,

ve mahkeme kararlarına (bakımdan) kabul edilmiştir. Öte yandan, kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına karşı kanunda bir yargısal denetim yolu öngörüldüğü için, bu kararların doğrudan bireysel başvuru yoluna konu edilmesi de mümkün değildir.

¹⁴⁸ İşlendiği takdirde suçtan zarar gören sıfatına sahip belli bir kişinin bulunmadığı suçlardan olan ve TCK m. 188-190’da tanımlanan **uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti** ile **uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma** suçlarından dolayı 2020 yılı içerisinde toplam 99.120 adet soruşturma yapılmıştır. Bu soruşturma dosyalarından 25.162 tanesinde (%25,4) kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiş, 50.334 tanesinde (% 50,8) ise kamu davası açılmıştır. Görüldüğü üzere, ilgili suçlara ilişkin **her dört dosyadan biri hakkında** kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmekte ve bu kararlara karşı itiraz edebilecek herhangi bir “suçtan zarar gören” olmadığından söz konusu kararlar denetimsiz bir şekilde kesinleşmektedir, <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>> Erişim Tarihi 05 Haziran 2021

¹⁴⁹ Ostendorf’tan aktaran Jung, s. 1165.

¹⁵⁰ Jung, s. 1165.

¹⁵¹ 5271 sayılı CMK sistemi bakımından da Cumhuriyet savcılarının, verdikleri kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarını hatalı gördükleri takdirde herhangi bir koşula tâbi olmaksızın geri

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının “idari” nitelikte olduğu, idari kararların ise idare hukuku esaslarına göre her zaman geri alınabileceği düşüncesine dayanmaktaydı¹⁵². CMUK m. 164 hükmünde; kovuşturmaya yer olmadığı kararının *itiraz üzerine* kesinleşmesi halinde aynı olay hakkında kamu davası açılmasının yeni olay ve yeni delilin varlığına bağlı tutulduğunu öngören CMUK m. 167/2’deki gibi bir hükme yer verilmemiş olması, bu kabulü haklı göstermekteydi. Bu itibarla CMUK sisteminde, kararı veren Cumhuriyet savcısının bizzat kararını geri alabilmesi imkânının varlığı, *resen denetim yolu* olarak sayılmaktaydı.

CMK sisteminde ise kovuşturmaya yer olmadığı kararının “idari” bir karar niteliğinde olduğundan bahsedilemez. Adli mahiyetteki bu kararın hangi şartlarda hüküm ve sonuç doğuracağı, otoritesini hangi şartların varlığı halinde kaybedeceği CMK’da açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra, CMK m. 172/2’de öngörülen şartların oluşmadığı bir durumda Cumhuriyet savcısının aynı fiilden dolayı tekrar soruşturma yapmak üzere vermiş olduğu bu kararı geri alabilmesi mümkün değildir¹⁵³.

3. Adalet Bakanı veya Vali’nin İstemiyle Kararın Geri Alınması

Belirli bir kişi olarak suçtan zarar gören sıfatına sahip bir kimsenin bulunmadığı suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalar sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları bakımından “idari” denetim kapsamında Adalet Bakanlığı’nın talimatıyla veya valinin istemiyle bu kararların iptal edilmesine yönelik hukuki çarelerin öngörülmesi gerektiği ileri sürülebilir¹⁵⁴.

CMUK m. 148/3 hükmünde, Adalet Bakanı’nın, kamu davası açması için Cumhuriyet savcısına *emir* verebileceği düzenlenmişti. 08.06.1936 tarih ve 3006 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte CMUK m. 148 düzenlemesine bir fıkra eklenmek suretiyle valilere de Cumhuriyet savcısından kamu davası açmasını talep etme yetkisi tanınmıştı. Bu kapsamda, valiler, CMUK m. 148/4 uyarınca, kendi illerinde yetkili bulunan Cumhuriyet savcılarında kamu davası açmalarını isteyebilmekteydiler¹⁵⁵. Cumhuriyet savcısının, Adalet

alabileceklerine dair görüş için bkz. Yurtcan, s. 500.

¹⁵² Kunter, s. 799; Tosun, Suç Muhakemesi II, s. 60-61.

¹⁵³ Şahin/ Göktürk, s. 100; Centel/Zafer, s. 609.

¹⁵⁴ Niese, s. 893-894.

¹⁵⁵ CMUK m. 148/3-4 hükümlerinin 1961 tarihli Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiş;

Bakanının kamu davasının açılmasına yönelik emrini yerine getirmesi zorunlu olmakla beraber, valilerin isteklerini reddetmeleri mümkündür. Ancak, isteği reddedilen vali, bu durumda CMUK m. 148/3'teki yetkisini kullanmak için Adalet Bakanına talepte bulunabilirdi. Adalet Bakanı bu talebi kabul ederse, kamu davasını açması için Cumhuriyet savcısına emir verebiliyordu.

Anlaşılabacağı üzere, Adalet Bakanı ve valilerin, CMUK m. 148/3, 4 hükümleri uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veren Cumhuriyet savcısına iddianame düzenlemesi için emir ve istekte bulunmaları mümkündür. Adalet Bakanı ve valiler bu yetkilerini resen kullanabileceği gibi, başta suçtan zarar gören olmak üzere, kişilerin Adalet Bakanı veya valilere başvurması suretiyle CMUK m. 148/3, 4 hükümlerindeki yetkilerin kullanılmasını sağlayabilecekleri ileri sürülmektedir¹⁵⁶. Doktrinde, özellikle Adalet Bakanının “dava aç” emri verebilmesinin, Adalet Bakanı ile Cumhuriyet başsavcılıkları arasındaki “hiyerarşik” ilişkinin bir sonucu olduğu savunulmaktaydı¹⁵⁷. Bu sonuca ulaşılmasını sağlayan kanuni dayanak ise mülga 2556 sayılı Hâkimler Kanunu m. 85/1 düzenlemesiydi. Söz konusu düzenleme; “*Bütün müddeiumumilik teşkilâtı Adliye Vekilinin idaresi altındadır.*” şeklindeydi. Ancak CMUK m. 146/3, 4 hükümleri ve dolayısıyla Adalet Bakanı ve valilere tanınan bu yetkiler, 14.07.2004 tarih ve 5219 sayılı Kanunla ilga edilmiştir.

Adalet Bakanı'nın savcılara yönelik emir verme yetkisinin açıkça kabul edildiği Almanya'da¹⁵⁸ ise; savcıya kanuni şartları bulunmasına rağmen iddianame düzenlenmemesine yönelik bir talimat verilmesi mümkün değildir. Zira Alman ceza muhakemesi sisteminde de geçerli olan mecburilik ilkesi,

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlerin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. (AYM, 22.09.1964, E. 1963/140, K. 1964/62)

¹⁵⁶ Tosun, Suç Muhakemesi II, s. 61.

¹⁵⁷ Kunter, s. 427, 798; Tosun, Suç Muhakemesi I, s. 302; Kantar, s. 160; Tahir Taner; Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1955, s. 46.

¹⁵⁸ GVG § 147. Bu düzenlemeye göre; Eyalet Adalet Bakanı, eyalette görev yapan Başsavcı ve savcılarını; Federal Adalet Bakanı ise Federal Başsavcı ve Federal savcılarını amiridir. Savcılar amirlerinin emir ve talimatlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Bilgi için bkz. Holger Brocke, GVG § 147, in Christoph Knauer/ Hans Kudlich/ Hartmut Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO Band 3-2, 1.Auflage, C.H. Beck, kn. 1 ila 6.

Adalet Bakanı'nın emir verme yetkisinin sınırlarını oluşturmaktadır^{159,160}.

CMK'da benimsenen sistemde; Adalet Bakanının Cumhuriyet savcısına kovuşturmaya yer olmadığı kararını geri almasına yönelik emir verme, valiliğin ise bu konuda istemde bulunma yetkisi kabul edilmemiştir¹⁶¹. Bu yönde bir düzenleme CMK'nın hazırlanması sırasında Hükümet tarafından TBMM'ye sunulan Tasarıda¹⁶² yer almış olmasına rağmen; Adalet Bakanı ve valilere yetki tanıyan bu düzenlemeler, Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında metinden çıkarılmıştır. Öte yandan, 2556 sayılı Hâkimler Kanununun ilga edilmesiyle birlikte yürürlüğe giren 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun “*Gözetim ve Denetim Hakkı*” başlıklı 5. maddesinde, Adalet Bakanının, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hâkim ve savcılar üzerinde gözetim yetkisini haiz olduğu (f. 3), hâkim ve savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı bulunduğu (f. 4) belirtilmiştir. Keza, 1982 Anayasasının ilk halinde, “*Hâkim ve savcılarının denetimi*” başlıklı 144. maddesinde, “*Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir.*” denilmekteydi. Ancak, 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla, bu madde, başlığı ile birlikte değiştirilmiştir. Anayasanın 144. maddesinin şu anki hâline göre, “*Adalet hizmetleri ile*

¹⁵⁹ Meyer-Krapp, s. 20. Bu itibarla bizzat Adalet Bakanı da söz konusu ilkeye riayet etmekle yükümlüdür ve savcıdan kanunda açıkça düzenlenen bu ilkenin aksine hareket etmesini talep edemez, Niese, s. 894. Böylelikle siyasi otoritenin etkisiyle kamu davasının açılmaması riski ortadan kaldırılmıştır.

¹⁶⁰ Aynı şekilde 1412 sayılı CMUK döneminde de doktrinde, Adalet Bakanının, dava açmaya hazırlanan Cumhuriyet savcısına “dava açmamasına” yönelik emir verebilmesinin mümkün olmadığı hususunda fikir birliği mevcuttu, Keyman, s. 185; Kunter, s. 427, 798; Tosun, Suç Muhakemesi I, s. 302; Taner, s. 47

¹⁶¹ Öztürk/Erdem, s. 308-309.

¹⁶² Tasarının “Kamu davasını açma görevi, davanın açılması veya iddianamenin değiştirilmesi veya geri alınması” başlıklı 173. maddesinin 5. fıkrasına göre, “*Adalet Bakanı, Cumhuriyet savcısından kamu davasını açmasını isteyebilir. Bu istem yerine getirilir*”. Maddenin 6. fıkrasına göre ise, “*Valiler; yukarıdaki fıkrada yer alan yetkisini kullanması için Adalet Bakanına başvurabilirler.*”

savcılarının **idari görevleri yönünden** Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir”. Anayasa ve anılan diğer mevzuat değişiklikleri göz önünde bulundurulduğunda, **Adalet Bakanı'nın, Cumhuriyet başsavcısı ve Cumhuriyet savcısı üzerinde “adli görevleri yönünden” denetim yetkisi bulunmamaktadır.** Dolayısıyla, yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri uyarınca, Adalet Bakanının, kovuşturmaya yer olmadığı kararı veren Cumhuriyet savcısına “dava aç” emri verebilmesi mümkün değildir¹⁶³. Kanaatimizce de yürütme organına dahil olan Adalet Bakanı'nın ve valilerin; adli nitelikteki bir faaliyet olan ve geniş anlamda yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin bulunan Cumhuriyet savcısının suç soruşturması yapma yetkisinin kullanılmasına müdahale niteliğinde olan bu şekilde bir emir verme yetkisinin kabulü, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil edecektir^{164,165}.

¹⁶³ Centel/ Zafer, s. 141, 611. Bununla birlikte, Centel/Zafer, anılan eserin başka bir bölümünde, Cumhuriyet başsavcılığının adli-idari bir makam olması nedeniyle, Adalet Bakanı'nın amir sıfatıyla, Cumhuriyet savcılarına, yeterli delil bulunan hallerde kovuşturmaya yer olmadığı kararını geri alarak soruşturmaya devam etmelerini emretmesinin mümkün olması gerektiğini; ancak, Adalet Bakanlığı'nın dava açılması yönünde bağlayıcı bir emir vermesinin söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Yetkin, 2020, s. 186. Soyaslan, Adalet Bakanının Cumhuriyet savcısına dava açması için emir veremeyeceğini; ancak bu durumda kişilerin bu hususta “idari şikâyet” zımında Adalet Bakanına başvurabileceğini ileri sürmektedir, s. 378.

¹⁶⁴ Cumhuriyet savcısı yargılama faaliyeti dışında kalan adli nitelikte bir görevi yerine getirmektedir. Nitekim Keyman'a göre “Yargı Erki” kapsamında yargılama yetkisinin kullanılması için adli yetkiler kullanan ve geniş anlamda yargı organına dahil olan savcılık yürütme organına tabi değildir, Keyman, s. 84. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar, muhakeme faaliyeti sonunda, yargılama makamı tarafından verilmiş kararlar olmasa da adli nitelikte kararlardır. Nitekim 2802 sayılı Kanunun 5. maddesinin 3. fıkrasında Adalet Bakanı'nın, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere hâkim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını (doğru ifadeyle yetkisini) haiz olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu itibarla Adalet Bakanı'nın Cumhuriyet savcılarında dava açma konusunda emir verebilmesine yönelik bir hükme CMK'da yer verilmemiştir, , Cumhur Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin, 2005, s. 521.

¹⁶⁵ Bazı suçların soruşturulması veya kovuşturulması için mevzuatta öngörülen Adalet Bakanı'nın izni muhakeme şartı (TCK m. 299/3; TCK m. 301/4) ise kamu davasının mecburiliği ilkesine yönelik bir müdahale olarak nitelendirilemez. Soruşturma şartı olarak öngörülen izin muhakeme şartı, maslahata uygunluk ilkesi kapsamında, Adalet Bakanı'nın yapacağı “üstün kamu yararı” esaslı değerlendirmeyi ifade etmektedir. Dolayısıyla muhakeme şartları kapsamında “maslahata uygunluk ilkesinin” bir yansımaları oluşturan Adalet Bakanı'nın izni, mecburilik ilkesinin ihlali niteliğinde değildir.

4. Cumhuriyet Başsavcısının İstemiyle Kararın Geri Alınması

Belirli bir kişinin suçtan zarar gören sıfatına sahip olmadığı suçlara ilişkin yapılan soruşturmalar sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına karşı Cumhuriyet başsavcısının itiraz edebilmesi, Tasarıda (m. 176/1, son cümle)¹⁶⁶ öngörülmüş olmasına rağmen¹⁶⁷, Adalet Komisyonu çalışmaları sırasında bu düzenleme Tasarı metninden çıkarılmıştır¹⁶⁸. Her şeyden önce, Cumhuriyet başsavcılığı adına bizzat o yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan soruşturma sonucunda verilen karara Cumhuriyet başsavcısının itiraz edebilmesini kabul etmek, sistemsel bir çelişkiye sebep olur. Zira bu durumda başsavcılık teşkilatı kendi adına verilmiş olan karara itiraz etmiş olacaktır ki bunun hukuk mantığı bakımından izah edilebilmesi mümkün değildir.

Aynı şekilde, Cumhuriyet başsavcısı tarafından, başsavcılık bünyesinde görev yapmakta olan Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararının iade edilmesi yahut resen veya itiraz üzerine kaldırılması da mümkün değildir¹⁶⁹. Nitekim Türk ceza muhakemesi hukukunda, savcının

¹⁶⁶ Tasarının “Cumhuriyet savcısının kararına itiraz” başlıklı 176. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesine göre; “Şikâyetçisi bulunmayan hallerde, Cumhuriyet savcısının görev yaptığı yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesinin Cumhuriyet başsavcısı da aynı koşullarla itiraz yoluna gidebilir.”

¹⁶⁷ Adalet Komisyonunda bu düzenleme hakkındaki görüşmeler incelendiğinde, Tasarıda bu düzenlemenin iki temel amaca yönelik olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır: 1) Belirli bir suçtan zarar göreni olmayan suçlara ilişkin verilecek KYOK’ların denetimsiz kalmasını önlemek, 2) Denetim olanağı öngörülerek Cumhuriyet savcısının soruşturmayı daha titiz bir şekilde yapmasını sağlamak, Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 789-792.

¹⁶⁸ Adalet Komisyonunda bu düzenlemenin kabul edilmemesinin gerekçesi olarak; yeterli suç şüphesinin bulunmamasına bağlı olarak verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının yeteri kadar önemi olmayan durumlara ilişkin oldukları ve bu nedenle denetimsiz kalmalarında sakınca olmadığı, bu yöndeki bir denetimin yargının iş yükünü arttıracakı zikredilmiştir, Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, s. 789-792. Kanaatimizce, ortaya konulan bu gerekçelerin hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşmadığı açıkça ortadadır.

¹⁶⁹ 1412 sayılı CMUK döneminde ise; her ne kadar CMUK’ta düzenlenmiş olmasa da, doktrinde çoğunlukla, Cumhuriyet başsavcılarının nezaretindeki Cumhuriyet savcılarının vermiş olduğu kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını kaldırma yetkisinin olduğu görüşü benimsenmekteydi. Cumhuriyet başsavcısının bu yetkisi, başsavcılık teşkilatının hiyerarşik ilişki içerisinde kurulmasına dayandırılmaktaydı. Bu konuda dayanak olarak ise, “Başmüddeiumumî, dairesi muavinleri üzerinde ve Cumhuriyet müddeiumumileri kendi muavinleriyle, kaza daireleri için deki müddeiumumiler üzerinde nezaret ve murakabe hakkını haizdirler.” hükmünü içeren mülga 2556 sayılı Hâkimler Kanununun 85. maddesinin 2. fıkrası gösterilmekteydi. Buna göre, Cumhuriyet başsavcısının, yetkili olduğu başsavcılık teşkilatında görevli bulunan Cumhuriyet savcılarında her türlü emir verebilme yetkisine sahipti. Taner, s. 46; Kunter, s. 424, 798; Kantar, s. 204; Tosun, Suç Muhakemesi I, s. 301.

adli faaliyet çerçevesinde karar alırken görevli olduğu başsavcılık teşkilatının başındaki Cumhuriyet başsavcısının emir ve talimatlarıyla bağlı olduğu söylenemez¹⁷⁰. CMUK döneminde ise, Cumhuriyet başsavcısının kendi teşkilatında görevli savcılar üzerinde adli ve idari görevleri bakımından gözetim ve denetim yetkisine sahip olduğu, dava açmaları hususunda emir verebileceği görüşü hâkimdi¹⁷¹.

Nitekim yakın zamanda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun **06.10.2020** tarihli ve E. 2019/84, K. 2020/399 sayılı kararında; Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturma sonucunda düzenlenen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın aynı yer Cumhuriyet başsavcısı tarafından iddianame düzenlenmesi gerektiğinden bahisle iade edilip edilemeyeceği ve buna bağlı olarak düzenlenen iddianamenin hukuki değerinin bulunup bulunmadığı sorunu ele alınmıştır.

Ceza Genel Kurulu'nun kararında; Cumhuriyet başsavcılığı teşkilatının bir bütün teşkil ettiği vurgulanarak; soruşturma yapma görevinin başsavcılığa ait olduğu ve bu görevin başsavcılıkta görevli savcılar tarafından yerine getirildiği isabetli bir şekilde belirtilmiştir. Karara göre: *“5271 sayılı CMK'ya göre bir suça ilişkin soruşturma yapma ve bu soruşturma sonucunda iddianame düzenleme veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verme yetkisi Cumhuriyet savcılarında aittir. Cumhuriyet başsavcılarında bizzat yetki verilen haller ise CMK'nın 92, 161 ve 166. maddelerinde ayrıca*

Keyman da; birlik ve bölünmezlik arz eden savcılık makamının esas itibarıyla hiyerarşik bir yapıya sahip bulunduğunu, her bir savcının üstü konumundaki başsavcının “yazılı” talimatlarına uymak zorunda olduğunu ve fakat duruşma safhasında “söz serbestisi” ilkesinin geçerli olmasından dolayı bu safhada başsavcının talimatlarına uyma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir, s. 191-193.

¹⁷⁰ Buna mukabil uygulama farklı yönde gelişmiş olup Cumhuriyet başsavcıları yetkili oldukları başsavcılık teşkilatında görevli olan Cumhuriyet savcılarının verdikleri kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını “iade” edebilmektedir. Bu uygulama; Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarına yönelik olarak UYAP sisteminde Cumhuriyet başsavcısı tarafından “görüldü” işleminin yapılmaması suretiyle gerçekleşmektedir. Sistem özetle şu şekilde işlemektedir: Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin yazdıkları kararların UYAP ekranından kendileri tarafından onaylanmalarına müteakip, aynı karar görüldü yapacak Cumhuriyet başsavcısının ekranına düşmektedir. Cumhuriyet başsavcısı verilen kararı UYAP ekranından onaylamadıkça yazılmış olan kararlar işletim sistemine dahil edilmemektedir. Başka bir ifadeyle, Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendirdiği Cumhuriyet başsavcı vekili tarafından “görüldü” işlemi yapılmadan, Cumhuriyet savcısı tarafından yazılan kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karar taraflara tebliğ edilmemekte, karar sadece UYAP ekranında yazılmış olarak görülmektedir.

¹⁷¹ Taner, s. 46; Kantar, s. 160; Kunter, s. 798; Keyman, s. 193.

*düzenlenmiştir. Bu nedenle, Kanundan kaynaklanan asli yetkilerini kullanan Cumhuriyet savcılarında, 2802 sayılı Kanunun 5. ve 5235 sayılı Kanunun 18. maddelerinde belirtilen gözetim ve denetim yetkisi adı altında Cumhuriyet başsavcılarında müdahalede bulunulamayacak; anılan yetkiler kapsamında yapılacak işlemlerin, iddianame veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararların hukuken sonuç doğurmasında bir etkisi olmayacaktır. **Cumhuriyet başsavcısının gözetim ve denetim yetkisi, iş bölümü sonucunda Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan soruşturmanın etkin şekilde yapılıp yapılmadığını gözetlemek ve denetlemekten ibaret olup; etkin soruşturma yapılmadığının tespit edilmesi durumunda ise, Cumhuriyet başsavcısı soruşturma dosyasını üzerine alarak soruşturmayı bizzat yürütebilecek veya başka bir savcıyı görevlendirebilecektir. Ancak Cumhuriyet başsavcısının gözetim ve denetim yetkisi, başsavcılığın verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamaya, adli ve idari görevlere ilişkin iş bölümünü yapmaya yönelik olup; bir suç soruşturması sonucunda hangi kararın verilmesi gerektiği yönündeki emirleri yahut kararın onanması ya da iade edilmesini kapsamamaktadır.***

Ceza Genel Kurulu'nun kararında yer verilen şu belirlemeler ise konumuz açısından büyük önem taşımaktadır: “Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra geri alınması şeklinde bir yol CMK sisteminde kabul edilmemiştir. Bu karara karşı başvurulabilecek tek hukuki çare, doktrinde ‘kovuşturma davası’ olarak da adlandırılan CMK'nın 173. maddesinde düzenlenen ‘itiraz’ yoludur; Cumhuriyet başsavcısının idari veya adli denetim yapabileceğine ilişkin bir düzenleme CMK'da yer almamaktadır... **Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten veya iddianame düzenlenip imzalandıktan sonra başkaca hiçbir işleme tabi tutulmadan bu kararların hukuken geçerli hale geldiği; kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar bakımından yargı denetiminin, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği tarafından CMK'nın 173. maddesinde; iddianamenin yargı denetiminin ise kendisine hitaben düzenlenen iddianameyi inceleyen mahkemece CMK'nın 174. maddesi uyarınca yapılacağı; yargı denetimi dışında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile iddianamenin hukuken geçerli hale gelebilmesi için başkaca bir işleme gerek olmadığı gibi, CMK'da ve ilgili kanunlarda anılan kararların niteliği gereği idari bir denetimin de kabul edilmediği anlaşılmaktadır”.**

Bu itibarla CMK m. 172/1'de Cumhuriyet savcısına tanınan kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı verme yetkisi kapsamında, bu kararın geçerliliği

“görüldü” veya “onay” prosedürü gibi başkaca bir şarta bağlanmamıştır. Cumhuriyet başsavcısının “görüldü” işlemi yapılabilmesi bu kararları onaylama veya iade etme yetkisi vermez. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun 5. maddesinde yer alan “*Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur*” hükmü uyarınca, Cumhuriyet savcısı tarafından elektronik imza ile imzalanan kovuşturmaya yer olmadığına dair karar hiçbir onay işlemine gerek olmadan hukuken geçerli bir ceza muhakemesi işlemi niteliğini kazanır¹⁷².

CMK sisteminde, iddia faaliyetini yürütme görevi bizzat **Cumhuriyet savcısına** verilmiştir. (m. 160/1; 5235 sayılı Kanun m. 20/1). Dolayısıyla, her bir savcı tek başına soruşturma işlemlerini gerçekleştirebilmekte ve iddia makamını temsil edebilmektedir. Suç soruşturması sürecindeki yetkilerini kanuna uygun olarak kullanan Cumhuriyet savcısının iradesini kısıtlayacak, kendi iradesi hilafına karar almasını sağlayacak bir müessese bulunmamaktadır. CMK’da savcının verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın hukuken sonuç doğurmasını engelleyen tek ihtimal bu kararın itiraz mercii tarafından kaldırılmasıdır. Bu yol haricinde, verildiği andan itibaren kovuşturmaya yer olmadığı kararının ortadan kaldırılması mümkün değildir¹⁷³.

Bu itibarla Cumhuriyet savcısının verdiği kararın *görüldü savcısı* tarafından imzalanmaması halinde hukuken geçerlilik kazanmayacağı söylenemez. Savcının kararı bizzat kendisi tarafından imzalandıktan sonra hüküm ve sonuç doğurur¹⁷⁴; bu kararın başka bir merci tarafından onaylanması

¹⁷² “CMK’da suç soruşturması yapma ve soruşturma sonucunda iddianame düzenleme veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verme yetkisiyle donatılmış Cumhuriyet savcılarında müdahale yasağı, ... hiyerarşik ilişki içerisinde bulunan Cumhuriyet başsavcısını da kapsamakta olup; Anayasanın 6. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ‘Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.’ hükmü uyarınca kanunlarla açıkça ve net bir şekilde verilmeyen bir yetkinin, sınırları belirlenemeyen gözetim ve denetim yetkisi kapsamında kaldığından bahisle UYAP sistemine entegre edilerek kullanılması da kabul edilemeyecektir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 06.10.2020 tarihli ve E. 2019/84, K. 2020/399 sayılı kararı.

¹⁷³ Türk doktrininde Cumhuriyet başsavcılığına kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılması için idari başvuruda bulunabileceğini kabul eden görüş için bkz. Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Adalet, 2020, s. 527.

¹⁷⁴ Bu anlamda kararın geçerlilik kazanması ile kesinleşmesi farklı zamanlara tekabül etmektedir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı, görevli ve yetkili Cumhuriyet savcısı tarafından (güvenli elektronik imzayla) imzalandığı an itibarıyla hukuken geçerlilik kazanır. Ancak bu kararın kesinleşmesi için itiraz sürecinin tamamlanmış olması gerekir. Bu anlamda, itiraz edildiği ve fakat sulh ceza hâkimliği tarafından itirazın reddedildiği zaman yahut karar suçtan zarara görene tebliğ edilmesine rağmen itiraz edilmemesi durumunda 15. günün sonunda

anlamına gelebilecek her türlü uygulama kanuna aykırı niteliktedir. Cumhuriyet başsavcısının gözetim ve denetim yetkisi (2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 5/1; 5235 sayılı Kanun m. 18/2, 3) ise, bizzat suç soruşturmasının yürütülmesine ilişkin bir yetki olmayıp; ancak adli teşkilatın işleyişine yönelik ve savcılık makamının idari işleyişine ilişkin konularla sınırlı olan yetkililerdir¹⁷⁵.

Bununla birlikte, **17.6.2021** tarihli ve 7328 sayılı Kanunla (m. 2), 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun “*Cumhuriyet başsavcısının görevleri*” başlıklı 18. maddesine, “*Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararları arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesi ile bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesi hususunda görevli ve yetkilidir.*” şeklinde bir fıkra eklenmiştir¹⁷⁶. Anlaşılacağı

karar kesinleşir. İtiraz edildiği veya itiraz için öngörülen 15 günlük süre zarfında “teknik” anlamda soruşturma evresi devam etmektedir. Ancak, gerek itiraz üzerine dosyanın sulh ceza hâkimliği tarafından incelendiği aşamada gerekse 15 günlük itiraz süresinin beklendiği zaman zarfında, Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinin akıbetini belirleme hususunda herhangi bir iktidarı yoktur. Bu aşamada kovuşturmaya yer olmadığı kararının ortadan kaldırılması veya kesinleştirilmesi konusunda yetkili merci sadece sulh ceza hâkimliğidir. Hasılı, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği takdirde, artık bu kararını düzeltmesi veya geri alması mümkün değildir.

¹⁷⁵ Ancak bu, Cumhuriyet başsavcılarının, teşkilatında görevli bulunan savcılara sadece “idari” konularda emir verebileceği anlamına gelmez. Cumhuriyet başsavcısı, somut soruşturmanın etkin kılınması kapsamında Cumhuriyet savcılarını yönlendirme yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, yapması veya yapmaması gerekeni söyleme imkânına sahiptir. Ancak, somut soruşturmada bir soruşturma işlemi yapılmışsa, bu işlemin geçerliliğine müdahale etmesi mümkün değildir. Özellikle, kamu davasının açılmasına yer olup olmadığı kararları (iddianame ve kovuşturmaya yer olmadığı) bakımından yetki bizzat Cumhuriyet savcısına verildiğinden ve bu kararların geçerliliği herhangi bir şarta tâbi tutulmadığından, Cumhuriyet başsavcılarının yapılan işlemleri iptal etmesi veya onaylamaması mümkün değildir. Aksinin kabulü, suç soruşturmasının ve bu bağlamda ceza muhakemesi işlemlerinin içeriğine Cumhuriyet başsavcılarının bizzat müdahil olmaları; her muhakeme işlemine bizzat onay vermeleri gibi bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bu sonuç ise, kanunda öngörülmeyen bir usulün uygulanmasından dolayı **hukuki güvenlik ilkesine** aykırılık teşkil edecektir.

¹⁷⁶ Kanun teklifinin madde (m. 2) gerekçesinde, söz konusu düzenlemeyle Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararlarıyla ilgili olarak uygulamada oluşabilecek farklılıkların önlenmesi ve uygulama birliğinin sağlanması amacıyla Cumhuriyet başsavcılarının sorumluluk verilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında, söz konusu düzenleme ihtiyacının YCGK’nın 06.10.2020 tarihli ve E. 2019/84, K. 2020/399 sayılı kararından doğduğu ve bu kararda 5235 sayılı Kanun’da Cumhuriyet başsavcılarının tanınan gözetim ve denetim yetkisine açıklık getirilmesinin gerekli olduğuna işaret edildiği için böyle bir düzenleme yoluna gidildiği gündeme gelmiştir. Bu denetimin Cumhuriyet başsavcılarının tarafından zaten “fıilen” yapıldığı, uygulamada yapılmakta olan bu denetimin “kanuni çerçevesini” oluşturmak için böyle bir teklifte

üzere, söz konusu düzenlemeyle, Cumhuriyet başsavcılarında yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcılarının *soruşturmayı sonlandıran kararları* üzerinde “adli” denetim yetkisi verilmiştir. Böylelikle, Cumhuriyet başsavcılarında, yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcılarında verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarını ortadan kaldırma yetkisine sahip olacaktır. Bu yetkinin kullanılması için suçtan zarar gören veya başka bir kimsenin başvuruda bulunması gerekmediğinden, belli bir suçtan zarar görenin bulunmadığı suçlara ilişkin soruşturmalar neticesinde verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının denetimi, yetkili Cumhuriyet başsavcılarında tarafından yapılabilecektir.

Kanaatimizce, getirilen bu düzenlemeyle uygulamayla geliştirilen “onay-görüldü” prosedürü yasal zemine kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Böylelikle, CMK sisteminde kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının geçerliliği hususunda öngörülme “onay-görüldü” usulü, 5235 sayılı Kanunla ihdas edilmek istenmektedir. Cumhuriyet başsavcısı, bu yetkisiyle birlikte, görüldü işlemi yapmamak suretiyle kendi başsavcılık teşkilatının uygulamasıyla farklılık arz ettiğini düşündüğü veya kanuna aykırı gördüğü kovuşturmayaya yer olmadığı kararında hukuken geçerlilik tanımayabilecektir. Ancak önemle belirtmek isteriz ki, anılan düzenlemede denetim yetkisinin nasıl ve ne suretle kullanılacağı açıklanmamıştır. Dolayısıyla, Cumhuriyet başsavcılarının kendilerine tanınan denetim yetkisini “onay-görüldü” usulünü uygulamak suretiyle mi kullanacakları tartışmaya açıktır.

İlk olarak, söz konusu düzenlemenin CMK sistemine aykırı olduğunu belirtmeliyiz. Zira CMK sisteminde bir suç soruşturmasını başlatma, yürütme

bulunulduğu belirtilmiştir. Öte yandan, Cumhuriyet başsavcılarında tanınacak bu denetim yetkisiyle, ilgili başsavcılığın yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcılarında tarafından verilen kararlar arasında oluşabilecek farklılıkların önüne geçilebileceği söylenmiştir. Buna örnek olarak dolandırıcılık suçu verilmiş; dolandırıcılık suçlarından dolayı yapılan bazı soruşturmalarda “hukuki ihtilaf” gerekçesiyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararının verildiği, benzer olaylara ilişkin bazı soruşturmalarda ise kamu davası açıldığı, benzer soruşturmalarda çelişkili sonuçlara çözüm getirmek için Cumhuriyet başsavcılarında denetim yetkisinin verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Söz konusu düzenlemenin kanun teklifinden çıkartılmasını isteyen Adalet Komisyonu üyelerinin gerekçeleri ise kısaca şu şekildedir: 1) Bu düzenleme, Cumhuriyet savcılarında tarafından yürütülmesi ve sonlandırılması gereken soruşturmalarda başsavcı tarafından doğrudan müdahale etmenin yasal dayanağını oluşturma riski taşımaktadır. 2) Cumhuriyet başsavcısına tanınan denetim yetkisinin nasıl kullanılacağı, hüküm ve sonuçlarının neler olacağı hususunda belirsizlikler vardır. 3) Düzenleme, “uygulama birliği” amacının sağlanması bakımından yetersiz kalmaktadır. Zira bu düzenleme kapsamında öngörülen denetim yetkisi, sadece ilgili Cumhuriyet başsavcılığının **yargı çevresinde** verilen kararlar bakımından söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla farklı yargı çevresindeki benzer olaylara ilişkin verilen kararlar bakımından “uygulama birliği” sağlanamayacaktır.

ve sona erdirme yetkileri bizzat Cumhuriyet savcısına tanınmış olup bu yetkilerin kullanılması bakımından herhangi bir merciin onayı aranmamıştır. Bu bağlamda, soruşturmada sonuç çıkarma yetkisi bizzat Cumhuriyet savcısına ait olup, soruşturma sonucunda kamu davasını açmaya yer olup olmadığını takdir yetkisi **münhasıran** Cumhuriyet savcısına verilmiştir (CMK m. 160/1). Getirilmek istenen bu düzenlemede ise, Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmaya yer olup olmadığına yönelik değerlendirme yetkisi, Cumhuriyet başsavcısının vesayetine bırakılmıştır. Söz konusu düzenleme CMK'nın "soruşturma" sistemine aykırı olup uygulamada da birçok sorunu beraberinde getirmeye gebedir:

Sorun 1: Cumhuriyet başsavcısı bu denetim yetkisini ne zamana kadar kullanabilir? Burada uygulamada benimsenen "görüldü" işlemi mi esas alınacaktır? Cumhuriyet başsavcısı, bu yetkisini görüldü işlemine kadar mı kullanabilir yoksa görüldü işleminden sonra da bu yetkisini kullanabilecek midir?¹⁷⁷ Örneğin, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verdi ve karar itiraz edilmeksizin kesinleşti. Cumhuriyet başsavcısı, karar kesinleştikten sonra resen veya istem üzerine kararın hatalı olduğunu tespit ettiği takdirde denetim yetkisini kullanabilir mi?

Sorun 2: Cumhuriyet başsavcısı verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının hatalı olduğunu düşündüğü takdirde nasıl bir yol izlenecektir? Bu durumda Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu kararın doğru olduğu hususunda ısrar edebilmesi mümkün müdür yoksa Cumhuriyet başsavcısının kararıyla bağlı olup bu kararın gereğini yerine getirmeye mecbur mudur?

Sorun 3: Denetim yetkisinin görüldü işleminden sonra da kullanılabilmesi ihtimalde; suçtan zarar görenin karara karşı sulh ceza hâkimliğine itiraz ettiği, bu arada Cumhuriyet başsavcısının resen veya istem üzerine kararı kaldırarak iddianame düzenlemesi için savcıya iade ettiği bir olayda, iddianame düzenlenmeden veya düzenlendikten sonra sulh ceza hâkimliğinden itirazın reddi yönünde bir karar çıkarsa nasıl bir yol izlenecektir? Özetle denetim yetkisini haiz iki merciin (sulh ceza hâkimliği ile başsavcılık) iradelerinin

¹⁷⁷ Uygulamadaki "görüldü" işleminin herhangi bir pozitif dayanağı yoktur. Esasında kovuşturmayaya yer olmadığı kararının Cumhuriyet savcısı tarafından imzalanmasıyla birlikte karar hukukten geçerlilik kazanacaktır. Bu andan itibaren söz konusu kararı ortadan kaldırma yetkisi, CMK m. 173 uyarınca sadece itiraz merciine aittir. Görüldü işleminin uygulama yoluyla geliştirildiği ve bir pozitif dayanağa sahip olmadığı göz önünde bulundurulursa, Cumhuriyet başsavcısının görüldü işleminden sonraki bir dönemde de bu yetkisini kullanabilmesi imkan dâhilindedir.

çeliştiği durumda ne yapılacaktır?

Sorun 4: Kanun teklifinde denetim yetkisinin konusu olarak “soruşturmayı sonlandıran kararlar” ibaresi yer almaktadır. Bu anlamda “iddianame düzenlenmesi” yani kamu davasının açılmasına yönelik verilen kararlar da başsavcının denetim yetkisine konu olabilir mi?¹⁷⁸ Keza, Cumhuriyet savcılarının kamu davasını açmada takdir yetkisini (CMK m. 171) kullanarak verdikleri kovuşturmayaya yer olmadığı kararları başsavcının denetimine tâbi midir?

Almanya’da ise, savcının *tüm* kararlarına yönelik olarak başsavcılık tarafından idari denetimde (*Dienstaufsichtsbeschwerde*) bulunması açık bir biçimde kabul edilmektedir¹⁷⁹. Buna göre savcının her türlü kararı idari denetime tabidir. Söz konusu denetim mekanizmasının işletilmesi bakımından sıkı şartlar bulunmamaktadır. Bu itibarla Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda hüküm altına alınan kovuşturma açılmasına zorlama başvurusunun şekli şartları mevcut bulunmasa bile savcılığın aldığı kararın idari denetime konu edilebilmesi ve başsavcılık tarafından kararın tekrar gözden geçirilerek kaldırılmasının talep edilmesi mümkündür¹⁸⁰.

B. Çözüm Önerimiz

CMK m. 173/1’de kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz yetkisi bakımından sadece *suçtan zarar gören* sıfatına yer verilmiş olmasından

¹⁷⁸ Adalet Komisyonu görüşmelerinde teklif sahibi milletvekilleri, iddianamenin düzenlenmesi yani kamu davasının açılmasına ilişkin kararın da “soruşturmayı sonlandıran kararlar” kapsamında sayılacağını belirtmişlerdir. Buna göre, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenlediği takdirde, bu iddianamenin ilgili başsavcılık teşkilatının uygulamasıyla farklılık arz ettiği veya kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle “görüldüsü” yapılmamak suretiyle ilgili Cumhuriyet savcısına iade edilmesi mümkün olacaktır. Kanaatimizce, Adalet Komisyonunun müzakereleri sırasında ileri sürülen bu iddia, CMK sistemine vâkıf olunmamasından kaynaklanan hatalı bir değerlendirmenin sonucunda ortaya konulmuştur. Zira CMK sisteminde soruşturma evresi iddianamenin düzenlenmesiyle değil, iddianamenin ilgili mahkeme tarafından kabul edilmesiyle sonlanmaktadır. Ancak getirilmek istenen düzenlemede “soruşturmayı sonlandıran” ibaresiyle tam olarak neyin kastedildiği anlaşılmamaktadır. Buradaki “soruşturmayı” ifadesinden CMK m. 2/1-e anlamında soruşturma evresinin mi yoksa Cumhuriyet savcısının kamu davasını açıp açmama yönünde vereceği karar öncesindeki safhanın mı kastedildiği belirsiz kalmaktadır.

¹⁷⁹ Alman Mahkeme Teşkilatı Kanunu (GVG) § 147.

¹⁸⁰ Kölbel, § 172 kn. 6; Graalman-Scheerer, § 172 kn. 9. İddianame düzenlemeye zorlama muhakemesinin şartlarının bulunmadığının tespit edildiği hallerde, başsavcılığın başvuru idari denetime yönelik bir başvuru olarak nitelendirilerek bu çerçevede faaliyet icra etmesi gerektiği belirtilmektedir. Türk Hukukunda başsavcıya idari başvuru yolunun bulunduğunu ileri süren görüş için bkz. Ünver/Hakeri, s. 524, 527.

bahisle, soruşturma konusu suç kapsamında suçtan zarar gören sıfatına sahip belirli bir kişinin bulunmadığı hallerde Cumhuriyet savcısının soruşturmada sonuç çıkarma yetkisi bağlamında **mutlak anlamda** takdir yetkisine sahip olacağı ve bu nedenle kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının yargısal denetime tabi tutulmasının gerekli olmadığı ileri sürülebilir. Başka bir ifadeyle, münhasıran bireyler üstü menfaatlerin korunduğu ve herhangi bir surette bireysel nitelikteki hukuki menfaatlerin ihlal edilmediği suçlarda, Cumhuriyet savcısına kamu davasını açıp açmamak hususunda mutlak bir takdir yetkisinin verilmesi gerektiği savunulabilir. Dolayısıyla, söz konusu suçlara ilişkin verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının denetimsiz kalması sakınca yaratmayacaktır. Daha önce ifade edildiği üzere, mecburilik ilkesinin hâkim olduğu bir ceza muhakemesi sisteminde, kesinleşmesi halinde maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olması mümkün olan kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının etkin bir şekilde denetime tâbi tutulması bir gerekliliktir. Keza yargı makamı kararlarının kural olarak denetime tâbi kılındığı bir sistemde, savcılık makamının böylesi önemi haiz bir kararın denetimsiz bırakılmasının makul bir nedeni olamaz. CMK m. 173/1’de kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz yetkisi bakımından sadece suçtan zarar gören sıfatına yer verilmiş olması, söz konusu denetim mekanizmasını harekete geçirebilecek daha etkin bir kişi veya merciin bulunamamasından kaynaklanan pratik bir zorunluluğun sonucudur.

Cumhuriyet savcısının yürüttüğü suç soruşturması sonucunda verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın ilişkin olduğu suç tipinde suçtan zarar gören sıfatına sahip somut bir kişinin bulunmadığı ve bu nedenle verilen bu karara itiraz edilebilmesinin mümkün olmadığı hallerde, bu kararlar **otomatik olarak** sulh ceza hâkimliği tarafından denetlenmelidir (*otomatik denetim*). Öte yandan, aslında suçtan zarar gören bir kişinin bulunduğu ancak yapılan araştırmalar neticesinde bu kişinin kimliğinin savcılık tarafından tespit edilememesi dolayısıyla kovuşturmaya yer olmadığı kararının tebliğ edilemediği hallerde de bu yöntemin benimsenmesi gerekir. Ancak bu sonuca ulaşılrken, somut bir kişinin suçtan zarar gören sıfatına sahip olmadığı suçların haksızlık içeriklerinin, somut bir kişinin suçtan zarar gören olduğu suçlara nazaran daha fazla olduğunu kabul ettiğimiz gibi yanlış bir kaniya sebebiyet vermek istememekteyiz. Burada öngörülen *otomatik denetim sistemi*, herhangi bir suçtan dolayı verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının yargı denetimi dışında kalmasını engellemeye hizmet etmeyi amaçlamaktadır.

Verilen karara itiraz edebilme yetkisi bulunan kişilerin (ya da kurumların)

varlığı halinde ise söz konusu otomatik denetim mekanizmasının işletilmesine gerek yoktur. Otomatik denetim mekanizması, münhasıran bireyler üstü menfaatlerin korunduğu ve herhangi bir surette bireysel nitelikteki hukuki menfaatin ihlal edilmediği hallerde uygulanmalıdır. Toplumsal nitelikteki menfaatlerin korunduğu ve fakat soruşturma konusu suça ilişkin verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edebilme yetkisi bulunan gerçek veya tüzel kişi varsa, söz konusu otomatik denetim mekanizmasının işletilmesine gerek bulunmamaktadır.

Bireyler üstü menfaatlerin korunduğu suç tiplerine ilişkin yürütülen soruşturmalar sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının otomatik olarak denetlenmesi bakımından, ilk bakışta bir uyumsuzluğun ortaya çıktığı söylenebilir. Buna göre, örneğin bir belgede sahtecilik suçu soruşturmasında, belli bir kişinin suçtan zarar gören olduğu durumlarda denetim mekanizması bu kişinin iradesine bağlı bir biçimde itiraz üzerine işletilecekken; suçtan zarar görenin bulunmadığı durumlarda ise otomatik denetim yolu işletilecektir. Daha net bir anlatımla; somut olarak suçtan zarar görenin bulunmadığı suçlarda otomatik denetim öngörülüyorken, somut olarak suçtan zarar gören bulunduğu takdirde neden otomatik denetim yolunun işletilmediğinin açıklanabilmesi gerekir. Kendisine kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz yetkisi tanınmış olan suçtan zarar görenin; kural olarak cezai uyumsuzluk konusu somut olaya ve bu olayın arka planına ilişkin olarak, şüpheli dışında, diğer tüm kişilerden daha fazla bilgisi bulunmaktadır. Aynı zamanda suçtan zarar gören kişi, ceza hukuku tarafından korunan bir menfaatinin ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürdüğü davranışın kovuşturulabilmesini sağlamak için, savcılık tarafından soruşturma kapsamında değerlendirilmeyen ya da yanlış değerlendirilen hususları başvuruda ortaya koymaya muktedirdir. Savcının soruşturma sonucunda hatalı bir sonuca ulaştığını düşünen bu kişi, itiraz merciin iddianame düzenlenmesini gerektiren “yeterli şüphenin” varlığına kanaat getirmesini sağlamak amacıyla, uyumsuzluğun mahiyetinin daha net olarak ortaya konulmasına çalışır. Bu itibarla, itiraz yetkisinin münhasıran “suçtan zarar görene” tanınmış olması fonksiyonel ve amaca uygun niteliktedir.

Bu kapsamda mevcut CMK hükümlerinde otomatik denetim yolunun şüpheli ve sanık lehine öngörülmüş bulunduğu, bu tarz bir otomatik denetimin şüpheli-sanık aleyhine sonuç doğurabilecek durumların önüne geçmeye yönelik olarak kabul edildiği söylenebilir de; kamu davasının açılmasını sağlamak üzere iddianame düzenlenmesi sonucunu doğuracak bir denetim

mekanizmasının benimsenmesi CMK *sistemine* aykırı değildir. Bu itibarla öngörülen otomatik denetim yolunun salt şüpheli aleyhine sonuç doğurabilme potansiyelinin varlığı sistemsel bir aykırılık olarak yorumlanamaz.

KAYNAKÇA

- Babayağıt B, Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu (TCK m. 228), Seçkin, 2021.
- Bauer F, “Zum Begriff des Verletzten in der StPO”, 1953, 8 (10), Juristen Zeitung, ss. 298-300.
- Brocke H, GVG § 147, in Christoph Knauer/ Hans Kudlich,/ Hartmut Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO Band 3-2, 1.Auflage, C.H. Beck.
- Centel N / Hamide Z, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, Beta, 2020.
- Dönmezer S / Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku I, 11. Bası, Beta, 1994.
- Erem F, Ceza Usulü Hukuku, 2. Bası, Ajans-Türk Matbaacılık, 1968.
- Erman S, Ticari Ceza Hukuku III – Sahtekarlık Suçları, 4. Bası, Nazım Terzioğlu Matematik Araştırma Enstitüsü Baskı Atölyesi, 1981.
- Frisch W, “Der Begriff des „Verletzten“ im Klageerzwingungsverfahren: Eine dogmatische Grundlegung aus Anlaß der Entscheidung OLG Hamm”, NJW, 72, 1874”, 1974, 29/1, Juristen Zeitung, ss. 7-13.
- Graalman-Scheerer K, § 172, in Löwe/Rosenberg Großkommentare der Praxis: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar Band 5, 26. Auflage, Walter de Gruyter, 2006.
- Grünhut M, Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Mohr Siebeck, 1926.
- Günther H, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß: Studien zur Rechtswidrigkeit als Straftatmerkmal und zur Funktion der Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, Carl Heymanns, 1983.
- Hefendehl R, “Der Begriff des Verletzten im Klageerzwingungsverfahren bei modernen Rechtsguts- und Deliktsstrukturen”, 1999, Goldammer’s Archiv für Strafrecht, ss. 584-602.
- Heinrich B / Reinbacher T, Examinatorium Strafprozessrecht, 3. Auflage, Nomos, 2021.

- Jung H, “Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß”, 1981, 93 (4), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ss. 1147-1176.
- Kantar B, Ceza Muhakemeleri Usulü I, 4. Bası, Güzel Sanatlar Matbaası, 1957.
- Keyman S, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Sevinç Matbaası, 1970.
- Koca M / Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin, 2020.
- Kölbel R, § 172, in Christoph Knauer/ Hans Kudlich,/ Hartmut Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO Band 2, 1. Auflage, C.H. Beck, 2016.
- Kunter N, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Beta, 1989.
- Küpper G, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, 1990.
- Meyer-Goßner L, “Die Rechtstellung des Verletzten im Strafprozeß”, 1984, 17 (9), Zeitschrift für Rechtspolitik, ss. 228-233.
- Meyer-Goßner L / Schmitt B, Strafprozessordnung: StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 58. Auflage, C.H. Beck, 2015.
- Meyer-Krapp E, Das Klageerzwingungsverfahren, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2008.
- Moldenhauer G, in Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Niese W, “Die Anklageerzwingung im Verhältnis zum Legalitäts- und Opportunitätsprinzip”, 1950, 5 (12), Süddeutsche Juristen-Zeitung, ss. 890-899.
- Onursal S, Kamu Davasına Müdahale, Fakülteler Matbaası, 1968.
- Özgenç İ, Suç Örgütleri, 10 Bası, Ankara 2017.
- Öztürk B / Erdem M, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Seçkin, 2007.
- Preuß T, “Das Klageerzwingungsverfahren: Ein Überblick über prüfungsrelevante Fragen”, 2016, 38 (7), Juristische Ausbildung, s. 762-776.

- Roxin C / Schünemann B, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage, C.H. Beck, 2017.
- Schall H, “Der Verletzte im Klageerzwingungsverfahren bei Umweltdelikten”, 2020, 40 (10), Neue Zeitschrift für Strafrecht, ss. 569-577.
- Schmidt E, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II: Erläuterungen zur StPO und zum Einführungsgesetz zur StPO, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957.
- Hecker B / Heine G, § 291, in Schönke / Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Schroeder F. C / Verrel T, Strafprozessrecht, 7. Auflage, C.H. Beck, 2017.
- Sing W / Andrä M, § 172, in Helmut Satzger / Wilhelm Schluckebier / Gunter Widmaier (Hrsg), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar, 4. Auflage, Wolters Kluver, 2020.
- Soyaslan D, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Yetkin, 2020.
- Cumhur Ş, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin, 2005.
- Cumhur Ş / Neslihan G, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 11. Bası, Seçkin, 2020.
- Taner T, Ceza Muhakemeleri Usulü, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1955.
- Tosun Ö, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Cilt I Genel Kısım, 4. Bası, Acar Matbaacılık, 1984.
- Tosun Ö, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Cilt II, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara, 2005.
- Türkoğlu H. G, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, 2. Baskı, Seçkin, 2017.
- Ünver Y / Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Adalet, 2020.
- Volk K / Engländer A, Grundkurs StPO, 9. Auflage, C.H. Beck, 2018.
- Wohlens W, § 172, in Jürgen Wolter (Hrsg.), SK-StPO Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Band III, 5. Auflage, Carl Heymanns, 2016.
- Wolf E, Strafrechtliche Schuldlehre: Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre Teil I, J. Bensheimer, 1928.
- Yenisey F / Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Seçkin, 2020.
- Erdener Y, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Seçkin, Ankara 2019.

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN GELİRİN VERGİLENDİRMESİNDE ELDE ETME UNSURU

Ercan SARICAOĞLU*

ÖZ

Vergi hukuku bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşmenin yapısında bulunan teslim olgusundan hareketle arsa sahibi ile yüklenicinin karşılıklı teslim yaptığı kurgusuna göre şekillenmekte, özellikle katma değer vergisi uygulamasında ortaya çıkan trampa yaklaşımıyla vergilendirme ele alınmaktadır. Ancak Gelir Vergisi Kanunu'na göre vergi borcunun doğumunda sözleşmede yer alan edimlerin teslimine değil, edimlerin gelir elde etmeyi sağlayıp sağlamadığına bakılmalıdır. Gelirin vergilendirmesi açısından incelendiğinde sözleşmenin iki ayrı aşamada vergilendirme alanına temas eder yönü bulunmaktadır. Sözleşmeden doğan gelirin vergilendirmesi ile sözleşme neticesinde elde edilen değerlerin farklı hukuki ilişkiler vasıtasıyla kazanç veya irat doğurucu nitelikte değerlendirilmesi iki ayrı aşamayı ifade etmektedir. Çalışmamızda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir gelirin varlığı ile gelirin vergilendirmesinde vergiyi doğuran olay olarak belirginleşen elde etmenin sözleşmedeki manası irdelenmiştir. Bu doğrultuda uygulamada farklı yöntemlerle düzenlenebiliyor olmasına karşın taraf iradeleri ve sözleşme içerik ve amacı çerçevesinde gerçek vergi ödeme gücünü ortaya koyan bağımsız bölüm teslimi ve arsa payı devri borçları odak alınmıştır. Bu kapsamda kazanç türü niteliklerinin sözleşmeye yansımalarıyla sözleşmenin ekonomik yapısı ve inşaat işinin gereklerine göre gelir olarak arsa sahibinin bağımsız bölüm elde etmesi ile yüklenicinin arsa payı elde etmesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gelirin Vergilendirmesi, Vergiyi Doğuran Olay, Elde Etme, Bağımsız Bölüm, Arsa Payı.*

OBTAINING ELEMENT IN TAXATION OF THE INCOME FROM THE CONSTRUCTION AGREEMENTS IN RETURN FOR LAND SHARE

ABSTRACT

In term of tax law, the construction agreements in return for the land share is shaped according to the mutual delivery of the land owner and the contractor, based on the fact of surrender in the structure of the contract, and taxation is dealt with especially with the barter approach that occurs in the value added tax application.

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi/
TRABZON e-posta: esaricaoglu@trabzon.edu.tr

ORCID ID: 0000-0002-7065-3977.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979188

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/01/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05/05/2021

However, according to Income Tax Law, at the event causing tax, it should be looked at whether the actions provide income, not the delivery of the actions included in the contract. When examined in terms of taxation of income, the contract has an aspect that touches the taxation area in two separate stages. The taxation of the contractual income and the evaluation of the values obtained as a result of the contract through different legal relations in the nature of gain or revenue or two separate stages. In our study, the existence of an income arising from a construction agreement in return for land share and the meaning of the obtaining, which becomes evident as a tax generating event in the taxation of income, in the contract has been examined. In this respect, although it can be arranged in different methods in practice, independent division delivery and land share transfer debts, which reveal the real tax solvency within the framework of the party wills and the content and purpose of the contract, are focused. In this context, the reflection of the qualifications of the earning type into the contract, the economic structure of the contract and the obtaining of the land share in terms of the contractor with obtaining of an independent unit in terms of the land owner as revenue according to the requirement of the construction work were examined.

Keywords: *The Construction Agreements in Return for Land Share, Taxation of Income, Event Causing Tax, Obtaining, Independent Unit, Percentage Interest.*

GİRİŞ

Günden güne değişen ve farklı beklentiler doğuran ihtiyaçlar bunlara karşılık bulabilecek hukuki biçim ve kalıplara olan gereksinimleri artırmaktadır. Teknolojik, ekonomik, sosyal ve kültürel etkilerle farklı tip hukuki ilişkilere olan ihtiyacı artıracak muhtevaya sahip inşaat faaliyetleri için sözleşme özgürlüğü önemli bir ilke olmakta ve bu doğrultuda farklı inşaat sözleşme türleriyle karşılaşılmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi inşaat yapabilme gücü olmayan arsa sahibi ile bu işi yürütebilme imkanına sahip yükleniciyi bir araya getiren özel bir inşaat sözleşmesi türüdür. Sözleşmeyle taraflar, kurulan hukuki ilişkinin bir sonucu olarak bazı mali kazançlara sahip olmaktadır. Arsa sahibi, arsasını konu ederek kurduğu sözleşme ilişkisi neticesinde belli sayıda konut veya işyeri sahibi olmakta, yüklenici arsaya nakdi ödeme yapmadan ulaşarak yaptığı iş faaliyeti sayesinde maddi nitelikte bir menfaat temin etmektedir. Bu haliyle her iki taraf açısından ekonomik bir değer ile mali kazanç sağlayan sözleşmenin, vergi yüküne katlanma sonucu ihtiva eden yönleri

bulunmaktadır. Bununla birlikte vergi kanunlarında sözleşmeye yönelik özel hükümlere uzun süre yer verilmemiştir. Özellikle halleri içinde barındıran bu sözleşme, vergilendirme bakımından genel hükümlerle ele alınmıştır. Bu doğrultuda sözleşme, uygulamadaki önemine istinaden ağırlıklı olarak Katma Değer Vergisi bakımından incelenmekte ve buradan doğan hukuki yaklaşım sözleşmenin vergisel sonuçlarını belirlemede etkili olmaktadır. Ancak Gelir Vergisi Kanunu bakımından sözleşmeye dair özgün bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğunu ifade etmek gereklidir.

Tarafların sözleşmeden kaynaklanan olası gelirlerine yönelik iki ayrı aşama ön plana çıkmaktadır. Buna göre sözleşmeden doğan gelirin vergilendirmesi ve sözleşme neticesinde sahip olunan değerlerin satım veya kira vb. sözleşmelere konu edilerek kazanç veya irat elde edilecek surette kullanılması iki farklı aşamada vergisel sonuçlara neden olmaktadır. Çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan gelirin varlığı ve bu kapsamda vergiyi doğuran olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik gelirin elde edilme konusu irdelenmiştir.

I. GENEL OLARAK ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ

1. Kavram

İnşa sözcüğü meydana getirilmiş bir varlığı, inşaat sözcüğü ise hem yapılmakta olan bir nesneyi hem de o şeyin yapım eylemini ifade eder¹. İnşaata yönelmiş sözleşmelerin konusunu teşkil edebilen nesne olarak inşaat sadece binayı değil, binayı da içine dahil edecek surette stadyum, tünel, köprü, suyun üstünde veya altında tüp geçit, platform, havada teleferik gibi yapıları da kapsayan bir anlama sahiptir². İnşaat sözleşmelerinde, insan emeğinin etkisiyle ortaya çıkarılan bir eser konu edilerek hukuki ilişki kurulmaktadır. Ancak eser imalatına yönelen hukuku ilişkiler her ne kadar eser sözleşmesi özelliklerini taşıyabiliyor olsa da bunların hepsi tipik eser sözleşmesi değildir. İnşaat sözleşmeleri; eser sözleşmesi, gelir paylaşımli inşaat sözleşmesi, işletme hakkı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi

¹ Efrail Aydemir, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin, 2012, s. 35. Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre inşaat, yapma işi, yapım, yapımı süren bina anlamı ihtiva etmektedir. Bknz. <https://sozluk.gov.tr/>.

² Zekeriya Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, 2017, s. 3; İlker Hasan Duman, İnşaat Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin, 2014, s. 45; Aydemir, s. 37.

veya isimsiz sözleşme olarak farklı türlerde görünür olabilmektedir³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi⁴, bir arsaya sahip olmasına rağmen inşaat yapabileme gücüne sahip olmayan arsa sahibinin, arsa payına karşılık olarak yükleniciye inşaat yaptırmasına imkân veren özel bir inşaat sözleşmesi türünü ifade etmektedir. Arsa sahibi, arsasının belli paylarını yükleniciye devretmesinin karşılığı olarak arsasını değerlendirmekte ve bizzatıhi kullanacağı, satacağı veya kiralayabileceği bağımsız bölümlere sahip olmaktadır. Yüklenici de sözleşme sayesinde iş yapma olanağı elde etmekte ve nakdi bir ödeme yapmadan inşaat karşılığı aldığı arsa payları sayesinde kar sağlamaktadır. Böylece arsa sahibinin arsası ile yüklenicinin inşaat yapabileme gücü bir araya getirilerek karşılıklı menfaat elde edilmiş olmaktadır⁵. İnşaat faaliyetleri kapsamında sözleşmenin arsa sahibi ile yüklenicinin ihtiyaçlarına yönelik birbirini tamamlar yapısı, uygulamada böyle bir sistemin doğmasını sağlamıştır. Bu sözleşme yoluyla arsa sahibi, yüklenicinin inşaat yapabilecek finansman, teknik ve uzmanlığını elde ederken, yüklenici de arsa bedeli nedeniyle maliyet yüküne parasal olarak katlanmaktan kurtularak arsaya kavuşmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi Türk Medeni Kanunu, m.1009, Tapu Kanunu, m.26, Tapu Sicili Tüzüğü, m.47, Kat Mülkiyeti Kanunu, m.10, Katma Değer Vergisi Kanunu, m.2 ile m.27 hükümlerinde konu ediliyor olmasına rağmen tanım, unsur, uygulanacak hükümler gibi hususlarda kanunen tiplendirilmiş bir sözleşme türü değildir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş isimsiz sözleşme

³ Bknz. Kürşat, s. 4-15; Duman, s. 47.

⁴ Uygulamada “arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesi”, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı inşaat hakkı”, “kat karşılığı temlik sözleşmesi”, “arsa karşılığı inşaat sözleşmesi”, “arsa karşılığı kat yapımı sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapımı sözleşmesi” vb. farklı isimlerle kullanılabilir. Bknz. Hasan Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2010, s. 1; Cevdet Yavuz-Faruk Acar-Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta, 2014, s. 1066; Ne-zih Sütçü, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi-I, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Seçkin, 2018, s. 31; Bilal Kartal, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikler Bıçımı-I”, 1983, 9(1-2), Yargıtay Dergisi, s. 97. Diğer taraftan teori ve uygulamada farklı tip inşaat sözleşmeleri benzer noktalar esas alınmak suretiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak anılabilmektedir. Çalışmamızda bu sözleşme, bir inşaat sözleşmesi türü olarak ele alınmakta ve sözleşme konusunun inşaat faaliyetlerine özgü farklı yapılara bağlı olarak geniş bir yelpazede ele alınabileceği kabul edilerek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kavramı tercih edilmektedir.

⁵ Yavuz-Acar-Özen, s. 1064-1065; Kartal, s. 97.

olarak varlığını sürdüren sözleşme, taraf edimleri dikkate alınarak özellikle eser sözleşmesinden yola çıkılarak doktrin ve yargı kararlarında çeşitli tanımlarla ele alınmıştır⁶. Bu haliyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi içeriğinde yer alan taraf edimlerinin kavramı şekillendirdiğini ifade etmek mümkündür. Sözleşme edimi olarak arsa sahibinin, arsa paylarının bir bölümünün mülkiyetini yükleniciye veya onun gösterdiği üçüncü bir kişiye devretmesi, yüklenicinin ise kararlaştırılmış olan yapının inşa edilerek arsa sahibine isabet eden kısımların arsa sahibine teslimi borçları bulunmaktadır⁷.

2. Sözleşmenin Unsurları, Türleri, Şekli ve Niteliği

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden bahsedilebilmek için temelde üç unsurun bulunması gereklidir. Bunlar; “tamamlanmış bağımsız bölümlerin

⁶ Erman’a göre; “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir.” Erman, s. 1. Yavuz-Acar-Özen’e göre; “arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesiyle bir taraf (yüklenici), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır.” Yavuz-Acar-Özen, s. 1066; Kırca’ya göre; “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin (müteahhit, arsa sahibinin taşınmazı üzerinde bir bütünlük taşıya bağımsız bölümler yapmayı üstlendiği, arsa sahibini de buna karşılık taşınmazın belirli veya belirlenebilir paylarını onda devretmeyi borçlandığı bir sözleşmedir.” Çiğdem Kırca, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmeyen Üçüncü Kişilere Etkisi”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu -Bildiriler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 81. Sütçü’ye göre; “Yüklenicinin arsa sahibine ait taşınmaz üzerinde yapacağı inşaat karşılığında arsa sahibinin, yükleniciye taşınmaz devrini yükümlendiği sözleşmeye; ‘Taşınmaz Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi’ denir.” Sütçü, s. 35. Kartal’a göre; “onunla bir taraf, diğer tarafın arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık, bağımsız bölümlerin inşa edilerek bütünlük arz eden binanın yapılmasına yönelik anlaşma olarak tanımlayabiliriz.” Kartal, s. 98; Duman’a göre; “bir taraf, diğer tarafın arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık, bağımsız bölümler inşa ederek bütünlük arz eden binanın yapılmasına yönelik anlaşmadır.” Duman, s. 47. Karataş’a göre; “yüklenicinin finansmanı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir.” İzzet Karataş, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet, 2009, s. 35. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2012/13-592, K.2013/65, T.16.1.2013: “... Bir tanım yapmak gerekirse; arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri; yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise, bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşmelerdir...” (www.kazancı.com).

⁷ Erman, s. 1-2; Yavuz-Acar-Özen, s. 1067; Kartal, s. 97; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C-II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 113; Kürşat, s. 7; Duman, s. 47; Aydemir, s. 43; Cengiz Kostakoğlu, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Baskı, Beta, 1995, s. 49.

teslimi”, “işin karşılığı bedel olarak arsa payları mülkiyetinin devri” ve “ tarafların bu borçlar konusunda anlaşmış olmaları”dır⁸.

Eser sözleşmesinin asli unsurlarından olan eser, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin belirli bir bedel karşılığı meydana getirmeyi vaat ettiği şeydir⁹. Aynı zamanda yüklenicinin edimi bakımından sözleşme konusu olan arsa sahibinin arsası üzerine yapılacak maddi nitelikteki eser, bir inşaattır. Yüklenici tarafından yapımı ve teslimi üstlenilen inşaatı; kat, daire, dükkân, villa, bina veya binalar, alışveriş merkezi vb. kapsayıcı surette geniş ele almak gerekir. Bu yönüyle inşaatın yöneldiği ve bu tekniğe konu olan şeyler yapı, arsa sahibine bırakılacak unsurlar ise bağımsız bölüm kavramı altında incelenebilmektedir¹⁰. Sözleşmeden bahsedebilmek için taraflar, ayrıntılarıyla ortaya konulmasa da neyin inşa edileceği hususunda anlaşmış olmalıdır¹¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi iş görme faaliyeti olup, bu faaliyet sonucunda vaat edilen şeyin çalışma sonucu meydana getirilmesi, diğer bir ifadeyle imal edilmesi gereklidir. Burada yüklenici emek ve sermayesini bütünleştirmekte finansman, teknik, uzmanlık, sanat vb. etkinliğini kullanarak pek çok aşamadan geçirilen bir sonuç meydana getirmektedir.¹² Nihayetinde yüklenici sadece arsa sahibine ait olacakları değil, kat mülkiyetine dönüştürmeye elverişli olacak surette yapının tamamını bitirme ve karşılaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etme borcu altına girmektedir¹³. Diğer taraftan bu borcun yerine getirebilmesi için arsa, sözleşmede belirtilen ve anlaşılan

⁸ Erman, s. 2-4; Yavuz-Acar-Özen, s. 1067-1069; Sütçü, s. 36; Kartal, s. 98-103; Karataş, s. 35.

⁹ Yavuz-Acar-Özen, s. 1068; Karataş, s. 23.

¹⁰ Kürşat, s. 60; Kartal, s. 101; Şenol Turut, Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, Yaklaşım Yayıncılık, 2009, s. 33; Duman, s. 96. 3194 sayılı İmar Kanunu m.5'e göre Kanunun uygulanması kapsamında yapı ve bina kavramları şu şekilde tanımlanmıştır: “Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir. Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılarıdır.” 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m.2'e göre bağımsız bölüm “... bu Kanun hükümlerine göre bağımsız mülkiyete konu olan bölümlerine (Bağımsız bölüm) ...” olarak ele alınmaktadır.

¹¹ Kürşat, s. 62; Duman, s. 90-91.

¹² Yüklenici borcunun içeriğinde yer alan meydana getirmek aynı zamanda mevcut bir şeye ilave, onarma veya şeklini değiştirmeyi de kapsamaktadır. Duman, s. 47; Karataş, s. 35.

¹³ Erman, s. 3.

amacın gerçekleştirilmesine hukuken ve fiilen olanaklı olmalıdır¹⁴.

Diğer bir unsur yapılan işin karşılığı olarak yükleniciye ödenecek bedelin bulunmasıdır. Sözleşmede yüklenici ile arsa sahibi edimleri arasında karşılıklı ilişki bulunmakta, iş sahibinin edimini yükleniciye ödenecek bedel teşkil etmektedir. Bu unsur eser sözleşmesindeki iş sahibinin ücret ödeme borcunu karşılamaktadır¹⁵. Sözleşmenin tercih edilmesini sağlayan bu unsurun özelliği iş sahibinin parasal ödeme yapma yükümlülüğünün olmamasıdır. Yapının meydana getirilmesinde yüklenicinin emek ve sermayesinin karşılığı olarak iş sahibi tarafından bir tür aynı ifa ile arsa payı verilmektedir¹⁶. Böylece yüklenicinin meydana getireceği yapı ve bağımsız bölümlerden arsa sahibine teslim edeceklerinin bedeli, karşılaştırılan arsa paylarının devri olmaktadır¹⁷. Arsa payının hesabı arsanın konumu büyüklüğü gibi ölçütler göz önünde tutularak taraflarca belirlenmelidir¹⁸. Diğer taraftan şüphesiz yüklenici açısından arsa payına sahip olmak, inşa edilecek yapıdan kendisine ait olacak bağımsız bölümlerin mülkiyet hakkının kazanılacak olunmasından önemlidir.

Sözleşmenin üçüncü unsuru, tarafların anlaşmış olmasıdır. Sözleşmenin gerçek veya tüzel kişi olabilen arsa sahibi (iş sahibi) ile yüklenici (müteahhit) olmak üzere iki tarafı bulunmaktadır. Taraflar, taahhütlerini ihtiva eden sözleşme şartları ve koşulları konusunda karşılıklı irade beyanında bulunmalı ve irade beyanları birbirine uygun olmalıdır.

Bu unsurları ihtiva edecek surette arsa pay karşılığı inşaat sözleşmeleri, sözleşme özgürlüğünün etkisiyle farklı tür ve biçimlerde akdedilebilmektedir. Özellikle arsa payının devri unsuru sözleşmeyi eser sözleşmesinden ayırt edici bir hale getirirken, arsa sahiplerinin yükleniciye arsa payını değişik şekillerde intikal ettirmesi, sözleşmenin farklı tür ve biçimlerde görünür olmasına yol açmaktadır. Bu haliyle kavramsal olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak kabul edilen fakat ifa edilmiş veya kuruluş tarzına göre¹⁹ farklılık gösteren

¹⁴ Erman, s. 2; Yavuz-Acar-Özen, s. 1068; Kartal, s. 99. Bu doğrultuda sözleşmeye konu arsa, kat mülkiyetine çevrilme özelliğine sahip, imar durumu sözleşme ilkeleri ve amacına göre inşaat yapımına uygun bir halde olmalıdır. Bknz. Kürşat, s. 62-63; Aydemir, s. 45.

¹⁵ Yavuz-Acar-Özen, s. 1067; Kartal, s. 99.

¹⁶ Kartal, s. 99; Kostakoğlu, s. 49.

¹⁷ Erman, s. 2.

¹⁸ Turut, s. 36. Söz konusu sözleşme, edim kapsamının kesin olarak belirlendiği götürü bedel örneğidir. Duman, s. 96; Aydemir, s. 48; Sütçü, s. 42. Götürü bedel ile yaklaşık bedel ayrımının sonuçları için bknz. Kürşat, s. 111-112.

¹⁹ Kürşat, s. 8.

çeşitli yöntemlerle düzenlenmiş sözleşme türleri bulunmaktadır²⁰. Bununla birlikte hangi yöntemle yapılıyor olursa olsun taraf iradeleri ve sözleşme içeriğine göre unsurları ihtiva eden sözleşme, eser veya satış değil arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilir. Doktrinde ele alınan ve uygulamada sıklıkla görülen dört farklı yöntemle sözleşme akdedilebilmektedir. Ancak diğer taraftan sözleşmeyi bu yöntemlerle sınırlı ele almanın mümkün olmadığını da ifade etmek gerekir. Öncelikle sözleşme, arsanın yükleniciye tamamen devri suretiyle yapılabilmektedir. Tarafların geçerli olarak düzenledikleri sözleşmede; mülkiyet payı, paylara isabet edecek bağımsız bölüm sayısı, bağımsız bölümlerin bölüştürülmesi, yapının teknik nitelikleri ve diğer koşullar yer almaktadır²¹. Arsa üzerinde kat irtifakı tesis edilmeden arsanın tamamı, bütünüyle yüklenici adına tapuda tescil edilmektedir. Bu ihtimalde yapı tamamlandığında yüklenici, arsa sahibine ait olacak olan bağımsız bölümlerin tapuda arsa sahibi lehine tescilini sağlamalıdır. Diğer taraftan bu tür içinde de addolunabilecek bir başka yöntem arsanın tamamının değil de belli paylarının yükleniciye devredilmesidir. Arsa sahibi kat irtifakı kurulmuş olan veya olmayan, ileride bağımsız bölümlere tahsis edilecek belli arsa paylarının mülkiyetini sözleşme taahhüdü olarak veya doğrudan satış göstermek suretiyle yükleniciye tapuda devrederek edimini ifa etmekte, işin başlama-bitiş tarihi, bağımsız bölümlerin niteliği vb. hususlarında taraflar anlaşmış olmaktadır²². Böylece tercih edilen yöntemle göre arsanın tamamı veya belirli payları yüklenici adına tapuda tescil edilerek el değiştirmektedir. Ancak bu ihtimallerde yapılacak tescilin gerçekte bağımsız bölüm yapma olan sebebinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olduğunu ve işlemlerin bir arada, bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini hatırlamak gerekir²³. Bu haliyle görünürdeki tescil sözleşme niteliğini değiştirmemektedir²⁴.

Bir başka yöntem, arsa paylarının inşaatta gelinen aşamaya göre yükleniciye devrolunmasıdır. Taraflar satış veya satış vaadinden söz etmeksizin sözleşmelerinde, hangi pay ve bölümlerin yükleniciye hangilerinin arsa sahibine ait olacağını belirlemekte, inşaatın belirli aşamaya gelmesini takiben arsa payları parça parça yükleniciye devredilmektedir. Burada arsa üzerinde

²⁰ Erman, s. 11-15; Yavuz-Acar-Özen, s. 1074-1077; Gümüş, s. 114-115; Kartal, s. 103-109; Karataş, s. 35.

²¹ Gümüş, s. 114.

²² Erman, s. 12; Yavuz-Acar-Özen, s. 1074; Kartal, s. 104; Gümüş, s. 114-115.

²³ Erman, s. 13; Yavuz-Acar-Özen, s. 1075; Kartal, s. 105; Gümüş, s. 114-115.

²⁴ Erman, s. 13; Yavuz-Acar-Özen, s. 1074; Kartal, s. 104; Gümüş, s. 114-115.

ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak yapının bağımsız bölümleri için arsa sahibi tarafından kat irtifakı kurulabilmekte, yüklenicide kalacak olan bağımsız bölümlere bağlı arsa paylarının devri taahhüt edilerek, sözleşmede kararlaştırılan usule göre yükleniciye kademeli devir sağlanmaktadır²⁵. Bu yöntemde arsa sahibi göreceli olarak kendisini güvenceye almakta, yüklenici inşaatı tamamladığı orana göre arsa payının maliki olabilmektedir. Diğer bir yöntem, arsa sahibinin yükleniciye ait olacak bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarını yükleniciye satmayı vaat etmesi ve yüklenicinin ise bunun karşılığında arsa üzerinde inşaat yaparak belirlenen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmesidir²⁶. Arsa sahibi taşınmaz satış vaadine dayalı edimini tapuda resmi şekilde satış sözleşmesi akdederek, yüklenici ise kendi edimini bağımsız bölümlerden oluşan yapıyı meydana getirip, teslim ederek ifa etmektedir²⁷.

Hangi türde olursa olsun muhtevasında taşınmaz mülkiyetinin devri veya devir vaadi bulunduğundan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, Türk Medeni Kanunu m.706 ve Tapu Kanunu m.26 uyarınca bir geçerlilik koşulu olarak resmi şekle tabi olup, Tapu Sicili Müdürlüklerince resmi şekilde düzenlenmelidir²⁸. Sözleşmenin resmi şekilde yapılmamasının yaptırımı ise kesin hükümsüzlüktür²⁹. Bununla birlikte resmi şekil koşulunun varlığı tarafların menfaatini koruyucu etkisinden kaynaklanmaktadır³⁰. Bu kapsamda Yargıtay, Türk Medeni Kanun m.2'ye uygun olmayan şekil eksikliğine dayalı geçersizlik iddialarını dikkate almayarak sözleşmenin geçerli bir sözleşme hüküm ve sonuçları doğurduğunu kabul edebilmektedir³¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki varlığı sözleşme

²⁵ Karataş, s. 36.

²⁶ Erman, s. 15; Yavuz-Acar-Özen, s. 1076; Kartal, s. 105; Gümüş, s. 114.

²⁷ Gümüş, s. 114.

²⁸ Erman, s. 17; Yavuz-Acar-Özen, s. 1077; Kürşat, s. 20. Noterlik Kanunu m.60 ile Yargıtay'ın kabulü doğrultusunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterler tarafından resen düzenlenme biçiminde oluşturulabileceği kabul görmektedir. Yavuz-Acar-Özen, s. 1078-1079; Gümüş, s. 116; Kürşat, s. 21; Karataş, s. 45.

²⁹ Yavuz-Acar-Özen, s. 1083.

³⁰ Kostakoğlu, s. 50.

³¹ Erman, s. 28-29; Yavuz-Acar-Özen, s. 1086-1087; Gümüş, s. 116; Kostakoğlu, s. 50-51; Karataş, s. 59-70; Aydemir, s. 50. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E.2019/3306, K.2020/2240, T.17.7.2020. (www.kazancı.com).

özgürlüğü ilkesinin³² bir görünümü olan tip serbestisine dayalıdır³³. Sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar Türk Borçlar Kanunu veya başka bir Kanunda düzenlenmemiş atipik veya isimsiz sözleşme olarak anılan sözleşmeler kurabilmektedir³⁴. Bu tür sözleşmeler; kendine özgü sözleşme, bileşik sözleşme ve karma sözleşme olarak farklı tasnifler içinde incelenmektedir³⁵. Bunlar arasında karma sözleşme, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngörülen unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesidir³⁶. Bu kapsamda taraflardan her birinin edimi, kanunda düzenlenen farklı sözleşme tiplerinin asli edimini oluşturuyorsa çifte tipli karma sözleşme söz konusu olmaktadır³⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin edimi işi tamamlama ve teslim etme olduğundan eser sözleşmesini, arsa sahibinin edimi ise bunun bedeli olarak arsa paylarının devredilmesine odaklandığından satış sözleşmesini çağrıştırmaktadır³⁸. Ancak burada kanunda düzenlenmiş olan taşınmaz satışı ve eser sözleşmesinin unsurları, kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmektedir. Taraflar, satım veya eser sözleşmesi yapma niyeti ile hareket etmeden tek bir sözleşme ile bu sözleşme tiplerinde yer alan denk kıymette olduğu düşünülen edimlerin karşılıklılık ilişkisi ile değişimini konu edinmektedir. Bu haliyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi; geçerliliği resmi şekle bağlı olmayan yüklenicinin yapım borcu ile geçerliliği resmi şekle tabi olan arsa sahibinin taşınmaz mülkiyetinin devir borcunun tek bir sözleşmede kaynaştırılarak oluşturulduğu, isimsiz sözleşme niteliğinde çifte tipli bir karma sözleşmedir³⁹. Aynı zamanda sözleşme, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve borçlandırıcı niteliği haiz olmaktadır⁴⁰. Çifte tipli karma sözleşme

³² Bknz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin, 2015, s. 18; Yavuz-Acar-Özen, s. 14.

³³ Yavuz-Acar-Özen, s. 1066; Kartal, s. 98.

³⁴ Eren, s. 19; Haluk Nami Nomer-Baki İlkyay Engin, Türk Borçlar Kanununun Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin, 2018, s. 28.

³⁵ Bknz. Yavuz-Acar-Özen, s. 22-29.

³⁶ Yavuz-Acar-Özen, s. 25; Kartal, s. 112.

³⁷ Nomer-Engin, s. 28; Yavuz-Acar-Özen, s. 27.

³⁸ Kürşat, s. 7; Kostakoğlu, s. 49.

³⁹ Erman, s. 5-6; Yavuz-Acar-Özen, s. 1071; Kırcı, s. 81; Kartal, s. 112; Gümüş, s. 113, Sütçü, s. 36; Duman, s. 47; Karataş, s. 37.

⁴⁰ Erman, s. 4; Yavuz-Acar-Özen, s. 1073; Duman, s. 50. Sözleşmeden doğan haklara yönelik Türk Medeni Kanunu m.1009'a göre tapu kütüğüne şerh verilmesi hususunda bknz. Derya

olarak niteleme, uygulanacak hükümlerin tespiti konusunda tartışmalı bir alan açmaktadır. Bu konuda karma sözleşmeler için genel olarak kıyas teorisinin kabul gördüğü ifade edilmektedir⁴¹. Bununla birlikte sözleşmenin tipi ile bu kapsamda sözleşmeye uygulanacak hükümler, kararlaştırılan edimlere göre şekillenmekte ve bu edimler aynı zamanda sözleşmenin objektif esaslı unsurlarını oluşturmaktadır⁴². Bu noktada sözleşmenin ani veya sürekli edimli olup olmadığı da önem arz etmektedir. Edimin ifası ile borcun sona ermesinin aynı anda gerçekleştiğini ifade eden ani edim veya zaman içinde ve bölümler halinde bütünlük gösteren bir sonuca odaklanan sürekli edim⁴³ arasında yapılacak tercih, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına etki etmektedir⁴⁴. Sözleşmenin hukuki niteliği ortaya konulurken arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bedel karşılığı yaptırılan bir inşaat sözleşmesi, hizmet, vekalet, yap-satçılık veya gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmesinden farklı niteliği haiz olduğunu da ifade etmek gerekir⁴⁵.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN GELİR

1. Genel Olarak

Gelir, gerçek vergi ödeme gücünün kavramasına yönelen ekonomik bir unsurdur⁴⁶. Ülkemizde gelir vergisi ve kurumlar vergisi olmak üzere gelir üzerinden alınan iki vergi türü bulunmaktadır. Vergilendirme açısından ele

G. Bütün Yılmaz, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi", 2019, (38), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 107-130.

⁴¹ Ayrıntı ve tartışma için bkz. Erman, s. 7-8; Yavuz-Acar-Özen, s. 1070; Nomer-Engin, s. 51-52; Sütçü, s. 36; Duman, s. 49; Bilal Kartal, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi II, 1983, 9(3), Yargıtay Dergisi, s. 330.

⁴² Nomer-Engin, s. 28.

⁴³ Bknz. Eren, s. 16-17.

⁴⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 25.01.1984 gün ve 3/1 sayılı kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani-sürekli karmaşığı özelliği taşıdığına işaret edilmektedir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu E.1983/3, K.1984/1, T.25.1.1984. (www.kazancı.com). Ayrıntı için bkz. Erman, s. 8-9; Yavuz-Acar-Özen, s. 1072-1073; Kürşat, s. 52; Sütçü, s. 39; Duman, s. 49-50; Hüseyin Tokat, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılabilmesi Çeşitli İhtimaller", 2016, 24(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 217-224.

⁴⁵ Bknz. Sütçü, s. 43-61; Gümüş, s.115; Yavuz-Acar-Özen, s. 1100; Turut, s.182; Umut Yenioçak, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, 2014, s. 109-110.

⁴⁶ Mualla Öncel-Ahmet Kumrulu-Nami Çağan-Cenker Göker, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 28. Baskı, Turhan, 2019, s. 254.

alındığında Gelir Vergisi Kanunu m.1’de yer alan; “Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır” ifadeleri gelir kavramını belirginleştirmektedir. Bu yaklaşıma göre alım gücünde artış şeklinde meydana gelen dinamik yapıdaki bir akım olan gelir için tanım yapmaktan ziyade nitelik ve özellikler odak alınmalıdır⁴⁷. Bununla birlikte Gelir Vergisi Kanunu m.2’de; ticari kazanç, zirai kazanç, ücret, serbest meslek kazancı, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ve diğer kazanç ve iratlar olarak yedi çeşit gelir unsuru sayılmıştır. Bu unsurların sınırlandırıcı etkisiyle bir ekonomik değerın gelir vergisine tabi tutulabilmesi için m.1’de yer alan genel tanıma uymasına ilave olarak ayrıca m.2’de yer alan gelir unsurlarıyla ilişkilendirilebilir olması gereklidir⁴⁸. Ayrıca Gelir Vergisi Kanununun mezkûr hükümleri gelir kavramına dair başlıca özellikler; şahsi, yıllık, genel, safi ve gerçek olma durumlarını ihtiva eder haldedir⁴⁹.

Gelir unsurlarına dahil olan kazanç veya iratların gelir olarak kabul edilebilmesinde ilk altı unsur için kaynak teorisi yedinci unsur için ise safi artış teorisinin ilkeleri belirleyici olmaktadır⁵⁰. Kaynak teorisine göre gelir; emek, sermaye, doğal kaynaklar ve teşebbüs olarak anılan üretim faktörlerinin bir veya birkaçının üretim sürecine sokulması sonucu devamlı olarak elde edilen değerlerdir⁵¹. Safi artış teorisine göre ise hangi kaynaktan doğarsa doğsun satın alma gücünde belli bir dönemde ortaya çıkan artış gelir olarak kabul edilmektedir⁵². Kaynağı ve doğumu bakımından devamlılık karakteri gösteren ilk altı unsurdan farklı olarak yedinci gelir unsuru olan diğer kazanç ve iratlar böyle bir özelliğe sahip değildir⁵³. Ancak bu hal diğer kazanç ve iratları torba bir düzenleme yapmamakta, Kanunda tek tek sayma ve içerik belirleme biçiminde ele alınan değerlerle sınırlı olarak safi artış teorisine göre

⁴⁷ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 256.

⁴⁸ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 257; Yusuf Ziya Taşkan, Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Adalet, 2020, s. 375; Yılmaz Özbacı, Gelir Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş, 2008, s. 54.

⁴⁹ Bknz. Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 261-264; Taşkan, s. 381; Osman Pehlivan, Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, Celepler Matbaacılık, 2018, s. 174-177; M. Kâmil Mutluer-N. Nilay Dayanç Kuzeyli, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin, 2019, s. 357-358.

⁵⁰ Taşkan, s. 380; Pehlivan, s. 173.

⁵¹ Pehlivan, s. 172; Mutluer-Kuzeyli, s. 357. Ayrıca bu konudaki teorik tartışmalar için bknz. Funda Başaran Yavaşlar, Gelir Vergilendirmesinin Temelleri, Seçkin, 2011, s. 77-79.

⁵² Bknz. Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 256; Başaran Yavaşlar, s. 79-85.

⁵³ Özbacı, s. 56.

gelirin kavranmasını gerektirmektedir⁵⁴. Gelir Vergisi Kanununun uygulanması bakımından dahil olunan unsura göre matrah, belge düzeni, muafiyet-istisna gibi vergileme teknikleri şekillenebilmektedir. Diğer taraftan mükellefe bağlı olarak gelirin vergilendirmesinde Kurumlar Vergisi Kanunu uygulama bulmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibi, arsası konu edilerek kurulmuş olan sözleşme ilişkisi neticesinde belli sayıda konut veya işyeri sahibi olmakta, yüklenici yaptığı iş faaliyeti nedeniyle arsa payı edinmektedir. Bu haliyle her iki taraf açısından mali kazanç ihtiva eden değerler bulunmaktadır. Bu değerlerin gelir vergisine tabi bir gelir olup olmadığını belirlemek gerekir. Ayrıca bu sözleşme, arsa sahibinin ve yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan olası gelirlerine yönelik iki ayrı aşamada vergilendirme alanına temas etmektedir. Zira doğrudan sözleşme edimlerinin gelir vergisi açısından değerlendirilmesi bir yana sözleşmeyle kazanılmış unsurların sonradan satım veya kira vb. sözleşmelere konu edilerek ayrıca kazanç veya irat elde edilmesi ikinci aşama olarak vergilendirilebilir unsurları açığa çıkartmaktadır. Çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir gelirin varlığı ve bu kapsamda bir vergiyi doğuran olayın gerçekleşip gerçekleşmediği ele alınmıştır.

2. Vergilendirmeyi Etkileyen Hukuki Nitelik Sorunu

Sözleşmeden doğan bir gelirin varlığının tespiti sözleşmenin hukuki nitelendirmesine bire bir bağlıdır. Zira sözleşmenin hukuki niteliğinin saptanması vergilendirmeyi etkileyen önemli bir unsurdur. Hukuki nitelik konusunda, vergi hukuku uygulamasının özel hukuk ekseninde sözleşme unsurları üzerinden şekillenen yaklaşımlardan ayrıldığı görülebilmektedir. Sözleşmenin genel hatlarıyla izah edildiği bölümde ele alındığı üzere borçlar hukuku doktrininde ve Yargıtay'ın çeşitli kararlarında sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen, isimsiz ve çifte tipli bir karma bir sözleşme olarak kabul görmektedir. Ancak vergilendirme olgusuna odaklanan vergi idaresi bu tür sözleşmeleri arsa sahibinin yükleniciye arsa teslimi; yüklenicinin ise arsa payına karşılık arsa sahibine konut veya işyeri teslimi olarak ele almış ve bu kurguyla şekillenen sözleşme, trampa olarak belirginleştirilmiştir⁵⁵. Diğer bir

⁵⁴ Taşkan, s. 380; Mutluer-Kuzeyli, s. 357.

⁵⁵ Bknz. Turut, s. 190; Vehbi Umur Erkan-Çağır Süt Göker, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve KDV Bakımından "İki Ayrı Teslim Olduğu" Görüşü Üzerine", 2017, (344), Vergi Sorunları Dergisi, s. 20-22; İsmail Pamuk, Türk Vergi Hukukunda Özel İnşaat İşlerinin Vergilendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora

ifadeyle vergi idaresi için sözleşme bir mal ile başka bir malın değiştirilmesi olarak kavranmakta ve bu yapıya uygun surette vergilendirilmektedir. Doktrinde bu hali kabul eden yazarlar bulunmakla birlikte aksi doğrultuda görüşler de vardır⁵⁶.

Vergi yargısında ise Danıştay kararlarına yansıyan görüş "... Bir kişinin kat edinme karşılığında arsasını müteahhide vermesi ve inşa edilen binada kat sahibi olması servetin değerlendirilmesi, servetin biçim değiştirmesi olduğu..."⁵⁷ yönündedir. Bu kapsamda sözleşmenin birbirinden ayrılması mümkün olmayan çok sayıda işlemi barındırdığı fikri üzerine trampa niteliğinde olmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁵⁸. Bu haliyle Danıştay kararlarında, arsanın değerlendirilmesi amacına yönelmiş bir işlem olarak tamamen kendine özgü bir sözleşme nitelenmesi yapılmakta ve bir servet unsuru olarak ele alınan arsanın değerlendirilmesi veya arsanın biçim değiştirmesi görüşüyle, bazı kararlarda hem arsa sahibi hem de yüklenici açısından gelir vergisi ve katma değer vergisi bakımından mükellef olunmaması sonucuna işaret edilebilmektedir⁵⁹.

Vergi hukukunda sözleşmenin trampa olduğu düşüncesinin temeli katma değer vergisi uygulamasıdır. Zira sözleşmenin katma değer vergisine tabi olup olmadığı konusunda yapılması gereken tespit için odak alınan teslim olgusuna dair saptamalar trampa eğilimine olan bağı artırmıştır. Sözleşmede iki ayrı teslim bulunduğu fikri üzerine inşa edilen trampa görüş ve uygulaması vergi idaresinin 30 seri no'lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği, 60 seri no'lu Katma Değer Vergisi Kanunu Sirküleri ve Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği ile belirginleşmiştir. Vergi idaresinin yorum yoluyla yerleştirmiş olduğu bu uygulaması, 7104 sayılı Kanun ile 2018 yılı itibariyle artık Kanuni hüviyet kazanmıştır.

Tezi, 2017, s. 23; Nihan Kurtulmaz, Özel Hukuk Sözleşmelerinin Vergi Hukukunda Geçerliliği, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017, s. 91; Ersun Bayraktaroğlu, "Kat Karşılığı Sözleşmeler Farklı Vergisel Sonuçlar Doğurabilir mi?", 2017, (34), Vergi Sorunları Dergisi, s. 44.

⁵⁶ Doktrindeki görüşler için bkz. Turut, s. 190-193; Pamuk, s. 24-28; Gökhan Tozoğlu, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Vergilendirme Karşısındaki Durumu, Sayram, Konya, 2016, s. 46.

⁵⁷ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu E.2004/51, K. 2004/80, T. 25.0.2004. (www.kazancı.com).

⁵⁸ Bknz. Cenker Göker, Yürütme ve Yargı Organlarının İlişkileri Açısından Katma Değer Vergisinin Konusu, Seçkin, 2013, s. 101-102.

⁵⁹ Turut, s. 194-195; Tozoğlu, s. 69-70.

29.03.2018 tarih ve 7104 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte Katma Değer Vergisi Kanunu m.2/5'e göre;

“Trampa iki ayrı teslim hükmündedir. Bu Kanunun uygulanmasında arsa karşılığı inşaat işlerinde; arsa sahibi tarafından konut veya işyerine karşılık müteahhide arsa payı teslimi, müteahhit tarafından arsa payına karşılık arsa sahibine konut veya işyeri teslimi yapılmış sayılır.”

Dikkatle ifade etmek gerekir ki Katma Değer Vergisi Kanunun sözleşmeye yönelik tasarımı vergilendirme açısından basit ve kolay uygulanabilir bir yapıdır. Bununla birlikte Kanun, uygulamada görülme ihtimali bulunan ancak esasında sözleşme unsurlarını tamamen yansıtmayan tek bir biçim dikkate alınarak kurgulanmıştır. Bu anlayışla inşa edilen varsayım üzerine genele yaygın bir norm ihdas edilmiştir. Bu tür sözleşmelerde taraf iradeleri ve sözleşmenin yapılış amacı ile içeriği, arsa sahibinin arsa paylarını yükleniciye teslim etmesi, yüklenicinin de arsa sahibine konut veya işyeri teslim etmesi biçiminde hazır iki değer değiş-tokuş ilişkisine sokulmasıyla bir mal değişimi yapılması değildir.

Trampa sözleşmesinde asli edim yükü, trampa konusu malların zilyetlik veya mülkiyetinin karşılıklı devirleridir. Bu nedenle trampada iki farklı teslim bulunmaktadır. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, yükleniciye iş yaptırmakta, yapılan işin karşılığı ve sebebi olarak bedel niteliğinde arsa payı vermektedir. Yüklenicinin bağımsız bölümleri inşa etme ile teslim etme borcunu yerine getirmesi eser sözleşmesine benzer edimin ifası olmaktadır. Bu haliyle burada Kanunun aradığı manada tek teslim arsa sahibinin, kendisinde kalacak olanların dışında devir borcu altına girdiği arsa paylarını ve arsa paylarına denk gelen bağımsız bölümleri yükleniciye devretmesinde bulunmaktadır⁶⁰.

Kurulan sözleşme ilişkisinde arsa sahibine ait olacak olan bağımsız bölümlere karşılık gelen arsa paylarının yükleniciye devredilmesine gerek yoktur. 7104 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte arsa sahibinin, arsa paylarının yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlere veya kendisine kalacak olan bağımsız bölümlere ait olması hususunda bir ayırım yapmaksızın arsa paylarının devredildiğini varsaymaktadır. Bu durumda iş bitiminde yüklenici, daha önceden kendisine devredilmiş arsa paylarıyla birlikte arsa sahibinde kalacak bağımsız bölümleri hukuki açıdan mülkiyet nakli ile teslim

⁶⁰ Bknz. Erkan-Göker, s. 21.

etmek zorunda kalabilmektedir. Kanunda varsayım üzerine inşa edilen kurgu taraflara iki farklı teslim yapılması mecburiyeti yüklemektedir. Ancak taraflar sözleşmeyle edimin ifa tarzı bakımından farklı yöntemlerle uygulama yapıyor olsa bile sözleşmenin özünde taşınmaz mülkiyet nakli içeren tek devir ve teslim vardır.

Diğer taraftan benzer bir yaklaşımla sözleşmede iki ayrı teslim bulunduğu ve bu teslimlerin trampa niteliğinde bir sözleşmeye sebebiyet verdiği görüşü kanunlaşmamış ancak kamuoyuyla paylaşılan Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Taslağında da kendisine yer bulmuştur⁶¹. Tasarıda iki ayrı teslim odaklanıldığı ve bu teslimlere yönelik vergilendirmenin Kanunda belirlenmiş olduğu görülebilmektedir.

Hali hazırda Katma Değer Vergisi Kanunu'nu uygulaması bakımından sözleşme trampa hüküm ve sonuçlarına tabi olmaktadır. Kanunda sözleşmenin açıkça trampa olarak kabul edilmiş olunması söz konusu tartışmaların bitirilmiş olduğu değerlendirilmesini açığa çıkartmakta ve gelir vergisi bakımından da sözleşmenin böylece ele alınmasına yönelik vergi idaresine görece kabul edilebilir bir hukuki gerekçe sunmaktadır. Ancak diğer taraftan 7104 sayılı Kanun ile Katma Değer Vergisi Kanunu m.2/5 düzenlemesiyle yapılan değişiklik hükmünde "... Bu Kanunun uygulanmasında..." ifadesinin kullanılmış olduğunun altını çizmek gerekmektedir. Zira bu haliyle Gelir Vergisi Kanunu bakımından sözleşmenin Katma Değer Vergisi Kanununda ele alındığı biçimde kabul edilmesi zarureti yoktur.

Ayrıca sözleşmenin niteliği konusunda katma değer vergisi uygulaması bakımından yapılan tasarım üzerine vergilendirmede yerleşmiş olan trampa görüşüne iştirak etmek mümkün değildir. Zira mal değişim sözleşmesi adıyla Türk Borçlar Kanunu m.282-284 hükümleri arasında yer alan ve satım hükümlerinin uygulandığı trampa için mala karşı, mal verme söz konusudur⁶². Hazır iki değer üzerinden zilyetlik veya mülkiyetin karşılıklı değiş-tokuşu sözleşmeye varlık kazandıran olgudur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise özünde bir iş görme sözleşmesi olup, yüklenici yap biçiminde üzerine aldığı bir iş görme borcu ile eser meydana getirmektedir. Diğer bir ifadeyle sözleşmede, imal edilecek bir esere odaklanılmaktadır. Bu haliyle sözleşmede, bir mal bir

⁶¹ Ayrıntı için bkz. Selahattin Gökmen, "Yeni GVK Tasarısına Göre Kat Karşılığı veya Hissat Paylaşım Sözleşmesine İstinaden Arsa Teslimlerinin Vergilendirilmesi", 2013, (299), Vergi Sorunları Dergisi, s. 36-45.

⁶² Eren, s. 269; Sütçü, s. 44; Nomer-Engin, s. 51-52.

başka mal ile değişim ilişkisine girmemekte, yüklenici meydana getireceği yapı karşılığı bedel olarak arsa payı edinmektedir. Sözleşme muhtevasında satış, satış vaadi, trampa veya eser sözleşmesine ait unsurlar bulunuyor olsa da söz konusu sözleşme bu sözleşmelerden herhangi birisi değildir.

Sözleşme özgürlüğünün geniş yelpazede edim farklılığı imkânı tanınması ve sözleşmenin kendi içinde değişik düzenleme türleri olarak görülebilir olması ciddi bir vergilendirme sorununu ortaya çıkardığı açıktır. Ancak bu sorunun çözümü sözleşmenin hukuki niteliğinin olduğundan farklı şekilde kabul edilmesinde değil sözleşme kimliğinin olduğu gibi açık olarak ortaya konularak vergilendirme koşullarının değerlendirilmesinde yatmaktadır. Bu nedenle her bir sözleşme türü ve içeriğine göre vergilendirmenin değerlendirilmesi gerekmektedir⁶³. Sözleşmenin edimin ifası ve kuruluşu bakımından farklı türlerde düzenlenebiliyor olmasına rağmen vergi uygulamasında gerçekte olduğundan farklı bir tipte ele alınması ve bu çerçevede genelleştirme yapılarak vergilendirmesi, vergileme ilkelerine uygun değildir. Gelir Vergisi Kanunu açısından değerlendirildiğinde ise gelirin gerçek olmak özelliğini yansıtmayan bir hal olmaktadır. Gelirin vergilendirmesinde gerçek gelire ulaşma amacı güdülmesi gerekmektedir. Bu noktada dikkatle ifade etmek gerekir ki Gelir Vergisi Kanunu'nda teslim olgusu üzerine kurgulanmış bir vergilendirme süreci bulunmamakta, gelirin elde edilip edilmediğine göre vergi borcu ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan gelirin varlığı konusunda sözleşme edimlerinin teslimine değil, edimlerin gelir elde edilmesini sağlayıp sağlamadığına bakılmalıdır.

III. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN GELİRDE VERGİYİ DOĞURAN OLAY

1. Genel Olarak

Vergilendirme sürecinde vergi alacağı/borcu ilişkisinin kurulmasında başlangıç olarak kabul gören hukuki bir kıvılcıma ihtiyaç duyulmaktadır. Vergi kanunlarında tanımlanan ekonomik olay, hukuki işlem, durum veya ilişkinin gerçekleşmesi ile vergilendirme sürecini başlatan, vergilendirme işleminin sebep unsurunu teşkil eden ve soyut norma uygun somut bir olay nitelenmesine yönelik bağ kuran vergiyi doğuran olayın gerçekleşmiş olmasıdır⁶⁴. Verginin

⁶³ Bayraktaroğlu, s. 44.

⁶⁴ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 95; Yusuf Karakoç, Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Yetkin, 2019, s. 199-200; Taşkan, s. 167.

konusu ile mükellefi arasında vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesiyle mükellefiyet ortaya çıkmaktadır⁶⁵.

Vergi Usul Kanunu m.19'da "Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar" hükmü yer almaktadır. Böylece Vergi Usul Kanunu'nda vergi borcunun doğumu için olay veya hukuki duruma işaret edilmektedir. Söz konusu olayın vuku bulması veya hukuki durumunun tekemmül etmesi vergi borcunun doğumuna neden olacaktır. Bununla birlikte vergiyi doğuran olayın kişi, konu ve isnadiyet unsurları bulunmaktadır⁶⁶. Dolayısıyla vergiyi doğuran olayın kavranmasında; vergi borcu ilişkisinde olayı gerçekleştiren kişi, vergi konusu olarak ele alınan bir konu ve kişinin vergi konusuna dahil olmasıyla gerçekleştirilen sonucun mükellefiyet doğurduğunu ifade eden bir isnadiyet unsurunun bulunması gereklidir. Her bir vergi kanunu kendisi için vergiyi doğuran olayın ne olduğunu, başka bir ifadeyle vergi borcunun hangi olay veya hukuki durum ile ortaya çıkacağını düzenlemektedir⁶⁷.

Gelir vergisinde vergiyi doğuran olay, bir kazanç veya iradın elde edilmiş olmasıdır⁶⁸. Genel anlamıyla gelir, satın alma gücünde meydana gelen artış olduğundan⁶⁹ gelirin elde edilmiş olması, vergi kanunda yer alan olay veya hukuki duruma bağlı olarak kişinin mali durumunun iyileşmesi anlamı ihtiva etmelidir. Kanunda yer alan tipe uygun bir olayın veya hukuki durumun mevcut bulunduğu anlaşıldığında bir gelir elde edilmiş olmakta, diğer bir ifadeyle kişi, konu ve isnadiyet unsurlarıyla vergiyi doğuran olay gerçekleşmiş olmaktadır⁷⁰. Böylece gelir, elde edildikten sonra vergilendirilebilir olmaktadır.

Gelir Vergisi Kanunu'na göre vergi mükellefi kural olarak gerçek kişiler olup, Kanunun birinci maddesinde vergiye tabi gelirin özellikleri ile ikinci maddesinde gelir unsurları sayılarak gelirin konusu belirlenmiştir. Gelir

⁶⁵ Yusuf Karakoç, "Gelir Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay (I) (Gelirin Elde Edilmesi)", 1996, (181), <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020; Mutluer-Kuzeyli, s. 362.

⁶⁶ Yıldırım Taylar, Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013, s. 108-109.

⁶⁷ Bknz. Karakoç, Vergi, s. 202-203; Nurettin Bilici, Vergi Hukuku (Vergi Usul Hukuku, Vergi Yargılama ve Tahsil Hukuku), Güncelleştirilmiş 50. Baskı, Savaş, 2020, s. 93.

⁶⁸ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 264; Taşkan, s. 391; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020; Bilici, s. 93; Mutluer-Kuzeyli, s. 363.

⁶⁹ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 264.

⁷⁰ Taylar, s. 109.

vergisi bakımından isnadiyet ortaya koyan kavram olarak ise elde etme önem kazanmaktadır. Gelirin elde edilmesini, bir gerçek kişinin emek sarf ederek veya sermaye yatırarak veyahut emek ile sermayesini birleştirmek suretiyle ücret, irat ya da kazanç biçiminde yeni değerlerle malvarlığını artırması olarak ele almak mümkündür⁷¹. Ayrıca gelirin vergilendirmesini sağlayan Kurumlar Vergisi Kanunu'nda mükellef olunacak kişiler ayrıca belirlenerek kurum kazancının elde edilmiş olması hedef tutulmuştur.

Elde etme, gelir unsuruna göre farklı anlam kazanabilen, gelirin elde edilmiş sayılacağı an konusunda aşamalara göre şekillenebilen bir kavramdır. Buna göre tahakkuk, hukuki tasarruf, ekonomik tasarruf ve tahsil esasları elde etmenin aşamaları olarak belirginleşmektedir⁷². Tahakkuk esasına göre nitelik ve tutar olarak kesinleşmesi bir gelirin oluştuğunu ifade etmektedir⁷³. Hukuki tasarruf, gelir üzerinde sahibinin talepte bulunabilme hakkı olarak kavramsallaşmaktadır⁷⁴. Ekonomik tasarruf ise gelir üzerinde hukuki tasarruf hakkı olan gelir sahibinin geliri istediği anda kendi ekonomik alanına alma imkanının doğması, gelirin sahibinin emrine amade kılınmasıdır⁷⁵. Tahsil esası, gelirin nakit veya ayın olarak maddi bir değer ya da gayri maddi bir servet unsuru olarak gelir sahibinin malvarlığına dahil olmasını gerektirmektedir⁷⁶. Böylece gelir unsuruna göre kabul edilen esas, gelirin ortaya çıktığı anı ifade etmek için kullanılan aşamanın teknik kavram karşılığı olmaktadır.

Birçok açıdan vergi doğuran olayın tespiti önem arz etmektedir⁷⁷. Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesiyle; konusu, yükümlülüğü, matrahı ve oranı kanunda soyut olarak belirlenmiş bir vergi için mükellefiyete yönelik hukuki müesseseler açığa çıkmış olmaktadır.

⁷¹ Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

⁷² Bknz. Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 264-269; Özbalcı, s. 68-70; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020; Taylar, s. 175-176.

⁷³ Özbalcı, s. 68; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

⁷⁴ Özbalcı, s. 69; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

⁷⁵ Özbalcı, s. 69; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

⁷⁶ Özbalcı, s. 70; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

⁷⁷ Bknz. Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 265-266; Karakoç, Vergi, s. 200; Taşkan, s. 167; Taylar, s. 21-56.

Bir inşaat sözleşmesi türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde gelir olarak kavranabilir bir unsurun var olup olmadığı, vergiyi doğuran olayın gerçekleşip gerçekleşmediğiyle ilgili bir husustur. Gelir Vergisi Kanunu'nda sözleşmeye yönelik özel düzenlemeler yoktur. İnşaat faaliyetleriyle ilgili Kanunda birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarma işleri konusunda özel hükümler bulunmakta ise de sözleşme, bu nitelikte değildir⁷⁸.

Dikkatle ifade etmek gerekir ki ekonomik anlamda satın alma gücünde ortaya çıkan artış hukuki açıdan kişinin malvarlığında bir artışa tekabül ederken, bu artış kanunda yer alan gelir unsurlarından birinden kaynaklanıyorsa gelir elde edilmiş olmaktadır⁷⁹. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bir gelirin elde edilmesi, diğer bir ifadeyle vergiyi doğuran olayın gerçekleşmiş olması, gelir unsurları kapsamına dahil olan gelir getirici bir faaliyet neticesinde bir kazanım sağlandığında söz konusu olmaktadır. Gelir unsuruna dahil olan karşılıklı borç taahhütlerinin yerine getirilmesine odaklanılacağından, sözleşmenin şekil noksanlığı dolayısıyla geçersiz olduğu hallerde dahi vergiyi doğuran olayın gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekebilmektedir⁸⁰. Böylece sözleşme edimlerinin ele alınması neticesinde arsa sahibi ile yüklenici açısından gelirin varlığı, bunun hangi gelir unsuru

⁷⁸ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin birden fazla takvim yılına sirayet eden inşaat ve onarım işi niteliğinde olup olmadığına yönelik tartışmalar bulunmaktadır. Türk vergi sisteminde ticari kazancın tespitinde takvim yılı kuralına istisna teşkil eden ve dönem sonu itibarıyla hasılatın ve maliyetin kesinleşmeden, işin bittiği yıl itibarı ile yapılmasına imkân sağlayan bu hal Gelir Vergisi Kanunu'nda özel olarak ele alınmış ve m.42, m.43 ve m.44'de düzenlenmiştir. Bu noktada bu özel hükümler, her türlü inşaat işleri için değil sadece m.42'de yer alan hallerde uygulanmaktadır. Burada yer alan özel vergilendirme hükümlerine tabi olabilmek için yapılan işin inşaat veya onarma işi olması, birden fazla takvim yılına sirayet etmesi ve bir taahhüde bağlı olarak yapılması gereklidir. İşin taahhüde bağlı olarak yapılması unsurunun bir başkasına taahhüt edilmesi veya başkası namına yapılması anlamı ihtiva ettiği değerlendirildiğinden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki taahhüt ilişkisinin karşılıklı yapısı ve yüklenicinin işe olan bağı dolayısıyla sözleşme bu nitelendirmeye uygun değildir. Bu yönde Danıştay 4. Daire E.2004/229, K.2005/55, T.1.4.2005: "... Arsa payı karşılığı inşaat işi yapan davacının faaliyeti, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 42. maddesi kapsamında değerlendirilemez. 42. maddede öngörülen rejim, inşaat ve onarım işinin başkası hesabına, bir taahhüt uyarınca yapılması halinde uygulanabilir..." (www.kazancı.com). Ancak diğer taraftan kanunda yer alan nitelendirmeye uygun olmamasına karşın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi işi gereklerinin, buradaki inşaat işi gerekleriyle örtüştüğü ve esasında bu sözleşmelerin de bu kapsama dahil edilmesi hususunda kanuni düzenleme yapılmasının yerinde olacağı düşünülmektedir. Konunun ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Turut, s. 176-187.

⁷⁹ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 267; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

⁸⁰ Tozoğlu, s. 53.

içinde kabul edileceğinin tespiti vergiyi doğuran olayın saptanmasıyla birlikte anlam ifade etmektedir. Bu noktada arsa sahibi bakımından bağımsız bölümlerin elde edilmesine, yüklenici bakımından ise arsa payının elde edilmesine odaklanmak gereklidir.

2. Arsa Sahibinin Gelir Olarak Bağımsız Bölüm Elde Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yoluyla arsa sahibi kazanımlarının gelir olarak ele alınıp alınmayacağı kazancın mahiyeti çerçevesinde vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesiyle tezahür edecek bir olgudur. Arsa sahibinin asli edimi olan arsa payının yükleniciye veya onun göstereceği üçüncü kişiye devri, yüklenicinin inşa edeceği yapıyı tamamlayarak bağımsız bölümlerin kendisine teslim etmesinin karşılığı olduğundan, arsa sahibi sözleşmeyle bağımsız bölümlere sahip olmaktadır. Arsa sahibi bu bağımsız bölümleri bizzatıhi kullanmakta, satış veya kira vb. işlere konu ederek bunlardan fayda temin etmektedir. Buna göre sözleşme yoluyla sahip olunan bağımsız bölümlerin Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan gelir unsurlarına göre şekillenen ve varlık kazanabilen bir elde etmeyi meydana getirip getirmediğini tartışmak gerekmektedir.

Vergi idaresinin uygulamasında sözleşme trampa hüküm ve sonuçlarıyla ele alındığından iki ayrı teslim yapıldığı nitelmesi üzerine söz konusu bağımsız bölümlerin, üzerinden vergi alınabilen bir gelir konusu teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bu yaklaşımda arsa sahibi normal bir taşınmaz devri gibi, görünür itibariyle yükleniciye arsa satmış ve bunun değış tokuşu olarak karşılığında aynı biçimde bir gelir olarak bağımsız bölüm elde etmiştir⁸¹. Danıştay kararlarına göre ise sözleşme, arsanın değerlendirilmesi amacına yönelmekte, servetin biçim değıştirmesi veya nitelik değıştirmesinden ibaret olan bu sözleşmede arsa sahibi bakımından gelir doğmamaktadır⁸².

⁸¹ Bknz. Turut, s. 200-201.

⁸² Danıştay 4. Daire E.2012/9089, K.2013/2111, T.9.4.2013: "... Gayrimenkul alım satım faaliyetinin ticari faaliyet sayılabilmesi için bir organizasyon içinde devamlı olarak yapılması gereklidir. Kişinin arsası karşılığında müteahhitte yaptığı sözleşme üzerine inşa edilen binada müşterek mülkiyete konu bağımsız bölümler oluşmaktadır ve kat karşılığı arsasını müteahhide vermesi ve inşa edilen binada kat sahibi olması servetin değerlendirilmesi ve biçim değıştirmesidir. Dolayısıyla, alım ve satımların ticari amaç dışında sahip olduğu servetin değerlendirilmesine yönelik olduğu, diğer bir ifade ile servetin nitelik değıştirmesinden ibaret olduğu sonucuna ulaşılmaktadır..."; Danıştay 4. Daire E.2012/3743, K.2013/3494, T.19.5.2013: "... Sahip olunan arsaların kat karşılığı inşaat ve satış vaadi sözleşmesi ile müteahhide verilmesi sonucu elde edilen bağımsız bölümlerin satışının, ticari amaç dışında sahip olunan servetin değerlendirilmesine yönelik olduğunun, diğer bir ifade ile servetin nitelik değıştirmesinden ibaret olduğunun kabulü gerekir. Gayrimenkullerin sa-

Diğer taraftan Danıştay, sözleşme neticesinde sahip olunan bağımsız bölümlerin sonrasında ticari kazanç mahiyetini taşıyarak surette satılmasının vergilendirilebilir bir gelire temas ettiğini kabul etmektedir⁸³. Ayrıca Danıştay, arsa üzerine inşa edilen bağımsız bölümlerin satışında, şartların bulunması halinde değer artışı kazancı hükümlerine tabi olunacağı doğrultusunda da kararlar verebilmektedir⁸⁴.

Danıştayın sözleşme yoluyla doğrudan sahip olunan bağımsız bölümlerin gelir olmadığı yolundaki eğilimi, faaliyetin servetin değerlendirilmesi amacına özgülenmiş, biçim veya nitelik değiştirilmesi olarak görülmesinde kaynaklanmaktadır. Kişilerin belirli bir zamanda sahip olduğu taşınır veya taşınmaz değerlerin tümünü ifade eden üst bir kavram olan servetin önemli parçalarından birisi, arsalar⁸⁵. Servet konusuna giren bir arsanın bedel karşılığı el değiştirmesi farklı tür vergi konularına temas ediyor bulursa da Gelir Vergisi Kanunu m.1 nitelik ve özelliklerini ihtiva eden ve m.2 unsurlarına dahil olan bir kazancın gelire bağlı olarak vergilendirmesi gerekmektedir.

tışından elde edilen kazanç ticari kazanç olarak nitelendirilemez ...” Bu yönde Danıştay 4. Daire E.2012/6722, K.2013/547, T.7.2.2013. (www.kazancı.com). Ayrıca Danıştay 4.Daire E.2009/32, K.2010/1495, T.23.3.2010. Bknz. Vergi İhtilaflarında Örnek Danıştay Kararları 1.Cilt, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2014, s. 66-67.

⁸³ Danıştay 3. Daire E.2016/12733, T.2020/519, T.5.2.2020: “... İktisap ettiği arsa üzerinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılarak payına düşen bağımsız bölümlerden 1 tanesini 2009 yılında, 5 tanesini 2010 yılında, 5 tanesini 2011 yılında ve 1 tanesini de 2012 yılında satan arsa sahibi davacı adına, ticari mahiyetteki bu faaliyetinden elde ettiği kazancını kayıt ve beyan dışı bıraktığından bahisle dava konusu tarhiyatın yapıldığı anlaşılmıştır. Arsa üzerinde birden çok bağımsız bölümden oluşan yapı yapılması, arsanın vasfını değiştirmekte ve üzerindeki mülkiyet hakkının paylara bölünerek, birbirinden bağımsız hale gelen bu payların ayrı ayrı elden çıkarılmasına olanak sağlamaktadır. Tapuda ayrı bağımsız bölümler olarak tescil edilmiş her taşınmaz satışı, ayrı ve bağımsız işlemler olup, aynı takvim yılında birden çok bağımsız bölüm satılması, birbirinden bağımsız çok sayıda satış yapıldığının göstergesidir. Öte yandan, ticari sermayenin parçası olmayan gerçek kişilere ait servetin, vergilendirilmiş veya vergilendirilmesi gerekmeyen kazanımlarla oluşan değerler bütünü olduğu ve 193 Sayılı Kanun’un konusunu oluşturan gelirin, esasen ve çoklukla bu değerlerle girilen ekonomik faaliyetlerden oluştuğu dikkate alındığında, Kanunun uygulanmasında servetin biçim değiştirmesi gibi bir ifadeye dayanılması da mümkün değildir. Davacının gerçekleştirdiği satışlar göz önünde bulundurulduğunda, elde edilen gelir yönünden devamlılık koşulunun gerçekleştiği, dolayısıyla kazancın ticari nitelik taşıdığı sonucuna varıldığından Mahkeme kararının, matrahın hukuka uygun olup olmadığı araştırılarak ulaşılabilecek sonuca göre yeniden karar verilmek üzere bozulması gerekmiştir...” Ayrıca bu yönde Danıştay Vergi Dava Dairleri Kurulu E.2019/168, K.2020/40, T.29.1.2020. (www.kazancı.com).

⁸⁴ Danıştay 3. Daire E.2010/4655, K.2010/3497, T.9.11.2010. Bknz. Vergi İhtilaflarından Örnek Danıştay Kararları 1. Cilt, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, s. 234-235.

⁸⁵ Mutluer-Kuzeyli, s. 565.

Gelir, servetin statik niteliğine karşılık dinamik yapıya sahip alım gücü artışı olduğundan kişinin alım gücü, sahip bulunduğu servet unsurlarının değerindeki yükselmeye bağlı olarak da artış gösterebilmektedir⁸⁶. Nihayetinde nitelik ve özelliklere sahip, kanuni ölçüler dahilinde gelir kabul edilen bir değer var olup olmadığının tespiti önemlidir. Bu nedenle Danıştay kararlarında sözleşmeye servetin biçim değiştirmesi olarak yaklaşılmasının doğru bir nitelendirme olmadığı düşünülmektedir. Şüphesiz sözleşmeye konu edilen arsa netice olarak yeni bir biçim kazanarak yapıyı bir hale evirilmektedir. Ancak burada bir servet değerinin farklı bir servet değerine dönüşmesi alelade bir cins değişikliği⁸⁷ suretiyle olmamaktadır. Arsa sahibi ile yüklenici arsasında akdedilen sözleşme yoluyla bir inşaa sürecine girilmekte, arsa sahibi meydana getirilen yapıda bağımsız bölümler kazanmaktadır. Kazanılan bağımsız bölümler sayesinde servet unsurunun değerinde ekonomik bir faaliyet neticesinde artış yaşanmakta ve arsa sahibinin malvarlığına maddi değer ihtiva eden yeni bir unsur dahil olmaktadır. Arsa sahibi, malvarlığını artıran bu bağımsız bölümleri belirli dönemde paraya çevirebilme veya bunlardan başka suretlerle istifade edebilme olanağına kavuşmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tarafların karşılıklı borç taahhüdünü içermektedir. Herhangi bir sözleşme ediminin gelir vergisine tabi tutulan bir kazanç veya irat olabilmesi gelirin elde edilmiş olmasına bağlıdır. Ekonomik anlamda bireyin satın alma gücünde ortaya çıkan bir artışın gelir unsurlarından kaynaklanan maddi bir değerle kişinin malvarlığını artırması elde edilen bir gelire varlık kazandıracaktır. Bu sözleşme yoluyla arsa sahibi kendi lehine taahhüt edilen borcun ödenmesiyle bağımsız bölümlere sahip olarak ödeme gücünü artıran maddi bir değer ile kazanç sağlamaktadır. Bu kazancın Gelir Vergisi Kanuna göre bir gelir unsuruna dahil olabilmesi gelir olgusunu açığa çıkartmalıdır. Tek türde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenleme biçimi olmadığından akdedilen sözleşmeye göre yüklenici ediminin icrası, diğer bir deyişe bağımsız bölümlerin devri veya teslim usulü gelir getirici işlemi farklılaştırabilmektedir. Ancak nihayetinde odaklanılacak olan bağımsız bölümlerin bir gelir unsuruna dahil olup olmadığıdır.

⁸⁶ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 255.

⁸⁷ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2010/4 sayılı Talebe Bağlı Olarak Yapılan Değişiklik İşlemleri Hakkında Genelge m.3 hükmüne göre cins değişikliği; "... Cins değişikliği: Bir taşınmaz malın cinsinin yapısızken yapıyı veya yapıyken yapısız hale, bağ, bahçe, tarla vb. iken arsaya veya arazi iken bağ, bahçe, tarla vb. duruma dönüştürmek için paftasında ve tapu sicilinde yapılan işlemi ..." olarak ifade edilmektedir.

Arsa sahibinin sözleşme kazancı olan yüklenicinin edimi bakımından sözleşmenin asli konusunu ifade eden unsur bir taşınmazdır. Bu haliyle taşınmazın devri veya teslimine bağlı olarak gelir unsurlarının tahlil edilmesi gereklidir. Arsa sahibinin arsa payını devrederek kazanç olarak nitelenen bağımsız bölümlere sahip olması Gelir Vergisi Kanunu bakımından iki ayrı gelir unsurunun değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Bunlar, ticari kazanç ve diğer kazanç ve iratlardır. Bu halde kazancın, ticari kazanç veya diğer kazanç ve iratlar olarak nitelenebilmesi, aynı zamanda bağımsız bölümün gelir olarak kabul edilip edilemeyeceğini ve gelirin elde edildiği halde vergi doğuran olayın gerçekleşme tarihini belirginleştirmektedir.

Gelir Vergisi Kanunu m.37'e göre "Her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazanç" ticari kazanç olarak vergilendirilmektedir. Ticari ve sınai faaliyete dair kanuni bir tanım bulunmasa da Gelir Vergisi Kanunu m.37/2 hükmünde ticari kazanç hükümlerine tabi olduğu doğrudan kabul edilen kazançlar altı bent halinde sayılmıştır. Diğer taraftan genel anlamıyla bir faaliyetin ticari kazanç olarak kabulü ve vergilendirmesinde, sermaye ve emek karışımı ticari bir organizasyona dayanma, bağımsız yürütülme ve devamlılık unsurlarıyla var olan gelir getirici bir faaliyeti aramak gerekmektedir⁸⁸.

Gelir Vergisi Kanunu m.37'de ticari kazanç hükümlerine tabi olduğu belirlenen durumlardan birisi taşınmazların alım, satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşılmasıdır. Buna göre; "... Gayrimenkullerin alım, satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden ..." ifadesi kapsamına dahil olan faaliyetler doğrudan ticari kazanç olarak kabul edilmekte ve bu esasa göre vergilendirilmektedir. Kanunun bu hükmünde yer alan "... devamlı olarak..." ifadesi, ticari kazanç nitelemesinde ihtiyaç duyulan devamlılık unsurunu perçinleyici bir nitelik taşımakta ve taşınmaz alım, satım ve inşa işlerindeki faaliyetin devamlılığını özel bir konuma getirmektedir.

Bu kapsamda gelirin üretim faktörlerinin üretim sürecine dahil olması neticesinde devamlı olarak elde edilen bir değer olmasını gerektiren, kaynak teorisinin uygulanmasıdır. Bununla birlikte belirli bir dönem içinde malvarlığında meydana gelen artışların gelir olarak kabul edilebilmesi imkânı sağlayan safi artış teorisi, Gelir Vergisi Kanunu m.80 hükmünde yer alan diğer kazanç ve iratlar ile Türk vergi sisteminde uygulama alanı bulabilmektedir. Kanunda sınırlı sayıda sayılmış olan faaliyetlerin devamlılık unsuru bulunmaksızın malvarlığında meydana getirdiği artış bu kapsamda gelir

⁸⁸ Bknz. Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 279-280; Özbacı, s. 290.

olarak kabul edilmektedir⁸⁹. Diğer kazanç ve iratlar, değer artışı kazançları ve arızı kazançlar olarak iki alt bölümden oluşmaktadır. Kanunun mükerrer m.80 hükmünde yer alan mal ve hakların elden çıkarılmasından doğan kazançlar değer artışı kazancıdır.

Gelir Vergisi Kanunu mükerrer m.80/1- 6 hükmüne göre bu mal ve haklardan bazıları şunlardır:

“... 6. İktisap şekli ne olursa olsun (ivazsız olarak iktisap edilenler hariç) 70 inci maddenin birinci fıkrasının (1), (2), (4) ve (7) numaralı bentlerinde yazılı mal (gerçek usulde vergiye tâbi çiftçilerin ziraî istihsalde kullandıkları gayrimenkuller dahil) ve hakların, iktisap tarihinden başlayarak beş yıl içinde elden çıkarılmasından doğan kazançlar (Kooperatiflerin ortaklarına bu sıfatları dolayısıyla tahsis ettikleri gayrimenkulleri tahsis tarihinde ortak tarafından satın alınmış sayılır)... ”

Böylece Gelir Vergisi Kanunu m.70/1 hükmünde yer alan “Arazi, bina (Döşeli olarak kiraya verilenlerde döşeme için alınan kira bedelleri dahildir.), maden suları, menba suları, madenler, taş ocakları, kum ve çakıl istihsal yerleri, tuğla ve kiremit harmanları, tuzlalar ve bunların mütemmim cüzileri ve teferruatı” değerlerinin Kanunda yer alan şartlar altında elden çıkarılması değer artışı kazancı olarak vergilendirilmelidir. Bu noktada dikkat edilecek husus bu elden çıkarma faaliyetinin devamlı ve meslek olarak icra edilmesinde ticari kazancın değerlendirilmesi gereğidir⁹⁰.

Diğer taraftan bu tür kazançlarda Kanun koyucunun her hali vergilendirmesi gereken bir gelir olarak kavrama iradesinin olmadığı görülebilmektedir. Zira Kanunda taşınmazın elden çıkarılmış olması tek başına gelirin vergilendirmesi için yeterli kabul edilmemiştir. Buna göre iktisap şekli, elde tutma süresi ve elde edilen kazancın tutarına bağlı olarak kazancın kısmen veya tamamen vergi dışı kalması söz konusu olabilmektedir. Örneğin ivazsız olarak miras gibi nedenlerle iktisap edilen taşınmazların Kanunda belirtilen elde tutma süresi içinde dahi olsa satılması durumunda ortaya çıkan değer artışı vergilendirilmemektedir. Ayrıca taşınmazın iktisap tarihi ile elden çıkarılma tarihi arasındaki fark beş yılı aştığında, bu taşınmazın devir işleminden elde edilen gelir değer artışı kazancı sayılmayacak ve vergiye tabi olmayacaktır.

⁸⁹ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 261; Mutluer-Kuzeyli, s. 357.

⁹⁰ Özbacı, s. 295.

Böylece arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan kazancının gelir vergisi unsurları bakımından değerlendirilmesinde üç farklı sonuç belirginleşmektedir. Buna göre arsa sahibinin arsa payını devrederek bağımsız bölümlere sahip olması, arsa alım satımını ticari bir organizasyon dahilinde yapan veya devamlı bir faaliyet olarak, bir meslek halinde sürdürenler yönünden ticari kazanç, bu kapsam dışında kalanlar için değer artış kazancı olmakta, değer artış kazancı olarak nitelenen hallerde Kanunda yer alan koşulların bulunması durumunda kazanç vergilendirme dışı tutulmaktadır.

Arsanın ticari işletmeye kayıtlı olması ticari bir organizasyon içinde sözleşmenin akdedilmesi anlamı ihtiva edeceğinden arsa karşılığı elde edilen değer işletme aktifine katılmakta ve kazanç ticari nitelikte olmaktadır. Bununla birlikte gerçek kişiler yönünden ticari organizasyonun belirgin olmaması durumunda, işin devamlı olarak yapılmakta olup olmadığı ve ticari amaç varlığı belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu koşullarda ticari kazanç olarak değerlendirilmeyen her kazanç da doğrudan değer artışı kazancı olarak kabul edilmeyecektir. İktisap şekli, elde tutma süresi ve elde edilen kazancın tutarına bağlı olarak koşullarının varlığı halinde değer artışı kazancı nitelenmesi yapılmalıdır. Arsa sahibinin bir ivaz karşılığı elde ettiği arsasının bir parçasını ihtiva eden arsa paylarını edinme tarihinden itibaren beş yıl içinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine konu ederek elden çıkarması bir ivaz (bağımsız bölüm) karşılığı devir ve temlik olduğundan, değer artışı kazancı hükümlerine tabi olmalıdır. Ayrıca Kurumlar Vergisi Kanunu kapsamında yer alan mükelleflerin bağımsız bölüm elde etmesinin kurum kazancı olarak değerlendirileceği tabiidir⁹¹.

Bu doğrultuda gelir unsurlarının tespitinde önemli bir ölçüt olmasına rağmen devamlılık Kanunda açıkça tanımlanmamıştır. Taşınmaz alım-satımının şekli ve maddi şartlar ile kurulmuş ticari bir organizasyon içinde yapılması halinde ticari faaliyetin varlığı açık olup, ticari organizasyonun belli olmadığı hallerde ön plana çıkan devamlılık ve ticari amacı ortaya koyacak olan en nesnel ölçüt, kazanç doğurucu işlem çokluğudur⁹². Söz konusu unsurları ihtiva etmeyen taşınmazlar üzerinden elde edilen gelir ticari kazanç

⁹¹ Gelir ve kurumlar vergisini tek bir çatı altında birleştirmeyi amaçlayan Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı Taslağında kat karşılığı inşaat işleri kavramı ile ele alınan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işin ticari organizasyon olması halinde ticari kazanç, ticari bir organizasyon olmaması durumunda değer artış kazancı hükümlerine göre vergilendirileceği dair Kanuni hükümler bulunmaktaydı. Bknz. Gökmen, s. 40.

⁹² Özbalcı, s. 295. Danıştay 9. Daire E.2010/1321, K.2010/3414, T.24.06.2010. Bknz. Vergi İhtilaflarından Örnek Danıştay Kararları 1. Cilt, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, s.72-74.

olarak nitelenememektedir⁹³. Danıştay kararlarında kazanç doğurucu işlemin çokluğu yaklaşımdan hareketle devamlılık unsurunun varlığına işaret edilmektedir⁹⁴. İşlem çokluğundan anlaşılması gereken ise taşınmazların aynı takvim yılı içerisinde birden fazla veya takip eden birden fazla takvim yılında art arda satılmış olmasıdır⁹⁵. Buna göre arsa sahibi aynı vergilendirme döneminde birden fazla taşınmaz satmış veya bir veya birden fazla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdetmiş ya da aynı işleri art arada vergilendirme dönemlerinde yapmışsa ticari kazanç hükümlerine tabi tutulmalıdır⁹⁶.

⁹³ Danıştay 4. Daire E.2012/4513, K.2015/81, T.2.2.2015: "... Ticari kazançta konu bir gelirin varlığından bahsedebilmek için, birden çok satışın yapılması yeterli olmamakta, emek ve sermaye faktörlerini içeren ve kar amacı gütmeye yönelik ticari işletme şeklinde ticari bir organizasyonun bulunması ve taşınmazların iktisabının da devamlılık göstermesi gerektiği, dolayısıyla, iktisabında ticari amaç bulunmayan taşınmazların satışı suretiyle nakde çevrilme şeklindeki bu dönüşüm bir ticari faaliyet olarak değerlendirilemeyeceğinden ..." (www.kazancı.com).

⁹⁴ Danıştay 3. Daire E.2006/1708, K.2006/2559, T.10.10.2006: "... Yasanın 37'nci maddesinin ikinci fıkrasına bağlı (5) işaretli bendinde, menkul kıymet alım-satımıyla devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde ettikleri kazançların ticari kazanç olarak vergilendirilmesi öngörüldükçe de aynı koşula yer verilmiş, Danıştayın yaklaşık elli yıldır süren içtihadıyla "devamlı olarak uğraşma" koşulunun; bir vergilendirme döneminde birden çok kez bu işlemlerin yapılması yahut birden fazla vergilendirme döneminde işlem yapılmasını ifade ettiği benimsenmiştir. Menkul kıymet alım satımıyla devamlı olarak uğraşmayı düzenleyen bu bentten bir önceki bentte gayrimenkul alım, satım ve inşayla uğraşılmasında aranan devamlılık koşuluna bunun dışında anlam yüklenmesine gerek ve olanak bulunmamaktadır. Bu yüzden, gayrimenkul alım, satım ve inşaa işlerinin bir vergilendirme döneminde birden çok kez yinelenmesi yahut birden fazla vergilendirme döneminde işlem yapılması halinde devamlılık koşulunun gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir..." (www.kazancı.com).

⁹⁵ 14.08.2020 tarih ve 62030549-120[37-2016/628]-598228 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Özeldes: "... Ticari faaliyet, bir tür emek-sermaye organizasyonuna dayanmakta olup, kazanç sağlama niyet ve kastının bulunup bulunmaması böyle bir organizasyon tarafından icra edilen faaliyetin ticari faaliyet olma niteliğine etki etmemektedir. Ancak bir faaliyetin ticari faaliyet sayılabilmesi için, kazanç sağlama niyet ve kastı gerekmemekle birlikte, faaliyeti icra eden organizasyonun bütün unsurlarıyla birlikte değerlendirildiğinde kazanç sağlama potansiyeline sahip olması, şahsi ihtiyaç kapsam ve sınırlarını aşması gerekmektedir. Bu itibarla, gayrimenkullerin iktisap tarihinden sonra aynı kişiye farklı tarihlerde veya farklı kişilere aynı tarihte veya birbirini izleyen tarihlerde satılması durumunda yapılan satışlar devamlı olarak gayrimenkul alım-satım işiyle uğraşıldığına karine teşkil edeceğinden, elde edilen kazancın Gelir Vergisi Kanununun 37 nci maddesine göre ticari kazanç olarak vergilendirilmesi gerekmektedir..." Bknz. Vergi Sorunları Dergisi, Kasım 2020, <<http://www.vergisorunlari.com.tr/>> Erişim Tarihi 25.12.2020.

⁹⁶ Turut, s. 220. Danıştay 4. Daire E.2008/2968, K.2009/1232, T.16.03.2009: "... Gayrimenkullerin alım satım ve inşaa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerden elde ettiği kazançların da ticari kazanç olduğu hükmüne yer verildiği, bu durumda, dava konusu gelirin ticari kazanç olup olmadığının tespiti için faaliyetin devamlılık unsurunun irdelenmesi gerekir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu'nun kararlarında da açıklandığı üzere, kişinin arsasını kat karşılığında müteahhide vermesi ve devamında bağımsız bölüm elde etmesinin

Bu halde arsa sahibinin ticari kazanç veya diğer kazanç ve iratlar kapsamında elde edebileceği bir gelirin var olduğu tespiti üzerine vergiyi doğuran olayın vuku anı, diğer bir ifadeyle gelirin ne zaman elde edilmiş olduğu belirlenmelidir.

Sermaye malvarlığı değer artışı gelirlerinin sıkı koşullara bağlanarak vergilendirildiği belirli ve devamlı kaynaklara dayanma özelliği taşımayan diğer kazanç ve iratlar safi artış kuramına doğru genişleme eğilimden türemiştir⁹⁷. Gelir Vergisi Kanunu m.80'da yer alan bazı sermaye varlığı unsurlarının bir süre elde tutulduktan sonra elden çıkarılması sonucu elde edilen kazanç değer artışı kazancı olarak nitelenirken burada, Kanun koyucunun bir servet değerindeki artışı gelir olarak kavrama iradesi açığa çıkmaktadır. Bununla birlikte gelirin değer artış kazancı olduğu hallerde vergiyi doğuran olayın, yani elde etmenin vuku bulması ve ne zaman gerçekleşeceği Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bazı yazarlar elde etmenin tahsil esasına bağlı olduğunu ifade ederken, bazıları tahakkuk esasını kabul etmektedir⁹⁸. Ticari

servetin biçim değiştirmesi niteliğinde olduğu, faaliyetin, arsanın alınması ve sonunda elde edilen dairelerin satılması şeklinde tanımlanması gerektiği, arsa karşılığında alınan her bir bağımsız bölümün satışını tek başına ticari faaliyet olarak nitelendirmemek gerektiği, dairelerin sayısı, bir yıl veya değişik sürelerde, ya da birden fazla veya tek kişiye satılmasının faaliyetin devamlı olduğu anlamına gelmeyeceği, zira faaliyetin arsanın alınması ve dairelerin satılması olduğu, bu durumda davacının birden fazla kere arsa alıp müteahhide verme ve karşılığında bağımsız bölüm alma faaliyetinin devamlılığının incelenmesi gerekir..."; Danıştay 3. Daire E.20012269, K.2003/4800, T.30.10.2003: "... Farklı yıllarda satın alınıp, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapılarak müteahhide arsa teslimi, yeni bir hukuki işlemidir. Bu sözleşmeden dolayı edinilen bağımsız bölümlerin satılmasına bağlanacak hukuki sonuç söz konusu işleme dayanılarak belirlenebilir. Bu şekilde edinilen bağımsız bölümlerden 10 adedinin 1999 yılında elden çıkarılması, gayrimenkul alım satımıyla devamlı olarak uğraşıldığına karine teşkil etmektedir. Satın aldığı arsaya arsa olarak satmadığı tartışmasız olan davacının bağımsız bölüm satışının arsanın satın alınmasından dört yıl geçtikten sonra yapılmasının bu durumu değiştirici bir yönü bulunmamaktadır. Dolayısıyla aynı takvim yılında 10 bağımsız bölüm satışının kazanç sağlama amacı dışında kalan hangi nedenle yapıldığını kanıtlayamayan davacının bu faaliyeti nedeniyle elde ettiği kazancın, ticari kazanç olarak vergilendirilmesine ilişkin tüm koşulların gerçekleştiği anlaşıldığından, tarhiyatın kaldırılması yolundaki vergi mahkemesi kararında hukuka uygunluk görülmemiştir..." (www.kazancı.com).

⁹⁷ Öncel-Kumrulu-Çağan-Göker, s. 333.

⁹⁸ Bknz. Turut, s. 233-234. Ayrıca bknz. Danıştay 4. Daire E.2012/7030, K.2015/8040, T.29.12.2015: "... Mahkemece, davacıya devri kararlaştırılan 5 adet daire ile 2 adet dükkanın davacıya devrinin gerçekleştirildiğinin somut olarak tespit edildiği, ancak protokolün diğer hükümlerinin yerine getirildiği hususunun somut olarak ortaya konulamadığı gerekçesi ile bu kısımlar yönünden hesaplanan kazancın matrahtan düşülmesi gerektiği belirtilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de; yukarıda da belirtildiği üzere değer artış kazancının vergilendirilmesinde yine genel kural olan tahakkuk esasını cari olup gelirin tahsil

kazançlarda ise gelirin elde edilmesi bakımından tahakkuk esası geçerlidir⁹⁹. Buna göre ticari kazanç nitelik ve tutarının kesinleştiği tarih gelirin elde edildiği an olarak kabul görmektedir.

Taşınmaz devirlerinin konu olduğu kazançlarda Danıştay ve vergi idaresinin genel yaklaşımı elde etme zamanı olarak taşınmazın tapuya tescil edildiği tarihin vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği an olarak kabul edilmiş olunmasıdır¹⁰⁰. Bununla birlikte taşınmazın tapuya tescil tarihinden önce sahibinin fiili kullanımına bırakıldığı bazı hallerde elde etme zamanı için tapuya tescilin beklenilmesine gerek olmayıp, taşınmazın alıcının ekonomik yararına sunulduğu anda kazanç elde edilmiş sayılmaktadır¹⁰¹. Taşınmazın fiilen kullanılmaya başlanıldığının saptanmasında tahsis belgesi, teslim tutanakları, kira sözleşmesi, su, elektrik vb. abonmanlık belgeleri ispat aracı olarak ele alınabilmektedir. Buna göre taşınmaz mülkiyetinin devri için tapu tesciline ihtiyaç duyulurken, tescil öncesi taşınmaz üzerindeki fiili kullanımın gelirin elde edilmiş olması için yeterli kabul edilmesi vergiyi doğuran olayı tahakkuk esasına göre belirleme eğilimini ifade etmektedir¹⁰².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi kazancının ticari kazanç veya değer artış kazancı olduğu hallerde bağımsız bölümün teslimine bağlı olarak gelir elde edilmiş olmaktadır¹⁰³. Bununla birlikte bağımsız bölüm elde edilmesinin, bağımsız bölümün teslimi sonrası oluşan hukuki durum olduğunun altını çizmek gerekir. Bu kapsamda ayrıca söz teslim olgusu, sözleşmedeki edim yükünün tamamlanmasıyla ilgilidir.

edilmiş veya giderlerin ödenmemiş olup olmamasının tahakkuk esasına etkisi olmayacaktır...”

⁹⁹ Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

¹⁰⁰ Danıştay 4. Daire E.1986/2456, K.1987, T.25.03.1987: “... Yükümlünün kiracılık hakkının devri karşılığında almış olduğu bağımsız bölümler tapuya tescil tarihi itibarıyla servet unsuru olarak yükümlünün mal varlığına dahil olup emrine amade olduğuna göre hukuki ve fiili tasarruf hakkı da bu tarihte doğmuş bulunmaktadır. Bu durumda vergiyi doğuran olayında tapuya tescil tarihi olan 15.10.1980 tarihinde doğacağı tabiidir. Yükümlü hakkında elde ettiği gelirden dolayı 1980 takvim yılı için tarhiyat yapılması gerekirken vergi dairesince 1983 takvim yılı için tarhiyat yapılmasında Gelir Vergisi Kanununun dönemselliği ilkesi karşısında olanak bulunmadığından tarhiyatı kısmen kabul eden Vergi Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir...” (www.kazanci.com).

¹⁰¹ Bknz. Özbalcı, s. 312-315; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

¹⁰² Özbalcı, s. 313; Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

¹⁰³ Bknz. Özbalcı, s. 659-660.

Yüklenicinin edim yükünü oluşturan bağımsız bölümleri ihtiva eden yapının inşa edilmesi ve arsa sahibine teslimi, bir yap borcunun icrasıdır. Sözleşme edimlerinin tam olarak yerine getirilmesiyle arsa sahibi sözleşmeden ekonomik fayda sağlamaktadır. Arsa sahibi sözleşmeden doğan bağımsız bölümleri sözleşmeye uygun surette teslim almış sayıldığında yüklenici edimini ifa etmiş olurken, arsa sahibi için bir taşınmaz değerine bağlı olarak ödeme gücünde artış meydana gelmiş olmaktadır. Yapılan işin henüz teslim edilmediği bir aşamada nakdi veya aynı bir malvarlığı artışı yaşamayan arsa sahibinin gelir elde etme anı için alacak hakkının somut bir gelire dönüşmesini beklemek gerekmektedir. Aksi halde elde edilmemiş bir gelir üzerinden vergi ödeme gücü oluşmayan kişiden vergi alınmış olunacaktır. Gelirin elde edilmesi; kişinin o gelir üzerinde hukuken tasarrufta bulunabilmesi, sahip olunan gelir üzerinden mal veya hizmet satın alabilmesi, borç ödeyebilmesi, onun üzerinden harcama ve biriktirme imkanına sahip olması veya o gelirin bir kısmını vergi olarak ödeyebilmesi anlamlarını ihtiva etmelidir¹⁰⁴.

Bu çerçevede sözleşme gereklerinin yerine gelmesiyle bağımsız bölümlerin arsa sahibinin hakimiyet alanına terk edilmesi ile edimlerin tam olarak ifası, nitelik ve tutar olarak kesinleşen, hukuki ve fiili bir malvarlığı artışı anlamı taşıdığını ifade etmek gerekir. Elde etmede tahakkuk esasıyla alacak olarak doğma, vergi ödeme imkanının bu aşamada var olduğu varsayımı üzerine tasarlanmıştır. Gerek değer artışı kazançları gerekse ticari kazançlarda taşınmazlara özgü tahakkuk esaslı eğilim, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ekonomik yapısı ve inşaat işinin gerekleriyle genel bir yaklaşım olarak elde etme konusunda özellikli bir yapıya işaret etmektedir. Bununla birlikte kazanç niteliklerinin sözleşmeye yansımalarının göz ardı edilmesi de mümkün olmamaktadır.

Değer artış kazançlarına bakıldığında, gelirin elde edilmesi hususunda elden çıkarılan değere odaklanılmalıdır. Gelir Vergisi Kanunu “elden çıkarma” deyimini, söz konusu değerlerin satılması, bir ivaz karşılığında devir ve temlik, trampa edilmesi, takası, kamulaştırılması, devletleştirilmesi, ticaret şirketlerine sermaye olarak konulmasını ifade ettiğini belirlemiştir. Buna göre burada yer alan kazanç getirici bir mal veya hakkın elden çıkarılmış olması değer artışı kazançlarında vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi anlamına gelmektedir.

Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin değer

¹⁰⁴ Karakoç, Gelir Vergisi, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.

artışı kazancı elde ettiği halde, vergi idaresi görüşü doğrultusunda sözleşme trampa olarak nitelendirildiğinde arsa payının elden çıkarılma tarihine bağlı olarak gelirin elde edildiğinden bahsetmek gerekmektedir. Zira burada arsa sahibinin arsa payını yükleniciye devri ile yüklenicinin arsa karşılığı inşa ettiği taşınmaz arsa sahibine bırakması ayrı ayrı teslim ve satış işlemi olarak ele alındığından trampanın gerçekleşme zamanı gelirin elde edildiği tarih olmalıdır¹⁰⁵. Arsa payının elden çıkarılması, diğer bir deyişle vergiyi doğuran olay olarak bağımsız bölümün elde edilmesi, arsa payının yükleniciye devrine dair tapuya tescil veya fiili kullanım tarihinde meydana gelmelidir. Buna göre kazancın doğmuş olması için elden çıkarma bedelinin tahsil edilmesi, diğer bir deyişle bağımsız bölümlerin arsa sahibine ait olması önem arz etmemelidir.

Dikkatle ifade etmek gerekir ki sözleşmenin trampa olarak değerlendirildiği ihtimalde arsa payı devrinin satış gibi ele alınması, arsa payının yüklenici lehine tapuda tescili veya fiili kullanımına bırakılmasıyla gelirin elde edildiğinin kabulünü gerektirirken vergi idaresi gelirin elde edilmesine dair uygulamasını bu hukuki sonuçla ele almamıştır. Doğrudan bu konuya ilişkin olmasa da değer artış kazancı uygulamasında esas alınan beş yıllık sürenin hesabında, yüklenicinin bağımsız bölümleri arsa sahibi adına tapuda tescili veya fiili tesliminin iktisap tarihi olarak dikkate alındığı görülebilmektedir¹⁰⁶. Vergi idaresi, sözleşmeyi trampa olarak nitelemesinin bir sonucu olarak arsa payının elden çıkarılmasını vergiyi doğuran olay olarak kabul etmesi gerekirken, bağımsız bölümlerin tescili veya fiili kullanımını odak almıştır.

Elden çıkarmanın beş yıllık süre içinde gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda arsa payı devir tarihinin esas alınmasının mümkün olup olmaması,

¹⁰⁵ Turut, s. 235.

¹⁰⁶ 25.04.2017 tarih ve 62030549-120[Mük.80-2017/253]-113407 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığı İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Özeltisi "... Gayrimenkullerde iktisap, Türk Medeni Kanununun 705 inci maddesi uyarınca, tapuya tescille olmaktadır. Buna göre, kat karşılığı müteahhide veya kooperatiflere verilen arsa karşılığında alınan gayrimenkuller dahil, iktisap edilen gayrimenkullerin elden çıkarılması halinde, değer artışı kazancının tespiti yönünden iktisap tarihi olarak, gayrimenkulün tapuya tescil edildiği tarih esas alınacaktır. Ancak, gayrimenkulün tapuya tescil tarihinden önce sahibinin fiilen kullanımına bırakıldığı bazı özel haller de iktisap tarihi olarak tapuya tescil tarihi yerine fiilen kullanıma bırakılma tarihinin kabul edilmesi gerekir. Bu çerçevede, konut yapı kooperatifleri, Toplu Konut İdaresi veya diğer kişilerden gayrimenkulü fiilen kullanıma hazır şekilde teslim alanların, söz konusu gayrimenkulleri fiilen kullandıklarını; tahsis belgesi, teslim tutanakları, su, elektrik, telefon, doğalgaz faturaları ve benzeri belgelerle tevsik etmeleri halinde değer artışı kazancının tespiti yönünden fiilen kullanıma başladıkları tarih iktisap tarihi olarak kabul edilecektir..."

başka bir tartışmayı gerektirirken bu tarihte henüz elde edilmiş bir gelirin olmadığı açıktır¹⁰⁷. Diğer bir deyişle sözleşmeden doğan gelirin değer artış kazancı olduğu hallerde arsa sahibin arsa payı karşılığı bağımsız bölüm kazanımı, söz konusu arsa payının elden çıkarıldığı tarihe tekabül etmemektedir. Sözleşme çeşitli türlerde yapılabildiğinden, arsa payının elden çıkarılması sözleşmenin kuruluş tarihinde, inşaatın devam ettiği süre içinde veya inşaatın bitim tarihinde olabilmektedir. Bununla birlikte sözleşme kurulduğunda, arsa sahibi bir sözleşme borcu olarak arsayı fiili olarak yüklenicinin kullanımına hazır etmektedir. Diğer taraftan bir sözleşme düzenleme yöntemi olarak arsa sahibinin arsa paylarını bir bütün veya parça parça yükleniciye devretmiş olması da mümkündür. Ancak tüm bu olgular sözleşme bütününde taraf iradeleri, sözleşme içerik ve amacını ortadan kaldırmamaktadır. Arsanın yüklenicinin kullanımına hazır edilmesi veya payların öncesinde yükleniciye devredilmiş olması, arsa payı devir borcunun yüklenicinin arsa sahibine ait paylar üzerindeki bağımsız bölümlerin tesliminden sonra doğacağı hususunu değiştirmemektedir. Bu haliyle yüklenici bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeden arsa sahibinin arsa paylarını elden çıkarması bir gelir elde edildiğini göstermeyecektir.

Arsa sahibi arsa payını bağımsız bölüm elde etme niyetiyle yükleniciye devir borcu altına girdiğinden, yüklenicinin ücrete, diğer bir ifadeyle arsa payına hak kazanması kural olarak öncelikle kendi edimi olan işin bitirilmesine, yani bağımsız bölümün teslimine bağlı olmaktadır¹⁰⁸. Dolayısıyla arsa payı devri ile bağımsız bölüm teslimi arasında gelirin elde edilmesi bakımından trampa nitelenmesine uygun bir eş zamanlılık bağı bulunmamakta, hangi yöntemle yapılırsa yapılsın sözleşme niteliği arsa payı devrinin bağımsız bölüm teslimi sonrasına ait bir borç yükü olmasını gerektirmektedir.

Borcun yerine getirilmiş olması detaylı bir tespite muhtaçtır. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici ediminin ifasında teslim ve kabul kavramları ön plana çıkmaktadır. Teslim yüklenicinin ediminin ifasını

¹⁰⁷ Özbalcı, s. 659.

¹⁰⁸ Borcun ifa zamanı alacaklının borcun ifasını talep yetkisini kullanmaya başladığı anı ifa ederken Türk Borçlar Kanunu m.90'a göre taraflarca ifa zamanı kararlaştırılmadıkça ve hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılıyorsa her borç doğumu anında muaccel olmaktadır. Ancak eser sözleşmelerinde özel hüküm ihtiva eden Türk Borçlar Kanunu m.479'a göre kural olarak iş sahibinin bedel ödeme borcu eserin teslim anında muaccel olmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa payının devir tarihi konusunda sözleşme hükümleri asıl olmakla birlikte açık bir tarih öngörülmediği hallerde Türk Borçlar Kanunu m.479 hükmü uygulanmalıdır. Bknz. Erman, s. 52; Gönen, s. 235.

ifade ederken, kabul yüklenicinin yükümlülüklerinden kurtulması imkânı veren kavram olmaktadır¹⁰⁹.

Bu kapsamda bağımsız bölüm teslimi sonrası arsa payı devri taşınmazın mülkiyet intikali için arsa payının yüklenici lehine tapuda tescil edilmesini gerektirirken, bağımsız bölümlerin tesliminde bu mutlak gereklilik değildir. Zira burada esasında bağımsız bölümler yüklenici tarafından arsa sahibi adına tapuda tescil edilmesi gereken bir borç değildir. Yüklenicinin asli edimini ifade eden bağımsız bölüm teslimi, bağımsız bölümlerin tapuda tescil edilmiş olmasıyla sınırlı bir mana içermemektedir. Böyle bir tescil ihtiyacının doğması da ihtimali bir durumdur. Arsanın tamamının veya arsa paylarının yükleniciye sözleşmeyle doğrudan devredildiği, inşaatın tamamlanmasıyla yüklenicinin kararlaştırılmış olan bağımsız bölümleri arsa sahibine devretmesinin gerekli olduğu durumlarda, bağımsız bölümlerin teslimi için tapuda tescil ihtiyacı doğmaktadır. Ancak bu sözleşmelerde arsa mülkiyeti zaten iş sahibinde kaldığından, inşaat tamamlandığında bağımsız bölümlerin teslimi arsa sahibine zilyetliğin bırakılmasından ibaret olmalıdır¹¹⁰. Diğer taraftan bağımsız bölümlerin arsa sahibi lehine tescil edilmesi gerekse bile bu tescil vergilendirme bakımından şekli bir süreci ifade etmenin ötesine geçmeyecektir.

Sözleşme edimi olarak bağımsız bölümlerin teslimi, inşaatın artık tamamlandığı ve inşaat üzerindeki hakimiyetin iş sahibine geçirebileceği iddiasını içermektedir¹¹¹. Uygulamada teslim koşulları ve şekli sözleşmelerde düzenlenebilmektedir. Taraflar inşaatın tamamlanması ve zilyetliğin devri dışında veya bunların gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için ilave koşullar öngörebilmektedir. Örneğin, iskân veya işletme ruhsatının alınması, resmi muayyeninin olumlu neticelenmesi, tarafların tutanak tutması ve imzalaması, ortak alanlara ilişkin işlerin tamamlanması gibi şartlar yerine getirilmedikçe inşaat tamamlanmış olsa bile bağımsız bölüm teslim borcu yerine gelmiş olmayacaktır¹¹². Ayrıca teslim edilen yapının incelenmesi ve sözleşme ya da öngörülen koşullarda amaca uygun olduğunun tespiti gereklidir. Eserin usulüne uygun teslimi sonrasında yapının kabulü iradesiyle, yüklenici edimini

¹⁰⁹ Kürşat, s. 165.

¹¹⁰ Pamuk, s. 33.

¹¹¹ Kürşat, s. 170; Gönen, s. 235.

¹¹² Erman, s. 34; Kürşat, s. 170.

tam olarak ifa etmiş olmaktadır¹¹³.

Diğer taraftan İmar Kanunu'nda yapı kullanma ruhsatı alma yükümlüğü yapı sahibine yüklenmiş olup, sözleşmede özel bir hüküm bulunmadığı hallerde inşaatın teslimi için yapı kullanım izni alma şartı bulunmamakta, bu kapsamda inşaatın yapı ruhsatı almaya yeterli bir şekilde tamamlanmış ve teslim edilmiş olması borcun yerine getirilmiş sayılması için yeterli kabul edilmektedir¹¹⁴. Yapı kullanma izni esasında inşaatın bittiğinin kabulü için somut bir ölçüt olmaktadır. Zira 3194 sayılı İmar Kanunu m.31 hükmünde inşaatın bitim günü olarak yapı kullanma izninin verildiği tarihe işaret edilmektedir. Ancak fiili kullanım (yerleşme, kiralama, su-elektrik abone vs.) ruhsat alımı öncesinde de olabilmektedir¹¹⁵. Tüm bu halde yapı kullanma ruhsatı alma yükümlülüğünün bağımsız bölüm teslimi içeriğinde yer alıp almadığı sözleşmeye göre belirlenmelidir.

Sonuç olarak hem değer artış kazançlarında da hem ticari kazançlarda arsa sahibi açısından bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun teslimiyle hukuki durum tekemmül etmekte, bağımsız bölümün elde edilmesi gerçekleşmiş olmaktadır. Arsa payı karşılığı bağımsız bölümün elde edilmesi kurulan sözleşmede yüklenicinin edimini tamamen ifa etmiş olmasıyla ilgili bir durum olup, bağımsız bölümün tapuda tescili ile sınırlı bir mana içermemektedir. Arsa sahibinin bağımsız bölümü elde etmesi tapu tesciline rağmen gerçekleşmemiş olabilmekte veya tescil öncesinde vuku bulmuş olabilmektedir. Arsa payı karşılığı bedel olan bağımsız bölüme hukuki ve fiili hakimiyet kurularak, malvarlığı artışı meydana getirilen an; sözleşmeye göre bağımsız bölümün yüklenici tarafından arsa sahibinin hakimiyet alanına bırakıldığı andır. Bu an sözleşmeye göre yükleniciye düşen edimlerin tamamen, bütünüyle ifa edilmiş sayılarak bağımsız bölümlerin teslim edilmiş olduğunun kabul edildiği tarihtir. Böylece sözleşmeden beklenen ekonomik faydaya bağlı alacak hakkı tutar ve nitelik olarak kesinleşip, somutlaşarak bir gelir hüviyeti kazanmakta ve gelir bu anda elde edilmiş olmaktadır.

Bağımsız bölümün elde edilmesi konusunda tarafların üzerinde anlaştığı ve sözleşmeden kaynaklı yüklenici ediminin tam olarak ifa edildiği tarihin vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği an olarak kabulü, her bir sözleşmeye

¹¹³ Erman, s. 36; Kürşat, s. 170.

¹¹⁴ Kürşat, s. 188.

¹¹⁵ Ahmet Şişmanoğlu, "Kat Karşılığı İnşaat İşlerinde Vergiyi Doğuran Olay ve Bu İşlemlerin Vergilendirilmesi", 2017, (346), Vergi Sorunları Dergisi, s. 98.

özel sıkı bağı ifade ederken aynı zamanda gerçek edim yükü tespitini zaruri kılmaktadır. Bu doğrultuda sözleşmenin kötüye kullanılması ihtimaline karşı vergilendirmede gerçeklik olgusunun göz ardı edilmeyeceği hatırlatmakta fayda bulunmaktadır.

3. Yüklenicinin Gelir Olarak Arsa Payı Elde Etmesi

Tarafların sözleşmede kararlaştırdığı koşullar altında yüklenicinin sözleşmeden doğan asli edim yükü arsa üzerine bir yapı inşa ederek, burada kendi payına isabet edenler dışındaki bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmektir. Bu sayede yüklenici arsa sahibinin borcu olan ücreti, yani arsa paylarının devrini talep edebilmektedir. Kararlaştırılan arsa payının devri ile ücret ödenmiş olmaktadır. Buna göre yüklenicinin sözleşme neticesinde gelir olarak kavranabilecek doğrudan mali kazanımı, arsa sahibinin asli edim yükünü oluşturan arsa paylarını elde etmiş olmasıdır. Diğer taraftan tıpkı arsa sahiplerinde olduğu gibi sözleşme yoluyla elde edilen bu kazancın sonrasında farklı hukuki ilişkiler ile satılması veya kiralanması ayrıca vergi konusuna giren bir faaliyeti açığa çıkartmaktadır.

Bu sözleşmelerde yüklenici yönünden yapılan işin, ticari nitelikte gelir getirici bir faaliyet olduğu açıktır. İnşaat yapımı için gerekli olan emek ve sermaye ticari bir organizasyonu gerektirmektedir. Yapılan faaliyet neticesinde kazanılan değerler gelir olarak kavranmalıdır. Yüklenici söz konusu sözleşmeyle ticari bir organizasyon dahilinde, devamlı olarak yürütülen bir faaliyet gerçekleştirdiğinden ticari kazanç elde etmektedir¹¹⁶.

Yüklenici, arsa sahibinin arsası üzerine inşa ettiği bağımsız bölümlerden bir kısmını teslim etmesinin karşılığında kendisinde kalacak bağımsız bölümlere ait arsa paylarını arsa sahibinden kazanmaktadır. Farklı yöntemlerle düzenlenebilen bu sözleşmelerde sözleşmenin yapılmasında taraf iradelerinin ulaşmayı hedeflediği amaç çerçevesinde karşılıklı edim yüklerinin ifade ettiği kazancın, tespit edilen gelirden odak alınması elzemdir.

Sözleşme muhtevasında tapuda mülkiyet devri ile tescil gerektiren tek bir teslim vardır. Bu teslim, arsa üzerinde inşa edilen bağımsız bölümler ihtiva eden yapıda arsa sahibi tarafından yüklenici lehine yapılacak arsa paylarının devredilmesidir. Sözleşmelerde arsa payı mülkiyetinin yükleniciye devir borcu arsa sahibinin edim ifasıyla ilgili bir hal olup, arsa sahibi arsanın

¹¹⁶ M. Kamil Mutluer-N. Nilay Dayanç Kuzeyli, Gayrimenkuller İle İnşaatları Vergilendirilme ve Tahkim, Yetkin, 2020, s. 161; Turut, s. 277; Tozoğlu, s. 78.

tamamını değil, sadece yüklenicinin bağımsız bölümlerine isabet eden arsa paylarını devretmektedir. Yapılan inşaatın maliki esasında arsa sahibi olup arsa paylarının devir borcunun yerine gelmesiyle burada arsa payına tekabül eden bağımsız bölümler yükleniciye ait olacaktır.

Yüklenici açısından vergi borcunun doğumu olan arsa payını elde etme anı, kendi edimi olan bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslim edilmesinden sonra doğmaktadır. Bağımsız bölümlerin arsa sahibine teslim edilmesinden kasıt bunların arsa sahibi lehine tapuda tescil edilmiş olmasından ibaret değildir. Yüklenici arsa payını, bağımsız bölümlerin arsa sahibi adına tapuda tescil edildiği tarihte kazanmış değildir. Arsa sahibi sözleşmeyle arsasını yükleniciye yapı inşa etmek üzere tahsis etmekte, yüklenici de sözleşmenin bir gereği olarak arsa üzerinde yapı yapma hak ve yetkisini elde etmektedir. Arsa payının yükleniciye ait olması inşaat tamamlanıp, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümler arsa sahibine teslim edildiğinde kazanılması gereken bir hak olmaktadır. Böylece bağımsız bölümlerin teslimi ile borcunu yerine getiren yüklenici arsa paylarının devrini talep etme imkanına kavuşarak gelir elde etmiş olmaktadır.

Dikkat edilecek husus bağımsız bölümlerin sözleşmeye uygun surette teslimi gerçekleşmeden arsa payına yönelik tapu tescili veya fiili kullanıma başlanılmış olunmasının arsa paylarını elde etme imkânı vermeyeceği ve bağımsız bölümün sözleşmeye uygun arsa sahibine teslimi sonrasında yapılacak arsa payına dair tapu tescillerin ise tespit edici niteliği haiz olduğudur. Buna göre arsa paylarının inşaatın başında veya sonunda ya da herhangi bir tarihte yüklenici lehine tapuya tescil edilmesi gelirin elde edilmesini tek başına sağlamamaktadır. Ayrıca arsa sahibine bağımsız bölüm teslimlerinde mülkiyet devrine ihtiyaç duyulan ihtimallerde tapu tescili, vergilendirme açısından şekli bir anlam ihtiva etmektedir.

Diğer taraftan arsa sahibi ile yüklenici tarafından yapılan sözleşme ile inşaat projesi ve inşaat yapma izni tapuya verilerek arsa sahibi tarafından arsaya projeye uygun kat irtifakı tesis edilebilmektedir. Bu halde arsa payı devrinin inşaatın bitirilmesiyle, kat irtifakının kat mülkiyetine çevrilmesinden önce tamamlanması gerekebilmektedir¹¹⁷. Kat mülkiyetine geçilmeden önce yapı kullanma izni alındığı bu ihtimalde, arsa paylarının devri daha önceden yükleniciye yapılmış olsa bile arsa sahibi bağımsız bölümleri kat mülkiyetine

¹¹⁷ Hasan Doğan, Gayrimenkullere (Taşınmazlara) İlişkin Vergiler, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2017, s. 267.

geçildikten sonra teslim almış olacağından yüklenici arsa paylarını bu tarihten sonra elde etmiş olacaktır.

Arsa payları yükleniciye sözleşme yoluyla parça parça da devredilmiş olabilmektedir. Özellikle finansman sağlayabilmek amacıyla sözleşmede belirlenen aşamalara göre belirlenen tarihlerde arsa payı devri yapılabilmektedir. Eserin tesliminden önce arsa sahibinin arsa paylarının yükleniciye devretmiş olması tapu tescili vasıtasıyla yapılmış olsa bile gerçek bir devir olmayıp, avans niteliğinde bir ifadır¹¹⁸. Bu halde inşaatın başlamasından önce veya devamı sırasında arsa payı devriyle geçici bir ön ödeme olarak yapılan avans ödemeleri, nihai ödememin miktarının saptanmasında dikkate alınırken bu ödemeler iş sahibine teslim edilen kısımların doğrudan karşılığı değildir¹¹⁹. Yüklenicinin arsa payını elde etmesi bağımsız bölümlerin teslimine bağlı olduğundan devam eden inşaatta nihai teslimin gerçekleşmiş olduğu düşünülemeyecek ve gelir elde edilmiş olmayacaktır. Bununla birlikte yüklenicinin devam eden veya henüz başlamamış inşaatlarda üçüncü kişilere yaptığı satışlar hususunda da bu doğrultuda bir sonuca varmak gereklidir. Buna göre devam eden veya henüz başlamamış inşaatlarda topraktan olarak ifade edilen üçüncü kişilere bağımsız bölüm satışlarını avans olarak kabul etmek ve gelirin elde edildiği tarih olarak işin bitimini esas almak yerinde bir yaklaşımdır¹²⁰.

Sonuç olarak bağımsız bölümler sözleşmeye uygun olarak arsa sahibine teslim edilmiş sayılıp yüklenici kendi edimini tamamen ifa etmiş olduğunda, bu haliyle yüklenici arsa paylarına tutar ve nitelik olarak hak kazanmış olmaktadır. Yüklenicinin kendi edimini ifa edip arsa payı alacak hakkı olarak somut bir gelire dönüştüğü bu anda vergiyi doğuran olay gerçekleşmekte ve gelir elde edilmiş olmaktadır.

¹¹⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E.2003/6241, K.2004/3055, T.1.6.2004 "... Yüklenici eser bedeline ancak inşaatı tamamlayıp teslim etmekle hak kazanır. Arsa sahipleri teslimden evvel işin finansında kolaylık sağlamak üzere yükleniciye bir kısım pay devri yapmışsa bu devir "avans" niteliğindedir. Bu payın devredilmiş olması ne yükleniciye ve ne de yükleniciden bu payları satın alan 3. kişilere eser bedeline hak kazanılmadığından aynı bir hak sağlamaz. Üçüncü kişiler burada, MK.'nun 3. maddesi hükmünce iyiniyet iddiasında bulunamaz. Yükleniciye devri yapılan payların devir sebebi ortadan kalkınca avans niteliğindeki bu payların geri verilmesi arsa sahipleri tarafından her zaman istenebilir." Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2014/15-605, K.2016/293, K.09.03.2016; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E.2019/3306, K.2020/2240, T.17.07.2020. (www.kazanci.com).

¹¹⁹ Gönen, s. 250-251.

¹²⁰ Bknz. Mutluer-Kuzeyli, Gayrimenkuller, s. 159; Duman, s. 1218-1219.

SONUÇ

Özel bir inşaat sözleşmesi türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibi ile yükleniciye sağlayabildiği faydalar dolayısıyla uygulamada sıklıkla görülebilen hukuki bir ilişki olmaktadır. Yüklenicinin emek ve sermayesi ile bir yapı inşa ederek bağımsız bölüm teslimi ile arsa sahibinin arsasını kullanarak bir kısım arsa paylarının devredilmesini taahhüt etmesi karşılıklı menfaat sağlamaktadır. Sözleşme taraflarının gerçek irade ve amaçları ile sözleşme içeriği yerleşmiş sözleşme unsurlarıyla şekillendiriliyor olsa da sözleşme özgürlüğünün sağladığı imkân ile sözleşmenin çok farklı düzenleme yöntemleri bulunabilmektedir. Bu haliyle sözleşmeye tabi tutulacak kuralları belirlemek zor bir hal almaktadır.

Vergi hukuku bakımından değerlendirildiğinde sözleşmenin birden çok vergilendirme alanına temas eder yönü bulunmaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin hukuki muhtevasında yer alan teslim olgusu vergilendirme yaklaşımında esas alınan bir unsur olarak kabul edilmekte ve özellikle katma değer vergisi uygulaması bu kavram ile kurgulanmaktadır. Arsa sahibi ile yüklenicinin karşılıklı teslimleriyle sözleşmeye dair trampa görüşü Katma Değer Vergisi Kanununda yer almaktadır.

Ancak pek çok özelliği ihtiva eden sözleşmenin gelirin vergilendirmesinde elde etme konusunda özellikli bir yapıya sahip olduğunu tespit etmek gereklidir. Çalışmamız kapsamında sözleşmeden doğan gelirin vergilendirmesinde elde etme hususu ele alınmıştır. Bu doğrultuda vergilendirmeyi etkileyen hukuki nitelik konusunda vergi uygulamasında kabul edilen trampa görüşünün doğru bir yaklaşım olmadığı ifade edilerek, sözleşme edimlerinin tesliminden bağımsız olarak sözleşmeden doğan borçların taraflar için bir gelir elde etmeyi sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmiştir.

Bu kapsamda yüklenicinin maddi nitelikte bir eser olan bir yapı meydana getirmesi ile bağımsız bölümleri teslimi ve bunun karşılığında arsa sahibinin arsa payı devri ile bedel ödeme borcunun ifası gelirin vergilendirmesi açısından irdelenmiştir. Böylece taraflar açısından sözleşme edimlerinin yerine getirilmesiyle alacak hakkının somut bir gelir hüviyetine dönüştüğü kabul edilerek gerçek vergi ödeme gücüne erişilen bu aşamada, sözleşme içeriğinin belirleyiciliğine göre bağımsız bölümlerin ve arsa paylarının gelir olarak elde edilmiş olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

- Aydemir E, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Seçkin, 2012.
- Başaran Yavaşlar F, Gelir Vergilendirmesinin Temelleri, Seçkin, 2011.
- Bayraktaroğlu E, “Kat Karşılığı Sözleşmeler Farklı Vergisel Sonuçlar Doğurabilir mi?”, 2017, (34), Vergi Sorunları Dergisi, s. 43-48.
- Bilici N, Vergi Hukuku (Vergi Usul Hukuku, Vergi Yargılama ve Tahsil Hukuku), Güncelleştirilmiş 50. Baskı, Savaş, 2020.
- Bütün Yılmaz D G, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, 2019, (38), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 107-130.
- Doğan H, Gayrimenkullere (Taşınmazlara) İlişkin Vergiler, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2017.
- Duman İ H, İnşaat Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin, 2014.
- Eren F, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Yetkin, 2015.
- Erkan V U-Süt Göker Ç S, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve KDV Bakımından “İki Ayrı Teslim Olduğu” Görüşü Üzerine”, 2017, (344), Vergi Sorunları Dergisi, s. 17-23.
- Erman H, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2010.
- Göker C, Yürütme ve Yargı Organlarının İlişkileri Açısından Katma Değer Vergisinin Konusu, Seçkin, 2013.
- Gökmen S, “Yeni GVK Tasarısına Göre Kat Karşılığı veya Hasılat Paylaşım Sözleşmesine İstinaden Arsa Teslimlerinin Vergilendirilmesi”, 2013, (299), Vergi Sorunları Dergisi, s. 36-45.
- Gümüş M A, Borçlar Hukuku Özel Hükümler C-II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Karakoç Y, “Gelir Vergisinde Vergiyi Doğuran Olay (I) (Gelirin Elde Edilmesi)”, 1996, (181), <<http://www.vergidunyasi.com.tr/>> Erişim Tarihi 15.09.2020.
- Karakoç Y, Genel Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2.

Baskı, Yetkin, 2019.

Karataş İ, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Yenilenmiş 2. Baskı, Adalet, 2009.

Kartal B, “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikler Biçimi-I”, 1983, 9(1-2), Yargıtay Dergisi, s.329-338.

Kartal B, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi II, 1983, 9(3), Yargıtay Dergisi, s.329-338.

Kırca Ç, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, 15 Aralık 2006, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu -Bildiriler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2007, s. 77-98.

Kostakoğlu C, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 2. Baskı, Beta, 1995.

Kurtulmaz N, Özel Hukuk Sözleşmelerinin Vergi Hukukunda Geçerliliği, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017.

Kürşat Z, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, 2017.

Mutluer M K-Dayanç Kuzeyli N N, Gayrimenkuller İle İnşaatları Vergilendirilme ve Tahkim, Yetkin, 2020.

Mutluer M K-Dayanç Kuzeyli N N, Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Yetkin, 2019.

Nomer H N-Engin B İ, Türk Borçlar Kanununun Şerhi Özel Borç İlişkileri Cilt I: Satış Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin, 2018.

Öncel M-Kumrulu A-Çağan N-Göker C, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Değişiklikler İşlenmiş 28. Baskı, Turhan, 2019.

Pamuk İ, Türk Vergi Hukukunda Özel İnşaat İşlerinin Vergilendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2017.

Pehlivan O, Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, Celepler Matbaacılık, 2018.

Sütçü N, Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri ile Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi-I, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Seçkin,

2018.

Şişmanoğlu A, “Kat Karşılığı İnşaat İşlerinde Vergiyi Doğuran Olay ve Bu İşlemlerin Vergilendirilmesi”, 2017, (346), Vergi Sorunları Dergisi, s. 92-99.

Taşkan Y Z, Vergi Hukuku Genel Hükümler ve Türk Vergi Sistemi, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Adalet, 2020.

Taylar Y, Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2013.

Tokat H, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Tescile Zorlama Davasının Açılacağı Çeşitli İhtimaller”, 2016, 24(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 181-245.

Tozoğlu G, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Vergilendirme Karşısındaki Durumu, Sayram, 2016.

Turut Ş, Vergisel ve Hukuki Boyutlarıyla Arsa Karşılığı İnşaat İşleri, Yaklaşım Yayıncılık, 2009.

Vergi İhtilaflarında Örnek Danıştay Kararları 1.Cilt, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, 2014.

Vergi Sorunları Dergisi, Kasım 2020, <<http://www.vergisorunlari.com.tr/>> Erişim Tarihi 25.12.2020.

Yavuz C-Acar F-Özen B, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta, 2014.

Yeniocak U, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Satışı Karşılığı Gelir Paylaşımı), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin, 2014.

SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN İHMALİ SUÇLARIN YAPISI

Fatih YURTLU^{*,**}

ÖZ

Suçlar hem aktif bir davranışla icrai olarak hem de pasif bir davranışla ihmali olarak işlenebilir. Ancak vurgulamak gerekir ki, icrai ve ihmali davranışla işlenen suçlar arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İcra, silahla ateş etme ya da bir eve girme gibi aktif davranışla bir şey yapmaya işaret eder. Buna karşılık ihmali, bir şey yapmaktan kaçınma, hareketsiz kalmaya işaret etmektedir. Günümüzde suçların büyük bölümü icraidir. Bununla beraber ihmali davranışla işlenen suçların sayısı da, teknolojik gelişmeler nedeniyle her geçen gün artmaktadır. Örneğin; maden, iş veya trafik kazaları genellikle ihmali suçlara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle ihmali suçların teorik bakımdan açıklığa kavuşturulması, ceza hukukundaki birçok güncel problemin çözümü bakımından bir zorunluluktur. İş bu çalışmada, öncelikle ihmali suçların genel yapısı incelenecek, akabinde ise teori ve uygulamada ortaya çıkan yapısal problemlere ve bunlara yönelik çözüm önerilerine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İcra, ihmali, garantörlük, ihmali suç, görünüşte ihmali suç.

THE STRUCTURE OF OMISSION IN CONTEXT OF CRIMINAL THEORY

ABSTRACT

Crimes can be committed both behavior of commission and act of omission. It must be noted there are many key distinctions between crimes of omission and commission. Commission refers to the doing of an active act like firing gun or breaking into a house. Omission is the opposite, it means refraining from doing something, fail to act. Today, most types of crime are committed with commission. However number of crimes of omission are increasing day by day because of technological progress. For example; mining, labor or traffic accidents often cause crimes of omission. On the other hand, there is no doubt that clarifying of omissions are very important for solving some theoretical and practical problems of today criminal law theory. In

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İİBF/Uluslararası Ticaret Bölümü / ALANYA/ANTALYA, e-posta: fatih.yurtlu@alanya.edu.tr

** Bu makale, yazarın “İhmali Suçlar” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir. Bkz. Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Aralık 2020.

ORCID: 0000-0003-2905-7900.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979191

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/06/2021

this study, first of all, the general structure of omissions will be examined and then structural problems that arise in theory and practice and solutions will be given.

Keywords: *Commission, omission, quarantine (legal duty), crime of omission, commission by omission.*

GİRİŞ

Günümüzde işlenen suçların ekseriyeti icraidir. Bununla beraber ihmali davranışla işlenen suçların sayısı da teknik gelişmeler ve karmaşıklaşan organizasyon yapıları nedeniyle gün be gün artmaktadır¹. Buna rağmen suç genel teorileri, kasten ve icrai davranış üzerine inşa edilmektedir. Ancak ihmali suçların teorik bakımdan tutarlı bir temele oturtulması, ceza hukukundaki birçok problemin çözümü bakımından bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, aynı zamanda kanunilik ilkesinin de bir gereğidir. Alman doktrin ve uygulamasında ihmali suçlara ilişkin tartışmalar oldukça eski tarihlerde başlamış olmasına rağmen, aynı husus Türk doktrin ve uygulaması açısından söylenemez. Dahası, özellikle Türk uygulamasının ihmal kavramını hala özel hukuktaki anlamıyla algılayıp kararlarına yansıttığı görülmektedir. Türk uygulamasında ortaya çıkan bu yanlış eğilimin, ihmali suçlara ilişkin yeterli ve yetkin teorik çalışma sayısının oldukça az olmasından beslendiğini kabul etmek gerekir.

Hukuk kuralları, genellikle kişilere “*belirli şekilde davranmama*” yükümlülüğü getirmektedir. Bu minvalde hukuk normları kişilere; “*bir başkasını öldürmeme - yaralamama*”, “*başkasının malını onun rızası hilafına almama*” gibi **yasaklar** getirmektedir. Bu tür davranış kuralları, “**yasak normu**” olarak adlandırılmaktadır². Kişilere belirli şeyleri yapmama yükümlülüğü getiren yasak normlarının ihlal edilmesi durumunda “*icrai suçlar*” söz konusudur³.

¹ Son dönemlerde gündeme gelen “*sürücüsüz arabalar*” da ihmali sorumluluk alanını daha da genişletecek gelişmelerden bir diğeridir. Reuters İnternet Sitesi, “Fatal Tesla Autopilot crash driver had hands off wheel: U.S. agency” (<https://www.reuters.com/article/us-tesla-crash-idUSKCN1J31VP>) Erişim Tarihi: 01.05.2021.

² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 390 - 391.

³ Karl Heinz Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, s. 225. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 245.

Buna karşılık, sayısı yasak normları (icrai suçlar) kadar olmamakla birlikte⁴, “*belirli şekilde davranma yükümlülükleri*” de modern hukuk toplumlarında kişilere yönelik bir “**yükümlülük**” olarak telakki edilmektedir⁵. Bu tip davranış kurallarına ise “*emir normu*”⁶ denir. Emredici normları ihlal eden fiiler ise, suç teorisinde “*ihmali suçlar*” olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. İhmali suçlarda fiil; bir davranışın gerçekleştirilmemesi, yapılmaması şeklinde tezahür etmektedir⁸.

İhmali suçlar doktrinde; “*saf (gerçek) ihmali suçlar*” ve “*görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹. “*Saf ihmali suçlarda*”, ihmali davranışın ne olduğu bizzat suç normu tarafından belirlenmekte ve normda emredilen davranışın gerçekleştirilmemesiyle birlikte suç da tamamlanmaktadır (Örneğin TCK m. 98).

“*Görünüşte ihmali suçlarda*” ise, aslında icrai davranışla işlenebilen bir suç tipinin ihmali davranışla işlenmesi söz konusudur. Örneğin; TCK m. 81’de düzenlenen kasten öldürme suçu, bir kimse tarafından yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle yani ihmali davranışla da işlenebilir. İhmali davranışla kasten öldürme, TCK’nın 83. maddesinde müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışmada; hem konuyu sınırlandırmak hem de teorik ve pratik açıdan daha önemli kabul edilmesi nedeniyle yalnızca görünüşte (garantörsel) ihmali suçların yapısını inceleyeceğiz.

I. GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇLARIN YAPISI

Görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar, doktrinde birçok yazar tarafından

⁴ İcrai suç sayısının ihmali suç sayısından fazla olmasının nedenini açıklayan görüşler için bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 29 v.d.

⁵ Fatih Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 758.

⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 30. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 391.

⁷ Gössel, “Die normwidrige”, s. 225.

⁸ İzzet Özgenç, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 1998, s. 38. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 39.

⁹ Zahit Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, 2018, 24(1), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 124.

icrai suçların bir yansıması olarak kabul edilmektedir¹⁰. Bunun nedeni, görünüşte ihmali suçların da tıpkı icrai suçlar gibi “*yasak normlarının*” ihlal edilmesiyle oluşmasına atfedilmektedir. Gerçekten de “*öldürmeyeceksin!*” şeklindeki yasak normu, icrai bir davranışla ihlal edilebileceği gibi; daha önce başlayan bir nedensel sürece müdahale edilmemek suretiyle yani ihmali olarak da ihlal edilebilir. Bu ikinci durum, yani yasak normunun “*pasif kalınmak suretiyle*” ihlal edilmesi halleri “*görünüşte ihmali suç*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genel hükümler kısmında ihmale ilişkin düzenleme bulunan ceza kanunlarının özel hükümler kısmındaki tüm icrai suçlar, kural olarak ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin, Alman CK 212. maddede düzenlenen kasten öldürme suçu; bir annenin çocuğunu elleriyle boğması örneğindeki gibi icrai bir davranışla işlenebileceği gibi, çocuğu aç bırakmak suretiyle yani ihmali bir davranışla da işlenebilir¹¹.

İhmali suçlara ilişkin teorik ve pratik tartışmaların büyük bölümü, saf ihmali suçlardan ziyade “*görünüşte ihmali suçlar*” üzerine yoğunlaşmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda fail; aslında icrai bir davranışla gerçekleştirilebilecek bir neticeden, “*bu neticeyi engellemeye yönelik davranışı gerçekleştirmediği*” için sorumlu tutulmaktadır¹². Bu bakımdan görünüşte ihmali suçlara ilişkin en büyük problemlerin başında, yapılmayan davranış ile meydana gelen neticenin birbiriyle nasıl ilişkilendirileceği (nedensellik) gelmektedir. Çünkü icrai suçlar bakımından doğal bir olgu/fenomen olarak ortaya çıkan fiil ile netice arasındaki sebep sonuç ilişkisi, yani nedensellik bağı, görünüşte ihmali suçlar bakımından aynı rahatlıkla tespit edilememektedir. Dolayısıyla, görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik probleminin nasıl çözüleceği, önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Görünüşte ihmali suçlara ilişkin teorik tartışmalar, sadece nedensellik bağıyla sınırlı değildir. İhmali suçların bu türü için kullandığımız “*garantörlük*” kavramı da, bir başka önemli tartışmayı oluşturmaktadır. İmkânı olmasına rağmen, istenmeyen neticeyi meydana getirmeye yönelik sürece müdahale etmekten kaçınan herkesin sırf bu “*pasif*” davranışından dolayı sorumlu

¹⁰ Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck Verlag, 2013, s. 457, kn. 5.

¹¹ Rengier, kn. 5, s. 457.

¹² Diethelm Kienapfel ve Frank Höpfel, *Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 13. Überarbeite und erweiterte Auflage, Kurzlehrbuch 2009, s. 183, kn. 9.

tutulması, ceza hukuku sorumluluğunu katlanamaz bir şekilde genişletecektir. Böyle bir sorumluluğun kabul edilmesi halinde, toplumdaki her birey, kendi iradesi dışında harekete geçen herkesten ve her şeyden sorumlu tutulmuş olacaktır.

Bu gerekçelerle, daha önceden başlamış olup, istenmeyen neticeye sebebiyet verecek sürece müdahale etmeyenlerin sorumluluğu için, “*hukuki bir yükümlülük altında bulunma şartı (garantörlük)*” aranmaktadır. Neticeyi engellemeye yönelik hukuki yükümlülük altında bulunan kişilere “*garantör - teminat yükümlüsü*”, bu hukuki müesseseye ise “*garantörlük - teminat yükümlülüğü*” denilmektedir.

İhmali davranış nedeniyle ceza hukuku sorumluluğunun doğabilmesi için, failin gerçekleştirdiği “*ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer*” olması da gerekir¹³. İhmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması doktrinde, “*eşdeğerlik ya da denklik kaydı (Entsprechungsklausel)*” olarak adlandırılmaktadır.

Suçun maddi unsurlarına ilişkin bu farklılıkların ötesinde, suçun manevi unsurları (kast ve taksir) bakımından da, görünüşte ihmali suçlar diğer suçlardan farklılaşmaktadır. Şunu vurgulamakla yetinelim: Özellikle taksir manevi unsuru söz konusu olduğunda, ihmali davranışın bizatihi kendisi ile suçun manevi unsuru oldukça benzeşmektedir. Bu benzeşme de, hem bazı teorik tartışmaların ortaya çıkmasına hem de söz konusu iki unsurun uygulamada birbirine karıştırılmasına neden olmaktadır. İhmalin normatif olduğunu savunanlar, taksirli - ihmali suçlarda manevi unsur ile fiil unsuru birbirinden ayırmakta oldukça zorlanmaktadır. Çünkü bu yaklaşıma göre, her taksirli davranış zaten bünyesinde bir ihmali barındırmaktadır¹⁴.

Görünüşte ihmali suçlarda, hukuka aykırılık bakımından dikkat edilmesi gereken durumlar da mevcuttur. Hukuka aykırılık konusunda, görünüşte ihmali suçlar da kural olarak icrai suçlarla benzerlik gösterir. Bununla birlikte, sadece ihmali suçlarda uygulanabilecek özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak doktrinde, “*yükümlülüklerin çatışmasından (Pflichtenkollision)*”

¹³ Sven Gutknecht, “Die Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (13 StGB) im Lichte des Bestimmtheitsgebotes”, Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, c. 3, Ankara 2014, Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universität, Herausgeber: Gunnar Duttge ve Yener Ünver.

¹⁴ Karl Engisch, “Tun und Unterlassen”, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, s. 187 - 188.

bahsedilmektedir¹⁵.

Yine görünüşte ihmali suçlar söz konusu olduğunda, suçun özel görünüş biçimlerine ilişkin yapılacak teorik değerlendirmeler de bazı önemli farklılıklar göstermektedir. Özellikle iştirak ve teşebbüs gibi konularda; icrai suçlara ilişkin teorik kabullerin, görünüşte ihmali suçlar bakımından aynı şekilde uygulanıp uygulanamayacağı oldukça tartışmalıdır.

Görüldüğü üzere, görünüşte ihmali suçların yapısında icrai suçlarda olmayan bazı özel durumlar söz konusudur. Bu özel durumların hukuki niteliğinin ne olduğu ve hangi başlık altında incelenmesi gerektiği oldukça önemlidir. Alman doktrininde, görünüşte ihmali suçların yapısı genel hatlarıyla şu şekilde tablolaştırılmaktadır¹⁶:

● YAPISAL UNSURLAR (TİPİKLİK)

Yapısal Unsurların (Tipiklik) Durumu: Neticeli bir suçun objektif unsurlarıyla aynıdır.

➤ Objektif (Maddi) Unsurlar

- Fiziki/Maddi olarak yapılabilecek, neticeyi engellemeye uygun olan hareketten kaçınılması (Fiil Unsuru)
- Varsayımsal/kuramsal/hipotetik nedensellik ve objektif isnadiyet
- Garantörlük (Alman CK 13. madde uyarınca garantör pozisyonu ve olay özelinde harekete geçme ödevi)
- İhmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması (Eşdeğerlik/Denklik Kaydı)

➤ Subjektif (Manevi) Unsurlar

- Tüm maddi unsurlar bakımından kast
- Diğer manevi unsurlar - taksir

● HUKUKA AYKIRILIK

- Tamamlanmış icrai suçlar bakımından geçerli olan tüm nedenler

¹⁵ Otto Harro ve Nikolaus Bosch, Übungen im Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Studium, 2010, s. 43.

¹⁶ Bkz. Rengier, s. 463, kn. 5.

➤ Özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak “*yükümlülüklerin çatışması*”

• **KUSURLULUK**

➤ Tamamlanmış icrai suçlar bakımından geçerli olan tüm nedenler

➤ Norma uygun hareketin şahsi olarak “*beklenebilirliği*”

➤ Yasak hatasının karşılığı olarak “*emir hatası*” (Alman CK 17. madde)¹⁷

Görünüşte ihmali suçlar incelenirken izlenecek metoda ve bu tip suçların yapısına ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlara rastlamak da mümkündür. Bunlardan en yaygın olanı; nasıl ki A ile A olmayanı aynı başlık altında birleştirmek mümkün değilse, icra ve ihmali de aynı başlık altında, bir başka ifadeyle “*fiil*” başlığı altında birleştirmenin mümkün olmadığıdır¹⁸. Bu görüş taraftarlarına göre; genel hükümler kısmındaki kurallar icrai suçlar için geçerli olduğundan, icrai suçlara ilişkin kavramların ihmali suçlar bakımından kullanılması mümkün değildir. Zira ihmal bir hareket değildir ve ihmalde gerçek manada bir nedensellik yoktur¹⁹. Bu nedenle, icrai suçlar için geliştirilen kurallar ihmali suçlar bakımından ancak tersten uygulanabilir (Umkehrprinzip)²⁰.

Bununla birlikte biz, ihmalin de tıpkı icra gibi dış dünyaya yansımış bir insan davranışı olduğunu, yani ontik vasfını kabul ettiğimizden, ihmali suçları incelerken icrai suçlara benzer bir metot tercih edeceğiz²¹.

II. MADDİ UNSURLAR

Görünüşte ihmali suçlarda, icrai suçlarda tartışma konusu yapılmayan bazı maddi unsurlar söz konusudur. Örneğin; kişinin emredilen davranışı yapma noktasında “*maddi/fiziki imkânının olup olmaması*”, failin tipik neticeyi engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülük altında olması yani “*garantörlük*

¹⁷ Benzer şema için bkz. Harro ve Bosch, s. 42 - 43.

¹⁸ Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Scientia Verlag Aalen, 1906, s. 9.

¹⁹ Hakeri, İhmal, s. 205.

²⁰ Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. neubearbeite und erweiterte Auflage, De Gruyter, 1969, s. 203. İhmali suçlara ilişkin “*Tersinelik Prensibi (Umkehrprinzip)*” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Verlag Otto Schwartz & Co. 1988, s. 87 - 90.

²¹ Benzer yaklaşımı için bkz. Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband II, 6. Auflage C. F. Müller Juristischer Verlag, 1984, s. 146 v.d.

- *teminat yükümlülüğü*” gibi hususlar, ihmali suçlarda bir unsur olarak telakki edilmektedir. Benzer şekilde, “*gerçekleştirilen ihmali davranışın icraya eşdeğer olması*”, “*meydana gelen netice ile ihmali davranış arasındaki ilişkinin ne şekilde kurulacağı (nedensellik bağı ve objektif isnadiyet)*” da ihmali suçlara özgü tartışmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Fiil

Suçun yapısında fiil, diğer maddi ve manevi unsurlar bakımından bir bağlama noktası oluşturur²². İster icrai ister ihmali olsun, her suçta mutlaka bir fiil vardır. Fiil unsuru olmayan suçtan bahsedilemez²³. Çünkü fiil; insan iradesinin dış dünyaya yansımadır. Dış dünyaya yansımamış irade, ceza hukukunu ilgilendirmez²⁴. Tüm dünyevi hukuk disiplinleri için mutlaka dış dünyaya yansımış ve insanın yönlendirici iradesinin ürünü olan bir “*fiilin*” varlığı gerekir²⁵. Bu nitelikteki fiil, icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir²⁶.

İnsan iradesinin herhangi bir şekilde dışa yansımaları, hukukunun müdahalesi için gerekli ancak yeterli değildir. Bir davranışın ceza hukukunu ilgilendirmesi, bir başka ifadeyle, bir davranışın “*fiil*” olarak telakki edilebilmesi için bazı özellikler taşıması gerekir. Bunlar; “*insan kaynaklı olması*”, “*insana izafe edilebilmesi*”, “*insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olarak dış dünyaya yansımalarıdır*”.

İhmali suçlar söz konusu olduğunda, bu genel yaklaşıma ek olarak fiil unsuru içerisinde mütalaa edilmesi gereken başka hususlar da vardır. Örneğin; ilgilinin neticeyi engellemeye yönelik davranış bakımından “*maddi/fiziki imkânının olması*” gerekir. İhmali suçlara özgü bu hususların, maddi unsur olduğu hususunda doktrinde geniş bir konsensüs var ise de, bunların

²² Alman doktrininde görünüşte ihmali suçlar bakımından bağlama noktası olarak, fiili değil meydana gelen neticeyi kabul eden yaklaşımlar da mevcuttur. Rengier, s. 464, kn. 6. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 256.

²³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 179. Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 88.

²⁴ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 154.

²⁵ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Yetkin Yayınevi, 2014, s. 516 - 517. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, 2013, s. 274.

²⁶ Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, Duncker & Humblot, 1943, s. 50.

Özel hukukta da, haksız fiil sorumluluğuna temel teşkil eden fiilin icrai ya da ihmali olabileceği kabul edilmektedir. Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Monopol Yayınları, 2019, s. 165. Kılıçoğlu, s. 275.

hangi maddi unsur altında inceleneceği noktasında farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır.

Kanaatimizce, ihmali suçlarda fiil unsuru bakımından üzerinde durulması gereken iki temel husus vardır: Birincisi, “suçun bir bağlama noktası olarak ontik bir ihmali davranış yani yapmamanın varlığı”; ikincisi ise, failin yapması gereken davranışı gerçekleştirme noktasında “(maddi/fiziki) imkânının olmasıdır”.

1. Haksızlığa Temel Teşkil Edecek Tipik İhmalin (Ontik Anlamda Bir Yapmamanın) Varlığı

Görünüşte ihmali suçlar bakımından da tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi, tüm maddi ve manevi unsurlar bakımından bağlama noktası oluşturacak bir fiilin varlığı şarttır²⁷. Biz; doktrinde baskın görüş olan “ihmal herhangi bir şey yapmamak değil, belli bir şeyi yapmamaktır”²⁸ genel yaklaşımın aksine, ihmali davranışın özünün “bir şey yapmamak” olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, ihmali suçlar bakımından da öncelikle “yapmama” şeklinde dış dünyaya yansımış “pasif bir insan davranışının” tespiti gerekir.

İhmali suçlarda, icrai suçlarda olmayan bazı normatif unsurların olduğunu kabul etmekle beraber biz, fiil unsurunun yani ihmalin bizatihi kendisinin ontik bir temeli olduğunu düşünmekteyiz. Baskın görüşün ifade ettiği, ceza hukuku bakımından önem arz edenin “herhangi bir yapmama değil ilgili normda belirtilen yapmama” olduğu vurgusu, kanaatimizce icrai suçlar bakımından da geçerlidir. Çünkü ontik sahada tespit edilebilen her icrai davranış değil, yalnızca suç tipiyle yasaklanmış icrai davranışlar ceza hukukunu ilgilendirir. Dolayısıyla, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da, davranışın norm tarafından yasaklanmış veya emredilmiş olması fiilin ontiklik vasfıyla değil tipikliğin geneliyle alakalıdır.

²⁷ Udo Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, 2001, s. 172.

²⁸ “İhmal bir gerçeklik değil, aksine bir yargıdır. Gerçekten de dış dünyada ihmalin varlığıyla yokluğu fark edilmez. İhmali, ceza hukuku bakımından önemli kılan husus, hukukun beklenen hareketin yapılmamasıdır”. Hakeri, İhmal, s. 208. Benzer yöndeki görüşler için bkz. Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoğlu ve Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, Türdav Basım, 1999, s. 70. Özgenç, Genel Hükümler, s. 231. Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 393.

Biz, doktrinde genel kabul gören bu yaklaşıma; “icrayı ceza hukuku bakımından önemli kılan husus da yasaklanan hareketin yapılmasıdır, dolayısıyla ihmali davranışın temeline “beklenen” kavramını sokmak anlamsızdır” gerekçesiyle katılmıyoruz. Kanaatimizce, ihmali davranış norm oluşturamaz. Norm, sadece var olan sayısız ihmal arasından ceza hukuku bakımından önem arz edenini tespit eder.

İster icrai ister ihmali olsun bir davranışın fiil niteliği taşıyabilmesi için bazı şartları taşıması gerekir. İhmal de insan iradesinin dış dünyaya bir yansıma biçimi olduğuna göre, tıpkı icra gibi, insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olmalı ve dış dünyaya yansyarak hukuki bir değeri ihlal etmelidir. Bu bakımdan mutlak irade yokluğu hallerinde gerçekleştirilen ihmali davranışlar fiil niteliği taşımazlar. Örneğin; ani bir şekilde bayılarak bilincini yitiren annenin, bilinci kapalı olduğu süre içerisinde çocuğu üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu tutulması düşünülemez²⁹. Çünkü burada “iradi” bir fiilden, “yapmamadan” bahsedilemez.

Benzer şekilde, mutlak cebrin etkisi altında olduğu için tipik davranışı gerçekleştiremeyen failin de iradi bir davranışından bahsedilemeyeceğinden, ceza hukuku sorumluluğuna gidilemez. Aslında burada saydığımız hususlar, “ilgili davranışın maddi/fiziki olarak mümkün olmaması” kapsamında da mütalaa edilebilir. Bununla beraber, bu tip durumlarda şu şekilde hareket etmenin hem teorik hem de pratik açıdan daha doğru olduğu kanaatindeyiz: Ceza hukuku bakımından fiil niteliği taşımayan davranışların suç analizinin en başında elenmesi gerekir. “Tipik davranışın maddi/fiziki anlamda mümkün olması” ise, bunların dışında kalan ve ortada “iradi nitelikte bir yapmama” olmasına rağmen kurtarmaya yönelik davranışın diğer maddi imkânsızlıklar nedeniyle yapılamaması hallerinde gündeme alınmalıdır. Böylece, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi, ihmali suçlarda da ceza hukuku bakımından önem arz etmeyen fiiller en başta ayıklanmış olacaktır.

Saf ihmali suçlarda emredilen davranış, norm tarafından doğrudan belirlenmesine rağmen görünüşte ihmali suçlardaki davranış norm tarafından doğrudan belirlenmiş değildir. Görünüşte ihmali suçlarda davranış, yani yapmama, çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Çünkü görünüşte ihmali suçlarda esas olan, istenmeyen neticenin engellenmesine yönelik davranışlardan herhangi birinin yapılmamış olmasıdır. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlar, çoğu zaman “serbest davranışlı (hareketli) suçlar” olarak karşımıza çıkmaktadır. Nasıl ki icrai fiille işlenen “kasten öldürme veya yaralama” suçlarında davranış, ontik anlamda çok farklı formlarla (silahla ateş etme, bıçaklama, zehirleme, elleriyle boğma vs.) gerçekleştirilebiliyorsa; görünüşte ihmali suçlarda da tipik neticeyi engellemeyen “yapmama” farklı

²⁹ Bununla beraber eğer anne, kendisinde var olduğunu bildiği rahatsızlıktan dolayı sık sık bayıldığını tecrübe etmesine rağmen, çocuğuna yönelik gerekli tedbirleri almıyorsa, ihmali davranış dolayısıyla sorumluluğu gündeme gelecektir.

formlarla gerçekleştirilebilir³⁰. Çünkü görünüşte ihmali suçlar da tıpkı icrai suçlar gibi bir yasak normunun ihlalinden oluşmaktadır.

Görünüşte ihmali suçların bağlama noktasını oluşturan fiil, istenmeyen neticeyi önlemeye müsait olduğu halde yapılmayan davranıştır. Örneğin, boğulmakta olan bir kimseye yönelik olarak garantörün yapması gereken şey, “*kurtarmaya elverişli herhangi bir davranıştır*”. Örnek olayda fail; “*yüzerek boğulan kişiyi kurtarma*”, “*yakınlarda bulunan cankurtarana haber verme*”, “*botla mağduru kurtarma*” ya da “*mağdura doğru can simidi atma*” gibi farklı seçeneklere sahip olabilir. Mevcut seçeneklerden herhangi birini denemesine rağmen neticenin meydana geldiği hallerde ise failin sorumluluğuna gidilemez. Kısacası, görünüşte ihmali suçlar bakımından birçok davranış neticeyi önleyebilecek nitelikte olabilir³¹. Bu bakımdan, tipik durumda istenmeyen neticeyi engellemeye elverişli olduğu halde failin yapmaktan kaçındığı davranışlar, yani “*yapmamalar*” ihmali suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır.

Elbette ki, görünüşte ihmali suçun fiil unsurunu oluşturan davranış, istenmeyen neticeyi önlemeye uygun ve elverişli olanlardır³². Bu bakımdan fail, istenmeyen neticeyi önlemeye yönelik “*herhangi bir şey*” yaptığından bahisle sorumluluktan kurtulamaz. Yapması gereken, “*tipik neticeyi engellemeye yeterli ve elverişli davranışlardan*” biridir. Örneğin; iyi bir yüzücü olan fail, yanı başında boğulmakta olan çocuğunu kurtarmak için denize atlamak yerine, metrelerce uzakta bulunan cankurtarana haber vermekle yetinmiştir. Böyle bir durumda fail elbette ki ceza sorumluluğundan kurtulamaz. Bu örnekte failin ihmali davranışının özünü, “*yüzerek yardıma gitmeme*” oluşturacaktır.

Görünüşte ihmali suçların fiil unsurunun tespitinde, ceza muhakemesi bakımından dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. İcrai suçlara ilişkin ceza muhakemesinde, failin hangi tipik davranışı yaptığı ispatlanırken; görünüşte ihmali suçlara ilişkin muhakemede ise, “*tipik neticenin önlenmesi bakımından failin neyi yapmadığı*” tespit edilmeli ve ispatlanmalıdır³³. Bu nedenle, salt olarak sanığın “*pasif*” kaldığının tespiti, ceza sorumluluğu için yeterli değildir. Bir başka ifadeyle, görünüşte ihmali suçlarda sorumluluk için

³⁰ Rengier, s. 464, kn. 8.

³¹ Hakeri, İhmal, s. 209.

³² M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 238.

³³ Hakeri, İhmal, s. 210.

yalnızca, “*bu somut olay bakımından fail bir şeyler yapmalıydı*” demek yeterli olmayacaktır³⁴. Failin, kurtarmaya elverişli olan hangi davranışı yapmadığının da yargılama makamı tarafından tespit edilmesi gerekir.

Hakeza davranışın ihmali olması, ceza muhakemesi bakımından ispat yükümlülüğünü sanık tarafına geçirmeyecektir. İhmali bir suça ilişkin muhakemede sanık, “*neticeyi engellemek için elinden gelen her şeyi yaptığını veya elinden hiçbir şey gelmediğini*” ispatlamakla yükümlü değildir. Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi iddia makamı, yapması mümkün olduğu halde istenmeyen neticeyi engellemeye muktedir hangi davranışı yapmadığını sanığa isnad etmeli ve bu davranışın yapılmadığı yargılama makamı tarafından sübuta erdirilmelidir. Örneğin; “*yüzerek yardım etmedin*”, “*cankurtarana haber vermedin*”, “*gereken tıbbi müdahaleyi yapmadın*” gibi, somut olayla doğrudan bağlantılı bir ihmali davranış şüpheliye/sanığa isnad edilmeli ve şüpheyi yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmalıdır.

Bununla beraber, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, görünüşte ihmali suçlarda failin kurtarmaya yönelik davranışlar bakımından birden fazla seçeneği olabileceğinden, yargılama makamının, failin somut olay bakımından yapabileceği her davranışı tek tek incelemesi gerekmez. Görünüşte ihmali suçlar, çok büyük oranda “*serbest davranışlı suç*” özelliği göstermektedir. Bu nedenle yapılması gereken davranışlardan herhangi birinin yapılmaması, failin cezalandırılması için yeterlidir. Görünüşte ihmali suçlarda, kanuni tipin tek tek sayması mümkün olmayan birçok davranış söz konusu olabilir. Bu davranışlardan herhangi birinin yapılmamasıyla birlikte suçun fiil unsuru da tamamlanmış olur. Dolayısıyla yargılama mercii, somut uyuşmazlık sırasında yapılmayan tüm davranışları tek tek saymak zorunda değildir. Bu pratik açıdan da mümkün değildir. Yargılama makamının, “*failin yapması mümkün olduğu halde yapmadığı bir davranış*” yönünden suçun diğer unsurlarını tartışarak sübuta erdirmesi cezalandırma için yeterlidir.

Kurtarmaya yönelik bir şeyler yapılmış ise öncelikle yapılan davranışların somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olup olmadığı tartışılmalıdır. Yargılama makamı, failin gerçekleştirdiği davranışların somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olduğuna kanaat getirirse, suçun fiil unsuru oluşmayacağından beraate hükmedilmesi gerekir. Bununla beraber, failin gerçekleştirdiği davranış somut olay bakımından kurtarmaya elverişli değilse; kurtarmaya elverişli ve failin yapması mümkün olan herhangi bir

³⁴ Hakeri, İhmal, s. 210.

davranış tespit edilerek bunun üzerinden diğer unsurlar irdelenmelidir. Örneğin; yanı başında boğulmakta olan çocuğunu gören ve iyi yüzme bilen baba, suya atlayarak çocuğunu kurtarmak yerine yüzlerce metre uzaktaki cankurtarana telsizle haber vermekle yetinmiştir. Böyle bir durumda yargılama makamı, öncelikle, “*telsizle cankurtarana haber verme*” fiilinin somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olup olmadığını değerlendirmelidir. Söz konusu fiilin somut olayda neticeyi önlemeye elverişli olmadığına kanaat getirildiği takdirde, kurtarmaya elverişli ve mümkün olan diğer bir davranış, örneğin “*yüzerek kurtarma*” üzerinden suçun diğer unsurları incelenmeli ve hüküm kurulmalıdır.

İhmali suçlara ilişkin bir başka ceza muhakemesi tartışması da, görev ve yetki konusunda karşımıza çıkabilir. İhmali suçların “*failin icrai hareketi yapması gerektiği halde yapmadığı yerde*” işlendiği kabul edilmekte ve suç bakımından o yer mahkemesinin yetkili olduğu ifade edilmektedir³⁵. Bu nedenle, somut bir olayda ihmali davranışın tam olarak ne olduğunun tespit edilmesi salt bir maddi ceza hukuku problemi olmayıp, aynı zamanda ulusal/uluslararası ceza hukuku bağlamında görev/yetki tartışmalarını da içinde barındırmaktadır.

2. Davranışın Maddi/Fiziki Anlamda Mümkün Olması - Hareket Olanığı

Hiçbir hukuk düzeni, bir kimseden yapması mümkün olmayan bir şeyi yapmasını bekleyemez³⁶. Böyle bir yükümlülüğün öngörülmesi, hem insanın yaratılış gayesine hem de ceza sorumluluğuna öngelen davranış normlarına³⁷ aykırılık teşkil eder. Yasaklanan neticeyi engellemeye yönelik davranışın mümkün olması, “*kimse yapamayacağı şeyden sorumlu tutulamaz*” şeklindeki genel hukuk prensibinin doğal sonucudur³⁸. Bu nedenle, fail her ne kadar somut olay bakımından neticeyi önleme yükümlülüğü altında (garantör) olsa da, kurtarmaya elverişli davranış maddi/fiziki anlamda yapması mümkün

³⁵ Faruk Turhan ve Murat Aksan, “Ceza Muhakemesinde Mahkemelerin Yer Bakımından Yetkisi - Doktrin ve Uygulama Işığında Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 781.

³⁶ Bu durum, Roma Hukuku’nda; “*ultra posse nema obligatur*” (*Ulmögliches zu leisten, kann niemand verpflichtet werden - Kimse imkânsızı yapmakla yükümlü olamaz*) ilkesiyle ifade edilmiştir.

³⁷ “*Allah hiçbir kimseyi, gücünün yetmediği bir şeyle yükümlü kalmaz, lehinde olanı da kendi kazandığıdır; aleyhinde olanı da kendi kazandığıdır*”. Bakara Suresi 286.

³⁸ Kienapfel ve Höpfel, bn. z29, s. 189, kn. 7.

değilse sorumluluk doğmayacaktır³⁹. Söz gelimi, ancak tekerlekli sandalye ile hareket edebilen bir baba, boğulmakta olan çocuğunu yüzerek kurtar(a) madığı için sorumlu tutulamaz.

Tartışmanın ayrıntılarına girmeyecek olmakla beraber, insanın yaratılıştan gelen fitratına uygun olmayan şeylerin kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenemeyeceği fikrindeyiz⁴⁰. Dolayısıyla kanun koyucu; insanın fitratına aykırı olan bir şeyi icrai bir suç olarak düzenleyemiyorsa, bir kimsenin fiziki olarak yapması mümkün olmayan bir şeyi “*yapmamasını*” da ihmali suç olarak düzenleyemez⁴¹. Belirtmek gerekir ki, tipik davranışı yapma bakımından failin “*maddi/fiziki imkânının*” bulunması, yalnızca görünüşte ihmali suçlar bakımından değil, gerçek ihmali suçlar bakımından da aranması gereken bir unsurdur⁴².

Kurtarmaya yönelik fiillerden bazıları maddi/fiziki anlamda mümkün olmamasına rağmen, bazıları mümkün olabilir. Sadece tekerlekli sandalye ile hareket edebildiği için boğulmakta olan çocuğunu yüzerek kurtarma imkânı olmayan bir babanın, kurtarmaya yönelik başka fiilleri gerçekleştirme imkânı olabilir. Böyle bir ihtimalde, mümkün olan kurtarma seçeneklerini denemeyen babanın ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin baba; bağırarak bir başkasından yardım isteme ya da hemen yakınında bulunan can simidini çocuğuna fırlatma imkânlarına sahipse, fiziki olarak yapması mümkün olmasına rağmen yapmadığı bu “*fiiller*” nedeniyle sorumlu olacaktır. Bu örnek olayda babaya isnad edilecek ihmali fiil; “*bir başkasına seslenerek yardım talep etmemesi*” ya da “*can simidini çocuğuna doğru*

³⁹ Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2009, s. 262, kn. 16.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç, “Davranış Normları Teorisi Hukuk ve Ahlak İlişkisi (Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 6.7.2018 tarihli ve K. 2018/7 sayılı Kararı Üzerine Hukuki Değerlendirmeler)”, TÜBA Akademi Konferansı Bildirisi, Ankara/Beşevler, Şubat 2019, s. 443 - 454.

⁴¹ İhmali suçların fiil unsuruna ilişkin bu husus, bazı gerçek ihmali suçlarda, suç tipinde de açıkça ifade edilmiştir. Örneğin TCK m. 98’de; “...*hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi*” ifadesi, fiil unsurunun bu niteliğine işaret etmektedir.

Hakeza Alman CK m. 323c hükmü de, yardım etmeme suçu bakımından failin kendisinin ağır bir tehlikeye maruz kalmamasını ya da daha önemli bir yükümlülüğünü ihlal etmemesini şart koşmaktadır. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Nomos 2008, s. 313, kn. 10.

⁴² Kienapfel ve Höpfel, bn. z28, s. 182, kn. 5. Kindhäuser, s. 312, kn. 4. Rengier, s. 464, kn. 10. Yurtlu, “Suçu Bildirmeme”, s. 765.

fırlatmaması” olacaktır.

Kurtarmaya yönelik davranışın “*maddi/fiziki anlamda mümkün olması*” ibaresinden tam olarak neyin anlaşılması gerektiği ise izaha muhtaçtır. Azınlıkta kalan bir görüş; “*davranışın mümkün olmasından*”, failin hem objektif hem de sübjektif anlamda hareket yeteneğine sahip olmasını anlamaktadır⁴³. Bununla birlikte doktrindeki baskın görüş; failin maddi/fiziki anlamda mümkün olmasından, failin ilgili davranış bakımından “*objektif hareket yeteneğini*” anlamaktadır⁴⁴. Baskın nitelikteki bu yaklaşıma göre; failin objektif anlamda hareket kabiliyetinin olmaması maddi unsur, sübjektif anlamda hareket kabiliyetinin olmaması ise kusurluluk bağlamında değerlendirilmelidir⁴⁵.

Kanaatimizce de, failin kurtarmaya yönelik davranış bakımından maddi/fiziki anlamda imkân olması ile kurtarmaya yönelik hareketin failden (sübjektif olarak) beklenebilirliği birbirinden farklı kavramlardır⁴⁶. Davranışın failden beklenebilirliği; failin somut olay bakımından hareket kabiliyeti ve yeteneğine sahip olmasına rağmen, kusurluluğu ilgilendiren gerekçelerle harekete geçmemesidir. İyi yüzme bilmesine rağmen çok dalgalı akarsuya düşen çocuğunu kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmeyen anne/babanın “*ihmali bir davranışı yoktur*” diyemeyiz. Çünkü bu olayda failler, fiziki/maddi anlamda kurtarmaya elverişli davranışı yapma imkânına sahip olmalarına rağmen harekete geçmemiştir. Bununla beraber harekete geçmeyen fail, somut olaydaki bu ihmali davranışlarından dolayı “*kınanamaz*”. Bu durum da suçun unsurları bakımından değil, kusurluluk bağlamında değerlendirilmesi gereken bir konudur⁴⁷. Dolayısıyla biz de; davranışın garantörden sübjektif olarak beklenebilirliğinin kusurluluk bağlamında incelenmesini daha isabetli buluyoruz.

Günlük hayatta sıklıkla karşılaşılan, “*iş yükü/yoğunluğu nedeniyle bazı iş ve işlemlerin yapılamaması*” da ihmali suçların bu yönüyle alakalıdır. Örneğin, verilen tahliye kararına istinaden tutuklu bulunan bir kişinin

⁴³ Hakeri, İhmal, s. 217.

⁴⁴ Hakeri, Genel Hükümler, s. 163.

⁴⁵ Kindhäuser, s. 313, kn. 9.

⁴⁶ Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2004, s. 29. Hakeri, Genel Hükümler, s. 163.

⁴⁷ Bununla birlikte hem kurtarmaya yönelik davranışın “*maddi-fiziki anlamda mümkün olmasını*” hem de “*beklenebilirliği*” ihmali suçun bir unsuru olarak kabul edenler de vardır. Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, 2012, 7(18), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), s. 15.

salıverilmesi gerekirken, “iş yoğunluğu gerekçesiyle” dosya yetkililerce incelenememiş ve tutuklu kişi birkaç gün daha cezaevinde kalmıştır. Benzer şekilde, acil serviste görevli hekim H; Covid-19 salgını nedeniyle serviste oluşan yoğunluktan dolayı bazı hastalara hemen müdahale edememiş ve müdahale edilemeyen hastalardan bazılarının durumu ağırlaşmış, bazıları ise hayatını kaybetmiştir⁴⁸. Kanaatimizce, bu tip durumlarda, ilgili görevlinin meydana gelen sonuç bakımından “maddi/fiziki” anlamda hareket yeteneğinin olmadığı söylenemez⁴⁹. Bu tip durumlarda hukuki problem, ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olan “yükümlülüklerin çatışması” ya da “kusurluluk” bağlamında çözümlenmelidir⁵⁰.

Salıverilmesi gereken tutuklunun salınmaması olayında, görevlilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekir. Bu sorumluluk, somut olayın özelliklerine göre taksir ya da olası kast bağlamında tartışılmalıdır. Bu örnek olayda görevlerinin gereklerine aykırı davranması nedeniyle kişinin birkaç gün daha özgürlüğünden yoksun kalmasına neden olan kamu görevlileri, garantör konumunda olduklarından “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçundan sorumluluk gündeme gelecektir. Ancak 5237 sayılı TCK’da Alman CK’daki gibi ihmali davranışa ilişkin genel hükümler kısmında düzenleme bulunmadığından ilgililerin bu suçtan dolayı cezalandırılması mümkün görünmemektedir. Böyle bir durumda ilgililerin ancak “görevi kötüye kullanma (TCK m. 257/2)” suçundan sorumluluğuna gidilebileceği kanaatindeyiz.

Acil servisteki yoğunluktan dolayı bazı hastalara müdahale edemeyen hekimin ceza hukuku sorumluluğu olup olmadığı ise, her somut olayın şartları bağlamında ayrıca değerlendirilmelidir⁵¹. Kanaatimizce bu ikinci durumda

⁴⁸ Covid-19 pandemisi nedeniyle ortaya çıkabilecek ceza hukuku tartışmaları için bkz. Mehmet Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 2020, 24(3), AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 361 v.d.

⁴⁹ Örneğin, çocuğu boğuluyorken olay yerine 20 km uzaklıktaki bürosunda çalışmakta olan bir babanın, kurtarmaya yönelik davranış bakımından maddi/fiziki imkânının olduğundan bahsedilemez. Frister, s. 262, kn. 16.

⁵⁰ O an için çok daha acil durumdaki hastalara bakması nedeniyle acil servisteki diğer hastaya müdahale edemeyen hekimin sorumluluğunun “hareket olanağı veya beklenebilirlik” bağlamında tartışılabileceğine yönelik görüş için bkz. Hakeri, İhmal, s. 159.

⁵¹ Böyle bir durumda, idarenin “hizmet kusuru” kapsamında hukuki sorumluluğu olduğu ancak somut olay sırasında hastanenin acil servisinde görevli sağlık personelinin ceza sorumluluğunun olmadığına yönelik görüş için bkz. Yener Ünver, “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, 2018, II. Uluslar Arası Tıp Hukuku

şartları oluşmuşsa ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olan “yükümlülüklerin çatışması” uygulama alanı bulacaktır.

B. Konu ve Mağdur

Görünüşte ihmali suçların konu ve mağdur unsurları icrai suçlardan esaslı bir farklılık göstermez. Genel olarak suçun konusu; “*tipik fiilin üzerinde gerçekleştiği eşya veya şahsın maddi (fiziki) yapısıdır*”⁵². Bu bakımdan ihmali suçlarda, ihmali fiilin üzerinde gerçekleştiği şey ya da kişi suçun konusunu oluşturacaktır.

Mağdur ise Türkçe’de; “*haksızlığa uğramış (kimse), kıygın*” anlamlarına gelmektedir⁵³. Ceza hukukunda ise suçun maddi bir unsuru olarak mağdur; “*suçun konusunun sahibi olan kişi ya da kişilerdir*”⁵⁴. Bu anlamda mağdur; dar anlamda suçtan zarar gören, suçun maddi unsurlarıyla doğrudan ilişki içinde olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki menfaati ihlal edilen kişiyi ifade etmektedir⁵⁵. Görünüşte ihmali suçların maddi unsurları birbirleriyle sıkı ilişki içerisinde. Garantörün korumak zorunda olduğu kişi ya da şey “*suçun konusu*”, bu konunun ait olduğu kişi ise “*suçun mağduru*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Fail ve Garantörlük (Teminat Yükümlülüğü)

Suçun kanuni tarifindeki fiil üzerinde hâkimiyet kuran, tipik haksızlığı gerçekleştiren kişiye “*fail*” denir⁵⁶. “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37)*”⁵⁷. Bir kimsenin görünüşte ihmali suçun faili olabilmesi için özel bir statüde yani “*garantör*” olması gerekir⁵⁸. Alman CK m. 13/1 hükmü de,

Kongresi (Antalya: 21 - 23 Eylül 2017) Bildiriler Kitabı, s. 970.

⁵² Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 142. Özgenç, Genel Hükümler, s. 219.

⁵³ TDK Güncel Türkçe Sözlük, (www.sozluk.gov.tr) erişim tarihi: 09.05.2021.

⁵⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 223.

⁵⁵ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 124.

⁵⁶ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 113.

⁵⁷ Dar ve geniş anlamda fail kavramı ve kavramın teorik gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İBB Hukuk Müşavirliği Yayını, 1996, s. 50 v.d.

⁵⁸ E. Daniel Hall, Criminal Law and Procedure, 6th Edition, Delmar, 2020, s. 76.

temel olarak saf olmayan ihmali suçlarda cezalandırma alanını failin niteliği itibarıyla sınırlandırmaktadır⁵⁹. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçlar, sadece belirli konumdaki kimseler (garantör) tarafından işlenebileceğinden⁶⁰ “özgü suç” niteliğindedir⁶¹.

İhmali davranış nedeniyle meydana gelen neticenin herkese değil, sadece belirli kişilere yüklenmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanmaktadır: Bir hukuki değeri ihlal etmemeye yönelik davranışlar (yasak normları) herkese yönelmişken; bir hukuki değeri korumaya yönelik davranış (emir) normları herkesi değil, sadece belirli kimseleri muhatap alır⁶². Aksinin kabulü halinde sosyal yaşam çekilmez bir hal alır. Doktrinin “garantörlük”⁶³ olarak ifade ettiği bu konum, emir normunun muhataplarını sınırlamaya yönelik önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Sonuç olarak, ihmali suçlar bakımından şunu rahatlıkla ifade edebiliriz: Ontik öz bakımından aynı nitelikte olan davranışları yapan failin “garantör-teminat yükümlüsü” konumunda olup olmaması, ceza hukuku sorumluluğunu tamamen değiştirmektedir.

Örneğin; Baba B ve arkadaşı F; B’nin boğulmakta olan oğlunun yardım çağrısına kulak asmazlar. Yardım edilmeyen çocuk boğularak ölür⁶⁴.

⁵⁹ Volker Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch in Deutsch und Englisch, Teil I Grundlagen, Kohlhammer Verlag, 2002, s. 150, kn. 182.

⁶⁰ Eser Olgun, “Kasten Öldürme Suçunun Türk - Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”, 2013, 19(2), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 1641.

⁶¹ Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, 1991, bn. 28, s. 781, kn. 13. Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, 2010, 14(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), s. 186. Rengier, s. 456.

⁶² Hakeri, İhmal, s. 111.

⁶³ Alman doktrininde önceleri garantörlük kavramını karşılayacak şekilde “*Rechtspflicht zum Tun*” ifadesi kullanılmaktaydı. Binding ve Nagler’in “*Garanten*” kavramına vurgu yapması ile birlikte “*Garantenstellung*”, “*Garantenpflicht*”, “*Garantieverhältnis*” kavramları doktrin ve uygulamaya girmiş ve kısa sürede kabul görmüştür. Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, J. C. B. Mohr 1975, s. 655, kn. 10.

Günümüz Alman doktrininde ise garantörlük kavramına karşılık gelecek şekilde “*Garantenpflicht (Görantör Yükümlülüğü)*”, “*Garantenstellung (Garantör Konumu)*”, “*Handlungspflicht (Eylem Yükümlülüğü)*” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

Türkçe anlam ve dilbilgisi bakımından ise “*garantör*”, “*garantörlük*” ve “*garantörsel*” ifadelerinin kullanılmasının doğru olmadığı, bunların yerine; “*yükümlü*”, “*yükümlülük*”, “*yükümlülük durumu*” kavramları önerilmektedir. Bkz. Ekrem Beyaz, “Hukuk Dilinin Kirlenmesi ve Garantör, Garantörsel, Garantörsellik Terimleri Üzerine”, Türk Dili Dergisi, 2019, s. 77.

⁶⁴ Rengier, s. 457, kn. 6.

Söz konusu olayda Baba B, Alman CK m. 13, 211 ve 212 uyarınca, “*ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçunun*” nitelikli halinden **ömür boyu hapis cezası** alacakken; babanın arkadaşı F, Alman CK m. 323c hükmü⁶⁵ uyarınca “*yardım yükümlülüğünün ihmali suçundan*” **en fazla 1 yıl hapis ya da adli para cezası** alacaktır⁶⁶.

Garantörlük, günümüz doktrininde ekseriyetle “*suçun maddi unsurları*” başlığı altında incelenmektedir. Buna karşılık geçmişte garantörlüğün “*hukuka aykırılık*” başlığı altında incelendiği görülmektedir⁶⁷. Bunun temel nedeni ise, garantörlüğün bizzatı kendisine ilişkin hatanın “*yasak hatası (Verbotsirrtum)*” kapsamında incelenmesi eğilimidir⁶⁸. Günümüzde de garantörlüğün bir “*yazısız mazeret nedeni*” olarak hukuka aykırılık altında incelendiği görülmektedir⁶⁹.

Garantörlüğün hukuki niteliğine ilişkin farklı bir yaklaşım ise, konuyu nedensellik bağı çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu tercihin gerekçesi, özetle şu şekilde açıklamaktadır: Bir suçta meydana gelen neticeden faili sorumlu tutabilmek için fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisinin tespit edilmesi gerekir. Ancak ihmali suçlarda meydana gelen netice ile fiil arasında bir nedensellik bulunmadığından, garantörlük müessesesi bu ilişkinin yerini doldurur.

Vurgulamak gerekir ki; görünüşte ihmali suçlar bakımından garantörlüğün hukuki niteliğinin ne olduğunun tespiti, salt teorik bir çabanın çok ötesindedir. Bu kavramın hukuki nitelendirmesi, uygulamada da oldukça önemli sonuçları beraberinde getirecektir. Garantörlüğün hukuki nitelendirmesinin en önemli yansıması, kendini “*hata hallerinde*” göstermektedir. Garantörlük, suçun maddi bir unsuru olarak kabul edildiği takdirde yapılan hata kastı kaldıracakken; hukuka aykırılık kapsamında değerlendirildiğinde, bu konudaki hata “*yasak hatası*” kapsamında kalacak ve kusurluluğu etkileyecektir. Bu hukuki tespit aynı zamanda “*tersine unsur yanılması*” hallerinde de, failin teşebbüs

⁶⁵ Alman CK 323c maddesinde düzenlenen, yardım yükümlülüğünün ihmali suçunun cezası “*bir yıla kadar hapis ya da adli para cezasıdır*”.

⁶⁶ Krey, s. 148, kn. 180. Rengier, s. 457, kn. 6.

⁶⁷ Harro ve Bosch, s. 43.

⁶⁸ Harro ve Bosch, s. 43.

⁶⁹ Karl Heinz Gössel, Strafrecht, 7. völlig neubearbeitete Auflage, C. F. Müller, 1997, s. 8 - 9, dn. 47.

sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususunda önem arz etmektedir⁷⁰.

Görüldüğü üzere “*garantörlük/teminat yükümlülüğü*”, gösterdiği özellik bakımından farklı unsurlar altında incelenmeye müsaittir. Bununla beraber biz, garantörlüğün suçun faili ile doğrudan bir bağlantı içerisinde olduğunu düşündüğümüzden, bu başlığı “*fail*” unsuru altında incelemeyi tercih ediyoruz. Garantörlüğün kaynaklarını incelemeden önce üzerinde durulması gereken iki temel husus olan “*garantörlük kavramının sınırlandırılması*” ve “*eşdeğerlik kaydı*” başlıklarına değinmek gerekir⁷¹.

1. *Garantörlüğün Sınırlandırılması*

Garantörlük, ihmali davranış dolayısıyla meydana gelen neticeden doğan sorumluluk alanını daraltıcı bir işlev görmektedir. Tarihsel gelişimine bakıldığında, içinde bulunulan dönem ve kültürün etkisiyle garantörlük kavramı daha geniş ya da dar yorumlanmıştır. Anglo-Sakson uygulamasında garantörlüğü daha dar yorumlama eğilimi söz konusuysen⁷²; Alman Hukuku’nda ise tam tersi bir yaklaşım, yani garantörlük alanını genişletme eğilimi göze çarpmaktadır. Garantörlük müessesine yönelik bu iki zıt yaklaşımın gerekçesini, ilgili toplumlara hâkim sosyo-ekonomik yapı ve kültürde aramak gerekir. Liberalizmin ekonomik ve sosyal hayata yön verdiği Anglo-Sakson toplumlarında, başkalarına yönelik hukuki menfaatleri korumaya yönelik davranışlarda bulunma yükümlülüğü olabildiğince dar yorumlanırken⁷³; “*Alman İdealizminde*” toplum düzenini bozucu davranışlar kimden gelirse gelsin hoş karşılanmaz ve istenmeyen bu davranışların engellenmesi beklenir.

Garantörlüğün ihmali suçlar bakımından öyle önemli bir anlamı vardır ki; kişiyi işleyebileceği her kasıtlı ya da taksirli suç bakımından potansiyel ihmali suç faili haline getirir⁷⁴. Kişinin garantör kabul edilebilmesi için, somut olay bakımından tipik neticeyi önleme noktasında hukuki bir yükümlülük altında olması gerekir⁷⁵. Bu nedenle garantörlüğü kısaca; “*bir olayda,*

⁷⁰ Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, 2014, (110) TBB Dergisi, s. 157.

⁷¹ Rengier, s. 462, kn. 3.

⁷² Daniel Roe, *Criminal Law*, 3rd Edition, Hodder Education, 2005, s. 17.

⁷³ Liberal ceza hukuku yaklaşımlarının ihmali sorumluluğu reddettiği ifade edilmektedir. Andrew Ashwort, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing 2013, s. 35.

⁷⁴ Rengier, s. 469, kn. 26.

⁷⁵ Özgenç ve Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, 2002,

istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik davranışta bulunma konusundaki hukuki yükümlülük” olarak tanımlayabiliriz.

Esasında ne Alman CK m. 13’te, ne İsviçre CK m. 11’de ne de TCK m. 83’te “*garantör*” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla “*garantörlük*”, kanuni bir ifade olmaktan ziyade doktrin tarafından türetilmiştir. Alman CK m. 13, “*neticeyi önlemek hususunda hukuki bir yükümlülük altında olmaktan*”; TCK m. 83 ise “*belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunmasından*” bahsetmektedir. Tüm bu kanuni düzenlemeler dikkate alındığında, garantörlük kavramını kapsayacak şekilde “*teminat yükümlüsü*” ifadesinin kullanılması da mümkündür. Ancak biz daha oturmuş bir kavram olması nedeniyle çalışmamızda garantörlük kavramını kullanmaya devam edeceğiz.

Garantörlük, mutlaka bir hukuki düzenlemeyle getirilmiş olmalıdır⁷⁶. Bir başka ifadeyle, salt ahlaki/etik bir yükümlülük, kişinin garantör olması için yeterli değildir⁷⁷. Bu bakımdan garantörlük, kendi içerisinde önemli ölçüde sınırlandırılmış olacaktır. Dahası, bir kimseye terettüp eden her hukuki yükümlülük de kişiyi garantör konumuna getirmez. Bu hukuki yükümlülüğün belirli kaynaklardan sadır olması, neticeyi engellemeye yönelik doğrudan ve yoğun bir nitelik göstermesi de gerekir. Aksi takdirde, saf ihmali suçlardaki harekete geçme yükümlülüğü ile görünüşte ihmali suçlardaki teminat yükümlülüğü arasındaki nitelik ve nicelik farkını açıklamak mümkün olmayacaktır.

2. Eşdeğerlik/Denklik Kaydı (Entsprechungsklausel)

Garantörlüğün kaynaklarına geçmeden önce değinilmesi gereken bir diğer kavram da, “*eşdeğerlik/denklik kaydıdır (Entsprechungsklausel)*”⁷⁸. Kanuni düzenlemelerde bu kavrama ilişkin genellikle, “*ihmali davranışın icraya eşdeğer olması*” ifadesi kullanılmaktadır. Buna doktrinde “*eşdeğerlik kaydı*” ya da “*denklik kaydı*” denilmektedir. Burada açıklığa kavuşturulması gereken temel nokta, garantörlük ile eşdeğerlik kaydı arasındaki ilişkinin ne

6(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), s. 37.

⁷⁶ Rengier, s. 469, kn. 26.

⁷⁷ Haft, s. 184.

⁷⁸ Bu kavram Türk doktrininde “*denklik kaydı*” olarak da ifade etmektedir. Hakeri, İhmal, s. 192, 193, dn. 630.

olduğudur.

Bir yaklaşıma göre; “*ihmalin icra ile eşdeğer olması*” için aranacak en önemli şart, failin tipik neticeyi önleme hususunda hukuki bir yükümlülük altında yani “*garantör*” olmasıdır. Dolayısıyla ihmalin icraya eşdeğer olabilmesi için aranması gereken temel şart garantörlüktür⁷⁹.

İhmali suçlarda garantörlüğü, “*failin belirli bir konumda bulunması*” olarak tanımlayan görüş ise eşdeğerlik kaydını şu şekilde açıklamaktadır: İhmalin icraya eşdeğer olabilmesi için, kişinin hem garantör pozisyonunda hem de belirli bir davranışı gerçekleştirme konusunda yükümlülük altında olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir⁸⁰.

Alman doktrinde; “*eşdeğerlik kaydı*” ibaresinin Alman CK 13. madde düzenlemesinden çıkarıldığı ve bu maddenin de kural olarak saf ihmali suçlara yönelik olmadığı vurgulanmaktadır⁸¹. Alman CK m. 13/2 yollaması nedeniyle, saf ve görünüşte ihmali suçlar arasındaki sınıra ilişkin şöyle bir çıkarım yapılmaktadır: Görünüşte ihmali suçların tipiklik unsuru garantörlükle düzenlenmiştir. Gerçek ihmali suçların unsurları ise düzenleme tekniğinin bakış açısına göre değerlendirilmelidir. Sonuç olarak Alman CK m. 13/2 düzenlemesi saf ihmali suçlar bakımından bir önem ihtiva etmemektedir⁸².

Görünüşte ihmali suçlara ilişkin çözülmesi gereken problemlerden bir diğeri de, ihmali davranışın ne zaman icrai harekete eşdeğer olacağıdır. Çünkü bir yasak normunun ihmali davranışla ihlal edildiğinde cezalandırılması ancak bu şart dâhilinde mümkün olmaktadır⁸³. Kasten işlenen ihmali suçlarda garantörün ihmali davranışı, çoğu zaman kasten işlenen icrai harekete denktir. Alman CK 13. maddedeki düzenlemenin de yardımıyla, prensip olarak, kanunun özel hükümler kısmındaki her kasıtlı suçun yansımaları olarak cezalandırılabilir bir ihmali davranış ortaya çıkmaktadır^{84, 85}. İşte tam bu noktada, “*eşdeğerlik*

⁷⁹ İsviçre Ceza Kanunu’nda, ihmali suçlara ilişkin açık düzenleme (m. 11) yapılmadan önceki süreçte uygulama ve doktrin, ihmalin cezalandırılmasını icrai davranışa “*eşdeğer olmasıyla*” açıklamaya çalışmıştır. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. neubearbeitete Auflage, Staempfli Verlag 2011, s. 91, kn. 15.

⁸⁰ Rengier, s. 470, kn. 28.

⁸¹ Rengier, s. 457, kn. 7.

⁸² Rengier, s. 457, kn. 7.

⁸³ Ashwort, s. 31. Rengier, s. 457, kn. 6.

⁸⁴ Rengier, s. 462, kn. 1.

⁸⁵ Kanaatimizce, bu yansımaları kasıtlı suçlarla sınırlamak mümkün değildir. Alman CK 13.

kaydı” devreye girmektedir. Alman CK m. 13’deki düzenlemenin garantör konumunda olan kişileri kanunun özel hükümler kısmındaki tüm icrai suçların potansiyel faili haline getirmesi karşısında, ihmali suçlarda sorumluluk alanını bir kez daha daraltma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Çünkü bazı suç tiplerinin ihmali davranışla işlenmesi, icrai davranışla işlenmesi gibi ciddi bir haksızlığa yol açmayabilir. Bu bakımdan “*eşdeğerlik kaydının*”, kanunun özel hükümler kısmındaki bazı icrai suçların ihmali davranışla işlenemeyeceğine yönelik bir fonksiyon ihtiva ettiği savunulmaktadır⁸⁶.

Doktrindeki bir diğer yaklaşım; “*eşdeğerlik kaydının*” kanunun özel hükümler kısmındaki bazı suçların ihmali davranışla işlenmesini tamamen imkânsız kılmadığı, bununla beraber bu suçlar bakımından sorumluluğun doğması için, garantörlüğe ek olarak bazı şartların da aranması gerektiği yönündedir⁸⁷.

Mükemmeliyetçiliğe önem veren bir diğer yaklaşım ise, durumu şu kısa cümleyle ifade eder: Görünüşte ihmali suçlarda, tipik neticeyi engelleyemeyen garantörün durumu, bu neticeye aktif olarak sebep olmakla eşdeğerdir⁸⁸. Bununla beraber “*bağlı hareketli suçlar*” söz konusu olduğunda, faili ihmali davranışı nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu tutabilmek için garantörlük tek başına yeterli değildir⁸⁹. Baskın nitelikteki bu görüşe göre; bu şartın uygulama alanını belirleyebilmek için gerçek neticeli suçlarla bağlı hareketli neticeli suçların ayrılması zorunludur. Bağlı hareketli suçlarda, neticeye salt olarak sebep olmak yeterli değildir. Bu neticenin özel bir davranışla ya da saikle gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin; “*eziyet çektirerek ya da canavarca hisle (Alman CK m. 211)*”, “*pusu kurmak suretiyle (Alman CK m. 224/1-3)*”, “*kötü muameleyle (Alman CK m. 225/1-4)*”, “*cebir veya tehditle (Alman CK m. 240)*”, “*hileyle (Alman CK m. 263)*” işlenen suçlar gibi⁹⁰... Bu yaklaşıma göre eşdeğerlik kaydı: “*Gerçek manada bir nedenselliğin bulunmaması ve haksızlık alanında icrai fiile nazaran farklılığın bulunmasına rağmen ihmali*

madde, özel hükümlerdeki taksirli suçlar bakımından da bir dönüştürücü işlevi görmektedir.

⁸⁶ Hakeri, İhmal, s. 192 - 193.

⁸⁷ Manfred Maiwald, çev. Cumhuriyet Şahin, “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, “İcrai ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Diskussionsbeitraege zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayını, 1998, s. 169. Hakeri, İhmal, s. 193 - 194.

⁸⁸ Rengier, s. 470, kn. 31.

⁸⁹ Maiwald, s. 169.

⁹⁰ Rengier, s. 470, kn. 32.

*hareketin cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu, fakat bunun için de ihmali davranışın tipikliğinin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesine denk olması gerektiği anlamına gelmektedir*⁹¹.

Sonuç olarak; bir başkasının icrai fiiline müdahale etmeyen garantörün, icrai fiilin taşıdığı özel unsura göre cezalandırılması ancak kendisinin de bizzat bu özel unsuru taşıması kaydıyla mümkündür. Örneğin; eşinin ortak çocuklarını canavarca hisle öldürmesine göz yuman failin, kasten öldürmenin bu nitelikli halinden ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, ihmali davranışı sırasında bizzat “*canavarca hisle*” hareket ettiğinin tespit edilmesi de gerekir. İşte “*eşdeğerlik kaydı*” da tam burada devreye girer ve ihmali davranış failinin bu tip özel haller bakımından sorumluluğunu belirler. Bununla birlikte eşine müdahale etmeyen failin, kasten öldürmenin altsoya karşı işlenmesi nitelikli hali bakımından sorumlu tutulabilmesinde eşdeğerlik kaydının hiçbir fonksiyonu yoktur. Çünkü bu nitelikli hal bakımından, ihmali davranış failinin haksızlık içeriğinin icrai davranışa eşdeğer olmasını “*garantörlük*” müessesesi tek başına sağlamaktadır.

Eşdeğerlik kaydına ilişkin bir diğer yaklaşım ise; kural olarak ihmalin haksızlık içeriğinin icradan daha az olduğu kabul edildiğinden^{92, 93}, ihmalin cezalandırmaya layık olduğunun ancak eşdeğerlik kaydıyla sağlanabileceği yönündedir⁹⁴. Bu bakımdan eşdeğerlik kaydı, yalnızca fiil ya da netice unsuru bakımından değil, suçun tüm unsurları bakımından genel bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu kabul halinde eşdeğerlik kaydı; ihmali suçun bir unsuru olmaktan ziyade, genel bir kusurluluk değerlendirmesine indirgenmektedir.

Sonuç olarak şunu ifade edebiliriz ki; günümüzde eşdeğerlik kaydının içeriği çok büyük ölçüde “*garantörlük*” ile doldurulmakta ve dolayısıyla bu kavramın gereksiz olduğuna yönelik yaklaşımlar güçlenmektedir⁹⁵. TCK m. 83’ün lafzından ise, eşdeğerlik kaydının çok büyük ölçüde garantörlüğe işaret ettiği anlaşılmaktadır. Çünkü TCK m. 83/2; “*ihmali ve icrai davranışın*

⁹¹ Hakeri, İhmal, s. 195.

⁹² Ashwort, s. 31.

⁹³ Doktrinde, garantör konumunda olan bir kimsenin ihmali davranışıyla sebep olduğu neticenin haksızlık içeriğinin bazı durumlarda icrai davranıştan daha fazla olabileceği de ifade edilmektedir. Frister, s. 257, kn. 5.

⁹⁴ Ashwort, s. 31.

⁹⁵ Rengier, s. 470, kn. 30.

eşdeğer kabul edilebilmesi için” ibaresinden hemen sonra garantörlük kaynaklarına atıf yapmaktadır.

Kanaatimizce de, “*eşdeğerlik kaydının*” içeriği çoğu zaman garantörlük ile doldurulmaktadır. Bununla birlikte, özellikle “*bağlı hareketli suçlarla*” bazı “*nitelikli haller*” bakımından eşdeğerlik kaydına başvurulması somut olay adaletinin sağlanması bakımından önemlidir. Eşdeğerlik kaydı, özellikle bağlı hareketli suçlar bakımından ihmalden doğan netice sorumluluğu alanını daraltıcı bir işlev göreceğinden, hem teoride hem de kanuni düzenlemelerde muhafaza edilmesi faydalıdır. Bu bakımdan eşdeğerlik kaydı, ihmali davranışın taşıdığı haksızlık muhtevasının cezalandırmaya yeterli olduğunun tespiti noktasında fonksiyon ihtiva etmektedir⁹⁶. Eşdeğerlik kaydına ilişkin değerlendirme yapılırken; fiil unsuru, garantörlük, konu, netice, failin kast veya taksirine dayanan kusurunun yoğunluğu gibi tüm unsurlar birlikte değerlendirilmeli ve ihmali haksızlığın cezalandırmaya layık olup olmadığı tespit edilmelidir.

3. *Garantörlüğün Kaynakları*

Garantörlüğün tanımını yapmaktan ziyade bu kavramın içeriğinin ne şekilde doldurulacağı maddi ceza hukuku bakımından daha önemlidir. Dolayısıyla “*garantörlük*” kaynaklarının neler olduğunu ortaya koymak gerekir⁹⁷. Garantörlüğün kaynaklarının belirlenmesi, ihmali sorumluluğun sınırlandırılmasında önemli bir fonksiyon ifa etmektedir. Salt “*ahlaki/etik değer ve yükümlülükler*” garantörlük kaynağı olamaz⁹⁸. Gerek doktrin gerekse kanuni düzenlemeler, garantörlüğün mutlaka “*hukuki*” bir yükümlülükten doğabileceğinde hemfikirdir. Elbette ki her hukuki yükümlülüğün kaynağı da ahlaki/etik değerlerdir. Ancak hukuk alanına iktibas edilmemiş bir yükümlülük, kişileri garantör konumuna getirmez. Aksinin kabulü, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişecektir.

Garantörlük bakımından tartışılan bir diğer temel husus, hukuk düzeni tarafından kişilere “*genel bir (kurtarma) yükümlülüğünün*” yüklenip yüklenemeyeceğidir. Bu konuya ilişkin genel yaklaşım, böyle bir genel yükümlülüğün ancak bir başkasını ölüm ya da ciddi yaralamalardan koruma

⁹⁶ Ashwort, s. 31.

⁹⁷ Klasik yaklaşımda garantörlük: “*Kanun ya da kanuna eşdeğer hukuk kuralı*”, “*özel yükümlülük taahhüdü (sözleşme)*” ve “*önceki tehlikeli hareket*” kaynaklı olabilir. Mezger, s. 58.

⁹⁸ Hall, s. 76.

bakımından öngörülebileceği yönündedir⁹⁹. Dolayısıyla alelade tehlikeler bakımından böyle bir yükümlülük öngörülmesi mümkün değildir.

Garantörlük kaynaklarının belirlenmesinde iki temel yaklaşım vardır: **“Hukuki Kaynak Teorisi (Rechtsquellenlehre)”** ve **“Fonksiyon Teorisi (Funktionellenlehre)”**¹⁰⁰. Türk öğretisinde bu teorilere karşılık gelecek şekilde **“klasik yaklaşım”** ve **“modern yaklaşım”** kavramları kullanılmaktadır¹⁰¹.

Alman CK m. 13'te garantörlüğün kaynaklarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda Kanun Koyucunun, garantörlük kavramının içinin uygulama tarafından doldurulmasına yönelik bir tercihinin olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık TCK m. 83, garantörlüğün **“kanundan, sözleşmeden ya da failin tehlikeli davranışından”** kaynaklanabileceğini açıkça düzenlemiştir. Alman CK **“Fonksiyon Teorisini (Funktionellenlehre)”** benimsemiş iken TCK, **“hukuki kaynak teorisini (Rechtsquellenlehre)”** yani **“klasik yaklaşımı”** benimsemiş görünmektedir. İsviçre Ceza Kanunu ise karma bir yaklaşım benimsemiş görünmektedir. İsviçre CK m. 11/2; ihmali sorumluluğun, hukuki olarak yükümlü olan kişinin hareketsiz kalması halinde gündeme geleceğini ifade ettikten sonra, bu hukuki yükümlülüğün **“özellikle”** şu dört durumdan kaynaklanabileceğini vurgulamıştır: **“Kanunlar, sözleşmeler, belirli risklerin gönüllü olarak üstlenilmesi ve bir tehlike yaratılması”**.

“Fonksiyon Teorisi (Funktionellenlehre)”¹⁰² taraftarları; garantörlük kaynaklarının çok çeşitli olabileceği, dolayısıyla kanun koyucunun bu noktada doğrudan bir düzenlemeye gitmesinin doğru olmayacağı, üstelik garantörlük kaynaklarına yönelik doğrudan bir düzenleme yapmanın zaten yeni gelişmekte olan ihmali suç doktrinine ket vuracağını savunmaktadır. Bu nedenle fonksiyon teorisi, garantörlüğe ilişkin genel bir tanım yapmakla yetinerek, bu yükümlülüğün kaynaklarına ilişkin doğrudan bir kanuni düzenleme öngörmez. Teoriye göre garantörlük iki şekilde ortaya çıkar: Birincisi, bir hukuki değerın dışarıdan gelecek saldırılara karşı korunması (**Koruma Garantörlüğü/ Beschützergarantienstellung/Obhutspflichten**); ikincisi ise, belirli tehlike

⁹⁹ David Ormerod ve Karl Raid, Smith, Hogan, and Ormerod's Text, Cases, And Materials On Criminal Law, 12th Edition, Oxford University Press 2017, s. 72.

¹⁰⁰ Rengier, s. 480, kn. 2, 3.

¹⁰¹ Hakeri, İhmal, s. 116.

¹⁰² Christian Jäger, Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2017, s. 334, kn. 337. Kaufmann, s. 283.

kaynaklarının üçüncü kişilere verecekleri zararların engellemesi (**Gözetim Garantörlüğü/Überwachungsgarantienstellung/Sicherungspflichten**). Aile bağları, yakın yaşamsal ilişki, sözleşme ya da gönüllü üstlenme “*koruma garantörlüğüne*”; araç ve bina sahipleri, tehlikeli madde üreticileri, tehlike kaynaklarının sahiplerinin garantörlüğü ise “*gözetim garantörlüğüne*” örnek olarak gösterilebilir¹⁰³.

“**Hukuki Kaynak Teorisi (Rechtsquellenlehre)**”; garantörlüğün ihmali suçlar bakımından maddi bir unsur olduğunu ve dolayısıyla da kanunilik ve belirlilik ilkeleri nedeniyle en azından genel bir sınırının çizilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁴. Bu yaklaşım, garantörlük konumunun daha dar yorumlanması ve böylece ihmali suçlardan doğacak sorumluluk alanını daraltma amacıyla daha uyumlu görülmektedir.

Biz ise, bu iki yaklaşımın birbirine alternatif değil, birbirini tamamlayıcı olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki; klasik yaklaşım garantörlüğü ceza hukukuna yansıtan hukuki kaynakların neler olduğunu doğrudan belirlerken; modern yaklaşım ise garantörlüğün gerekçesine, bir başka ifadeyle “*özüne*” inmektedir. Dolayısıyla biz; garantörlüğe ilişkin kanuni düzenlemelerde öncelikle “*klasik yaklaşımın*” tercih edilmesi, klasik yaklaşım çerçevesinde belirlenen garantörlük kaynaklarının somut olay bakımından değerlendirilmesinde ise “*modern yaklaşımın*” devreye girmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bu karma formül ile hem kanunilik ilkesi bertaraf edilmemiş hem de ihmali suçlara ilişkin teorik gelişmelerin önü açılmış olacaktır¹⁰⁵.

Başlarda garantörlüğün üç temel kaynağı olarak, tıpkı TCK m. 83’teki gibi, “*kanun*”, “*sözleşme*” ve “*önceki tehlikeli hareket*” kabul edilmekteydi¹⁰⁶. Anglo - Sakson uygulamasının da garantörlük kaynağı olarak kabul ettiği “*yakın yaşamsal ilişkiler*” de¹⁰⁷ Nazi döneminde Alman uygulamasına

¹⁰³ Kaufmann, s. 283. Jakobs, bn. 29, s. 799, kn. 27. Schmidhäuser, s. 667, kn.41 v.d.

¹⁰⁴ Jakobs, bn. 29, s. 799, kn. 26.

¹⁰⁵ Anglo - Sakson doktrininde de, tıpkı Alman doktrininde olduğu gibi, ihmali suçlardaki “*kanunilik ilkesine aykırılık*” iddialarının temelinde garantörlük kavramının içeriğinin doldurulması yatmaktadır. Bkz. Glanville Williams, “What Should the Code Do about Omissions”, 1987, 7(1), Legal Studies, s. 94 v.d.

¹⁰⁶ Mezger, s. 58.

¹⁰⁷ R. v Gibbins and Proctor, 1918, 13 Cr App R 134, Court of Criminal Appeal, (Darling, McCardie, Salte JJ). Roe, s. 17.

dördüncü bir garantörlük kaynağı olarak girmiştir¹⁰⁸. Günümüzde “gönüllü üstlenme” de beşinci bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Bu bakımdan garantörlük kaynaklarını;

- **Kanun**
- **Sözleşme**
- **Gönüllü üstlenme**
- **Öngelen haksız (tehlikeli) davranış**
- **Kişiler arasında yakın (sıkı) ilişki**, olmak üzere beş başlık altında toplamak mümkündür¹¹⁰.

Failin, meydana gelen neticeden ihmali davranışıyla sorumlu tutabilmesi için, garantörlüğün tek bir kaynaktan doğması yeterlidir. Bununla beraber, somut olayda garantörlük birden fazla kaynaktan mütevellit olabilir¹¹¹. Örneğin; eşlerden birinin diğeri bakımından tehlikeli bir durum yarattığı somut bir olayda garantörlük; hem “kanun” hem “sözleşme” hem de “öngelen tehlikeli davranışa” dayanmaktadır. Birlikte yaşayan eşlerin arasında “sıkı yaşam ilişkisi” olduğu düşünüldüğünde, somut bir olayda garantörlüğün birden farklı kaynaktan bağımsız bir şekilde ortaya çıkabileceği görülmektedir.

a. **Kanun**

Klasik yaklaşımı benimseyen TCK ile karma bir yaklaşım benimseyen İsviçre Ceza Kanunu; garantörlük kaynaklarından ilkinin “kanun” olarak düzenlemiştir. Kanun tarafından bir kimseye, belirli olaylar bakımından istenmeyen neticenin engellenmesine yönelik olarak harekete geçme yükümlülüğü getirilmişse ilgili artık garantördür.

Garantörlüğün ilk kaynağı olarak gösterilen “kanun” ibaresinden ne anlaşılacağı izaha muhtaçtır. Kanun ibaresi; “şekli anlamda kanun” olarak mı, yoksa daha geniş bir biçimde “mevzuat” şeklinde mi anlaşılacaktır?

¹⁰⁸ Mezger, s. 59.

¹⁰⁹ Garantörlük kaynakları; kanun, sözleşme, fiili üstlenme, şahsi yaşam ilişkisi ve tehlikeli müdahale olarak karşımıza çıkmaktadır. Jürgen Baumann, Wolfgang Mitsch ve Ulrich Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 11. Auflage, Gieseking, 2003, bn. 15, kn. 51.

¹¹⁰ Bazı kaynaklarda ise garantörlük kaynakları: “Ailesel yükümlülükler”, “sözleşme”, “gönüllü üstlenme” ve “tehlikeli davranış” olarak ele alınmaktadır. Ashwort, s. 33.

¹¹¹ Haft, s. 184.

Kanaatimizce; kanundan kaynaklanan bir yetki çerçevesinde, yetkili amir tarafından hukuka uygun bir şekilde verilen bir emir de failleri garantör konumuna getirebilir¹¹². Çünkü kamusal ast - üst ilişkisi de kanuna dayanmaktadır. Benzer şekilde, kanundaki düzenlemeleri açıklamak üzere çıkarılan “tüzük¹¹³” ve “yönetmelik” hükümleri de garantörlük bakımından dikkate alınabilir¹¹⁴.

Suç ve ceza içeren normların garantörlük kaynağı olup olamayacağı ise tartışmalıdır. Bu konu, özellikle saf ihmali suçlar bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, TCK m. 98 ve Alman CK m. 323c hükümleri, muhtaç kişilere yönelik yardım veya bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Az sayıdaki muhalif görüşün aksine¹¹⁵ bizim de katıldığımız baskın görüş, ceza normlarının bizatihi kendilerinden garantörlük çıkarılamayacağı yönündedir. Bu bakımdan garantörlük, ancak “*ceza kanunları dışında kalan ve bizatihi ceza normu olmayan kanuni düzenlemelerden*” kaynaklanabilir. Aksinin kabulü, saf ihmali suçlarla görünüşte ihmali suçlar arasındaki sınırı ortadan kaldırır ve ihmali davranıştan doğacak sorumluluk alanını katlanılamayacak ölçüde genişletir.

Kanaatimizce garantörlük; alelade bir davranış yükümlülüğü değil, tipik neticeyi engellemeye yönelik bir davranış yükümlülüğüdür. Bu nedenle, her emredici normdan bir garantörlük çıkarılamaz. Bu durum, özellikle kabahat olarak düzenlenen haksızlıklar bakımından da geçerlidir.

b. Sözleşme

Garantörlüğün diğer bir kaynağı ise “*sözleşmedir*”¹¹⁶. Sözleşme, 6098

¹¹² “Yükümlülük, objektif kuralın uygulanması sonucu bir idari tasarruftan doğabileceği gibi bir mahkeme kararından da doğabilir”. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 113.

¹¹³ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunla Anayasa’da yer alan, “Başbakanlık” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde, “tüzüklerin” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin” şeklinde değiştirilmiştir. Bu bakımdan artık meri mevzuatımızda “tüzüklerin” yerini “cumhurbaşkanlığı kararnameleleri” almıştır.

¹¹⁴ TCK 83. maddede kanun koyucunun doğrudan “kanun” tabiri kullanmak yerine “kanuni düzenlemelerden kaynaklanan” ibaresini tercih etmesi de bu görüşümüzü desteklemektedir. Common Law’da da garantörlüğün sair mevzuattan kaynaklanabileceği kabul edilmektedir. Hall, s. 76.

¹¹⁵ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 142, 149 v.d. Neslihan Göktürk, Fikri İhtima (Suçların İhtimai), Seçkin Yayınevi, 2013, s. 225.

¹¹⁶ Hall, s. 77.

sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde tanımlanmıştır: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir”. Dolayısıyla en az iki kişinin, karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak irade açıklamasıyla¹¹⁷, “sözleşmenin konusuyla sınırlı olmak üzere” taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulur. Böylece, sözleşme konusuyla bağlantılı olarak tarafların teminat yükümlülüğü doğabilir. Örneğin; çocuk ya da hasta bakıcılığı sözleşmeleriyle, belirli bir ücret karşılığı bu görevi üstlenen kimseler artık sözleşme konusu bakımından garantör konumundadır.

Elbette ki bir sözleşme, taraflara sınırsız bir “koruma ve gözetim yükümlülüğü” getirmez. Tarafların garantörlüğü; sözleşmenin türü, konusu ve somut olay özeliyle sınırlıdır. Örneğin; özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişinin garantörlüğü, sözleşme konusu işle sınırlıdır. Bu bakımdan kural olarak, güvenlik görevlisinin mesai saatleri dışında gerçekleşen bir olay bakımından veya iş yerindeki su/elektrik tesisatının işlerliği bakımından garantörlüğünden bahsedilemez.

c. Gönüllü Üstlenme

Hem Alman hem de Common Law¹¹⁸ uygulamasında, bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilen “gönüllü üstlenme”, klasik yaklaşımı benimseyen İsviçre CK’da açıkça düzenlenmesine rağmen TCK’da düzenlenmemiştir. “Gönüllü üstlenme” olarak ifade edilen durumların, sözleşme ya da diğer garantörlük kaynakları içerisinde mütalaa edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde, “gönüllü üstlenmenin” sözleşmeden farkı “karşılıksız” olmasına atfedilmektedir¹¹⁹. Gönüllü üstlenme de tıpkı sözleşmeler gibi sözlü ya da yazılı olabilir¹²⁰.

“Gönüllü üstlenmeden” bahsedebilmek için sözleşmeye dayanan bir bağlantının şart olmadığı ifade edilmekle beraber, bu garantörlük türünün salt olarak failin bir edime açıkça veya zımnen söz vermesiyle de doğmayacağı vurgulanmaktadır. Failin gönüllü üstlenmesi dolayısıyla ilgililerin mevcut korumadan vazgeçmesine yönelik bir beklenti oluşması ve akabinde meydana

¹¹⁷ Haluk Nami Nomer, “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?”, 2013, 8(Özel Sayı), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, s. 2053.

¹¹⁸ Hall, s. 77.

¹¹⁹ Hall, s. 77.

¹²⁰ Hall, s. 77.

gelen gelişmelerin de makul görülmesi gerekir¹²¹. Bu tip durumlarda garantörlük için belirleyici olan, sözleşmenin yasal geçerliliğinden ziyade mevcut durumun fiilen devralınmasına duyulan güvendir¹²². Örneğin; havuz kenarında bulunan fail, bir başkasının çocuğunu gözeteyeceği yönünde bir vaatte bulunur ve bu vaade istinaden ebeveynler çocuklar üzerindeki gözetimlerine son verirse artık gönüllü üstlenme nedeniyle garantörlük doğar¹²³.

Gönüllü üstlenme nedeniyle garantörlüğün doğması, bu üstlenme nedeniyle diğer tedbirlerden fiilen vazgeçilmesine bağlı değildir. Burada belirleyici olan husus, üstlenmesine güvenilen kimsenin bu sözünün tutulacağına inanılıp, sair koruyucu tedbirlerden vazgeçilip vazgeçilemeyeceğidir¹²⁴. Yani ex post değil ex ante bir değerlendirme yapılması gerekir.

İfade ettiğimiz üzere, “*gönüllü üstlenme*” bir garantörlük kaynağı olarak TCK’da doğrudan ifade edilmiş değildir. Özellikle kendiliğinden ve ani olarak gelişen bazı olaylar bakımından gönüllü üstlenmenin özel bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

d. Öngelen Haksız (Tehlikeli) Davranış

Bir kimsenin önceden gerçekleştirmiş olduğu davranış, başkaları bakımından bir zarar ya da tehlike oluşturmuş ise ilgili yarattığı tehlikeyi engellemeye yönelik harekete geçmelidir. İşte bu teminat yükümlülüğüne doktrinde, “*öngelen tehlikeli davranıştan*¹²⁵ *doğan garantörlük*” denilmektedir. TCK m. 83/2-b’de bu garantörlük kaynağı; “*önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu tip garantörlük, özellikle taksirle yaralamanın gerçekleştiği trafik kazaları bakımından gündeme gelmektedir.

Kasten bir neticeyi hedefleyen ya da kasten gerçekleştirdiği fiil ile bağlantılı olası sonuçları göze alan fail, neticenin meydana gelmesini

¹²¹ Hakeri, İhmal, s. 148.

¹²² Hans Heinrich Jescheck ve Thomas Weigand, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot 1996, s. 623.

¹²³ Hall, s. 77.

¹²⁴ Jescheck ve Weigand, s. 623.

¹²⁵ “*Hareket*” kavramının yalnızca icrai fiiller bakımından kullanılması gerektiğini düşündüğümüzden, burada “*davranış*” kavramını kullanmayı bilinçli olarak tercih ediyoruz. Çünkü failin oluşturduğu tehlike, icrai davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir.

engelleme noktasında garantör kabul edilemez¹²⁶. Bu tip durumlarda netice, kasten ve icrai olarak gerçekleştirilen fiilin eseri olduğundan, failin ceza hukuku sorumluluğu icrai fiile göre belirlenecektir¹²⁷. Benzer şekilde, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından ceza kanunlarında doğrudan hüküm bulunduğu hallerde, en azından taksirle meydana getirilen ağır netice bakımından failerin ihmali sorumluluklarına gidilemez.

“*Hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilen veya haksızlık oluşturmayan*” bir davranıştan doğan tehlike/zararın kişiyi garantör konumuna getirip getirmeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce; öngelen davranış nedeniyle garantörlüğün doğması için davranışın mutlaka bir suç (kasten ya da taksirli) oluşturması gerekmez de en azından (özel hukuk bağlamında da olsa) bir haksızlık oluşturması gerekir. Sonuç olarak, öngelen davranış hiçbir şekilde haksızlık oluşturmuyorsa, artık garantörlük doğmaz¹²⁸. Dolayısıyla gerçekleştirdiği fiil her ne kadar saldırgan üzerinde bir tehlike yaratmışsa da meşru müdafaa bulunan kişinin öngelen davranış nedeniyle garantör olduğu söylenemez.

e. Kişiler Arasındaki Yakın (Sıkı) İlişki

Kişiler arasındaki yakın ilişki (yakın yaşam ilişkisi), Nazi döneminde (1930’lar) kanundan kaynaklanan garantörlüğe ek olarak ortaya çıkmıştır¹²⁹. Nazilerin amaçları doğrultusunda kullandıkları hukuki bir argüman olarak ortaya çıkan bu garantörlük kaynağı günümüzde, hayatın olağan akışında ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar doğrultusunda yorumlanmaktadır. Özellikle kanuni dayanak gösterilemeyen ancak aralarında yakın bir yaşam ilişkisi bulunan üvey çocuk/torun ile ebeveynlerin ilişkisi veya aralarında evlilik akdi olmadan beraber yaşayan çiftlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri, genellikle bu başlık altında incelenmektedir.

Şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki, birçok somut olayda “*kişiler arasındaki yakın ilişki*” ile “*gönüllü üstlenme*” garantörlük kaynakları bir arada bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, günümüz uygulamasında bu iki garantörlük kaynağı birçok somut olay bakımından iç içe geçmektedir. Bu nedenle hangi şartlar ve sınırlar dâhilinde yakın ilişki kıstasını garantörlüğe

¹²⁶ Engisch, s. 186 v.d.

¹²⁷ Hakeri, İhmal, s. 305.

¹²⁸ Rengier, s. 496 – 497, kn. 73.

¹²⁹ Mezger, s. 59.

esas alındığı net olarak ortaya konulamamaktadır¹³⁰. Kanaatimiz, “*kişiler arasındaki yakın - sıkı ilişki*” garantörlük kaynağının kendine has bir özellik göstermediği yönündedir.

D. Netice

Maddi ceza hukuku bakımından netice; yönlendirici insan iradesinin ürünü olup belirli bir amaca matuf olarak gerçekleştirilen davranışın dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerdir¹³¹. Fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, yalnızca ilgili normda ifade edilen değişiklikler ceza hukuku bakımından önem taşır¹³². Bu nedenle, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da, sadece ilgili suç tipinde öngörülen değişiklikler netice unsuru bakımından dikkate alınacaktır¹³³.

Saf ihmali suçlarda, failin tipik davranışı gerçekleştirmesiyle birlikte suç da tamamlanmaktadır¹³⁴. Buna karşılık görünüşte ihmali suçlarda, failin tipik davranışı (ihmali) gerçekleştirmesi suçun tamamlanması için yeterli değildir; davranışın akabinde normda ifade edilen tipik neticenin meydana gelmesi de gerekir¹³⁵. Bu nedenle ihmali suçların bu türüne “*neticeli ihmali suçlar*” da denilmektedir.

E. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı, suç teorisinin en tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır¹³⁶. İhmali suçlar söz konusu olduğunda, bu tartışma daha da karmaşık bir hal almaktadır. Özellikle saf ihmali suçlar bakımından yapılmayan birçok tartışmanın görünüşte ihmali suçlar bakımından gündeme gelmesi, tipik neticenin faile nasıl yükleneceğiyle yakından ilgilidir. Bu nedenle görünüşte

¹³⁰ Ormerod ve Raid, s. 65.

¹³¹ Ali Rıza Tongür ve Ekrem Çetintürk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2020, s. 141. Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 127. Göktürk, İçtima, s. 33.

¹³² İçel ve diğerleri, s. 77.

¹³³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 191.

¹³⁴ TCK m. 234/3’te düzenlenen “*evi terk eden çocuğu, ailesini veya yetkilileri haberdar etmeksizin tutma suçu*” da, yükümlülüğün doğmasına rağmen yerine getirilmediği anda işlenmiş olacağından bir saf ihmali suç örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Gökhan Ölmez, “Evi Terk Eden Çocuğu, Ailesini veya Yetkilileri Haberdar Etmeksizin Tutma Suçu (TCK m. 234/3)”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoğlu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (Ed), Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 468 ve 477.

¹³⁵ Jakobs, bn. 29, s. 785, kn. 2. Gökçen ve Balcı, s. 14.

¹³⁶ Eser, s. 388.

ihmali suçlara ilişkin tartışmaların büyük bölümü “*nedensellik bağı*” üzerine odaklanmaktadır¹³⁷. Tarihsel süreç incelendiğinde de, ihmalin cezalandırılması meselesinin nedensellik üzerinden yürütüldüğü görülmektedir¹³⁸.

Görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik tartışmalarına girmeden önce sunu vurgulamak gerekir: İhmali suçlardaki nedensellik problemini sağlıklı bir zeminde tartışabilmenin ön şartı, somut olaydaki davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun isabetli bir şekilde tespit edilmesidir. Bir olayda icra-ihmal ayrımının yanlış yapılması, nedensellik bağı tartışmalarının da yanlış zeminde yürütülmesine neden olacaktır. Çünkü esasında icrai davranışın söz konusu olduğu bir olayda, hatalı bir yaklaşımla ihmali davranışın varlığının kabulü, somut olayın çözümünde çok farklı problemlere neden olacaktır.

İhmali davranışın nedenselliğine ilişkin tartışmalarda, farklı hususlar birbirine karıştırılmaktadır. Suç genel teorisindeki tüm “*maddi ve manevi unsular*”, hatta “*hukuka aykırılık unsuru*” dahi ihmalin nedenselliği içerisinde tartışılmaktadır. Dahası, kusurluluğu ilgilendiren hususlar dahi nedensellik bağıyla ilişkilendirilerek, tabiri caizse ihmali suçlar “*bir paket sorumluluk*” haline getirilmiştir¹³⁹.

Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağına açıklamaya yönelik farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır¹⁴⁰. Bu yaklaşımları teorileri üç temel başlık altında toplayabiliriz: “*Varsayımsal nedensellik (Hypothetische Kausalität)*”, “*rizikonun azaltılması (Risikominderung)*”¹⁴¹ ve “*diğer yaklaşımlar*”.

“Varsayımsal Nedensellik (Quasi-Hypothetische Kausalität)” yaklaşımı; “*şart teorisinin (conditio sine qua non formülü)*” modifiye edilmesiyle ortaya çıkmıştır. İcrai suçlar bakımından doğal bir olgu olarak tespit edilen nedensellik ilişkisi, ihmali suçlar bakımından aynı şekilde tespit edilemediğinden şart teorisi; “*varsayımsal nedensellik*” ya da “*kuramsal nedensellik (Hypothetische - Quasi Kausalität)*” olarak ihmali suçlara uyarlanmıştır. Bu yaklaşıma göre, ihmali suçlarda nedenselliği tespit edebilmek

¹³⁷ Alman doktrinindeki bazı yazarlar; ihmalin nedenselliği meselesinin gerçeklerden uzak ve sonuçsuz bir tartışma olduğuna işaret ederek, doktrini gereksiz yere uğraştırdığını öne sürmektedir. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, c. II, Beta, 1989, s. 123 - 124. Hakeri, *İhmal*, s. 223, dn. 117.

¹³⁸ Hakeri, *İhmal*, s. 223.

¹³⁹ Önder, s. 126 - 128.

¹⁴⁰ Sulhi Dönmezer, “Maddi Sebebiyet Alakası”, 1943, 9(1-2) İÜHFİM, s. 93 v.d.

¹⁴¹ Kindhäuser, s. 298, kn. 21.

için şu sorunun sorulması gerekir: “Eğer garantöre yüklenen hareket yapılmış olsaydı tipik netice kesinliğe yakın bir derecede engellenebilir miydi”?¹⁴²

Bu yaklaşımda dikkat edilmesi gereken en önemli husus, “neticenin gerçekleşme ihtimalidir”. İhmali suçlar bakımından ortaya çıkan nedensellik sorununu çözmek için üretilen bu formülün aradığı “ihtimalin kesinliğe yakın bir derecede olması (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)¹⁴³” ifadesi ise izaha muhtaçtır.

Teori taraftarları, bu ifadenin gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: Bir kimse, “varsayımsal nedensellik (Hypothetische - Quasi Kausalität)” sürecini hiçbir zaman kesin, kati derecede bilemez. Sadece, neticenin gerçekleşmesine yönelik kanaatinin derecesini tespit edebilir. Dolayısıyla ihmali suçlarda nedensellik hususunda “yüzde yüz bir kesinlik” tespit etmek hiçbir zaman mümkün değildir¹⁴⁴. Bu durum, ancak bir ispat kuralı (karine) olarak kabul edilebilir¹⁴⁵. Esasen bu yaklaşımda, ihmalin düşünce âleminde illiliği üzerinde bir yargıya varılacağı ve dolayısıyla da bu ilişkinin kesinliği mümkün olmayacağı için, “gerçeğe yakınlık derecesi” ile yetinilmektedir¹⁴⁶.

“Varsayımsal nedensellik teorisi”, günümüz Alman doktrininde baskın niteliktedir ve uygulama tarafından da kabul görmektedir¹⁴⁷. Türk doktrininde ise; farazi bir varsayımdan yola çıkılarak kişilerin ceza sorumluluğundan kurtulmasını sağladığı gerekçesiyle teori eleştirmektedir¹⁴⁸.

İhmalin nedenselliğini açıklamaya yönelik ikinci yaklaşım ise “Rizikonun Azaltılması Teorisi’dir (Tehlike Kriteri)”. Teori, istenmeyen neticenin “kesinliğe yakın bir derecede engellenebileceği” kriterine katılmamakta ve bu ihtimali bir miktar aşağıya çekmektedir. Bu yaklaşıma göre, önemli olan neticenin gerçekleşmesi noktasında failin mevcut rizikoyu azaltmaya yönelik davranışı gerçekleştirilmemesidir. Eğer fail, istenmeyen neticeye yönelik

¹⁴² “mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit”. Haft, s. 180. Önder, s. 129.

¹⁴³ Jäger, s. 315, kn. 333.

¹⁴⁴ Rengier, s. 465, kn. 14.

¹⁴⁵ Rengier, s. 465, kn. 14.

¹⁴⁶ Önder, s. 129.

¹⁴⁷ Alman uygulaması; ihmal edilen davranışın neticeyi kesinlik sınırında bir olasılıkla önleyeceğini ispat edemezse, zimnen “*šüpheden sanık yararlanır ilkesini*” uygulamaktadır. BGH, NStZ 1985, 27, Hakeri, İhmal, s. 233.

¹⁴⁸ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 144.

tehlikeyi oluşturmuş, artırmış ya da var olan tehlikeyi azaltmamış ise ihmali davranışından sorumludur¹⁴⁹.

Alman doktrinde azınlıkta kalan bu görüş; varsayımsal nedenselliğin kabulü halinde bazı cezai boşlukların doğacağını ve bu nedenle “*Rizikonun Artırılması Öğretisi*”nin ihmali suçlara uyarlanmış hali olan “*Rizikonun Azaltılması Teorisi*”nin kullanılmasını savunmaktadır¹⁵⁰. Bu yaklaşıma göre; ihmalin nedenselliği bakımından önemli olan, “*neticenin gerçekleşme rizikosunu azaltmaya yönelik olarak emredilen davranış(lar)ın*” yapıлып yapılmadığıdır.

İhmalin nedenselliğine yönelik farklı yaklaşımlara rastlamak da mümkündür. Örneğin; nedensellik bağının icrai suçlarda objektif nitelikte doğal bir olgu olarak ortaya çıktığını ancak ihmali suçlarda bu şekilde bir tespitin mümkün olmadığını, dolayısıyla da ihmali suçlar bakımından nedensellikten bahsetmenin mümkün olmadığını ifade eden bir yaklaşım da mevcuttur¹⁵¹. İhmali suçlarda nedensellik bağının var olduğu şeklindeki baskın görüşün, illiyet bağı “*fiziki ve dolayısıyla da doğal bir olgu olarak değil, düşünce âleminde kurulan bir bağ*” olarak kabul etmesini eleştiren bu yaklaşım, ihmali suçlarda fiil ile netice arasında bir nedensellik ilişkisinin kurulamayacağını, sadece neticenin faile “*objektif olarak isnad edilebileceğini*” savunmaktadır¹⁵².

Doktrindeki bir diğer yaklaşım ise; saf ihmali suçlardaki nedenselliğin “*birincil nedensellik*”, görünüşte ihmali suçlardakinin ise “*ikincil nedensellik*” olduğu yönündedir¹⁵³. İhmali suçlarda ikincil nedensellik, daha önceden başlayan bu nedensel sürece (birincil nedensellik) müdahale etmemekten kaynaklanmaktadır¹⁵⁴. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlarda nedensellik ilişkisi tabii - doğal manada ele alınamaz. Bu yaklaşımı bir örnekle açıklamak gerekirse; oğlunun suya girip boğulmak üzere olduğunu gören baba, oğlunun kendi hareketiyle başlatmış olduğu nedensel sürece (birincil nedensellik) müdahale etmekle yükümlü tutulmasına rağmen bunu gerçekleştirilmeden

¹⁴⁹ Gössel, “Die normwidrige”, s. 234.

¹⁵⁰ Rengier, s. 466, kn. 16.

¹⁵¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 240.

¹⁵² Özgenç, Genel Hükümler, s. 239. Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 144.

¹⁵³ Hakeri, İhmal, s. 234 - 235.

¹⁵⁴ Hakeri, İhmal, s. 234 - 235.

ölüm neticesinin meydana gelmesine neden olmuştur¹⁵⁵.

Biz, ihmali davranışın da ontik bir temeli olduğunu kabul ettiğimizden, ihmalin nedenselliğini açıklarken şart teorisinin genel yaklaşımıyla uyumlu bir yol izlenmesi konusunda baskın görüşe katılıyoruz¹⁵⁶. Ancak baskın görüşten farklı olarak, bir neticeye neden olan şartların icrai olabileceği gibi ihmali de olabileceği kanaatindeyiz¹⁵⁷. Örneğin, yaralı bir kimseye müdahale edebilecek konumda olan kişinin müdahalede bulunmaması “*ontik âlemde gerçekleşen nedensel bir davranıştır*”. Bu bağlamda, ihmali davranışın da ontik anlamda nedensel sayılması gerekir¹⁵⁸.

Bununla beraber, ihmalin nedenselliğini tespit etmek için varsayımsal nedensellik teorisinin kullandığı soruyu değiştirmek gerekir. Nedenselliğin tespiti için sorulması gereken soru; “*fail neticeyi engellemeye yönelik fiili gerçekleştirmiş olsaydı, netice yine de (kesinliğe yakın bir derecede) meydana gelir miydi?*” şeklinde olmalıdır. Eğer fail kendinden beklenen davranışı yapmış olsaydı dahi, istenmeyen netice yine de “*kesinliğe yakın bir derecede gerçekleşirdi*” denilebiliyorsa, somut olayda ihmalin nedensel olmadığını kabul etmek gerekir¹⁵⁹. Sonuç olarak, maddi/fiziki olarak yapılması mümkün davranış, düşük bir ihtimalle de olsa neticeyi engelleyebilecek nitelikteyse davranışın yapılmaması netice bakımından nedenseldir¹⁶⁰.

F. Objektif İsnadiyet

Biraz önce nedensellik bağının tespiti için önerdiğimiz metot, ihmalin

¹⁵⁵ Hakeri, İhmal, s. 235.

¹⁵⁶ Nasıl ki icrai suçlarda doğal nedensellik bağı dışında, ayrı bir hukuki nedensellik bağı aranmıyorsa, ihmali suçlar bakımından da aranmamalıdır. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 14. Bası, c. I, Beta Yayıncılık, 2016, s. 477.

¹⁵⁷ P. George Fletcher, Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, 2000, s. 589, 590.

¹⁵⁸ Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, AÜHF Yayınları, 1975, s. 137.

Önder; bizim kabulümüzün aksine, nedenselliğin fiziki âlemde değil, düşünce âleminde gerçekleşen bir ilişkilendirme olduğu kanaatinde. Bununla beraber, nedenselliğin fiziki dünyada gerçekleşen, yani ontik bir vasıfta olduğunun kabulü halinde ise ihmali davranışın nedensel sayılmasında herhangi bir sorun olmayacağını da eklemektedir. Önder, s. 123 - 124.

¹⁵⁹ “*Fail kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmiş olsaydı da tipik netice kesinliğe yakın bir derecede yine de meydana gelirdi*” cevabında, neticenin gerçekleşme ihtimalinin farklı bir nedensel süreçten kaynaklanmaması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır.

¹⁶⁰ Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1955, s. 213.

nedenselliğini oldukça genişletmektedir. Varsayımsal nedensellik teorisi nasıl ki ihmalin nedenselliğini oldukça daraltıyorsa, önerdiğimiz yaklaşım da ihmalin nedenselliğini bir o kadar genişletmektedir. Çünkü failin istenmeyen neticeyi çok düşük de olsa engellenme ihtimali söz konusu ise fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisi kurulacaktır. Ancak ihmali suçlara ilişkin şimdiki kadar ortaya koyduğumuz genel sistematik takip edilirse, önerdiğimiz nedensellik anlayışının sorumluluk alanını genişletmesi oldukça sınırlı kalacaktır. Çünkü yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere ihmali sorumluluk; fiil (kurtarmaya yönelik hareketin maddi/fiziki anlamda mümkün olması), garantörlük ve eşdeğerlik kaydı gibi maddi unsurlar bakımından daraltılmaktadır. Tüm bunlara ek olarak, genel esaslarını ortaya koymaya çalıştığımız nedensellik ilişkisinin de tıpkı icrai suçlardaki gibi kendi içerisinde bir sınırlandırması söz konusudur. Bir başka ifadeyle; tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi görünüşte ihmali suçlarda da meydana gelen tipik neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için; fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulması gerekli ancak yeterli değildir. Kurulan nedensellik ilişkisine ek olarak, neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi de gerekir¹⁶¹. Neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi yani objektif isnadiyet, tıpkı icrai suçlardaki gibi maddi bir unsur kabul edilmelidir¹⁶².

Özellikle kanundan kaynaklanan garantörlük hallerinde, “*koruma ve gözetim yükümlülüğünün*” bir arada bulunduğu veya birden fazla fiilin art arda sıralandığı olaylar bakımından, failerin ceza sorumluluklarının nerede kesileceğinde “*objektif isnadiyet*” önemli bir işlev görmektedir. Sonuç olarak, meydana gelen neticenin garantörün ihmali fiilinin doğrudan bir sonucu olup olmadığına bakılmalı ve buna göre neticenin faile objektif olarak isnad edilip edilemeyeceğine karar verilmelidir.

III.MANEVİ UNSURLAR

Suçun manevi unsuru, fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eder ve bu bağ tesis edilmeden ceza sorumluluğuna gidilemez¹⁶³. Suçun manevi unsuru, kural olarak kasttır. Bu durum TCK m. 21/1’de, “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” şeklinde ifade edilmiştir. Taksirli suçlar ise istisnai bir sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum Kanunda, “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” (TCK m.

¹⁶¹ Yener Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta, 1998, s. 234.

¹⁶² Krey ve Esser, s. 134, kn. 326.

¹⁶³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 242. Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 144.

22/1) şeklinde ifade edilmiştir.

A. Kast

İhmali suçlarda kastın içeriğinin ne olduğu tartışmalı bir konudur. Azınlıkta kalan görüş; kastın daima gerçekleştirmeye yönelik bir irade olduğunu, ihmalde ise failin hareketsiz kaldığını, dolayısıyla ihmali suçlarda icrai suçlardaki gibi bir kasttan bahsedilemeyeceğini savunmaktadır¹⁶⁴. Bunu reddeden baskın nitelikteki görüş ise; ihmali suçlarda kastın, “*failin suçun maddi unsurlarını bilerek hareketsiz kalması ve kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmemeye yönelik karar alması*” şeklinde tezahür ettiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce de ihmali suçlarda kast, suçun tüm maddi unsurlarının bilinmesinde tezahür eder. Özellikle, ihmali davranışın ontik bir özünün olduğunu kabul edenler bakımından kastın tespitinde icrai suçlardaki prensiplerden ayrılmayı gerektirecek esaslı bir neden yoktur. Dolayısıyla biz, “*ihmali suçlarda iradi bir davranıştan bahsedilemeyeceği*” şeklindeki azınlık görüşüne¹⁶⁵ katılmıyoruz. Böyle bir kabul her şeyden önce, “*iradi olmayan bir davranışın ceza hukukuna konu olamayacağı*” genel prensibiyle çelişecektir. Dolayısıyla icrai suçlarda aktif hareket iradi iken ihmali suçlarda ise yapılmayan yani pasif davranış iradidir.

İhmali davranışın “*gai olamayacağı*” tezine de iştirak etmiyoruz. İhmali davranışın da tıpkı icrai davranış gibi belirli bir amaca yönelmesi mümkündür. Özellikle kasten gerçekleştirilen ihmali davranışlarda gailik, tıpkı icrai suçlardaki gibi kolayca tespit edilebilir. İhmalin gailiğine ilişkin esas tartışma ve belirsizlik, taksirli ihmali davranışlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak bu problem ihmali davranışın vasfından değil, bizatihi taksirin yapısından kaynaklanmaktadır.

TCK’da kast; “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 21/1 ikinci cümle). Dolayısıyla suçun maddi unsurları kapsamında kalan her şey kasta dâhildir¹⁶⁶. Somut bir olayda failin kastından bahsedebilmek için, ihmali davranışının bizatihi kendisi ile diğer tüm maddi unsurların (garantörlük, konu, mağdur, nedensellik bağı ve varsa nitelikli haller) bilinmesi gerekir. Maddi unsurlarda

¹⁶⁴ Bu görüştekiler için bkz. Hakeri, İhmal, s. 236 - 237.

¹⁶⁵ Koca ve Üzülmez, Özel Hükümler, s. 145.

¹⁶⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 246.

hataya düşülmesi failin kastını kaldıracığından, ancak ilgili suçun taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş ise ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.

Kısacası, ihmali suçlarda kast suçun tüm maddi unsurlarını kapsmalıdır¹⁶⁷. Garantör konumundaki fail, istenmeyen neticeyi engelleyebilecek davranışlardan birini gerçekleştirme imkânına sahip olmasına rağmen meydana gelecek neticeyi bilerek hareketsiz kalmış ya da tipik neticenin gerçekleşmesini öngörmesine rağmen rıza göstermişse kast söz konusudur¹⁶⁸. Bu bakımdan failin kastı; mağduru, fiili, konuyu, neticeyi, nedensellik bağı ve garantörlüğü doğuran maddi ilişkiyi kapsmalıdır¹⁶⁹. Fail, gerçekleştirdiği ihmali davranışın tipik neticesini ya bilmeli ya da en azından öngörmesine rağmen kabullenmiş olmalıdır. Tipik neticeyi bilmesi halinde failin doğrudan kastından, öngörüp kabullenmesi halinde ise olası kastından bahsedilecektir.

Garantörlük de suçun maddi unsuru olduğundan, kast kapsamına dâhildir¹⁷⁰. Bu nedenle somut olayda fail; kendisini garantör yapan somut vakıayı, ilişkiyi ya da durumu bilmelidir. Bu hususlardaki bilgisizlik, “*suçun maddi unsurlarında hata*” kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, boğulmakta olanın kendi çocuğu olduğunu bilmeyen ebeveynin kastından bahsedilemez.

Buna karşılık; garantörlük ya da hareket yükümlülüğü üzerindeki “*değerlendirme hatası*” maddi unsurlara ilişkin olmadığından, unsur hatası olarak değil bir “*emir hatası*” olarak kabul edilecektir¹⁷¹. Çünkü neticeyi önleme yükümlülüğü, fiilin genel değerlendirilmesiyle alakalıdır ve bu nedenle kusura ilişkindir¹⁷². Bir örnekle açıklamak gerekirse; boğulmakta olanın çocuğu olduğunu bilmeyen garantörün kastı kalkar. Buna karşılık; boğulmakta olanın çocuğu olduğunu bilmesine rağmen, kurtarma yükümlülüğü olmadığını düşünen garantörün hatası kusurluluğunu etkiler¹⁷³. BGH da 1961 yılında verdiği bir kararla; “*garantörlük durumu (Garantenstellung)*”

¹⁶⁷ Paul Bockelmann ve Klaus Volk, Strafrecht AT, 4. Neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, s. 143.

¹⁶⁸ Rengier, s. 471, kn. 35.

¹⁶⁹ Hakeri, İhmal, s. 241.

¹⁷⁰ Hakeri, İhmal, s. 241.

¹⁷¹ Emir hatası; yasak hatasının ihmali suçlardaki karşılığı olarak kullanılmaktadır.

¹⁷² BGHSt 16, 155 ff, bkz. Claus Roxin, Strafrecht AT II, C. H. Beck Verlag, 2003, kn. 191, s. 686 - 687.

¹⁷³ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 145.

ile “garantörlük yükümlülüğü (*Garantenpflicht*)” arasında ayırım yapmış ve “garantörlük durumunun (*Garantenstellung*)” tipikliğine, “garantörlük yükümlülüğününün (*Garantenpflicht*)” ise hukuka aykırılığa dâhil olduğuna kanaat getirmiştir¹⁷⁴.

Görünüşte ihmali suçların olası kastla işlenmesi de kural olarak mümkündür. Örneğin TCK m. 83’te düzenlenen “*ihmali davranışla öldürme suçu*”, olası kastla da işlenebilir¹⁷⁵. Kanaatimizce, bir ihmali suç tipinin olası kastla işlenip işlenemeyeceği sorunu, tıpkı icrai suç tiplerinde olduğu gibi tipiklik özelinde çözümlenmelidir.

Olası kasta ilişkin olarak TCK m. 83/3’teki: “*Diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası*” hükmündeki “**diğer hallerin**” neye işaret ettiği üzerinde durmak gerekir. Kanaatimizce, bu ifadeyle işaret edilen husus; suçunun “*olası kastla*” işlenmesi halidir. TCK’nın olası kasta ilişkin düzenlemesi olan m. 21/2’deki indirim miktarlarıyla m. 83/3’teki ceza miktarları birlikte değerlendirildiğinde, bu çıkarımın isabetli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ihmali suretle öldürmenin olası kastla işlenmesi halinde, kişi hakkında doğrudan 10-15 yıl arasında bir ceza belirlenecek ayrıca TCK m. 21/2 uyarınca olası kast indirimi yapılmayacaktır.

B. Taksir

Suçun ikinci ve istisnai manevi unsuru olarak karşımıza “*taksir*” çıkmaktadır. “*Taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2)*”. “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır (TCK m. 22/3)*”.

Suç teorisi bakımından en tartışmalı konuların başında “*taksir*” gelmektedir. Taksirin kendine has yapısı nedeniyle içeriğinin nasıl belirleneceği, birçok teorik ve pratik problemi beraberinde getirmektedir. Taksire ilişkin bu tartışmalar, ihmali davranışla işlenen fiiller bakımından daha da karmaşık bir hal almaktadır. Çünkü taksir ve ihmal kavramları, çoğu zaman birbirine karıştırılabilmektedir. Hatta özel hukukta, bu iki kavram çoğu zaman birbiri yerine kullanılmaktadır. Ceza hukukundaki genel yaklaşım ise; bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu, ihmalin suçun maddi unsuru olarak fiilin

¹⁷⁴ Hakeri, İhmal, s. 241.

¹⁷⁵ Gökçen ve Balcı, s. 144.

bir gerçekleştiriliş biçimi olmasına rağmen taksirin ise manevi unsur olarak suçun bir işleniş biçimi olduğu yönündedir¹⁷⁶. Dolayısıyla ceza hukukundaki baskın görüş, taksirli suçların ihmali davranışla da işlenebileceğini kabul eder¹⁷⁷.

Kanaatimizce de, taksirli suçların ihmali davranışla işlenmesi teorik olarak mümkündür. Ancak ihmali suçlara ilişkin genel hükümler kısmında (Alman CK m. 13 gibi) bir düzenlemeye yer vermeyen kanunlar (örneğin TCK) bağlamında, taksirli suç tiplerinin ihmali davranışla işlendiğinde cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışılmalıdır. Kanunun özel kısmındaki tüm suçların ihmali davranışla fakat taksirle işlendiğinde cezalandırılması, hem TCK m. 2/1'deki "*kanunilik*" hem de TCK 22/1'de ifade edilen "*taksirli fiillerin ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılması*" ilkesiyle çelişecektir. Her ne kadar TCK m. 83'ün gerekçesinde, ihmali suretle öldürme suçunun taksirle de işlenebileceği ve bu durumda failin taksirle öldürme suçundan cezalandırılacağı ifade edilmekteyse de¹⁷⁸, teorik açıdan tamamen katıldığımız bu yaklaşımın mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında uygulamasının problemlili olduğunu düşünmekteyiz¹⁷⁹.

İhmali suçlarda taksir, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak suçun maddi unsurlarını öngör(e)memesi ya da öngörmesine rağmen neticenin gerçekleşmeyeceğine güven duymasıdır. Dolayısıyla tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da taksir, yalnızca fiil unsuru bakımından değil tüm maddi unsurlar bakımından ortaya çıkabilir¹⁸⁰.

Failin taksirli ihmali davranışından sorumlu tutulabilmesi için, tıpkı kasıtlı suçlarda olduğu gibi garantör konumunda olması gerektiği unutulmamalıdır¹⁸¹. Kasti ya da taksirli olsun, ihmali suçların tümü bakımından garantörlük maddi bir unsurdur. Dolayısıyla failin taksirli ihmali davranışı nedeniyle cezalandırılabilmesi için de garantör konumunda olması gerekir.

Sonuç olarak, taksirli bir fiil icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Özellikle ihmali davranışın ontik bir temeli olduğunu kabul eden yaklaşımlar

¹⁷⁶ Özgenç ve Şahin, s. 39.

¹⁷⁷ Rengier, s. 462, kn. 2. Centel, Zafer ve Çakmut, s. 246. Hakeri, İhmal, s. 242.

¹⁷⁸ TCK m. 83 gerekçesi.

¹⁷⁹ Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 144.

¹⁸⁰ Hakeri, İhmal, s. 243.

¹⁸¹ Jäger, s. 380, kn. 375.

bakımından bu durumu açıklamak daha kolaydır. İhmali normatif temelde açıklayan görüşler bakımından ise taksir ve ihmali davranışın birbirine karıştırılması muhtemeldir¹⁸². Tüm bu tartışmaları bir kenara bırakacak olursak, TCK'da Alman CK'daki gibi genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenleme olmaması¹⁸³, özellikle taksirli ihmali davranışların cezalandırılması noktasında ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Bu problemin çözümü için de, “TCK m. 83'te yer alan ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümler kısmına alınması” önerisinin altını çizmek istiyoruz¹⁸⁴, ¹⁸⁵.

IV. HUKUKA AYKIRILIK

Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlar bakımından da tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesi, hukuka aykırılığa karine teşkil eder¹⁸⁶. Bununla birlikte, gerek “*genel hukuka uygunluk nedenlerinin*” gerekse doktrinde ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen “*yükümlülüklerin çatışmasının*” bulunduğu durumlarda, ihmali davranışın hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir.

Doktrinde, ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak “*izin verilen riziko*” kavramından da bahsedilmektedir¹⁸⁷. Örneğin, bir ebeveyn çocuklarını tek başına okula gönderebiliyorsa, tek başına okula gönderebildiği

¹⁸² Taksirin tanımındaki (TCK m. 22) “*tedbirsizlik*” ifadesi; “*ortak tecrübenin yüklediği tedbir görevini ihlal ederek belli bir neticenin gerçekleşmesini engelleyecek tedbirleri almamak şeklinde ihmali bir hareket*” olarak açıklanmaktadır. Hakan Kızıllarlan, “Hekim ve Özel Hastanelerin Cezaî Sorumlulukları”, 2020, 40(1), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), s. 201.

¹⁸³ TCK bağlamında ihmali suçlara ilişkin birçok tartışmanın 1.1.1975 tarihine kadar Alman CK bağlamında da yapıldığı görülmektedir. Bu tartışmaların büyük bölümü, bu tarihte Alman CK'ya eklenen 13. madde ile birlikte son bulmuş görünmektedir. Bkz. Schmidhäuser, s. 652, kn. 2.

¹⁸⁴ Olgun, s. 1644, 1663. Yılmaz, s. 124 - 125.

¹⁸⁵ TCK'nın genel hükümler kısmında (Alman CK m. 13 gibi) ihmali suçlara ilişkin genel düzenleme yerine, ilgili suç tiplerini özel hükümler kısmında düzenlemeyi tercih etme amacının, Alman CK m. 13'teki gibi bir düzenlemenin kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağına yönelik kanaat olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gökçen ve Balcı, s. 9.

¹⁸⁶ Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, 2016, 7 (1), İnönü Üniversitesi HFD, s. 414. Fatih Yurtlu, “Cinsel Saldırı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası”, 2020, 8(16), Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (ABÜHFD), s. 1345.

¹⁸⁷ Hakeri, İhmal, s. 258.

çocuklarını gözetlemek durumunda değildir¹⁸⁸. Ancak biz, “*izin verilen riziko*” kavramıyla ifade edilen hususun bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyeceği kanaatinde olduğumuzdan ayrıntısına girmiyoruz.

A. Genel Hukuka Uygunluk Nedenleri

Doktrinde icrai suçlar bakımından geçerli hukuka uygunluk nedenlerinin ihmali suçlar bakımından da geçerli olduğu kabul edilmesine rağmen¹⁸⁹, bunlara yönelik somut örnek sayısı yok denecek kadar azdır. Bu nedenle, söz konusu genel hukuka uygunluk nedenlerini ihmali suçlar bakımından tek tek ele alınması ve her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi kanaatindeyiz. Dolayısıyla genel hukuka uygunluk nedenlerinin ihmali suçlar bakımından da uygulanabileceği tespitine teorik olarak katılmakla beraber, bu durumun uygulamada ne şekilde ortaya çıkacağı hususuna ihtiyatlı yaklaşıyoruz.

B. Yükümlülüklerin Çatışması (Pflichtenkollision)

“*Yükümlülüklerin çatışması (Pflichtenkollision)*” doktrinde, salt olarak ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk/mazeret nedeni¹⁹⁰ olarak kabul edilmektedir¹⁹¹. Bu hukuka uygunluk nedeninin temelinde yatan düşünce ise, bir kimseden aynı anda yapamayacağı iki yükümlülüğe birden uymasının beklenemeyecek olmasıdır. Örneğin; birbirine uzak mesafede yürümekte olan iki çocuğunun da boğulma tehlikesi yaşadığını fark eden ebeveyn, derhal harekete geçerek çocuklardan birini kurtarmış ancak bu sırada yardım ulaşmayan diğer çocuk hayatını kaybetmiştir. Böyle bir durumda fail, kendisine terettüp eden birden fazla yükümlülüğün yalnızca birini yerine getirebildiğinden, ikinci yükümlülüğünü ihlal etmektedir¹⁹².

Dikkat edilmelidir ki bu tip olaylarda, “*eşit değerlere*” ya da “*eşit olmayan*

¹⁸⁸ Bkz. Hakeri, İhmal, s. 258.

¹⁸⁹ Hakeri, İhmal, s. 258. Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 145.

¹⁹⁰ Türk doktrininde pek kabul görmeyen ve TCK’da da açıkça zikredilmeyen “*mazeret nedeni*”; failin cezalandırılmasını engelleyen bir durum olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Volkan Dülger, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, 2014, 9(24), Ceza Hukuku Dergisi (CHD), s. 128.

¹⁹¹ Zeynel Kangal, Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 383.

¹⁹² Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, 2013, 8(21), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), s. 120.

değerlere” yönelik yükümlülükler birbirleriyle rekabet edebilir¹⁹³. Dolayısıyla yükümlülüklerin çatışmasında, çatışan yükümlülüklerin korudukları hukuksal değerler mutlaka göz önüne alınmalıdır.

Yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliğinin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Konuya ilişkin üç temel yaklaşım ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, Türk Yargıtayı’nın eski dönem kararlarında benimsediği, yükümlülüklerin çatışması hallerinde failin kastından bahsedilemeyeceğine yönelik görüştür¹⁹⁴. İkincisi, yükümlülüklerin çatışmasının “*özel bir zorunluluk hali*” olduğu yönündeki görüştür.¹⁹⁵ Baskın nitelikteki üçüncü görüş ise, yükümlülüklerin çatışmasının ihmali suçlara özgü bir “*hukuka uygunluk nedeni*” olduğu yönündedir. Yükümlülüklerin çatışmasının bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa zorunluluk hali/mazeret nedeni gibi kusurluluğu kaldıran bir hal mi olduğu noktasında yapılacak hukuki tespit, özellikle faile yönelik meşru müdafaa girişimleri bakımından önemlidir.

Biz, yükümlülüklerin çatışmasının ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kanaatindeyiz. Yükümlülüklerin çatışmasının hem TCK’da hem de Alman CK’da düzenlenmediği, bu nedenle de hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği eleştirisine¹⁹⁶, maddi ceza hukukundaki “*genişletici yorum ve kıyas yasağının*” yalnızca ceza sorumluluğunu genişleten hükümler bakımından geçerli olduğu, bir başka ifadeyle, ceza sorumluluğunu daraltan hükümler bakımından (özellikle hukuka uygunluk nedenleri) böyle bir yasağın söz konusu olmadığı gerekçesiyle iştirak etmiyoruz¹⁹⁷.

Somut olayda, “*birbirine eşit iki hukuki değer*” söz konusu olduğunda ne şekilde hareket edileceği hususunda farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Failin, garantör konumunda olduğu konuya öncelik vermesi gerektiğini savunanlar olduğu gibi¹⁹⁸ seçimini “*korunan hukuki değer niteliğine*” göre yapması gerektiği de savunulmaktadır. Bize göre de, failin yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için daha üstün

¹⁹³ Rengier, s. 472, kn. 39.

¹⁹⁴ Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, 2010, 5(45), THD (Terazi Hukuk Dergisi), s. 89.

¹⁹⁵ Selçuk, s. 89.

¹⁹⁶ Alman doktrinindeki baskın görüş, yükümlülüklerin çatışmasının bir “*kanun üstü hukuka uygunluk nedeni (übergesetzlicher Notstand)*” olduğu yönündedir.

¹⁹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 137. Selçuk, s. 88.

¹⁹⁸ Rengier, s. 472, kn. 39, 40, s. 473, kn. 42.

nitelikteki hukuki değere öncelik vermesi gerekir. Alman doktrinindeki baskın yaklaşım; sadece korunan hukuki değeri değil aynı zamanda mevcut tehlikenin ağırlığını da dikkate alan karma bir sistemi savunmaktadır. Bununla birlikte, korunan hukuki değerlerin eşit derecede tehlike altında olması halinde fail, garantör olduğu konuya öncelik vermelidir.

Kanaatimizce, korunan hukuki değerler arasında bir eşitsizlik söz konusu ise artık mevcut tehlikenin ağırlığına bakmaya gerek yoktur. Şöyle ki; bir kişinin yaşamı söz konusu olduğunda, daha değerli bir malvarlığı değeri söz konusu olamaz. Korunan hukuki değerlerin eşit olduğu durumlarda ise, mevcut tehlikelerin ağırlığına bakılarak bir seçim yapılmalıdır¹⁹⁹. Örneğin; acil servise aynı anda gelen iki yaralı söz konusu olduğunda, görevli hekim, durumu daha ağır olana öncelik verebilir. Bu durumda derhal müdahale edilemeyen yaralı bakımından hekimin hukuka aykırı hareket ettiği düşünülemez.

Sonuç olarak; yükümlülüklerin çatışması, kişinin aynı anda yerine getiremeyeceği iki ayrı yükümlülüğün olması halinde bunlardan birini seçmesidir ve ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Ancak kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, öncelikle daha yüksek hukuki değeri korumaya yönelik yükümlülüğü tercih etmesi gerekir. Eğer korunan değerler birbirine eşitse, kurtarma ihtimali daha yüksek olana veya görece daha fazla tehlike altında olana öncelik verilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu şartlara uygun olarak yaptığı seçim nedeniyle fail artık sorumlu tutulamaz. Kısacası, yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için failin ya yüksek ya da eşit olmakla beraber daha fazla tehlikede olan hukuki değeri seçmesi gerekir.

V. KUSURLULUK

Haksızlık teşkil eden bir fiilden bahsedebilmek için ilgili suç tipinin maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının eksiksiz olarak gerçekleşmesi gerekir. Failin, işlediği haksızlık dolayısıyla kınanıp kınanmayacağı ve dolayısıyla ceza türünden bir yaptırıma muhatap olup olmayacağı ise “kusurluluğun” konusunu oluşturur²⁰⁰. Klasik suç teorisinin benimsediği “kusurluluk = suçun manevi unsuru” anlayışı²⁰¹, günümüzde büyük oranda

¹⁹⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Selçuk, s. 91.

²⁰⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 202 - 203. Özgenç, Genel Hükümler, s. 402.

²⁰¹ Bu anlayış 765 sayılı TCK döneminde Türk Ceza Hukuku doktrini bakımından çok büyük oranda geçerliydi. Hakan Karakehya ve Asena Kamer Usluadam, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”,

terk edilmiştir. Günümüzde kusurluluk; haksızlığın bir vasfı olarak değil, haksızlığı gerçekleştiren failin “*fiili nedeniyle kınanması hususundaki normatif değerlendirmeyi*” ifade etmektedir²⁰². İhmali suçlar bakımından kusurluluk değerlendirmesi yapılırken de, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi somut haksızlığı göz ardı ederek bir sonuca varmak mümkün değildir. Bu bağlamda ihmali suçlarda kusurluluk; failin ihmali davranışı, bir başka ifadeyle, maddi/fiziki olarak yapması mümkün olduğu halde yapmadığı tipik davranış üzerine temellendirilecektir. Dolayısıyla failin ihmali davranışından doğacak ceza sorumluluğu, kasten veya taksirle gerçekleştirdiği fiile dayanan kusuruyla orantılı bir şekilde belirlenecektir²⁰³.

Kusurluluğu etkileyen tüm durumlar, kural olarak ihmali suçlar bakımından da uygulanabilir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, zorunluluk hali, uyuşturucu madde ya da alkol etkisinde kalma, haksız tahrik gibi... Örneğin; taksirle yaraladığı yayaya yardım etmeye çalışan sürücü, mağdur yakınlarının kendisine yönelik saldırısı nedeniyle olay yerinden kaçmak zorunda kalmış ve yaralıya yardım edememişse, kusurluluğu kaldıran bir hal olarak “*zorunluluk halinden*” bahsedilir²⁰⁴.

Çalışmamızın kapsamını aşacağından, suç teorisi bakımından “*kusurluluk*” konusunun ayrıntılarına girmeyeceğiz. Bununla beraber, kusurluluk bağlamında yalnızca ihmali davranışa özgü nitelik gösteren “*omissia libera in causa (sebebinde serbest ihmal)*” ile “*davranışın failden sübjektif olarak beklenebilirliği (beklenebilirlik)*” başlıklarına ayrıca değinmek gerekir.

A. Sebebinde Serbest İhmal - Omissio Libera in Causa (olic)

Ceza sorumluluğunun temel bir esası olarak, suç oluşturan fiil gerçekleştirildiği sırada hem manevi unsurun hem de kusur yeteneğinin var olması gerekir. Bu yeteneklerin suçun icrasından önce ya da sonra değil, fiilin

2015, 2(3), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 7 v.d.

²⁰² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 202. Özgenç, Genel Hükümler, s. 404. Karakehya ve Usluadam, s. 17.

²⁰³ ...*Bu anlamda, bir kişinin ihmali davranışı nedeniyle kusurlu sayılması ve cezalandırılabilmesi, o konuda icrai bir davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığına ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesine bağlıdır*”. **AYM. E.** 2015/35, **K.** 2015/40, **T.** 22.4.2105, **R.G.** 23.5.2015, sa. 29364.

²⁰⁴ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 147.

gerçekleştirildiği sırada var olması esastır²⁰⁵. Bununla beraber, özellikle failin suç işlemek amacıyla kusur yeteneğini bizzat ortadan kaldırdığı durumlarda, bu yeteneğin suç işlendiği anda olmaması bir istisna kabul edilmekte ve failin cezalandırılmasının önü açılmaktadır²⁰⁶. İcrai suçlar bakımından “*actio libera in causa (alic) - sebebinde serbest hareket*” olarak ifade edilen bu durum²⁰⁷ ihmali suçlar bakımından “*omissio libera in causa (olic) - sebebinde serbest ihmal*” olarak adlandırılmaktadır²⁰⁸.

Meydana gelen tipik neticeden ihmali davranışı nedeniyle faili sorumlu tutabilmek için “*müdahalenin gerekli olduğu zamanda failin algılama ve irade yeteneğinin tam olması da*” gerekir²⁰⁹. Bu genel kuraldan ayrılmayı gerektiren “*omissio libera in causa (olic) - sebebinde serbest ihmal*” özetle şu şekilde açıklanabilir: Fail, muhtemel tehlike daha ortaya çıkmadan önce, kendisini, kurtarmaya yönelik hareketi yapmayı engelleyecek bir duruma kasten sokarsa, artık kurtarmaya yönelik davranışı yapmasının mümkün olmadığından bahisle sorumluluktan kurtulamaz²¹⁰. Böyle bir durumda, her ne kadar tipikliğin gerçekleştiği anda failin kusur yeteneği olmasa da, bu duruma fail kendisini bilerek soktuğu için meydana gelen neticeden ihmali davranışıyla sorumlu tutulacaktır.

Örneğin; Cankurtaran C görevi başındayken sarhoş olmuştur. Bu nedenle görevini yapması artık mümkün olmasa da bu gerekçenin hukuken bir önemi yoktur. Çünkü C, görevinin ve dolayısıyla meydana gelebilecek tehlikelerin farkında olmasına rağmen alkol etkisine bilerek girmiştir. C'nin aşırı sarhoş olması nedeniyle dalgaya kapılan O'ya yardım gitmemiş ve dalgalara karşı mücadele etmesine rağmen kıyıya ulaşamayan O ölmüştür. Suç işlendiği sırada C'nin yardıma yönelik hareketi icra etmesi (aşırı sarhoş olması nedeniyle) mümkün değilse de “*omissio libera in causa*” kuralı gereğince, suç anı boğulmadan önceki bir an kabul edilir ve garantör C ölüm neticesinden ihmali

²⁰⁵ Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 336.

²⁰⁶ Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Probleme, Band II, Herausgegeben von Hans Lilie, Duncker & Humblot GmbH, 2009, s. 509.

²⁰⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 429. Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 336.

²⁰⁸ Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2014, § 25, s. 371 v.d. Haft, s. 178.

²⁰⁹ Von Wolfgang Joecks ve Christian Jäger, Studienkommentar StGB, 12. Auflage, C. H. Beck Verlag 2018, § 13, s. 26, kn. 94.

²¹⁰ Rengier, s. 464 - 465, kn. 11.

davranışıyla sorumlu tutulur²¹¹.

“*Sebebinde serbest harekette (alic)*” olduğu gibi “*sebebinde serbest ihmalde (olic)*” de, failin kusur ve/veya davranış yeteneğini bizzat kendisinin ortadan kaldırması gerektiği unutulmamalıdır²¹². Failin bu yetileri başka biri tarafından (zorla ya da hileyle) ortadan kaldırılmışsa “*sebebinde serbest ihmalden*” bahsedilemez²¹³. Bu tip durumlarda; ihmali davranışta bulunan kişinin değil, faili bu konuma getiren(ler)in ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir.

B. Beklenebilirlik

Kurtarmaya yönelik davranışın maddi/fiziki anlamda mümkün olmasını, yukarıda ihmali suçların fiil unsuru altında incelemiştik. Ancak somut olayda kurtarmaya yönelik davranışı “*maddi/fiziki olarak*” yapması mümkün olan garantör, harekete geçtiği takdirde daha ağır bir tehlikeye maruz kalacaksa kınanamaz. Dolayısıyla, maddi/fiziki anlamda yapması mümkün olan hareketin failden istenemeyeceği, beklenemeyeceği durumlarda fail kusurlu addedilemez ve cezalandırılmaz²¹⁴.

“*Beklenebilirlik*”, bazı saf ihmali suçlarda tipiklik içerisine dâhil edilmiştir. Örneğin TCK m. 98’de: “*Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen...*” denmektedir²¹⁵. Bu tip durumlarda “*beklenebilirlik*” artık kusur bağlamında değil tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilmelidir. Bununla beraber ne Alman CK m. 13 ne de TCK m. 83’te görünüşte ihmali suçlar bakımından beklenebilirliğe ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla; kanuni düzenlemelerde beklenebilirliğe ilişkin herhangi bir hüküm bulunmayan

²¹¹ Rengier, s. 465, kn. 12.

²¹² “*Kişi isnat kabiliyetini bilerek ve isteyerek, suç işlemek için kaldırmalıdır. Aksi halde fiili alic kapsamına girmez*”. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, 1998, s. 424.

²¹³ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 338.

²¹⁴ Örneğin ileri derecede böbrek hastası olan ve böbrek nakli olmadığı takdirde hayatını kaybedecek olan çocuğuna böbreğini vermeyen ebeveyn, ihmali davranışla kasten öldürmeden sorumlu tutulamaz. Bkz. Hakeri, İhmal, s. 248.

²¹⁵ Alman CK m. 323c’de de benzer bir hüküm yer almaktadır: Fail; “*eğer önemli bir tehlikeye girmeyecek ya da daha önemli bir yükümlülüğüne halel getirmeyecekse*” yardım etmekle mükelleftir. “*...insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist... (StGB 323c)*”.

görünüşte ihmali suçlar bakımından bu kavramın içeriğinin doldurulması ve hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir.

Doktrinde bazıları, davranışın “*maddi/fiziki anlamda mümkün olması*” ile “*hareketin beklenebilirliği*” kavramlarını birbirinden ayırırken²¹⁶; bazıları ise bu şekilde bir ayırım yapmamakta ve her iki durumu da “*beklenebilirlik*” altında incelemektedir²¹⁷. Biz, bu yaklaşımlardan ilkinii tercih ediyoruz. Çünkü failin tipik neticeyi engellemeye yönelik davranışı maddi/fiziki olarak yapabilme imkânına sahip olması, ihmali suçun fiil unsuruna (tipikliğe) ilişkindir. Bununla beraber, maddi/fiziki anlamda davranışı yapabilme imkânı olan failden davranışın şahsi olarak beklenebilirliğiye “*kusurluluğa*” ilişkindir²¹⁸.

Hakeza, kurtarmaya yönelik davranışın maddi/fiziki anlamda mümkün olması “*objektif*” bir değerlendirme ile tespit edilecekken, tipik davranışın failden beklenip beklenemeyeceği noktasında yapılacak değerlendirme ise “*sübjektif*” nitelikte olacaktır. Bu sübjektif değerlendirme yapılırken de her somut olayın özelliği, failin olaydaki konumu, tehlike altındaki hukuki değer ile failin harekete geçerek tehlikeye atacağı değerler kıyaslanacaktır²¹⁹.

Kanaatimizce; kurtarmaya yönelik davranışın maddi/fiziki anlamda mümkün olup olmadığı belirlenirken daha sınırlı bir değerlendirme yapılmalı, bunun dışında kalan hususlar ise “*beklenebilirlik*” kapsamında mütalaa edilmelidir. Kurtarmaya yönelik davranışın failden beklenip beklenemeyeceği hususu, failin ve mağdurun şahsi özellikleri, konumları değerlendirilmek suretiyle her somut olayda hâkim tarafından takdir edilecektir. Örneğin; orta şiddetteki bir yangında bina içerisinde kalan çocuğunu kurtarmayan ebeveyn bakımından kurtarma davranışı “*beklenebilir*” olmamasına rağmen itfaiye görevlisi bakımından “*beklenebilir*” olarak addedebilecektir.

Tam bu noktada bir hususun altını çizmek gerekir. Kişilerin üstlendikleri bazı görevler, sıradan kimselerden farklı olarak bu kimselere bazı tehlikelere göğüs germeleri noktasında daha fazla yükümlülük getirebilir. Örneğin, itfaiye ya da kolluk görevlilerinin normal vatandaşlara nazaran daha fazla sorumluluk

²¹⁶ Hakeri, İhmal, s. 216, 248.

²¹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 240.

²¹⁸ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme”, s. 781.

²¹⁹ Herbert Tröndle ve Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 49. Auflage, C. H. Beck Verlag 1999, bn. 13, kn. 16.

almaları ve kendileri bakımından daha fazla tehlikeye göğüs germeleri beklenebilir. Bununla birlikte bu farklılık, bu kimselerin ortaya çıkan her türlü tehlikeye canı pahasına da olsa göğüs germesi şeklinde yorumlanamaz.

SONUÇ

Tüm bu teorik açıklamalar ışığında, ihmali suçların birçok noktada icrai suçlardan ayrıldığı görülmektedir. İhmalin kendine has yapısından kaynaklanan bu farklılığın uygulamada da ciddi sorunlar oluşturduğu görülmektedir. Özellikle Türk uygulamasında, ihmali suçlara ilişkin tutarlı ve makul bir altyapının oluştuğunu söylemek mümkün değildir.

5237 sayılı TCK garantörlüğe ilişkin olarak klasik yaklaşımı benimsemiş görünmektedir. TCK'nın 83. maddesinde "*klasik yaklaşımın*" benimsenmesinin gerekçesini ise şurada aramak gerekir: Mülga 765 sayılı TCK'da ihmali suçlara ilişkin ne genel ne de özel kısımda herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen ihmali davranışla gerçekleştirilen öldürme ve yaralama gibi fiiller cezalandırılmaktaydı. Bu bakımdan, ihmali suçlara ilişkin herhangi bir kanuni düzenlemesi, oturmuş bir uygulaması ve teorisi olmayan Türk hukukunda, TCK 83. maddeyle önemli bir başlangıç yapılmıştır. Hatta ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümler kısmında değil az sayıdaki suç tipleri bakımından yapılmasının temel gerekçesini de burada aramak gerekir. Kısacası 5237 sayılı TCK, ihmali suçların uygulama alanını ilk etapta olabildiğince daraltıp, uygulama ve teoriye yön vermek amacıyla "*klasik yaklaşımı*" benimsemiş görünmektedir. Böylece, uygulama ve teoride ihmali suçlara ilişkin tartışmaların önünün açılması, bununla beraber ihmali sorumluluk alanının en azından şimdilik kontrol altında tutulması için daraltılması amaçlanmıştır.

Ancak yürürlüğe girmesinden günümüze kadar geçen yaklaşık 16 yıllık süreçte, TCK'nın amaçladığı bu sonuca ulaşılabildiğini söylemek mümkün değildir. Türk uygulaması hala, özel hukuktan gelme bir alışkanlıkla taksir eşittir ihmal yaklaşımını devam ettirmektedir. Dahası, başta taksirle öldürme ve yaralama suçları olmak üzere, ihmali davranışla işlenmesine yönelik kanuni düzenleme olmayan birçok suç tipi de cezalandırılmaktadır. Hakeza bu suç tiplerine ilişkin yargılamalarda, ihmali suçlara özgü birçok özel husus göz ardı edilmektedir.

İhmali suçlara ilişkin bu tartışmaların, eski dönemlerde Almanya İsviçre'de de yapıldığını görmekteyiz. Almanya ve İsviçre özelindeki bu tartışmalar, kanunların genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin

düzenlemelerin yapılmasıyla çok büyük oranda son bulmuştur. Bu nedenle, 83. maddedeki mevcut formülasyona geniş ölçüde sadık kalınmak suretiyle TCK'nın genel hükümler kısmına şöyle bir düzenleme eklenmesini önermekteyiz:

Suçun İhmali Davranışla İşlenmesi

“(1) Bir suç icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir. Ancak kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, neticenin oluşumunu engelleme hususunda hukuki bir yükümlülüğünün ve aynı zamanda gerçekleştirdiği ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) Neticenin oluşumunu engelleme hususundaki hukuki yükümlülük:

a) Kanuni düzenlemelerden,

b) Sözleşme veya gönüllü üstlenmeden,

c) Önceden gerçekleştirilen haksız davranışın başkaları bakımından tehlikeli bir durum oluşturmasından kaynaklanabilir.

(3) İhmali davranışla suç işleyen kişi hakkında: Temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar; müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer hallerde failin cezasında üçte birinden yarısına kadar indirim yapılır. Ancak gerçekleştiren haksızlığın niteliğine göre hâkim cezada indirim yapmaktan imtina edebilir”.

KAYNAKÇA

AKBULUT B, “Bağlılık Kuralı”, 2010, 14(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), s.167 - 214.

AKBULUT B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.

ARSLAN M, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku

- Bakımından Değerlendirilmesi”, 2020, 24(3), AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 361 - 384.
- ARTUK M. E, GÖKCEN A ve YENİDÜNYA A. C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi 2016.
- ASHWORT A, Positive Obligations in Criminal Law, Hart Publishing 2013.
- BACAKSIZ P, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, 2013, 8(21), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), s. 119 - 138.
- BAUMANN J, MITSCH W ve WEBER U, Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 11. Auflage, Giesecking 2003.
- BELING E, Die Lehre vom Verbrechen, Scientia Verlag Aalen 1906.
- BEYAZE, “Hukuk Dilinin Kirlenmesi ve Garantör, Garantörsel, Garantörsellik Terimleri Üzerine”, 2019, Türk Dili Dergisi, s. 70 - 78.
- BOCKELMANN P ve VOLK K, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Neubearbeitete Auflage, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung 1987.
- CENTEL N, ZAFER H ve ÇAKMUT Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, Beta Yayınevi 2008.
- DEĞİRMENCİ O, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, 2014, (110) TBB Dergisi, s. 129 - 188.
- DÖNMEZER S, “Maddi Sebebiyet Alakası”, 1943, 9(1-2) İÜHFİM, s. 85 - 119.
- DÖNMEZER S ve ERMAN S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 14. Bası, c. I, Beta Yayıncılık, 2016.
- DÜLGER M. V, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, 2014, 9(24), Ceza Hukuku Dergisi (CHD), s. 121 - 180.
- EBERT U, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag 2001.
- ENGISCH K, “Tun und Unterlassen”, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, s. 163 - 196.
- EREN F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Yetkin Yayınevi 2014.

- EREN F, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, AÜHF Yayınları 1975.
- FLETCHER P. G, Rethinking Criminal Law, Oxford University Press 2000.
- FRISTER H, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck 2009.
- GÖKCEN A ve BALCI M, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmalî Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, 2012, 7(18), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), s. 7 - 30.
- GÖKTÜRK N, Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Seçkin Yayınevi 2013.
- GÖKTÜRK N, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, 2016, 7(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 407 - 450.
- GÖSSEL K. H, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, s. 225 - 246.
- GÖSSEL K. H, Strafrecht, 7. völlig neubearbeitete Auflage, C. F. Müller 1997.
- GUTKNECHT S, “Die Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (13 StGB) im Lichte des Bestimmtheitsgebotes”, Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, c. 3, Ankara, 2014, s. 277 - 310, Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universität, Herausgeber: Duttge, G. ve Ünver, Y.
- HAFT F, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck 2004.
- HAKERİ H, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınevi 2003.
- HAKERİ H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.
- HALL E. D, Criminal Law and Procedure, 6th Edition, Delmar 2020.
- HARRO O ve BOSCH N, Übungen im Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Studium 2010.
- HEINRICH B, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer 2014.
- HIRSCH H. J, Strafrechtliche Probleme, Band II, Herausgegeben von Hans

- Lilie, Duncker & Humblot GmbH 2009.
- İÇEL K, ÖZGENÇ İ, SÖZÜER A, MAHMUTOĞLU F. S ve ÜNVER Y, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, Türdav Basım 1999.
- JÄGER C, Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Neu bearbeitete Auflage, C. F Müller 2017.
- JAKOBS G, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter 1991.
- JESCHECK H. H ve WEIGAND T, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot 1996.
- JOECKS V. W. ve JÄGER, C. Studienkommentar StGB, 12. Auflage, C. H. Beck Verlag 2018.
- KANGAL Z, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayınevi 2010.
- KARAKEHYA H ve USLUADAM A. K, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, 2015, 2(3), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 1- 24.
- KAUFMANN A, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Verlag Otto Schwartz & Co. 1988.
- KINDHÄUSER U, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Nomos 2008.
- KIENAPFEL D ve HÖPFEL F, Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil, 13. Überarbeite und erweiterte Auflage, Kurzlehrbuch 2009.
- KILIÇOĞLU A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi 2013.
- KIZILARSLAN H, “Hekim ve Özel Hastanelerin Cezai Sorumlulukları”, 2020, 40(1), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), s. 187 - 212.
- KOCA M ve ÜZÜLMEZ İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020.
- KOCA M ve ÜZÜLMEZ İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi 2020.
- KREY V, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch in Deutsch und Englisch, Teil I Grundlagen, Kohlhammer Verlag 2002.

KUNTER N, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, 1955.

MAIWALD M, Çev. Cumhur Şahin, “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, “İcrai ve İhmalî Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Diskussionsbeitraege zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayını 1998, s. 159 - 174 (Almanca metin: Aynı eser, s. 143 - 158).

MAURACH R, GÖSSEL K. H ve ZIPF H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband II, 6. Auflage C. F Müller Juristischer Verlag 1984.

MEZGER E, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, Duncker & Humblot 1943.

NOMER H. N, “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Aktelerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?”, 2013, 8(Özel Sayı), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkililer’e Armağan, s. 2053 - 2074.

OLGUN E, “Kasten Öldürme Suçunun Türk - Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”, 2013, 19(2), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 1631 - 1666.

ORMEROD D ve RAID K, Smith, Hogan, and Ormerod’s Text, Cases, And Materials On Criminal Law, 12th Edition, Oxford University Press 2017.

ÖNDER A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, c. II, Beta 1989.

ÖLMEZ G, “Evi Terk Eden Çocuğu, Ailesini veya Yetkilileri Haberdar Etmeksizin Tutma Suçu (TCK m. 234/3)”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (Ed), Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi 2018, s. 459 - 482.

ÖZGENÇ İ, “Davranış Normları Teorisi Hukuk ve Ahlak İlişkisi (Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 6.7.2018 tarihli ve K. 2018/7 sayılı Kararı Üzerine Hukuki Değerlendirmeler)”, TÜBA Akademi Konferansı Bildirisi, Ankara/Beşevler, Şubat 2019.

ÖZGENÇ İ, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, İBB Hukuk Müşavirliği Yayını 1996.

ÖZGENÇ İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayınevi

2020.

- ÖZGENÇ İ, Uygulamalı Ceza Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınevi 1998.
- ÖZGENÇ İ ve ŞAHİN C, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, 2002, 6(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD).
- RENGIER R, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck Verlag, 2013.
- REUTERS, “Fatal Tesla Autopilot crash driver had hands off wheel: U.S. agency”, (<https://www.reuters.com/article/us-tesla-crash-idUSKCN1J31VP>), erişim tarihi: 01.05.2021.
- ROE D, Criminal Law, 3rd Edition, Hodder Education 2005.
- ROXIN C, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck Verlag 2003.
- SCHMIDHÄUSER E, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, J. C. B. Mohr 1975.
- SELÇUK S, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, 2010, 5(45), THD (Terazi Hukuk Dergisi), s. 87 - 104.
- SOYASLAN D, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi 1998.
- SOYASLAN D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- STRATENWERTH G, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. neubearbeitete Auflage, Staempfli Verlag 2011.
- ŞAHİN C ve GÖKTÜRK N, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Bası, Seçkin Yayınevi 2019.
- TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe (Online) Sözlük, (<http://sozluk.gov.tr/>).
- TONGÜR A. R ve ÇETİNTÜRK E, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi 2020.
- TRÖNDLE H ve FISCHER T, Strafgesetzbuch, 49. Auflage, C. H. Beck Verlag 1999.

- TURHAN F ve AKSAN M, “Ceza Muhakemesinde Mahkemelerin Yer Bakımından Yetkisi - Doktrin ve Uygulama Işığında Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayınevi 2020, s. 773 - 814.
- ÜNVER Y, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi 2003.
- ÜNVER Y, “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, 2018, II. Uluslar Arası Tıp Hukuku Kongresi (Antalya: 21 - 23 Eylül 2017) Bildiriler Kitabı, s. 955 - 971.
- ÜNVER Y, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta 1998.
- WELZEL H, Das Deutsche Strafrecht, 11. neubearbeite und erweiterte Auflage, De Gruyter 1969.
- WILLIAMS G, “What Should the Code Do about Omissions”, 1987, 7(1), Legal Studies, s. 91 v.d.
- YILDIRIM A, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Monopol Yayınları 2019.
- YILMAZ Z, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, 2018, 24(1), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 122 - 131.
- YURTLU F, “Cinsel Saldırı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası”, 2020, 8(16), Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD), s. 1343 - 1364.
- YURTLU F, İhmali Suçlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020.
- YURTLU F, “Suçu Bildirmeme Suçu”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (Ed), Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi 2018, s. 757 - 784.

BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARARLARI ARASINDAKİ AYKIRILIK VE UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ SORUNU

Hüseyin BİLGİN*

ÖZ

İdari yargı sisteminde istinaf kanun yolunun kabulü ile birlikte yeni bir dönem başlamıştır. Bu dönemle birlikte birçok idari uyuşmazlık için temyiz yolu kapatılmıştır. Bu uyuşmazlıklarda kesin kararları bölge idare mahkemelerinin istinaf daireleri vermektedir. Ancak bu durum beraberinde bir çıkmazı da getirmiştir. Benzer konularda farklı bölge idare mahkemelerince farklı kararlar verebilmektedir. Bu durum ise hukuka olan güveni sarsmaktadır. Benzer konularda farklı kararların birleştirilmesi suretiyle hukuk güveni tesis edilmek istenmiştir. Bu konudaki yasal düzenleme ise 2576 sayılı Kanunda yer almaktadır.

Çalışmamızın konusunu 2576 sayılı Kanununun 3/C maddesinde yer alan hüküm oluşturmaktadır. Çalışmada bu hükümde yapılan değişiklikler ve bu değişiklik gerekçeleri ele alınmıştır. Aynı şekilde benzer konularda aykırılığın giderilmesi yoluna başvurulmasının koşulları ve bu yola başvurulunca alınan kararların hüküm ve sonuçlarına yer verilmiştir. Uygulamada bu hükme dayalı olarak verilen kararlar ve bu kararlar ilgili eleştiri görüş ve önerilere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *İstinaf Dairesi, Bölge İdare Mahkemesi, Danıştay, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu.*

THE ISSUE OF ELIMINATING THE CONFLICT BETWEEN THE DECISIONS OF THE DISTRICT ADMINISTRATIVE COURTS

ABSTRACT

A new era has begun in the administrative justice system with the acceptance of the appeal legal remedy. During this period, many administrative disputes were closed for cassation (Council of State). Final decisions in these disputes are given by the appellate divisions of the district administrative courts. However, this situation also brought a dilemma. Different decisions can be given by different district administrative courts on similar issues. This situation damages the trust in the law. In this context the law-maker aimed to establish legal trust by combining different decisions on similar issues. The legal regulation on this subject is included in the Law No. 2576.

* Dr., İdare Hukuku, Bölge İdare Mahkemesi / KONYA,
e-posta: huseyinbilgin22@hotmail.com.

ORCID: 0000-0003-1887-792X

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979199

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29/06/2021

The subject of our study is the provision in the article 3 / C of the Law no 2576. In this study, the amendments made in this provision and their reasons are discussed. Likewise, the conditions of removal of conflicts in similar issues and results of these decisions given by using this method are included. The decisions given based on this provision and critiques, opinions and suggestions about these decisions are included.

Keywords: *Appeal Divisions, District Administrative Court, Council of State, Council of State Administrative Law Divisions, Council of State Tax Law Divisions.*

GİRİŞ

Türk yargı sistemimiz adli ve idari yargı olmak üzere iki temel yargı koluna ayrılmaktadır. 1982'ye kadar idari davalara bakma yetkisi, ülkedeki tek idari yargı organı olan Danıştay'a aitti. 1982 yılında kabul edilen 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare, İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve İşleyişleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanun ile birlikte tek aşamalı yargılama yapma yetkisi Danıştay'dan alınmıştır. Danıştay'ın 2575 sayılı Kanunda düzenlenen bazı ilk derece mahkemesi olarak baktığı istisna davalar dışında, Danıştay temyiz mercii hüviyetine kavuşturulmuştur. İlk derece yargılama yetkisi ise birçok ilde kurulan idare ve vergi mahkemelerine verilmiştir. İlk derece idare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyiz incelemesi ise Danıştay tarafından yapılacaktır.

Anılan kanun değişiklikleri ile birlikte temyiz incelemesi dışında birtakım işlerin itirazen görüşülmesi amacıyla da bölge idare mahkemeleri faaliyete geçirilmiştir. Zamanla bölge idare mahkemelerinin itirazen baktığı dava sayısı da artırılarak bazı uyuşmazlıkların Danıştay'ın önüne gitmeden kesinleşmesi imkânı sağlanmıştır.

6545 sayılı Kanunun kabulü ile birlikte kimi davalar için üç dereceli yargılama sistemine geçilmiş iken, Danıştay'a gitmeden kesinleşen dava sayısında artışa gidilmiştir. Söz konusu Kanun ile bölge idare mahkemesi sayısının 25 den 7'ye düşürülmesinin yanı sıra bu yedi bölge idare mahkemesinde çeşitli sayılarda ihtisas daireleri açılarak bölge idare mahkemelerine bir nevi yerel küçük Danıştay özelliği verilmiştir¹.

¹ "Mülga itiraz kanun yolu, büyük oranda istinaf kanun yolunun özelliklerini taşımaktaydı.

İdari yargı sisteminde bölge idare mahkemelerinin mevcut olmasına rağmen, itiraz yerine istinaf sistemine geçilmesiyle birlikte birçok yenilik ve sorunlar da ortaya çıkmıştır. Ortaya çıkan sorunlardan en önemlilerinden birini aynı veya benzer konularda aynı bölge idare mahkemelerinin farklı daireleri ile farklı bölge idare mahkemesi istinaf daireleri tarafından verilen birbirine aykırı yöndeki kararlar oluşturmaktadır. 2576 sayılı Kanunda istinaf kanun yolu ile birlikte bu konuya ilişkin bir düzenleme yapılmışsa da, uygulamadaki aksaklıklar görülerek bu konuda kanun değişikliğine gidilmiştir.

Çalışmamızda benzer konularda farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılıkların ve uyuşmazlıklarının giderilmesine ilişkin müessese ele alınıp incelenmiştir. Bu kapsamda anılan yola başvuru koşulları, başvuruyu yapmaya yetkili birimler, başvuruyu (üzerine konuyu) inceleyecek olan makamlar ele alınmıştır. Yine bu konuda Danıştay tarafından verilen kararlardan hareketle uygulamada doğan sorunlar ele alınmış ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verilmiştir.

I. İSTİNAF KANUN YOLUNUN KABULÜ

Kamuoyunda “beşinci yargı paketi” olarak da bilinen 6545 sayılı Kanunla idari yargıya ilişkin birçok konuda değişikliğe gidilmiştir². Anılan değişikliklerden en önemlisi “istinaf” müessesesidir. İstinaf müessesesinin getirilmesinin en büyük nedeni ise, Danıştay’a temyiz edilen davaların çokluğu ve bu davaların temyiz ve karar düzeltme incelemelerinin makul süre içinde bitirilememesidir³. Aslında idari yargıdaki mevcut işi yükü ve uyuşmazlıkların azaltılması adına birçok düzenleme yapılmış ve yapılmaya da devam etmektedir. Uygulayıcılar tarafından da idari yargıdaki dava sayısının azaltılmasına yönelik çok sayıda görüş ve öneriler sunulmuştur⁴.

Özellikle, kararın bozularak geri gönderilmesi yerine yeniden karar verilmesi ve gerekli incelemenin bölge idare mahkemesi tarafından yapılabilmesi, itiraz kanun yolunda istinaf yetkililerinin kullanımını gösteriyordu.” Murat Sezginer, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 99, 2018, s. 112.

² Beşinci yargı paketi ile idari yargı ile ilgili değişiklikler hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, “Beşinci Yargı Paketiyle İdari Yargıdaki Son Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme”, 2016, 1 (2), KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.149-186.

³ Hüseyin Bilgin, 99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2016, s.1.

⁴ Bilgin, İdari Yargıda İstinaf, s. 1 ve dp. 3.

6545 sayılı Kanunla 2577 sayılı Kanunun “itiraz” başlıklı 45. maddesinin madde başlığı “İstinaf” olarak değiştirilerek idari yargıda istinaf kanun yolu getirilmiştir(6545 SK m.19)⁶. Anılan değişiklik öncesinde bölge idare mahkemelerine bazı davalar açısından itiraz yoluna başvurulabilmekte ve bölge idare mahkemeleri önüne gelen uyuşmazlık hakkında gerektiğinde inceleme ve araştırma yapma, ara kararı ile bilgi, belge isteyebilmeleri yönüyle

⁵ İstinaf kavramı sözcük olarak; yeniden başlamak, baştan başlamak anlamına gelmekle birlikte Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre ise “mahkemenin verdiği kararı kabul etmeyerek bir üst mahkemeye götürme” olarak tanımlanmaktadır. <<http://www.osmanlicanedemek.com/istinaf-104934>> Erişim Tarihi 27.11.2020; Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <http://www.tdk.gov.tr/genel_sozluk.htm>, Erişim Tarihi 27.11.2020; İstinaf başvurusu kavramının, *ilk derece mahkemesi olan idare ve vergi mahkemelerinin 2576 sayılı Kanunda belirtilen parasal değer üstünde kaldığı için kesin olmayan ve ivedi yargılama usulüne tabi olmayan kararlarının hem maddi hem de hukuki yönden ele alınıp incelenmesi amacıyla bölge idare mahkemesinin ilgili istinaf dairelerinde yeniden incelenip karara bağlanması için yapılan başvuru* olarak ifade edebileceği hakkında Bilgin, İdari Yargıda İstinaf, s. 4.

⁶ İdari yargıda istinaf kanun yolu konusunda geniş bilgi için bkz. Mustafa Avcı, “6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, 2015, 13 (152), Legal Hukuk Dergisi, s. 35-106; Sebahattin Taha Hasbutcu, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, 2016; Zuhal Bereket, “İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu”, 1998, 28 (94), Danıştay Dergisi, s. 93-107; Engin Saygın, “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz”, 2011, LXIX (1-2), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 635-648; Zeynep Nihal Aydınoglu, “İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri”, 2018, 9 (34), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 387-423; Oğuz Sancakdar, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 83, 2012, s. 13-95; Oğuz Sancakdar, “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözümler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 29-113; Ali Akyıldız, “İstinafa İlkesel Bakmak”, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 89, 2015, s. 11-32; Selami Demirkol, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü-Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolü’nün Güçlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 115-140; Aydın Gülan, “Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 19-27; Ramazan Yıldırım, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkisi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 89, 2015, s. 33-53; Gül Üstün, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, 2016, 22 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuki Araştırmalar Dergisi, s. 13-38; Mustafa Avcı, İdari Yargılama Usulünde Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Yetkin Yayınevi, 2017; Serkan Çınarlı; İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2020; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, 2020, s. 735-742; Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2020, s. 41-415. Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, 2020, s. 758-785; Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2020, s. 394-408; Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme) Seçkin Yayınevi, 2017, s. 298-341.

bir istinaf merciine, aldıkları kararlarının kesin nitelikte olması nedeniyle de bir nevi temyiz yerine benzediği ifade edilmekle birlikte itiraz yolunun aslında bir temyiz yolu olduğu belirtilmekteydi⁷.

Son değişiklik üzerine bölge idare mahkemeleri tam olarak istinaf mercii haline getirilmiştir. Buna göre, birçok uyuşmazlığın esası hakkında karar veren makam haline gelmiştir.

II. ÜLKEMİZDEKİ BULUNAN BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ VE DAİRE SAYILARI

6545 sayılı Kanun hükümlerinin yürürlüğe girdiği 20 Temmuz 2016 tarihinden önce ülkemizde 25 ilde 25 bölge idare mahkemesi bulunmaktaydı. Bölge idare mahkemelerinin bulunduğu iller sırasıyla; Ankara, Eskişehir, Kayseri, Kırıkkale, Sivas, Zonguldak, Erzurum, Van, Gaziantep, Diyarbakır, Malatya, İstanbul, Bursa, Edirne, Sakarya, İzmir, Aydın, Denizli, Manisa, Konya, Adana, Antalya, Samsun, Ordu, Trabzon şeklindeydi. 6545 sayılı Kanun ile istinaf uygulamasının başlaması üzerine bölge idare mahkemelerinin sayısı azaltılmış ve her bölge idare mahkemesi bünyesinde birden fazla istinaf dairesi açılmasına karar verilmiştir.

2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2 nci maddesi uyarınca Adalet Bakanlığı tarafından Ankara, İstanbul, İzmir, Konya, Gaziantep, Bursa, Erzurum ve Samsun olmak üzere 8 mahalde bölge idare mahkemeleri 26/09/2014 tarihinde kurulmuştur. Bilahare, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 26/02/2016 tarihli ve 21646783/E.339-8872 sayılı yazısı ile bazı yer bölge idare mahkemelerinin yargı alanlarının yeniden belirlenmesine ilişkin teklif görüşülerek; HSYK Genel Kurulunun 29.02.2016 gün ve 54 sayılı kararı ile (Bursa Bölge İdare Mahkemesi hariç olmak üzere) yedi ilde bölge idare mahkemesi faaliyete geçirilmiştir. Daha sonra, 03.06.2020 gün ve 31144 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Adalet Bakanlığı kararı ile Adana Bölge İdare Mahkemesi kurularak 01.09.2020 tarihinde faaliyete geçirilmiştir⁸.

⁷ A.Şeref Gözübüyük, Yönetmelik Yargısı, Turhan Kitapevi, 34. Baskı, Ankara 2015, s. 512; Lütfi Duran; "İdari Yargı Adileşti", 2011, 3 (1-3), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 53-83. Ayrıca bölge idare mahkemelerinin niteliği hakkında tartışmalar için bkz. Üstün, s. 16-18; Çağlayan, İdari Yargılama Usulü, s. 758.

⁸ Hakimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulunun 29.02.2016 gün ve 54 sayılı kararı için bkz. RGT:01.03.2016, RGS:29640. Hali hazırda faal olan bölge idare mahkemeleri ise; Adana Bölge İdare Mahkemesi, Ankara Bölge İdare Mahkemesi, Erzurum Bölge İdare Mahkemesi,

Her bölge idare mahkemesi bünyesinde idare ve vergi dava daireleri istinaf başvurularına bakan daireler olarak görev yapmaktadır. Bölge idare mahkemelerinde yer alan faal dairelerin dağılımı ise; Ankara’da 13 idare, 4 vergi dava dairesi; İstanbul’da 10 idare, 6 vergi dava dairesi; İzmir’de 7 idare, 3 vergi dava dairesi; Erzurum’da 3 idare, 1 vergi dava dairesi; Samsun’da 4 idare, 2 vergi dava dairesi; Konya’da 4 idare, 3 vergi dava dairesi; Gaziantep’te 5 idare, 2 vergi dava dairesi ve Adana’da ise 3 idare, 2 vergi dava dairesi şeklindedir.

Bu daireler arasında iş bölümünün ne şekilde belirleneceği konusu 2576 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Düzenlemenin ilk şeklinde bölge idare mahkemeleri içindeki dairelerin iş bölümleri bölge idare mahkemeleri başkanlar kurulunca belirlenecekti. Buna göre, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak ihtisaslaşmayı sağlamak amacıyla, bölge idare mahkemesi daireleri arasındaki iş bölümünü belirlemek, daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlamak (2576 SK m. 3/C- 4 a) başkanlar kurulunun görevleri arasında sayılmıştı. Ancak 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 20/07/2017 tarih ve 7035 sayılı Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişik 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrası “*Gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak bölge idare mahkemesi daireleri arasındaki iş bölümü, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir*” hükmü getirilerek bu görev Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulundan alınarak Hakimler ve Savcılar Kuruluna verilmiştir. HSK tarafından bölge idare mahkemelerinin iş bölümleri belirlendikten sonra anılan iş bölümleri HSK’nın internet sitesinde ilan edilmiştir⁹.

si, Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, İzmir Bölge İdare Mahkemesi, Konya Bölge İdare Mahkemesi, Samsun Bölge İdare Mahkemesidir. Ülkemizin nüfusuna göre mevcut bölge idare mahkemesi sayısının artırılması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. Sancaktar, 148. Yılı Sempozyumu, s. 37-38. Kanaatimizce de mevcut bölge idare mahkemelerinin sayılarının artırılmasında fayda bulunmaktadır. Bunun içinde HSK tarafından kurulmuş olan Bursa Bölge İdare Mahkemesine atama işlemleri gerçekleştirilmeli ve Kayseri, Antalya gibi illerde de bölge idare mahkemeleri açılmalıdır.

⁹ <<https://www.hsk.gov.tr/IstinafMahkIsBolumleri.aspx>> Erişim Tarihi 03.11.2020.

III. BÖLGE İDARE MAHKEMESİ KARARLARI ARASINDA AYKIRILIKLAR ÇIKMASI

Yukarıda da ifade edildiği üzere ülkemizde hali hazırda 8 bölge idare mahkemesi faaliyette olup bu mahkemelerdeki dava dairelerince birçok konuda kesin olarak karar verilmektedir. Bu şekilde kesin kararlar verilmesi, aynı konuda farklı bölge idare mahkemelerince farklı kararlar verilmesi riskini ortaya çıkarmaktadır¹⁰. Aynı konularda farklı kararlar verilmesi ise, istinaf merciine olan güveni ve vatandaşın adalete olan inancını sarsacağı gibi hukuki güvenlik ilkesini¹¹ de ihlal edecektir. Yaşanabilecek bu olumsuzluğun önüne geçmek amacıyla Kanun Koyucu 2576 sayılı Kanunda düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Buna göre, Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri arasında;

“Benzer olaylarda bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk bulunması halinde resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyumsuzluğun giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine istemin uygun görülmesi halinde kendi görüşlerini de ekleyerek konuyu Danıştay Başkanlığı'na iletmek” (m.3/C-4-c) sayılmıştır.

Anılan madde hükmüne göre yapılacak olan talepler hakkında 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39 uncu ve 40 ıncı maddeleri uygulanacaktı. Ancak Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun toplanma ve karar alma güçlüğü nedeniyle madde ve fıkra hükmünde değişikliğe gidilmiştir¹². Maddedeki

¹⁰ Bölge İdare Mahkemeleri kararları arasında içtihat farklılığı çıkması durumunda bu aykırılıkların giderilmesi konusunda Danıştay'a görev verilebileceği yönünde görüş için bkz. Sancakdar, 144.Yıl Sempozyumu, s. 22; Yine aynı şekilde bölge idare mahkemeleri arasındaki olası içtihat farklılıklarının önlenmesi için zorunlu “istinaflar kurulu” toplantılarının çalışmalarını düzenli, etkin ve verimli bir işleyişe tâbi kılınabileceği ve hukuksal veri tabanı oluşturulması gerektiği hakkında Sancakdar, 148. Yılı Sempozyumu, s. 40, s. 43 ve s. 74; İçtihat farklılığının giderilmesi hakkındaki görüşler için bkz. Demirkol, s. 138; Akyıldız, s. 31; Üstün, s. 18; Ayrıca İçtihat aykırılıklarının giderilmesi, içtihat birliğinin sağlanması hususunun önemi hakkında Avrupa Hâkimleri Danışma Kurulu” (CCJE)’nun 10 Kasım 2017 tarihli 20 no.’lu görüşü (CCJE, 2017/20 no.lu Yasanın uygulanmasında bir örneklik hususunda mahkemelerin rolüne ilişkin görüş, 10 Kasım 2017 Strazburg.) hakkında bkz. Sezginer, 150 Yılı Sempozyumu, s. 122-123.

¹¹ Sancakdar, 148. Yıl Sempozyumu, s. 43.

¹² **Anılan hükmün gerekçesi:** “Maddeyle, 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyumsuzlukları giderme görevi,

2575 sayılı Kanunun 39 ve 40 maddesine yapılan atıf kaldırılmış ve bu görev Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulundan alınarak Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri Kurullarına verilmiştir. Buna göre, 17.10.2019 gün ve 7188 sayılı Kanunun 7. maddesiyle yapılan değişiklik sonrası yeni hüküm

“Dördüncü fıkranın (c) bendine göre yapılacak istemler, konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna iletilir. İlgili dava daireleri kurulunca üç ay içinde karar verilir. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesindir.” şeklini almıştır¹³.

2576 sayılı Kanunda bölge idare mahkemelerinin aynı konularda verdikleri kararlar arasında aykırılık ve uyuşmazlık bulunması tabiri kullanılmıştır. Aslında aykırılık ve uyuşmazlık kavramları içtihat farklılığını doğuran bir hallerdir¹⁴. İctihat farklılığı olması nedeniyle Kanun koyucu uyuşmazlık ve aykırılıkların giderilmesi görevini ilk olarak Danıştay İçtihadı Birleştirme Kuruluna vermişti.

hâlihazırda Danıştay İçtihatları Birleştirme Kuruluna verilmiştir. Bu Kurul, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 18 inci maddesi uyarınca Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, dava daireleri başkanlar ve üyelerinden oluşmaktadır. Kurul, geniş katımlı yapısı sebebiyle sık toplanamamakta ve toplandığı zamanlarda Danıştay'ın diğer kurulları ve dava daireleri çalışmamaktadır. Ayrıca, Kurulun karar vermesi için Kanunda herhangi bir süre de öngörülmemiştir. Belirtilen nedenlerle söz konusu uyuşmazlıkların çözümlenmesi, beklenen süratle gerçekleşmemekte ve Danıştay'ın diğer kurulları ile dava dairelerinin işleyişinde aksaklıklar ortaya çıkmaktadır. Maddeyle, aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin gerekçeli istemlerin, uyuşmazlığın konusuna göre Danıştay idari veya vergi dava daireleri kurullarınca üç ay içinde karara bağlanacağı hüküm altına alınmaktadır. Aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak verilen kararlar kesin nitelikte olacaktır.” <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2215.pdf>> Erişim Tarihi 15.11.2020.

¹³ Yine doktrinde Sancakdar tarafından savunulan görüşe göre, 2576 sayılı Kanunun 3/D maddesindeki hükümden beklenen faydanın sağlanamaması halinde, Fransa'daki “yargısal görüş (avis contentieux)” mekanizması getirilebilir. Mahkemeler dava devam ederken, esasa girmeden önce, hükmün yorumu için Danıştay'dan yargısal görüş istenmesi mümkün kılınabilecektir. Sancakdar, 148. Yıl Sempozyumu, s. 41; Öte yandan Sezginer ise, içtihat farklılıklarının önüne geçilebilmesi için, her düzeydeki yargı kararına kısıtlamasız erişimin sağlanması, yerleşik içtihattan sapmak için net, açık gerekçeler sunma şartının aranması, benzer nitelikteki uyuşmazlıklar (davalar) bakımından Fransa ve Almanya'da uygulanan yargısal görüş veya grup davalar yolunun işletilmesi, mahkeme başkan ve üyelerinin, yargıçların belli aralıklarla istişare toplantıları yapmaları şeklinde ifade edilmiştir. Sezginer, 150. Yılı Sempozyumu, s. 130-133.

¹⁴ İdari yargıda içtihat farklılıkları sorunu ve çözüm yolları konusunda bkz. Turan Yıldırım, “İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2017, s. 135-153.

IV. AYKIRILIĞIN VE UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ KARARI VERİLME KOŞULLARI

2576 sayılı Kanuna göre bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesine karar verilebilmesi için aşağıdaki dört koşulun birlikte bulunması gerekmektedir.

1. Benzer olaylar hakkında bölge idare mahkemeleri istinaf dairelerince birbirine aykırı kesin nitelikte kararlar verilmelidir.

2. Farklı kararlar nedeniyle aykırılığın giderilmesi yönünde gerekçeli bir talep olmalıdır.

3. Başkanlar kurulunca talep üzerine kararlar arası aykırılığın giderilmesi yönünde karar alınmalıdır.

4. Aykırılığın giderilmesi konusu Danıştay ilgili kurulunca kabul edilmelidir.

A. Benzer Olaylar Hakkında Bölge İdare Mahkemeleri Dairelerince Birbirine Aykırı Kesin Nitelikte Kararlar Verilmeli

2576 sayılı Kanunun 3/C-4 maddesi uyarınca Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri Kurullarına başvuru yapılabilmesi için öncelikle benzer olaylar hakkında farklı bölge idare mahkemelerinin dairelerince verilen farklı kararlar olmalıdır¹⁵. Aynı şekilde aynı bölge idare mahkemesi bünyesinde yer alan istinaf daireleri arasında da farklı kararlar olması halinde bu kararlar arasındaki aykırılığın ve farklılığın giderilmesi amacıyla başvuru yapılabilir.

Bölge idare mahkemesinin hangi kararlarına karşı bu yola başvuru yapılabileceği yine Yasa hükmünde ifade edilmiştir. Buna göre bölge idare mahkemelerinin kesin nitelikteki kararlarına karşı bu yola gidilebilecektir. Dolayısıyla, istinaf sonrası temyiz kanun yolu açık olan kararlar ile istinaf yoluna başvurulmadan kesinleşen mahkeme kararları için aykırılığın

¹⁵ Yıldırım tarafından, aynı konularda benzer karar verilmesi idari yargı yerlerindeki içtihat farklılıklar nedenlerinden birisi olarak görülmüştür. Buna sebep olarak ise, üye sayısındaki değişiklik, üye yenilenmesi ve Dairelerin birden fazla heyetten oluşması, aynı konuda farklı kararlar verilmesine yol açabildiği ifade edilmiştir. Çözüm önerisi olarak ise, AİHM ve Anayasa mahkemesi kararlarında olduğu gibi, benzer olaylarda verilen önceki kararlara atıf yapılması tavsiye edilmiştir. Bu sayede önceki kararlara yapılan atıflarla, kararlarda istikrarı ve sürekliliği sağlayacak ve üye değişikliği, kararlardaki farklılığın sebebi olmaktan çıkacağı ifade edilmiştir. Yazar ayrıca önce verilen kararlardan ayrılan mahkemenin, bu ayrılığın haklı hukuki gerekçesini de ayrıntılı olarak açıklaması gerektiğini de ifade etmiştir. Yıldırım, 147. Yılı Sempozyumu, s. 146.

giderilmesi başvurusu söz konusu olamayacaktır.

1. İstinaf Başvurusuna Konu Edilen Kararlar

Kural olarak ilk derece mahkemelerince verilen kararların tamamına karşı istinaf başvurusu yapılabilecektir (2577 SK m. 45¹⁶). Ancak bu kuralın üç istisnası bulunmaktadır.

a- Konusu beş bin Türk lirasını (2021 yılı için 7.000,00 TL) geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz¹⁷.

b- İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamayacaktır (m. 45/8). Bu davalarda istinaf makamı olan bölge idare mahkemeleri yerine doğrudan doğruya Danıştay'a temyiz yolu getirilmiştir

¹⁶ 2577 sayılı Yasanın 45.maddesinin değişiklik önceki hali şu şekildedir; “1. İdare ve vergi mahkemelerinin; a) İlk ve orta öğretim öğrencilerinin sınıf geçme, not tespiti, kayıt, nakil, ilişik kesme ve disiplin cezalarına ilişkin işlemler ile yükseköğretim öğrencilerinin sınıf geçme ve notlarının tespitine ilişkin işlemlerden, b) Valilik, kaymakamlık ve yerel yönetimler ile bakanlıkların ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilâtındaki yetkili organları tarafından kamu görevlileri hakkında tesis edilen geçici görevlendirme, ikinci görev, vekaleten atama, görev ve unvan değişikliği içermeyen il içi naklen atama, görevden uzaklaştırma, yolluk, lojman ve izinlerine ilişkin idari işlemlerden, c) Kamu görevlilerine uyarma ve kınama cezası verilmesine ilişkin işlemlerden, d) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyeleri hakkında verdiği mesleki faaliyeti sona erdirmeyen her türlü disiplin ve sınav işlemlerinden, e) Asker ailelerine yardım ile ilgili işlemlerden, f) 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanunun uygulanmasından, g) 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu gereğince kamu kurum ve kuruluşları tarafından sosyal yardım amacıyla bağlanan aylık ve yapılan sosyal yardımlarla ilgili uygulamalardan, h) 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından, ı) 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun uygulanmasından, kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlar ile tek hâkimle verilen nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebilir.”

¹⁷ 6545 sayılı Kanunun TBMM'ye sunulan tasarısında ilk derece mahkemesince kesin olarak karar verilecek konular daha geniş olarak düzenlenmişti. Ancak, kanunlaşan metinde sadece parasal sınır kesinlikte ölçü alınmıştır. Tasarıda yer alan düzenlemeye göre, ilk, orta ve yükseköğretim öğrencilerinin not tespitleri ile bu öğrencilere verilen uyarma, kınama niteliğindeki disiplin cezalarına ilişkin işlemlere; kamu görevlilerinin lojman ve izin işlemlerine; kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının üyelerine uyarma ve kınama niteliğindeki disiplin cezası verilmesine ilişkin işlemlere, asker ailelerine yardımla ilgili işlemlere, 3294 sayılı Kanun uyarınca kamu kurumu ve kuruluşları tarafından yapılan sosyal yardımlarla ilgili işlemlere, 3091 sayılı Kanunla ilgili işlemlere karşı istinaf yoluna başvurulamayacak ve idare mahkemesince kesin nitelikte karar verilecekti. Bilgin, İdari Yargıda İstinaf, s. 51.

(m. 20A/2-g). Bunun nedeni ise, uyumsuzluk konusu edilen hususta bir an evvel kesin karara ulaşılmak istenilmesidir¹⁸. İvedi yargılama usulü uygulanacak olan, ihaleden yasaklama kararı hariç ihale işlemleri, acele kamulaştırma işlemleri, Özelleştirme Yüksek Kurulu kararları, 2634 sayılı Kanun uyarınca yapılan satış, tahsis, kiralama işlemleri, 2872 sayılı Kanun uyarınca verilen ÇED kararları, 6306 sayılı Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlarına ve MEB ile ÖSYM tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlara karşı açılan davalarda istinaf yoluna başvurulamayacaktır (m. 20/A-1; m. 20/B-1).

c- Diğer kanunlarda, verilen kararın kesin olduğuna ilişkin hüküm bulunması durumunda, istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Örneğin 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na göre, sınır dışı etme kararına karşı mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır ve mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir¹⁹.

Bu üç istisna dışındaki diğer tüm idare ve vergi mahkemesince verilen kararlarında 2577 sayılı Kanunun 45 inci maddesi uyarınca karar aleyhine olan tarafça “istinaf” başvurusu yapılabilecektir.

2. İstinaf Dairelerinin Kesin Nitelikte Kararları

İstinaf daireleri kararlarının büyük çoğunluğu kesin nitelikte kararlardır. Bu kararlara karşı herhangi bir başvuru yolu yoktur. Bu durumun istisnası olan karar ve dava türleri ise 2577 sayılı Kanunun 46 ıncı maddesinde tek tek sayılmış²⁰ ve 2577 sayılı Kanunda bölge idare mahkemesi kararlarının 46 ıncı

¹⁸ Bilgin, Beşinci Yargı Paketi, s. 160; Ayrıca ivedi yargılama usulü hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin/Yunus Eraslan, “6552 Sayılı Kanunla 2577 Sayılı Kanunlarda Yapılan Değişiklikler”, 2016, 1 (2), *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 121-147; Mine Kasapoğlu Turhan; “İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü”, 2015, (3), *Ankara Barosu Dergisi*, s. 185-219; Seyfettin Kara, “İvedi Yargılama Konuları ve Süreleri”, 2020, 15 (167), *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 1390-1408; Ramazan, Çağlayan, “Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama”, 2014, XVIII (3-4), *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 1-41.

¹⁹ Yunus Eraslan, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme”, 2020, 6 (1), *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 77-132.

²⁰ Bölge idare mahkemesi (ilgili istinaf dairesi) kararlarından 46. maddede 14 bent halinde sayılan kararlara karşı temyiz yolu öngörülmüştür. Tasarıda 6 dava türüne karşı temyiz yolu açık bırakılırken, yerinde bir kararla bu sayı Kanunlaşan metinde 14 bent olarak düzenlenmiş ve temyiz edilecek uyumsuzluk sayısı artırılmıştır. Temyize gidilecek olan dava türleri ise; a) Düzenleyici işlemlere (mahalli uygulanan düzenleyici işlemler bir başka deyişle iptali istemiyle Danıştay yerine ilk derece mahkemesi olarak diğer mahkemelerde iptal davası açılabilen düzenleyici işlemler) karşı açılan iptal davaları b) Konusu yüzbin TL'yi

madde uyarınca temyize açık olmayanları haricinde kesin olduğu şeklinde ifade edilmiştir (m. 45/6).

Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkra uyarınca verilen kararları kesindir (m. 45/5). Burada ilgili mahkemenin önceki kararında ısrar etme olanağı bulunmamaktadır.

Aykırılığın giderilmesi istemine konu edilebilecek olan kararlar da istinaf dairelerince verilen kesin kararlar olmalıdır. Kararın kesin olmaması halinde, Danıştay'a bu karara aykırı olan bir başka istinaf dairesi kararı ile aykırılığın giderilmesi istemiyle başvuru yapılamayacaktır. Nitekim Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu da önüne gelen bir aykırılığın giderilmesi istemlerini bu gerekçe ile reddetmiştir²¹. Anılan karara bakıldığında;

aşan (2021 yılı için 192.000,00 TL) vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar. c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları d) Belli bir ticari faaliyetin süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları e) Müşterek kararname (Cumhurbaşkanı, Başbakan ve ilgili bakan) ile yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemlerine karşı açılan davalarda temyiz yoluna gidilecek kararlardır. Aynı şekilde müşterek kararname ile olmasa bile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları f) İmar planları, parsalesyon işlemlerinden kaynaklanan davalar. Bu davaların içine İmar Kanununun 18. maddesi uyarınca yapılan imar uygulamaları da girmektedir. g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun uygulanmasından doğan davalar h) Maden, taş ocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı, boru hattı gibi kıyı tesislerine izne verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar j) 3996 sayılı Kanun ve 4283 sayılı Kanun uygulanmasından doğan davalar k) 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar l) 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar, Bilgin, İdari Yargıda İstinaf, s. 251-253.

²¹ DVDDK, 07.10.2020, E.2020/12, K.2020/11; 07.10.2020, E.2020/13, K.2020/12; 07.10.2020, E.2020/14, K.2020/13; 07.10.2020, E.2020/15, K.2020/14; 07.10.2020, E.2020/16, K.2020/15.

Vergi Dava Daireleri Kurulu öncelikle bu müessesenin getiriliş amacını ve uygulamaya sağlayacağı katkıyı açıklamıştır. Buna göre,

“2576 sayılı Kanun’un ilgili düzenlemesinde, aynı bölge idare mahkemesi dairelerince veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kararlar arasında aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesinin istenebilmesi, bölge idare mahkemesi vergi dava dairelerince verilen kararların kesin nitelikte olması şartına bağlanmıştır.

2576 sayılı Kanun’un bahse konu kuralında değişiklikler öngören 6545 sayılı Kanun gerekçesinde anılan başvuru yolunun “idari yargıda istinaf yolunda, dairelerin benzer konularda birbiriyle çelişen kararlar vermesini önlemek amacıyla” getirildiği belirtilmiştir; 7188 sayılı Kanun gerekçesinde ise aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine isteminin “aynı veya farklı bölge idare mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikte” kararlar bakımından istenebileceğine değinilmiştir.

İstinaf sisteminde 2577 sayılı Kanun’un 45 ve 46 ncı maddelerinde yer alan kurallar uyarınca bazı uyuşmazlıkların temyiz incelemesine tabi olmaksızın istinaf merciinin kararıyla kesin olarak yargısal çözüme kavuşturulması, bir uyuşmazlığın aynı ya da farklı bölge idare mahkemesi dava dairelerince konuya farklı hukuki yaklaşımlar getirilerek çözümlenebilmesine ve dolayısıyla hukuk uygulamasında belirsizlik ve öngörülemezliğe neden olabilecektir.

Bu durumu öngören kanun koyucu, istinaf sisteminde içtihat mahkemesi konumunda bulunan Danıştay’a, aynı veya farklı bölge idare mahkemelerinin dava dairelerince verilen ve temyiz incelemesine tabi olmaksızın uyuşmazlıkları kesin olarak sonuçlandıran kararlarda ortaya çıkabilecek aykırılıkları giderme ve ilgili uyuşmazlıklar yönünden ülke genelinde hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağlama görevini vermiştir.”

Vergi Dava Daireleri Kurulu yukarıda anılan kararı ile Kanun koyucunun Danıştay’a ülke genelinde hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği sağlama görevi verildiğini de ifade etmektedir. Kurul’un aynı kararında,

“2576 sayılı Kanun’un bahse konu hükmünde öngörülen manasıyla kesinlik istinaf incelemesi sonucunda verilen kararın temyiz incelemesine tabi olmamasını ifade etmektedir. İstinaf merciinin kesin nitelikte olmayan kararları temyiz incelemesine tabi olduğundan, temyiz merciinin vereceği kararlar ile bu uyuşmazlıklar hakkında hukuk uygulamasına yön verebileceği

açıktır. Dolayısıyla 2576 sayılı Kanun'un anılan düzenlemesinde öngörülen kanun yolu sadece bölge idare mahkemesi dairelerinin uyuşmazlığı kesin olarak çözümleyen kararları açısından işletilebilecek niteliktedir." gerekçesiyle, temyiz yolu açık olan kararlarda bu madde hükmü uyarınca başvuru yapılamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Anılan Danıştay kararı incelendiğinde, Kurulun önüne gelen olayda, aykırılığın giderilmesi istemiyle başvuru yapılan kararın, kesin nitelikte olmasına rağmen bu karar ile arasında aykırılık bulunduğu iddia edilen kararın Danıştay'da temyiz incelemesine konu edildiği görülmüştür. Buradan hareketle istinaf incelemesi sonucunda verilen ve kesin nitelikte olan bir kararla yine istinaf merciinin temyiz incelemesine tabi olan ve dolayısıyla kesin nitelikte bulunmayan kararları arasında mevcut olduğu belirtilen aykırılığın 2576 sayılı Kanun'un 3/C maddesinin (4) numaralı fıkrasının (c) işaretli bendi kapsamında giderilmesine hukuken olanak bulunmadığı sonucuna varılmış ve bu gerekçeyle istem reddedilmiştir.

Danıştay Vergi Dava Dairesi Kurulunun bu karardaki yorum ve görüşü kanaatimizce de mevzuata ve Kanun Koyucunun bu hükmü getirirken güttüğü amaca uygun düşmüştür. Zira, burada aykırı olduğu düşünülen karar hakkında Danıştay ilgili dairesince yapılacak olan temyiz incelemesi üzerine bu kararın değişme ihtimali bulunmaktadır. Anılan kararın Danıştay tarafından onanması halinde ise, mevcut davadaki başvuru sahibinin kendi dosyasındaki verilen karara karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurabilecektir.

Öte yandan temyiz yolu 2577 sayılı Kanununun 46 ncı maddesi uyarınca açık olması rağmen bu yola başvurulmadığı için kesinleşen bölge idare mahkemesi kararlarında aykırılıklar veya uyuşmazlık bulunması halinde gene bu yola başvurulup başvurulamayacağı konusunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce temyiz yolu açık olan ancak bu yola başvurulmayan kararlarla ilgili olarak Danıştay ilgili Kuruluna bu yolla bir başvuru yapılamamalıdır. Zira temyiz incelemesi Danıştay ilgili dairesi tarafından yapılmakta iken inceleme konumuzda inceleme Danıştay İdari/ Vergi Dava Daireleri Kurullarınca yapılmaktadır.

3. Benzer Olaylar Kavramı

İstinaf başvurusuna konu edilen uyuşmazlıkların birbirine benzer olaylar olması gerekmektedir²². Benzer olayın ne şekilde belirleneceği ise

²² İdari yargı yerlerinde içtihat birliğinden ziyade istinaf uygulamasında farklı yönde bir içtihat

dava konusu edilen işlemlerin niteliğine göre belirlenecektir. Burada “benzer olay” kavramının nitelendirmesini nihai olarak yapacak makam Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri Kurulları olacaktır. Doktrinde “benzer olay” kavramı yerine “benzer hukuki sorun” denilmesinin daha doğru ifade olduğu savunulmaktadır. Anılan görüşe göre, bir olayın benzer olması, aynı konudaki hukuki sorununda benzer olduğu anlamına gelmemektedir²³.

Danıştay İDDK’nın “benzer olaylar” kavramına yaklaşımı verdiği kararlardan hareketle tespit edilmeye çalışılmıştır.

Öğretmen olarak görev yapan davacıların üyesi oldukları sendikaların aldıkları kararlar doğrultusunda bir gün ya da daha uzun süreli göreve gelmemesi üzerine haklarında başlatılan soruşturma sonucunda disiplin cezasının yanı sıra görev yerlerinin değiştirilmesinin teklif edilmesi üzerine; davalı idare tarafından davacıların görev yerlerinin değiştirilmesi hususundan kaynaklanan uyuşmazlıkta, aralarında aykırılık olduğu öne sürülen kararlara konu olan naklen atama işlemlerinin sebep unsurunu oluşturan soruşturma raporlarında, her davacı açısından ayrı değerlendirme yapıldığından ve her rapordaki olgular, dayanaklar ve gerekçeler birbirinden farklı olduğundan aynı soruşturma raporuna ve gerekçeye dayanmayan naklen atama işlemlerini konu edinen uyuşmazlıkların, belirli bir ilke ve esasa bağlanmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle 2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesinin 4. fıkrasının (c) bendi kapsamına bulunmayan aykırılığın giderilmesi isteminin reddine karar verilmiştir²⁴.

geliştirilse dahi daha önce aynı konuda verilmiş kararların bilindiğinin ve değerlendirildiğinin kararda görülmesi, davaya ilişkin konuda daha önce verilmiş ilgili Danıştay dairelerinin kararlarının bilindiğinin kararda yer alması gerekli ve yeterli olduğu, çünkü hukuku geliştiren nokta, hep aynı tip kararı vermek değil; o karardan ayrılmayı haklı kılan olay özellikleri varsa bunu gerekçelendirerek yazma gerektiği, dolayısıyla bunu bir birliği sağlamak değil; bilinilirliği sağlamak ve yargı kararında da bu bilinilirliği göstermek problemi olarak değerlendirmesi hakkında görüş için bkz. Gülan, s. 26.

²³ Sancakdar, 148. Yılı Sempozyumu, s. 36.

²⁴ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/3, K.2020/37; Kanaatimizce atama işlemlerinin her birisinin özel durum arz etmesi nedeniyle benzer olay kavramı kapsamında görülmemesi doğru bir yaklaşımdır. Ancak her atama işlemi “benzer olay” kapsamı dışında görülemez. Örneğin, günümüzde milli eğitim il müdür yardımcılarının bu görevlerinden alınarak araştırmacı kadrolarına atanması söz konusu olmaktadır. Buna karşı açılan davalarda bir kısım bölge idare mahkemelerince idarenin takdir yetkisi olduğundan bahisle davaların reddine karar verilmektedir. Başka bir kısım bölge idare mahkemelerince ise bu atama işleminde idarenin takdir yetkisinin dayanağının somut olarak ortaya konulması gerektiği vurgulanmakta ve bu gerekçe ile atama işlemi iptal edilmektedir. Aslında bakıldığında ortada iki atama işlemi vardır. Ancak iki atama işlemi de aynı şekilde yapılmaktadır. Aynı gerekçe ile yapılan iş-

Anılan kararda Kurul tarafından aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlarda davacıların görev yeri değişikliklerinin temelinde, haklarında yürütülen soruşturma raporları olsa da anılan soruşturmanın nedenleri, soruşturma raporlarındaki bilgiler ve değerlendirmeler her uyuşmazlıkta birbirinden farklı olduğundan idarenin takdir yetkisinin denetimi yapılırken her davacının durumunun ayrı bir inceleme ve değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği ve her dosyanın kendine özgü bir nitelik taşıdığı açıkça ifade edilmiştir.

Yine DİDDK tarafından önüne gelen başka bir uyuşmazlıkta ise, düzenleyici bir işlemin yürütülmesinin yargı kararıyla durdurulması üzerine, idarenin yeni bir düzenleme yapması durumunda, bu yeni düzenleme karşısında davacıların başvurularının nasıl değerlendirileceği hususundan kaynaklanan ve yargı kararı sonrası yürürlüğe konulan yeni düzenlemeler karşısında davacıların durumlarının nasıl değerlendirileceği meselesine ilişkin olan uyuşmazlıkta, *“her bir dosyada yeni düzenleme sonrası, norm kadro çizelgeleri, kadro doluluk- boşluk durumu, idarenin başvuruya verdiği cevaplar ve bunun bir sonucu olarak incelenecek hususlar farklılık göstermekte olup, her davacının durumu ayrı bir inceleme ve değerlendirmeye muhtaç olduğundan, aralarında aykırılık olduğu öne sürülen kararların belirli bir ilke ve esasa bağlanmasına olanak bulunmadığına”* hükmedilmiştir²⁵.

Her iki olayda DİDDK tarafından somut olayın özelliği dikkate alınmış olup dava konusu edilen işlemlerin her davacı için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş ifade edilmiştir. Ancak yine aynı Kurul tarafından belirli bir düzenleyici işleme dayalı olarak tesis edilen atama işlemleri için aykırılığın giderilmesi gereken benzer olay kapsamında görülerek bu aykırılığın ne şekilde giderileceğine ilişkin karar verilmiştir. Anılan bu karara bakıldığında ise;

Uyuşmazlıklarda, davacıların görev yaptığı okullar proje okulu ilan edilmiş ve 01/09/2016 tarih ve 29818 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Millî Eğitim Bakanlığı Özel Program ve Proje Uygulayan Eğitim Kurumları Yönetmeliğinin “Geçiş hükmü” başlıklı Geçici 1. maddesi uyarınca bu

lemelerin denetiminde mahkemelerin yorumunda birlik olması adına bu tür uyuşmazlıkların da Danıştay İDDK önüne getirilebilmesi gerekir. DİDDK tarafından bu konuda son karar verilerek, idarenin bu tür atamalarda geniş takdir yetkisi mi olduğu, yoksa takdir yetkisinin somut ve ayrıntılı olarak ortaya konulup konulmaması gerekip gerekmediği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

²⁵ DİDDK, 06/07/2020, E.2020/73, K.2020/98.

okullarda öğretmen olarak sekiz yıllık görev süresini doldurduklarından bahisle başka okullara atanmaları üzerine aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlar verilmesi üzerine; “*dava konusu Yönetmeliğin “Geçiş hükmü” başlıklı Geçici 1. maddesinde, dava konusu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte valiliklerce ataması yapılmış olup dört veya sekiz yıllık görev süresini tamamlayan öğretmenlerin proje okullarındaki görevlerinin sona ereceği ve istekleri de dikkate alınarak ilgili mevzuat uyarınca Valiliklerce belirtilen usulde diğer eğitim kurumlarına atamalarının yapılacağı yolunda düzenlemelere yer verilmesi ve davacıların görev yaptıkları proje okullarına Bakanlık işlemi ile atanmış olmaları karşısında anılan Yönetmeliğin “Geçiş hükmü” başlıklı Geçici 1. maddesinin uygulanması kapsamında bulunmadıklarına ve davaların dava konusu işlemlerin iptali yönünde aykırılığın giderilmesi gerektiğine” hükmedilmiştir²⁶.*

Öte yandan öğretmen olarak görev yapan davacıların üyesi oldukları sendikaların aldıkları kararlar doğrultusunda bir gün ya da daha uzun süreli göreve gelmemesi üzerine haklarında başlatılan soruşturma sonucunda verilen disiplin cezasının iptali istemiyle açılan davalarda, farklı bölge idare mahkemelerince farklı kararlar verilmesi nedeniyle yapılan başvurularda işin esasına girilerek bu konuda karar verilmiştir. Anılan başvurular hakkında “*uyuşmazlık konusu olaydaki sendika kararı; kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve çıkarları ile bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi amacını taşımadığından, bu haliyle “işe gitmeme” eylemi, sendikal faaliyet kapsamında bulunmadığından davacının bir gün süreyle göreve gelmemesinin haklı mazeretinin bulunmadığı gerekçesiyle davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına”* hükmedilmiştir²⁷.

4. Farklı Kararların Aynı Daire Tarafından Verilmemesi

Aykırılığın giderilmesi istenilen kararlar farklı istinaf daireleri tarafından verilmelidir. Aynı dairenin farklı zamanlarda vermiş olduğu kararlar arasında aykırılık bulunması halinde bu madde hükmüne göre bir başvuru yapılamayacaktır. Danıştay İDDK bu konuda verdiği kararlarda “*benzer olaylarda bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık çıkması halinin düzenlendiği,*

²⁶ DİDDK, 17.02.2020, E.2020/34, K.2020/5.

²⁷ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/1, K.2020/35.

aynı Dairenin konusu aynı olan davalarda farklı tarihlerde verdiği farklı nitelikteki kararların madde kapsamına girmediği” şeklinde ifadeler yer verilmektedir²⁸.

Kurul tarafından Bölge İdare Mahkemesi İdari Dava Dairesinin maddi ve hukuki durumları aynı olan davalarda verdiği kararlar arasında istikrarı sağlamanın aynı Dairenin sorumluluğunda olduğu vurgulanmıştır²⁹.

Ancak anılan kararlar oyçokluğuyla alınan kararlardır. Bu kararlardaki azlık oylarında, bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki ifadesinden BİM’lerin birden çok dairesi olması nedeniyle çoğul ifade kullanıldığı, bu nedenle aynı dairenin çelişkili kararlar vermesi halini de kapsadığı ve aykırılığın mutlaka iki daire arasında olması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Buna göre de, aynı dairenin benzer olaylarda verdiği kesin nitelikteki kararları arasında da aykırılıkların giderilmesi istenilebilmesini Kanun koyucu da istemektedir. Aksi durumun kabulü halinde aynı Dairenin kesin nitelikteki çelişkili kararları arasında aykırılıkların giderilmesi mümkün olmayacaktır. Bu halde de hukuki güvenlik ilkesi zedelenecek ve Kanun koyucunun amacı da gerçekleşmeyecektir.

Kanaatimizce DİDDK kararına nazaran azlık oyundaki görüşlerin kabul edilmesi hukuka güven duygusunun sarsılmaması adına daha yerinde bir uygulama olacaktır. Zira ortada DİDDK’nın önüne kadar gelmiş olan bir uyuşmazlık vardır ve bu uyuşmazlıkta kesin olarak ne yönde çözümleneceği konusunda yetkilendirilen yargı birimi DİDDK’dır. DİDDK önüne bu türde bir uyuşmazlık geldiğinde artık bu konu hakkında aykırılığın ne yönde giderilmesi gerektiğini belirtmeli ve bir daha böyle bir uyuşmazlık çıkmasının da önüne geçmelidir.

²⁸ DİDDK, 17.02.2020, E.2020/58, K.2020/1; 24/02/2020, E.2020/59, K.2020/34; 06/07/2020, E.2020/97, K.2020/101.

²⁹ Danıştay’ın bu görüşünü destekler nitelikte olması açısından ifade etmek isteriz ki, 7035 sayılı Kanun’la, 2576 sayılı Kanunun 3/B maddesi değiştirilmiş ve daire başkanlarının görevleri arasında “Dairelerinde uyumlu, verimli ve düzenli çalışmanın gerçekleşmesini ve işlerin makul sürede incelenmesini ve karara bağlanmasını sağlamak, dairelerin kendi arasında meydana gelen farklılık ve uyumsuzlukların giderilmesi için tedbirler almak” da eklenmiştir. Anılan bu değişiklikte Danıştay’ın bu konudaki verdiği kararların dayanağını oluşturabilecek kanun maddesi olarak ifade edilebilir. Ancak Danıştay kararlarında bu hükme yer vermemiştir.

5. Başvuru Yapılan Karara Bakacak Olan Dairenin Değişmesi

Bölge idare mahkemeleri istinaf daireleri arasındaki iş bölümleri HSK tarafından belirlenmektedir. Zaman zaman mevcut iş bölümlerinde dairenin dava sayılarının aşırı artması/azalması veya yeni istinaf daire açılması gibi sebeplerle değişikliklere gidilebilmektedir. Bu halde de bölge idare mahkemeleri daire kararları arasında aykırılığın giderilmesine istemine konu kararları veren daireler de değişebilmektedir. DİDDK bu tür iş bölümü değişikliği ile kendi önüne gelen başvuruda karar veren dairenin değişmesi halini başvurunun reddi sebebi olarak görmektedir. DİDDK göre;

“Aykırılığın giderilmesi istemine konu olan davaların Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü İdari Dava Dairesinin görev alanından çıkarılması ve buna bağlı olarak başvuruya konu idari dava daireleri kararları arasındaki aykırılığın devam etmesi olasılığının da ortadan kalkması karşısında, anılan idari dava daireleri arasında halihazırda bir aykırılık bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, bu aşamada, aykırılığın giderilmesi istemi hakkında karar verilmesine gerek bulunmadığından istemin reddine” şeklinde olduğu görülmektedir³⁰.

Danıştay’ın bu kararları da oyçokluğu ile alınmakta olup azlıkta kalan üyelerce yazılan karşı oylarında ise; öncelikle aykırılığın giderilmesi istemine konu olan kararlar arasında aykırılık bulunduğu hususu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bu aykırılığın giderilmesi ve bu konuda son sözün söylenmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu sayede hukuki istikrar da sağlanmış olacaktır. Karşı oy kullananlara göre, her ne kadar uyuşmazlık konusu davaları çözümleme görevi başvuran idari dava dairelerinden birisinin görev alanından çıkmış olması aykırılığın giderilmesi isteminin incelenmesine engel olmadığı gibi bu gerekçe ile istemin reddine de karar verilmemelidir. Bunun aksinin kabul edilmesi durumunda idarece yapılacak olan iş bölümü değişiklikleri ile aykırılığın giderilmesi istemli başvuruların incelenmesinin önü kapanacaktır. Bu durum ise kanun koyucunun öngördüğü amacın gerçekleşmemesine ve hukuki istikrarın korunmamasına neden olacaktır. Bu nedenle de DİDDK kararlarındaki azlık oylarında aykırılığın giderilmesi istemli başvuruların esasına girilerek karar verilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.

³⁰ DİDDK, 17/02/2020, E.2020/63, K.2020/9; 24/02/2020, E.2020/54, K.2020/18; 24/02/2020, E.2020/62, K.2020/64; *Daire iş bölümü değişikliğinin içtihat farklılığını ortadan kaldırma olasılığı bulunduğundan başvurunun reddi gerektiği hakkında* DİDDK, 24.02.2020, E.2020/52, K.2020/17.

Kanaatimizce, azlık oyundaki görüş uyuşmazlıkların bir an evvel kesinleşmesi adına daha isabetlidir. Zira, burada asıl amaçlanan husus, bölge idare mahkemelerinin çeşitli daireleri tarafından verilen ve birbirine aykırı hükümler içeren uyuşmazlıklar hakkında aynı yönde kararlar verilmesinin yolunun açılmasıdır. Nitekim bu gerekçe ile DİDDK tarafından başvurusu reddedilen uyuşmazlıklara bakıldığında aslında bu konuların gerek usul kurallarına ilişkin olması gerekse bundan sonrada benzer yönde birçok uyuşmazlık çıkma olasılığı nedeniyle bir an evvel kesin olarak çözümlenmesi gereken hususlardır³¹.

B. Farklı Kararlar Nedeniyle Aykırılığın Giderilmesi Yönünde Gerekçeli Bir Talep Olmalı

Bölge idare mahkemesinin farklı daireleri arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri arasında aynı konularda farklı kararları olması halinde bu aykırılıkların giderilmesi yönünde bir talep olmalıdır.

1. Aykırılığın Giderilmesini Talep Edebilecekler

İstinaf dairelerinin kararları arasında farklılıklar bulunması halinde bu aykırılığın giderilmesini talep edebilecek olan kişi ve kurumlar kanunda açıkça ifade edilmiştir.

a. Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu: Başkanlar kurulu resen bu yola başvurabilecektir. Başkanlar Kurulunun resen bu yola başvurusu halinde her hangi bir talep gerekmemektedir. Bölge idare mahkemesi başkanı tarafından oluşturulan başkanlar kurulu toplantı gündemine bu konu da eklenecek ve başkanlar kurulu tarafından görüşülecektir.

b. İstinaf daireleri: Bölge idare mahkemelerindeki ilgili istinaf dairesince kararlar arasındaki farklılıkların giderilmesi istenebilmektedir. İlgili istinaf dairesi kendi kararları ile aynı bölge idare mahkemesi ya da farklı bölge idare mahkemelerindeki aynı konuya bakan istinaf daireleri kararları arasında bir

³¹ DİDDK tarafından bu gerekçe ile reddedilen uyuşmazlıklar; İdarenin dava konusu işlemde, Anayasa'nın 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, ilgilinin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve süresini belirtmediği hallerde dava açma süresinin hesaplanması hususundan kaynaklandığı; İncelemeye konu başvuruda giderilmesi istenen aykırılığın, orman izni nedeniyle orman idaresine ödenmiş olan arazi izin bedeli ile ağaçlandırma bedelinin iadesi istemiyle yapılan başvurunun, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında mı yoksa 11 inci maddesi kapsamında mı bir başvuru olduğu hususundan kaynaklandığı; son olarak da 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 7 nci maddesi uyarınca, inşaat faaliyeti yürütenlerden otopark katılım bedeli istenip istenemeyeceği hususundan kaynaklandığı görülmektedir.

aykırılık veya uyuşmazlık görmesi halinde bu aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesini Başkanlar Kurulundan talep edebilmektedir. Ancak mevzuatta bu talebin daire başkanı tarafından başkanlık yazısı yoluyla mı olacağı yoksa daire heyetince verilecek bir kararla mı olacağı konusunda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu şekilde başkanlar kurulu başvuru için daire başkanının başkanlık yazısı yeterli görülmelidir.

c.İstinaf yoluna başvurma hakkı bulunanlar: İstinaf yoluna başvuru hakkı olan taraflar ise aykırılık görülen kararın taraflarıdır. İlk derece mahkemesi kararları aleyhlerine olan taraflar bu kararlara karşı istinaf başvuru yoluna gidilebilecektir. Buna göre, dava konusu işlemin iptali halinde dava konusu işlemi istinaf başvuru yoluna başvuru hakkı davalı idareye ait iken, davanın reddi halinde ise davacı tarafın istinaf yoluna başvuru hakkı bulunmaktadır. Burada önemli olan husus ise karar aleyhine olan tarafın bu yola başvuru yapabilecek olmasıdır. Bir başka ifadeyle istinaf dairesi kararı aleyhe olan taraf, başka bir istinaf dairesince aynı konuda lehine karar verildiği iddiası ile bu yola başvurabilecektir. Tarafların bu yola başvurularında taraflardan her hangi bir başvuru, karar harcı veya posta avansı istenilmemektedir³².

İstinaf yoluna başvuru hakkı olanlar bu haklarını ancak başvuruya konu kararı veren istinaf dairelerinin bulunduğu bölge idare mahkemeleri başkanlar kuruluna başvurarak kullanabilirler. Bir başka ifadeyle, istinaf yoluna başvuru yapma hakkı olanlar istinaf yoluna başvurduğu yer dışında başka bir bölge idare mahkemesi başkanlar kuruluna veya doğrudan Danıştay'a başvuru yapamazlar. Bu şekilde bir başvuru yapılması halinde başvuru yapılan bölge idare mahkemesi başkanlığınca kararına karşı başvuru yapılan bölge idare

³² Ülkemizde Devlet hizmetleri karşılığı olarak alınacak olan harçlar konusu 492 sayılı Harçlar Kanunu ile düzenlenmiştir. Yargılama harçları da yine bu kanunla düzenlenmiştir. Bölge idare mahkemeleri ile Danıştay'da açılacak davalarda (1) sayılı tarife uyarınca harç alınacaktır. Ancak vergi resim harç ve benzeri mali yükümler ile bunlara bağlı zam ve cezalarla ilgili olup bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'ın görevi içinde bulunan işlemler de ise (3) sayılı tarifeye göre harç alınacaktır (m.5). Madde metninde her ne kadar bölge idare mahkemeleri ifadesi kullanılmışsa da burada kast edilen aslında idare mahkemeleri ile vergi mahkemeleridir. İlk derece mahkemeleri olarak idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay'da dava açılmaktadır. Bölge idare mahkemelerinin ilk derece mahkemesi olarak gördüğü dava bulunmamaktadır. İstinaf yoluna başvuru da yine harca tabi bir başvuru yoludur. İstinaf başvurusunun yapıldığı tarihteki harç miktarı esas alınarak bu harç alınacaktır (geçici madde 1). Ancak Başkanlar Kurulunu bölge idare mahkemeleri kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi konusunda yapılacak olan başvurular konusunda her hangi bir harç ya da posta gideri yatırılması gerektiği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla uygulamada istinaf başvurusu yapma hakkı bulunanlarca bu yola başvurulması halinde başvuranlardan her hangi bir harç veya posta gideri alınmamaktadır. Bilgin, İdari Yargıda İstinaf, s. 74-75.

mahkemesi başkanlığına gönderilmelidir. Bu sayede başvuru yapılan bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu tarafından başvurunun reddi üzerine, başvuru yapanın aynı nedenle başka bir bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunu da meşgul etmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

2. Başvurunun “Gerekçeli” Olması Gerekliliği

Gerek istinaf dairesince gerekse istinaf yoluna başvuru hakkı bulunanlarca aykırılıkların giderilmesi istemiyle Başkanlar Kuruluna yapacakları başvuruların gerekçeli olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, aykırılıkların sebebi ve bu aykırılıkların hangi noktalarda ortaya çıktığı hususlarında gerekçelere yer verilmelidir. Aynı şekilde başvuruda gerekçeye yer verilirken aykırılık olduğu düşünülen ilgili istinaf dairesi kararlarının karar tarihi, esas ve karar numarası gibi karar bilgilerine de yer verilmelidir³³.

Gerekçesiz yapılan başvurular başkanlar kurulunca reddedilebilecektir. Burada başkanlar kurulunun takdir yetkisi vardır. Başvuru hakkına sahip olanlar, başvuru gerekçelerini ortaya koyarak yeniden başvuru yapabilir. Bu takdir ilgili başvuranların gerekçelerini ortaya koyarak yeniden başvuru yapmasını engelleyen bir durum bulunmamaktadır.

Uygulamada söyle bir sorun ortaya da çıkmaktadır. Aslında gerekçeli olarak başvuru yaptığını düşünen bir tarafın bu başvurusunun başkanlar kurulunca uygun bulunmaması halinde başvuranın ne yapacağına dair bir hüküm mevzuatta bulunmamaktadır. Acaba başkanlar kurulunun bu işlemi yargısal işlem dışında bir idari işlem gibi görülerek başkanlar kurulu kararı karşı idari yargıda iptal davası yoluna gidilebilir mi? Başkanlar kurulu kararı yargısal bir faaliyet olarak görülerek bu işleme karşı açılan davada idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem olmadığı gerekçesiyle incelenmeksizin ret kararı verilebilir. Başkanlar Kurulu kararlarına karşı yine Danıştay’ın ilgili Dava Daireleri Kuruluna itiraz yoluna gidilebilir mi? Bu konuda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimce başkanlar kurulu kararı yargısal bir faaliyet olup bu karara karşı yargı yoluna başvurulamaz. Ancak anılan kararın kesinliği madde hükmünde açıkça vurgulanmamış olsa da bu kararlara karşı itiraz da edilemez.

Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri bu şekilde bir başvuru geldiğinde iki türlü karar verebilecektir. İlk olarak mevzuatta bu şekilde bir itiraz müessesesi

³³Aykırılık bulunduğu kabul edilen kararların hangi bölge idare mahkemesi dairesinin, hangi kararları olduğunun açık olarak belirtilmesi gerektiği hakkında DİDDK, 17/02/2020, E.2020/6, K.2020/2.

düzenlenmediği için başvurunun incelenmeksizin reddine karar verebilir. Bir diğer ihtimal ise, başvuruyu esastan inceleyerek başvuru şartlarının oluşup oluşmadığına karar verebilir. Başvuru koşulları oluşmuş ise başvuruyu esastan inceleyecektir. Ancak bu durumda yine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun yerleşik görüşüne³⁴ göre, ilgili başkanlar kurulunun uyuşmazlık hakkında görüşünün de bulunması gerekmektedir.

C. Başkanlar Kurulunca Talep Üzerine Kararlar Arası Aykırılığın Giderilmesi Yönünde Karar Alınmalı

İstinaf dairelerinin kararları arasında aykırılık bulunması ve bu aykırılıkların giderilmesi yönünde bir talep olması halinde başkanlar kurulu tarafından bu aykırılık iddiasının uygun görülmesi ve uygun gördükten sonra aykırılığın hangi yönde giderilmesi yolundaki kendi görüşünü de ekleyerek aykırılığın giderilmesi yönünde Danıştay'a başvuru yapılması gerektiği yönünde karar verilir.

1. Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu

Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu, bölge idare mahkemesi başkanı ile o bölge idare mahkemesi başkanlığı bünyesinde görev yapan daire başkanlarından oluşmaktadır. Başkanlar kurulunu oluşturan üyelerin sayısı bölge idare mahkemesinde görev yapan daire sayısına göre değişmektedir. Örneğin, hali hazırda Ankara Bölge İdare Mahkemesi başkanlar kurulu 18 kişiden, Konya Bölge İdare Mahkemesi başkanlar kurulu 8 kişiden, Erzurum Bölge İdare Mahkemesi başkanlar kurulu ise 5 kişiden oluşmaktadır.

Başkanlar kuruluna bölge idare mahkemesi başkanı başkanlık edecektir. Bölge idare mahkemesi başkanının izinli, raporlu, başka yerde görevli vs. olduğu zamanlarda (bölge idare mahkemesi başkanının bulunmadığı hallerde) bölge idare mahkemesi başkanlar kuruluna daire başkanlarından en kıdemli olanı başkanlık etmektedir. Bu takdirde yine bölge idare mahkemesi başkanının görev yaptığı daireden de kıdemli üye bölge idare mahkemesi başkanı yerine bu toplantıya katılabilse de, bu toplantıda bölge idare mahkemesi başkanı yerine başkanlar kurulu başkanlığı yapamayacaktır. Aynı şekilde, başkanlar kuruluna katılacak olan diğer daire başkanlarından birinin mazereti nedeniyle toplantıya katılamayacak olması halinde o dairenin kıdemli üyesi başkanlar

³⁴ DİDDK, 17/02/2020, E.2020/32, K.2020/11; 24/02/2020, E.2020/60, K.2020/63; 09/06/2020, E.2020/64, K.2020/92.

kurulu toplantısına katılacaktır³⁵.

Başkanlar kurulu tüm üyelerin bulunması ile eksiksiz olarak toplanır. Toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar alır. Oyların eşitliği halinde ise bölge idare mahkemesi başkanının bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış olacaktır. Bunu bir örnek ile açıklamak gerekirse hali hazırda Konya Bölge İdare Mahkemesinde 4 idari ve 3 vergi olmak üzere 7 daire bulunmakta olup bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu bölge idare mahkemesi başkanı ile birlikte toplamda 8 başkan ile toplanacak ve normal koşullarda 5 üyenin aynı yönde oy kullanması ile de gündemdeki konuyu karara bağlayacaktır. Ancak oylamaya sunulan konuda 4'e 4 gibi bir sonuç ortaya çıkması halinde ise bölge idare mahkemesi başkanının oyunu kullandığı yönde karar alınacaktır (2576 SK m. 3/C-6)³⁶.

Kanunda başkanlar kurulunun toplanma zamanı için mutad bir toplantı tarihi belirtilmemiştir. Kanaatimizce, kurul ele alacağı konulara da bakıldığında ayda en az iki kere toplanmalıdır. Bu sayede başkanlar kuruluna verilen görevlerin ifası ve takibi de sağlanmış olacaktır³⁷. Burada hemen akla neden ayda üç ya da dört kez değil de iki kez toplanılması gerektiği sorusu gelebilir. Kurulun her hafta toplanması için gündeminde görüşecek bir konu olmayabilir. Gündeminde konu olmayan Kurulu her hafta toplamaya da gerek bulunmamaktadır. Ancak iki haftada bir toplanılması halinde hem her hafta toplanmaya göre gündemine görüşülecek konu gelme ihtimali artacaktır hem de bu sayede bölge idare mahkemesi bünyesindeki dairelerin iş durumuna ilişkin görüş alış verişinde bulunabilecektir.

2. Başkanlar Kurulunun Danıştay'a Başvuru Yapması

Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri 2576 sayılı Kanunun 3/C-4 maddesinde 4 alt bent halinde sayılmıştır³⁸. Anılan görevler arasında da çalişmamızın konusu oluşturan

³⁵ Bilgin, İdari Yargıda İstinaf, s. 26.

³⁶ Bilgin, İdari Yargıda İstinaf, s. 26-27.

³⁷ Bilgin, İdari Yargıda İstinaf, s. 26-27.

³⁸ 4. Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun görevleri şunlardır: a) Daireler arasında çıkan iş bölümü uyuşmazlıklarını karara bağlamak. b)(Mülga: 20/7/2017-7035/2). c) Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay'dan bu konuda karar verilmesini istemek. d) Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak

“ Benzer olaylarda bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması halinde resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine istemin uygun görülmesi halinde kendi görüşlerini de ekleyerek konuyu Danıştay’a iletmek” de yer almaktadır.

Danıştay Başkanlığına başvuru, başkanlar kurulunca resen yapabileceği gibi, ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini yazılı ve gerekçeli olarak istemeleri halinde de yapılabilir.

Başkanlar kurulu kendisine yapılan başvuruyu uygun bulması halinde kendi görüşünü de ekleyerek Danıştay’a başvuruyu iletmesi gerekmektedir. Başvurunun uygun bulunmaması halinde ise başkanlar kurulu başvuruyu Danıştay Başkanlığına iletmeyecektir. Bu takdirde başvuranın gidebileceği yola ilişkin mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce başkanlar kurulunun konuyu uyuşmazlık çıkarmaya veya aykırılık gidermeye uygun görmemesi halinde bu karara karşı bir başvuru imkânı bulunmamaktadır. Ancak başvuran bu kararın da ilgili Danıştay Dava Daireleri Kurulu tarafından incelenmesi istemiyle başvuru yapabilir. Bu takdirde Danıştay Dava Daireleri Kurullarınca izlenecek yol konusunda iki ihtimal bulunmaktadır. Birinci yolda bu hususta itiraz yolu mevzuatta düzenlenmediği için itirazı incelenmeksizin reddedebilecektir. İkinci yolda ise işin esasına girerek konuyu esastan inceleyerek başkanlar kurulu kararını kaldırıp dosyayı konu hakkındaki görüşünü bildirmesi için ilgili başkanlar kuruluna gönderebilecektir. Ancak bütün bunlar yasal boşluktan kaynaklı olasılıklar olup uygulamada henüz bu yönde verilen Dava Daireleri Kurulları kararı bulunmamaktadır.

Öte yandan başkanlar kurulunun Danıştay’a başvuru yaparken kendi görüşünü eklemesi gerekmektedir. Burada kendi görüşünün eklenmesi ibaresinden ne anlaşılması gerektiği ifadesi uygulamada tartışma konusu olmuştur. Bir takım bölge idare mahkemelerince kanunda ifade edilen *kendi görüşü* ibaresinden sadece uyuşmazlığın veya aykırılığın varlığı ve giderilmesi gerektiği yönündeki görüş yeterli görülmüştür. Ancak Danıştay tarafından görüş ile kast edilen hususun uyuşmazlık veya aykırılığın hangi yönde giderilmesi gerektiği yönünde karar verilmesi gerektiği şeklinde olduğu açıkça ifade edilmiştir³⁹.

³⁹ Görüş olmadığından ilgili Başkanlar Kuruluna dosyanın gönderilmesine ilişkin DİDDK, 17/02/2020, E.2020/32, K.2020/11; 24/02/2020, E.2020/60, K.2020/63; 09/06/2020,

D. Aykırılığın Giderilmesi İstemi Danıştay'ın İlgili Kurulunca Kabul Edilmeli

Bölge İdare mahkemeleri Başkanlar Kurulunca aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesi yönündeki taleplerin ilgili Danıştay Dava Daireleri Kurullarınca kabul edilmesi gerekmektedir.

1. Danıştay Dava Daireleri Kurulları

Uyuşmazlık veya aykırılığın giderilmesi başvuruları hakkında karar verecek olan kurullar başvuru yapılan davanın türüne göre farklılık göstermektedir. Buna göre, dava konusu edilen uyuşmazlığın bölge idare mahkemesinin idari dava dairesi görevine giren bir konuya ilişkin olması halinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, bölge idare mahkemesinin vergi dava dairesi görevine giren bir konuya ilişkin olması halinde ise Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca çözümlenecektir.

a. İdari Dava Daireleri Kurulu

İdari Dava Daireleri Kurulunun görevleri 2575 sayılı Kanununun 38 inci maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre, İdari Dava Daireleri Kurulu idare mahkemelerince verilen ısrar kararlarını⁴⁰ ve Danıştay İdari Dava Dairelerinde ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen incelemektedir (m. 38/1-a,b). Burada ilk derece mahkemesi kararları denilmesine rağmen istinaf başvuru yolunun getirilmiş olmasıyla birlikte artık İdari Dava Daireleri Kurulu idare mahkemelerince (sadece 20 Temmuz 2016 yılından önce) verilen kararlarındaki ısrar kararları yanında Bölge İdare Mahkemeleri İdari Dava Dairelerinin temyiz yolu açık olan kararlarında vermiş oldukları ısrar kararını da temyizen inceleyecektir.

E.2020/64, K.2020/92; 09/06/2020, E.2020/67, K.2020/93; 09/06/2020, E.2020/68, K.2020/87; 09/06/2020, E.2020/69, K.2020/88; 09/06/2020, E.2020/70, K.2020/86; 09/06/2020, E.2020/71, K.2020/89; 09/06/2020, E.2020/95, K.2020/90; 09/06/2020, E.2020/96, K.2020/91; 06/07/2020, E.2020/99, K.2020/108.

⁴⁰ İdari yargıda ısrar müessesesi hakkında geniş bilgi için bkz. Hüseyin Bilgin, "Son Yasal Değişiklikler Bağlamında İdari Yargıda "İsrar" Kararı", 2020, 28 (1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 75-125; Halit Eyüp Özdemir, "İdari Yargıda 'İsrar' (Direnme) Kararının Şekil ve İçerik Bakımından Niteliği", 2012, 8 (95-96), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 27-36; Selçuk Hondu, "İdari Yargı-lama Usulünde İsrar", 1986, (60-61), Danıştay Dergisi, s. 48-53; Yunus Emre Yılmazoğlu, "İsrar Kararı ve Dava Daireleri Kurulunca Bozulması Üzerine Verilen Kararın Temyizen İncelenmesi", 2014, 4 (14), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 911-938.

Ancak anılan düzenleme ve İdari Dava Dairelerinin görevleri içerisinde 2576 sayılı Kanunun 3/D-1 maddesinde yapılan değişiklikle getirilen göreve ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Burada madde metninde değişiklik yapılarak Bölge İdare Mahkemelerinin idari dava daireleri ibaresi ile birlikte Kurulun bölge idare mahkemesi istinaf daireleri kararları arasındaki uyumsuzluk veya aykırılıkların giderilmesi görevine ilişkin görevleri de madde metnine eklenmelidir.

Danıştay İdari Dava Dairelerinin oluşumunu iki ayrı başlık altında incelemek mümkündür. Zira, 6352 sayılı Kanunla getirilen geçici hükümlerle birlikte getirilen ve daha sonra 6372 sayılı Kanunla ve 696 sayılı KHK (7079 sayılı aynen kabul edilen Kanun) ile uzatılan süre ile 2022 yılına kadar idari dava daireleri sabitlenmiş ve artık uyumsuzluklar bu Kurul tarafından çözümlenecektir⁴¹. 2022 tarihinden sonra ise 2575 sayılı Kanunun 17 nci maddesi uygulanmaya başlayacaktır⁴².

b. Vergi Dava Daireleri Kurulu

2575 sayılı Kanunun 38 inci maddesinde Vergi Dava Daireleri Kurulunun görevlerinin neler olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, Vergi Dava Daireleri Kurulu vergi mahkemelerince verilen ısrar kararlarını ve Danıştay Vergi Dava Dairelerinde ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen

⁴¹ Danıştay İdari Dava Daireleri her idari dava dairesinden en az bir üye olması kaydıyla 14 sabit üyeden oluşacaktır. Bu üyeler Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilecektir (Geçici madde 24/1-a). İdari Dava Dairelerinde görevlendirilen bu üyeler Kurulda sürekli olarak görev yapacaklardır. Danıştay Genel Kurulu iş durumunu nazara alarak bu üyelerin kendi Dairelerindeki çalışmalara da katılmasına karar verebilir (Geçici madde 24/1-b). Hali hazırda Kurulun toplantı ve görüşme yeter sayısı da 11 olarak belirlenmiştir. Toplantıya katılan üyelerin oy çokluğu ile de karar alınacaktır (Geçici madde 24/1-c).

⁴² İdari Dava Daireleri Kurulu, idari dava dairelerinin başkanları ile her idari dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen iki asıl ve iki yedek üyeden oluşacaktır (m. 17/1). İki yıllık süre sonunda Başkanlık Kurulunca idari dava daireleri kurulundaki üyelerin yarısı iki yıl süreyle yeniden görevlendirilirken, diğer yarısı kurulda daha önce görevlendirilmeyen üyeler arasından yenilenir (m. 17/1). Asıl üyenin görevini geçici olarak yerine getirememesi durumunda ilgili daireden, zorunlu hallerde diğer dairelerden görevlendirilen yedek üye kurul toplantılarına katılır. Kurulların asıl veya yedek üyeliklerinde boşalma olması hâlinde Başkanlık Kurulu tarafından yedi gün içinde, kalan süreyi tamamlamak üzere yeni üye görevlendirilir (m. 17/1). İdari Dava Daireleri Kurullarına Danıştay Başkanı başkanlık edebileceği gibi Başkan vekillerinden birisi de başkanlık edebilir. Danıştay Başkanı veya başkan vekillerinden birisinin bulunmaması halinde ise, Daire Başkanlarından en kıdemlisi kurula başkanlık edecektir (m. 17/2). İdari Dava Daireleri Kurulu için toplantı ve görüşme yeter sayısı on beştir (m. 17/3). Toplantılarda hazır bulunanların çift sayıda olması yani 16 kişinin tamamının katılması halinde en kıdemsiz üye Kurul toplantısına katılamayacaktır (m. 17/4). Kurulda kararlar oy çokluğu ile alınacaktır (m. 17/5).

incelemektedir⁴³ (m. 38/2-a,b). Burada ilk derece vergi mahkemesi kararları denilmesine rağmen yukarıda da izah ettiğimiz üzere, istinaf başvuru yolunun getirilmiş olmasıyla birlikte artık Vergi Dava Daireleri Kurulu vergi mahkemelerince (20 Temmuz 2016 tarihinden önce) verilen ısrar kararları yanında Bölge İdare Mahkemeleri Vergi Dava Dairelerinin temyiz yolu açık olan kararlarında vermiş oldukları ısrar kararını temyizden inceleyecektir. Burada da madde metninde değişiklik yapılarak Bölge İdare Mahkemelerinin vergi dava daireleri ibaresi ile birlikte Kurulun bölge idare mahkemesi istinaf daireleri kararları arasındaki uyumsuzluk veya aykırılıkların giderilmesi görevine ilişkin görevleri de madde metnine eklenmelidir.

V. İLGİLİ KURULLAR TARAFINDAN AYKIRILIĞIN GİDERİLMESİ YÖNÜNDE KARAR VERİLME SÜRECİ VE KARAR TÜRLERİ

A. Karar Verme Süresi

Bölge İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu tarafından aykırılığın giderilmesi istemi uygun görülmesi halinde görüşü ile birlikte dosya Danıştay'a gönderilecektir. Konusuna göre dosya Danıştay İdari Dava Daireleri veya Danıştay Vergi Dava Daireleri Kuruluna gidecektir. Burada dosyanın tekemmülü veya başvuru hakkında karşı tarafın görüşünü alma gibi durum söz konusu değildir. Dolayısıyla doğrudan dosya Danıştay'a gönderilecek ve Danıştay İlgili Kurulu kaydına alınacaktır.

Danıştay'ın ilgili Kurulları tarafından başvuru hakkında belirli bir süre içinde karar verilmesi gerekmektedir. Bu süre Kanun ile üç ay olarak belirlen-

⁴³ Vergi Dava Daireleri Kurulu ise vergi dava dairelerinin başkanları ile her vergi dava dairelerinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen üç asıl ve üç yedek üyeden oluşur. İki yıllık süre sonunda Başkanlık Kurulunca, bu üyelerin yarısı iki yıl süreyle yeniden görevlendirilirken diğer yarısı Kurulda daha önce görevlendirilmeyen üyeler arasından seçilir. Kurullarda görevlendirilen asıl üyeler, üst üste en fazla iki dönem görevlendirilebilir. Asıl üyenin görevini geçici olarak yerine getirememesi durumunda ilgili daireden, zorunlu hallerde diğer dairelerden görevlendirilen yedek üye kurul toplantılarına katılır. Kurulların asıl veya yedek üyeliklerinde boşalma olması hâlinde Başkanlık Kurulu tarafından yedi gün içinde, kalan süreyi tamamlamak üzere yeni üye görevlendirilir (m. 17/1). Vergi Dava Daireleri Kuruluna da Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri; bunların yokluğunda daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık edecektir (m. 17/2). Vergi Dava Daireleri Kurulu için toplanma ve karar alma yeter sayısı on birdir (m. 17/3). Kurul toplantıya katılanların yarısından bir fazlasının aynı yönde oy kullanması halinde (oyçokluğu ile) karar alır (m. 17/5). Kurul toplantısı için on bir kişinin varlığı yeterli olmakla birlikte toplantıya katılan üyelerin sayısının çift sayıda olması durumunda ise en kıdemsiz üye kurul toplantısına katılmayacaktır (m. 17/4).

miştir. Üç aylık süre makul ve yerinde bir süredir. Ancak adli tatil öncesinde yapılan başvurularda yaklaşık 40 günlük süre tatile denk gelmektedir. Ancak tatilde geçen bu sürede karar verme süresinin duracağına dair 2576 sayılı Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır.

Kurullara tanınan bu süre makul bir süre olup bu süre içinde Danıştay'ın ilgili kurullarının karar vermesi gerekir. İlgili kurulların belirlenen süre içinde karar vermemesi halinde ise ilgili kurul üyelerinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenlemeye de madde hükmünde yer verilmemiştir.

Burada karar verme süresi olarak üç aylık bir süre belirlenmiştir. Bu süre içinde verilen kararların yazım ve tebligata çıkartılmasına ilişkin bir düzenleme ise bulunmamaktadır. Kanaatimizce kanundaki üç aylık sürenin kararın yazımı ve tebligata çıkartılmasını da kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu durum kanun koyucunun uyumsuzlukların makul sürede sonuçlanması amacına da uygun olacaktır.

B. Kurullarca Verilen Karar Türleri

Bölge idare mahkemeleri başkanlar kurullarınca yapılan başvurular hakkında aykırılığın giderilmesi başvurusu hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu kararda aykırılığın giderilmesi isteminin kabulüne veya reddine, yahut kabulü halinde ne yönde giderileceğine ilişkin açıklama ve hükme de yer verilecektir.

Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri Kurullarınca verilen kararları çeşitli başlıklar altında sınıflandırabiliriz.

1. Aykırılığın Giderilmesi İsteminin Kabulü Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararları incelendiğinde, işin esasına yönelik kararlar hakkında olduğu gibi usule ilişkin kararlar hakkında da aykırılıkların giderildiği görülmektedir. Nitekim görevli yargı koluyla ilgili olarak Karayolları Trafik Kanununa göre alkollü araç kullanma nedeniyle sürücü belgesine geçici olarak el konulmasına ilişkin işlemlere karşı açılacak olan davaların adli yargı yerlerinde açılması gerektiği yönünde aykırılık giderilmiştir⁴⁴.

⁴⁴ DİDDK, 17/02/2020, E.2020/55, K.2020/10.

İşin esasına ilişkin olarak verilen kararlar ise dava konusu işlemin iptali yönünde⁴⁵ birleştirme şeklinde olduğu gibi davanın reddi⁴⁶ gerektiği yönünde de olmaktadır.

Aynı durumda olan kamu görevlilerinin özlük hak talepleri ile ilgili başvuruları hakkında verilen kararlardaki aykırılıkların giderilmesi hakkında da kararlar verilmiştir. Anılan kararlardan birisinde;

“Sözleşmeli personele, istihdamına esas olan hizmet sözleşmesinde belirtilen ücretin ödenebileceği, dolayısıyla şef pozisyonuna karşılık gelen ücret ve özlük haklarından yararlandırılabilmenin ise ancak yeni bir sözleşme yapılması halinde mümkün olacağı anlaşıldığından, sözleşmeli statüde memur olarak sözleşme imzalamak suretiyle istihdam edilen davacıların, şef olarak görevlendirilmeleri halinde, yürüttükleri bu görevleri için Yüksek Planlama Kurulu tarafından gruplandırılan ve yönetim kurulunca onaylanarak yürürlüğe konulan ücret tarifesinde şeflere verilen ücret ve özlük haklarından yararlandırılmalarına olanak bulunmadığına” hükmedilmiştir⁴⁷.

Aynı şekilde yürürlüğe giren bir düzenleyici işlemin uygulanmasıyla ilgili olarak farklı bölge idare mahkemelerince birbirine aykırı olarak verilen kararlar arasındaki aykırılıkların giderilmesi yönünde de kararlar verilmiştir⁴⁸.

Bölge İdare Mahkemesi kararları arasındaki aykırılıkların giderilmesine

⁴⁵ Dava konusu işlemin dayanağı olan düzenleyici işlem hakkında verilen yürütmeyi durdurma kararları dikkate alınarak il milli eğitim şube müdürlerine yazılı ve sözlü sınavı ortalamasına göre yeniden tercihte bulunma imkanı tanınması gerektiği hakkında DİDDK, 17/02/2020, E.2020/4, K.2020/14.

⁴⁶ ... disiplin cezasına konu edilen eylem sendika kararı doğrultusunda yapılmışsa da eylemin, sendikal faaliyet kapsamında bulunmadığından davacının bir gün süreyle göreve gelmemesinin haklı mazeretinin bulunmadığı gerekçesiyle davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında DİDDK, 24/02/2020, E.2020/1, K.2020/35; altı yıllık zorunlu süresini tamamlamayan polis memurlarına, yarışma sınavlarına bağlı olarak yerleştirildikleri kurumlara atanmalarına muvafakat verilmemesine ilişkin işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı hakkında DİDDK, 24/02/2020, E.2020/13, K.2020/56; Tıp-ta uzmanlık eğitimini tamamlayan ve stratejik personel kapsamında bulunan davacıların, kamu personeli olmayan eşlerinden dolayı yapmış oldukları atanma talepli başvurularının, ilgili Yönetmelik maddesinde sayılan şartları sağlamadıklarından bahisle reddi hakkında DİDDK, 24.02.2020, E.2020/51, K.2020/60; 6475 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, Posta ve Telgraf Teşkilatı A.Ş. bünyesinde görev yapan dağıtıcı personelin, belediyeler tarafından sunulan şehir içi toplu taşıma hizmetlerinden ücretsiz yararlandırılmasına hukuken olanak bulunmadığı hakkında DİDDK, 17/02/2020, E. 2020/53, K.2020/15.

⁴⁷ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/30, K.2020/21.

⁴⁸ DİDDK, 17.02.2020, E.2020/34, K.2020/5; 17.02.2020, E.2020/47, K.2020/4.

ilişkin usul ve esastan verilen kararların yanı sıra vekâlet ücreti gibi yargılama giderlerine⁴⁹ veya yasal faizin başlangıç tarihi gibi hususlara ilişkin de olabilmektedir.

Aynı şekilde Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca verilen kararlara bakıldığında da, sadece işin esasına ilişkin olarak dava konusu işlemin iptali yönünde aykırılığın giderilmesi⁵⁰ kararı verilmiştir. DVDDK tarafından verilen diğer kararlar ise iptal yönünde aykırılığın giderilmesi kararlarıyla bağlantılı olarak dosyaların birleştirilmesine ilişkindir. DVDDK tarafından DİDDK'dan farklı olarak aykırılığın giderilmesi yönünde karar verilen dosya ile aynı yönde olan başvurular hakkında KVYO (Karar Verilmesine Yer Olmadığına) kararı verilmemektedir. DVDDK tarafından bu dosyalarda aykırılığın giderildiği dosyalarla bu yöndeki istemli dosyaların birleştirilmesine karar verilerek birleştirilen dosyaların dosya esas numarası kapatılmıştır⁵¹.

2. Aykırılığın Giderilmesi İsteminin Reddi Kararları

Bölge idare mahkemeleri istinaf daireleri kararları arasında aykırılığın giderilmesi yönünde karar verilebilmesi için benzer konularda verilen farklı kararlar bulunması ve bu kararların kesin nitelikte verilmiş kararlar olması gerektiğinden de bahsetmiştik. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca kendisine yapılan aykırılığın giderilmesi başvurularında başvuruya konu edilen uyuşmazlıkların benzer olaylar olup olmadığı yönünden değerlendirme yapılmaktadır. Buna göre, bazı atama işlemlerinde atama nedeni olan eylem aynı olsa da Kurul bu işlemlerin her birisini ayrı bir işlem olarak görebilmekte ve belirli bir ilke ve esasa bağlanmasına olanak bulunmadığından bahisle aykırılığın giderilmesi istemini reddedebilmektedir⁵².

⁴⁹ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/48, K.2020/62.

⁵⁰ *Gözetim önlemlerinin hukuka aykırı uygulanması suretiyle fazladan ödenen vergilerin Gümrük Kanunu'nun 211. maddesi kapsamında iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddi işleminde hukuka uygunluk bulunmadığı hakkında DVDDK, 19.02.2020, E.2020/1, K.2020/1; idarenin işleme dayanak raporu dava dosyasına sunmaması halinde sebep unsurunun ortaya konulamamış olması nedeniyle tarh işleminin iptali yönünde karar verileceği hakkında DVDD, 19/02/2020, E:2020/9, K.2020/2.*

⁵¹ DVDDK, 19/02/2020, E:2020/3, K.2020/4; 19/02/2020, E:2020/4, K.2020/5; 19/02/2020, E:2020/5, K.2020/6; 19/02/2020, E:2020/6, K.2020/7; 19/02/2020, E:2020/7, K.2020/8; 19/02/2020, E:2020/8, K.2020/9; 19/02/2020, E:2020/2, K.2020/3.

⁵² DİDDK, 24/02/2020, E.2020/3, K.2020/37; *Her bir dosyada yeni düzenleme sonrası, norm kadro çizelgeleri, kadro doluluk- boşluk durumu, idarenin başvuruya verdiği cevaplar ve bunun bir sonucu olarak incelenecek hususlar farklılık göstermekte olup, her davacının durumu ayrı bir inceleme ve değerlendirmeye muhtaç olduğundan, aralarında aykırılık olduğu*

Bölge idare mahkemeleri bünyesinde yer alan dairelerin bakacağı iş bölümü HSK tarafından belirlenmektedir. Zaman zaman bu iş bölümlerinde de değişiklikler yapılabilmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelen aykırılığın giderilmesi başvurusuna konu kararları veren dairelerde bir değişiklik olmuşsa, bunu gerekçe göstererek de aykırılığın giderilmesi başvurusunun reddine karar verebilmektedir. DİDDK, daire iş bölümü değişikliğinin içtihat farklılığını ortadan kaldırma olasılığı bulunduğu gerekçesiyle başvurunun reddi suretiyle incelemesine olanak bulunmadığına karar vermiştir⁵³.

DİDDK göre benzer olaylarda bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık çıkması halinin düzenlenmiştir. Dolayısıyla aynı dairenin benzer uyuşmazlıklarda farklı tarihlerde verdiği farklı nitelikteki kararlar bu madde kapsamına görülmemiş ve bu gerekçeyle aykırılığın giderilmesi isteminin reddine karar verilmiştir⁵⁴.

Öte yandan, DVDDK göre, benzer olaylarda farklı bölge idare mahkemelerince verilen kesin nitelikteki kararlar aleyhine bu yola başvuru yapılabilecektir. Nitekim Kurul bir kararında aykırılığın giderilmesi istemine konu edilen kararlardan birisine karşı temyiz yoluna başvurulmuş olması halinde ortada aykırılığın giderilmesi istenilen iki farklı kesin karar olmayacağı gerekçeyle başvurunun reddine karar vermiştir⁵⁵.

3. Aykırılığın Giderilmesi İstemiyle İlgili Diğer Kararlar

a. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca daha önce aykırılığın giderilmesi istemi hakkında bir karar verilen uyuşmazlığın benzerleri Kurulun tekrar önüne gelebilmektedir. Bu takdirde Kurul bu uyuşmazlıklarda yeniden

öne sürülen kararların belirli bir ilke ve esasa bağlanmasına olanak bulunmadığı hakkında DİDDK, 06/07/2020, E.2020/73, K.2020/98.

⁵³ DİDDK, 24.02.2020, E.2020/52, K.2020/17; 24.02.2020, E.2020/54, K.2020/18; 24.02.2020, E.2020/62, K.2020/64.

⁵⁴ DİDDK, 17.02.2020, E.2020/58, K.2020/1; 24/02/2020, E.2020/59, K.2020/34; 06/07/2020, E.2020/97, K.2020/101; 06/07/2020, E.2020/97, K.2020/101; DİDDK, 17/02/2020, E.2020/5, K.2020/3.

⁵⁵ DVDDK, 07.10.2020, E.2020/12, K.2020/11; 07.10.2020, E.2020/13, K.2020/12; 07.10.2020, E.2020/14, K.2020/13; 07.10.2020, E.2020/15, K.2020/14; 07.10.2020, E.2020/16, K.2020/15.

aynı kararı vermemektedir. Bunun yerine, “*daha önce aykırılığın giderilmesi yönünde karar verilen bir uyuşmazlıkta yeniden aykırılığın giderilmesi yoluna başvurulamayacağı ve bu konu hakkında Karar Verilmesine Yer Olmadığı (KVYO) kararı*”⁵⁶ verilmektedir.⁵⁷

Nitekim DİDDK kararlarına bakıldığında, sendika üyesi olan davacıların, sendika kararı doğrultusunda göreve gelmemelerinin sendikal faaliyet kapsamında görülmemesi hususu⁵⁸; meslekte altı yıllık hizmet süresini doldurmamış polis memurlarının başka kuruma atanmalarında muvafakat verilemeyeceği hususu⁵⁹; 375 sayılı KHK'nın Ek 10 uncu maddesi kapsamında (yeni maaş sistemine göre) mali hakları belirlenen davacıların, üst dereceye yükseldiklerinde kendileri hakkında yeniden kıyaslama yapılmayacağı hususu⁶⁰; Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürüyüp yürümeyeceği hususu⁶¹; sözleşmeli statüde memur olarak sözleşme imzalamak suretiyle istihdam edilen davacıların, şef olarak görevlendirilmeleri halinde, şeflere verilen ücret ve özlük haklarından yararlandırılmayacakları hususu⁶²; Proje okullarında görev yapan ve görev süresi dolan öğretmenlerin Bakanlık tarafından atananların Geçici 1. madde kapsamında bulunup bulunmadığı hususu⁶³; tıpta uzmanlık eğitimini tamamlayan ve eşleri kamu görevlisi olmayan davacıların, devlet hizmet yükümlülüğü kurasında atamalarının eş durumu mazeretleri dikkate alınarak yapılması talepli başvurularının ilgili mevzuat uyarınca kabul edilip edilmeyeceği hususu⁶⁴; MEB şube müdürlüğü görevde yükselme yazılı ve sözlü sınavında başarılı olan ancak atanamayan,

⁵⁶ İdari yargı yerlerince verilen KVYO kararları hakkında geniş bilgi için bkz. Selman Sacit Boz/Yunus Eraslan; İdari Yargılama Usulünde “Karar Verilmesine Yer Olmadığı” Kararları, 2020, 24 (2), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 389-423.

⁵⁷ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/2, K.2020/36.

⁵⁸ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/2, K.2020/36.

⁵⁹ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/14, K.2020/57; 24/02/2020, E.2020/15, K.2020/58; 24/02/2020, E.2020/16, K.2020/59.

⁶⁰ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/18, K.2020/20.

⁶¹ DİDDK, 24/02/2020, E.2020/20, K.2020/45; 24/02/2020, E.2020/21, K.2020/46; 24/02/2020, E.2020/22, K.2020/47; E.2020/23, K.2020/48; 24/02/2020, E.2020/24, K.2020/49; 24/02/2020, E.2020/25, K.2020/50; 24/02/2020, E.2020/26, K.2020/51; 24/02/2020, E.2020/27, K.2020/52; 24/02/2020, E.2020/28, K.2020/53; 24/02/2020, E.2020/29, K.2020/54.

⁶² DİDDK, 24.02.2020, E.2020/31, K.2020/22; 24.02.2020, E.2020/57, K.2020/23.

⁶³ DİDDK, 17.02.2020, E.2020/35, K.2020/6; 17.02.2020, E.2020/36, K.2020/7; 17.02.2020, E.2020/61, K.2020/8.

⁶⁴ DİDDK, 24.02.2020, E. 2020/50, K.2020/ 61.

bu atamaların dayanağı düzenleyici işlemlerin yargı kararı ile yürütülmesinin durdurulması üzerine kendilerine de yeniden tercihte bulunma hakkı verilip verilmeyeceği hususu⁶⁵; Kara Havacılık Okulunda Uçak/Helikopter Teknisyen Astsubay Temel Kursunu başarı ile bitiren davacıların, uçuş hizmet sürelerinin bu kurstaki ilk uçuş tarihinden başlatılıp başlatılamayacağı hususu⁶⁶ konularında Kurul tarafından daha önce aynı konuda karar verildiği gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına kararları verilmiştir.

Anılan kararlara bakıldığında ise; Kurul tarafından Türk hukuk sistemindeki kanun yolları ve aykırılığın giderilmesi yolundaki kararların kanun yollarından geçilerek kesinleşmiş olan kararlara etkisi hakkında bir değerlendirme yapılmıştır.

Kararlarda kanun yolu tanımı yapılmış ve idari yargıdaki olağan ve olağanüstü kanun yollarının neler olduğu ifade edilmiştir. Sonrasında 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesindeki müessesenin ise bir kanun yolu olmadığı özellikle belirtilmiştir. Anılan ifadelere bakıldığında;

“2576 sayılı Kanun’un 3/C maddesi uyarınca, bölge idare mahkemelerinin kesin nitelikteki kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi istemi bir kanun yolu değildir. Bu itibarla, söz konusu hukuki kurumun, başvuru konusu bölge idare mahkemesi kararlarının kesin olma niteliğine ve bu kararların hukuki sonuçlarına herhangi bir etkisi söz konusu olmayacaktır. Bu açıklamalara göre, bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu tarafından aykırılığın giderilmesi istemi Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kuruluna iletdikten sonra benzer nitelikteki davalar ve bölge idare mahkemesi kararları için yeniden aykırılığın giderilmesi yoluna başvurulmasında herhangi bir hukuki yarar bulunmamaktadır.” şeklindedir.

DİDDK’na göre, bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi hakkında Kurullarınca verilen kararlar önceki kararların hukuki sonuçlarına herhangi bir etkisi olmayacaktır. Dolayısıyla benzer uyuşmazlıklarda daha önce kesin karar verilmiş olması nedeniyle yeniden aykırılığın giderilmesi yoluna başvurulmasında her hangi bir hukuki yarar

⁶⁵ DİDDK, 09/06/2020, E.2020/74, K.2020/71; 09/06/2020, E.2020/75, K.2020/66; 09/06/2020, E.2020/76, K.2020/65; 09/06/2020, E.2020/94, K.2020/73 (aynı konuda Kurul’un 09.06.2020 ve 06.07.2020 tarihlerinde verilen 42 KVYO kararı daha bulunmaktadır).

⁶⁶ DİDDK, 06/07/2020, E.2020/105, K.2020/104; 09/06/2020, E.2020/106, K.2020/105; 09/06/2020, E.2020/109, K.2020/106; 09/06/2020, E.2020/110, K.2020/107.

bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu kararlar oy birliği ile alınan kararlardır. Buna göre Kurulun tüm üyeleri aynı görüştedir.

b. Dosya Esas Kaydının Kapatılması Kararları

Danıştay İDDK tarafından benzer olaylarda yapılan aykırılığın giderilmesi istemleri hakkında daha önce karar verildiğinden bahisle KVYO kararları verilmektedir. Danıştay VDDK tarafından ise bu şekilde aynı konuda birden çok dosyada başvuru yapılması durumunda KVYO kararı verilmemektedir. Nitekim, Danıştay VDDK tarafından aynı konuda başvuru yapılan ve karara bağlanan dosyada diğer dosyalarla birlikte aynı konuları düzenleyen dosyaların birleştirilmesine karar verilmiştir⁶⁷. Anılan birleştirme kararında Danıştay VDDK tarafından bu husus başvurularının aynı konuda olduğu ve aynı istem sonucunu içerdiği görüldüğünden usul ekonomisi açısından bu başvurulara ilişkin Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun E:2020/2 ilâ 8 sayılı dosyalarının işbu dosya (E:2020/1) ile birleştirilmesine karar verildiği şeklinde ifade edilmiştir⁶⁸.

Burada Danıştay VDDK tarafından verilen kararların Danıştay İDDK tarafından verilen kararlara göre daha yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak benzer konuda ileride yeniden dosya gelmesi halinde bu şekilde bir karar verilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Öte yandan bu kararların bağlayıcılığı yönünde kanunda bir düzenleme yapılması halinde benzer davalarda aykırılığın giderilmesi kararı uygulanacağından Kurul önüne aynı yönde uyuşmazlıklar gelmeyecektir. O nedenle KVYO ya da Dosya Esas Kaydının Kapatılması yönünde karar verilmesine de gerek kalmayacaktır.

c. Gönderme Kararları

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurullarınca verilen bir başka karar türü ise gönderme kararlarıdır. Bu kararların özelliği ise, usulüne uygun olarak başvuru yapılmadığı için aykırılığın giderilmesi istenilen dosyanın, dosyayı gönderen bölge idare mahkemesine iade edilmesidir. Anılan kararlarda Kurul tarafından,

⁶⁷ DVDDK, 19.02.2020, E.2020/1, K.2020/1.

⁶⁸ “Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun 19/02/2020 tarih ve E:2020/1, K:2020/1 sayılı kararında Kurulun E:2020/2 ilâ 8 sayılı dosyalarının E:2020/1 sayılı dosya ile birleştirilmesine karar verildiğinden ve söz konusu aykırılığın/uyuşmazlığın giderilmesine yönelik istemin bu dosyada ayrıca karşılanmasında usul ekonomisinin gözetilmesi sonucunda hukuki bir yarar bulunmadığı anlaşıldığından işbu dosyanın esas kaydının kapatılması” hakkında DVDD, 19/02/2020, E:2020/2, K.2020/3; 19/02/2020, E:2020/3, K.2020/4; 19/02/2020, E:2020/4, K.2020/5; 19/02/2020, E:2020/5, K.2020/6; 19/02/2020, E:2020/6, K.2020/7; 19/02/2020, E:2020/7, K.2020/8; 19/02/2020, E:2020/8, K.2020/9.

“Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunun, kesin nitelikli kararlar arasındaki aykırılıkların giderilmesini Danıştay’dan istemesi halinde izleyeceği yol belirlendiği ve başvurunun başkanlar kurulunun kendi görüşlerinin eklenmesi suretiyle yapılacağı açıkça vurgulandığı” ifade edilmiştir. Daha sonra da, “farklı bölge idare mahkemelerinin benzer konudaki uyuşmazlıklar hakkında verdikleri kararlara yer verilmesine karşın, aykırılığın hangi kararlar doğrultusunda giderilmesi gerektiğine ilişkin hukuki görüşlerinin bulunmadığı” gerekçesiyle Kanun hükmünde öngörülen hukuki görüş bulunmayan başvuruya konu dosyanın bölge idare mahkemesi başkanlar kuruluna gönderilmesine karar verilmiştir⁶⁹.

Anılan dosyalar ilgili bölge idare mahkemesine gönderilmiş ve bölge idare mahkemesi tarafından hukuki görüş belirtildikten sonra dosyalar yeniden Danıştay’a gönderilecektir. Ancak bu durum aykırılığın esasına ilişkin karar verilmesini geciktirmiştir. Gönderme kararları kurul tarafından oy çokluğu ile verilmiştir. Anılan kararlara bakıldığında azlık oylarının birinde “söz konusu eksikliğin giderilmesi ve anılan Başkanlar Kurulunun aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlar hakkındaki hukuki görüşünün alınması için, “ara kararı” yapılması ve gelecek cevaba göre işin esası değerlendirilmek suretiyle bir karar verilmesi gerektiği” gerekçesiyle gönderme kararına katılmamıştır.

Diğer bir azlık oyunda ise, “2576 sayılı Kanun’un yukarıda metni yazılı maddesinde belirtilen “kendi görüşlerini de ekleyerek” ifadesinden, Başkanlar Kurulunun ortada bir aykırılık bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin görüşünün anlaşılması gerektiği, bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu kararında, daire, tarih ve sayısı belirtilmek suretiyle hangi kararlar arasında aykırılık bulunduğu açık bir şekilde belirtildiği, bu nedenle de, Kanun’da yer alan görüş gerekliliğinin sağlandığı, ayrıca aykırılığın hangi karar doğrultusunda giderilmesi gerektiğine dair bir görüşe ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla da bu görüşe göre işin esasına girilerek istem hakkında karar verilmesi” gerekir.

⁶⁹ DİDDK, 17/02/2020, E.2020/32, K.2020/11; 17/02/2020, E.2020/32, K.2020/11; 24/02/2020, E.2020/60, K.2020/63; 09/06/2020, E.2020/64, K.2020/92;09/06/2020, E.2020/67, K.2020/93;09/06/2020, E.2020/68, K.2020/87; 09/06/2020, E.2020/69, K.2020/88;09/06/2020, E.2020/70, K.2020/86;09/06/2020, E.2020/71, K.2020/89; 09/06/2020, E.2020/95, K.2020/90;09/06/2020, E.2020/96, K.2020/91;09/06/2020, E.2020/99, K.2020/108; 09/06/2020, E.2020/95, K.2020/90; 09/06/2020, E.2020/96, K.2020/91; 06.07.2020, E.2020/99, K.2020/108.

Kanaatimizce de ikinci azlık oyu daha yerinde ve uyuşmazlığın esasını çözümü adına daha doğru bir yaklaşım tarzını oluşturmaktadır. Zira ortada bölge idare mahkemeleri istinaf daireleri kararları arasında bir farklılık olduğu açıkça ortadadır. İdari Dava Daireleri Kurulunun önüne uyuşmazlık gelmiştir. Bu uyuşmazlığın bir an evvel çözümlenmesi ve varılan sonucun ilan edilmesinde daha fazla kamu yararı bulunmaktadır. Zaten DİDDK önüne gelen uyuşmazlıkta kendisine başvuran Başkanlar Kurulu kararı ile bağlı değildir. Bağlı olmadığı bir görüşün tamamlanması adına dosyanın iade edilmesi de işin esası hakkında karar verilmesini geciktirmektedir. Bir başka ifadeyle başkanlar kurulunun kendi görüşünü belirtmemesi aykırılığın giderilmesi isteminin karara bağlanmasını engelleyecek esasa müessir bir asli eksiklik olmayıp şekli bir eksikliklerdir.

DİDDK nun vermiş olduğu bir başka gönderme kararı türü ise, aykırılık bulunduğu kabul edilen kararların hangi bölge idare mahkemesi dairesinin, hangi kararları olduğunun açık olarak belirtilmesi gerektiği halde bu gereklilik yerine getirilmeden yapılan başvurular hakkındadır⁷⁰.

VI. AYKIRILIĞIN VEYA UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ KARARLARININ SONUÇLARI VE VERİLEN KARARIN KESİNLİĞİNİN ANLAMI

Bölge İdare Mahkemesi dairelerince benzer olaylarda verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması halinde yukarıda sayılan dört koşulun varlığı durumunda Danıştay İDDK veya VDDK tarafından başvuru hakkında bir karar verilecektir. Anılan kararlar aykırılığın giderilmesi istemlerinin kabulü ya da istemlerin reddi şeklinde olabilmektedir.

Danıştay'ın ilgili Kurullarınca verilen kararların kesin olduğu madde hükmünde ifade edilmiştir. Buradaki kesinlik ile kastedilen ise bu kararlara karşı başka bir yargı merciine başvuru yapılamamasıdır. Bir başka anlatımla Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri Kurulu kararlarına karşı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kuruluna veya Danıştay Genel Kuruluna bir başvuru yapılamayacaktır.

Danıştay ilgili Kurul kararlarının kesinliği ifade edilmiş olmakla birlikte bu kararların bağlayıcılığı ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla

⁷⁰ Kararda “İzmir Bölge İdare Mahkemesi, Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi, Ankara Bölge İdare Mahkemesi” gibi genel ifadelerle yer verildiği, aykırılık bulunduğu kabul edilen kararların hangi bölge idare mahkemesi dairesinin, hangi kararları olduğunun açık olarak belirtilmediği anlaşıldığından dosyanın ilgili bölge idare mahkemesine gönderilmesi hakkında DİDDK, 17/02/2020, E.2020/6, K.2020/2.

kararı aleyhine Danıştay'a başvuru yapılan istinaf dairesinin bu konuda Danıştay ilgili Kurulunca verilen karara uyma zorunluluğu olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konudaki boşluğun kanuni düzenleme yapılarak doldurulması ve müessesenin getiriliş amacının tam anlamıyla gerçekleşmesi içinde bu kanun hükmünde ilgili Kurul kararlarının bağlayıcı olduğuna ilişkin ifadeye yer verilmesi gerekmektedir.

2576 sayılı Kanunun konuyla ilgili 3/C maddesinde yapılan değişiklik öncesinde bu konudaki uyuşmazlıklarda Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararları ile ilgili hükümlerine atıf yapılmaktaydı. Ancak son değişiklikle birlikte bu atıf kaldırılmıştır. Dolayısıyla artık bu kararların bağlayıcılığı noktasında her hangi düzenleme bulunmamaktadır⁷¹.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre ise, bu konuda yapılacak olan yasal düzenleme ile yargılamanın yenilenmesi müessesesi bu tür birleştirilen veya aykırılığı giderilen dosyalar için de işletilebilir⁷².

Öte yandan, bölge idare mahkemelerinin aynı konulardaki farklı ve birbirine aykırı kararları nedeniyle hakları ihlal edilenlerin başvurabileceği bir diğer yol ise iç hukukta Anayasa Mahkemesine⁷³ ve bunun dışında AİHM'ne⁷⁴ bireysel başvuru yapması şeklinde olabilecektir⁷⁵. Buna göre, Danıştay ilgili Kurullarınca aykırılığın giderilmesi kararı lehine verilen taraf, kararın gerek-

⁷¹ 2576 sayılı Kanunda yer alan düzenlemenin işlerlik kazanması gerektiği yönündeki görüş için, Aydınoglu, s. 418.

⁷² Birleştirilen içtihadı göre yargılamanın yenilenmesi noktasında yasal düzenleme yapılarak ilgili idari istinaf mahkemesinin konuyu bu yönde tekrar ele alması gerektiği görüşü için Sancakdar, 148. Yılı Sempozyumu, s. 44; Ali Telli, "İstinaf Kanun Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günleri 148. Yılı Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 145.

⁷³ AYM, Ford Motor Company, Başvuru No 2014/13518, KT 26.10.2017 (RGS.30269 – RGT.13.12.2017).

⁷⁴ Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine itimadı azaltarak yargısal bir belirsizliğe yol açabileceği hakkında AİHM, Şahin-Şahin/Türkiye, 13279/05, 20 Ekim 2011 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-124167>) Erişim Tarihi 20.12.2020; AİHM'ne göre, bu içtihat farklılığının AİHS'nin 6. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkına ihlal teşkil edebilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Bu şartlar; 1) Yerel mahkemelerin içtihadında "derin ve uzun süredir devam eden farklılıklar" bulunup bulunmadığı, 2) İç hukukun bu tutarsızlıkların üstesinden gelebilmek için bir mekanizmasının mevcut olup olmadığı, 3) Bu mekanizmanın uygulanıp uygulanmadığı, 4) Gerekli görüldüğü takdirde ne derece uygulandığı değerlendirilmelidir. Sezginer, s. 128-129.

⁷⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Yunus Emre Yılmazoğlu, "İçtihat Farklılıklarının Temel ve Hak Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi", 2019, 7 (13), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 551-622.

lerinin yerine getirilmesi amacıyla idari başvuru yaptığı halde sonuç alamaması veya yukarıda ifade edildiği üzere yargılamanın yenilenmesi isteminden sonuç alamaması halinde bu konuda bireysel başvuru yoluna gidebilecektir.

VII. AYKIRILIĞIN VEYA UYUŞMAZLIĞIN GİDERİLMESİ MÜESSESENİN BENZER MÜESSESELERDEN FARKI

A. Danıştay İçtihadı Birleştirme Müessesesinden Farkı

Türk hukuk sistemimizde idari yargıya ilişkin içtihadı birleştirme kararları, Danıştay İçtihadı birleştirme kurulu tarafından alınmaktadır.

Konuyla ilgili yasal düzenlemeler ise 2575 sayılı Danıştay Kanununda yer alan 18, 39 ve 40 ncı maddeleridir⁷⁶.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu 2575 sayılı Danıştay Kanununda düzenlenmektedir⁷⁷. Anılan düzenlemeye göre, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Danıştay’da görev yapan tüm üyeler, daire başkanlarından oluşmaktadır. DİDDK ve DVDDK’nın üye sayısına göre bu sayı oldukça fazladır. Bu kurulların toplantı yeter sayısı 31 olarak belirlenmiştir. Kararlar ise öncelikle kurul toplam üye sayısının salt çoğunlukla alınacaktır. İki oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa oy çokluğu ile karar alınacaktır.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurullarının görevleri ile bu görevleriyle ilgili içtihat birleştirme talebinde bulunabilecek olanlar 2575 sayılı Kanunun 39 ve 40 ncı maddesinde düzenlenmiştir⁷⁸.

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Danıştay dava dairelerinin veya

⁷⁶ Danıştay içtihadı birleştirme kararları hakkında geniş bilgi için bkz. Celal Işıklar, “İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hal ve Şartları”, 2013, 4 (14), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 467-500; Serkan Kızılyel, “Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine”, 2015, (119), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 115-142; Lütfi Duran, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, 1972, 27 (3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 419-441; Serkan Kızılyel/Neslihan Solmaz, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları, Adalet Yayınevi, 2016.

⁷⁷ *İçtihadları birleştirme kurulu* Madde 18. 1. İçtihatları Birleştirme Kurulu, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, dava daireleri başkanları ve üyelerinden kurulur. 2. Toplanma ve görüşme yetersayısı en az otuzbirdir. Toplantıda hazır bulunanlar çift sayıda olursa en kıdemsiz üye Kurula katılmaz. 3. Esas hakkındaki kararlar, birinci toplantıda Kurul üye tamsayısının salt çoğunluğu ile, bu toplantıda karar yetersayısı sağlanamaz ise ikinci toplantıda mevcudun salt çoğunluğu ile verilir. Kurulun diğer kararları oyçokluğu ile verilir. 4. İçtihatları Birleştirme Kuruluna yeteri kadar tetkik hakimi ve memur verilir.

⁷⁸ 2575 sayılı Danıştay Kanunu Madde 39: “İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri ka-

idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesinin gerekli görüldüğü takdirde devreye giren bir Kurul'dur. Dolayısıyla Danıştay'ın önünden geçmemiş, bir başka ifadeyle idare veya vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerince verilen ve Danıştay'dan temyiz incelemesi yoluyla geçmeyen kararlarla ilgili olarak içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilemeyecektir⁷⁹.

İçtihadı birleştirme yoluna başvurulabilmesi için Danıştay dava daireleri veya kurullarının kararları arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁰.

Bu yola başvuru hakkı olanlar sınırlı sayıda Kanunda ifade edilmiştir. Buna göre, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı ve aykırı kararlarla ilgili kişiler tarafından içtihadın birleştirilmesi istenebilir. Bu kararlar verilirken Resmi Gazeteye gönderildikleri tarihten itibaren bir ay içinde Resmi Gazetede yayımlanacaktır. Bu kararların en büyük özelliği ise Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idareyi bağlayıcı olmasıdır⁸¹. Ancak Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları da geriye yürümeyeceği ve birleştirme kararı verildikleri tarihten sonraki olaylara uygulanacağı kararlarda ve doktrinde ifade edilmektedir⁸².

Danıştay içtihadı birleştirme kararları sayesinde hukuk kurallarının içtihat birleştirilen konularda ülke genelinde herkese aynı şekilde uygulanacak

rarlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir.” Madde 40: “1. İçtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmiş içtihatların değiştirilmesi, Danıştay Başkanı, konu ile ilgili daireler, idari ve vergi dava daireleri kurulları veya Başsavcı tarafından istenebilir. 2. Aykırı kararlarla ilgili kişiler, içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabilirler. 3. Kurulun, içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararları, gönderildikleri tarihten itibaren bir ay içerisinde Resmi Gazete’de yayımlanır. 4. Bu kararlara, Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır.”

⁷⁹ Işıklar, s. 472.

⁸⁰ “Kanunda, kararların birbiri ile çelişmesini ifade etmek üzere hem aykırılık, hem de uyuşmazlık ibarelerine yer verilmiştir. “Aykırılık” tabiri ile, dayanılan ve sonuca etki eden yasal düzenlemenin bir birine tam zıt ve aksi yönde yorumlanması kast edilirken, bunu pekiştiren ve genişleten “uyuşmazlık” ibaresi ise, verilen anlamların tam olarak uyuşmaması manasına gelmektedir.” Işıklar, s. 473.

⁸¹ Kızılyel, s. 118.

⁸² Aydın H. Tuncay/Orhan Özdeş/Recep Başpınar, “İdari Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s. 709; Kızılyel, s. 118-119.

olup bu durum, Anayasa madde 10'da düzenlenen eşitlik ilkesinin de bir gereği olduğu da açıktır⁸³. 2576 sayılı Kanunda 7188 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki düzenleme de “Anılan madde hükmüne göre yapılacak olan talepler hakkında 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39 ve 40 uncu maddeleri uygulanacaktır.” şeklinde iken anılan değişiklikte birlikte son halini almıştır. Anılan değişikliğin gerekçesinde de ifade edildiği üzere Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun toplanma ve karar alma aşamalarındaki zorluklar nedeniyle bölge idare mahkemeleri istinaf daireleri arasındaki benzer konularda aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesi yetkisi Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri Kurullarına verilmiştir. Ancak anılan kurullarca verilen kararların bağlayıcılığı yönünde her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysaki Danıştay içtihadı birleştirme kurulu kararları bağlayıcı nitelikteki kararlardır. Yine Danıştay İçtihadı birleştirme kurulu kararları Resmi Gazetede yayımlanırken aykırılıkların giderilmesine ilişkin Danıştay İDDK/VDDK kararlarının bu şekilde yayımlanması söz konusu değildir.

Öte yandan hemen belirtelim ki, yargı yerleri de gelişen koşullara göre sürdürdükleri içtihatları da değiştirebilmektedir. Ancak burada (İçtihat değişikliği konusunda) dikkat edilmesi gereken husus, önceki görüşü ele alıp aktarıldıktan sonra bu görüşten niçin ayrıldığıнын hukuki gerekçelerle izah edilmesidir. Yeni görüşün hukuk ilkeleriyle, mevzuatla uyumlu olduğuna, önceki kararın değişmesi gerektiğine davanın taraflarının ve kararla ilgili üçüncü kişilerin ikna edilmesi gerekir⁸⁴.

B. Kanun Yararına Bozma Müessesesinden Farkı

2577 sayılı Kanunun 51. maddesi⁸⁵ “Kanun Yararına Bozma” başlığını taşımakta iken, 6545 sayılı Kanunun 24. maddesiyle madde başlığı “Kanun Yararına Temyiz” olarak değiştirilmiştir⁸⁶.

⁸³ M. Kürşat, Coşkun, İçtihatların Birleştirilmesi, 2001, (1), Ankara Barosu Dergisi, s. 101.

⁸⁴ Yıldırım, 147. Yılı Sempozyumu, s. 151.

⁸⁵ 2577 sayılı Kanunun 51.maddesinin değişiklik öncesi hali; 1. Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştay’ca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir. 2. Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozular. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan mahkeme veya Danıştay kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz. 3. Bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir ve Resmi Gazete’de yayımlanır.

⁸⁶ İdari yargıda “Kanun Yararına Temyiz” konusunda geniş bilgi için bkz. Burkay Can Kara, “İdari Yargılama Usulünde Kanun Yararına Temyiz”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Maddenin birinci fıkrasındaki “Bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştay’ca ilk derece mahkemesi olarak verilip” ibaresi “İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya” şeklinde değiştirilerek bu kararlara karşı kanun yararına temyiz yoluna gidileceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, idare ve vergi mahkemelerince verilen ve kesin nitelikte olan 7.000,00 TL altındaki kararlar ile bölge idare mahkemesince (ilgili istinaf dairesince) verilen ve temyiz yolu kapalı olan istinaf kararlarına karşı kanun yararına temyiz yoluna başvurulacaktır.

İkinci fıkradaki “ mahkeme veya Danıştay” ibaresi de “merci” olarak değiştirilerek hem bölge idare mahkemesi istinaf dairesi hem de ilk derece mahkemesi olan idare veya vergi mahkemeleri kastedilmiştir. Buna göre, bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen istinaf dairesi kararlarına karşı Danıştay Başsavcılığı veya ilgili bakanlıklar tarafından kanun yararına temyiz yoluna gidilebilir (m. 51/1). Danıştay’ın ilgili dairesince temyiz istemi yerinde görülmesi halinde karar kanun yararına bozular. Ancak bu bozma kararı daha önce kesinleşen merci kararının hukuki sonuçlarını değiştirmez (m. 51/2). Son yasal değişiklikte kanun yararına bozmanın hukuki sonuçlar doğurmasına yönelik bir değişikliğe gidilmemiştir. Oysa, kanun yararına bozulan karar taraflar için hukuki sonuçlar doğurmalı ve kanun yararına bozulan kararlar nedeniyle doğan kayıplarının önüne geçilmelidir.

Kanun yararına bozulan kararın bir örneği ilgili bakanlığa gönderilerek Resmi Gazetede yayımı sağlanır. Resmi Gazetede kanun yararına bozulan kararların yayımlanması, o dosyada karar veren hakimler üzerinde psikolojik etki yaratmaktadır.

Bölge idare mahkemesi kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi hakkında verilen kararlar aslında hüküm ve sonuç doğurmama bakımından kanun yararına temyiz kararlarına benzemektedir. Mevcut haliyle her iki yola başvuru üzerine elde edilen netice bakımından sonuçları aynıdır. Aykırılığın giderilmesi hakkındaki kararların bağlayıcılığı yönünde bir hüküm getirilmedikten sonra bu yola başvurmanın pratik açıdan çok bir faydası da bulunmamaktadır.

Dergisi, 2020, 11 (1), s. 353-371; M. Fatih Gürkan/ Yusuf Deniz/ Selman Sacit Boz, “İdari Yargıda Kanun Yararına Bozma”, 2013, 21 (1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 105-128.

Öte yandan kanun yararına temyiz kararları Resmi Gazetede yayımlanırken Danıştay ilgili kurul kararı ise bu şekilde bir yayımlanması söz konusu değildir. Aynı şekilde kanun yararına temyiz kararını ilgili Danıştay Dairesi verirken aykırılığın giderilmesi kararlarını Danıştay'ın ilgili kurulları vermektedir. Yine kanun yararına temyiz yoluna Danıştay Başsavcılığı gitmekte iken aykırılığın giderilmesi yoluna bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu gitmektedir. Kanun yararına temyizden farklı olarak aykırılığın giderilmesi sadece bölge idare mahkemelerinin kesin kararlarına karşı başvurulabilen bir yol iken kanun yararına temyiz Danıştay'dan temyiz incelemesinden geçmemiş ilk derece mahkemesi kararlarına karşı da başvurulabilen bir yoldur.

C. Yargılamanın Yenilenmesi Müessesesinden Farkı

Yargılamanın yenilenmesi müessesesi 2577 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinde düzenlenmektedir⁸⁷. Anılan madde hükmünde sayılan hallerden birinin veya birkaçının varlığı halinde davanın taraflarınca esas kararı veren merciye başvurularak yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulabilir⁸⁸.

⁸⁷ *Yargılamanın yenilenmesi*: Madde 53-1. Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinden verilen kararlar hakkında, aşağıda yazılı sebepler dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi istenebilir. a) Zorlayıcı sebepler dolayısıyla veya lehine karar verilen tarafın eyleminden doğan bir sebeple elde edilemeyen bir belgenin kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması, b) Karara esas olarak alınan belgenin, sahteliğine hükmedilmiş veya sahte olduğu mahkeme veya resmi bir makam huzurunda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki hüküm karardan evvel verilmiş olup da, yargılamanın yenilenmesini isteyen kimsenin karar zamanında bundan haberi bulunmamış olması, c) Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması, d) Bilirkişinin kasıtlı gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesi, e) Lehine karar verilen tarafın, karara etkisi olan bir hile kullanmış olması, f) Vekil veya kanuni temsilci olmayan kişiler ile davanın görülüp karara bağlanmış bulunması, g) Çekinmeye mecbur olan başkan, üye veya hakimin katılmasıyla karar verilmiş olması, h) Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken, aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunması. 1) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması veya hüküm aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi. 2. Yargılamanın yenilenmesi istekleri esas kararı vermiş olan mahkemece karara bağlanır. 3. Yargılamanın yenilenmesi süresi, (1) numaralı fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için on yıl, (1) numaralı fıkranın (ı) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl ve diğer sebepler için altmış gündür. Bu süreler, dayanılan sebebin istemde bulunan yönünden gerçekleştiği tarihi izleyen günden başlatılarak hesaplanır.

⁸⁸ İdari yargıda yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında geniş bilgi için bkz. Barış Acun, "İdari Yargılama Usulünde Yargılamanın Yenilenmesi", 2020, 11 (1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 338-352; Selman Sacit Boz/ Mehmet Nacak/Ceylan Can/Çağrı

Yargılama yenilenmesi sebebine bağlı olarak kanunda belirtilen süreler içerisinde bu istemde bulunulmalıdır.

Yargılamanın yenilenmesi usulü ise 2577 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde düzenlenmiştir⁸⁹. Buna göre, yargılamanın yenilenmesi dilekçesi karşı tarafa gönderilerek bu konudaki karşı tarafın cevabı alınarak yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında bir karar verilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi istemi yerinde görülmemesi halinde yargılamanın yenilenmesi istemi reddedilecektir. Yargılamanın yenilenmesi istemi yerinde görülmesi halinde ise, bu istem kabul edilerek uyuşmazlığın esası hakkında yeniden karar verilecektir.

Yargılamanın yenilenmesi yolu olağanüstü kanun yollarından birisi olarak 2577 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Oysaki 2576 sayılı Kanunda düzenlenen aykırılığın giderilmesi istemi ise bir kanun yolu değildir. Anılan düzenlemenin kanun yolu olmadığı Danıştay kararlarında da vurgulanmaktadır. Ancak bu yolla başvurularak alınacak olan karar üzerine ilgisinin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurması söz konusu olabilir. Zira yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında “Karara esas olarak alınan bir ilam hükmünün, kesinleşen bir mahkeme kararıyla bozularak ortadan kalkması”(m. 53/1-c) yer almaktadır. Burada aykırılığın giderilmesi kararları klasik anlamda birer bozma kararları değildir. Ancak gene de idari yargı sistemi içerisinde önemli bir görev ifa eden Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri Kurullarınca ortadan kaldırılmaktadır. Yeni durumda verilen kurul kararlarına göre verilen kararlardan birisinin hukuka aykırılığı ortaya konulmaktadır. Bu nedenle bir yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir⁹⁰.

Bayer, Türk İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Adalet Yayınevi, 2020, s. 85-280; Çağla Tansuğ, İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, 2016; Gül Üstün, “2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Öngörülen Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi: Geçici 9. Madde”, 2019, 25 (1), Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 15-26; Ramazan Yıldırım: “Türk İdari Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi”, 2001, 1, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 418-447; Ramazan Çağlayan, “İdari Yargıda Yargılamanın Yenilenmesi Sebepleri ve Sınırlılığı”, 2002, VI (1-4), Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 61-76.

⁸⁹ *Yargılamanın yenilenmesi usulü*: Madde 55-1. İsteğin ilişkin olduğu konu, diğer bir daire veya mahkemenin görevine girmiş ise karar bu daire veya mahkemece verilir. 2. Karşı tarafın savunması alındıktan sonra istekler incelenir ve kanunda yazılı sebepler varsa davaya yeniden bakılarak karar verilir. 3. Yargılamanın yenilenmesi istemleri, kanunda yazılı sebeplere dayanmıyor ise, istemin reddine karar verilir. 4. Yargılamanın yenilenmesi istemlerinde duruşma yapılması, görevli daire veya mahkemenin kararına bağlıdır. 5. Bu madde ile 53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın yenilenmesinde bu Kanunun diğer hükümleri uygulanır.

⁹⁰ Bu yönde görüş için bkz. Aydınoglu, s. 409; Esat Toklu; İdari Yargıda İstinaf Sistemine Ge-

SONUÇ

Türk İdari Yargı Sisteminde istinaf kanun yolunun kabul edilmesinden sonra birçok uyuşmazlık artık bölge idare mahkemesinde kesinleşir hale gelmiştir. Daha önce de bölge idare mahkemesinde kesinleşen uyuşmazlıklar vardı. Ancak bu uyuşmazlıklar toplam dava sayısı içinde çok küçük bir oranı teşkil etmekteydi. İstinaf kanun yolunun uygulamaya girmesiyle temyiz yoluna giden uyuşmazlık sayısı önceye nazaran oldukça azalmıştır.

Ülkemizde sekiz farklı ilde bölge idare mahkemesi bulunmaktadır. Bu bölge idare mahkemeleri bünyelerinde ise en az 4 olmak üzere değişiklik sayılarda istinaf daireleri bulunmaktadır. Buna bağlı olarak her bölge idare mahkemesi bünyesindeki istinaf dairelerince belli konulara bakılmaktadır. HSK tarafından oluşturulan iş bölümlerine göre istinaf dairelerinin görev alanları belirlenmektedir. Bölge idare mahkemelerinde birden çok yer istinaf daireleri bulunması nedeniyle bu istinaf dairelerince benzer olaylarda farklı kararlar verilmesi söz konusu olabilecektir.

Bunu düşünen Kanun Koyucu istinaf kanun yolunu düzenlerken 2576 sayılı Kanunda bu konuda da düzenleme yapmıştır. Buna göre maddedeki değişiklikten önce bölge idare mahkemesi istinaf daireleri kararları arasında aykırılığın giderilmesi istemleri Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunca karara bağlanacaktı. Fakat uygulamada, Danıştay’da içtihadı birleştirme kurulunun toplanma ve karar almasındaki yaşanan güçlükler nedeniyle anılan görev Danıştay Dava Daireleri Kurullarına verilmiştir. Önceki düzenlemede Danıştay İçtihadı Birleştirme Kuruluna bu görev verildiğinde Danıştay Kanununun 39 ve 40’ncü maddelerine atıf yapılmıştı. Dolayısıyla anılan kararlar bağlayıcı nitelikte olacaktı. Yeni düzenleme de ise bu konuda her hangi bir hükme yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak uygulamada Danıştay’ın ilgili kurullarınca verilen kararların bağlayıcılığı noktasında ve emsal olaylarda uygulanıp uygulanmaması konusunda tereddütler bulunmaktadır.

Anılan tereddütlerin ortadan kaldırılması amacıyla Danıştay Dava Daireleri Kurullarınca verilen bu kararların bağlayıcılığı yönünde bir düzenleme yapılmasında fayda bulunmaktadır. Yeni yasal düzenlemeler, 2576 sayılı Kanundan ayrı bir şekilde 2575 sayılı Danıştay Kanununda ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yapılmalıdır. 2575 sayılı Kanunun Danıştay Dava Daireleri Kurullarının görevlerini düzenleyen 38

çiş, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 89, 2015, s. 63–71.

inci maddesinde yapılacak ilave ile Danıştay İdari/Vergi Dava Daireleri Kurullarının görevleri arasına bölge idare mahkemeleri kararları arasında aykırılığın giderilmesi istemleri hakkında karar verme de ilave edilmelidir.

Aynı şekilde 2577 sayılı Kanunda yapılacak olan değişiklikle birlikte “teymiz olmadan kesinleşen bölge idare mahkemesi kararlarına karşı başvuru yolu” isimli bir kanun yolu getirilebilir. Bu kanun yolunda başvuru usulü, başvuru süresi, başvuru üzerine karar verme süresi, verilen kararların yayımlanması ve bağlayıcılığın ne şekilde olacağı konusu ayrıntılı olarak düzenlenebilir. Örneğin, aykırılığın giderilmesi yoluna başvurulmuş dosyalar ve benzeri dosyalar hakkında kesinleşen kararların ortadan kaldırılması için Danıştay kararı lehine olan tarafa yargılamanın yenilenmesini isteme hakkı ayrıca ve açıkça düzenlenebilir. Danıştay ilgili kurul kararının özellikle dava konusu işlemlerin iptali yönünde olması halinde bu kararların uygulanması için idareye doğrudan bu kararlarla başvuru imkânı gibi yollar düzenlenebilir. Burada uygulamada ortaya çıkan sorunlardan hareketle bu şekilde bir düzenleme yapılması elzem hale gelmiştir. Yapılacak olan düzenlemede üzerinde durulması gereken en önemli husus ise bu yola başvuranların başvurularının sonucunda lehlerine karar çıkması halinde bu kararın hüküm ve sonuç doğuracak olmasıdır. Hüküm ve sonuç doğurmayan bu gibi hallerin vatandaşın veya idarenin hukuka olan güveni ve adalete olan inancının derinden sarsılacağı tartışmasızdır.

İdari yargılama hukuku ile ilgili temel kanunlar olan 2575 sayılı, 2576 sayılı, 2577 sayılı kanunlarda yargı paketi adı altında madde madde değişiklikler veya içerisinde her tür konuda düzenlemenin yer aldığı torba kanun değişiklikleriyle madde madde değişiklikler yapılması yerine bu temel kanunlar yeni baştan ele alınmalıdır. Özellikle İdari Yargılama Usul Kanunu idari yargının kendine özgü şartları da düşünülerek yeniden yazılmalıdır. Bu yeniden yazımda ise idari yargıdaki kanun yolları konusu da bu kanunda bütün yönleri ile ele alınmalıdır. İstinaf kanun yolunun kabulünden sonra ortaya çıkan sorunlar da bu yolla giderilmelidir. Yapılan bu yeniden kanun yazım faaliyeti sırasında da bölge idare mahkemeleri kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi müessesesi bütün yönleriyle birlikte düzenlenmelidir.

KAYNAKÇA

- Acun B, “İdari Yargılama Usulünde Yargılamanın Yenilenmesi”, 2020, 11 (1), İÜHFD, s. 338-352.
- Akyıldız A, “İstinafa İlkel Bakmak”, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147 nci Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 89, 2015, s. 11-32.
- Akyılmaz B/Sezginer M/Kaya C, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, 2020.
- Atay E E, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2020.
- Avcı M, “6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, 2015, 13, (152), Legal Hukuk Dergisi, s. 35-106.
- Avcı M, İdari Yargılama Usulünde Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Yetkin Yayınevi, 2017.
- Aydınoglu Z N, İstinaf Kanun Yolunun İdari Yargılama Usulüne Başlıca Etkileri, 2018, 9 (34), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 387-423.
- Bereket Z, “İdari Yargılama Hukuku Açısından İstinaf ve Kabulü Sorunu” 1998, 28 (94), Danıştay Dergisi, s. 93-107.
- Bilgin H/Eraslan Y, “6552 Sayılı Kanunla 2577 Sayılı Kanunlarda Yapılan Değişiklikler”, 2016, 1 (2) KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 121-147.
- Bilgin H, “Beşinci Yargı Paketiyle İdari yargıdaki Son Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme”, 2016, 1 (2), KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 149-186.
- Bilgin H, “Son Yasal Değişiklikler Bağlamında İdari Yargıda “İsrar” Kararı”, 2020, 28 (1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 75-125.
- Bilgin H, 99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, 2016.
- Boz S S/Eraslan Y, İdari Yargılama Usulünde “Karar Verilmesine Yer Olmadığı” Kararları, 2020, 24 (2), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 389-423.
- Boz S S/Nacak M/Can C/Bayer Ç, Türk İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Adalet Yayınevi, 2020.

- Çağlayan R, “ Fransız ve Türk İdari Yargılama Hukuklarında İvedi Yargılama”, 2014, XVIII (3-4), EÜHFD, s. 1-41.
- Çağlayan R, “İdari Yargıda Yargılamanın Yenilenmesi Sebepleri ve Sınırlılığı”, 2002, VI (1-4), EÜHFD, s. 61-76.
- Çağlayan R, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme) Seçkin Yayınevi, 2017.
- Çağlayan R, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, 2020.
- Çınarlı S, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, 2020.
- Coşkun M K, İçtihatların Birleştirilmesi, 2001, (1), Ankara Barosu Dergisi, s. 87-146.
- Demirkol S, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü-Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolü’nün Güçlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 115-140.
- Duran L, “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, 1972, 27 (3), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 419-441.
- Duran L, “İdari Yargı Adlileşti”, 2011, 3 (1-3), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, s. 53-83.
- Eraslan Y, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme”, 2020, 6 (1), Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 77-132.
- Gözübüyük A Ş, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitapevi, 34. Baskı, 2015.
- Gülan A, “Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeler Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 19-27.
- Gürkan M F/Deniz Y/Boz S S, “İdari Yargıda Kanun Yararına Bozma”, 2013, 21 (1), SÜHFD, s. 105-128.
- Hasbutcu S T, İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Adalet Yayınevi, 2016.
- Hondu S, “İdari Yargılama Usulünde Israr”, 1986, (60-61), Danıştay Dergisi, s. 48-53.
- Işıklar C, “İdari Yargıda İçtihatların Birleştirilmesinin Hal ve Şartları”, 2013,

- 4 (14), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 467-500.
- Kalabalık H, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, 2020.
- Kara B C, “İdari Yargılama Usulünde Kanun Yararına Temyiz”, 2020, 11 (1), İÜHFD, s. 353-371.
- Kara S, “İvedi Yargılama Konuları ve Süreleri”, 2020, 15 (167), Terazi Hukuk Dergisi, s. 1390-1408.
- Kızılyel S/Solmaz N, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararları, Adalet Yayınevi, 2016.
- Kızılyel S, “Danıştay İçtihatları Birleştirme Usulünün Formel İşleyişi Üzerine”, 2015, (119), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 115-142.
- Özdemir H E, “İdari Yargıda ‘İsrar’ (Direnme) Kararının Şekil ve İçerik Bakımından Niteliği”, 2012, 8 (95-96), Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, s. 27-36.
- Sancakdar O, “İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 29-113.
- Sancakdar O, “İdari Yargıda İstinaf Sistemi Üzerine Düşünceler”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 144. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 83, 2012, s. 13-95.
- Saygın E, “İdari Yargıda İstinaf Mahkemesi Tartışmaları Üzerine Bir Analiz”, 1998, LXIX (1-2), İHFHM, s. 635-648.
- Sezginer M, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 99, 2018, s. 111-135.
- Tansuğ Ç, İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, 2016.
- Telli A, “İstinaf Kanun Yolunda Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 141-154.
- Toklu E, İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 89, 2015, s. 63-71.

- Tuncay A H/Özdeş O/Başpınar R, “İdari Yargılama Usulü”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1968, s. 709-714.
- Turhan M K, “İdari Yargıda İvedi Yargılama Usulü”, 2015, (3), Ankara Barosu Dergisi, s. 185-219.
- Üstün G, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Üzerine Bir Değerlendirme”, 2016, 22 (2), MÜHFHAD, s. 13-38.
- Üstün G, “2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Öngörülen Yeni Bir Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi: Geçici 9. Madde”, MÜHFHAD, 2019, 25 (1), s. 15-26.
- Yıldırım R, “Türkiye’de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkisi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları No: 89, 2015, s. 33-53.
- Yıldırım R, “Türk İdari Yargısında Yargılamanın Yenilenmesi”, 2001, 1, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 418-447.
- Yıldırım T, “İdari Yargıda İçtihad Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 147. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2017, s. 135-153.
- Yılmazoğlu Y E, “İsrar Kararı ve Dava Daireleri Kurulunca Bozulması Üzerine Verilen Kararın Temyizen İncelenmesi”, 2014, 4 (14), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 911-938.
- Yılmazoğlu Y E, “İçtihad Farklılıklarının Temel ve Hak Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi”, 2019, 7 (13), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, s. 551-622.
- Bu çalışmada kullanılan tüm yargı kararları www.uyap.gov.tr adresinden alınmıştır.

DÜNYADA CEZA İNFAZ KURUMLARININ ÖZEL SEKTÖR TARAFINDAN YÖNETİLMESİ UYGULAMALARI

Vehbi Kadri KAMER*

ÖZ

Ceza infaz kurumları; mahkemelerce verilen tutuklama tedbir kararlarının veya hapis cezalarının infaz edildiği kurumlar olarak tanımlanabilir. Bu kurumlar ile ilgili başta penoloji, kriminoloji, sosyoloji ve psikoloji olmak üzere birçok bilim dalı çalışma yapmaktadır. Bu çalışmalar arasında özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarının ayrı bir önemi bulunmaktadır. Tarihte ilk özelleştirilmiş hapishane uygulaması Kral II. Henry Döneminde 1166 yılında İngiltere’de her şehirde “Goal” adı verilen tesislerin kurulması ile ortaya çıkmıştır. Daha sonra bu uygulamanın; Bridewells adı verilen hapishaneler, borçluların barındırıldığı hapishaneler ve başka bir yere hükümlü nakli şeklinde devam etmiştir. 1960’lı yıllarda; Dünya’da suç ve ceza politikalarının değişmesi ayrıca işlenen suç sayısının artması ile bir yandan ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklu sayısı yükselmiş, diğer yandan ceza infaz kurumlarının yapım ve işletim maliyetleri artmıştır. Bu sorunun çözümü amacıyla; özel sektör tarafından ceza infaz kurumlarının inşa edilerek yönetilmesi veya bu kurumlardaki yemek ve hükümlü nakli gibi bir takım hizmetlerin özel sektör tarafından verilmesi modeli geliştirilmiştir. Bu Modelin ilk örneği Amerika Birleşik Devletleri’nde uygulamaya geçtikten sonra Avustralya ve İngiltere başta olmak üzere birçok ülkede ceza infaz kurumları özel sektör tarafından yönetilmeye başlamıştır. Bu modelin uygulanma şekli ülkeden ülkeye farklılık göstermiştir.

Anahtar Kelimeler: ceza infaz kurumları, hükümlü, infaz, özel sektör, rehabilitasyon.

PRACTICES OF PENAL INSTITUTIONS MANAGED BY THE PRIVATE SECTOR AROUND THE WORLD

ABSTRACT

Penal institutions could be defined as the institutions where the ones about whom the courts rule detention order or imprisonment sentence serve these imposed orders and sentences. Various fields, especially penology, criminology, sociology and

* Dr. Cumhuriyet Savcısı, Yargıtay Binası, Balgat / ANKARA
e- posta: vehbikadrikamer@gmail.com
ORCID: 0000-0002-8752-3466
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979204

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/03/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/06/2021

psychology conduct studies on these institutions. The penal institutions managed by the private sector have a special place among these studies. The first privatized prison example of the history emerged upon the establishment of the institutions named "Goal" in every city across the England in 1166 during the reign of the King Henry II. Then, this practice was continued also through the prisons named Bridewells, the prisons where the debtors were kept, and in the form of transfer of the convicts to another place. In the 1960s, as a result of the change in the crime and punishment policies around the world, on the one hand the number of the convicts and detainees in the penal institutions increased, on the other hand, the construction and operating costs of the penal institutions increased. For the solution of this problem, the model was developed for managing the penal institutions by the private sector or provision by the private sector of some services such as the food service and the transfer of convicts. The first example of this model was carried out in the United States of America, and then the penal institutions were started to be managed by the private sector in many countries especially in Australia and the United Kingdom. The practice method of this model varies across the countries.

Keywords: *penal institutions, convict, execution, private sector, rehabilitation.*

GİRİŞ

Dünyada en yüksek maliyetli yatırımlardan birinin ceza infaz kurumlarının inşa edilmesi ve bu kurumları işletilmesi olduğu tespit edilmiştir. Bu kapsamda; Finlandiya’da ceza infaz kurumunda bulunan bir hükümlünün bir günlük maliyetinin 167 Avro iken, elektronik takip ile evde denetimin bir günlük maliyetinin 60 Avro ve diğer kamusal cezaların bir günlük maliyetinin 14 Avro olduğu belirlenmiştir. Yapılan araştırmalarda ceza infaz kurumlarının maliyetinin, hükümlü ve tutuklu sayısı ile bunların ceza infaz kurumlarında kalma süreleriyle doğru orantılı olduğu belirlenmiştir. Ceza infaz kurumlarının maliyetinin azaltılması ile ilgili en önemli çözüm hapis cezasına alternatif yaptırımların geliştirilmesi olsa da, günümüzde tehlikeli hükümlüler başta olma üzere bir kısım hükümlü grupları için ceza infaz kurumları gerekliliğini korumaktadır. Bu nedenle ceza infaz kurumlarının maliyetini azaltacak politikaların geliştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.¹

Yapılan araştırmalarda Dünyada ceza infaz kurumlarında bulunan

¹ ELENA KANTOROWICZ ve ANDRİ WİBİSANA, Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) Working Paper Series, 2014, s.2, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116188, erişim tarihi; 24.02.2021).

hükümlü ve tutuklu sayısının hızlı bir şekilde yükseldiği ve 2000-2018 yılları arasında bu sayının % 24 oranında artarak 10.740.000 kişiye ulaştığı belirlenmiştir. Bu hükümlü ve tutukluların % 90'ından fazlasının 50 farklı ülkede bulunduğu tespit edilmiştir. 50 ülkenin 17'sinde farklı modellerde ve sayılarda ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetildiği görülmektedir.² Dünya nüfusunun % 5'ine sahip Amerika Birleşik Devletleri'nde Dünyadaki ceza infaz kurumlarında bulunan toplam hükümlü ve tutuklu sayısının % 25'i bulunmaktadır. Bu Ülkede bulunan hükümlü ve tutuklu sayısı Japonya'nın 14 ve Norveç'in 10 katına tekabül etmektedir.³ Dünyada olduğu gibi Avrupa Birliği ülkelerinde de ceza infaz kurumlarının mevcudu artmaktadır. Bu kurumlarda; İngiltere'de 84.614, Polonya'da 84.156, İspanya'da 67.047, Fransa'da 65.848, İtalya'da 65.701, Portekiz'de 13.614, Yunanistan'da 12.475 ve Latvia'da 6.063 hükümlü ve tutuklunun bulunduğu, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutuklu sayısının 100.000 ülke nüfusuna oranının, Latvia'da 297, Polonya'da 222, İspanya'da 147,46, İngiltere'de 132,9, Portekiz'de 129, İtalya'da 110,54, Yunanistan'da 110,53 ve Fransa'da 101,5 olduğu, ceza infaz kurumlarının mevcudunun bu kurumların kapasitesine oranının, İtalya'da % 140, Yunanistan'da % 126, Fransa'da % 118, Portekiz'de % 113, Polonya'da % 98, İngiltere'de % 96, İspanya'da % 92 ve Latviya'da % 76 olduğu tespit edilmiştir.⁴

Dünya Ceza Adalet Sisteminde; adliyeler, ceza infaz kurumları ve denetimli serbestlik müdürlükleri için bina yapılması ve bu binalardaki elektronik sistemlerin kurulması için ayrılan bütçeler dikkate alındığında, bu alanda büyük bir ticari pazarın olduğu ve bu pazarda sınırlı sayıda uluslararası şirketin söz sahibi bulunduğu görülmektedir. Bu pazarın tahmini bütçesinin 1997'de 360 milyar dolar ve 2004 yılında 424 milyar dolar olduğu değerlendirilmektedir. Bu bütçe içinde ceza infaz kurumlarının payının 62.5 milyar dolar olduğu tespit edilmiştir.⁵ Bu kapsamda Amerika Birleşik

² JAMES BYRNE, KIMBERLY R. KRAS, LİNAMARİA MARMOLEJO, 2019, International perspectives on the privatization of corrections, s.479, (https://spa.sdsu.edu/documents/Byrne_et_al-2019-Criminology_Public_Policy.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).

³ KSENİJA BUTORAC, DĀJANA GRACĀN ve NEBOJĀA STANIĆ, 2017, The Challenges In Reducing Criminal Recidivism, s.116, (https://bib.irb.hr/datoteka/912525.Butorac_et_al.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).

⁴ ALESSANDRO MACULAN, DANĀELA RONCO, FRANCESCA VĀNELLO, Prison in Europe: Overview And Trends, 2013, s.13, (<http://www.prisonobservatory.org/upload/PrisoninEuropeOverviewandtrends.pdf>, erişim tarihi; 24.02.2021).

⁵ CODY MASON, International Growth Trends in Prison Privatization, 2013, s.4, (<https://sentencingproject.org/wp-content/uploads/2015/12/International-Growth-Trends-in-Prison->

Devletleri'nde ceza infaz kurumlarına yapılan harcama miktarı 1980 ile 2000 yılları arasında 7 milyar dolardan 57 milyar dolara yükselmiş, suç oranlarının sabit olmasına rağmen 2007 yılında bu rakam 70 milyar doların üzerine çıkmıştır.⁶

Batı Dünyasında; özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklu sayısının ülke nüfusuna oranı dikkate alındığında Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'nin bu sistemin uygulanmasında küresel lider oldukları görülmektedir. 2001 yılı sonu itibariyle Amerika Birleşik Devletleri'nde federal ve yerel ceza infaz kurumlarında bulunan yetişkin hükümlü ve tutukluların % 6.5'ini oluşturan 90.000 hükümlü ve tutuklunun özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında barındırıldığı tespit edilmiştir. İngiltere'de, Haziran 2001 itibariyle yetişkin hükümlü ve tutukluların % 9.4'ünü oluşturan 6.000'den fazla hükümlü ve tutuklunun özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında bulunduğu anlaşılmıştır. Bu iki ülke dışında; İskoçya, Hollanda, Avustralya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve Kanada da özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumları ile ilgili uygulamaların başladığı, İrlanda Cumhuriyeti, Letonya, Sırbistan, Malezya, Filipinler, Güney Kore, Tayvan, Tayland, Tanzanya, Kosta Rika, Jamaika ve Panama gibi ülkelerde de bu konuda çalışmaların olduğu görülmektedir. Sonuç olarak yirmi yıldan kısa zaman içinde özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarının Dünya infaz sistemi içinde önemli bir yere sahip olduğu anlaşılmaktadır.⁷

Ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetilmesi sisteminin Dünya uygulamalarına bakıldığında kıtalar arasında farklılıklar görülmektedir. Özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında en fazla hükümlü ve tutuklu barındıran ülkeler değerlendirildiğinde; Amerika Kıtasında (Kuzey, Orta, Güney ve Karayipler) 12 ülkenin 9'unda ve Asya Kıtasında 16 ülkenin 2'sinde (Güney Kore Cumhuriyeti ve Japonya) ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetildiği anlaşılmaktadır.⁸

Privatization.pdf, erişim tarihi; 23.02.2021).

⁶ LEVENT ODABAŞI, Cezaevi Endüstrileri ve Cezaevi Özelleştirilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi (Siyaset Bilimi) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016, s.122.

⁷ DAVID POZEN, Managing a Correctional Marketplace: Prison Privatization In The United States and The United Kingdom, 2004, s.253, (https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1305, erişim tarihi; 24.02.2021).

⁸ JAMES BYRNE, KIMBERLY R. KRAS, LINA MARÍA MARMOLEJO, International

Bu makalede; Dünyadaki İnfaz Sistemlerindeki gelişmelere uygun olarak özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarının ortaya çıkışı, bu alanda uygulanan modeller ve bu sistemin sonuçları ile ilgili değerlendirmeler incelenecektir.

I. DÜNYA TARİHİNDE HAPİSHANELERİN DOĞUŞU

Dünya tarihinde hapisanelerin doğuşu hakkında açıklamalarda bulunmadan önce, hapis cezası ile ilgili teorilerin genel olarak incelenmesi gerekmektedir. Kriminoloji ve Penolojide, cezanın felsefesi konusunda çok sayıda teori geliştirilmiştir. Bu çalışmalara kısaca baktığımızda sosyoloji biliminin kurucusu olarak görülen *Durkheim* toplum biçimleri ile cezalandırma yöntemleri arasında bir bağlantının olduğunu ileri sürmüş, *Speirernberg ve Garland* ise bu düşünceyi temel alarak suça sürüklenen bireyin topluma kazandırılması yöntemleri ile toplumsal kültür arasında seçim bölgesi olduğuna odaklanmıştır. *Disiplin ve Ceza: Ceza İnfaz Kurumlarının Doğuşu* isimli eserinde *Michael Foucault* cezalandırma yöntemleri ile toplum yapısı arasındaki güçlü ilişkiyi ortaya koymuştur. Foucault cezalandırma olgusunu; bu konudaki teorileri, kurumları, uygulamaları, kanunları ve uygulayıcıları içine alacak şekilde geniş bir bakış açısı ile incelemiştir.⁹

Ünlü kriminolog ve bilim adamı *Hudson*; bu konuda Durkheim'ci ve Foucault'cu açıklamaların analizini yaparak, toplumların sosyal ve ekonomik doğası ile ceza biçimleri arasında bağlantıyı açıklamaya çalışmıştır. Hudson'a göre, tarihin belirli dönemlerinde belirli ceza biçimlerinin ortaya çıkmasının sosyal ve ekonomik nedenleri bulunmaktadır. Hudson, Fransız Devrimi, sanayileşme, bilim ve teknolojinin gelişimi ve biyografik faktörlerin yanı sıra sosyolojik faktörlerin ceza sisteminin doğasını erken çağlardan modern çağlara değiştirmede etkisi olduğunu tespit etmiştir.¹⁰

Başka bir bilim insanı *Alexander*, ceza felsefesinin suç, suçluluk ve cezalandırmayı içine alacak biçimde değerlendirilmesi gerektiğini, bu felsefenin temel amacının tarihsel bir bakış açısıyla cezanın bir çağdan

Perspectives On The Privatization of Corrections, 2019, s.479, (https://spa.sdsu.edu/documents/Byrne_et_al-2019-Criminology_Public_Policy.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).

⁹ NURJAHAN KHATUN, MOHAMMED JAHİRUL ISLAM, SUBRATA BANARJEE, MOUMİTA PAUL, Philosophy of Punishment in Criminology: A Historical Review, 2013, s.4, (https://www.researchgate.net/publication/330113779_Philosophy_of_Punishment_in_Criminology_A_Historical_Review, erişim tarihi; 24.02.2021).

¹⁰ KHATUN, ISLAM, BANARJEE, PAUL, a.g.m, s.4.

diğerine değişiminde katkıda bulunan faktörleri ortaya çıkarmak olduğunu vurgulamıştır.¹¹

Bu kısa açıklamadan sonra, suçta sürüklenen bireylerin cezalandırma biçimlerinden biri olan hapishanelerin ortaya çıkışı ve tarihsel gelişim sürecine bakıldığında binlerce yıl öncesinde bu kurumların bulunduğu görülmektedir. Bu kapsamda; tarihte çukurların, zindanların ve mağaraların ilk hapishane uygulamaları olduğu tespit edilmiştir. *Johnston*, Konfüçyüs tarafından M.Ö. 2000’de yazılmış bir kitapta cezaya ilişkin hükümlerin bulunduğunu belirtmiştir. *Harris*, Mısır’da, Eski Asur’da, Babil’de, Antik Yunanistan’da ve Roma’da, köleler için daha sert fiziksel cezaların olduğunu, köle statüsünde olmayanların ise para cezası, sürgün, hapis veya bunların bazılarının birleştirilmesi ile cezalandırıldığını ifade etmiştir.¹²

Tarihin ilk döneminde ölüm cezası ile cezalandırılanlar genelde mermer veya metal ocaklarındaki ağır işlerde çalıştırılmaktaydı. Ölüm cezası dışındaki hapis cezaları; İngiliz şatolarda, “*Gaoller*”¹³ tarafından idare edilen *Goalde* (hapishanelerde) yerine getirilmekteydi. İngiltere’de; bin yıl önce ilk hapishanelerin uygulamalarının yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda; Dokuzuncu Yüzyılda *Büyük Alfred* tarafından yürürlüğe konulan kanun ile hapsedmenin cezalandırma yöntemi olarak kullanılmasının zorunlu kılındığı, *Kral II. Henry’in* 1166 yılında Gaoller bulunmadığı yerlerde bir kişinin “şehri surlarla çevirerek ve kraliyet kalesi inşa ederek” yapacağı binalarda suç işleyenleri yargılamak amacıyla tutabileceği, *Elizabeth Dönemi’nde* hancıların tesislerini Gaol olarak kullanarak kâr elde etmek amacıyla kullandıkları anlaşılmaktadır. Elizabeth Dönemi’nde; hancılar veya diğer Gaoller tarafından işletilen hapishanelerde bulunan hükümlüler barınma ve yeme masraflarını ya para vererek yada çalışarak ödüyorlardı. Maddi durumu iyi hükümlüler hapsedildiklerinde ödeme yaparak daha iyi şartlarda kalabiliyorlardı. Bu konuda yapılan bir çalışmada; Marquis’in Bastille Hapishanesinde bulunduğu süre içinde buraya kendi mobilyalarını, resimlerini ve kütüphanesini getirdiği, bir uşağının bu kurumda kaldığı, ayrıca

¹¹ KHATUN, ISLAM, BANARJEE, PAUL, a.g.m, s.4.

¹² MATT DELİSİ, PETER J CONİS, American Corrections: Theory, Research, Policy, and Practice, s.58, (https://us.sagepub.com/sites/default/files/upm-assets/94917_book_item_94917.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).

¹³ Goller ile ilgili ayrıntılı bilgi bu Ülkedeki özel sektör yönetiminde ceza infaz kurumlarının tarihçesi bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

eşinin de zaman zaman kendisine yemek getirdiği belirtilmektedir.¹⁴ Tarihe bakıldığında İngiltere'deki Goallerin ilk özel sektör tarafından yönetilen hapishane uygulaması olduğu kabul edilmektedir.

Avrupa kıtasında; Katolik Kilisesinde görevli piskoposlar veya diğer kilise yetkilileri tarafından yönetilen hapishaneler veya bu kurumlara benzer tesisler bulunuyordu. Kilisenin; Orta Çağda Beşinci Yüzyıldan Onbeşinci Yüzyıla kadar batı türü hapishanelerin gelişimi konusundaki etkisi güçlüydü. *Manastırlarda* hükümlüler barındırılmakta ve cezalandırılmakta iken, *kiliselerde*, hükümlülere uzun süreli yalnızlık, azaltılmış besin ve derinlemesine düşünmeyi içeren cezalandırma yöntemleri uygulanmaktaydı. Bu uygulamanın etkisi ile Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ve Avrupa'daki hapishanelerde Katolik Kiliselerindeki sessizlik uygulaması aynen alınarak, hükümlerin pişmanlıklarını gösterebilecekleri küçük ve sade odalardan oluşan hapishanelerde barındırılmaya başladıkları görülmüştür. Mimari açıdan bu anlayışa uygun hapishaneler planlanmaya başlanmıştır.¹⁵

Cezalandırma yöntemlerinin tarihsel süreci; bedensel cezalar ve ilk hapishanelerin faaliyete geçmesinden sonra "*Kadırga Köleliği*" uygulamaları ile devam etmiştir. Bu cezalandırma yöntemi Eski Yunanlılarda ve Romalılarda nadiren uygulanmakta iken, Orta Çağın sonlarında Avrupa ve İngiltere'de yaygın olarak 1700'lü yıllara kadar uygulanmıştır. Bu dönemde I. Elizabeth 1602 yılında Kadırga Köleliğinin ölüm cezasına alternatif olarak uygulanacağını kararlaştırmıştır. Kadırga Köleliği; bir yandan sokakta yaşayan kişilerin işledikleri suçlar ile ilgili bir cezalandırma yöntemi olarak uygulanırken, diğer yandan denizcilik yapan Devletlerin ticaret ve savaş durumlarında gemilerini hareket ettirmeleri için gereken işgücünü sağlama biçimi olmuştur. Ayrıca bu yöntemin Columbus tarafından kullanıldığı bilinmektedir. Kadırga Köleliği cezalandırma biçiminin süresi üç yıldan ömür boyuna kadar değişiyordu.¹⁶

Avrupa'da devam eden savaşlarda ve veba salgınında çok sayıda kişi hayatını kaybetmesine rağmen nüfusun hızlı biçimde artış gösterdiği, bunun sonucu başta yoksulluk, işsizlik ve açlık gibi sorunların ortaya çıktığı, yoksul insanların kentlere göç etmeye başladığı görülmüştür. Bu Dönemde; ölüm ve hapis cezası uygulamalarının yaygın hale geldiği, yargılama aşamalarında

¹⁴ DELİSİ, CONİS, a.g.m, s.58.

¹⁵ DELİSİ, CONİS, a.g.m, s.58.

¹⁶ DELİSİ, CONİS, a.g.m, s.58.

sanığın hazır bulundurulması amacıyla tutuklama tedbirinin sıkça uygulandığı, sonuçta yoksul evlerinin, Bridewells adı verilen hapisanelerin ve borçluların barındırıldığı hapisanelerin (debtors' prison) sayısında artış olduğu ayrıca başka bir yere hükümlü nakli (transportation) uygulamalarında yoğunluk yaşandığı anlaşılmıştır. Onsekinci Yüzyıl İngiltere'sinde 225 suç için ölüm cezası öngörülmüştü. Uygulamada hakimler en ağır cezayı verme yerine, başka bir yere hükümlü nakli, kırbaçlama ve damgalama cezalarını tercih etmişlerdir. 1700'lü yılların ikinci yarısından itibaren hapis cezası diğer cezaların yerine veya bu cezalara ek olarak uygulanmaya başlanmıştır.¹⁷

Bridewells; 1553 yılında Londra'da önce dilencilerin barındırıldığı binalar olup, daha sonra tutuklu kişilerin barındırıldığı yerler olarak kullanılmaya başlanmıştır. İlk Bridewells, St. Bridget's Well adresinde faaliyete geçmesi nedeniyle bu adresin kısaltması olarak bu isim verilmiştir. Ayrıca Bridewells, para cezaları veya borcun ödenmesi için “çalışma evi” olarak faaliyet göstermiştir. Bu kurumda kalanlar; cinsiyet, yaş ve suç türüne göre sınıflandırılmamış diğer ifade ile birbirinden ayrılmamış, ayrıca hükümlülere yeterli beslenme ve kıyafet ile temizlik koşulları sağlanmamıştı. Bridewells'lerin fiziki koşulları değerlendirildiğinde tehlikeli ve sağlıksız yerler olup, burada bulunan kişilerin tükettikleri yiyecek, kullandıkları giyecek ve salıverilmeleri için ücret ödemesi gerekiyordu. Bu ücretin ödenmemesi halinde kendisi ve ailesi ayrıca mahkûmiyet hükmü alabiliyordu. Avrupa'da ve İngiliz Koloni'lerinde Bridewells'ler, bir yandan kar eden kurumlar olması, diğer yandan yoksulları sokaktan uzaklaştırması nedeniyle hızlı bir şekilde yaygınlaşmıştır.¹⁸

Avrupa Devletleri tarafından Amerika Kıtasında 1607 Virginia Kolonisi'nin kurulmasından sonra buraya hükümlü göndermek suretiyle “*transportation (başka bir yere hükümlü nakli)*” cezalandırma yöntemi uygulanmaya başlanmıştır. Şehirleri yoksullardan ve suça eğilimli kişilerden korumak amacıyla kurulan Bridewells ve Gaoller gibi hapisanelerin yanında başka bir yere hükümlü nakli (transportation) cezalandırma türü de bir özel sektör tarafından uygulanan cezalandırma şekliydi. Bu uygulamada hükümlü gemi kaptanına satılmakta, kaptan da hükümlüyü sözleşmeli işçi olarak genellikle tarımsal faaliyetlerde çalışmak üzere Maryland, Virginia ve Georgia gibi Amerikan Kolonilerine veya Avustralya'ya ücret karşılığı vermekteydi.

¹⁷ DELİSİ, CONİS, a.g.m, s.58.

¹⁸ DELİSİ, CONİS, a.g.m, s.58.

Rusya Sibirya'ya, İspanya Hispaniola'ya, Portekiz Kuzey Afrika'ya, İtalya Sicilya'ya hükümlü naklederek bu cezalandırma türünü kullanmıştır. Bu uygulama; Amerika Birleşik Devletlerinde Bağımsızlık Savaşı sonunda, Fransa'da ise 1953 yılında kaldırılmıştır.¹⁹

İngiltere'de gemi kaptanları Amerikan Kolonilerine gönderilecek hükümlüler için Kraliyete hükümlü başına 1-6,5 sterlin ücret ödemektedir. Bu ücret hükümlünün nakilden önceki hapisanedeki barınma masrafını karşılamaktaydı. Hükümlünün Amerikan Kolonilerine götürülmesinin maliyeti 6,05 sterlin civarında olduğu tahmin edilmektedir. Bu karşılık hükümlü Amerikan Kolonisinde ortalama 15 Sterline arazi sahiplerine verilmekte dolayısı ile gemi kaptanları bir hükümlüden % 150 oranında kar etmekteydi. İngiltere'de bu yöntemle 50.000 hükümlü Amerika Kolonilerine nakledilmiştir.²⁰

Başka bir yere hükümlü nakli (transportation) yöntemiyle cezalandırma türünün yerine getirildiği ceza kolonileri ile ilgili en ayrıntılı bilgi Avustralya'nın 1.000 mil açıklarında bulunan Norfolk Adası hakkındadır. İngiltere'den ve Avustralya'dan gönderilen hükümlüler için 1788 yılında bu Adada kurulan ceza kolonisinde (hapisanesinde); hükümlüler yetersiz beslenmekte ve giydirilmekte ayrıca kötü koşullarda barındırılmakta, personel ve eski hükümlüler tarafından yeni gelen hükümlülere kötü muamele uygulanmaktaydı. Hiç kimsenin görev yapmayı tercih etmediği Norfolk Adası Hapisanesinde, eski bir gemi kaptanı olan Alexander Maconochie düşündüğü hapisane reformunu uygulamaya geçirmek amacıyla çalışmak istemiştir. 1840-1844 yılları arasında bu hapisanede gardiyan olarak görev yapan Maconochie, tarihin en kötü koşullara sahip bu hapisaneyi son derece kontrollü, istikrarlı ve üretim yapılan bir yer haline dönüştürmüş ve bu olağanüstü başarı nedeniyle hapisaneden salıverilen hükümlüler "Maconochie'nun Centilmenleri" olarak anılmıştır. Hükümlülere saygılı davranılması, yeterli beslenme imkanı sağlanması ve iyi koşullarda barındırılması gerektiğine inanan Maconochie'nun başarısının altında yatan temel felsefe; hükümlülerin hapisaneden erken salıverilmeleri veya hapisanede buldukları süre içinde ayrıcalıklara sahip olabilmeleri için

¹⁹ DELİSİ, CONİS, a.g.m, s.58.

²⁰ HİLAL GÖRKEM, Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Kapsamında Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Ankara, 2009, s.10.

geliştirdiği bir *puanlama sistemi*²¹dir. Bu Sistemle hükümlülerin olumlu davranışları ödüllendirilmiştir. Maconochie'nun fikirleri on yıllar sonra İrlanda ve Amerika Birleşik Devletleri'nde koşullu salıverme kavramlarının gelişiminden sonra kabul görmüştür. Ayrıca Maconochie'nun hükümlülerin yeterince beslenmesi ve giydirilmesi konusundaki görüşleri John Howard ve William Penn gibi reformcular tarafından benimsenmiştir.²²

II. DÜNYADA CEZA İNFAZ KURUMLARINDA ÖZEL SEKTÖR UYGULAMALARI

Dünyada ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetilmesi ile ilgili çalışmalar incelendiğinde üç farklı modelin olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar; Amerika Birleşik Devletleri Modeli, Fransa Modeli ve Brezilya Modelidir. Bu üç modelde, özel sektörün ceza infaz kurumlarının yönetimine katılım oranı ve şekli değişmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde özel sektör ceza infaz kurumlarını tam yönetmekte ve ceza infaz kurumundaki bütün çalışmalar özel sektör tarafından gerçekleştirilmekte iken, Brezilya ve Fransa'da özel sektörün bu kurumların yönetime katılımı sınırlı olmakta ayrıca ceza infaz kurumundaki çalışmaların bir kısmı özel sektör tarafından yerine getirilmektedir. Yine Brezilya ile Fransa karşılaştırıldığında Fransa'da daha dar kapsamlı özel sektör çalışmaları söz konusu olduğu görülmektedir. Diğer yandan bu üç ülkenin ceza politikalarında da farklılık olduğu anlaşılmaktadır.²³

Amerika Birleşik Devletleri'nde, Brezilya ve Fransa'ya oranla toplum için tehlike oluşturmayan kişilerin daha fazla ceza infaz kurumlarında bulunduğu görülmektedir. 100.000 ülke nüfusu dikkate alındığında Amerika Birleşik Devletleri'nde 754, Brezilyada 200 ve Fransa'da 96 kişinin ceza infaz kurumlarında bulunduğu anlaşılmaktadır. Diğer yandan bu üç ülkenin kamu ile özel sektör arasında yapılan ceza infaz kurumlarının yönetimi konusunda yapılan sözleşmelerin sonuçları incelendiğinde teorik tahminlerden farklı olarak değişik sonuçların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu kapsamda;

²¹ Yıllar sonra bu çalışma geliştirilerek Dünyanın hemen hemen her yerindeki ceza infaz kurumlarında "Hükümlü Değerlendirme Sistemi" olarak uygulamaya geçmiştir.

²² DELİSİ, CONİS, a.g.m, s.58.

²³ SANDRO CABRAL ve STÉPHANE SAUSSIER, Organizing Prisons Through Public-Private Partnerships: A Cross Country Investigation, 2012, s.102, (https://www.researchgate.net/publication/262665166_Organizing_Prisons_through_Public-private_Partnerships_A_Cross-Country_Investigation/link/0395bde90cf2005ef799de40/download, erişim tarihi; 24.02.2021).

Brezilya’da ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetiminin bu kurumların maliyetini düşürdüğü aynı zamanda bu kurumlarda sunulan hizmetlerin kalitesini artırdığı, bu karşılık Fransa’da bu sistemin hem ceza infaz kurumlarının maliyetini artırdığı aynı zamanda bu kurumlarda sunulan hizmetlerin kalitesini yükselttiği görülmüştür. Brezilya ve Fransa’daki uygulamaların aksine Amerika Birleşik Devletlerinde ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetiminin bu kurumların hem maliyetini hem bu kurumlarda sunulan hizmetlerin kalitesini azalttığı tespit edilmiştir.²⁴

Amerika Birleşik Devletleri’nde, İngiltere’de, Fransa’da, Avustralya’da, Yeni Zelanda’da, Güney Afrika Cumhuriyeti’nde, Macaristan’da ve Brezilya’da özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarının tarihçesi incelenecektir.

A. Amerika Birleşik Devletleri’nde Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirme Uygulamaları

19’uncu yüzyılda Amerika Birleşik Devletleri’nde ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin ekonomik bakımdan istismarı yaygın olarak görülmekteydi. İç savaş sonrası bu Ülkenin güney eyaletlerinde sanayide ve tarımsal alanlarda yeterli sayıda işçi bulunamaması nedeniyle ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler; bir yandan demiryolu inşaatı, madencilik ve kereste üretimi gibi işgücünün yeterli olmadığı alanlarda, diğer yandan özel sektörün işlettiği pamuk tarlalarında ve fabrikalarda çalıştırılmaya başlanmıştır. Medyanın, özel sektörün ceza infaz kurumlarındaki zorlu ve katı çalışma koşullarını ortaya çıkarması, ayrıca kamuoyunun baskısı ile bu çalışma modeline 1960’lı yılların başında son verilmiştir.²⁵

Ceza infaz kurumlarındaki özel sektör çalışmaları, 1975 yılında RCA Şirketinin Pennsylvania Eyaletinde bulunan ve az sayıda çocuk hükümlünün bulunduğu bir çocuk ıslahevi ile anlaşma yapması sonucu tekrar başlanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri’nde 1975 yılından itibaren yirminin üzerinde şirket, düşük ve orta risk taşıyan hükümlüler için yeni ceza infaz kurumlarının inşası ve bu kurumların işletilmesi için çalışmalara başlamıştır. 1990’lı yıllara gelindiğinde bu Ülkede bulunan ceza infaz kurumlarındaki hükümlü ve tutukluların % 2’sini oluşturan 20.000 hükümlü ve tutuklu özel ceza infaz

²⁴ CABRAL VE SAUSSIER, a.g.m, s.102.

²⁵ ALLAN BROWN, Economic Aspects Of Prison Privatisation: The Queensland Experience, s.104 (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.491.4922&rep=rep1&type=pdf>, erişim tarihi; 24.02.2021).

kurumlarında barındırılmıştır.²⁶

1984 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde bu alanda Dünyanın en büyük firması olan "Correction Corporation of Amerika" kurulmuş, bu firma sahip olduğu 24 ceza infaz kurumunda 11.500 hükümlü barındırarak toplamda 100 milyon dolar ciro elde etmiştir. Bu firma dışında 1995 yılında faaliyete geçen "Wakenhut Corporation", 32.000 personeli ile Amerika Birleşik Devletleri ve 40 ayrı ülkede çalışmalarını sürdürmüş, yine "Esmor Correction Service" 53 ceza infaz kurumunda 30.000 yatak kapasitesini yönetmiştir.²⁷

1980'li yılların sonuna gelindiğinde ceza infaz kurumlarının özelleştirilmesi konusunun akademisyenler, avukatlar ve politika yapımcıları arasında tartışmalara neden olduğu, bu dönemde ceza infaz kurumlarının mevcudunun inanılmaz bir şekilde arttığı ve bu artışın karşılanması amacıyla yeni ceza infaz kurumlarının yapımına ihtiyaç duyulduğu anlaşılmıştır. Bu dönem ile ilgili olarak *David Garland*; Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa arasındaki suç politikalarında ve kamuoyunun beklentilerinde suça sürüklenen bireylerin rehabilitasyonu yerine bu bireyleri cezalandırmayı esas alan dramatik ve kapsamlı bir değişikliği ifade etmiştir.²⁸

Özel sektör tarafından ceza infaz kurumlarının yönetilmesinin nedenlerini üç başlık altına özetleyebiliriz. Bunlardan *birincisi* ceza infaz kurumlarının mevcudunun artması, *ikincisi* bu artışın kamu maliyesi üzerindeki olumsuz etkisi ve *üçüncüsü* kamuoyunun sokak suçları²⁹ için daha etkili soruşturma ve bu suçlara daha uzun süreli hapis cezası verilmesine ilişkin talebi ile yeni ceza infaz kurumlarının yapılması nedeniyle artan vergi yükü konusundaki olumsuz psikolojisidir.³⁰

²⁶ BROWN, a.g.m, s.104.

²⁷ TİMUR DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.436.

²⁸ ALFRED C. AMAN, JR., CAROL, J. GREENHOUSE, "Prison Privatization And Inmate Labor In The Global Economy: Reframing The Debate Over Private Prisons", 2016, s.376, (<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2561&context=ulj>, erişim tarihi; 24.02.2021).

²⁹ Sokak suçu ifadesi, genellikle farklı türlere ayrılmakta, hem kamusal hem de özel alanlarda meydana gelen eylemlerin yanı sıra kişilere yönelik şiddet ve mülkiyet suçlarını içerebilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bürosu'na göre sokak suçları; insan öldürme, cinsel istismar, saldırı ve kundaklama gibi şiddet içeren suçları içermektedir. SHANELL SANCHEZ, Street Crime, Corporate Crime, and White-Collar Crime, (<https://openoregon.pressbooks.pub/cj230/chapter/1-12-different-types-of-crime-in-the-united-states/>, erişim tarihi; 24.02.2021).

³⁰ AMAN, CAROL, GREENHOUSE, a.g.m, s.376.

Bu Ülkede suçla ilgili politik anlayışın değişmesi, ceza infaz kurumlarının kapasitesinin üzerinde hükümlü ve tutuklu barındırması ve hükümetin özelleştirmeyi teşvik etme kararına rağmen, özel sektör tarafından ceza infaz kurumlarının yönetilmesi seçeneğinin kabul edilmesi ve yaygınlaşması istenilen hızda olmamıştır. Bugün Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ceza infaz kurumlarının yaklaşık % 10'unu özel sektör tarafından yönetilmekte olup bu kurumlarda yaklaşık 200.000 hükümlü ve tutuklu barındırılmaktadır. Bu Ülkede başta California, Florida ve Teksas Eyaletlerinde olmak üzere 2001 yılına kadar 158 özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumu bulunmaktaydı. Özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumları başlangıçta yetişkin hükümler için düşünülmüş ancak zamanla çocuklar ve yasa dışı ülkeye giren göçmenleri de kapsamıştır. Yine çocuklar ve kayıtsız göçmenler için özel sektör tarafından yönetilen gözaltı merkezleri de geliştirilmiştir.³¹

31 Aralık 2008 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde eyalet ve federal ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların % 8.5'ini oluşturan 128.524 hükümlü ve tutuklu özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında barındırılmıştır. Eyaletler arası bu oranlar değişmekle beraber New Mexico Eyaletinde bu oran % 46'ya ulaşmıştır.³²

Bu Ülkede özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında görev yapan personele ile kamu tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında görev yapan personelin özlük hakları karşılaştırıldığında; 1998 yılında özel sektörün personelin kıdemine göre 15.919 dolar ile 19.103 dolar arasında ödeme yaptığı ve kıdemli ile kıdemsiz personel arasında 3.184 dolar maaş farkının olduğu, kamunun ceza infaz kurumlarında görev yapan personele 21.246 dolar ile 34.004 dolar arasında ücret verdiği ve kıdemli ile kıdemsiz personel arasında 12.758 dolar maaş farkının bulunduğu görülmektedir. Bu rakamlar özel sektörün yeni işe alınan personele 5.327 dolardan daha az ödeme yaptığını göstermektedir. Ücretin yanında diğer önemli bir konu olan personelin eğitimi ile ilgili özel sektör, ceza infaz kurumu personeline göreve başlamadan önce 174 saat meslek öncesi eğitim ve göreve başladıktan sonra 42 saat hizmet içi eğitim verirken, kamu sektöründe, hizmet öncesi eğitimin süresi 232 saat ve hizmet içi eğitimin süresi 42 saat olarak gerçekleşmiştir.³³

³¹ AMAN, CAROL, GREENHOUSE, a.g.m, s.376.

³² CABRAL VE SAUSSIER, a.g.m, s.106.

³³ CURTIS R. BLAKELY, VIC W. BUMPHUS, Private and Public Sector Prisons—A

Ceza infaz kurumlarının asayiş durumu değerlendirildiğinde; özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında hükümlünün başka hükümlüye saldırı sayısı ortalamasının 40 ve hükümlünün personele saldırı sayısı ortalamasının 9 olduğu, kamu sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında hükümlünün başka hükümlüye saldırı sayısı ortalamasının 19 ve hükümlünün personele saldırı sayısı ortalamasının 10 olarak gerçekleştiği tespit edilmiştir.³⁴

Hükümlülerin topluma kazandırılması çalışmaları içinde ceza infaz kurumlarında sürdürülen rehabilitasyon çalışmalarının büyük yeri bulunmaktadır. Bu çalışmalar kapsamında madde bağımlılığından arınma ve öfke kontrol başta olmak üzere çok sayıda program uygulanmaktadır.³⁵ Amerika Birleşik Devletleri'nde özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında hükümlülerin % 28'i madde bağımlılığından arınma müdahale programına katılırken kamu sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında bu oranın % 10 seviyesinde kaldığı belirlenmiştir.³⁶

Ceza infaz kurumlarında meslek eğitim çalışmaları kapsamında hükümlülere; hem teorik hem pratik eğitim verilmekte, hükümlüler aldıkları bu eğitimi atölye ve tesislerde çalışarak geliştirilmekte, tecrübe kazanmakta ve ücret almaktadırlar.³⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında hükümlülere altıbuçuk saat çalışma karşılığında günde 1.09 dolar ile 2.75 dolar arasında ücret ödenmekte iken, bu miktar kamu sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında 0,99 dolar ile 3.13 dolar arasında değişmektedir.³⁸

Uzun yıllar süren çalışmalardan sonra Amerika Birleşik Devletleri'nde "Amerika Islah Derneği" tarafından özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarının fiziki yapısından hükümlülere uygulanan rehabilitasyon programlarına kadar uyulması gereken 463 standart belirlemiştir. Bu

Comparison of Select Characteristics, s.4, (https://www.uscourts.gov/sites/default/files/68_1_5_0.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).

³⁴ BLAKELY, BUMPHUS, a.g.m, s.5.

³⁵ VEHBİ KADRİ KAMER, "Ceza İnfaz Sisteminde "İyi Hâl" Kararı İle "Değerlendirme Raporu"-I", Sesleniş Gazetesi, Sayı:165, 2013, s.12.

³⁶ BLAKELY, BUMPHUS, a.g.m, s.5.

³⁷ VEHBİ KADRİ KAMER, "2015 Yılı İlk Beş Ayında İşyurtları Kurumu", Sesleniş Gazetesi, Sayı:158, 2015, s.12.

³⁸ BLAKELY, BUMPHUS, a.g.m, s.5.

standartlar arasında; personelin eğitimi, odaların fiziksel durumu ve temizliği, hükümlülere sağlanan yiyecek, iş ve eğitim olanakları bulunmaktadır. 463 standarttan 38'inin zorunlu olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu standartların % 90'ının yerine getirilmesi halinde “Amerika İslah Derneği” tarafından özel sektöre “akreditasyon belgesi” verilmekte, bu belge üç yılda bir yenilenmektedir.³⁹

B. İngiltere’de Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirme Uygulamaları

Ortaçağ İngiltere’sinde hapisaneler kâr elde etmek amacıyla işletilen kurumlardı. Bu Ülkede hapisaneler krallığa ait olup, bu kurumların işletmesi “gaolers” olarak isimlendirilen iş insanlarına devredilmişti. Hapisanelerdeki ücret sistemi, bu kurumlara giren hükümlüden alınan “giriş ücreti” ve “tahliye ücreti” den oluşuyordu. Yine hükümlülerden hapisanelerde buldukları süre içinde yiyecek, su ve yatak başta olmak üzere günlük ihtiyaçları için ücret alınıyordu. “Kullanıcı öder” ilkesinin erken ve kötü bir örneği olarak görülebilecek bu sistemin çeşitli biçimleri hükümlülerin Avustralya’ya nakledilmeye başladığı 1780’li yıllara kadar devam etmişti.⁴⁰

İngiltere ve Galler’de ceza infaz kurumlarının özelleştirilmesine ilişkin tartışma 1980’lerin sonunda yeniden gündeme gelmeye başlamıştır. Bu kapsamda ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetilebilmesi amacıyla yasal düzenleme yapılarak 1991 tarihli “Ceza Adaleti Kanunu” yürürlüğe girmiş, bu Kanununun kapsamı 1994 yılında genişletilerek İngiltere ve Galler’deki tüm ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından tasarlanabilmesi, inşa edilebilmesi, finanse edilebilmesi ve işletilebilmesi olanağı getirilmiştir. Ocak 2014 itibariyle, Bu Ülkede 14 özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumu bulunmaktadır.⁴¹

2013 yılında İngiltere ve Galler’de, hükümlü ve tutukluların toplamının % 16’sını oluşturan yaklaşık 13.027 hükümlü özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında barındırılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri’nden

³⁹ BUKET ABANOZ, Ceza İnfaz Kurumları’nda Özelleştirmenin Çok Boyutlu Değerlendirilmesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, 2016, s.53-54, https://www.researchgate.net/publication/309451797_Ceza_Infaz_Kurumlari'nda_Ozellestirmenin_Cok_Boyutlu_Degerlendirilmesi_ve_Turkiye'de_Uygulanabilirliği, erişim tarihi; 20.06.2021).

⁴⁰ BROWN, a.g.m, s.104.

⁴¹ ELENA KANTOROWICZ, Can Imprisonment be Cheaper? The Law and Economics of Private Prisons, 2014, s.5, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2449265, erişim tarihi; 24.02.2021).

farklı olarak İngiltere’de ceza infaz kurumlarını yöneten özel sektörle İçişleri Bakanlığı çok net, ölçülebilir kriterleri olan ve detaylı kuralları içeren sözleşmeler yapmaktadır. Bu sözleşmelerde; Devlet tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında uygulanan meslek ve rehabilitasyon programlarının özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında da uygulanması zorunlu olarak talep edilmektedir. Diğer yandan özel ceza infaz kurumlarında görevlendirilecek personelin çalışabilmesi için İçişleri Bakanlığı tarafından onay olarak isimlendirilen “yetkilendirme” işleminin yapılması gerekmektedir. Sözleşmede bu kuralların yanında özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında istenilen performansın elde edilmesi amacıyla kurumun bulunduğu yerde görevli müfettişler tarafından denetlenebileceği hükmü getirilmiştir. Ayrıca bu müfettişlerin hükümlülere uygulanan disiplin cezalarında da yetkileri bulunmaktadır. Yine özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında kendileri için sözleşmede öngörülen hedeflere ulaşamaması halinde firmanın ceza sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.⁴²

C. Fransa’da Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirme Uygulamaları

1987 yılında Fransa, 13.000 kişilik kapasiteye sahip yeni bir ceza infaz kurumunun özel sektör tarafından yapılması ve yönetilmesi amacıyla Amerikan ceza infaz kurumları özelleştirme modelini uygulanmayı planlamıştır. Ancak, bu konuda yapılan tartışmaların sonucu bu model yerine bir “karma yönetim” modeli kabul edilmiştir. Bu modele göre, ceza infaz kurumunun yapılması özel sektör tarafından gerçekleştirilmekte, ancak kurum Devlet tarafından yönetilmektedir. Bu modelde; yemeklerin hazırlanması, mesleki eğitim programların verilmesi ve sağlık hizmetleri gibi bir kısım faaliyetler için özel sektörle anlaşma yapılabilmektedir. Fransız Modelinde ceza infaz kurumlarının iç ve dış güvenliğinden sorumlu infaz ve koruma memurlarının kamu görevlisi olması gerekmektedir.⁴³

Bu Ülkede başlangıç aşamasında; ceza infaz kurumlarının yemek ve temizlik faaliyetlerini kapsayan barınma hizmetleri, sağlık hizmetleri ve meslek eğitim çalışmaları özel sektör tarafından verilmiştir. Bu Modelde kamu görevlileri; kurumun yönetimini, iç ve dış güvenlik ile idari görevlerini yerine getirmektedir. Oransal olarak sisteme bakıldığında özel sektör personelinin tüm çalışanlara oranının % 20 seviyesinde kaldığı anlaşılmaktadır.⁴⁴

⁴² KANTOROWICZ, a.g.m, s.5.

⁴³ KANTOROWICZ, a.g.m, s.6.

⁴⁴ CABRAL VE SAUSSIER, a.g.m, s.107.

Fransız Ceza İnfaz Kurumlarının 1999-2003 Yılları Arası Günlük Maliyeti (Avro) ⁴⁵					
	1999	2000	2001	2002	2003
Özel Sektör Cezaevleri	3.81	0.17	-	56.41	53.27
Kamu Cezaevleri	3.73	5.12	-	52.00	45.83
Aradaki Fark	%23	%33.36	-	%8.48	%16.23

Fransız Modeline uygun ilk ceza infaz kurumu 1990 yılında yapılmıştır. 2009 yılına kadar bu model uygulanarak yaklaşık 40 ceza infaz kurumu faaliyete geçmiş olup, bu kurumlarda Ülkedeki ceza infaz kurumlarında bulunan toplam hükümlü ve tutuklu sayısının % 36'sı barındırılmıştır. 2010 yılında Fransa yeni bir özelleştirme programı başlatarak, 2012 yılında bu oranın % 50'ye çıkarılmasını hedeflemiştir.⁴⁶

D. Avustralya'da Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirme Uygulamaları

Amerika Birleşik Devletleri'nden sonra Avustralya ceza infaz kurumlarını özel sektör tarafından yönetilmesi anlayışını benimseyen ikinci Ülkedir.⁴⁷ Bu Ülkede özel sektör tarafından yönetilen ilk ceza infaz kurumu 1990 yılında Queensland Eyaletindeki Borallon Ceza İnfaz Kurumu olup, bu ceza infaz kurumunun yapımı kamu tarafından tamamlandıktan sonra yönetimi özel sektöre devredilmiştir. Eyalet yönetimi; bu Model ile ceza infaz kurumlarına yapılan harcamaları düşürmeyi ve bu alanda rekabeti sağlamayı amaçlamıştır. Bu anlayış diğer eyaletler tarafından da benimsenerek 1997-1998 yılları arasında özel sektör tarafından yönetilen onbeş ceza infaz kurumu faaliyete geçmiş ve bu kurumlarda Ülkedeki toplam hükümlü ve tutukluların % 15.4'i barındırılmıştır.⁴⁸

⁴⁵ CABRAL VE SAUSSIER, a.g.m, s.108.

⁴⁶ KANTOROWICZ, a.g.m, s.6.

⁴⁷ BROWN, a.g.m, s.104.

⁴⁸ ANDREW BUSHNELL, Cutting Costs And Reducing Reoffending Redesigning Private Prison Contracts For Better Results, 2019, s.8, (<https://ipa.org.au/wp-content/uploads/2019/10/IPA-Cutting-costs-and-reducing-reoffending-Redesigning-private-prison-contracts-for-better-results.pdf>, erişim tarihi; 24.02.2021).

Zamanla bu konudaki yoğun ilgi azalarak 2008-2009 yılları arasında Avustralya'da özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumu sayısı yediye düşmüştür. Özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında barındırılan hükümlü ve tutuklu sayısının toplam hükümlü ve tutukluya oranı 1997-1998 döneminde % 15.4 olarak gerçekleşirken, bu oran 2016-2017 döneminde % 18.4'e yükselmiştir.⁴⁹

Bu sistemde; Nisan 2019 da New South Wales bölgesinde bulunan Parklea Ceza İnfaz Kurumunun özel sektör tarafından devir alınması ile yeni bir bakış açısı geliştirilmiştir. Özel sektörle yapılan sözleşmede performans kriterleri belirlenerek puanlama sistemi oluşturulmuş, bu kapsamda 25 temel performans göstergesi ile dört ayrı cezalandırma ölçüsü kabul edilmiştir. Bu sisteme göre aylık ödemeler belirlenmiştir.⁵⁰

Ceza adaleti sisteminin bir parçası olan ceza infaz kurumlarının birkaç fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar; suça sürüklenen bireyleri ceza infaz kurumlarında tutmak, insan haklarına dikkat ederek hükümlülerin mahkemelerce verilen cezalarını infaz etmek, hükümlülerin tekrar suç işlemelerini önlemek ve rehabilitasyonlarını sağlamaktır. Bu Ülkede yapılan çalışmalarda özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında ilk üç amaç; kamu tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarından daha düşük maliyetle gerçekleştirildiği belirlenmiştir. Ancak uygulamada üzerinde durulan ve dikkate alınan konu, özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarındaki rehabilitasyon çalışmalarının etkinliğidir.⁵¹

E. Yeni Zelanda'da Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirme Uygulamaları

2000 yılında Yeni Zelanda ilk özel sektör tarafından yönetilen Auckland Central Ceza İnfaz Kurumu açılmıştır. Yeni Zelanda Parlamentosunca özel sektör tarafından ceza infaz kurumlarının yönetilmesine izin veren kanunun kaldırıldığı 2005 yılının başlarına kadar ceza infaz kurumları özel sektör tarafından yönetilmiştir. 2009'da Parlamentoda kabul edilen kanunla ceza infaz kurumlarının yeniden özel sektör tarafından yönetimine izin verilmiştir. Bu kapsamda 2011 yılında Auckland Central Ceza İnfaz Kurumu tekrar özel sektör tarafından yönetilmeye başlanmıştır. Aynı yıl Mount Eden Ceza İnfaz Kurumu ve Mart 2012'de Eden Ceza İnfaz Kurumu aynı usulle idare

⁴⁹ BUSHNELL, a.g.m, s.8.

⁵⁰ BUSHNELL, a.g.m, s.10.

⁵¹ BUSHNELL, a.g.m, s.14.

edilmiştir. Eden Ceza İnfaz Kurumu'nda Yeni Zelanda ceza infaz kurumlarında bulunan toplam 8.698 hükümlü ve tutuklunun yüzde 11'ini oluşturan 954 kişiyi barındırmıştır. Yine Eylül 2012'de, özel sektör tarafından yönetilecek 960 hükümlü ve tutuklu kapasiteli bir ceza infaz kurumunun inşaatına başlanmıştır.⁵²

F. Güney Afrika Cumhuriyeti'nde Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirme Uygulamaları

Güney Afrika Cumhuriyeti'nde 1997 yılında özel sektör tarafından dört ayrı ceza infaz kurumunun açılması planlanmıştır. Bu kapsamda; 1999'da 3.024 kapasiteli Kutama-Sinthumule Ceza İnfaz Kurumu ile 2.928 kapasiteli Mangaung Ceza İnfaz Kurumu faaliyete geçmiştir. 2004 yılına kadar her iki ceza infaz kurumunda bu Ülkenin ceza infaz kurumlarında bulunan toplam 181.688 hükümlü ve tutuklunun % 3'ü olan 5.952 hükümlü ve tutuklu barındırılmıştır.⁵³

G. Macaristan'da Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirme Uygulamaları

Macaristan'da 2004 yıl sonunda ceza infaz kurumlarının kapasitesinin % 40 oranında artması sonucu kalabalıklaşma sorununun ortaya çıkması nedeniyle Ülkenin batısında bulunan Szombathely'de 15 yıl süre ile 700 hükümlü ve tutuklu kapasiteli bir ceza infaz kurumunun işletilmesi amacıyla özel sektörle anlaşma imzalamıştır. Yine özel sektör tarafından işletilmesi amacıyla Ülkenin doğusunda Tiszalok'ta ikinci ceza infaz kurumunun inşası için ihale süreci başlatılmıştır. Özel sektör tarafından işletilen ceza infaz kurumlarının işletimi için yıllık yetmişaltı milyon avro ödenmesi planlanmıştır. Bu ceza infaz kurumlarında hükümlülerin kaydı ve tıbbi hizmetlerin dışında kalan hizmetlerin özel sektör tarafından verilmesi kararlaştırılmıştır.⁵⁴

H. Brezilya'da Ceza İnfaz Kurumlarında Özelleştirme Uygulamaları

2008 yılı sonu itibariyle yaklaşık 446.687 hükümlü ve tutuklu sayısı ile Brezilya Ceza İnfaz Kurumları Sistemi isyanları, firarları, yüksek yeniden

⁵² CODY MASON, International Growth Trends in Prison Privatization, 2013, s.8, (<https://sentencingproject.org/wp-content/uploads/2015/12/International-Growth-Trends-in-Prison-Privatization.pdf>, (erişim tarihi 23.02.2021).

⁵³ MASON, a.g.m, s.9.

⁵⁴ STEPHEN NATHAN, The European Market for Privatised Correctional Services: Developments and Implications, 2005, s.3, (<https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/PSIRUprisonreport2005.pdf>, erişim tarihi; 23.02.2021).

suç işleme oranları ve aşırı kalabalıklaşma sorunları ile bilinmekteydi. Bu sorunların çözülmesi amacıyla ceza infaz kurumlarının özel sektöre devredilmesine karar verilmiştir. Bu konuda gerçekleştirilen yoğun tartışmalar sonunda kamunun ceza infaz kurumunun yönetiminden ve dış güvenliğinden sorumlu olması, buna karşın özel sektörün iç güvenlik, yemek, sağlık hizmetleri, eğitim çalışmaları, kurumun yönetimi ve taşıt araçlarının temini işlerinden sorumlu bulunması kabul edilmiştir.⁵⁵

Brezilya Modeli olarak adlandırılan bu Model; Fransız tecrübesinden esinlenmiş olsa da, Modelde Fransız Modelinde bulunmayan iç güvenlik ve hukuki yardım gibi hizmetlerin özel sektöre devredilmesi nedeniyle Fransız Modeli ile Amerika Birleşik Devletleri Modeli arasında bulunduğu değerlendirilmektedir.⁵⁶

Brezilya Ceza İnfaz Kurumlarında 2002-2005 Yılları Arası Ölüm ve Firar Sayısı ⁵⁷						
		2002	2003	2004	2005	Ortalama
Ölüm	Kamu Cezaevleri	8	5	8	6	6.8
	Özel Cezaevleri	0	7	2	3	3
Firar	Kamu Cezaevleri	3	0	2	6	2.8
	Özel Cezaevleri	0	0	0	1	0,3
Her Ceza İnfaz Kurumunun Ortalama Mevcudu	Kamu Cezaevleri	636.6	626.5	671.5	694.7	657.3
	Özel Cezaevleri	337.5	402.5	42.5	447.3	402.5

III. DENETİMLİ SERBESTLİK SİSTEMİNDE ÖZEL SEKTÖR ÇALIŞMALARI

İnfaz sistemi; hapis cezaları ve denetimli serbestlik tedbirleri başlıkları

⁵⁵ CABRAL VE SAUSSIER, a.g.m, s.109.

⁵⁶ CABRAL VE SAUSSIER, a.g.m, s.109.

⁵⁷ CABRAL VE SAUSSIER, a.g.m, s.110.

altında incelenebilir.⁵⁸ Denetimli serbestlik; soruşturma aşamasında şüpheliler, kovuşturma aşamasında sanıklar hakkında “sosyal araştırma raporu” hazırlanması, mahkemelerce tutuklama tedbiri yerine verilen adli kontrol tedbirinin, kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen seçenek tedbirlerin infaz edilmesi, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan veya bulunduran sanıkların rehabilitasyonunun sağlanması, mahkemelerce hapis cezasının ertelenmesi veya koşullu salıvermeye karar verilmesi halinde hükümlülere görevlendirilen rehber ve/veya yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi, ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülerin topluma kazandırılmasına destek olunması, mahkemelerce suça sürüklenen çocukların denetim altına alınması halinde bu kararın infaz edilmesi ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülere iş arama sürecinde yardım yapılması çalışmalarını kapsayan bir sistemdir.⁵⁹ Bu kapsamda fotoğrafın tamamının görülebilmesi amacıyla, infaz sisteminin diğer bir boyutunu oluşturan denetimli serbestlik ile ilgili özel sektör çalışmaları konusunun kısaca incelenmesi gerekmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri’nde ve Kanada’da denetimli serbestlik çalışmaları genellikle kamu tarafından yerine getirilmektedir. Ancak Amerika Birleşik Devletleri’nin bazı eyaletlerinde özel sektörün denetimli serbestlik kararlarının yerine getirilmesi çalışmalarına katıldığı görülmektedir. Dünyada özel sektör tarafından denetimli serbestlik sistemi kapsamında takip edilen hükümlü sayısı bilinmemekle beraber, son yıllarda bu uygulamaya karşı büyük bir ilginin olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle denetimli serbestlik kapsamında verilen para cezalarının tahsili için özel sektör çalışmaları bulunmaktadır. Akademik alanda temel tereddüttün, özel sektörün denetimli serbestlik kapsamında yaptığı çalışmaların ticari anlayış nedeniyle denetimli serbestlik sisteminin felsefesine ve amacına zarar verip vermeyeceği noktasında toplanmaktadır.⁶⁰

Avrupa’da; özel sektör tarafından denetimli serbestlik kararlarının yerine getirilmesi, diğer ifade ile denetimli serbestlik sisteminde özelleştirme uygulamaları konusunda İngiltere liderlik yapmaktadır. Bu Ülkede denetimli

⁵⁸ VEHBİ KADRİ KAMER, “Ceza Adalet ve İnfaz Sistemi İçinde Denetimli Serbestlik Sisteminin Önemi”, Adalet Dergisi, Sayı: 31, 2008, s.1.

⁵⁹ VEHBİ KADRİ KAMER, Kriminoloji (Suç Sosyolojisi), Ankara Açık Ceza Kurumu Matbaası, Ankara, 2017, s.288.

⁶⁰ JAMES BYRNE, KİMBERLY R. KRAS, LİNA MARİA MARMOLEJO, 2019, International perspectives on the privatization of corrections, s.485, (https://spa.sdsu.edu/documents/Byrne_et_al-2019-Criminology_Public_Policy.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).

serbestlik sisteminin % 70'ini özel sektör takip etmektedir.⁶¹ İngiltere'de 2013 yılında Adalet Bakanlığı "Ulusal Denetimli Serbestlik Servisinde" "Rehabilitasyona Dönüş I" politikasını yürürlüğe koyarak 35 denetimli serbestlik bölge müdürlüğünü kaldırmış, yerine 21 denetimli serbestlik bölgesi oluşturarak kar amacı olan "Toplumsal Rehabilitasyon Şirketleri" ile denetimli serbestlik işlemlerinin yerine getirilmesi kapsamında sözleşme yapma imkanı getirmiştir. Bu modelde; "Toplumsal Rehabilitasyon Şirketlerince" denetimli serbestlik altına alınan düşük ve orta risk taşıyan hükümlülerin, Adalet Bakanlığı "Ulusal Denetimli Serbestlik Servisinde" yüksek risk taşıyan hükümlülerin denetlenmesi ve tedbirlerin infaz edilmesi esası benimsenmiştir. 2015 yılında sekiz konsorsiyumdan oluşan bir oligopol ile 2022 yılına kadar tüm denetimli serbestlik hizmetlerinin yürütülmesi konusunda bir sözleşme imzalanmıştır. 2019 yılına kadar bu yeni sistemle ilgili çok sayıda araştırma ve rapor hazırlanmış, bunun sonucunda Bakanlık özel sektörle yapılan sözleşmelerin erken sona erdireceğini, bu kapsamda düşük ve orta risk taşıyan hükümlülerin denetiminin Adalet Bakanlığı "Ulusal Denetimli Serbestlik Servisinde" yapılacağını açıklamıştır. 11 Haziran 2020 tarihinde Adalet Bakanının Parlamento'da yaptığı açıklamada Haziran 2021 yılına kadar tüm denetimli serbestlik çalışmalarının kamu tarafından yerine getirileceğini ifade etmiştir.⁶²

DEĞERLENDİRME

Dünyada ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetilmesi ile ilgili üç ayrı model bulunmaktadır. Bunlardan *Birinci Modelde*; Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Avustralya ve Güney Afrika'da özel sektör ceza infaz kurumunu inşa etmekte ve yönetmektedir. *İkinci Modelde*; Fransa, Macaristan, Latin Amerika'nın bazı bölgeleri ve Japonya'da özel sektör ceza infaz kurumunun inşasını finanse etmekte ayrıca bu kurumdaki sağlık, yemek ve rehabilitasyon çalışmaları gibi belli hizmetleri yerine getirmektedir. *Üçüncü Modelde* Hollanda ve bir kısım Avrupa ülkelerinde ceza infaz kurumundaki hükümlü nakli, yemek, rehabilitasyon çalışmaları gibi bir kısım hizmetler özel sektör tarafından yerine getirilmektedir.⁶³

⁶¹ BYRNE, KRAS, MARMOLEJO, a.g.m, s.485.

⁶² MARY CORCORAN, Finding the Eye of the Octopus: the Limits of Regulating Outsourced Offender Probation in England and Wales, 2021, s.1, (file:///C:/Users/ab33992/Downloads/rfcb-7888.pdf erişim tarihi; 06.03.2021)

⁶³ BYRNE, KRAS, MARMOLEJO, a.g.m, s.498.

Özbek, ceza infaz kurumlarının özelleştirilmesinin üç ayrı yöntemle gerçekleşebileceğini ileri sürmüştür. Bu yöntemlerin *birincisi*, ceza infaz kurumlarının yapımının ve işletmesinin tamamen özel sektöre devredilmesi, *ikincisi*, hükümlü ve tutukluların barındırılması, işlerinin sağlanması, eğitim, sağlık ve kültürel ihtiyaçlarının giderilmesinin özel sektör tarafından yerine getirilmesi, *üçüncüsü*, ceza infaz kurumlarındaki iş gücünün kar amaçlı özel sektör tarafından değerlendirilmesidir.⁶⁴

Ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetilmesi veya bu kurumlardaki bazı çalışmaların özel sektör tarafından sürdürülmesi konusunda yapılan araştırmalar incelendiğinde⁶⁵;

1. *Alonso ve Andrews tarafından* İngiltere’de 2016 yılında 99’u kamu tarafından 15’i özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumunda yapılan araştırmada; özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumları *ölçülmesi kolay* kalabalıklaşma, firar gibi güvenlik alanlarında, kamu tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarının ise *ölçülmesi zor* hükümlünün günlük aktiviteleri, uyuşturucu testleri ve saldırı gibi güvenlik alanlarında daha iyi sonuçlar verdiği,
2. *Bales ve diğerleri tarafından* Amerika Birleşik Devletleri Florida Eyaletinde 2005 yılında kamu ve özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında bulunan 81.737 yetişkin kadın ve erkek hükümlü ile genç erkek hükümlü ile ilgili yapılan araştırmada yönetim şekli farklı iki ayrı kurumdan salıverilen hükümlülerin yeniden suç işleme oranları konusunda önemli bir farklılığın olmadığı,
3. *Duwe ve Clark tarafından* Amerika Birleşik Devletleri Minnesota Eyaletinde 2013 yılında özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarından salıverilen 3.532 hükümlü ile ilgili yapılan araştırmada bu kurumdan salıverilen hükümlülerin yeniden suç işleme oranlarının daha yüksek olduğu,
4. *Farabee ve Knight tarafından* Amerika Birleşik Devletleri Florida Eyaletinde 2002 yılında özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarından salıverilen 8.848 yetişkin ve genç erkek hükümlü ile ilgili ceza infaz kurumundan salıverildikten sonra yeniden suç

⁶⁴ VELİ ÖZER ÖZBEK, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.281.

⁶⁵ BYRNE, KRAS, MARMOLEJO, a.g.m, s.494.

işleme oranları konusunda yapılan araştırmada, özel sektör ve kamu tarafından yönetilen ceza infaz kurumları arasında önemli bir farklılığın olmadığı,

5. *Pratt ve Maahs tarafından* Amerika Birleşik Devletleri'nde 1999 yılında özel sektör ve kamu tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarında hükümlülerin günlük maliyeti konusunda yapılan bir araştırmada, özel sektör tarafından yönetilen ceza infaz kurumlarının kamu tarafından yönetilen ceza infaz kurumların nazaran çok fazla ekonomik bulunmadığı,

tespit edilmiştir.

Bu araştırma ve değerlendirme sonucunda ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetilmesi sisteminde sorunların önlenmesi için üç ayrı tedbir alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bu tedbirlerden *birincisi*, özel sektör ile yapılan sözleşmelerde belirli standartların yer alması, *ikincisi*, etkin bir denetim sisteminin oluşturulması ve *üçüncüsü*, sözleşmenin ihlali ve şirketin iflası halinde alternatif düzenlemeler yapılmış olmasıdır.⁶⁶

Sonuç olarak Dünyada ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetilmesi konusunda çok sayıda araştırma yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda başta; ceza infaz kurumlarında eğitim ve rehabilitasyon çalışmaları, meslek eğitim çalışmaları, ceza infaz kurumlarında salıverilen hükümlülerin yeniden suç işleme oranları, ceza infaz kurumlarındaki saldırı, firar, intihar gibi asayiş olayları, sağlık hizmetleri, hükümlülerin aileleri ile telefon, mektup ve ziyaret ile münasebetleri, nakil, personel sayısı, teknoloji kullanımı, maliyet gibi konularda hem ayrı ayrı ülkeler hem de Dünya ölçeğinde karşılaştırmalı çalışmaların yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde haklarında hapis cezası verilen suçta sürüklenen bireylerin diğer ifade ile hükümlülerin topluma kazandırılması çalışmalarında ceza infaz kurumlarının özel sektör tarafından yönetiminin ne kadar etkili olduğu anlaşılamayacaktır.

⁶⁶ GÖRKEM, a.g.e, s.18.

KAYNAKÇA

- Abanoz, B., Ceza İnfaz Kurumları'nda Özelleştirmenin Çok Boyutlu Değerlendirilmesi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, https://www.researchgate.net/publication/309451797_Ceza_Infaz_Kurumlari'nda_Ozellestirmenin_Cok_Boyutlu_Degerlendirilmesi_ve_Turkiye'de_Uygulanabilirliği, erişim tarihi; 20.06.2021).
- Aman A. C, Jr ve Carol, J., “Greenhouse, Prison Privatization And Inmate Labor In The Global Economy: Reframing The Debate Over Private Prisons”, 2016, Vol:42, Fordham Urban Law Jurnal, s.355-409, (<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2561&context=ulj>, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Blakely C. R ve Bumphus V. W, Private and Public Sector Prisons—A Comparison of Select Characteristics, s.4, (https://www.uscourts.gov/sites/default/files/68_1_5_0.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Brown A., Economic Aspects Of Prison Privatisation: The Queensland Experience, s.104 (<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.491.4922&rep=rep1&type=pdf>, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Bushnell A., Cutting Costs And Reducing Reoffending Redesigning Private Prison Contracts For Better Results, 2019, s.8, (<https://ipa.org.au/wp-content/uploads/2019/10/IPA-Cutting-costs-and-reducing-reoffending-Redesigning-private-prison-contracts-for-better-results.pdf>, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Butorac K, Gracin D ve Stanić N, 2017, The Challenges In Reducing Criminal Recidivism, s.115-131, (https://bib.irb.hr/datoteka/912525.Butorac_et_al.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Byrne J, Kras K R ve Marmolejo L M, “International perspectives on the privatization of corrections”, 2019, Criminology ve Public Polic, s.477-503, (https://spa.sdsu.edu/documents/Byrne_et_al-2019-Criminology_Public_Policy.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Cabral S. ve Saussier S, Organizing Prisons Through Public-Private Partnerships: A Cross Country Investigation, 2012, s.100-120, (https://www.researchgate.net/publication/262665166_Organizing_Prisons_through_Public-private_Partnerships_A_Cross-Country_Investigation/link/0395bde90cf2005ef799de40/download, erişim tarihi; 24.02.2021).

- Corcoran M, Finding the Eye of the Octopus: the Limits of Regulating Outsourced Offender Probation in England and Wales, 2021, s.1, (file:///C:/Users/ab33992/Downloads/rfcb-7888.pdf erişim tarihi; 06.03.2021)
- Delisi M., Conis P J, American Corrections: Theory, Research, Policy, and Practice, 2019, s.58, (https://us.sagepub.com/sites/default/files/upm-assets/94917_book_item_94917.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Demirbaş T, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Görkem, H., Kamu Hizmetlerinin Özelleştirilmesi Kapsamında Cezaevi Hizmetlerinin Özelleştirilmesi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Ankara, 2009.
- Kamer V. K, “2015 Yılı İlk Beş Ayında İşyurtları Kurumu”, 2015, Sayı:158, Sesleniş Gazetesi, s.1-16.
- Kamer V. K, “Ceza Adalet ve İnfaz Sistemi İçinde Denetimli Serbestlik Sisteminin Önemi”, 2008, Sayı: 31, Adalet Dergisi, s.69-80.
- Kamer V. K, “Ceza İnfaz Sisteminde “İyi Hâl” Kararı İle “Değerlendirme Raporu”-I”, 2013, Sayı:165, Sesleniş Gazetesi, s.1-16.
- Kamer V. K, Kriminoloji (Suç Sosyolojisi), Ankara Açık Ceza Kurumu Matbaası, Ankara, 2017.
- Kantorowicz E. ve Wibisana A. Rotterdam Institute of Law and Economics (RILE) Working Paper Series, 2014, s.1-50, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116188, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Kantorowicz E., “Can Imprisonment be Cheaper? The Law and Economics of Private Prisons”, Forthcoming in the European Journal of Law Reform 2016, 2014, s.5, (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2449265, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Khatun N., Islam M J., Banarjee S. ve Paul M, Philosophy of Punishment in Criminology: A Historical Review, 2013, s.1-19, (https://www.researchgate.net/publication/330113779_Philosophy_of_Punishment_in_Criminology_A_Historical_Review, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Maculan A., Ronco D. ve Vianello F., Prison in Europe: Overview And Trends, 2013, s.5-62, (<http://www.prisonobservatory.org/upload/>

- PrisoninEuropeOverviewandtrends.pdf, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Mason C, International Growth Trends in Prison Privatization, 2013, s.8, (<https://sentencingproject.org/wp-content/uploads/2015/12/International-Growth-Trends-in-Prison-Privatization.pdf>, (erişim tarihi 23.02.2021).
- Nathan S, The European Market for Privatised Correctional Services: Developments and Implications, 2005, s.3, (<https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/PSIRUprisonreport2005.pdf>, erişim tarihi; 23.02.2021).
- Odabaşı, L., Cezaevi Endüstrileri ve Cezaevi Özelleştirilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi (Siyaset Bilimi) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.
- Özbek, V. Ö, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Pozen D., “Managing a Correctional Marketplace: Prison Privatization In The United States and The United Kingdom”, 2004, V:19, Journal of Law ve Politics, s.251-286, (https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1305, erişim tarihi; 24.02.2021).
- Sanchez S., Street Crime, Corporate Crime, and White-Collar Crime, (<https://openoregon.pressbooks.pub/ccj230/chapter/1-12-different-types-of-crime-in-the-united-states/>, erişim tarihi; 24.02.2021).

