

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW
(SDLR)



Cilt: **13**, Sayı: **1**, Yıl: **2023**
Volume: 13, No: 1, Year: 2023

ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **13**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2023**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



SOBİAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini



JURIX Hukuk Dergileri Veri Tabanı

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL
LAW REVIEW (SDLR)

Cilt (Volume): **13**, Sayı (Number): **1**, Yıl (Year): **2023**, ISPARTA
ISSN: **2146-7129**

Sahibi / Owner

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor

Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co-Editors

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER

Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof. Dr. Yüksel METİN

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER

Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Dr. Mariagiulia GIUFFRÉ

Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ

Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN

Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK

Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER

Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER

Yazım Editörleri / Spelling Editors

Arş. Gör. Egemen ESEN

Arş. Gör. İsmail AKBAŞ

Arş. Gör. Furkan Sabri ÖZGÜL

Arş. Gör. Ozancan BELCİ

Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language

Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY

Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI

Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER

Son Okuyucular / Proofreaders

Arş. Gör. İrem Banu BAŞER ÖCAL

Arş. Gör. Tuğba KOYUN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yazar/yazarlar dergiye gönderdikleri çalışmalarının **Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (CC BY-NC 4.0)** lisansı ile yayımlanmasını kabul ederler. CC BY-NC 4.0 lisansı, eserin ticari kullanım dışında her boyut ve formatta paylaşılmasına, kopyalanmasına, çoğaltılmasına ve orijinal esere uygun şekilde atıfta bulunmak kaydıyla yeniden düzenleme, dönüştürme ve eserin üzerine inşa etme dâhil uyarlanmasına izin verir. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

SDÜ Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISSN: 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 00 02

Faks: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/pub/sduhfd/writing-rules>).

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

KAMU HUKUK / PUBLIC LAW

Öğr. Gör. Tuba AYKANAT - Prof. Dr. Yüksel METİN	3
<i>BİREYSEL BAŞVURUDA İHLAL EDİLDİĞİ İLERİ SÜRÜLEN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ</i>	
<i>DETERMINATION OF THE SCOPE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS ALLEGED TO BE VIOLATED IN AN INDIVIDUAL APPLICATION TO THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Said BİLAL	45
ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI NÖRMLERİNİN OLUŞUMUNDA HÜKÜMET DIŞI KURULUŞLARIN ROLÜ	
<i>THE ROLE OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS IN THE FORMATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS NORMS</i>	
Dr. Omca ÖZDEMİR - Dr. Damla AKKAYA	87
AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA ONARIM	
<i>REPARATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS</i>	
Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ	149
KAÇAKÇILIK SUÇUNDAN ELDE EDİLEN EŞYANIN KULLANIM AMACIYLA SATIN ALINMASININ VEYA KABUL EDİLMESİNİN SUÇ EŞYASININ SATIN ALINMASI VEYA KABUL EDİLMESİ SUÇU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	
<i>THE EVALUATION OF THE PURCHASE OR ADMISSION OF THE COMMODITY CONFISCATED FROM SMUGGLING FOR USE IN TERMS OF CRIMES COVERING PURCHASE OR ADMISSION OF THE CRIME COMMODITY</i>	
Arş. Gör. Selen EVİRGEN	171
CEZA MUHAKEMESİNDE MADDÎ ANLAMDA KESİN HÜKMÜN OLUMSUZ ETKİSİ VE UNSURLARI	
<i>THE NEGATIVE EFFECT OF FINAL JUDGMENT IN THE MATERIAL SENSE IN CRIMINAL PROCEDURE AND ITS ELEMENTS</i>	
Fatih ULAŞAN	219
THE DECISION OF NO GROUND FOR INVESTIGATION ON THE BASIS OF RIGHT NOT TO BE LABELLED AS CRIMINAL AND PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE SCOPE OF HUMAN RIGHTS	
<i>İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA YER ALAN LEKELENMEME HAKKI VE MASUMİYET KARİNESİ TEMELİNDE SORUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARARI</i>	
Av. Mustafa Kağan ÖZTÜRK	255
TÜRK CEZA KANUNU'NDA BİR İŞTİRAK ŞEKLİ OLARAK FAİLLİK (TCK m. 37)	
<i>THE PERPETRATION AS A KIND OF COMPLICITY IN TURKISH CRIMINAL CODE (TPC ARTICLE 37)</i>	

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK.....	309
TÜRK HUKUKUNDA TAŞINIR KÜLTÜR VARLIĞI KOLEKSİYONCULUĞU <i>COLLECTION OF MOVABLE CULTURAL PROPERTIES IN TURKISH LAW</i>	
Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI - Aytaç ÇETİNKAYA.....	345
JANDARMA BİRLİKLERİNDE MEYDANA GELEN VÜCUT DOKUNULMAZLIĞI ZARARLARINDA BİRLİK KOMUTANININ HUKUKİ SORUMLULUĞU <i>LEGAL RESPONSIBILITY OF THE UNIT COMMANDER IN CASE OF BODILY IMMUNITY DAMAGES IN THE GENDARMERIE UNITS</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Sezai ÇAĞLAYAN	391
SAĞLIKÇILARA YÖNELİK ULUSLARARASI HUKUK EĞİTİMİNİN GEREKLİLİĞİ: UKRAYNA-RUSYA SAVAŞI ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME <i>THE NECESSITY OF INTERNATIONAL LAW EDUCATION FOR HEALTHCARE PROFESSIONALS: AN ASSESSMENT ON THE UKRAINE-RUSSIA WAR</i>	
Arş. Gör. Zehra KORKMAZ.....	417
NÜKLEER ENERJİ ALANINDA ÜÇÜNCÜ ŞAHIS SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN 1960 TARİHLİ PARİS SÖZLEŞMESİ'Nİ DEĞİŞTİREN 2004 PROTOKOLÜ İLE 7381 SAYILI NÜKLEER DÜZENLEME KANUNU'NUN MUKAYESE VE DEĞERLENDİRİLMESİ <i>COMPARISON AND ASSESSMENT OF 1960 PARIS CONVENTION ON THE THIRD PARTY LIABILITY IN THE FIELD OF NUCLEAR ENERGY AS AMENDED BY THE PROTOCOL OF 2004 AND THE NUCLEAR REGULATORY ACT NO. 7381</i>	
ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW	
Doç. Dr. Alper UYUMAZ	503
SORUMLULUK HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI VE KUSURUN TESPİTİNE İLİŞKİN BİR ÖNERİ <i>THE NOTION OF FAULT IN THE LIABILITY LAW AND A SUGGESTION FOR THE DETERMINATION OF FAULT</i>	
Doç. Dr. Levent BÖRÜ - Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ - Arş. Gör. Emine BİLGİÇ EROĞLU	547
ADİ KONKORDATO HÜKÜMLERİ UYARINCA ÜÇÜNCÜ KİŞİ REHNİYLE GÜVENCEYE ALINMIŞ ALACAĞIN HUKUKİ DURUMU ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER <i>EVALUATIONS ON THE LEGAL STATUS OF THE RECEIVABLE SECURED THROUGH THIRD PARTY PLEDGE ACCORDING TO THE PROVISIONS OF ORDINARY CONCORDAT</i>	
Doç. Dr. Efe DİRENİSA	577
CEBRÎ İHALE KESİNLEŞTİKTEN SONRA FAZLADAN ÖDENEN KATMA DEĞER VERGİSİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YARGI YOLUNA VE GÖREVLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER <i>EVALUATIONS ON THE JURISDICTION AND THE MATERIAL JURISDICTION IN DISPUTES RELATED TO OVERPAID VALUE ADDED TAX AFTER THE FINALIZATION OF A FORCED TENDER</i>	

Dr. Öğr. Üyesi Raziye AKSU	625
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ÇEKTE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ	
<i>EXAMINATION OF REGULATIONS REGARDING PRESCRIPTION OF CHECKS IN THE LIGHT OF SUPREME COURT DECISIONS</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan OYAL	671
AVALİSTİN HAMİLE KARŞI SAVUNMA İMKÂN LARI VE LEHİNE AVAL VERİLEN KİŞİNİN SAVUNMA İMKÂN LARINDAN YARARLANIP YARARLANAMAYACAĞI SORUNU	
<i>DEFENSES OF THE BILL GUARANTOR AGAINST THE HOLDER OF A NEGOTIABLE INSTRUMENT AND THE PROBLEM WHETHER THE GUARANTOR MAY CLAIM THE DEFENSES OF THE PERSON FOR WHOM THEY BECAME THE GUARANTOR AGAINST THE HOLDER</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Doğa Ekrem DOĞANCI	701
İŞTİRAK NAFKASI HESAPLAMA METOTLARI: TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKU KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME VE BAZI ÖNERİLER	
<i>ACCOUNTING METHODS OF CHILD MAINTENANCE: A COMPARATIVE REVIEW ON TURKISH AND SWISS LAW AND SOME RECOMMENDATIONS</i>	
Dr. Öğr. Üyesi Özge BÖLÜKBAŞI	819
GAYRİMENKUL SERTİFİKALARINDA ASLİ EDİMİN GECİKMESİNDEN YA DA YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK	
<i>LEGAL LIABILITY ARISING FROM DELAY OR NON-PERFORMANCE OF PRIMARY PERFORMANCE IN REAL ESTATE CERTIFICATES</i>	
Dr. Yalçın ARSLANTÜRK	845
KAMU KURUMLARINDAKİ ALT İŞVEREN ÇALIŞANLARININ KADROYA ALINMASININ ANAYASAL ELEŞTİRİSİ	
<i>CONSTITUTIONAL CRITICISM OF THE REGISTRATION OF SUBCONTRACTOR EMPLOYEES IN PUBLIC INSTITUTIONS</i>	
Kübra Nur GÜNEŞ SEFİL	873
TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 350. MADDESİ KAPSAMINDA KİRAYA VERENDEN KAYNAKLANAN İHTİYAÇ SEBEBİYLE KONUTUN DAVA YOLUYLA TAHLİYESİ	
<i>EVACUATION OF THE HOUSE DUE TO THE NEED ARISING FROM THE LESSOR WITHIN THE SCOPE OF ARTICLE 350 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS</i>	
ÇEVİRİ / TRANSLATION	
Çev. Alperen Furkan TAŞ	903
ELEKTRONİK TİCARET BELGELERİ KANUN TASARISI 2022	

DOI LİSTELERİ / DOI NUMBERS

SDÜHFD

Cilt: 13, Sayı: 1, Yıl: 2023

Kamu Hukuku Makaleleri:

1. Öğr. Gör. Tuba Aykanat - Prof. Dr. Yüksel Metin: [DOI 10.52273/sduhfd..1298736](#)
2. Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Said Bilal: [DOI 10.52273/sduhfd..1199246](#)
3. Dr. Omca Özdemir - Dr. Damla Akkaya: [DOI 10.52273/sduhfd..1282622](#)
4. Doç. Dr. Ahmet Bozdağ: [DOI 10.52273/sduhfd..1214285](#)
5. Arş. Gör. Selen Evirgen: [DOI 10.52273/sduhfd..1218752](#)
6. Fatih Ulaşan: [DOI 10.52273/sduhfd..1193330](#)
7. Mustafa Kağan Öztürk: [DOI 10.52273/sduhfd..1220467](#)
8. Dr. Öğr. Üyesi Muradiye Çevikçelik: [DOI 10.52273/sduhfd..1252362](#)
9. Doç. Dr. Ertuğrul Yuvalı - Aytaç Çetinkaya: [DOI 10.52273/sduhfd..1216880](#)
10. Dr. Öğr. Üyesi Sezai Çağlayan: [DOI 10.52273/sduhfd..1214503](#)
11. Arş. Gör. Zehra Korkmaz: [DOI 10.52273/sduhfd..1298643](#)

Özel Hukuk Makaleleri:

1. Doç. Dr. Alper Uyumaz: [DOI 10.52273/sduhfd..1277798](#)
2. Doç. Dr. Levent Börü - Dr. Öğr. Üyesi Şafak Parlak Börü - Arş. Gör. Emine Bilgiç Eroğlu: [DOI 10.52273/sduhfd..1265855](#)
3. Doç. Dr. Efe Direnisa: [DOI 10.52273/sduhfd..1295177](#)
4. Dr. Öğr. Üyesi Raziye Aksu: [DOI 10.52273/sduhfd..1290765](#)
5. Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan Oyal: [DOI 10.52273/sduhfd..1285952](#)
6. Dr. Öğr. Üyesi Doğa Ekrem Doğancı: [DOI 10.52273/sduhfd..1240317](#)
7. Dr. Öğr. Üyesi Özge Bölükbaşı: [DOI 10.52273/sduhfd..1265790](#)
8. Dr. Yalçın Arslantürk: [DOI 10.52273/sduhfd..1185085](#)
9. Kübra Nur Güneş Sefil: [DOI 10.52273/sduhfd..1294379](#)

Ceviri:

1. Alperen Furkan Taş: [DOI 10.52273/sduhfd..1253838](#)

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer okurlar,

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, on üçüncü cildinin, birinci sayısında da akademisyenlerin ve araştırmacıların hukuki görüşlerini bildirdikleri özgün eserlerini yayımlamaya tüm gayretiyle devam etmektedir.

Derginin bu sayısında kamu hukuku makaleleri kısmında Öğr. Gör. Tuba Aykanat ve Prof. Dr. Yüksel Metin'in "*Bireysel Başvuruda İhlal Edildiği İleri Sürülen Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesi*" isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Said Bilal'in "*Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Oluşumunda Hükümet Dışı Kuruluşların Rolü*" isimli araştırma makalesi, Dr. Omca Özdemir ve Dr. Damla Akkaya'nın "*Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Onarım*" isimli araştırma makalesi, Doç. Dr. Ahmet Bozdağ'ın "*Kaçakçılık Suçundan Elde Edilen Eşyanın Kullanım Amacıyla Satın Alınmasının veya Kabul Edilmesinin Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi*" isimli araştırma makalesi, Arş. Gör. Selen Evirgen'in "*Ceza Muhakemesinde Maddî Anlamda Kesin Hükümün Olumsuz Etkisi ve Unsurları*" isimli araştırma makalesi, Fatih Ulaşan'ın İngilizce kaleme aldığı "*İnsan Hakları Kapsamında Yer Alan Lekelenmeme Hakkı ve Masumiyet Karinesi Temelinde Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı*" isimli araştırma makalesi, Mustafa Kağan Öztürk'ün "*Türk Ceza Kanunu'nda Bir İştirak Şekli Olarak Faillik (TCK m. 37)*" isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Muradiye Çevikçelik'in "*Türk Hukukunda Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğu*" isimli araştırma makalesi, Doç. Dr. Ertuğrul Yuvalı'nın ve Aytaç Çetinkaya'nın "*Jandarma Birliklerinde Meydana Gelen Vücut Dokunulmazlığı Zararlarında Birlik Komutanının Hukuki Sorumluluğu*" isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Sezai Çağlayan'ın "*Sağlıkçılara Yönelik Uluslararası Hukuk Eğitiminin Gerekliliği: Ukrayna - Rusya Savaşı Üzerinden Bir Değerlendirme*" isimli araştırma makalesi, Arş. Gör. Zehra Korkmaz'ın "*Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü ile 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu'nun Mukayese ve Değerlendirilmesi*" isimli araştırma makalesi yer almaktadır.

Özel hukuk makaleleri kısmında ise Doç. Dr. Alper Uyumaz'ın "*Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri*" isimli araştırma makalesi, Doç. Dr. Levent Börü, Dr. Öğr. Üyesi Şafak Parlak Börü ve Arş. Gör. Emine Bilgiç Eroğlu'nun "*Adi Konkordato Hükümleri Uyarınca Üçüncü Kişi Rehniyle Güvenceye Alınmış Alacağın Hukuki Durumu Üzerine Değerlendirme*"

ler” isimli araştırma makalesi, Doç. Dr. Efe Direnisa’nın “*Cebrî İhale Kesinleştikten Sonra Fazladan Ödenen Katma Değer Vergisine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargı Yoluna ve Görevli Mahkemeye İlişkin Değerlendirmeler*” isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Raziye Aksu’nun “*Yargıtay Kararları Işığında Çekte Zama-naşımına İlişkin Düzenlemelerin İncelenmesi*” isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan Oyal’ın “*Avalistin Hamile Karşı Savunma İmkânları ve Lehine Aval Verilen Kişinin Savunma İmkânlarından Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu*” isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Doğa Ekrem Doğancın’ın “*İştirak Nafakası Hesaplama Metotları: Türk ve İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme ve Bazı Öneriler*” isimli araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Özge Bölükbaşı’nın “*Gayrimenkul Sertifikalarında Asli Edimin Gecikmesinden ya da Yerine Getirilmemesinden Doğan Hukuki Sorumluluk*” isimli araştırma makalesi, Dr. Yalçın Arslantürk’ün “*Kamu Kurumlarındaki Alt İşveren Çalışanlarının Kadroya Alınmasının Anayasal Eleştirisi*” isimli araştırma makalesi, Kübra Nur Güneş Sefil’in “*Türk Borçlar Kanunu’nun 350. maddesi Kapsamında Kiraya Veren-den Kaynaklanan İhtiyaç Sebebiyle Konutun Dava Yoluyla Tahliyesi*” isimli araştırma makalesi ve son olarak Alperen Furkan Taş’ın İngilizce metninden Türkçe’ye çevirdiği “*Elektronik Ticaret Belgeleri Kanun Tasarısı 2022*” isimli çevirisi yer almaktadır.

Dergiye çok kıymetli eserleriyle katkı sunan tüm yazarlara teşekkür eder, derginin bilim dünyasına faydalı olmasını temenni ederim.

Editör

Prof. Dr. Yüksel METİN

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

BİREYSEL BAŞVURUDA İHLAL EDİLDİĞİ İLERİ SÜRÜLEN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KAPSAMININ BELİRLENMESİ^(*)

Öğr. Gör. Tuba AYKANAT^(**)
Prof. Dr. Yüksel METİN^(***)

Öz

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu 2010 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle kabul edilmiştir. Bireysel başvuru yoluyla insan haklarının daha etkin bir şekilde korunması hedeflenmiştir. Bireysel başvuruya ilişkin anayasa hükümleri ve Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bazı kararlar öğretide çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalardan biri de bireysel başvurunun konusu olan temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesine ilişkindir.

Bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve özgürlüklerin neler olduğu Anayasanın 148. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve özgürlükler ile bunların kapsamını belirlerken “ortak koruma alanı” formülünü kullanmaktadır. Hem madde metni hem Anayasa Mahkemesinin bu metni yorumlaması üzerinde tartışmalar yapılmıştır. Anayasa Mahkemesinin içtihadı yerleşik hale gelse de konuya ilişkin tartışmalar sürmektedir.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.05.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 29.05.2023.

Atıf Şekli: Tuba Aykanat - Yüksel Metin, “Bireysel Başvuruda İhlal Edildiği İleri Sürülen Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamının Belirlenmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 3-44.

DOI: 10.52273/sduhfd..1298736.

^(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Afyon, Türkiye;
Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Öğrencisi, Isparta, Türkiye.

E-posta: tubaaykanat42@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3495-633X>.

^(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: yukselmetin@sdu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2551-8661>.



Bu makalenin konusunu bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesi oluşturmaktadır. Hangi temel hak ve özgürlüklerin bireysel başvuru konusu olabileceği hususu, çalışma konusuyla yakından ilişkili olmakla birlikte, makalenin odaklandığı temel konu, yapılan bir bireysel başvuruda esas yönünden inceleme yapılırken ihlal edildiği ileri sürülen temel hak ve özgürlüklerin kapsamının nasıl belirleneceği sorunsalıdır. Makalede öğretide ileri sürülen görüşler ve Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı irdelenmiştir. Bireysel başvuruya konu hakların kapsamının belirlenmesinde Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi düzenlemelerinin kesişimini kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, hak ve özgürlüklerin kapsamını daralttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Öğretide çeşitli çözüm önerileri ortaya atılmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin içtihadını değiştirmeden veya anayasa değişikliği yapılmadan, eleştirilerin sona ermeyeceği anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Bireysel Başvuru, Ortak Koruma Alanı, Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

DETERMINATION OF THE SCOPE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS ALLEGED TO BE VIOLATED IN AN INDIVIDUAL APPLICATION TO THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

Abstract

Individual application to the Constitutional Court was adopted with the constitutional amendment in 2010. The individual application aims to protect human rights more effectively. The constitutional provisions on individual application and some decisions of the Constitutional Court have led to various debates in the doctrine. One of these debates is the determination of the scope of the fundamental rights and freedoms that are the subject of the individual application.

The fundamental rights and freedoms that may be subject to individual application are regulated in Article 148 of the Constitution. The Constitutional Court uses the “common protection area” formula when determining the fundamental rights and freedoms that may be subject to individual application and their scope. There have been discussions on both the text of the article and the Constitutional Court’s interpretation of this text. Although the jurisprudence of the Constitutional Court has become settled, the debates on the subject continue.

The subject of this article is the determination of the scope of fundamental rights and freedoms that may be subject to individual application. Although the issue of which fundamental rights and freedoms may be the subject of an individual application is closely related to the subject matter of the study, the main focus of the article is on the problem of how to determine the scope of the fundamental rights and freedoms alleged to have been violated during the examination on the merits of an individual application. The article examines the views put forward in the doctrine and the approach of the Constitutional Court. In determining the scope of the rights subject to individual application, the Constitutional Court uses the intersection of the Constitution and the European Convention on Human Rights. This approach of the Constitutional Court is criticized on the grounds that it narrows the scope of rights and freedoms. Various solutions have been proposed in the doctrine. However, it is understood that the criticisms will not end until the Constitutional Court changes its jurisprudence or a constitutional amendment is made.

Keywords

Individual Application, Common Protected Area, Scope of Fundamental Rights and Freedoms, Constitutional Court, European Convention on Human Rights.

GİRİŞ

İnsan hakları ile korunan değer aslında insan olmanın değeridir. İnsan haklarına sahip olmak bizzat insan olmakla kazanılır. Pozitif hukuk anlamında yapılan düzenlemeler bu haklara hukuksal bir güç kazandırmaktadır. Bu anlamda insana dair hakların devletler tarafından korunması hak ihlallerinin önüne geçilmesi için çok kıymetlidir. 1982 Anayasası ilk olarak Türkiye Cumhuriyeti'ni "insan haklarına saygılı" (m. 2), "insan haklarına dayanan" (m. 14) bir devlet olarak nitelmiştir. Anayasamız devleti kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan engelleri kaldırmakla (m. 5) ve insanların kendilerini her bakımdan geliştirmeleri için gerekli olan şartları hazırlamakla görevlendirmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin korunmasını (m. 40) ayrı bir maddede düzenlemiştir.¹ Devletin temel hak ve özgürlükleri koruma usullerinden biri de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoludur.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru 2010 Anayasa değişikliği ile kabul edilmiş ve 23.09.2012 tarihinde uygulamaya geçirilmiştir. Demokratik düzenin oluşması için kişileri aktif olarak harekete geçiren bir sistem oluşturan bireysel başvuru yolu insan hakları standardını da yükseltecektir. Bu yolun getirilmesi ile klasik hakların korunması hususunda etkili bir başvuru yolu oluşturulmuştur. Anayasa'da düzenlenen idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargısal denetime tabi olmasını gerekli kılan hukuk devleti ilkesinin işlerliği artırılmıştır.² Bireysel başvuru kamu gücü tarafından yapılan ihlallere karşı bireyi korumaya da hizmet edecektir.³ Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular nedeniyle vereceği kararlar anayasa yargısına zenginlik katacaktır.⁴

Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi anlamında olumlu bir düzenleme olan bireysel başvuru yolu, her hukuki kurumda olduğu gibi tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Tartışmalı konulardan biri de bireysel başvuruya konu hakların kapsamının belirlenmesidir. Bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesi ile tartışma sona ermemekte, bu defa bireysel başvuruda

¹ Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara, 2007, s. 247.

² Mehmet Beyhan Seçkin, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2016, s. 421.

³ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 350; Hayri Keser, *Bireysel Başvuru ve Yaşam Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 20 vd.

⁴ Yüksel Metin, "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, 2012, s. 124.

ihlal edildiği ileri sürülen temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bireysel başvuru yolu Anayasa'nın 148. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Başvurunun kapsamı "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki Anayasal haklar" olarak formüle edilmiştir. Bu formül AİHS'de düzenlenip Anayasa'da düzenlenmeyen ve Anayasa'da düzenlenip AİHS'de düzenlenmeyen hakları başvurunun konusu dışında bırakmaktadır. Başvuruya konu olabilecek haklar

Bireysel başvuruda ihlal edildiği ileri sürülen temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesi, bireysel başvuru yolunun amacına ulaşması bakımından önemlidir. Hakların kapsamının dar veya geniş yorumlanmasına göre bireysel başvurudan beklenen yararın sağlanması değişebilir. Bu durumda bireylerin hak ve özgürlüklerine sağlanan güvence ile hak ve özgürlüklerinin alanı farklılaşacaktır.

Bireysel başvuruya konu hakların kapsamının belirlenmesine çeşitli araştırmalarda temas edilmiştir. Mahkemenin içtihatları arttıkça bunlar üzerine de değerlendirmeler yapılmıştır. İnceoğlu, Sağlam, Eren, Göztepe, Bilgin ve Kontacı gibi anayasa hukukçuları çeşitli yayınlarda konuyu ele almışlardır.

Bu çalışmada bireysel başvuruya konu hakların kapsamına ilişkin ortaya çıkan tartışmaların değerlendirilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının hangi yönde geliştiğinin ortaya konulması ve konuya ilişkin çözüm önerilerinin aranması amaçlanmaktadır.

Çalışmada öncelikle başvuruya konu olabilen, koruma kapsamı altında olan haklar incelenecek; daha sonra koruma kapsamına ilişkin tartışmaların sebebi ve tartışmaların yoğunlaştığı hakların hangileri olduğu irdelenecektir. Çünkü başvuru konusu hakların kapsamının belirlenmesinde sözleşme hükümleri ve Anayasa maddelerinin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi önem taşımaktadır.⁵ Kapsamın belirlenmesine ilişkin öğretilerdeki görüşler ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

⁵ Sibel İnceoğlu, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 7.

I. ORTAK KORUMA ALANI KAVRAMI, TARİHÇESİ VE KONUSU

A. Ortak Koruma Alanı Kavramı

“Ortak Koruma Alanı” kavramı, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru konusu olabilecek hakların kapsamını belirlemek üzere oluşturduğu bir kavramdır. Anayasanın 148. maddesinde bireysel başvuruya konu olabilecek haklar, “*Anayasada güvence altına alınmış temel ve hak özgürlüklerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi biri*” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu hükümdeki hakların kapsamını “ortak koruma alanı” kavramıyla ifade etmiştir. Yani Anayasa koyucu Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin tümünü bireysel başvuru konusu olarak kabul etmemiş, aynı zamanda AİHS’de de düzenlenmiş olmasını gerekli görmüştür.

Anayasa’nın bireysel başvuru konusu hak ve özgürlüklere ilişkin hükmü, hak ve özgürlüklerin birebir aynı düzenlenmemesinden dolayı hükmün farklı yorumlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Hükmün uygulayıcısı Anayasa Mahkemesi “ortak koruma alanı” kavramını ortaya koyduğu otantik yorumu ile uygulamayı şekillendirmektedir. Mahkeme’nin içtihadına göre bireysel başvuruya konu haklar ortak koruma alanı ile sınırlıdır.

Ortak koruma alanı kavramı soyut bir kavram olarak görülmüş ve tartışmalara sebep olmuştur. Bireysel başvuruya konu hak ve özgürlüklerin Anayasada ve AİHS’de farklı düzenlenmiş olmaları, Türkiye’nin taraf olmadığı AİHS Ek Protokollerinde düzenlenmiş hak ve özgürlükler bakımından konu tartışılmış; Mahkeme’nin yorumunu destekleyenler ve bu yoruma karşı çıkanlar farklı fikirler ortaya koymuşlardır.

Anayasa Mahkemesi, kavramı ilk kez kullandığı Onurhan Solmaz kararında, başvuruya konu hakların içeriğinin tespit edilmesi için ortak koruma alanının belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶ Bireysel başvuru konusu hakların kapsamına ilişkin Anayasa düzenlemesi öncesi yapılan önerilerde, temel amacın bireysel başvuru yolunu klasik haklarla sınırlandırmak olduğu anlaşılmaktadır.

B. Ortak Koruma Alanı Kavramının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

Ortak koruma alanı kavramı, Anayasa Mahkemesi’nin 26.03.2013 tarihli Onurhan Solmaz kararında ortaya konulmuştur. Mahkeme’nin dayandığı Ana-

⁶ Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 28.

yasanın 148. maddesi ise 12.09.2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile 1982 Anayasasına girmiştir.

Ortak koruma alanı kavramının Anayasa'daki dayanak hükmü ile Anayasa Mahkemesi kararlarında yer almaya başlaması 2010 ve 2013 yıllarında olsa da kavramın teorik kökleri 2000 yılına kadar uzanmaktadır.⁷ Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin "Anayasa 2000"⁸ başlıklı Anayasa önerisinin 152/a fıkrasının gerekçesinde ortak koruma alanına benzer bir kapsam düzenlemesi yer almıştır.

2001 yılındaki Türkiye Barolar Birliği (TBB) Anayasa Önerisinde, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliği önerisinde, Sabuncu-Esen tarafından sunulan bireysel başvuru modeli bildirisinde, TBB 2007 Anayasa Önerisinde bireysel başvurunun kapsamına yönelik benzer önerilerin yer aldığı görülmektedir. Bu önerilerde bireysel başvuruya konu olabilecek haklar, AİHS kapsamındaki haklarla sınırlandırılmıştır.⁹

Anayasa Mahkemesi'nin 2022 yılı Kasım ayı itibarıyla binden fazla kararında ortak koruma alanı kavramına atıf yapılmıştır. Mahkeme'nin kavramı kararlarında artan bir şekilde kullanmasına karşın, doktrindeki tartışmalar da devam etmekte; çözüm önerileri ve yapılması gerekli görülen değişiklikler ortaya konulmaktadır.

C. Ortak Koruma Alanı Kavramına Konu Haklar

Ortak alan kavramının konusu, bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve özgürlüklerdir. Bu sebeple ortak alan kavramının üzerinde uygulandığı bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve özgürlüklerin bilinmesi gereklidir. Bu başlıkta çalışmamızla ilgisinden dolayı bireysel başvuruya konu olabilen hak ve özgürlüklere kısaca temas edilmiştir.

1. Bireysel Başvuruya Konu Hak ve Özgürlükleri Belirleyen Düzenlemeler

Başvurusu konusu hakların belirlenmesi için Anayasa ile AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin karşılaştırılıp ulusal ve uluslararası normların ortak koruma alanının kapsamının belirlenmesi gerekir.

⁷ Fazıl Sağlam, "Anayasa Mahkemesi'nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma Alanı", *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, Atılım Üniversitesi, Ankara, 2020, C. 2, s. 1102 vd.

⁸ Ergun Özbudun vd, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi: ANAYASA 2000*, TOBB Yayını, Ankara, 2000.

⁹ Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1102 vd.

a. Anayasa Düzenlemesi

Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan düzenleme ile Anayasa Mahkemesi insan haklarını korumakla görevli kılınmış ve bireysel başvuruları karara bağlamakla görevlendirilmiştir. Aynı maddede bireysel başvurunun kapsamını şu hükümle şekillendirilmiştir: "Herkes, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birisinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir." (m. 148/3). Düzenlemeden anlaşılacağı üzere bu şart kümülatiftir; yani temel hak ve hürriyet hem Anayasa'da hem de AİHS'de yer almalıdır.¹⁰ Mesela, Anayasamızın 25, 26, 27, 28, 29, 31 ve 32. maddesindeki düzenlemelerin tamamı AİHS'in 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü hakkı içerisinde değerlendirileceği için başvuruya konu olabilecektir.

Anayasa koyucu Anayasa'da düzenlenen tüm hakları güvence kapsamına almamıştır. Anayasal koruma altına alınan haklar yalnızca, 1982 Anayasasında yer alan ve AİHS ile tanınan hakların kesişim kümesidir. Yani bireysel başvuruya konu olabilecek hak hem 1982 Anayasası'nda yer almalı hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almalıdır. Bu kapsamdaki haklar koruma mekanizmasından yararlanabilecektir.¹¹ İçtihatlarda bu kesişim kümesi "ortak koruma alanı" olarak adlandırılmıştır. Anayasa Mahkemesi uygulaması ışığında ortak koruma alanı başvuruya konu olan haklar bakımından üç yönlü bir sınırlamaya göre belirlenmektedir. Buna göre Sözleşme kapsamında olmayan Anayasal haklar ve Sözleşme kapsamında olup Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokoller kapsamındaki haklar ortak koruma kapsamında değerlendirilmemektedir.¹²

Bireysel başvuruya konu hak ve özgürlükler Anayasa'da açıkça düzenlenmiş ve bazı hak ve özgürlükler başvuru kapsamında yer almamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kapsamında yer almayan hak ve özgürlükleri korumak amacıyla yargısal aktivizme başvurmaması eleştirilecek bir husus değildir. Ancak Mahkeme, hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesinde yo-

¹⁰ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 448.

¹¹ Ferhat Uslu, *Anayasa Yargısı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 157.

¹² Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1190; Serkan Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Temel Hak ve Özgürlükleri Koruma Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikâyeti Uygulamasının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı), Ed.: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 178.

rum hakkını, daraltıcı yorum şeklinde kullanmış ve haklı eleştirilerle karşılaşmıştır.¹³

Anayasa'nın bireysel başvuruya konu haklara ilişkin düzenlemesi, soyut hükümle atıf yapılması sebebiyle "atıf usulü" olarak anılmaktadır. Başvuru konusu hakların atıf usulü ile belirlenmesi Anayasa Mahkemesi'ne dava konusu hakların tespitinde geniş bir yetki alanı tanımıştır. Böylelikle mahkeme oluşabilecek iş yükünü yönetme imkânına sahip olmuştur.¹⁴

Anayasa Mahkemesi, hakların belirlenmesi konusunda lafzi ve daraltıcı yorumu benimsemiştir. Onurhan Solmaz başvurusunda bu husus şöyle açıklanmıştır: "*Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir.*"¹⁵ Özetle kamu gücü tarafından yapılacak olan ihlalin hem AİHS hem Anayasada yer alması durumunda bu hukuki korumadan faydalanılacaktır.

Bu anlamda AİHS ve ek protokolleri ile Anayasada birlikte düzenlenmiş olan, yaşam hakkı, işkence yasağı, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı, düşünce, vicdan, din hürriyeti ve ifade hürriyeti, örgütlenme ve toplantı hürriyeti, evlenme ve aile kurma hakkı, etkili başvuru hakkı, mülkiyet hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, serbest seçim hakkı ve ayrımcılık yasağı bireysel başvuru konusu yapılabilecek temel hak ve hürriyetler içerisinde yer alır. Bu haklardan herhangi birinin kamu otoriteleri tarafından ihlal edildiğini ileri süren ve iç hukuk yollarını tüketen kişiler, ihlal oluşturan işleme karşı bu yola başvurabilirler.¹⁶

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri

Taraf olma koşuluna ilişkin tartışmalar iki başlık altında yoğunlaşmaktadır. Birincisi taraf olunmayan AİHS ek protokollerine ilişkin tartışmalar, ikincisi ise tevdi işlemi yapılmayan AİHS ek protokollerine ilişkin tartışmalardır.

¹³ A. Burak Bilgin, "Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi - Olumsuz Örnekler/ Uygulamalar/ Yaklaşımlar", *İNÖNÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, s. 89-90.

¹⁴ Korkut Kanadoğlu, "Anayasa Şikâyeti", *HUKAB Sempozyum Serisi*, Hukab Yayınları, Ankara, 2011, s. 114-115.

¹⁵ Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18, 33; Yümrü Dilek, B. No: 2013/4189, 21/5/2015, § 60-63.

¹⁶ Melek Acı, "Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014/110, s. 409.

i. Taraf Olunmayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolleri

Anayasa dışında bireysel başvurunun kapsamına ilişkin bir düzenleme 6216 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Türkiye'de bireysel başvuru yolu Anayasa ve 6216 sayılı Kanun'daki düzenleme gereği Anayasa'da belirtilen tüm haklara karşı kullanılamaz. Sadece Anayasa, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerde belirtilen haklardan dolayı yapılabilir. Bu haklar dışında yapılacak başvuru konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmektedir.¹⁷

Bireysel başvuruya ilişkin anayasal düzenlemede AİHS kapsamındaki temel hak ve hürriyetler ifadesinin taraf olunmayan ek protokolleri de güvence altına alıp almadığı belli değildir. Bu belirsizlik 6216 sayılı Kanun'un 45/1. maddesiyle giderilmiştir. Anılan düzenlemeye göre sadece AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamındaki haklar bireysel başvuruya konu olabilecektir.

6216 sayılı Kanun'daki düzenleme bireysel başvuru konusunu somut hale getirmiştir. Başlangıçta genişletici bir düzenleme olarak görülse de gerçekte normun maddi içeriği açısından daraltma niteliği taşıdığı gerekçesi ile düzenleme eleştirilmiştir.¹⁸

6216 sayılı Kanun'daki düzenleme Anayasa'nın öngörmediği bir kısıtlama getirdiği için düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmiştir.¹⁹ 6216 sayılı Kanun'daki düzenleme olmasaydı Anayasa'nın 148. maddesinin yorumu gereği AİHS ve taraf olunmayan ek protokollerinin de kapsam içinde değerlendirileceği ve bu sayede bireysel başvurunun getiriliş amaçlarından biri olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önündeki ihlalleri azaltmaya hizmet edeceği belirtilmiştir. Anılan nedenlerden dolayı taraf olma şartının somutlaştırmanın ötesine geçen bir anayasaya aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.²⁰ Düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığını savunanlar da vardır. Bu görüştekiler yasal düzenlemedeki sınırlamanın isabetli olduğunu, kanunların anayasaya dayanmak zorunda olmadığını belirtmişlerdir. Düzenleme anayasadaki emredici ve yasaklayıcı hükümlere aykırı olmadığından, anayasa hükmünü somutlaştıran bir

¹⁷ Onurhan Solmaz, § 18; Abdurrahman Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, S. 33, 2016, s. 236-237.

¹⁸ Metin Başkan, "Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği", *Karadeniz Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Trabzon 2017, s. 116.

¹⁹ Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikâyetinin Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", *Demokratik Anayasa*, Ed.: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s. 431.

²⁰ Sağlam, "Anayasa Şikâyetinin Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", s. 431.

düzenlemedir.²¹ Madde ayrıca AİHM uygulamaları ile paralellik oluşturmakta ve AİHS kapsamındaki hak ve özgürlükleri sağlamaktadır.

Bireysel başvuru yoluna konu hakların kapsamının bu şekilde yorumlanması Anayasa ile sağlanan hak ve özgürlükler alanının daraltılması sonucunu doğurmuştur. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarını genişletici işlevine engel olduğu gibi kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesine de engel teşkil etmektedir.²²

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru yolunu düzenleyen normların kapsamını belirlerken, kamu gücü tarafından ihlal edilen hakkın Anayasa'nın yanı sıra AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamı içinde olması şartını aramış ve başvuruya konu olabilecek hakların çerçevesini bu şekilde belirlemiştir.²³ Mahkeme, Türkiye'nin AİHS'ne ek 4., 7. ve 12 No.lu Protokollere taraf olmaması sebebiyle adı geçen protokollerde düzenlenen hakları Anayasamızda yer alsa bile ortak koruma alanı dışında kaldığı için başvuru konusu kabul etmemektedir. Çünkü başvurulara ilişkin olan anayasa ve ilgili mevzuattaki düzenleme bu yetki çerçevesini oluşturmuştur; bu çerçevenin yasal düzenlemelere aykırı genişletilmesi mümkün değildir.²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı bu yöndedir.

Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihatlar kapsamında, Anayasa ile AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokollerin koruma alanı dışında kalan çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı ve ödevi²⁵, çalışma şartları ve dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, seyahat hürriyeti,²⁶ yerel seçimlere,²⁷ cumhurbaşkanlığı seçimlerine²⁸ ve halkoylamasına,²⁹ ilişkin serbest seçim hakkı ve ortak koruma alanı dışında kalan diğer hakla-

²¹ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 1190.

²² Kanadoğlu, "Anayasa Şikâyeti", s. 84.

²³ Benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. Onurhan Solmaz, § 18.

²⁴ Sebhat Tuncel, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 52.

²⁵ Benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. Hasan Kara, B. No: 2013/3170, 18/9/2014, § 31.

²⁶ Benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz Tuncel, § 53.

²⁷ Benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. Nejdet Atalay, B. No: 2014/184, 16/7/2014, § 62.

²⁸ Benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. Ahmet Çalışkan, B. No: 2014/11717, 4/11/2014, § 22.

²⁹ Benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi, B. No: 2017/20127, 7/6/2017.

rın³⁰ ihlal edildiği iddiasıyla açılan davalar Anayasa Mahkemesi tarafından konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunmaktadır.

Mahkemenin taraf olma şartını değerlendirdiği başvurulardan bir tanesi Yüksel Baran başvurusudur. Başvurucu, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın yasa dışı örgüte üye olmak iddiasıyla yürüttüğü soruşturma kapsamında adli kontrol kararı vermesi nedeniyle KKTC'de bulunan üniversitesine devam edemediğini ve eğitim ve öğrenim hakkının ihlal edildiğini iddia ederek talepte bulunmuştur. Mahkeme eğitim ve öğretim hakkına müdahale doğuran kamu gücü ihlali olmadığı için yurt dışı çıkış yasağı tedbiri sebebiyle konuyu seyahat özgürlüğü bağlamında değerlendirmiştir. Seyahat özgürlüğü sonucunda eğitim ve öğrenim hakkının dolaylı olarak etkilendiği tespitini yapmıştır. AİHS'ye ek 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenen seyahat özgürlüğüne Türkiye taraf olmadığı için bu hakkın başvuru konusu yapılamayacağını belirtmiştir.³¹

Taraf olma bakımından değerlendirilen diğer bir başvuruda Mahkeme benzer şekilde karar vermiştir. Başvurucu milletvekili olduğu halde yurtdışına çıkmamak şeklinde uygulanan adli tedbir nedeniyle adil yargılanma, siyasal katılım ve ifade hürriyetinin ihlal edildiğini iddia ederek başvuruda bulunmuştur. Mahkeme yaptığı hukuki niteleme sonucunda talebin seyahat özgürlüğü kapsamında kaldığını ve ülkemizin bu hakkı düzenleyen protokole taraf olmadığını belirterek seyahat özgürlüğüne ilişkin konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir.³²

ii. Tevdi İşlemi Yapılmayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokollerine İlişkin İçtihatlar

6216 sayılı kanun düzenlemesi, AİHS'deki protokolleri "taraf olma" açısından değerlendirmiştir. Taraf olma ibaresi ise imzalanıp tevdi işlemi yapılmayan protokoller açısından tartışma yaratmıştır.

İmzalanıp tevdi işlemi yapılmayan protokoller, 6216 sayılı Kanun'daki düzenlemenin eksikliğinden bahisle uluslararası antlaşmaların hukuki geçerliliği çerçevesinde değerlendirilmiştir. Türkiye'nin imzalayıp hala yürürlüğe koymadığı 4, 7, 9 ve 12 No.lu Protokoller açısından değerlendirmeleri anlamak için kısaca uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girme usulünü aktarmak yerinde olacaktır. Huku-

³⁰ Benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. Necmettin Doğru, B. No: 2013/1337, 16/5/2013; Kalekalıp Makina ve Kalıp San. A.Ş., B. No: 2014/11720, 12/3/2015; Dursun Satıcı, B. No: 2012/611, 25/2/2015.

³¹ Yüksel Baran, B. No: 2012/782, 26/6/2014, § 19, 33, 44.

³² Tuncel, § 1, 26, 34, 44.

kumuzda uluslararası sözleşmelerin yürürlüğe girmesi için önce müzakereler yapılır, sonra sözleşme metni oluşturulur ve akabinde sözleşme yetkililerce imzalanır. İmzalanmasının ardından sözleşme kural olarak, TBMM tarafından uygun bulma kanunu ile uygun bulunur.³³ Uygun bulma kanunu Cumhurbaşkanı tarafından imzalanır ve Resmî Gazete’de yayımlanır. Kısacası iç hukukumuzda uluslararası sözleşmeler müzakere, imza, uygun bulma ve onay aşamalarından geçer. Yürürlüğe girebilmesi için; onay belgelerinin ikili sözleşmeler için değişim, çok taraflı sözleşmeler için ise kararlaştırılan yere tevdi gerekir. İç hukuk bakımından onaylama işleminin tamamlanması TBMM’nin uygun bulma kanununun Cumhurbaşkanıca Resmî Gazetede yayımlanması ile gerçekleşir. Uluslararası hukuk bakımından ise onay belgelerinin taraflarca değişimi gerekir.³⁴ Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü anlaşmanın yapılmasında TBMM’nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması gerektiği Anayasanın 90. maddesinde düzenlenmiştir.

Türkiye 1994 yılında 4 No.lu ve 2016 yılında 7 No.lu Protokolleri onaylamış; ancak onay belgeleri değiştirilmediği için bu protokoller Türkiye için uluslararası alanda bağlayıcı hale gelmemiştir. Gerekli olan tevdi işlemi yapılmadığı için AİHM nazarında Türkiye bu protokolle bağlı sayılmamaktadır. AİHM, Türkiye’nin taraf olmadığı haklar ile ilgili başvuruları taraf olunmadığı gerekçesiyle reddetmektedir.³⁵

Aydın, Türkiye’nin mezkûr protokolleri onaylayıp yürürlüğe koymamış olsa da buradaki taraf olmayı sadece imzanın bulunması şeklinde yorumlayıp protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler için başvurunun yapılabileceğini söylemiştir.³⁶

Şirin, ulusal bir usulün çalışmasının uluslararası bir sözleşmenin taraf olma şartına bağlanmaması gerektiğini; çünkü ulusal usul, ondan bağımsız çalıştığını ileri sürmüştür. Bu nedenle taraf olup olmama durumundan bağımsız bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmiştir.³⁷

³³ Anayasa m. 90: “Türkiye Cumhuriyeti adına Yabancı Devletlerle ve Milletlerarası Kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.”

³⁴ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 76.

³⁵ Nicolatos ve Diğerleri/ Türkiye B.No: 45663/99 1/6/2010; Fathi/Türkiye, B. No: 32598/06, 30/6/2009.

³⁶ Didem Yılmaz, “6216 Sayılı Kanun’daki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS’e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 64(3), 2015, s. 824.

³⁷ Tolga Şirin, “Türk Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru** (Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı), Ed.: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 41-42.

4 No.lu Protokolü bu bilgiler ışığında değerlendiren Göztepe, iç hukuk bakımından sözleşme tamamlandığı için sadece iç hukukla sınırlı olmak kaydı ile uygulanabilir olduğu yorumunu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını eleştirmekte en azından iç hukuk ve uluslararası hukuk bağlamında bir ayırım yapması gerektiğini belirtmektedir.³⁸ 4 No.lu Protokolde düzenlenen haklar yabancıların sınır dışı edilmesi yasağı dışında tümüyle Anayasa'da yer almaktadır. Yabancılar ise Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapamamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi 4 No.lu protokole taraf olunmadığı görüşünü benimsediğinden, burada düzenlenen haklar kapsam dışı kalmaktadır. Sonuç olarak 4 No.lu Protokoldeki hakların bireysel başvuruya konu olabilmesi gerekir.³⁹

Eren ise taraf olunan protokollerin bağlayıcı olduğunu, bu nedenle Türkiye'nin taraf olmadığı ek protokollerin kapsamındaki hakların ortak koruma alanı içinde kabul edilemeyeceğini savunmuştur. Anayasa'nın 40. maddesindeki düzenlemenin genel bir düzenleme getirdiğini, 148. maddesinin bunun istisnasını oluşturduğunu ve istisnanın dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.⁴⁰

Bu konuya ilişkin Eren, Anayasa'nın 148. maddesindeki "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki" ifadesi, Türkiye'nin taraf olduğu Protokollere göre değişen sözleşmenin son halidir. Tüm Protokollerde "Yüksek Sözleşme tarafları, bu Protokolün... maddesindeki sözleşmeye ek maddeler olarak kabul ederler ve sözleşmenin bütün hükümleri buna göre uygulanır" ifadesi yer almaktadır. Yani imzalanan ek protokolle oluşan bütün, sözleşmenin tamamına karşılık gelmektedir. 6126 sayılı Kanun böyle bir düzenleme yapmasa bile uluslararası hukuka uygun yorum ilkesi bizi gene aynı sonuca ulaştıracaktır. Aksi yönde bir yorum taraf devletlerin iradelerini geçersiz kılmaktadır.⁴¹

Anayasa Mahkemesi 7 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde düzenlenen cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkının ihlaline yönelik Kemal İnan başvurusuna ilişkin olarak, Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı kapsamı dışında kaldığından başvurunun konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez

³⁸ Ece Göztepe, "Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 4. Protokolle Bağlı Mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Legal Hukuk Dergisi: Rona Aybay'a Armağan*, 2014, s. 1147.

³⁹ AYM, E. 1963/166, K. 1964/76, 22.12.1964.

⁴⁰ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 1189-1190.

⁴¹ Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, s. 1190.

olduğuna hükmetmiştir.⁴² Bu kararda başvuru konusu zaten Anayasa'da yer almayan bir hakka ilişkindir.

2. Bireysel Başvuruya Konu Edilemeyecek Haklar

Bazı haklar nitelikleri gereği, bazı haklar ise düzenlemeler çerçevesinde başvuruya konu hakların kapsamı dışında bırakılmıştır. Anayasadaki pozitif haklar başvuru kapsamı dışındadır. Çünkü bu haklar devletin olumlu edimine bağlıdır. Düzenlenme şekilleri açısından doğrudan talep edilebilir olmadıkları için bireysel başvuruya elverişli değildir.⁴³ Devlete pozitif yükümlülük getiren hakların sınırını "mali kaynakların yeterliliği" içerisinde değerlendirmek gerekir. Bu bakımdan bu haklara ilişkin davalarla devletin mali gücünü aşan işler yapmasının yolu açılabilir. Ancak AİHS hükümlerinin hayata geçmesini sağlayan AİHM, içtihatlarıyla bazı sosyal haklar tanımıştır. Bu tanınan haklarda AİHS ve ek Protokoller kapsamında kabul edilmektedir.

6216 sayılı Kanun'un 45/3 fıkrası Anayasa Mahkemesinin yetkisini sınırlayan bir düzenlemedir. Söz konusu düzenleme gereği, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemleri içinde bireysel başvuru yapılamaz. Bu nedenle Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun meslekten çıkarma cezası hariç diğer kararlarına⁴⁴ ve Spor Tahkim Kurulu kararlarına⁴⁵ ve Yüksek Seçim Kurulu kararlarına⁴⁶ karşı başvuru yapılması durumunda Anayasa Mahkemesi konu bakımından yetkisizlik kararı verecektir.

Başvuruya konu olabilecek işlemler, emredici, bağlayıcı kamu gücü işlemleri olmak zorundadır. Bağlayıcı olmayan işlemler, genel direktifler, teklif ve tavsiyeler kamu idarelerinin kişilerle eşit statüde yaptığı özel hukuk işlemlerine karşı bireysel başvuru yapılamaz. Yine Anayasa'nın yargı denetimi dışında bi-

⁴² Kemal İnan, B. No: 2013/1524, 6/10/2015, § 28-31; Mustafa Kemal Sungur, B. No: 2013/2507, 6/3/2014, § 44-46.

⁴³ Fazıl Sağlam, "Açılış Konuşması", *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı), Ed.: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 12.

⁴⁴ Benzer yöndeki Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. *Nesin Kayserilioğlu (3)*, B. No: 2013/1581, 16/4/2013.

⁴⁵ Naz Aydemir, B. No: 2013/850, 19/12/2013.

⁴⁶ Vatan Partisi, B. No: 2015/8764, 18/11/2015.

raktığı işlemler, AYM kararları, yasama işlemleri ve düzenleyici idari işlemler bireysel başvuru konusu olamazlar.⁴⁷ Ancak Anayasa Mahkemesi, yasama işleminin uygulanması ile ortaya çıkan temel hak ve özgürlük ihlallerine karşı başvuru yapılabileceğini kabul etmiştir.⁴⁸ Yasanın doğrudan uygulanması söz konusu olduğunda ise bu uygulamanın kesin bir şekilde mağduriyet doğuracağını ispat edilmesi halinde, kişiyi potansiyel mağdur sayarak başvuruyu kabul edeceği görüşünü ortaya koymuştur.⁴⁹

3. Maddi Bir Hakka Dayalı Olarak Başvuruya Konu Olabilen Haklar

Usûlî haklar tek başına bireysel başvuruya konu edilememektedir. Usûlî haklar ancak maddi bir hakka dayanılarak başvuruya konu olabilmektedir. Dayanılan maddi hakkın “ortak koruma alanı” içindeki bir maddi hak olması gereklidir.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, bağımsız nitelikte koruma işlevi olmayan hak ve özgürlükleri, bu haklar temel hak ve özgürlüklerin kullanılması, korunması ve güvence altına alınmasına hizmet ediyorsa inceleme konusu yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Sebahat Tuncel başvurusunda, başvuruçunun eşitlik ilkesinin ihlali iddiasının soyut olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını mutlaka başka bir temel hak ve özgürlükle bağlantılı olarak ele alınması gerektiğini belirterek konu bakımından kapsam dışında kaldığını belirtmiştir.⁵¹

II. BİREYSEL BAŞVURUYA KONU TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KAPSAMINA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

Anayasa Mahkemesi’ne hem hakkın başvurunun kapsamındaki haklardan biri olup olmadığını hem de başvuru konusu hakkın kapsamının ne olduğunun tespiti gibi bir sorumluluk yüklenmiştir. Benzer şekilde başvuruda bulunan vatandaşlar da talep ettikleri hakkın Sözleşme kapsamına girip girmediğine bakmak durumundadır.⁵²

⁴⁷ Bahadır Yalçınöz, “Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 2, 2013, s. 198.

⁴⁸ Arif Güneş, B. No: 2012/837, 5/3/2013, § 17.

⁴⁹ Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi [GK], B. No: 2014/8843, 10/12/2015, § 36.

⁵⁰ Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 1191; Eren, “Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri” s. 235.

⁵¹ Benzer karar için bkz. *Onurhan Solmaz*, § 33.

⁵² Zafer Gören, *Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 23. Bireysel başvuru kurumunun genelde ulusal anayasalarda tanınan hakların korunması için

Başvuru konusu hakkın bireysel başvuruya konu haklardan olduğunun tespiti ile bir aşama tamamlanmakta; ancak yeni bir tartışma ortaya çıkmaktadır. Bu tartışma başvuruya konu hakkın kapsamının belirlenmesi tartışmasıdır. Hakkın kapsamının belirlenmesi için ise ölçü normun belirlenmesi gerekmektedir. Belirlenen ölçü norma göre başvuruya konu hakkın kapsamı değişkendir. Çünkü hak ve özgürlükler Anayasa ile AİHS ve protokollerinde farklı ifadelerle farklı kapsamda düzenlenmiştir.

Bireysel başvurunun kapsamına ilişkin tartışmaların sebepleri; hakkın kapsamının Anayasa ve Sözleşme ile örtüşmemesi, AİHS'deki hakkın Anayasa'daki birden fazla hakla ya da hükümlerle birleşmesi, hakların ilişkilendirilmesi, düzenleme ve ifade farklılıkları, kavramların farklı tanımlanması, taraf olma koşulu şeklinde sıralanabilir.

AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlükler çerçeve niteliktedir, bu nedenle haklar somutlaştırılmaya muhtaçtır. Örneğin, Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün basın özgürlüğüne ilişkin olarak uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir netlik yoktur. Bu konu hakkında sözleşme metninde bir cevap bulmak güçtür. Halbuki Anayasa bu konuda geniş bir haklar kataloğuna sahiptir.⁵³ 28. maddede düzenlenen basın özgürlüğü bu haklardan bir tanesidir. AİHS ve Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemeleri arasında büyük farklar vardır. Bu farklılıkların yorum yoluyla aşılması zor görüldüğü için yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır.⁵⁴ Anayasa Mahkemesi bireysel başvurunun düzenlenmesinden bu yana geçen sürede kapsama ilişkin içtihatlarını oluşturmaya çalışmış, öğretisi ise kimi zaman içtihatların oluşmasından önce kimi zaman ise içtihatlar oluştuktan sonra kapsama ilişkin görüşler ortaya koymuştur. Bu başlık altında ölçü normun belirlenmesi tartışmaları ve kapsam tartışmalarının yoğunlaştığı hak ve özgürlükler ele alınmıştır.

kullanıldığı hakkında Bkz. Peter Paczolay, "Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, AYM Yayınları, 21, 2004, s. 196.

⁵³ Murat Erdoğan, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2019, s. 212.

⁵⁴ Lami Bertan Tokuzlu, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed.: Sibel İnceoğlu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 378.

A. Ölçü Normun Belirlenmesi Tartışması

1. Genel Olarak

Bireysel başvuruya konu hakkın kapsamının belirlenmesinde çözümün en önemli aşaması ölçü normun belirlenmesidir. Ölçü norm olarak anayasa metninin, AİHS metninin, anayasa ile AİHS'nin ortak kesişim kümesinin kabul edilmesine ilişkin görüşler ortaya atılmıştır.

Ölçü norm tartışmalarının sebebi, Anayasa'nın başvuruya konu hakların tespitini AİHS hükümlerine atıf yaparak düzenlemesidir. Atıf usulü olarak adlandırılan bu yöntem hangi ölçü normun kabul edileceği tartışmalarını doğurmuştur. Yasa koyucu tarafından yapılan sınırlama nedeniyle Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda öncelikle "esas ölçü norm" tespitini yapmak zorundadır.⁵⁵ Hakkı düzenleyen normlardan hangisinin tercih edileceği, Anayasada daha geniş düzenlenen hakkın AİHS düzenlemesi ile sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışmaların kilit noktasıdır.⁵⁶ Anayasa Mahkemesi genellikle bireysel başvuru kurumunun getiriliş amacı olan AİHM başvurularını azaltacak şekilde, sadece AİHS kapsamındaki hakları kapsamına almış ve daraltıcı yorumu tercih etmiştir.

2. Esas Alınacak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Metni Tartışması

Ölçü norm tartışmalarının içeriğinden önce şekle ilişkin bir tartışma karşımıza çıkmaktadır. Bu tartışma ölçü normun belirlenmesinde kullanılacak AİHS metnine ilişkindir.

Öğretide AİHS'nin orijinal metni ile Resmî Gazete'de yer alan metin arasındaki anlam farklılıklarından bahsedilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise bunların dışında üçüncü bir metni esas almaktadır. Resmî Gazete'deki metin yerine kendi tercüme ettirdiği metni kullanmaktadır.⁵⁷

3. Ölçü Normun Belirlenmesine Yönelik Öneriler

Anayasa düzenlemesi hakların mutlak olarak örtüşmesi durumunda problemsiz uygulanma imkânına sahiptir. Ancak hakların mutlak olarak örtüşmediği

⁵⁵ Ece Göztepe, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", *Anayasa Yargısı*, Sayı 32, 2015, s. 19.

⁵⁶ Sibel İnceoğlu, "Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 5, 2014, s. 157.

⁵⁷ Şirin, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", s. 41.

durumlarda ölçü normun belirlenmesi karmaşık bir yapıya bürünmektedir. AİHS ve Anayasamızda hakların başlıkları, tanımlanması ve kapsamı farklı olabilmektedir. Bu bakımdan başvuruya konu hakların Anayasa ve AİHS'deki başlıklarının, tanımlarının ve kapsamının mutlak örtüştüğü örnek yoktur. Bazı haklar bakımından büyük oranda örtüşme gerçekleşmekte ve ölçü normun belirlenmesi meselesi daha kolay çözülebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu hakların kapsamının belirlenmesinde, Anayasa ile AİHS'nin ortak kesişme alanlarını esas almaktadır. Mahkeme önünde bulunan Anayasa ve AİHS şeklindeki iki temel seçenekten⁵⁸ ayrılmış ve seçeneklerin kesişim kümesini tercih etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kapsamı daraltan uygulamasına karşın öğreti daha geniş kapsamlı olan seçeneklerden yana tavır almıştır.

Örtüşmenin mutlak olmadığı hallere ilişkin dikkate değer önerilerden birin Göztepe sunmuştur. Göztepe, örtüşmenin mutlak olmadığı haller için üç seçenek önermektedir. Bu seçenekler kapsamlı olan normun esas alınması, salt anayasa hükmüne göre karar vermek, salt AİHS metnini esas almak şeklindedir.⁵⁹

a. Mahkeme'nin Mevcut İçtihadı: Ortak Koruma Alanı

Anayasa, bireysel başvuru konusunu AİHS'deki haklarla sınırlandırmamış; aksine Anayasa ve AİHS'nin kesişim alanındaki hakları temel almıştır. Anayasa Mahkemesi, "Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı" kavramını kullanarak,⁶⁰ hakların bu kesişim alanına göre korunduğunu belirtmiştir. Bireysel başvuru yolunun getiriliş amacı AİHM önündeki ihlalleri azaltmak olduğundan, Mahkeme ortak koruma alanını belirlerken AİHS ve AİHM içtihatlarını esas almıştır.⁶¹ Göztepe Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını "en küçük ortak bölen" kavramıyla ifade etmiştir.⁶²

⁵⁸ İnceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 157-158; Bilgin, "Bireysel Başvuruda 3 Yıl", s. 87.

⁵⁹ Ece Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı), Ed.: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 116.

⁶⁰ Erendiz Önal, B. No: 2014/1133, 30/6/2014, § 41, 47; Onurhan Solmaz, § 18; Muhammed Mustafa Balaban, B. No: 2018/9314, 14/9/2022, § 32.

⁶¹ Bilgin, "Bireysel Başvuruda 3 Yıl", s. 87.

⁶² Göztepe, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", s. 19-20.

Ortak koruma alanı içtihadı Anayasa'nın yorumunu oldukça karmaşık hale getirmiştir. Başvuru konusu bir hakkın AİHS'de karşılığı olan hakkın tespiti, hakkın AİHS'deki kapsamı ve AİHM içtihatları ile düzenlenen çerçevesi, belirlenen kapsamın Anayasa'da karşılığı olan hakların tespiti ve konunun temel haklara sağlanan güvenceler bakımından değerlendirilmesi şeklinde bir sıra izlenmelidir.⁶³ Anayasa Mahkemesi'nin ortak koruma alanı içtihadı bazı hakları koruma alanı dışında bırakmakta, bazı hakların ise kapsamını daraltmaktadır. Sözleşme kapsamında olmayan haklar koruma alanının dışında kalmaktadır. Anayasa ve Sözleşme kapsamında birlikte yer alan haklar ise Anayasada düzenlenen kapsamla sınırlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı, başvuruya konu hakların kapsamını daralttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁶⁴ Mahkeme ortak koruma alanının kapsamını belirlerken, AİHS ve Anayasa'da yer alan hakların özdeş olan kısmını esas almaktadır. Bu durumda AİHS'de yer alan hak ve özgürlükler ölçü norm olarak alınmaktadır. Hâlbuki m. 148/3 ile kastedilen AİHS'deki hakların ihlali değil bunlara tekabül eden Anayasa hükümlerinin ihlalidir. Aslında m. 148/3 Anayasa'nın uygulanmasını emretmektedir. "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış haklardan AİHS kapsamındaki herhangi biri...*" ifadesi düzenlemesinin çıkış noktasının Anayasa olduğunu ortaya koymaktadır.⁶⁵ Örneğin Anayasa Mahkemesi, Bülent Türk başvurusunda Anayasa m. 36 ile düzenlenen adil yargılanma hakkını, AİHS m. 6 ve AİHM içtihadı çerçevesinde yorumlamıştır.⁶⁶ Adil yargılanma hakkı Anayasamızda daha kapsamlı olarak düzenlenmesine karşın, AİHS ile ortak kesişim alanı dikkate alınarak bu kapsam daraltılmıştır.

Anayasa Mahkemesi başvuru konunun ihlale konu hakla ilişkin nitelemesi ile kendisini bağlı görmemektedir. Tuğba Aslan başvurusunda başvuru konunun çalışma hakkının ihlal edildiği iddiası yerine Mahkeme konuyu din ve vicdan özgürlüğü bağlamında değerlendirmiştir. Çalışma hakkı ise bireysel başvuruya konu haklardan değildir.⁶⁷ Mahkemenin bu içtihadı Tuğba Aslan başvurusunda başvuru lehine olmuştur. Ancak Mahkemenin nitelediği hak, başvuruya konu hakların dışında kalabileceği gibi ortak koruma alanı içtihadı sebebiyle daha dar kapsamlı korunan bir hak nitelenmiş olabilir. Bu durumda başvuru konunun hakkının kapsamı daralacaktır.

⁶³ Eren, "Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri" s. 239-240.

⁶⁴ Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1101 vd.

⁶⁵ Sağlam, "Açılış Konuşması", s. 10-11; Eren, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 1191.

⁶⁶ Bülent Türk, B. No: 2014/7002, 1/12/2016, § 29.

⁶⁷ Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 34.

b. Anayasanın veya Ortak Düzenlemelerden Geniş Olanın Esas Alınması

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya konu hakların kapsamını belirlerken, AİHS'yi sadece hakların belirlenme ölçütü olarak kullanıp, kapsamın belirlenmesinde Anayasa'nın esas alınması gerektiği fikri ortaya atılmıştır.⁶⁸ Bir diğer görüş başvuruya konu hak Anayasa'da ve AİHS'de farklı düzenlenmiş olduğunda, ölçü norm olarak geniş kapsamlı olanın benimsenmesi gerektiği şeklindedir. Anayasa normlarının AİHS'den daha kapsamlı olması sebebiyle bu iki fikrin pek çok durumda aynı şeyi ifade ettiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemelerinde ölçü normun Anayasa olduğunu belirtmiştir.⁶⁹ Anayasa'daki "AİHS kapsamında" ibaresi lafzi olarak yorumlandığında, Anayasa Mahkemesi'nin mevcut daraltıcı içtihadı Anayasa'ya aykırı görüldüğü gibi AİHS'nin 53. maddesine de aykırılık oluşturur. AİHS 53. madde "sözleşme hükümlerinin... insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde" yorumlanamayacağını düzenlemiştir.⁷⁰ Nitekim adı geçen madde iç hukuk alanının sağladığı geniş bir hak alanını daraltacak yoruma izin vermemektedir. AİHS'nin amacı insan hakları için asgari bir standart koymaktır. Anayasa'daki geniş kapsam yerine asgari standardın tercih edilmesi AİHS'nin amacına aykırı düşmektedir.⁷¹

Bireysel başvurunun kapsamı Anayasa ile AİHS'nin ortak koruma alanı esas alınarak belirlenmekle birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin esas ölçü normu AİHS değil, Anayasa olmalıdır. Aksi kabul edilseydi, yasa yapıcılar tarafından AİHS metni hakların korunmasında temel norm olarak kabul edilebilirdi. Bu nedenle "norm alanı" tespiti temel hakların korunması amacıyla uygun olarak daha fazla güvence sağlayan düzenlemenin tercih edilmesi, bu yolu daha anlamlı ve etkili kılacaktır.⁷² Üstelik bireysel başvuru yolunun tek amacı AİHM önündeki ihlallerin azaltılması değildir. Aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması amaçlanmıştır.⁷³

⁶⁸ İnceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 158; Bilgin, "Bireysel Başvuruda 3 Yıl", s. 87.

⁶⁹ Musa Kaya, B. No: 2014/19397, 25/3/2015, §20.

⁷⁰ AİHS madde 53: "Tanınmış insan haklarının korunmasına: Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeciler Tarafının yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz."

⁷¹ İnceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 159.

⁷² Göztepe, "Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", s. 1147; Musa Sağlam, "1982 Anayasası ve 6216 Sayılı Kanun Çerçevesinde Bireysel Başvuru Konusu Haklar", **Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, AYM Yayınları, Ankara, 2012, s. 279; Bilgin, "Bireysel Başvuruda 3 Yıl", s. 92.

⁷³ İnceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 158.

c. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Metninin Esas Alınması

Kapsamın belirlenmesinde ortak koruma alanında olan hakların her iki metinde farklı düzenlenmiş olması durumunda Sözleşme'nin esas alınmasını önerenler vardır. Bireysel başvuruya ilişkin tasarıların ortaya çıkmasından itibaren önerilen bu görüş, pratik olması yönüyle ön plana çıkmıştır.⁷⁴ Bu öneri bireysel başvuru sisteminin getiriliş amacı olan AİHM başvurularının azalmasına katkı yapacaktır; ancak Anayasa ve 6216 sayılı Kanun düzenlemeleri ile ters düşmektedir.

Anayasa ortak koruma alanı atfı yerine doğrudan AİHS'nin metninin esas alınacağını düzenleseydi, ölçü norm belirlenmesi problemi ortadan kalkardı. Ancak bu tercih Anayasanın esas alınması tercihinine göre hakların kapsamında daralmaya sebep olurdu.

AİHS metni kavramına ilişkin öğretide üzerinde durulan iki husus vardır. Birincisi Türkiye'nin taraf olduğu ve olmadığı protokollerin bireysel başvuru kapsamında yer almasına ilişkindir. Bu hususa yukarıda değinilmiştir. İkincisi AİHM içtihatlarının AİHS kapsamında kabul edilmesine ilişkin görüştür. AİHS 1950'lerin anlayışını yansıtan bir metindir. AİHM bu metnin sınırlarını içtihatlarıyla genişletmekte ve güncel anlayışı yakalamaya çalışmaktadır.⁷⁵ AİHM içtihatları AİHS'nin yaşayan, dinamik bir metin olmasını sağlamakta ve verilen kararlarla ortak hukuk oluşturulup devletlere yol gösterilmektedir. Devletler verilen kararları dikkate aldığı anda, dava sayıları azaltılabilir.⁷⁶

AİHS metni dikkate alındığında sınırlama sebeplerinin haklardan daha geniş düzenlendiği görülmektedir. Bu sebeple AİHS'nin ölçü norm olarak alınması hakların kapsamını daraltacaktır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi sadece sözleşme hükümlerine dayanarak değil aynı zamanda bu hükümlerin ruhunu oluşturan AİHM içtihatlarını esas alarak karar vermelidir.⁷⁷ Anayasa Mahkemesi kararlarında AİHM içtihatlarına atıflar yapmaktadır.⁷⁸ Ancak AİHM içtihatları ortak koruma alanı içtihadı sonucu hakların kapsamının daralmasına sebep

⁷⁴ Sağlam, "Açılış Konuşması", s. 10; Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", s. 115.

⁷⁵ İnceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 159.

⁷⁶ Şirin, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", s. 45; İnceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 159.

⁷⁷ Ersoy Kontacı, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/4, s. 110-111.

⁷⁸ Muhammed Mustafa Balaban, B. No: 2018/9314, 14/9/2022, § 28.

olabilmektedir. Firas Aslan ve Hebat Aslan başvurusu⁷⁹ kararında mahkeme AİHM içtihatlarına atıf yapmış ve hakkın kapsamını dar yorumlamıştır.

Anayasa Mahkemesinin başvuru konusu hakkı belirlerken AİHS'nin bir parçası olan AİHM kararlarını destek ölçü norm olarak kullanması isabetlidir.⁸⁰ Zira AİHS'nin 46'ncı maddesi "*taraf devletler, taraf oldukları davalarda Mahkemenin vermiş olduğu kararlara uymayı taahhüt ederler*" demektir. Keza aynı maddenin 3. fıkrasında AİHS hükümlerinin anlamını tespitte AİHM yorumunun esas olduğu düzenlenmiştir.

B. Anayasa Mahkemesi'nin Ortak Koruma Alanına İlişkin Yorumu

Bütün hukuk kuralları gibi anayasaların da yorumlanması bir zorunluluktur. Anayasal normların yorumlanması siyasal yaşama ve hukukun bütün alanlarına etki ettiğinden, anayasanın yorumu özel bir yere sahiptir.⁸¹ Anayasa Mahkemesi kararlarında, yargı yorumu şeklinde yorum yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi otantik yorum yapma yetkisi sebebiyle diğer yorumculardan daha ön plandadır.

Mahkeme'nin ortak koruma alanı yorumu karmaşık ve tartışmalara sebep olan bir çözüm önerisi sunsa da Eren, AİHM içtihatlarıyla bireysel hak alanlarını geliştirici yönü olduğunu; ayrıca anayasanın yorumlanmasına dinamizm kattığını ifade etmiştir.⁸²

Bu başlık altında Mahkeme'nin bireysel başvuruya konu hak ve özgürlüklerin kapsamını belirlerken yaptığı yorumlar ortak koruma alanı içtihadı çerçevesinde ele alınmıştır. Alt başlıklardan birincisinde konu, lafzî, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri açısından; ikincisinde ise anayasaya uygun yorum ilkesi, anayasanın bütünlüğü ilkesi, pratik uyum ilkesi ve temel haklar lehine yorum ilkesi gibi anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri açısından değerlendirilmiştir.

1. Anayasa Mahkemesi'nin Ortak Koruma Alanına İlişkin Yorumlarının Yorum Yöntemleri Açısından Değerlendirilmesi

Anayasal yorum yöntemleri lafzî (sözel), tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri şeklinde sayılabilir.⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin "ortak koruma alanı" yorumunun yorum yöntemlerinin süzgecinden geçirilmesi önemlidir.

⁷⁹ Firas Aslan ve Hebat Aslan, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 46.

⁸⁰ Tolga Şirin, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 433.

⁸¹ Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s. 2.

⁸² Eren, "Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri" s. 298.

⁸³ Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, s. 38 vd.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya konu hak ve özgürlüklerin kapsamına ilişkin yorumunu Sağlam ve İnceoğlu lafzi yorum yöntemine aykırı bulmuştur. Her iki hukukçuya göre Anayasa'nın 148. maddesine göre AİHS'deki haklar değil, Anayasa'da bunların karşılığı olan haklar ihlal edilmiş olmalıdır.⁸⁴ Ancak Anayasa Mahkemesi normu bu şekilde yorumlamamaktadır. Kanaatimizce bu değerlendirme isabetlidir. İlgili hükümde bireysel başvuru konusu hak ve özgürlükler tespit edilmiş, kapsama ilişkin bir lafza yer verilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin ortak koruma alanı yorumunun tarihsel yorum yöntemi açısından da uygun olmadığını dile getiren Sağlam, Anayasa'nın 148. maddesine ilişkin taslağı hazırlayanlar arasında yer almış bir AYM üyesi olarak, düzenleme ile Türk Anayasası'nda yer alan hak ve özgürlükleri kastettiklerini konuya ilişkin 26-27 Nisan tarihli sempozyumda belirttiğini anlatmaktadır.⁸⁵ İnceoğlu, bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesini değerlendirmiş ve gerekçeden anlaşılan amacın temel hak ve özgürlüklerle ilgili standardı yükseltmek olduğunu belirtmiştir. İnceoğlu, tarihsel yoruma göre AİHS'nin hakları daraltıcı şekilde kullanılamayacağı görüşündedir.⁸⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, tarihsel yorumun ve anayasa yapım sürecine katılan kişilerin yorumundan çok yasa koyucunun metne yansıyan objektif iradesine göre yorumlanmasını benimsemiştir.⁸⁷ Bireysel başvuru mekanizmasına ilişkin Anayasa değişikliği, AİHS gibi üzerinden on yıllar geçmiş bir metin değildir. Bu sebeple hükmün konuluş ve bireysel başvuru yolunun getiriliş gerekçesini değiştirecek bir süre geçmiş değildir. Hükmün gerekçesinde AİHM ihlallerini azaltmak ve temel hakları korumak birbiriyle çelişen amaçlar değildir. Temel haklar daha iyi düzeyde korunduğunda AİHM ihlalleri de azalacaktır.

Mahkeme'nin yorumu sistematik yorum yöntemi açısından da eleştirilmiştir. Sağlam, bireysel başvuru için olağan kanun yollarının tüketilmesi şartını, ortak koruma alanı yorumu ile ilişkilendirmiştir. Buna göre bireysel başvuruya konu olabilecek haklar diğer mahkemelerde, herhangi bir sınırlama olmadan Anayasa'ya ve iç hukuka göre çözülebilmektedir. Diğer mahkemeler ortak koruma alanı sınırına tabi değilken Anayasa Mahkemesi'nin tabi olması hukuk mantığına aykırı görülmüştür. Ortak koruma alanı yorumu sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin özgürlükleri diğer

⁸⁴ Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1152-1153; İnceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 159.

⁸⁵ Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1153-1155.

⁸⁶ İnceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 158.

⁸⁷ Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 50-51.

mahkemelerden daha iyi koruması mümkün değildir.⁸⁸ Bu değerlendirme mantık kurallarından evleviyet ile ilgilidir. Sistematik yorum yönteminde normun diğer normlarla, hedeflerle ve ilkelerle ilişkisi araştırılması gerektiğinden,⁸⁹ 148. madde hükmünün Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma hedefi ile bağlantılı olarak yorumlanması mümkündür. Bu takdirde Anayasa'nın başlangıç kısmı ile ikinci kısımdaki düzenlemeler çerçevesinde, herkesin Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını mümkün kılacak bir yorum yapılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin ortak koruma alanı içtihadını amaçsal yorum yöntemi açısından değerlendirmek için bireysel başvuru yolunun getiriliş amacına ve hükmün güncel amacına bakmak gereklidir. Hem hükmün konuluş gerekçesi hem de zamanın ihtiyaçları temel hakların korunması amacıyla buluşmaktadır. Mahkeme'nin ortak koruma alanı içtihadı yorumu ise hak ve özgürlüklerin kapsamını daralttığından bu amaçlarla uyuşmamaktadır. Mahkeme'nin içtihadı yalnızca AİHM başvurularının iç hukuk yoluyla çözülmesi ve başvuru sayısının azaltılması amacına uygundur.

2. Anayasa Mahkemesi'nin Ortak Koruma Alanı Yorumunun Yorum İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin ortak koruma alanı yorumunun yorum ilkeleri açısından değerlendirilmesi, yorumun doğruluğunu tespit etmek açısından gereklidir. Konunun genel yorum ilkeleri çerçevesinde ele alınması da mümkün olmakla birlikte anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri ön plana çıkmıştır. Doktrinde özellikle anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri bakımından konu değerlendirilmiştir. Anayasa hukukuna özgü yorum ilkeleri anayasaya uygun yorum ilkesi, anayasanın bütünlüğü ilkesi, pratik uyum ilkesi ve temel haklar lehine yorum ilkesi şeklindeki ilkelerdir.⁹⁰

Mahkeme'nin yorumunu anayasa hukuku ilkeleri bakımından tutarlı bulanlar olduğu gibi eleştirenler de vardır. Eren, Anayasa Mahkemesi kararlarını Anayasaya özgü yorum ilkeleri çerçevesinde ele almış; anayasaya uygun yorum, özerk yorum, dinamik yorum, anayasanın bütünselliği, uluslararası hukuka açıklık başlıkları altında konuyu değerlendirmiştir. Eren, Mahkeme'nin kararlarını yorum ilkeleri bakımından istikrarlı bulmaktadır.⁹¹

⁸⁸ Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1156.

⁸⁹ Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 55.

⁹⁰ Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 72 vd.

⁹¹ Eren, "Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri" s. 233.

Sağlam, anayasanın normatif gücü, özgürlük lehine yorum (in dubio pro libertate) ve anayasanın bütünlüğü gibi anayasa hukukuna özgü yorum ilkelerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Sağlam, Mahkeme'nin yorumunun anayasanın normatif gücü yani anayasanın üstünlüğü ilkesine uygun olmadığını belirtmiştir. Mahkeme'nin yorumu tereddüt halinde özgürlük lehine yorum ilkesi ile de ters düşmektedir.⁹²

Bireysel başvuru kurumunu ilgilendiren yorum ilkelerinden biri de temel haklar lehine yorum ilkesidir. Bu ilke temel haklara ilişkin normun, temel hakkın etkisini güçlendirecek şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir.⁹³ AİHS'nin 53. maddesi hükmü bu ilkeye uygun düzenlenmiş ve sözleşme hükümlerinin hak ve özgürlükleri sınırlayacak şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir.⁹⁴

Anayasanın bütünlüğü ilkesini en önemli yorum ilkesi olarak niteleyen Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre anayasa normları anayasanın temel ilkeleriyle ve temel hakların oluşturduğu değerler düzeniyle uyumlu olacak şekilde yorumlanmalıdır.⁹⁵

III. KAPSAM TARTIŞMALARININ YOĞUNLAŞTIĞI TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Anayasa Mahkemesi'nin ortak koruma alanı içtihadı, hakların tekil olarak kapsamlarının belirlenmesini önemli kılmaktadır. Anayasa ve AİHS düzenlemelerinde hakların örtüşmesi, hakkın geniş kapsamlı olarak ortak koruma alanında yer almasını sağlarken, örtüşmeyen haklar bakımından kapsam daralmaktadır. Bireysel başvuruya konu hakların önemli bir kısmında, ortak koruma alanı içtihadı hakkın kapsamının daralmasına neden olmaktadır.

Ortak güvence kapsamında olan yaşam hakkı, kölelik ve zorla çalıştırma ya- sağı ve kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili olan düzenlemelerin büyük oranda örtüştüğü görülmektedir.⁹⁶ Benzer bir örtüşmeyi diğer haklar bakımından söylemek zordur. Problem Anayasa ile AİHS'nin kesişim alanındaki normatif düzenlemelerin tam olarak örtüşmediği hallerde ortaya çıkmaktadır.⁹⁷

⁹² Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1157.

⁹³ Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 78.

⁹⁴ Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1156-1157.

⁹⁵ Metin, Anayasanın Yorumlanması, s. 77.

⁹⁶ Ulaş Karan, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed.: Sibel İnceoğlu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 206.

⁹⁷ Göztepe, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", s. 19.

Anayasa'daki haklar incelendiğinde adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı, seçim hakkı, ifade özgürlüğü, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü, özel yaşama saygı haklarının birden fazla madde altında düzenlendiği görülmektedir. Bu haklar AİHS'de tek bir maddede düzenlenmiş iken Anayasa'da birden fazla maddede yer almıştır. Normların birden fazla madde ile ilişki içinde olması, AİHS metnindeki ilgili hak ile ilişkilendirilecek temel normun tespitini ve hakla ilgili genel ve özel güvence sağlayan normların ve kapsamının tespitini gerekli kılar. Bu başlıkta Anayasa Mahkemesi uygulaması çerçevesinde kapsam tartışmalarının yoğunlaştığı bazı haklar değerlendirilmiştir.

A. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamına İlişkin Tartışmalar

Bireysel başvuruya konu haklardan kapsamı en çok tartışılan hak adil yargılanma hakkıdır. Ortak koruma alanı içtihadından en çok etkilenen ve kapsamı en çok daralan hak olan adil yargılanma hakkı Anayasa'nın 36'ncı maddesinde "Hak Arama Hürriyeti" başlığı altında ve AİHS 6'ncı maddede "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında düzenlenmiştir.

Adil yargılanma hakkı AİHM'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin birlikte veya tek başına en fazla ihlal kararına konu olan hükmüdür. Bu durum adil yargılanma hakkının AİHS ve Anayasal sistem içindeki öneminin göstergesidir. Bu normun Anayasa'daki hak arama hürriyeti ile kesişim alanının belirlenmesi en çetrefilli olan kısmı oluşturmaktadır.⁹⁸ Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da içeriği somut olarak düzenlenmemiş hakkın içeriğini Sözleşme ve AİHM içtihatlarını dikkate alarak oluşturmuştur.⁹⁹

Adil yargılanma hakkının belirlenmesinde ilk mesele, bu hakka karşılık gelen birden fazla Anayasa hükmünün olmasıdır. Anayasa'nın 36. maddesindeki temel hak; mahkemeye başvurma, masumiyet karinesi, bağımsız ve tarafsız mahkeme, kendi aleyhine delil sunmama gibi haklarla ve ilkelerle ilişkilidir. Adil yargılanma hakkının alt unsurları olarak kabul edilen bu hakların ve ilkelerin bir kısmı Anayasa'nın başka maddelerinde düzenlenmiştir. Masumiyet karinesi temel hak ve hürriyetler kısmında 38. maddenin ilk fıkrasında yer almaktadır. Bununla birlikte adil yargılanmanın alt unsurları olarak sayabileceğimiz 125, 138, 139, 140 ve 141. maddeler, devletin temel organları bölümünde, daha çok mahkemelerin işleyişine yönelik hükümler içermektedir. Alt ilke olarak kabul ettiğimiz bu haklar da adil

⁹⁸ Ergin Ergül, *Bireysel Başvuru ve Uygulaması*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 232.

⁹⁹ Eren, "Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri" s. 238.

yargılanma hakkıyla ilişkili hükümler olarak değerlendirilmelidir. Adil yargılanma hakkı kapsamında alt ilkelerin denetimi olanağı oluşmaktadır.¹⁰⁰

AİHS 6. maddesi “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması sırasında geçerli olması*” ifadesiyle hükmün alanını belirli davalarla sınırlandırmıştır. Anayasa ise bir sınırlandırmaya gitmemiştir.¹⁰¹ Adil yargılanma hakkı kapsamında bir inceleme yapılabilmesi için başvuru ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olmalı ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı olmalıdır.¹⁰² Sözleşme metni ve AİHM içtihatlarına göre, bir ceza davasında suçtan zarar gören, mağdur ya da şikâyetçi sıfatını haiz kişiler koruma kapsamı dışında kalmaktadır.¹⁰³ Mahkeme’nin Anayasa’da hükmünde yer almayan istisnaları, AİHS hükümlerine ve AİHM kararlarına dayanarak uygulaması ve hakkın içeriğinin daralmasına yol açmaktadır.¹⁰⁴

Mahkeme’nin, adil yargılanma hakkına ilişkin, AİHS düzenlemesini esas olarak verdiği bir dizi karar öğretide eleştirilmiştir. Örneğin Onurhan Solmaz başvurusunda, Mahkeme’nin hakkın kapsamının düzenlenmediği gerekçesiyle AİHS metni ve içtihatları doğrultusunda karar vermesi eleştirilmiştir. Anayasa’daki hiçbir hakkın kapsamına ilişkin düzenleme bulunmadığı, tanımlamaların hukukçular tarafından yapıldığı belirtilmiştir. Mahkeme’nin hakkın kapsamının düzenlenmemesi gerekçesi ile AİHM içtihadını uygulaması hakkın kapsamını daraltmıştır.¹⁰⁵ Onurhan Solmaz,¹⁰⁶ Adnan Oktar¹⁰⁷, Dursun Satıcı¹⁰⁸ ve Mustafa Ergin Nalbant¹⁰⁹ başvurularında Mahkeme, başvuruların “*medeni hak ve yü-*

¹⁰⁰ Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed.: Sibel İnceoğlu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 285.

¹⁰¹ Göztepe, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, s. 21; Sibel İnceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 285; İnceoğlu, “Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi”, s. 157.

¹⁰² Abdullah Çelik, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2014, s. 23.

¹⁰³ Kontacı, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yorumu”, s. 114; Sağlam, “Ortak Koruma Alanı”, s. 1119 vd.

¹⁰⁴ Sağlam, “Ortak Koruma Alanı”, s. 1119 vd.

¹⁰⁵ Kontacı, “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yorumu”, s. 113-114.

¹⁰⁶ Onurhan Solmaz; Benzer karar için bkz. Halid Taş, B. No: 2019/35146, 6/10/2022, § 19-22.

¹⁰⁷ Adnan Oktar, B. No: 2012/917, Karar Tarihi: 16.04.2013.

¹⁰⁸ Benzer karar için bkz. Dursun Satıcı, B. No: 2012/611, 25/2/2015, § 33-37.

¹⁰⁹ Mustafa Ergin Nalbant, B. No: 2013/3339, 6/2/2014, § 26, 27.

kümlülükler ile ilgili uyumsuzluğa” ve bir “suç isnadına” dayanmadığı gerekçesi ile konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir. Mahkeme, bahsedilen haller dışında kalan başvuruların Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kaldığını kabul etmektedir. Benzer kararın verildiği Özge Kaya¹¹⁰ başvurusunda karşı oy kullanan üye “... bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu hakkın kapsamının sınırlandırılması” sebebiyle kararı eleştirmiştir. Bu kararların mağdur, suçtan zarar gören, katılan, şikâyetçi sıfatına sahip kişilerin yaptığı başvuruların reddedilmesine ve hak kayıplarına sebep olduğunu; Anayasa’nın 36. maddesindeki “herkes” ibaresinin bu kişileri de kapsamaması gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, adil yargılanma hakkına karşılık gelen normlar üzerinden değerlendirme yapması gerektiği belirtilmiştir. Inceoğlu’na göre bireysel başvuruya ilişkin hükmün amaçsal yorumu, Anayasanın bütünlüğü ilkesi ve AİHS’nin 53. maddesinin yorumu da genişletici düzenlemenin uygulanmasını mümkün kılmaktadır.¹¹¹ Göztepe, Anayasa Mahkemesinin bu içtihadının bireylerin “davacı olarak iddia hakkını” koruma kapsamı dışına iterek, bireylerin mahkeme yoluyla korunma ihtimalini kaldırdığını belirtmiştir. Bu durumda Türk Ceza Kanunu’ndaki pek çok düzenlemenin de Anayasa’nın koruma alanı dışında kalacağını ifade etmiştir.¹¹²

B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğinin Kapsamı

Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda kişi özgürlüğü ve güvenliğini, AİHS ile kesişim kümesi sebebiyle sınırlandırmıştır. Mahkeme’nin, AİHM’nin hakın kapsamını daraltıcı içtihadını uygulaması ile hakkın kapsamı daraltılmıştır.

AİHS 5. madde 1. fıkrasında; “Herkes özgürlük ve güvenlik hakkında sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması...” hükmü bulunmaktadır. Bu maddede kişinin özgürlüğünün sınırlanabileceği durumlar sayılmıştır.

¹¹⁰ Özge Kaya, B. No: 2014/11084, 1/2/2017, §10, 13; Benzer karar için bkz. Hulusi Kutlu ve Ayşe Kutlu, B. No: 2013/7789, 16/10/2014.

¹¹¹ Inceoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 284-285.

¹¹² Göztepe, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi”, s. 21.

Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında "*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması... dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılmaz*" demek suretiyle, özgürlüğün asıl, özgürlükten yoksun bırakmanın istisna olduğuna dair bir düzenleme getirilmiştir.

Her iki metin de "*bir suç isnadına dayanan*" ve (kesinleşmemiş olsa bile) "*bir mahkumiyete dayanan*" tutukluluk ayrımı yapmamıştır. Bu ayrımın yokluğuna rağmen, AİHM kararın kesinleşmesinden önce temyizde geçen tutukluluk süresini, azami tutukluluk süresi hesaplanmasında dikkate almamıştır. Anayasa Mahkemesi de AİHM'nin bu içtihadını benimsemiş ve kararlarında uygulamıştır.¹¹³ Halbuki Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sanık, kovuşturmanın başından hükmün kesinleşmesi anına kadar suç şüphesi altında olan kişi olarak tanımlanmaktadır. Tutuklu yargılanan sanık bakımından AİHM içtihadının uygulanmasını gerektirecek normatif bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. CMK'nın 102. maddesinde ve ilgili diğer mevzuatta "*hükmen tutukluluk*" kavramı yer almamıştır.¹¹⁴

Anayasa Mahkemesinin azami tutukluluk süresinin hesaplanmasına ilişkin olarak değerlendirme yaptığı başvurulardan biri Savaş Çetinkaya başvurusudur. Mahkeme söz konusu başvuruda "*tutukluluk süresinin hesabında ilk derece mahkemesi önünde yargılama aşamasında geçen sürelerin dikkate alınması gerekir. ... Temyiz aşamasında geçen süreler tutukluluk süresinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmaz*" değerlendirmesini yapmıştır. Anayasa Mahkemesi, AİHM gibi ara bir tutukluluk oluşturarak "*hükmen tutuklu*" kavramını benimsemiştir. Bu durum öğretide eleştirilmiş, özgürlüğün asıl, sınırlamaların istisna olması, AİHS ve dava hakkının ikincil bir nitelik arz etmesi ve aynı zamanda AİHS 53. maddesinin yorumu gereği daha özgürlükçü olan CMK ve İnfaz Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁵ Dolayısı ile sözleşmenin 53. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'nin lehe olan kanun-

¹¹³ Göztepe, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İchtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", s. 23.

¹¹⁴ Kevser Karali, "Yargıtay'ın Hükmen Tutukluluk İchtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Ankara Barosu Dergisi*, 2021/3, s. 320.

¹¹⁵ Göztepe, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İchtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", s. 23-24; Abdullah Batuhan Baytaş, "Hükme Bağlı Tutukluluk", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, 6(2), s. 149-150.

lara üstünlük tanınması gerekirken, AİHS ve AİHM içtihatlarına göre karar vermesi sözleşmeyi ihlal anlamına geleceği yorumları yapılmıştır.¹¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin hükmen tutuklu içtihadı kişi özgürlüğü ve güvenliği için yasadaki mevcut olmayan bir kısıtlama getirerek hakkın kapsamını daraltmıştır.

C. Serbest Seçim Hakkının Kapsamı

Anayasa Mahkemesi'nin uygulamada kapsamını daralttığı haklardan biri de serbest seçim hakkıdır. Serbest seçim hakkı Anayasamızın 67. maddesinde düzenlenmiştir. Madde "*seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları*" başlığı altında yer almaktadır. Bu maddede, seçme, seçilme, siyasi faaliyette bulunma, seçimlerin serbestliği, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım döküm, seçme hakkını kullanamayacak olanlar, yurtdışındaki vatandaşların oy hakkı ve seçimlerin denetimi hususları düzenleme altına alınmıştır.

AİHS ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde bu hak "*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde makul aralıklarla gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.*" şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere hüküm sadece üniter/federal ya da federe düzeyde gerçekleştirilecek yasama organı seçimlerine ilişkin güvenceler içerir.¹¹⁷ Bu düzenlemeleri bir arada değerlendirdiğimizde Anayasa'nın Protokoldeki düzenlemeden daha kapsamlı olduğu görülür.¹¹⁸ AİHM uygulaması da bunu teyit etmektedir. AİHM, kapsam ve güç bakımından yeterli yasama yetkisine sahip olmayan yerel yönetim seçimlerini "yasama organı" seçimi kapsamında görmemektedir.¹¹⁹ Gerçekten de AİHM'nin yerleşik kararlarına bakıldığında sadece yasama organına ilişkin seçim güvencelerini esas aldığı, yerel seçimleri ise kapsam dışında tuttuğunu görmekteyiz.¹²⁰

Anayasa Mahkemesi AİHM içtihadını benimseyerek hakkın kapsamını daraltmıştır. Anayasa Mahkemesi önüne gelen yerel seçimler, meslek odaları

¹¹⁶ Tuğrul Katoğlu, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 2011, S. 4, s. 25.

¹¹⁷ Göztepe, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", s. 25.

¹¹⁸ Olgun Akbulut, "Serbest Seçim Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed.: Sibel İnceoğlu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 554.

¹¹⁹ Başkan, "Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği", s. 121.

¹²⁰ United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, B.No: 19392/92, 30.01.1998, § 28.

seçimleri ve cumhurbaşkanı seçimleri ile ilgili başvuruların tamamını 1 No.lu Protokol'deki seçimlerin sadece yasama organı seçimlerini kapsadığını, bu nedenle sadece yasama organı seçimleri ile sınırlı olarak bireysel başvuru yapılması gerektiğini belirterek reddetmiştir.¹²¹

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda en çok konuşulan kararlarından bir tanesi de Mansur Yavaş kararıdır. Anayasa Mahkemesi bu konuda verdiği kararda genel yaklaşımını sürdürerek, AİHS'nin 1 No.lu Protokol'ünün 3. maddesini ölçü norm olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında "AİHS kapsamında seçme hakkı ile korunan hakkın, yasama organının seçimi ile ilgili olduğunu, buna karşılık Anayasa'nın 127'nci maddesi uyarınca mahalli idare niteliğinde olan Ankara Büyükşehir Belediyesi ile ilgili ihlal iddiaları, bağımsız bir hak olarak AİHS kapsamında değerlendirilmediğinden bu hakka yönelik iddiaların bireysel başvuruya konu yapılamayacağını" belirtmiştir.¹²² Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde Anayasa'nın 79'uncu maddenin yorumunu esas aldığını söyleyebiliriz. Mahkeme, anayasa koyucunun iradesi doğrultusunda Yüksek Seçim Kurulu (YSK) kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin seçme ve seçilme hakkını yasama seçimleri ile sınırlandırması yüzeysel bir bakışı yansıttığı gerekçesi ile eleştirilmiştir.¹²³

Seçme ve seçilme haklarına ilişkin aynı tarihte verilen iki farklı karara karşı oy yazılarında bu husus tenkit edilmiştir. Karşı oy yazısında Anayasa'nın YSK kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamayacağı hükmü esas alınarak bireysel başvuru yolunun kapatılmasının tarihsel yorum yöntemine aykırılığı vurgulanmıştır. 2010 yılında getirilen bireysel başvuru yolunun Anayasa'nın yapıldığı tarihte öngörülmesinin mümkün olmadığı, ayrıca seçim yargısı dışında diğer üst dereceli yargı organlarının kararlarının kesin olduğu, bunlarında anayasa şikayetine konu olamayacağı belirtilmiştir. Seçme ve seçilme hakkına ilişkin başvuruların AİHM içtihatları çerçevesinde bireysel başvuruya konu olabileceği, Anayasa Mahkemesi tarafından geri çevrilen bireylerin AİHM'ne başvurmasına

¹²¹ Yüksel Metin, "AİHS Çerçevesinde ve AİHM Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı", *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 48, 2007, s. 127; Eren, "Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri" s. 238; "Göztepe, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", s. 121; Nejdet Atalay, B. No: 2014/184, 16/7/2014, §59-60; Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/5425, 23/7/2014, §33, 34; Mehmet Yiğiner, B. No: 2014/1944, 23/7/2014, §22, 24; Mustafa Ekici, B. No: 2014/13675, 8/9/2014, § 16, 18, 19, Musa Kaya, B. No: 2014/19397, 25/3/2015, § 20, 22.

¹²² Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/5425, 23/7/2014, §33, 34.

¹²³ Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1132.

engel bulunmadığı açıklanmıştır. Bu durumun bireysel başvurunun getiriliş amacına aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılmıştır.¹²⁴

Anayasa Mahkemesi'nin Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin başvuruları reddettiği karar¹²⁵ da tartışılmıştır. Cumhurbaşkanlığı seçimi artık yasama organı seçimi ile eşdeğer bir statü kazandığı için genişletici yorum yapılması gerektiği ileri sürülmüştür.¹²⁶ Anayasa Mahkemesi YSK'nin kararlarına karşı bireysel başvuru yolunu kapatırken, il ve ilçe seçim kurullarının kararlarına karşı bireysel başvuru yapılabileceğini kabul etmiştir.¹²⁷

Anayasanın seçimlerin genel esaslarını düzenleyen 127. maddenin 3. fıkrası ise Anayasa madde 67'ye atıf yaparak, ulusal ve yerel seçimler ya da siyasal temsile imkân veren seçimler arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Anayasa'da seçimlerin genel yönetim ve denetimi ile görevli Yüksek Seçim Kurulu'nun görevlerini düzenleyen 79. maddesinde de genel ve yerel seçimler arasında bir ayırım yapılmamıştır. Maddelerden anlaşıldığı üzere, demokratik temsil ilkesinin uygulanmasına daha çok hizmet edecek olan Anayasa normunun AİHS'nin 53. maddesi kapsamında değerlendirilip ölçü norm olması daha isabetli görünmektedir. Bu şekilde yerel seçimlerde koruma kapsamı içerisinde yer alacaktır.¹²⁸

D. Toplanma Hakkının Kapsamı

Anayasa ile AİHS'deki düzenlemeleri örtüşmeyen bir diğer hak toplanma hakkıdır. Anayasa'nın 34. maddesinde toplanma hakkı izin alma şartına bağlanmadan düzenlenmiştir. Hakkın düzenlendiği AİHS'nin 11. maddesinde böyle bir güvence yoktur. Anayasa Mahkemesi kararlarında hakkın kapsamını AİHS düzenlemesine göre yorumlamakta ve hakkın önceden izin alma şartıyla kullanılabilmesine karar vermektedir. Anayasa metni açık olmasına rağmen Mahkeme ilke kararında AİHM içtihadını iç hukuka birebir aktarmıştır: "*Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde ya-*

¹²⁴ Oğuz Oyan, B. No: 2015/8818, 14/7/2015, Atila Sertel [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015.

¹²⁵ Ahmet Çalışkan, B. No: 2014/11717, 4/11/2014, § 16, 22; Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluş Partisi, B. No: 2017/20127, 7/6/2017.

¹²⁶ Sağlam, "Ortak Koruma Alanı", s. 1137.

¹²⁷ İsmail Taşpınar, B. No: 2013/3912, 6/2/2014.

¹²⁸ Göztepe, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İçtihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", s. 26; Eren, "Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri" s. 239.

*pılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkânı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmaz.”*¹²⁹ Mahkeme bu kararıyla Anayasa’nın lehe olan hükmünü göz ardı etmiştir.¹³⁰ Şirin, tarihsel yorum yöntemiyle de izin alma şartının daraltılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Aynı zamanda bu daraltma Anayasa’nın sözüne ve Anayasa’nın üstünlüğü ilkelerine aykırı olacaktır.¹³¹

Ali Rıza Özer ve diğerleri kararında Mahkeme, AİHM’nin *Ezelin/Fransa*, § 39 kararına atıfla, sınırlama kavramını hakkın kullanılması sırasındaki ve sonrasındaki muameleleri kapsadığına karar vermiştir. Barışçıl bir gösteri sırasında veya sonrasında katılımcılara yönelik soruşturma ve cezalandırmalar da toplandı hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹³²

Anayasa ve AİHS metni arasındaki diğer bir fark ise “silahsız ve saldırısız” sözcükleri yönünden ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi “*Anayasa’nın bu maddesi, fikirlerin silahsız ve saldırısız, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almaktadır*”¹³³ diyerek “silahsız ve saldırısız” ibaresini, Sözleşme’de yer alan “barışçıl kavramı” ile eşdeğerde kabul etmiştir.

E. Eşitlik, Ayrımcılık Yasağı ve Etkili Başvuru Hakkının Kapsamı

Eşitlik, ayrımcılık yasağı ve etkili başvuru hakkı kapsam olarak Anayasa’da AİHS’ye göre daha geniş şekilde güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerdir.

Eşitlik ilkesi Anayasa’nın 10. maddesinde devletin genel esasları bölümünde düzenlenmiştir. Aslında bu ilkenin yeri temel hak ve özgürlüklerin genel hükümleri olmalıdır. Ancak düzenlemenin yeri onun temel hak olma niteliğini değiştirmemektedir. AİHS’de eşitlik kavramı Ayrımcılık Yasağı başlıklı 14. maddede düzenlenmiştir. Düzenleme gereği Sözleşme’de tanınan haklardan cinsiyet, ırk, renk, dil, din ... ayrımı gözetilmeksizin kişiler yararlanabilecektir. Anayasadaki eşitlik ilkesi ve AİHS’ndeki ayrımcılık yasağı düzenlemesi farklıdır. Anayasa’da eşitlik ilkesi, fiili

¹²⁹ Ali Rıza Özer ve diğerleri, B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 122; Dilan Ögüz Canan [GK], B. No: 2014/20411, 30/11/2017; Rıza Gökçen Erus ve diğerleri, B. No: 2014/17391, 19/4/2018.

¹³⁰ Tolga Şirin, “Anayasa Mahkemesi’nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Anayasa Yargısı*, S. 32, 2015, s. 83.

¹³¹ Sağlam, “Ortak Koruma Alanı”, s. 1125-1126.

¹³² Ali Rıza Özer ve diğerleri, B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 123.

¹³³ Ali Rıza Özer ve diğerleri, B. No: 2013/3924, 6/1/2015, §118.

eşitsizlikleri giderecek şekilde kapsayıcı bir düzenleme getirirken, AİHS ise tanınan özgürlüklerden yararlanma noktasında hiçbir ayırım yapılmayacağı hususu ile sınırlı kalmakta ve bu özelliği nedeniyle de bağımsız bir hak olarak nitelenmemektedir. Ayrımcılık yasağı Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin bağlı hakkıdır. Sözleşme’de düzenlenmemiş olsa da eşitlik ilkesi ile birlikte ileri sürülebilir.

Sebahat Tuncel başvurusunda, Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinin soyut olarak tek başına değerlendirilmesinin mümkün olmadığı belirtmiş ve başvurunun konu bakımından kapsam dışında kaldığına karar vermiştir.¹³⁴ Anayasa Mahkemesi’nin birden fazla hakla birlikte ileri sürüldüğünde bazen ayrımcılık yasağına ilişkin değerlendirme yapmamasının ve tek başına bu hakkı inceleme dışında bırakmasının zamanla ayrımcılık yasağına ilişkin iddiaların ikincil hale gelmesine ve belki de ileri sürülmemesine yol açacağı düşünülmektedir.¹³⁵

Mahkeme, eşitlik ilkesine ilişkin farklı kararlarında, eşitlik ilkesinin bağımsız bir koruma işlevi olmasa da ayrımcılık yasağının genişletici yoruma tabi tutulmasını benimsemiştir. Mahkeme’ye göre anayasal bir hakkın ihlal edilmediği kanaatine varılsa dahi o hakka ilişkin ayrımcı uygulama ayrıca inceleme konusu yapılabilir ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine karar verilebilir.¹³⁶ Mahkeme bir kararında din ve vicdan özgürlüğünün ihlaline karar verdiği gibi olayı eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı yönünden de incelemiştir.¹³⁷ Sağlam eşitlik ilkesinin Anayasa’da bağımsız bir hak olarak düzenlendiğini, AİHS’de olduğu gibi genişletici yoruma gerek olmadığını belirtmiştir.¹³⁸

Kapsamı Anayasa’ya göre AİHS’de daraltılmış olan düzenlemelerden biri 14. maddedeki ayrımcılık yasağıdır. AİHS, ayrımcılık yasağını Sözleşme’nin diğer haklarına bağlamış ve Sözleşme’deki hak ve özgürlüklerin kullanılması sırasında yapılan ayrımcılığa karşı güvence sağlamıştır. Anayasa’da ise ayrımcılık yasağı diğer haklara bağlanmadan düzenlenmiştir.¹³⁹

¹³⁴ Benzer karar için bkz. *Onurhan Solmaz*, § 33.

¹³⁵ Karan, Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, Cilt, 31, S. 1, 2015, s. 276.

¹³⁶ İhsan Asutay, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 47, 48; Aziz Turhan, B. No: 2012/1269, 08/5/2014, § 37; Mesude Yaşar, B. No: 2013/2738, 16/7/2014, § 47; Cahit Tekin, B. No: 2013/2744, 16/7/2014, § 43.

¹³⁷ Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 104.

¹³⁸ Sağlam, “Ortak Koruma Alanı”, s. 1128.

¹³⁹ İnceoğlu, “Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi”, s. 157.

AİHS hükmünde yer alan ayrımcılık yasağına ilişkin sınırlama AİHS ek 12 No.lu Protokol ile kaldırılmıştır; ancak Türkiye ek 12 No.lu Protokole taraf değildir. Bu durum sebebiyle Anayasa Mahkemesi bu haklara ilişkin başvuruları konu bakımından yetkisizlik sebebiyle reddetmektedir.

Etkili başvuru hakkı Anayasa'nın 40. maddesinde Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlüklerle, AİHS'nin 13. maddesinde sözleşmede tanınmış hak ve özgürlüklerle sınırlandırılmıştır. Her iki düzenleme hakkı benzer şekilde sınırlandırmış olsa da Anayasadaki hakların kapsamı AİHS'den daha geniş olduğundan etkili başvuru hakkının kapsamı da daha geniştir.¹⁴⁰

F. Çalışma Hakkı ve Çalışma Özgürlüğü

Çalışma hakkı ve çalışma özgürlüğü Anayasa'nın 48 ve 49. maddelerinde düzenlenmiştir. Çalışma hakkının AİHS'de doğrudan düzenlenmediği görülmektedir. Bununla beraber, AİHM, çalışma hakkının insan yaşamındaki yeri ve önemine binaen çalışma ile özel yaşam arasındaki ilişkiyi kurmakta ve Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamında kabul edilebileceğini ifade etmektedir.¹⁴¹ AİHM, çalışma hayatının kişiliğin geliştirilmesi ve sosyal çevresi ile birlikte bir bütün olarak insan hayatı üzerindeki önemli etkileri nedeniyle çalışma hakkını özel hayata saygı hakkı kapsamında kabul etmektedir.¹⁴²

Anayasa Mahkemesi, Serkan Acar başvurusunda çalışma hakkına ilişkin değerlendirmeler yapmıştır. Başvurucu Millî Savunma Bakanlığı bünyesinde memur olarak çalıştığını ve Gelir İdaresi Başkanlığı'na atanmak için yaptığı başvurunun kabul edilmemesi üzerine bireysel başvuru yolu ile çalışma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme bireysel başvurunun esastan incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içerdiğini bu nedenle konu bakımından yetkisizlik kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁴³ Anayasa Mahkemesi daha yakın tarihli Mehtap Çekemci kararında da aynı gerekçe ile çalışma hakkına ilişkin başvuruyu reddetmiştir.¹⁴⁴

¹⁴⁰ Inceoğlu, "Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", s. 157.

¹⁴¹ Sodan/Türkiye, B. No: 18650/05, 2/2/2016, § 37.

¹⁴² Osman Doğru - Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 2.

¹⁴³ Serkan Acar, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 22-25, benzer karar bkz. Hüseyin Yıldırım, B. No: 2019/26185, 19/11/2020, §20, 21.

¹⁴⁴ Mehtap Çekemci, B. No: 2019/27298, 19/11/2020, §21-24.

Anayasa Mahkemesi ortak koruma alanı içtihadına dayanarak doğrudan çalışma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları, azalan bir şekilde de olsa büyük çoğunlukla incelemekten kaçınmaktadır. Anayasa Mahkemesi, çalışma hakkının Anayasada yer alan bir hak olmakla beraber, AİHS’de yer almadığı için bu yöndeki başvuruları konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddetmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi AİHM içtihatlarını dikkate alarak çalışma hakkını özel yaşama saygı hakkı kapsamında veya başka bir hakla ilişkilendirerek inceleyebilirdi.

Anayasa Mahkemesi çalışma hakkına müdahale oluşturan olguların, aynı zamanda Anayasa’da ve AİHS’nde yer alan başka bir hakla ilgili olduğu hallerde başvuruyu çalışma hakkı dışındaki diğer hak bakımından koruma kapsamı içinde görerek incelemiştir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, avukat olan başvurucunun başörtüsü ile duruşmaya kabul edilmediği için çalışma hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile yaptığı başvuruyu din ve vicdan özgürlüğü kapsamında gördüğü için kabul etmiş ve incelemiştir. Kabul edilebilirlik değerlendirmesinde, *“AİHM, çalışma hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bazı konularla ilgili şikayetlerin Sözleşme’de korunan diğer hakları da ilgilendirmesi durumunda, ilgili haklarla bağlantı kurarak bir inceleme yapabilmektedir.”* diyerek çalışma ve sözleşme özgürlüğünün din ve vicdan özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı ile bağlantısını kurmuştur.¹⁴⁵

Anayasa Mahkemesi’nin çalışma hakkına ilişkin başka bir kararında, çalışma hakkı ile kişinin özel hayatının gizliliği ve haberleşme özgürlüğü arasında bağ kurarak başvuruyu incelemiştir.¹⁴⁶ Anayasa Mahkemesi kamu görevinden çıkarma işlemlerinin konu edildiği pek çok başvuruyu da özel hayata saygı hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir.¹⁴⁷

Anayasa Mahkemesi’nin çalışma hakkı ile ilgili çelişen kararları olmakla birlikte eski tarihli kararlara nazaran yeni tarihli kararların AİHM içtihatları ile paralellik oluşturduğu görülmektedir.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 33-34.

¹⁴⁶ Tefvik Türkmen [GK], B. No: 2013/9704, 3/3/2016, §43.

¹⁴⁷ Sevilay Sümer, B. No: 2016/7091, 18/7/2019.

¹⁴⁸ Zeynep Kılıçkaya, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 18, S. 2, s. 159.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, Türkiye aleyhine artan AİHM başvurularını azaltmak ve temel hak ve özgürlüklere daha güçlü güvence sağlamak amacıyla getirilmiş bir kurumdur. Bütün hukuki kurumlar gibi bireysel başvuru kurumunun amaçlarını gerçekleştirmesi hukuki düzenlemelere ve uygulamalara bağlıdır. Bireysel başvuruya ilişkin hukuki düzenlemelerin yapılmasından ve uygulamanın başlamasından itibaren tartışmalı hususlar ortaya çıkmıştır. Bu tartışmalı hususlardan bir tanesi de bireysel başvuruya konu olabilecek hakların kapsamının belirlenmesidir.

Tartışmanın ilk çıkış noktası konuya ilişkin Anayasa değişikliği olmuştur. Anayasa'nın 148. maddesindeki bireysel başvuruya ilişkin konuyu belirleyen AİHS kapsamındaki anayasal haklar formülü uygulama aşamasında bazı sorunlara sebep olmuştur.¹⁴⁹ 148. maddede bir hakkın bireysel başvuruya konu olabilmesi için Anayasa ve AİHS'nin ortak kesişim alanındaki bir hak olması şartı aranmaktadır. Hangi hakların kesişim alanında yer aldığını ve yürürlüğe girmemiş protokoller düşünüldüğünde konu ve kapsamı belirlemek zor bir hal almıştır. Bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesi, kapsamın belirlenmesine nispetle daha kolaydır.

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya konu hakların kapsamını ortak koruma alanı içtihadı ile çözmüştür. Mahkeme'nin çözüm yolu bireysel başvuruya konu hakların ve kapsamlarının belirlenmesini tartışılır hale getirmiş, karmaşık bir yöntem olarak doğmuştur. Başvuruya konu olabileceği belirlenen hakka ilişkin Anayasa ve AİHS düzenlemeleri örtüştüğünde hakkın kapsamı tespit edilebilmektedir. Ancak başvuruya konu hakların mutlak olarak örtüşmediği durumlarda kapsamın tespiti güçleşmektedir. Kapsamın tespiti için önce uygulanacak ölçü norm belirlenmelidir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve AİHS'nin kesişim alanını ölçü norm olarak kabul etmektedir. Ortak koruma alanı içtihadı olarak adlandırılan bu uygulama, hakların kapsamını daralttığı gerekçesiyle öğretilerde eleştirilmektedir.

Öğreti, hakların daha geniş kapsamda uygulanabilmesi için farklı ölçü norm önerileri getirmiştir. Hakkın kapsamını en geniş şekilde koruyan normun, salt anayasanın veya salt AİHS'nin ölçü norm kabul edilmesi önerilmiştir. Mevcut haliyle hakların Anayasa ve AİHS'de adlandırılmalarının, düzenledikleri madde sayılarının, kapsamlarının farklı olması tartışmaların sürmesine sebep olmaktadır. Tartışmalar düzenlemelerin örtüşmediği belli haklarda yoğunlaşmıştır.

¹⁴⁹ Sağlam, "Açılış Konuşması", s. 10.

Anayasa Mahkemesi'nin uygulamasına yönelik bir diğer eleştiri, mevcut uygulamanın bireysel başvurunun getiriliş amacına hizmet etmediği şeklindedir. Hakların kapsamının dar yorumlanması, bireysel başvuru yolundan sonuç alamayan başvuru sahiplerinin AİHM'ye gitmesine sebep olacaktır. Bu durumun artması bireysel başvurunun etkili bir iç hukuk yolu olarak görülmemeye tehlikesini artırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa hükmüne ve geliştirdiği içtihadına uygun olarak tutarlı kararlar vermektedir. Ancak başvuruya konu hakların kapsamının artırılması ve bu amaçla ölçü normun değiştirilmesi düşünülürse, salt Anayasanın ölçü norm olarak kabul edilmesi bir çözüm yolu olabilir. Bu tercih bireysel başvurunun bir iç hukuk yolu olmasıyla da uyumludur. Haklara daha dar kapsamlı güvence sağlayan AİHS'nin ölçü norm kabul edilmesi ise mantıklı değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaşayan hukuk ilkesi gereğince hakların kapsamını geniş yorumlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin de benzer şekilde bireysel başvurunun getiriliş amacına uygun olarak mevcut hakkın kapsamını genişletici yorumu tercih etmesi hakların etkin şekilde korunmasını sağlayacaktır.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", **Uluslararası İlişkiler Dergisi**, Cilt 7, Sayı 27, 2010, s. 119.

KAYNAKÇA

- ACU, Melek, "Bireysel Başvuruya Konu Edilebilecek Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014/110, ss. 403-434.
- AKBULUT, Olgun, "Serbest Seçim Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed.: Sibel İncoğlu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- BAYKAN, Metin, "Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Ön İncelemesi ve Kabul Edilebilirliği", *Karadeniz Teknik Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Trabzon 2017.
- BİLGİN, A. Burak, "Bireysel Başvuruda 3 Yıl: Bir İnsan Hakları Karnesi - Olumsuz Örnekler/ Uygulamalar/ Yaklaşımlar", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 2, 2015, ss. 57-128.
- CENGİZ, Serkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Temel Hak ve Özgürlükleri Korumaya Standardı Açısından İki Yıllık Anayasa Şikâyeti Uygulamasının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı), Ed.: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ÇELİK, Abdullah, *Adil Yargılanma Hakkı Rehberi*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2014.
- DOĞRU, Osman- NALBANT, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ERDOĞAN, Murat, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2019.
- ERDOĞAN, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Kitabevi, Ankara, 2007.
- EREN, Abdurrahman, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, S. 33, 2016, ss. 231-301.
- EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERGÜL, Ergin, *Bireysel Başvuru ve Uygulaması*, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Anayasa Yargısı*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- GÖREN, Zafer, *Türk Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- GÖZTEPE, Ece, "Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 4. Protokolle Bağlı Mıdır? Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme", *Legal Hukuk Dergisi: Rona Aybay'a Armağan*, 2014, ss. 1121-1150.
- GÖZTEPE, Ece, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruya İlişkin İki Buçuk Yıllık İctihadının Kısa Bir Değerlendirmesi", *Anayasa Yargısı*, Sayı 32, 2015, ss. 17-33.

- GÖZTEPE, Ece, "Alman Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı), Ed.: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- İNCEOĞLU, Sibel "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed. Sibel Inceoğlu, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- İNCEOĞLU, Sibel, "Adil Yargılanma Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed.: Sibel Inceoğlu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- İNCEOĞLU, Sibel, "Birinci Yılında Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarının Analizi", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 3, S. 5, 2014, ss. 150-190.
- KANADOĞLU, Korkut, "Anayasa Şikâyeti", *HUKAB Sempozyum Serisi*, Hukab Yayınları, Ankara, 2011.
- KARALI, Kevser, "Yargıtay'ın Hükmen Tutukluluk İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım", *Ankara Barosu Dergisi*, 2021/3, ss. 311-330.
- KARAN, Ulaş, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed.: Sibel Inceoğlu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KATOĞLU, Tuğrul, "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Y. 2011, ss. 17-33.
- KESER, Hayri, *Bireysel Başvuru ve Yaşam Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KILIÇKAYA, Zeynep, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru İncelemelerinde Çalışma Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, 2017, ss. 127-165.
- KONTACI, Ersoy, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/4, ss. 105-117.
- METİN, Yüksel, "AİHS Çerçevesinde ve AİHM Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı", *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 48, 2007, ss. 109-141.
- METİN, Yüksel, *Anayasanın Yorumlanması*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008.
- METİN, Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 7, Sayı 27, 2010, ss. 111-132.
- METİN, Yüksel, "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", *SDÜHFD*, C. 2, S. 1, 2012, ss. 89-130.
- ÖZBUDUN, Ergun vd., *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi: ANAYASA 2000*, TOBB Yayını, Ankara, 2000.
- PACZOLAY, Peter, "Anayasa Şikâyeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Venedik'te Temel Hak Şikâyeti Hakkında Rapor)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, AYM Yayınları, 21, 2004, ss. 313-320.

- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- SAĞLAM, Musa, "1982 Anayasası ve 6216 Sayılı Kanun Çerçevesinde Bireysel Başvuru Konusu Haklar", *Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, AYM Yayınları, Ankara, 2012.
- SAĞLAM, Fazıl, "Anayasa Şikâyetinin Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", *Demokratik Anayasa*, Ed.: Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul, 2012.
- SAĞLAM, Fazıl, "Açılış Konuşması", *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı), Ed.: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- SAĞLAM, Fazıl, "Anayasa Mahkemesi'nin Ürettiği Yapay Bir Kavram: Ortak Koruma Alanı" içinde *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, Atılım Üniversitesi Yayınları 65, Ankara, 2020, C. 2, ss. 1101-1163.
- SEÇKİN, Mehmet Beyhan, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları Işığında, Yaşam Hakkından Kaynaklanan Kamu Gücü İhlallerinin Değerlendirilmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 2, 2016, ss. 419-439.
- ŞİRİN, Tolga, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ŞİRİN, Tolga, "Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme", *Anayasa Yargısı*, S. 32, 2015, ss. 80-135.
- ŞİRİN, Tolga, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Kamu Hukukçuları Platformu V. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı), Ed.: Ece Göztepe, Mustafa Mert Alpbaz, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TOKUZLU, Lami Bertan, "Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Ed.: Sibel Inceoğlu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- USLU, Ferhat, *Anayasa Yargısı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- YALÇINÖZ, Bahadır, "Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 2, 2013, ss. 187-206.
- YILMAZ, Didem, "6216 Sayılı Kanun'daki "Taraf Olma" Koşulu ve AIHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 64, S. 3, 2015, ss. 815-852.

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI NORMLARININ OLUŞUMUNDA HÜKÜMET DIŞI KURULUŞLARIN ROLÜ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Said BİLAL^(**)

Öz

Bu çalışma, uluslararası hükümet dışı kuruluşların insan hakları korumadaki rolünü, uluslararası insan hakları normlarının oluşumundaki etkinlikleri üzerinden ele almaktadır. Uluslararası, bölgesel ve ulusal koruma mekanizmaları vasıtasıyla insan haklarının korunması, günümüzde uluslar-üstü bir hüviyet kazanmıştır. Uluslararası örgütler, uzmanlık kuruluşları, bölgesel örgütler, devletler ve uluslararası HDK'lar insan hakları koruma mekanizmalarının en önemli aktörleridir. İnsan haklarının korunması günümüzde anayasa hukukunun içerisinde değerlendirilmektedir. HDK'ların insan haklarının korunmasındaki rolleri genellikle önemli ancak gayri resmi olarak kabul edilir. Uluslararası HDK'ların insan hakları koruma mekanizmalarındaki rolü anayasa hukuku bağlamında özgün ve ilgi çekici bir konudur. Zira insan haklarının korunmasında devleti merkeze alan anayasa hukukunun normatif yaklaşımı içerisinde insan haklarının korunmasında HDK'ların etkinliğinin araştırılması anayasa hukuku sahasına yeni çalışma alanları kazandırabilme potansiyeli taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hükümet Dışı Kuruluşlar, Hükümetler Arası Kuruluşlar, İnsan Hakları, Uluslararası Karar Alma Mekanizmaları, Akreditasyon.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.11.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 09.01.2023.

Atıf Şekli: Muhammed Said Bilal, "Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Oluşumunda Hükümet Dışı Kuruluşların Rolü", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 45-86.

DOI: 10.52273/sduhfd..1199246.

Bu makale, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalında yazılan "İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hükümet Dışı Kuruluşların Tanınması ve Rolü" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

^(**) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: msbilal@aybu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1809-6875>.



THE ROLE OF NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS IN THE FORMATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS NORMS

Abstract

This study deals with the role of non-governmental organizations in human rights protection over the activities of NGOs in the standard-setting process of international human rights norms. Human rights have gained a supranational identity through international, regional, and national protection mechanisms today. International bodies, specialized organizations, regional bodies, states, and international NGOs are the most important actors of human rights protection. The human rights protection is considered within the context constitutional law today. The role of NGOs in human rights protection is accepted important but informal. The role of international NGOs in human rights protection is a unique and engaging issue in the context of constitutional law. Because, dealing with the role of NGOs in the protection of human rights within the normative approach of constitutional law, which puts the state at the centre in the protection of human rights, has the potential to bring new fields of study to the constitutional law studies.

Keywords

Non-Governmental Organizations, Inter-Governmental Organizations, Human Rights, International Decision-Making Mechanisms, Accreditation.

GİRİŞ

Uluslararası hükümet dışı kuruluşlar (HDK), Evrensel İnsan Hakları Beyanname'si ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi gibi birçok önemli belgenin taslağının hazırlanmasından¹ uluslararası insan hakları mahkemelerine ve komitelerine uzman görüşü sunmaya² kadar birçok kritik aşamada insan haklarının korunmasında rol almaktadırlar. İnsan haklarının geliştirilmesi ve korunması amacıyla sivil inisiyatiflerle kurulmuş olan ve birçok ulustan unsura havi uluslararası HDK'lar, Birleşmiş Milletler'e ve diğer uluslararası kuruluşlara akredite olarak uluslararası sisteme dahil olmakta ve özellikle insan hakları alanında etkin faaliyet göstermektedir.

İnsan haklarının korunması anayasa hukuku içerisinde egemenlik, anayasal demokrasi, demokratik toplum düzeni, insan haklarına saygılı devlet ve temel hak ve hürriyetler gibi birçok konuda ve geniş bir yelpazede ele alınan ve tartışılan bir konudur.³ İnsan haklarının korunması egemenlik konusunda sınırlı iktidar anlayışının temelini oluştururken; kuvvetler ayrılığı, anayasal demokrasi, demokratik toplum, insan haklarına saygılı devlet gibi kavramların da varlık amacını teşkil eder.⁴ Diğer taraftan, milli egemenlik, halkın doğrudan ve dolaylı yollarla yönetime katılması, demokratik toplum, ifade hürriyeti, çok seslilik, tolerans, örgütlenme özgürlüğü, grup hakları gibi kavramlar hükümet dışı kuruluşların niteliği, yapısı ve faaliyetleri ile doğrudan alakalıdır. HDK'ların faaliyetlerinin özellikle insan haklarının korunması ve insan hakları güvencelerinin geliştirilmesi konularında önem kazanmaya devam ettiği görülmektedir.

Uluslararası insan hakları hukukunun son elli yılda geçirdiği hızlı gelişim anayasa hukuku içerisinde yeni tartışmaları beraberinde getirmiştir. Uluslararası koruma sistemlerinin anayasa hukukunun normatif yapısı içerisindeki yeri, uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki konumu, uluslararası insan hakları koruma mekanizmaları içerisinde ulus devlet egemenliğinin konumu,

¹ HDK'ların İnsan Hakları Beyanname'si'nin hazırlanmasındaki rollerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: William Korey, *NGO's and the Universal Declaration of Human Rights: A Curious Grapevine*, Palgrave Macmillan, New York, 2004, s. 2.

² HDK'ların yargılama süreçlerine katılımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: Anna Wilkowska-Landowska, "Friends of the Court": The Role of Human Rights Non-governmental Organizations in the Litigation Proceedings", *Human Rights Law Commentary*, C. 2, 2006, s. 99-119.

³ Colm O'Cinneide, "Democracy, Rights and the Constitution-New Directions in the Human Rights Era", *Current Legal Problems*, C. 57, S. 1, 2004, s. 176.

⁴ Walter F. Murphy, "Designing a Constitution: Of Architects and Builders", *Texas Law Review*, C. 87, S. 7, 2009, s. 1309.

niteliği ve dönüşümü gibi konular tartışmalı meseleler haline gelmiştir. Günümüzde insan haklarının korunması anayasa hukuku literatürünün bir parçasıdır.⁵ Buna mukabil, insan haklarının korunması konusunda uluslararası HDK'ların faaliyetlerinin anayasa hukuku literatüründe çok sınırlı ele alındığı görülmektedir.⁶

İnsan haklarının korunmasında devletin merkezi bir rolü bulunmaktadır. Bununla birlikte devletten bağımsız örgütlerin insan haklarının küresel, bölgesel ve ulusal sahada korunmasında her geçen gün daha aktif rol alması devletin insan haklarını korumada tek aktör olduğu değerlendirmesini yapmayı artık mümkün kılmamaktadır.⁷ Örneğin, günümüzde bir uluslararası mahkeme bir uluslararası HDK'nın raporu üzerinden bir devleti insan hakları ile ilgili bir konuda yargılayabilmekte ve devleti bağlayıcı karar verebilmektedir. Bu durum anayasa hukuku bağlamında iç ve dış devlet egemenliği, milli egemenlik, HDK'ların faaliyetlerinin demokratik meşruiyeti, yerli ve yabancı HDK'ların ve faaliyetlerinin hukuki niteliği, devletin insan haklarını koruma ödevi, insan haklarını korumanın mahiyeti ve kapsamı gibi konuların yeniden değerlendirilmesini gerektirmektedir. Ayrıca ne tür HDK'ların insan haklarını korumada aktif rol aldığı, bu statünün nasıl elde edildi, bu denli önemli bir etkiye sahip bir statünün elde edilmesinin objektif, kapsayıcı, erişilebilir ve etkin standartlara bağlanıp bağlanmadığının incelenmesi ve tartışılması önem arz etmektedir. Ancak çalışmanın kapsamını aşmamak adına bu çalışmada HDK'ların yalnızca insan hakları korumadaki rolleri sadece insan hakları normlarının oluşumundaki etkinlikleri bakımından ele alınacaktır.

HDK'ların insan haklarının korunmasındaki rolleri üzerine yapılan çalışmaların, genellikle HDK'ların faaliyetlerinin olumlu oldukları ve HDK'ları hak ve özgürlüklerin

⁵ Ergun Özbudun, "Political Origins of the Turkish Constitutional Court and the Problem of Democratic Legitimacy", *European Public Law*, C. 12, S. 2, 2006, s. 214.

⁶ Çalışma boyunca yapılan araştırmalar neticesinde bu konuda yabancı kaynaklarda 1950'li yıllardan beri ciddi bir bilgi birikimi olduğu görülmüştür. Buna karşılık Türk hukuk literatüründe bu konuda yapılan çalışmalar oldukça sınırlıdır. İnsan haklarının korunmasında HDK'ların rolü konusu Türk hukuk literatüründe, Kamal Başlar'ın "Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar" isimli kitabında kısmen ve Abdurrahman Eren'in "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunması" isimli kitabının bir bölümünde ele alınmıştır. Konuyla ilgili dikkate değer başkaca bir çalışmaya rastlanmamıştır.

⁷ Jeffrey Andrew Hartwick, "Non-Governmental Organizations at United Nations-Sponsored World Conferences: A Framework for Participation Reform", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, C. 26, S. 2, 2003, s. 221.

“bekçi köpeği” (*watchdog*) olarak tasvir ettikleri görülmektedir.⁸ Öte yandan, 1990’lı yıllardan itibaren, HDK’ların uluslararası sistemdeki etkinliklerinde ani bir artış görülmeleriyle birlikte; HDK’ların zayıf temsil kabiliyetleri, esnek faaliyet biçimleri ve sonuç odaklı çalışma şekilleri birtakım meşruiyet tartışmalarına sebep olmuş ve “bekçi köpeğini kim bekleyecek” sorusu sorulmaya başlanmıştır.⁹ Bu çalışmada, HDK’ların ve faaliyetlerinin “iyi” veya “kötü” olduğu iddiasının olmadığı baştan ortaya konulmalıdır. Bu çalışma, spesifik bazı HDK’ların faaliyetlerinden ziyade bir uluslararası aktör olarak HDK’lara ve genel olarak uluslararası sistemde HDK’ların insan hakları korumadaki rollerine odaklanmaktadır. Örneğin uygulamada, insan hakları koruma mekanizmaları içerisinde denetime esas teşkil eden bilgi ve belgelerin bazen neredeyse tamamının HDK’lar tarafından sağlandığı görülmektedir.¹⁰ Bu olgu, HDK’ların insan hakları korumada vazgeçilemez ve olumlu bir rolü olduğu şeklinde yorumlanabileceği gibi ihlal değerlendirmelerinin tek kaynaktan yapılmasının tehlikesi, eleştiri konusu da yapılabilir. Ancak bu çalışmada genellikle mevcut olguyu ortaya koyup daha ileri gitmeme yolu tercih edilmiştir.¹¹ Zira sübjektif değerlendirmelerin belli bir sistematik yaklaşım içerisinde ve tutarlı bir teorik temelde ortaya konulması gerekir. Halbuki bu çalışmanın ne kapsamı ne de mahiyeti, bu tür değerlendirmelerin teorik temellerini tam anlamıyla ortaya koyacak nitelikte değildir.

I. ULUSLARARASI HÜKÜMET DIŞI KURULUŞLARIN TANIMI

Uluslararası HDK’ların teorik olarak kabul edilebilir açık ve net bir tanımı hala formüle edilmeyi beklemektedir.¹² Uluslararası hukukun farklı alanlarında HDK’ların

⁸ Bkz. Charles W. Kegley ve Gregory A. Raymond, *Exorcising the Ghost of Westphalia: Building World Order in the New Millennium*, Pearson, Upper Saddle River, 2001, s. 164; David Lewis, “Nongovernmental Organizations, Definition and History”, *International Encyclopedia of Civil Society*, Ed.: Helmut K. Anheier ve Stefan Toepler, Springer, New York, 2010, s. 1060; Ramesh Thakur, “Human Rights: Amnesty International and the United Nations”, *Journal of Peace Research*, C. 31, S. 2, 1994, s. 153.

⁹ Bkz. Robert Blitt, “Who Will Watch the Watchdogs? Human Rights Nongovernmental Organizations and the Case for Regulation”, *Buffalo Human Rights Law Review*, C. 10, S. 1, 2004, s. 261-398.

¹⁰ Laurie Wiseberg, “The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Protection and Enforcement of Human Rights”, *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ed. Janusz Symonides, Routledge, London, 2017, s. 371; Felice D. Gaer, “Reality Check: Human Rights Nongovernmental Organisations Confront Governments at the United Nations”, *Third World Quarterly*, C. 16, S. 3, 1995, s. 393.

¹¹ Sonuç kısmında sübjektif birtakım değerlendirmelerde yer verilmektedir.

¹² G. Schermers, Niels M. Blokker, *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, 5. bs., BRILL, Leiden, 2011, s. 47.

o alana özgü nitelikleri ve hukuki yapıları dikkate alınarak tanımlamaların yapıldığı görülmektedir. Birleşmiş Milletlerin HDK'ların kapsamını daraltarak BM'nin katılımcı yapısını koruma kaygısıyla bilinçli olarak mutlak bir tanımdan kaçındığı da ifade edilmektedir. Zira temelde birer iç hukuk mekanizması olan HDK'ların her hukuk sistemi tarafından farklı tanımlandığı ve düzenlendiği dikkate alındığında genel geçer bir tanımın yapılması farklı mevzuatlardaki HDK'lara ilişkin farklı düzenlemelerin ve kavramların birbiriyle karıştırılmasına sebep olabilecektir.¹³

Öğretide HDK'ların tanımlanmasına ilişkin, temel olarak, hukuki yaklaşım ve sosyolojik yaklaşım olmak üzere iki yaklaşımın bulunduğu görülmektedir.¹⁴ Hukuki yaklaşım HDK'ları uluslararası belgelerdeki ifadeler ve tanımlamalar üzerinden tanımlamaya çalışırken sosyolojik yaklaşım¹⁵ HDK'ların sosyal hayatta ifade ettiği değerler üzerinden HDK'ları tanımlamaya çalışmaktadır.¹⁶ Bu çalışmada HDK tanımına ilişkin hukuki yaklaşım izlenecek olup uluslararası hukuk kaynaklarında HDK'lara ilişkin yapılan düzenlemeler ve tanımlamalar üzerinden değerlendirme yapılacaktır. İkincil uluslararası hukuk kaynaklarında HDK'ların tanımına ilişkin çeşitli metinler bulabilmek mümkündür.¹⁷ Ancak bu kaynakları-

¹³ PPhilippe Ryfman, *Sivil Toplum Kuruluşları*, çev. İsmail Yerguz, İletişim, İstanbul, 2006, s. 30.

¹⁴ Kerstin Martens, "Mission Impossible? Defining Nongovernmental Organizations", *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, C. 13, S. 3, 2002, s. 277.

¹⁵ Bkz.: Matthias Finger, Thomas Princen (ed.), *Environmental NGOs in World Politics: Linking the Local and the Global*, Routledge, London 1994, s. 6; Laurie S. Wiseberg, "Protecting Human Rights Activists and NGOs: What More can be Done?", *Human Rights Quarterly*, C. 13, S. 4, 1991, s. 528; Helmut Weyers, "Co-Operation between Nongovernmental Volunteer Services and the United Nations Volunteers Programme", *International Journal of Comparative Sociology*, C. 21, S. 3-4, 1980, s. 228; Steve Charnovitz, "Nongovernmental Organizations and International Law", *The American Journal of International Law*, C. 100, S. 2, 2006, s. 351.

¹⁶ Sosyolojik yaklaşımda tanım çeşitliliğinin çok daha fazla olduğu hatta bir terim birliğinin dahi sağlanamadığı görülmektedir. Zira "hükümet dışı" terimini dışlayıcı ve negatif bir ifade olarak değerlendiren birçok yazar, bu terimin HDK'ların toplumsal misyonunu tam olarak karşılamadığı düşünmektedir. Bu sebeple "hükümet dışı kuruluşlar" terimine alternatif olarak sivil toplum kuruluşları (*civil society organizations*), üçüncü sektör kuruluşları (*third sector organizations*), toplum temelli kuruluşlar (*grassroots organizations*) ve kar amacı gütmeyen kuruluşlar (*nonprofit organizations*) gibi farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Thomas Weiss ve Leon Gordenker, "Pluralising Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions", *Ngos, the Un, and Global Governance*, Ed. Thomas Weiss ve Leon Gordenker, Lynne Rienner, Boulder, 1996, s. 18; Peter Willetts, "Introduction", *The Conscience of the World: The Influence of Non-Governmental Organisations in the UN System*, Ed. Peter Willetts, Brookings Institution Press, Washington, 1996, s. 5.

¹⁷ Bu çalışmada ele alınan belgeler haricinde, BM Kamuoyu Bilgilendirme Bölümü direktifleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi (2003)8 ve (2016)3 sayılı Kararları ve Amerikan Devletleri Örgütü Daimi Konseyi 1217/99 sayılı Kararı HDK'lara ilişkin birtakım tanımlamalar içermektedir.

nın tamamının ele alınması bu çalışmanın kapsamını aşacağından bu bölümde sadece BM Antlaşmasının 71'inci maddesi, Ekonomik ve Sosyal Konseyin 1296 ve 1996/31 sayılı kararları, 124 sayılı Uluslararası Hükümet Dışı Kuruluşların Hukuki Kişiliğinin Tanınmasına İlişkin Sözleşme (124 Sayılı Avrupa Sözleşmesi) ve Sözleşmenin Açıklama Raporu üzerinden bir tanımlama yapılacaktır.

A. Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Ekonomik ve Sosyal Konsey Kararlarına Göre

Birleşmiş Milletler Antlaşmasının HDK işbirliğine ilişkin 71'inci maddesi HDK'lara ilişkin bir tanımlama içermemektedir.¹⁸ Bununla birlikte hükmün lafzından HDK ile neyin kastedildiğine dair bir takım çıkarımlar yapmak mümkündür.

BM Antlaşmasının 71'inci maddesi şu şekildedir:

“Ekonomik ve Sosyal Konsey, kendi yetkisine giren sorunlarla uğraşan hükümet dışı kuruluşlara¹⁹ danışmak için uygun düzenlemeler yapabilir. Böyle düzenlemeler uluslararası örgütlerle ve gerektiğinde, Birleşmiş Milletlerin ilgili üyesine danışıldıktan sonra ulusal örgütlerle de yapılabilir.”²⁰

71'inci maddenin HDK'lara karşı devletleri koruyucu üslubu devletlere kıyasla HDK'lara verilen ikincil statüye ilişkin ısrarcı tutumu yansıtmaktadır. Ulus devletlerden meydana gelen BM'de, HDK'ların “hükümet dışı” kavramıyla tanımlanması diplomasi ve güvenlik yüksek siyasetini belirleme yetkisinin devletlerin tekelinde olduğu vurgusunu yapmaktadır.²¹

BM Antlaşmasının 71'inci maddesi HDK'larla kurulacak ilişkinin usul ve esaslarını belirleme yetkisini Ekonomik ve Sosyal Konseye vermiştir. Ekonomik ve Sosyal Konsey daha sonra HDK katılımının usul ve esaslarına ilişkin aldığı kararlarında 71'inci maddedeki devleti önceleyen üslubu devam ettirmiştir.²²

¹⁸ Martens, “Mission Impossible?”, s. 273.

¹⁹ BM Türkiye temsilciliğinin resmi çevrisinde “*non-governmental organizations*” ifadesi “sivil toplum kuruluşları” şeklinde çevrilmiştir. Ancak yabancı literatürdeki 71'inci maddenin lafzi yorumu üzerinden yapılan tartışmaların tam anlaşılabilmesi için maddenin çevirisinde terimin “hükümet dışı kuruluşlar” şeklinde ifade edilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

²⁰ “Birleşmiş Milletler Antlaşması”, 15.08.1945, <https://turkey.un.org/tr/33499-birlesmis-milletler-antlasmasi>, §71.

²¹ Caroline E. Schwitter Marsiaj, *The Role of International NGOs in the Global Governance of Human Rights: Challenging the Democratic Deficit*, Schulthess, Zürich, 2004, s. 7.

²² Martin A. Olz, “Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems”, *Columbia Human Rights Law Review*, C. 28, S. 2, 1996, s. 314.

Konsey kararlarının HDK'ların karakteristiğine ilişkin tanımlamalardan ziyade BM ve HDK'lar arasında kurulacak ilişkinin prensiplerinin ve esaslarının belirlenmesine odaklandığı görülmektedir.²³

71'inci madde metninden HDK'ların tanımına ilişkin çıkarılan bir diğer husus HDK'ların kar amacı gütmeye yasağıdır. Zira 71'inci maddeye göre Danışmanlık ilişkisi Ekonomik ve Sosyal Konseyin ve alt kurumlarının yetkisine giren konularda faaliyet gösteren kuruluşlarla BM arasında tesis edilecektir. Ticaret odaklı kar amacı güden faaliyetler Ekonomik ve Sosyal Konseyin yetki alanına giren konulardan değildir. Bu nedenle 1993/6 sayılı Konsey kararında uluslararası şirketlerin, iş ortaklıklarının ve mesleki danışmanlık firmalarının danışmanlık statüsü kapsamının dışında tutulacağı açıkça belirtilmektedir.²⁴

1986 tarihli ve 1296 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konsey Kararı, kural olarak uluslararası HDK'ların akreditasyonunu öngörmekteydi. Ulusal HDK'ların danışmanlık statüsü almaları istisna olarak düzenlenmişti. Bununla birlikte 1996/31 sayılı Karar ile bu konuda ciddi bir değişikliğe gidilmiş ve ulusal, bölgesel ve küresel HDK'lara eşit standartlar uygulanarak danışmanlık statüsü verilmeye başlanmıştır.

1996/31 sayılı Kararın 12'nci maddesinde HDK'lara ilişkin tanımlama niteliğinde birtakım ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Buna göre;

“Kuruluşun görüşlerinin özgürce ifade etmesine engel olmadığı sürece hükümet yetkilileri tarafından atanan üyeleri kabul eden kuruluşlar da dahil olmak üzere, bir devlet kurumu veya hükümetler arası anlaşma tarafından kurulmayan herhangi bir kuruluş bu düzenlemelerin amacı doğrultusunda bir hükümet dışı kuruluş olarak kabul edilecektir.”²⁵

Bu tanıma göre HDK'ların kamu kurumu tarafından veya hükümetler arası anlaşma ile kurulmamış olması gerekmektedir. Ancak HDK'ların hükümet tarafından atanmış temsilcileri üyeliğe kabul etmesi, bağımsızlığına engel olmadığı sürece hükümet dışı kuruluş olmasına engel teşkil etmeyecektir.

²³ Martens, “Mission Impossible?”, s. 274.

²⁴ Schwitter Marsiaj, The Role of International NGOs, s. 9.

²⁵ UN Economic and Social Council, “1996/31 Consultative Relationship between the United Nations and Non-governmental Organizations”, 25.07.1996, https://www.un.org/esa/coordination/ngo/Resolution_1996_31/, (29.03.2022), §12.

1996/31 sayılı Karar'da HDK'larda aranılan başka bir özellik, belirli bir yetki alanı içinde tanınmış bir statüye veya temsili bir karaktere sahip olmasıdır. Bu sebeple HDK'ların yerleşik bir merkezinin ve bir genel müdürünün olması, demokratik yollarla kabul edilmiş ve üyelerinin karar alma mekanizmalarına etkin katılımını temin eden bir tüzüğe sahip olması ve yetkili temsilcileri aracılığıyla üyeleri adına irade beyanında bulunma yetkisini haiz olması beklenmektedir.²⁶

Sonuç olarak, BM kaynaklarındaki ifadelerle göre HDK'ların; kamu kurumları tarafından veya bir uluslararası sözleşme ile kurulmamış olan, demokratik ve temsili bir kurumsal yapıya sahip ve kar amacı gütmeyen kuruluşlar olarak tanımlandığı görülmektedir.

B. 124 Sayılı Avrupa Sözleşmesine Göre

1986 yılında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 124 sayılı Uluslararası Hükümet Dışı Kuruluşların Hukuki Kişiliğinin Tanınmasına İlişkin Sözleşmeyi ilan etmiştir. Sözleşme 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²⁷ Uluslararası hukuk kaynakları içerisinde HDK'lara ilişkin en kapsamlı tanımın bu Sözleşme ve Açıklama Raporundaki düzenlemelerde yer aldığı kabul edilmektedir.²⁸

Sözleşmenin 1'inci maddesine göre Sözleşme hükümlerinin uygulanacağı kuruluşları şu şekilde tarif etmektedir:

“Sözleşme hükümleri, aşağıdaki koşulları sağlayan dernekler, vakıflar ve diğer özel kuruluşlar için geçerli olacaktır: a) kar amacı gütmeyen bir uluslararası fayda amacı taşımak; b) bir Tarafın iç hukukuna tabi bir belge ile kurulmuş olmak; c) faaliyetlerini en az iki Devlette geçerli olacak şekilde sürdürmek ve d) yasal ofislerinin ve merkezi yönetim ve kontrol mekanizmalarının sözleşmeye Taraf Devletlerden bir veya birkaçının toprakları içerisinde olmak.”²⁹

Avrupa Konseyi, Sözleşmenin yayınlandığı aynı tarihte Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasına yardımcı olmak amacıyla bir “açıklama raporu” yayınlamış-

²⁶ Martens, “Mission Impossible?”, s. 274.

²⁷ The Council of Europe, “CETS-124 European Convention on the Recognition of the Legal Personality of INGOs”, 24.04.1986, (<https://uia.org/archive/legal-status-4-11#sour>, (26.03.2022)).

²⁸ Alina Kaczorowska, *Public International Law*, 5. bs., Routledge, London, 2015, s. 201.

²⁹ The Council of Europe, “CETS-124”, §1.

tır.³⁰ Raporda bir Kuruluşun herhangi bir kamu gücü veya imtiyazından yararlanmaması halinde özel kuruluş olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Bu durumda devletler tarafından idari yetkiler veya imtiyazlara sahip olmadan kurulacak kuruluşlar da Sözleşme kapsamında özel kuruluş olarak kabul edilmektedir.³¹

Sözleşmenin 1'inci maddesi (a) bendi, uluslararası şirketler gibi iş odaklı kuruluşları açıkça HDK kapsamı haricinde tutmaktadır. Öte yanda, açıklama raporuna göre HDK'lar kuruluşun karakterini değiştirmedeği sürece ve gelirler kamusal amaçlarına hizmet etmek için kullanıldığı sürece gelir sağlayan faaliyetlerde bulunabilir. 1'inci maddenin (a) bendinde yer alan "uluslararası fayda amacı gütmek" ibaresi uluslararası toplum için değerli kabul edilebilecek ve Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Avrupa Konseyi Statüsünün amaç ve ilkelerine ulaşılmasına katkıda bulunacak bilimsel ve kültürel her türlü çalışmayı kapsamaktadır.³²

Sözleşmenin 1(c) hükmüne göre HDK'ların uluslararası olma koşulunun, BM Ekonomik Konseyi kararlarına paralel bir şekilde, faaliyet yürütülen ülke sayısına göre belirlendiği görülmektedir. Sözleşmenin 1'inci maddesinin (c) bendi, (a) ve (d) bentleriyle birlikte değerlendirildiğinde, bir Avrupa Konseyi Üyesinin sınırları içerisinde yasal ve gerçek bir merkezi bulunan bir HDK, BM ve Avrupa Konseyinin hedef ve amaçlarına katkıda bulunan çalışmalar yaptığı ve Konsey Üyesi olan veya olmayan en az bir başka ülkede faaliyet gösterdiği sürece "HDK Kişiliğine İlişkin Sözleşmeye tabi bir "uluslararası HDK" kabul edilecektir.³³

Sonuç olarak, Avrupa Konseyi kaynaklarında uluslararası HDK'ların; birden fazla ülkede faaliyet gösteren, kamu gücü kullanma yetkisine haiz olmayan, bir devletin iç hukuk hükümlerine göre kurulmuş bir kurumsal yapıya sahip olan, bir uluslararası fayda amacı güden ve kar amacı gütmeyen kuruluşlar olarak tanımlandığı görülmektedir.

Genel olarak HDK'lar, uluslararası hukuk kaynaklarında devletle organik ve finansal bir bağı olmayan, kar amacı gütmeyen, kamusal bir menfaati yerine getirme amacı olan, kurumsal bir yapıya sahip insan toplulukları şeklinde tarif edilmektedir. Uluslararası HDK'lar birden fazla ülkede faaliyet gösteren

³⁰ The Council of Europe, "Explanatory Report on the European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations", 24.04.1986, <https://rm.coe.int/16800ca439>, (01.02.2020).

³¹ Schwitter Marsiaj, The Role of International NGOs, s. 10.

³² The Council of Europe, "Explanatory Report", §9.

³³ Olz, "Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems", s. 319.

HDK'ları ifade etmektedir. Günümüzde küresel ve bölgesel HDK'ların yanı sıra, ulusal HDK'lara bazı hükümetler arası kuruluşların faaliyetlerine katılma imkânı sağlandığı görülmektedir.

II. HDK'LARIN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARININ KORUMASINDAKİ ROLLERİ

HDK'ların hükümetler arası kuruluşlara akredite olmak suretiyle uluslararası sistemde resmi bir nitelik kazandığı ve bu suretle insan hakları koruma ve geliştirme mekanizmaları içerisinde etkin faaliyet yürütme imkânı ele ettiği görülmektedir. Akreditasyon işlemi ile birlikte HDK'lar; uluslararası toplantı ve konferanslara katılmak, sözlü ve yazılı beyanda bulunmak, resmi rapor sunmak, yan etkinlikler düzenlemek, insan hakları koruma mekanizmalarını harekete geçirmek, uluslararası mahkemelerde dava açmak veya mahkemelere dava dostu olarak katılmak gibi birtakım haklar elde etmektedirler.³⁴ Akreditasyon işlemi ayrıca HDK'lara uluslararası karar vericilere erişim sağlama ve lobicilik faaliyetleri yürütme imkânı vermektedir. Akreditasyon vasıtasıyla BM gibi küresel hükümetler arası kuruluşlara erişim imkanı elde eden HDK'lar, devletlerin en üst karar mercilerine ve hükümetler arası kuruluşların üst düzey yöneticilerine kolayca ulaşma ve bu kişileri amaçları doğrultusunda ikna etme fırsatına sahip olmaktadır. Akreditasyona sahip HDK'ların uluslararası sistemde özellikle çevre, kalkınma ve insan hakları alanlarında etkinlik gösterdikleri görülmektedir.³⁵

HDK'ların insan hakları korunmasında etkin olmasını sağlayan sebepler arasında; hükümetler arası kuruluşların diplomatik şekilci kurallarıyla bağlı olmamaları, bilgi ve belgelere doğrudan ulaşarak devletlerin resmi söylemlerine alternatif bir perspektif sunmaları, konu hakkında sivil uzmanlara sahip olmaları, gönüllü oldukları esasına göre ve teknolojiyi etkin kullanarak hareket etmeleri sebebiyle büyük faaliyetleri düşük maliyetlerle yapabilmeleri, tarafsız statüleri

³⁴ Öğretide akreditasyon ile kazanılan haklar "katılım hakları" (*participatory rights*) olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Jurij Daniel Aston, "The United Nations Committee on Non-governmental Organizations: Guarding the Entrance to a Politically Divided House", *European Journal of International Law*, C. 12, S. 5, 2001, s. 959; Karsten Nowrot, "Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations under International Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 6, S. 2, 1999, s. 580; Charnovitz, "Non-governmental Organizations and International Law", s. 363; Olz, "Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems", s. 323; Peter Willetts, "From 'Consultative Arrangements' to 'Partnership': The Changing Status of NGOs in Diplomacy at the UN", *Global Governance*, C. 6, S. 2, 2000, s. 191.

³⁵ Phillip R. Trimble, "Globalization, International Institutions, and the Erosion of National Sovereignty and Democracy", *Michigan Law Review*, C. 95, S. 6, 1997, s. 1964.

sebebiyle yerel halk arasında daha rahat destek bulmaları ve sınır tanımayan yapıları sayılabilir. Özellikle küreselleşmenin ortaya çıkardığı sorunların, insan kaynakları ve finansal yönden kısıtlı olanaklara sahip hükümetler arası kuruluşlar tarafından giderilemeyeceğinin anlaşılması üzerine, hükümetler arası kuruluşların daha düşük maliyetle ve daha etkin çalışan HDK'larla işbirliğini arttırmaya çalıştıkları görülmektedir.³⁶ Ayrıca günümüzde HDK'ların ve diğer toplumsal aktörlerin ulusal, bölgesel ve küresel düzeylerde insan hakları mücadelesinde bilgi, uzmanlık ve dayanışma sağlayan koalisyonları ve dayanışma ağları bulunmaktadır.³⁷ Bu ağlar sayesinde ulusal bir insan hakları problemi HDK'lar tarafından çok kolay bir şekilde uluslararası platformlara taşınabilmektedir.

HDK'ların insan hakları alanındaki faaliyetlerinin, hukukçular tarafından genellikle "HDK'ların insan haklarının korunmasındaki rolleri" başlığı altında incelendiği görülmektedir.³⁸ Bu faaliyetler, yazarlar tarafından farklı kategoriler altında ele alınmaktadır. Weissbordt, uluslararası HDK'ların "ihlal inceleme ve seçme" işlevinden bahsederken³⁹; van Boven, HDK'ların "temsil" fonksiyonundan bahsetmekte-

³⁶ Kemal Başlar, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar: Vestfalya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum*, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 2005, s. 87.

³⁷ Margaret E. Keck ve Kathryn Sikkink, "Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics", *International Social Science Journal*, 1999, C. 51, S. 159, s. 90; Jeffrey Unerman ve Brendan O'Dwyer, "Theorising Accountability for NGO Advocacy", *Accounting, Auditing & Accountability Journal*, 2006, C. 19, S. 3, s. 349-376; Thomas Risse-Kappen, "Introduction", *Bringing Transnational Relations Back in: Non-State Actors, Domestic Structures, and International Institutions*, Ed.: Thomas Risse-Kappen, Cambridge Studies in International Relations 42, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 4; Patricia Chilton, "Mechanics of Change: Social Movements, Transnational Coalitions, and the Transformation Processes in Eastern Europe", *Bringing Transnational Relations Back in: Non-State Actors, Domestic Structures, and International Institutions*, Ed.: Thomas Risse-Kappen, Cambridge Studies in International Relations 42, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 190.

³⁸ Bkz. Stephan Hobe, "Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1997, C. 5, S. 1, s. 191-209; Richard Falk, "The World Order between Interstate Law and the Law of Humanity: The Role of Civil Society Institutions", *International Legal Theory*, 1995 C. 1, s. 15; Kenneth Anderson, "The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-Governmental Organizations and the Idea of International Civil Society", *European Journal of International Law*, 2000, C. 11, S. 1, s. 93-95; Janusz Symonides, "Some Reflections on the Role of Non Governmental Organisation in the Promotion and Protection of Human Rights", *Karel Vasak Amicorum Liber: Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Bruylant, Brussels, 1999, s. 879-96; Cenap Çakmak, "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Norm Creation Process in the Field of Human Rights", *Alternatives: Turkish Journal of International Relations*, 2005, C. 3, S. 1, s. 121.

³⁹ David Weissbrodt, "The Role of Nongovernmental Organizations in the Implementation of Human Rights", *Texas International Law Journal*, 1977, C. 12, s. 300.

dir.⁴⁰ Valpel'in HDK'ların faaliyetlerini i) araştırma izleme, ii) kamu desteğini harekete geçirme, iii) kapasite inşası ve iv) savunma şeklinde dört başlık altında topladığı görülmektedir. Wiseberg ise HDK'ların insan hakları korumadaki rollerini; i) gündem belirleme, ii) norm üretme, iii) vakıa tespiti ve analizi, iv) tanıklık, v) uluslararası insan hakları aktivitelerini destek, vi) eğitim, vii) ekspertiz ve politika analizi ve viii) politik sistemin açık tutulması şeklinde sekiz başlık altında toplamaktadır.⁴¹

Kanaatimizce HDK'ların uluslararası insan hakları korumadaki rollerinin tam olarak ortaya koyulabilmesi için, HDK'ların küresel ve bölgesel insan hakları koruma ve geliştirme mekanizmaları içerisindeki yerlerinin her bir mekanizma açısından sistematik bir bütünlük içerisinde ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.⁴² Yukarıda verilen örneklerdeki gibi, HDK'ların faaliyetlerinin insan haklarının korunması bakımından kategorize edilerek incelenmesi olsa olsa bir etkinlik değerlendirmesi olacaktır.⁴³ Ayrıca, HDK'ların insan haklarının korunmasındaki etkinliklerinin, insan hakları normlarının “oluşumdaki” ve “uygulanmasındaki” etkinlikleri şeklinde iki aşamada incelenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira HDK'lar, insan hakları normlarının oluşumunda ve uygulanmasında farklı şekillerde etkinlik göstermektedirler. HDK'lar, insan hakları normlarının “oluşumunda” i) gündem oluşturma, ii) karar mekanizmalarına üyelik, iii) norm yapım süreçlerine katılım ve iv) normların yaygınlığının artırılması şeklinde etkinliklerde bulunurken; insan hakları normlarının “uygulanmasında” i) izleme, denetim ve tespit, ii) koruma mekanizmalarını harekete geçirme, iii) bilgi ve belge temin etme, iv) dayanışma ve destek, v) yargısal süreçlere katılım ve vi) insan hakları eğitimi gibi etkinliklerde bulunmaktadır.⁴⁴

⁴⁰ Bkz. Theo van Boven, “The Role of Non-Governmental Organizations in International Human Rights Standard-Setting: A Prerequisite of Democracy”, *California Western International Law Journal*, 1990, C. 20, S. 2, s. 207-25.

⁴¹ Bkz. Wiseberg, “The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs)”, s. 347-372.

⁴² HDK'ların insan hakları koruma mekanizmaları içerisindeki rolleri bu çalışmaya temel teşkil eden doktora çalışmasında ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

⁴³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü “Etkinlik” sözcüğünü “Bir kurumun belli bir alandaki eylemi, faaliyeti, aktivitesi” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. “Etkinlik”, *Türk Dil Kurumu Sözlükleri*, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/?kelime=etkinlik>, 28.01.2022.; Etkinlik, faaliyetten kurumsallık anlamında farklılaşır ve öne çıkar. Yani etkinlik, bir kişi ve kurumun organize edilmiş ve yeknesaklaşmış faaliyetlerini ifade eder. HDK'ların insan hakları alanındaki faaliyetlerini, esnek yapıları ve *de facto* nitelikleri sebebiyle, “fonksiyon” olarak nitelendirmek abartılı olacaktır. Öte taraftan, belli alanlarda organize ve yeknesak bir faaliyet tablosu ortaya koydukları da bir gerçektir. Bu sebeple, HDK'ların insan hakları alanındaki faaliyetlerinin “etkinlik” olarak nitelendirilmesi uygun olacaktır.

⁴⁴ HDK'ların insan hakları normlarının uygulanmasındaki etkinlikleri bu çalışmaya temel teşkil eden doktora çalışmasında ayrıntılı bir şekilde ele alınmaktadır.

HDK'ların insan hakları normlarının oluşumu ve uygulanmasındaki etkinliklerinin ve insan hakları koruma mekanizmalarında oynadıkları rollerin tek bir makalede ele alınması makalenin kapsamını aşacağından, "HDK'ların insan hakları normlarının uygulanmasındaki etkinlikleri" ve "HDK'ların insan hakları koruma mekanizmaları içerisindeki rolleri" konularını başka bir çalışmaya bırakıp, bu çalışmada sadece "HDK'ların uluslararası insan hakları normlarının oluşturulmasındaki etkinliklerini" inceleyeceğiz. Bununla birlikte, öğretilerdeki geleceğe sadık kalmak amacıyla, bu çalışma özelinde, HDK'ların insan hakları normlarının oluşumundaki etkinliklerinin, "insan hakları normlarının oluşumundaki rolleri" şeklinde ifade edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

III. HÜKÜMET DIŞI KURULUŞLARIN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI NORMATIVİNİN OLUŞUMUNDAKİ ROLLERİ

HDK'ların insan hakları normlarının oluşumundaki rolleri; i) insan hakları normlarına ilişkin ihtiyaca dair gündem oluşturma, ii) insan hakları normlarının düzenlendiği uluslararası karar alma mekanizmalarına üye olma, iii) norm yapma süreçlerine katılım, iv) ilan edilen normların devletler tarafından kabul edilmesi ve toplum tarafından benimsenmesine yönelik lobicilik ve tanıtım unsurları üzerinden ele alınacaktır.

A. Gündem Oluşturma

Bir insan hakları normunun oluşmasının ilk aşaması, normun düzenlenmesine ilişkin sosyal, siyasi, ekonomik ve hukuki bir takım ihtiyaçların hissedilmesidir. İnsan hakları HDK'ları, bir konuda insan hakları normu oluşturulması gerektiğinin uluslararası toplumda hissedilmesini sağlama noktasında önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Uluslararası hukukta antlaşmaların yapılması ve uluslararası teamüllerin oluşmasında devletlerin rızası (*state consent*) belirleyici unsurdur.⁴⁵ Devletler ulusal çıkarları gerektirmedikçe uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin altına girmek istemediklerinden, insan hakları gibi uluslararası toplumun ortak çıkarlarına ilişkin konularda norm oluşturulması ihtiyacı olduğu konusunda devletlerin ikna edilmesi gerekmektedir.⁴⁶

⁴⁵ Jeffrey Andrew Hartwick, "Non-Governmental Organizations at United Nations-Sponsored World Conferences: A Framework for Participation Reform", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 2003, C. 26, S. 2, s. 221.

⁴⁶ Başlar, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar*, s. 87.

Birleşmiş Milletler, kurulduğu günden itibaren ilk yirmi yıl boyunca, neredeyse tüm mesaisini uluslararası insan hakları normlarının oluşturulması için harcamıştır.⁴⁷ Buna mukabil, devletlerin 1960'ların sonundan itibaren yavaş yavaş insan haklarının korunmasına ilişkin normları kabul etmeye başlamasının, insan hakları HDK'larının baskısı sonucu gerçekleştiği kabul edilmektedir.⁴⁸

Özellikle 1990'lardan itibaren iletişim teknolojisinin gelişmesiyle birlikte, sosyal medya ve interneti etkin bir şekilde kullanan HDK'lar, ulusal ve uluslararası gündemi belirleyecek eylemler yapma imkanı bulmaktadır.⁴⁹ Bugün dünyanın farklı yerlerinde aynı anda yapılan eylemler yoluyla uluslararası karar alma mekanizmalarının politikalarını yeniden gözden geçirmeleri sağlanmaktadır. HDK'lar, oluşturdukları kamuoyu sayesinde, toplumda sesini duyurmakta güçlük çeken engelliler, kadınlar ve yerel halklar gibi azınlık grupların insan haklarının korunması konusundaki hukuki düzenleme ihtiyaçlarının karar alma mekanizmalarına duyurulması konusunda etkin faaliyet göstermektedir.⁵⁰ Örneğin, Uluslararası Af Örgütünün 1972-1973 yılları arasında gerçekleştirdiği işkenceye karşı kampanya, BM İşkence-nin Önlenmesi Sözleşmesi müzakerelerinin başlamasında öncü rol oynamıştır.⁵¹

HDK'ların gündem meydana getirmedeki etkinliğinin en çarpıcı örneklerinden birisi kara mayınlarının üretilmesi ve yasaklanmasına ilişkin süreçtir.⁵² Çok sayıda sivil can kaybı ve yaralanmalarına sebep olan kara mayınlarının yasaklanması konusunda 1980 yılında Uluslararası Kızıl Haç Örgütü ve diğer insancıl hukuk alanında çalışan HDK'ların başlattığı kampanya, 1990 yılında bütün dünyanın ilgisini çeken bir konu haline gelmiştir.⁵³ 1991 yılında Uluslararası Kara Mayınlarının Yasaklanma-

⁴⁷ Nigel Rodley, "Monitoring Human Rights by the UN System and Non-Governmental Organizations", *Human Rights and American Foreign Policy*, Ed.: Donald E. Kommers, Gilbert D. Loescher, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1979, s. 161; Howard Tolley, *The UN Commission on Human Rights*, Westview Press, Boulder, 1987, s. 16-18.

⁴⁸ Wiseberg, "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Protection and Enforcement of Human Rights", s. 354; Louis Henkin, *The Rights of Man Today*, Stevens, London, 1979, s. 108.

⁴⁹ Başlar, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar*, s. 87.

⁵⁰ Vaibhav Goel- Manoj Kr. Tripathi, "The Role of NGOs in the Enforcement of Human Rights: An Overview", *The Indian Journal of Political Science*, 2010, C. 71, S. 3, s. 786.

⁵¹ Schwitter Marsiaj, *The Role of International NGOs in the Global Governance of Human Rights*, s. 61.

⁵² Nicola Short, "The Role of NGOs in the Ottawa Process to Ban Landmines", *International Negotiation*, C. 4, S. 3, 1999, s. 484.

⁵³ Anderson, "The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-Governmental Organizations and the Idea of International Civil Society", s. 93.

sı Hareketi adıyla 6 adet HDK tarafından kurulan uluslararası HDK ağı, 1996 yılında 40 ülkeden 600 adet HDK'yı kapsayan büyük bir kampanyaya dönüşmüştür. Bu hareketin lobi ve gündem oluşturma çabaları neticesinde konu ilk kez 1995 yılında BM Viyana Konferansına taşınmıştır. 1997 yılında, Ottawa Konferansında bir araya gelen 156 devlet ve çok sayıda HDK, Kara Mayınlarının Yasaklanmasına İlişkin Sözleşmeye son hali vermiş ve Sözleşme imzaya açılmıştır.⁵⁴

Gündem oluşturma konusunda HDK etkinliğine ilişkin bir diğer örnek, Engelli Kişilerin Haklarına Dair BM Sözleşmesi'nin gündeme getirilmesi ve hazırlanması sürecidir. Engelli temsilcisi HDK'ların lobi çalışmaları neticesinde, 2001 tarihinde Meksika Hükümetinin önderliğinde BM Genel Kuruluna sunulan, engelli haklarına dair bir sözleşme yapma teklifi, Genel Kurul tarafından olumlu karşılanmıştır. Engelli temsilcisi yedi BDDK'dan oluşan Engelliler Birliği (*International Disability Alliance*), BM sistemi içerisinde engelli bireyleri temsilen sözleşmenin hazırlanma sürecine dahil olmuş ve süreç içerisinde daha fazla engelli temsilci HDK'ların çalışmalara entegre olmasını sağlamıştır.⁵⁵

B. Uluslararası Karar Alma Mekanizmalarına Üyelik

Pek çok uluslararası karar alma mekanizması, resmi çalışmalarda devletler ve HDK'lar arasında herhangi bir anlamda eşit statü tesisine sıcak bakmamaktadır.⁵⁶ Öte yandan hem hükümetlerin hem de HDK'ların tam oy hakkına sahip eşit statüde üyeler olduğu Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği, Uluslararası Deniz Ticaret Odası, Uluslararası Kızıl Haç Örgütü ve Dünya Koruma Birliği gibi hibrit uluslararası kuruluşlarda, devletler HDK'larla tam eşit statüde bulunabilmektedir. Bu tür hibrit organizasyonların iki şekilde ortaya çıktığı görülmektedir: HDK'ların ve devletlerin ayrı ayrı oy kullandığı ve her birinin bir karar için çoğunluk onayı vermesi gerektiği iki meclisli (*bicameral*) form veya devletlerin

⁵⁴ Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, s. 70.; Başlar, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar*, s. 95.

⁵⁵ Janet E. Lord, "NGO Participation in Human Rights Law and Process: Latest Developments in the Effort to Develop an International Treaty on the Rights of People with Disabilities", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2003, C. 10, S. 2, s. 314.

⁵⁶ Uluslararası arena devletlerin sürekli olarak askeri, ekonomik veya siyasi güç dengelerinde avantaj elde etmek için mücadele ettiği bir alandır. Bu nedenle devletler HDK'lar gibi devlet dışı aktörlerle bu gücü paylaşma noktasında isteksizdir. Ayrıca, hukuki olarak hesap verilebilirliği zayıf olan yapılara yetki verilmesinin güç dengeleri üzerine kurulmuş uluslararası sistemde istikrarsızlık ve anarşiye sebep olacağı düşünülmektedir. Bkz.: Hartwick, "Non-Governmental Organizations at United Nations-Sponsored World Conferences: A Framework for Participation Reform", s. 221.

ve HDK'ların birlikte oy kullandıkları tek meclisli (*unicameral*) form.⁵⁷ Willets, 1990'lerden itibaren BM'nin bazı kurum ve kuruluşlarının, tek meclisli formun bazı hibrit özelliklerini benimseme yönünde temayül gösterdiklerini iddia etmektedir.⁵⁸ Hibrit işbirliğinde HDK'lar danışmanlık statüsünde ikincil bir statüye sahip olmayıp daha prestijli bir statü olan gözlemci statüsünde hükümet temsilcileriyle eşit bir düzeye konumlandırılmaktadır.⁵⁹

1995 yılında üç HDK temsilcisi, Hükümetler Arası Orman Paneline; Gıda ve Tarım Kültürü Örgütü, BM Kalkınma Programı, BM Çevre Programı ve diğer hükümetler arası kuruluşların yanında, açık uçlu ve tamamen katılımcı bir temelde gözlemci olarak katılmaya davet edilmiştir. Bu gelişme ile, HDK'lara düşük ve üçüncül statüde katılma hakkı verilmek yerine, merkez bir BM organı içerisinde, BM programları ve ajansları ile eşit resmi bir statü verilmesi önemli bir gelişme olarak karşılanmıştır. Bu uygulama, benzer şekilde, beş HDK'nın BM AIDS'in Program Koordinasyon Kurulunun çalışmalarına katılmaya davet edilmesi ile pekiştirilmiştir.⁶⁰

İnsan haklarının korunması alanında hibrit model diyebileceğimiz en net örnek Uluslararası Çalışma Örgütü modelidir. ILO, "üçlü yapı" olarak bilinen sistem altında, tüm politika oluşturma süreçlerinde her üye ülkeden hükümetlere, sendikalara ve işveren kuruluşlarına eşitlik statüsü vermektedir. Resmi olarak, devletler ILO'nun üyesidir, ancak kararlar her üyenin iki hükümet temsilcisi, bir sendika temsilcisi ve bir işveren temsilcisi ile tek meclis temelinde oy kullanmasıyla alınmaktadır.⁶¹

⁵⁷ Peter Willets, *Non-Governmental Organizations in World Politics: The Construction of Global Governance*, Routledge, London, 2010, s. 72.

⁵⁸ İnsan hakları koruma alanında, sözleşme ile bazı sözleşme denetleme organlarına HDK'ların katılımından yararlanma görevi verilmesi bu konuda atılmış başka bir adım olarak değerlendirilmektedir. Bkz.: Peter Willets, "From 'Consultative Arrangements' to 'Partnership'", s. 203.

⁵⁹ Willets, *Non-Governmental Organizations in World Politics*, s. 73.

⁶⁰ BM AIDS, BM sistemindeki tüm AIDS faaliyetlerini denetlemek üzere kurulmuş bir kurumlar arası kuruluştur. Bkz. Willets, "From 'Consultative Arrangements' to 'Partnership'", s. 204.

⁶¹ Virginia Leary, "The ILO: A Model for Non-State Participation?", *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non State Actors*, Ed.: Th C. van Boven, C. Flinterman, Fred Gruenfeld, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 1997, s. 63.; Georg Nolte - Sergey Lagodinsky, "The Role of Non-Governmental Organizations in the International Labor Organization", *The Welfare State, Globalization, and International Law*, ed. Eyal Benvenisti, Georg Nolte, Berlin, Heidelberg, Springer, 2004, s. 322.; Lars Thomann, "The ILO, Tripartism, and NGOs: Do Too Many Cooks Really Spoil the Broth?", *Civil Society Participation in European and Global Governance*, Ed.: Jens Steffek, Claudia Kissling, Patrizia Nanz, Palgrave Macmillan, London, 2008, s. 73.

Sendikalar ve işveren kuruluşları hükümet temsilcilerinden bağımsız olarak ve kendi hükümetlerine karşı oy kullanabilmektedir. Bu durum, ilke olarak, bir Uluslararası Çalışma Konferansı'nın, bağlayıcı uluslararası hukuk metni olan bir sözleşmeyi hükümetlere rağmen kabul edebileceği anlamına gelir. Tabii ki, çoğu işçi ve işveren temsilcisinin hükümetlerin çoğuna karşı birleşmesi siyasi olarak pek olası değildir. Ancak uluslararası hukukun geleneksel normlarının, bunun bir olasılık dahiline girmesine izin verilecek kadar esnetilmesi, ILO'yu bu bağlamda ilginç kılmaktadır.⁶²

C. Norm Yapım Süreçlerine Katılım

Uluslararası insan hakları normları, genellikle çok taraflı uluslararası sözleşmeler şeklinde hayata geçmektedir. Antlaşmaların, uluslararası hukukun doğrudan kaynakları arasında olduğunu vurgulamak önemlidir. Devletler, sözleşmeleri imzaladıkları andan itibaren, sözleşme hükümlerinden kaynaklı yükümlülüklerine uymamaları halinde uluslararası ilişkiler çerçevesinde ilişkilerini etkileyebilecek ve zarar verebilecek yaptırımlar, kısıtlamalar veya eylemlerle karşı karşıya kalacaktır.⁶³ Devlet dışı aktörlerin sözleşme müzakerelerine ve anlaşmaların hazırlanmasına katılımı, bu bağlamda, HDK'ların uluslararası sistemde gördüğü işlevin önemi daha fazla ortaya çıkmaktadır. Zira HDK'ların sözleşme yapım süreçlerine katılımı, toplum ve devletler arasında bir köprü görevi görmeleri sebebiyle, zorunlu bir meşruiyet aracı olarak kabul edilmektedir.⁶⁴ Böylece HDK'lar devlet egemenliğinin sınırlandırılması ile sonuçlanabilecek uluslararası bir işlemde rızası aranılan taraf konumuna gelmektedir.

18'inci yüzyılın sonlarından itibaren bazı bağımsızlık bildirelerinde, anayasal belgelerde ve liberal anayasalarda görülmeye başlayan insan hakları normları uzun yıllar boyunca retorik maddeler olarak kabul edilmiştir ve bu maddelere icrailik addedilmemiştir. Ancak İkinci Dünya Savaşı'ndan itibaren insan hakları normları, insan hakları ihlallerine karşı devletleri sorumlu tutmak için kullanılmaya başlanmıştır.⁶⁵ İnsan hakları hukukunun uluslararasılaşmasında

⁶² Willetts, *Non-Governmental Organizations in World Politics*, s. 74.

⁶³ Malcom N. Shaw, *International Law*, 9. bs., Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 94-95.

⁶⁴ Maiara Giorgi, "The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2019, C. 19, s. 163.

⁶⁵ Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, New York, 2013, s. 144-45.

büyük rolü bulunan HDK'lar, insan hakları ihlallerine karşı hükümetleri sorumlu tutmak için uluslararası insan hakları normlarını etkin bir şekilde kullanmaktadır. Bu sebeple yeni insan hakları sözleşmelerinin ortaya çıkması süreçlerinde HDK'ların önemli bir mesai harcadığı görülmektedir.⁶⁶ HDK'ların, insan hakları sözleşmelerin hazırlanma aşamalarından ve çalışma komitelerine bilgi ve belge temin etmekten uzmanlık görüşü sunmaya ve taslak hazırlama çalışmalarına katılmaya kadar birçok konuda komitelerin faaliyetlerine aktif katılım gösterdikleri görülmektedir.⁶⁷ HDK'lar, yeni sözleşmelerin yapılış aşamalarında, komitelerin taslak hazırlık oturumlarına ve çalışma gruplarına dahil olmakta, bir takım taslak hükümleri desteklemekte veya kendi taslaklarını sunmaktadır.⁶⁸ Bazı norm yapım süreçlerinde, HDK'ların çalışmalara katılımı resmi olarak tanınmakta ve HDK'lara çalışmaların tüm aşamalarına dahil olma hakkı verilmektedir. HDK katılımının resmi olarak tanınmadığı durumlarda HDK'lar, hükümet delegeleri veya uluslararası kuruluşların üst düzey görevlileri üzerinde lobi çalışmaları yaparak önemli gördükleri meselelerin sözleşme taslağına eklenmesine gayret etmektedir.⁶⁹

Persbo, HDK'ların sözleşme yapım süreçlerine katılımlarını şu ifadelerle özetlemektedir:

“HDK'ların sözleşme yapım sürecindeki etkilerinin göz ardı edilemeyeceği bugün herkes tarafından kabul edilmektedir. Bu nedenle bugün hükümetlerin karşı karşıya olduğu soru, HDK'ların sözleşme yapım süreçlerine dahil olup olmayacakları sorusu değil, nasıl dahil olacakları sorusudur.”⁷⁰

⁶⁶ Schwitter Marsiaj, *The Role of International NGOs*, s. 25.

⁶⁷ Engelli Haklarına Dair Sözleşmeye ilişkin taslaklar 2002'den 2006'ya kadar müzakere edilmiş ve müzakerenin her aşamasında HDK temsilcileri aktif rol oynamıştır. Dört yıllık hazırlık süreciyle Engelli Haklarına Dair Sözleşme en hızlı hazırlanan insan hakları sözleşmesi olmuştur. Sözleşme'nin kabulü vesilesiyle, dönemin İnsan Hakları Yüksek Komiseri Louise Arbour, anlaşmanın taslağının hazırlanmasında Devletler, Birleşmiş Milletler çalışanları ve HDK'lar arasındaki eşi görülmemiş iş birliğine dikkat çekmiştir. Bkz.: Patrick Thornberry, “The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)”, *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Ed.: Frédéric Mégret, Philip Alston, 2. bs., Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 331.

⁶⁸ Felice D. Gaer, “Implementing International Human Rights Norms: UN Human Rights Treaty Bodies and NGOs”, *Journal of Human Rights*, 2003, C. 2, S. 3, s. 344.

⁶⁹ Schwitter Marsiaj, *The Role of International NGOs*, s. 26.

⁷⁰ Andreas Persbo, “The Role of Non-governmental Organizations in the Verification of International Agreements”, *Disarmament Forum: Arms Control Verification*, Ed.: Vignard Kerstin, United Nations Institute for Disarmament Research, 2010, s. 65.

Öte yandan, HDK'ların, son zamanlarda özellikle insan haklarına ilişkin çok taraflı insan hakları sözleşmelerine yoğun katılımlarına karşılık, bugün hala uluslararası norm yapım süreçlerine sivil toplum katılımının genel olarak çok az gerçekleştiğini veya hiç gerçekleşmediğini söylemek gerekir.⁷¹

HDK'ların sözleşme yapım aşamalarında devletlerin politikalarına meydan okuduklarını ve devlet kurumlarına her zaman muhalif hareket ettiklerini söylemek doğru olmayacaktır. Aksine, HDK'lar birçok zaman hükümetler arası kuruluşların faaliyetlerine ve programlarına işbirliği ilişkisi içerisinde dahil olmaktadır. Buna güzel bir örnek, HDK'ların BM sistemine katılımı verilebilir. HDK'lar bu kapsamda BM komisyonlarına, komitelerine ve kurumlarına tavsiyelerde bulunmakta, gerekli bilgi ve belgeleri sağlamak ve programların uygulanmasına yardımcı olmak için BM kurumlarıyla işbirliği içerisinde çalışmaktadırlar.⁷²

1990'lardan itibaren, 1992 Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı, 1993 Viyana İnsan Hakları Konferansı, 1994 Kahire Nüfus ve Kalkınma Konferansı ve 1995 Pekin Dünya Kadın Konferansı gibi BM'nin tüm ana uluslararası konferanslarda, HDK katılımında dramatik bir artış gözlemlenmektedir.⁷³ Bu durum, HDK'ların norm yapım süreçlerine katılımı bağlamında, özellikle belirtmeye değerdir. Çünkü uluslararası konferanslar, uluslararası norm yapma sürecindeki yeni gelişmeler ışığında giderek daha önemli hale gelmektedir.⁷⁴ Charney'in işaret ettiği gibi, günümüzde uluslararası hukuktaki önemli normlar genellikle, devletlerin ve diğer çıkar gruplarının temsilcilerinin önemli uluslararası sorunları ele almak üzere bir araya geldiği bu zirvelerde kabul edilen ve tartışılan kararlardan ve raporlardan sonra hayata geçirilmektedir.⁷⁵

⁷¹ Arnold N. Pronto, "Some Thoughts on the Making of International Law", *European Journal of International Law*, 2008, C. 19, S. 3, s. 606.

⁷² Kerstin Martens, "Examining the (Non-)Status of NGOs in International Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003, C. 10, S. 2, s. 2.

⁷³ Patricia Waak, "Shaping a Sustainable Planet: The Role of Nongovernmental Organizations", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1995, C. 6, S. 2, s. 345.; Catherine Tinker, Paul Szasz, "The Role of Non-state Actors in International Law-Making During the UN Decade of International Law", *Proceedings of the Annual Meeting*, 1995, C. 89, s. 179.

⁷⁴ Jonathan I. Charney, "Universal International Law", *The American Journal of International Law*, 1993, C. 87, S. 4, s. 543.; Hiram E. Chodosh, "Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law", *Texas International Law Journal*, 1991, C. 26, s. 87.

⁷⁵ Charney, "Universal International Law", s. 544.

Birçok HDK'nın, bir dizi hükümetler arası kuruluşta sahip olduğu resmi statü- re bağlı olarak elde ettiği katılım hakları sayesinde, uluslararası konferanslardaki karar alma süreçlerine etki ettikleri görülmektedir.⁷⁶ Ancak HDK'ların hükümetler arası kuruluşlara, resmi müzakerelere, konferanslara ve uluslararası anlaşma rejim- lerine katılımı, bu HDK'ların uluslararası karar alma sürecindeki etkisinin yalnızca bir bölümünü yansıtmaktadır. HDK'ların hedeflerini desteklemek için kullandıkları "gayri resmi" stratejiler genellikle daha yoğun ve etkilidir. Hükümetler üzerinde kamuoyu baskısını harekete geçirmenin ve uluslararası norm yapımı için uzman desteği sağlamanın yanı sıra HDK'lar, ulusal hükümet temsilcileriyle ve uluslararası kuruluşlardaki sorumlu karar vericilerle doğrudan ve kişisel diyaloglar kurmakta ve lobicilik faaliyetleri yürütmektedir. Böylece devletlerin uluslararası sistemdeki dav- ranışlarını ve kararlarını dolaylı olarak etkilemeyi amaçlamaktadırlar.⁷⁷

HDK'lar, uluslararası teamül hukukunun norm oluşturma sürecinde aktif katılımcılar olarak tanınmadıkları için, elbette faaliyetleri ve beyanları, Uluslara- rası Adalet Divanı Statüsünün 38(l)(b) maddesi anlamında devlet pratiği ve hukuki görüş olarak kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte, HDK'ların uluslara- rası karar alma süreçlerine resmi katılımları ve devletler ve uluslararası örgütler içindeki gayri resmi faaliyetleri aracılığıyla devletlerin ve uluslararası örgütlerin davranışlarını etkiledikleri çok net bir şekilde görülmektedir. Bu nedenle HDK'ların en azından dolaylı olarak uluslararası teamül hukukunun norm oluş- turma sürecine katıldıkları kabul edilmektedir. Nitekim, özellikle insan hakları ve çevre koruma alanlarında, HDK'lar gibi devlet dışı aktörlerin ve bireylerin uluslararası teamül hukukunun norm oluşturma sürecinde artan önemi bir dizi uluslararası hukukçu tarafından vurgulanmaya başlanmıştır.⁷⁸

1. Uluslararası Norm Yapım Süreçlerine Katılım

HDK'ların BM destekli uluslararası konferanslara, BM İnsan Hakları Konse- yinin çalışmalarına ve ILO gibi uzmanlık kuruluşlarının norm üretim faaliyetleri- ne katılmak suretiyle uluslararası düzeyde insan hakları normlarının yapımına katkı sağladıkları görülmektedir.

⁷⁶ Karsten Nowrot, "Legal Consequences of Globalization", s. 594.

⁷⁷ Ann Marie Clark, "Non-Governmental Organizations and their Influence on International Society", *Journal of International Affairs*, 1995, C. 48, S. 2, s. 507.

⁷⁸ Bkz.: Louis Sohn, "Sources of International Law", *Georgia Journal of International and Com- parative Law*, 1995, C. 25, S. 1-2, s. 399.; Louis Henkin, "Human Rights and State Sovereignty", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 1996, C. 25, S. 1, s. 33.

a. BM Uluslararası Konferansları

BM destekli uluslararası konferanslar; küresel iklim değişikliği, yasadışı silah ticareti veya ırkçılık ve ayrımcılık gibi önemli evrensel konularında toplantılar ve tartışmalar düzenlemek için devletlerin, uluslararası kuruluşların ve HDK'ların bir araya geldiği zirvelerdir. BM destekli uluslararası konferansların amacı: i) önemli konularda uluslararası farkındalığı teşvik etmek; ii) çözümleri formüle etmede uluslararası bir fikir birliğine varmak ve iii) konferans hedeflerine ulaşmak için "sivil toplum" ile bir araya gelmek şeklinde ortaya konulmaktadır.⁷⁹

1945 San Francisco Konferansından bu yana, HDK'lar BM gündemini şekillendirmede ve uluslararası kamuoyunu etkilemede önemli bir rol oynamaya devam etmektedir. HDK'lar bu yolla doğrudan veya dolaylı olarak uluslararası insan hakları ile alakalı kalkınma, barış, beslenme, sağlık, kadın ve çocuk hakları, uluslararası suçlar, ırkçılık ve ırk ayrımcılığı, küresel finans ve insan yerleşimleri de dahil olmak üzere birçok alanda BM'nin ürettiği bir çok norma ciddi katkılarda bulunmuşlardır.⁸⁰

HDK'ların BM Konferanslarına resmi katılımının hukuki temeli Ekonomik ve Sosyal Konseyin 1996/31 sayılı kararıdır. Karara göre Danışmanlık statüsüne sahip HDK'lar Genel Sekreterliğe bildirimde bulunmak suretiyle, Danışmanlık statüsüne sahip olmayan HDK'lar ise geçici akreditasyon kararı ile BM Konferanslarının hazırlık komitesinin çalışmalarına ve Konferansın ve alt çalışma gruplarının oturumlarına katılma hakkına sahip olabilir. Konferansa akredite HDK'lar kendi faaliyet alanlarıyla ilgili konularda konferans oturumlarında söz alabilir, yorum yapabilir, sunulan tasarlara itiraz edebilir veya kendi taslaklarını sunabilir. Konferanslara akredite HDK'lar konferans konusuyla ilgili rapor sunabilirler. Bu raporlar BM İçtüzüğü hükümlerine göre Genel Sekreterlik tarafından yayınlanarak resmi belge niteliği kazanmaktadır.⁸¹

⁷⁹ Michael Schechter, "United Nations-Sponsored World Conferences in 1990s", *United Nations-Sponsored World Conferences: Focus on Impact and Follow-Up*, Ed.: Michael Schechter, United Nations University Press, New York, 2001, s. 5.

⁸⁰ George Edwards, "Assessing the Effectiveness of Human Rights Non-Governmental Organizations (NGOs) From the Birth of the United Nations to the 21st Century: Ten Attributes of Highly Successful Human Rights NGOs", *Michigan State International Law Review*, 2010, C. 18, S. 2, s. 184; Wiseberg, "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Protection and Enforcement of Human Rights", s. 360.

⁸¹ Hartwick, "Non-Governmental Organizations at United Nations-Sponsored World Conferences: A Framework for Participation Reform", s. 226.; Ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin Uluslararası Af Örgütü tarafından sunulan ve BM tarafından resmi olarak yayınlanan bir rapor örneği için bkz. Amnesty International, "Statement on Abolition of Death Penalty", 23.06.1995, <https://digitallibrary.un.org/record/183859>, (21.12.2022).

Konferans sırasında konferansa katılan HDK'ların özel HDK oturumları yaptıkları ve konferans konusuna ilişkin belgeler ve kararlar ürettikleri görülmektedir. Konferans sırasında HDK'lar tarafından alınan kararlar, ilgili konferansın değerlendirilmesine ilişkin BM Genel Kurulu özel oturumlarında, konferansta alınan diğer kararlarla birlikte değerlendirilir. Genel Kurulunun kabul etmesi halinde HDK kararları, konferansta devletler tarafından alınan kararlarla birlikte BM Genel Kurul kararı olarak yayınlanarak resmi belge niteliği kazanır.⁸² HDK'ların BM uluslararası konferansları aracılığıyla katkıda bulunduğu insan hakları norm üretim çalışmalarından bazılarında Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, İnsan Hakları Savunucularının Hak ve Yükümlülükleri Deklarasyonu ve Her Türlü Ayrımcılığın Yasaklanmasına Dair Sözleşme çalışmaları örnek gösterilebilir.⁸³

b. İnsan Hakları Konseyi Norm Oluşturma Faaliyetleri

İnsan Hakları Konseyi, İnsan Hakları Komisyonu döneminde ve günümüzde, insan hakları alanındaki sözleşmelerin hazırlanmasında öncü rol oynamaktadır. Uluslararası Haklar Sözleşmeleri, Çocuk Hakları Sözleşmeleri, İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi ve Protokolleri Komisyon tarafından hazırlanan insan hakları sözleşmelerden bazılarıdır.⁸⁴ Konseyin günümüzde, daha çok üçüncü nesil grup hakları konusunda norm oluşturma faaliyetleri yürüttüğü görülmektedir.⁸⁵

İnsan Hakları Komisyonu döneminde, BM'nin hiyerarşik yapısı içerisinde Ekonomik ve Sosyal Konseyin altında yer alan Komisyon, HDK'larla ilişkisini Ekonomik ve Sosyal Konseyin 1996/31 sayılı kararı doğrultusunda yürütmekteydi. Bu bağlamda Danışmanlık statüsüne sahip HDK'lar Komisyonun gizli olmayan oturumlarına katılabilmekte ve norm üretim sürecindeki çalışmalarda Danışmanlık statüsünün verdiği katılım haklarının tamamını kullanabilmektey-

⁸² Hartwick, "Non-Governmental Organizations at United Nations-Sponsored World Conferences: A Framework for Participation Reform", s. 230.

⁸³ Wiseberg, "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Protection and Enforcement of Human Rights", s. 351.; Hartwick, "Non-Governmental Organizations at United Nations-Sponsored World Conferences: A Framework for Participation Reform", s. 231-234.

⁸⁴ Miko Lempinen, **Consultative Relationship between the United Nations and Non-Governmental Organizations**, Institute for Human Rights, Turku, 1999, s. 30.; Schwitler Maršiaj, *The Role of International NGOs*, s. 59.

⁸⁵ Rosa Freedman, "The Human Rights Council", *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Ed.: Frédéric Mégret, Philip Alston, 2. bs., Oxford University Press, Oxford, 2020, s. 215.

di.⁸⁶ Buna mukabil, 2006 yılında İnsan Hakları Komisyonunun yerini alan İnsan Hakları Konseyi, BM hiyerarşisinde Genel Kurulun altında konumlandırmıştır. Bu sebeple 1996/31 sayılı Karar'daki hükümlerin HDK'ların İnsan Hakları Konseyi çalışmalarına katılımı için de geçerli olup olmayacağı tartışma konusu olmuştur. İnsan Hakları Konseyi, 2007 tarihli İçtüzüğü'nün 3'üncü maddesinde faaliyetlerine HDK katılımının 1996/31 sayılı Karar hükümlerince yürütülmesini öngörmüştür.⁸⁷ Böylece Danışmanlık statüsündeki HDK'ların Konsey faaliyetlerine katılım imkanı Komisyon döneminde olduğu gibi devam etmiştir. Ayrıca Konsey döneminde, danışmanlık statüsüne sahip olmayan HDK'lara da geçici akreditasyon ile Konsey çalışmalarına katılımı imkanı tanınmıştır.

HDK'ların İnsan Hakları Komisyonu/Konseyi bünyesinde norm yapım süreçlerine katkısı genellikle İnsan Hakları Komisyonu Çalışma Grubu faaliyetlerine gösterdikleri katılımlar neticesinde meydana gelmektedir. Bu kapsamda HDK'lar özellikle Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşme ve Engelli Bireylerin Haklarına Dair Sözleşme'nin ve İnsan Hakları Savunucularının Hak ve Sorumluluklarına İlişkin Deklarasyonun hayata geçirilmesinde ciddi katkılarda bulunmuşlardır.⁸⁸

İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşme'nin⁸⁹ hazırlanmasında başta uluslararası Af Örgütü olmak üzere HDK'ların büyük katkılarına olduğu görülmektedir. Uluslararası Af Örgütü'nün 1970'lerin başında işkencenin önlenmesine yönelik başlattığı kampanyalarının sonucunda, 1973 yılında meseleyi ele alan BM Genel Kurulu, İnsan Hakları Komisyonuna işkencenin önlenmesine ilişkin bağlayıcı bir sözleşme taslağı hazırlama görevi tevdi etmiştir. HDK'ların aktif girişimleri ile şekillenen İsveç'in sunduğu resmi taslak metin üzerinde, yine HDK'ların önerdiği bazı değişiklikler yapılmıştır. Uluslararası Af Örgütü'nün yaptığı lobi çalışmaları sonucunda, konuyla ilgili çekinceleri olan Avrupa devletleri sözleşmeyi imzalamaya ikna edilmiştir. 1984 yılında Genel Kurul tarafından kabul edilen taslakta sözleşmenin uygulanmasına ilişkin etkin bir mekanizma kurulmadığı gerekçesiyle Uluslararası Af Örgütü taslağı reddetmiştir. Bunun

⁸⁶ Schwitter Marsiaj, *The Role of International NGOs*, s. 60.

⁸⁷ UN Human Rights Council, "A/HRC/RES/5/1 Institution-Building of the United Nations Human Rights Council", 18.06.2007, <https://digitallibrary.un.org/record/603041>, (18.05.2022), §3(m).

⁸⁸ Schwitter Marsiaj, *The Role of International NGOs*, s. 61-63.

⁸⁹ İşkencenin Önlenmesine Dair Sözleşme 10 Aralık 1984 tarihinde kabul edilmiş, 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

üzerine, Uluslararası Af Örgütü'nün 2000 yılında 190 ülkede yaşanan 75 işkence usulünü ortaya koyan bir kampanya başlatmasının ardından, denetim mekanizmasına ilişkin eksiklik, 2002 yılında kabul edilen EK Protokolle giderilmiştir.⁹⁰

1989 tarihinde kabul edilen BM Çocuk Hakları Sözleşmesi⁹¹ ve Ek Protokolleri⁹², İnsan Hakları Komisyonu/Konseysi tarafından yürütülen insan hakları norm üretim süreçlerine HDK etkisinin güzel bir örneği olarak kabul edilmektedir.⁹³ Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokolleri, genellikle, en kuvvetli HDK katılımı öngören insan hakları araçları arasında gösterilmektedir.⁹⁴

HDK'lar sözleşme müzakerelerinden çok önce, çocuk haklarına ilişkin düzenleme yapılması gerekliliğine ilişkin müzakerelerin başladığı 1947 yılından itibaren,⁹⁵ çocuk haklarına ilişkin uluslararası düzeyde norm oluşturulması sürecinin tamamına resmi danışmanlık statüsü kapsamında dahil olmuşlardır.⁹⁶ 1978 yılında Polonya Hükümeti'nin BM'ye çocuk hakları sözleşmesine ilişkin bir taslak sunmasıyla 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi'nin kabul edilmesine ilişkin resmi süreç başlamıştır.⁹⁷ 1978 tarihinden itibaren HDK'lara

⁹⁰ Başlar, Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar, s. 100-101.

⁹¹ Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi 20 Ocak 1989 tarihinde kabul edilmiş, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹² Çocukların Silahlı Çatışmalara Katılmasına Dair Ek Protokol (A/RES/54/263) 25 Mayıs 2000 tarihinde kabul edilmiş, 12 Şubat 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.; İletişim Prosedürlerine İlişkin Ek Protokol (A/RES/66/138) 19 Aralık 2011 tarihinde kabul edilmiş, 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹³ Claire Breen, "The Role of NGOs in the Formulation of and Compliance with the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on Involvement of Children in Armed Conflict", *Human Rights Quarterly*, 2003, C. 25, S. 2, s. 454; Giorgi, "The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making", s. 163-164.

⁹⁴ Gamze Erdem Türkelli, Wouter Vandenhoele, "The Convention on the Rights of the Child: Repertoires of NGO Participation", *Human Rights Law Review*, 2012, C. 12, S. 1, s. 34.; 2006 tarihli Engelli Haklarına Dair BM Sözleşmesi'nin HDK katılımı noktasında daha yoğun bir iş birliği öngördüğü söylenebilir.

⁹⁵ Çocuk haklarına ilişkin BM düzeyinde ilk görüşmelerin 1947 yılında başladığı kabul edilmektedir. Bkz.: UN High Commissioner for Human Rights, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Volume I*, United Nations, Geneva, 2007, s. 4.

⁹⁶ Erdem Türkelli, Vandenhoele, "The Convention on the Rights of the Child", s. 36-37.

⁹⁷ UN High Commissioner for Human Rights, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Volume I*, s. 31; 1978 yılında HDK'lar çocuk haklarına ilişkin devam eden bilimsel araştırmaların sonuçlanmadığı gerekçesiyle müzakerelerin ertelenmesi için çalışmış ancak muvaffak olamamışlardır. Bununla birlikte devam eden süreç içerisinde bilimsel çalışmaların sonuçları HDK'lar tarafından müzakerelerde kullanılmıştır. Bkz.: Erdem Türkelli, Vandenhoele, "The Convention on the Rights of the Child", s. 23-30.

danışmanlık statüsünün ötesinde taslak metinler üzerindeki tartışmalara resmi katılım hakkı verilmiş ve HDK'lar, taslak Sözleşmeye ilişkin öneri, gözlem ve itirazlarını sunma konusunda resmi olarak yetkilendirilmiştir.⁹⁸

HDK'ların Sözleşme taslağı üzerindeki çalışmalara katılımlarının çerçevesi, özel bir Geçici (*Ad Hoc*) HDK Grubunun oluşturulması şeklinde belirlenmiştir. 1983 yılından itibaren düzenli olarak yılda iki defa toplanan HDK Çalışma Grubu, Sözleşme hazırlama sürecinde düzenli raporlar üretmiştir ve bu raporlar daha sonra Açık Uçlu Çalışma Grubuna dönüştürülecek olan BM İnsan Hakları Komisyonu Çalışma Grubu üyelerine sunulmuştur. Bu raporların taslak üzerinde önemli bir etkisi olduğu görülmektedir.⁹⁹ HDK raporların ilgili kısımları her bir maddenin altında yer alan gerekçe kısmına hükümet teklifleriyle birlikte dahil edilmiştir.¹⁰⁰

HDK'ların Sözleşme taslağı üzerindeki güçlü etkisi "gündem/politika belirleme" ve "norm belirleme" şeklinde kendi içerisinde iki ana temele ayrılarak incelenmektedir.¹⁰¹ Gündem belirleme temelinde Sözleşme taslağına HDK etkisinin oldukça esaslı olduğu görülmektedir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisine göre HDK Geçici Grubu tarafından yapılan en az 13 teklife Sözleşme'nin nihai metninde, tüm bir madde olarak veya madde içerisinde bölümler şeklinde yer verilmiştir.¹⁰² Çocukları cinsel ve diğer sömürü biçimlerine, insan ticaretine ve işkenceye karşı koruyan hükümlerde cinsiyet eşitliğini yansıtan bir dilin kullanılması ve bu tür durumların mağdurlarına iyileşme ve entegrasyon hizmetlerinin sağlanması gibi konularda HDK'ların kaygıları sonuç belgesinde yerini almıştır. Bu şekilde HDK'lar, Sözleşme müzakereleri sırasında hem içerik hem de politika belirleme konularında süreci etkileyebilmişlerdir.¹⁰³

⁹⁸ Giorgi, "The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making", s. 165.

⁹⁹ Erdem Türkelli, Vandenhoe, "The Convention on the Rights of the Child", s. 39; Wiseberg, "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Protection and Enforcement of Human Rights", s. 361.

¹⁰⁰ Giorgi, "The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making", s. 165.

¹⁰¹ Erdem Türkelli, Vandenhoe, "The Convention on the Rights of the Child", s. 62; Giorgi, "The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making", s. 166.

¹⁰² UN High Commissioner for Human Rights, **Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Volume II**, United Nations, Geneva, 2007, s. 936.

¹⁰³ Giorgi, "The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making", s. 166.

“Norm belirleme” temelinde, çocuk adalet (*juvenile justice*) sistemini kuran Sözleşme’nin adil yargılamaya ilişkin 37’nci ve 40’inci maddelerinin detaylandırılmasında HDK’lar öncü rol oynadıkları kabul edilmektedir.¹⁰⁴ Böylece, 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi çocuklar için de uygulanabilir hale gelmiştir. HDK’ların norm belirleme konusundaki çabaların, bu bağlamda, genel olarak insan hakları hukukunun daha tutarlı ve evrensel bir koruma sağlanmasına hizmet ettiği kabul edilmektedir.¹⁰⁵

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin hazırlandığı dönemin siyasi konjonktürü dikkate alındığında, HDK’ların Sözleşme’nin hayata geçirilmesine katkılarının taslak teklifleri sunmanın ve sözleşme içeriğine yön vermenin ötesine geçtiği görülecektir. Sözleşmenin hazırlık dönemi, Soğuk Savaşın son yılları olmasına rağmen doğu-batı kampaşmasının devam ettiği bir dönemdi. Müzakereler genellikle iki ana karşıt kampı temsil eden devletlerden gelen taslak metinler üzerinden hararetli tartışmalara sahne olmuştur. Bu sebeple o dönemde HDK’lar tarafından gelen teklifler, iki zıt kutbun çekişmesi sebebiyle durma noktasına gelen süreç için, apolitik ve tarafsız bir uzlaşma noktası anlamına gelmektedir.¹⁰⁶ Sonuç olarak, HDK’ların sözleşme müzakerelerindeki tarafsız görülen pozisyonunun, insan haklarının, özellikle de çocuk haklarının korunmasını yeni bir uluslararası düzeye getiren hukuk belgesinin ortaya çıkmasını sağladığı söylenebilir.¹⁰⁷

2. Bölgesel Norm Yapım Süreçlerine Katılım

HDK’ların uluslararası seviyede norm üretim çalışmalarına katılımlarının yanı sıra, Avrupa Konseyi, İnter-Amerikan İnsan Hakları Sistemi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sistemleri içerisinde bölgesel düzeyde norm üretim süreçlerine katıldıkları görülmektedir.

a. Avrupa Konseyi

HDK’ların Avrupa Konseyinin çalışmalarına katkıları norm üretimi açısından dikkate değerdir. HDK’ların Avrupa Konseyi bünyesinde yürütülen yeni insan hakları normları üretim süreçlerine sürekli olarak katkılarda buldukları görülmektedir.¹⁰⁸

¹⁰⁴ UN High Commissioner for Human Rights, *Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Volume II*, s. 472.

¹⁰⁵ Erdem Türkelli, Vandenhoe, “The Convention on the Rights of the Child”, s. 63.

¹⁰⁶ Cynthia Price Cohen, “The Role of the United States in the Drafting of the Convention on the Rights of the Child”, *Emory International Law Review*, 2006, C. 20, s. 192-193.

¹⁰⁷ Giorgi, “The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making”, s. 167.

¹⁰⁸ Olz, “Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems”, s. 342-343.

Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi'nin kabul ediliş süreci, yeni bir normun kabul edilmesinde karşılaşılan karmaşık usuli aşamalarda HDK'ların gördüğü vazifelere ilişkin yerinde bir örnektir. İlk olarak Uluslararası Af Örgütü gibi HDK'ların çalışmaları neticesinde Avrupa'da işkencenin yasaklanmasına ilişkin bir sözleşmenin yapılmasına duyulan ihtiyaç hissedilmiştir. Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve İsviçre İşkenceye Karşı Komite gibi HDK'lar tarafından bir taslak hazırlanmıştır. Bu taslak Avrupa Konseyi Hukuk İşleri Komitesi tarafından hazırlanan bir raporda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisine sunulmuştur. Bu raporla birlikte sözleşme taslağı Parlamenterler Meclisi tarafından kabul edilmiş ve Bakanlar Komitesine, Hukuk İşleri Komitesinin raporundaki taslak üzerinden işkencenin önlenmesine ilişkin bir sözleşme kabul etmesi tavsiye edilmiştir. Bakanlar Komitesi, İnsan Hakları İcra Komitesinden ilgili tavsiye kararını incelemesini istemiştir. İcra Komitesi konuyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Hakların Genişletilmesi Uzmanlık Komitesine havale etmiştir.¹⁰⁹ Uzmanlık Komitesi, Avrupa Komisyonu ve AİHM'in görüşlerini aldıktan sonra İsviçre İşkenceye Karşı Komite, Uluslararası Hukukçular Komisyonu ve Uluslararası Kızılhaç Örgütü gibi HDK'ların temsilcileri ile bir dizi toplantı gerçekleştirmiştir. Bu görüşmeler neticesinde son hali verilen taslak Sözleşme, Bakanlar Komitesine sunulmuş ve 1986 yılında Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.¹¹⁰

Avrupa Konseyinin, uluslararası norm yapım süreçlerinde HDK katılımına imkan sağladığı gibi, ulusal düzeyde bu normların uygulanmasına ilişkin düzenlemelere HDK katılımının sağlanmasına yönelik adımlar attığı görülmektedir. Bu doğrultuda 2009 yılında Bakanlar Komitesi, Karar Alma Süreçlerine Sivil Toplum Katılımına Dair İyi Uygulama Yasası Deklarasyonu'nu kabul etmiştir. Deklarasyonda HDK'ların faaliyetleri için elverişli ve kolaylaştırıcı bir yasal çerçeve oluşturulması ve sivil toplum ve hükümetler arasında hem merkezi hem de yerel düzeyde diyalog, dayanışma ve işbirliği içinde sürdürülebilir karar alma mekanizmaları geliştirilmesi öngörülmektedir.¹¹¹

¹⁰⁹ Antonio Cassese, "A New Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture", *American Journal of International Law*, 1989, C. 83, S. 1, s. 130-133.

¹¹⁰ Olz, "Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems", s. 343.

¹¹¹ Committee of Ministers, "Declaration on the Code of Good Practice for Civil Participation in the Decision-Making Process", 21.10.2009.

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d0482, (26.10.2022).

Avrupa Konseyi Siyasi İşler Başkanlığı Dış İşler Biriminin Raporuna göre Avrupa Konseyi bünyesindeki üç kurum devlet temsilcileri ve HDK temsilcilerinin ortak katılımı ile “eş yönetim” (*co-management*) sistemiyle yönetilmektedir. Avrupa Gençlik Merkezi ve Avrupa Gençlik Vakfı bünyesinde HDK’lar karar alma mekanizmalarında ortak olarak etkin rol oynamaktadır. Lizbon Kuzey-Güney Merkezi; hükümet temsilcileri, parlamento üyeleri, yerel ve bölgesel yönetim yetkililerinin temsilcileri ve sivil toplum temsilcileri tarafından oluşturulan “dörtlü diyalog” (*quadrilogue*) sistemi ile yönetilmektedir.¹¹²

b. İnter-Amerikan İnsan Hakları Sistemi

İnsan hakları HDK’ları, insan hakları mücadelesinin uluslararası boyutta normatifleşmesine katkıda bulunarak, İnter-Amerikan sistemi içerisinde canlı bir insan hakları koruma alanı oluşturulmasına yardımcı olmuşlardır. İnter-Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin yürürlüğe girmesine ve Mahkeme’nin dava kabulüne başlamasıyla birlikte sosyal problemlerin insan hakları ile çerçeveleme ve bunları yasal kurumlar aracılığıyla yönetmeye yönelik eğilim somut bir hal almıştır. HDK’lar bölge devletleri üzerinde bağlayıcı bir insan hakları sözleşmesinin kabul edilmesi ve bunu yorumlamak ve uygulamaktan sorumlu bir yapı organının kurulması sürecinde kritik rol oynamışlardır.¹¹³

İnsan hakları HDK’ların insan hakları mücadelesinin normlaşmasına ilk katısı, Sözleşme öncesi devlet eylemlerini kınamak ve sorumluluklarını hatırlatmak için evrensel insan hakları normlarına başvurmaları eylemidir. Üye devletlerin İnter-Amerikan sistemini, organlarını ve bunların altında yatan sözleşme temelini hazırlarken, uluslararası ilkeleri insan hakları terimleriyle desteklemenin yaygın bir uygulama olmadığı dikkate alındığında, HDK’ların bu davranışları başlı başına bir yenilik niteliği arz etmektedir. Zira bölgedeki 19’uncu yüzyıl liberal anayasalarında ilk kez ortaya çıkan haklar ilk başlarda retorik gelişmeler olarak görülmüştür. Dolayısıyla, temel hak ve özgürlükler dilini rutin olarak kullanacak ve uygulayacak istikrarlı bir hukukçu dünyası hemen oluşmamıştır.¹¹⁴

¹¹² Council of Europe, Relations Between the Council of Europe and Non-Governmental Organizations, içerisinde: Olz, “Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems”, s. 344.

¹¹³ Ximena Soley, “The Crucial Role of Human Rights NGOs in the Inter-American System”, *American Journal of International Law*, 2019, C. 113, s. 357.

¹¹⁴ Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford University Press, New York, 2013, s. 144-145; Soley, “The Crucial Role of Human Rights NGOs in the Inter-American System”, s. 357.

İnsan hakları HDK'ların, insan hakları davalarında oynadığı etkin rolün, yeni insan hakları normlarının oluşmasına da katkı sağladığı görülmektedir. Amaçlarına ulaşmak için yargı mekanizmalarını kullanan HDK'ların sayısı arttıkça, yargı organlarının hukuk oluşturma süreçleri de yoğunlaşmıştır. Kritik insan hakları meseleleriyle ilgili stratejik davalar açmak insan hakları HDK'ları tarafından uygulanan en yoğun stratejilerden biridir. HDK'lar emsal oluşturacak, bir yasal hüküm içeriğini ve kapsamını netleştirecek veya bir sorunu daha görünür kılmak için çok sayıda insanı etkileyecek konulara ilişkin sembolik davalar açmakta veya bu açılan davalara destek vermektedir. Ağır insan hakları ihlallerinin durdurulması, yerli halkın atalarının topraklarındaki faaliyetlerde söz hakkına sahip olması gibi Amerika bölgesine ilişkin bir çok norm bu konularda açılan dava süreçlerinde hakimler tarafından oluşturulmuştur.¹¹⁵

c. Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sistemi

Banjul Şartı olarak bilinen Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesinin taslağının hazırlanmasında ve kabul edilmesinde Cenevre merkezli bir HDK olan Uluslararası Hukukçular Komisyonunun kurucu bir rolü vardır.¹¹⁶ Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Logos'ta düzenlediği ve Afrika ülkelerinden 194 katılımcıyı bir araya getirdiği uluslararası konferansta Afrika hükümetlerini bir Afrika insan hakları sözleşmesi yapılması ve bu sözleşmeye bağlı bir mahkeme kurulması ihtimali üzerine çalışmaya davet etmiştir. Komisyon, ayrıca, konferanstan sonra Afrika insan hakları sözleşmesinin hazırlanmasına ilişkin çalışmaları başlatmıştır.¹¹⁷

1977 yılında Uluslararası Hukukçular Komisyonu Dakar'a bir müzakere toplantısı düzenlemiştir. Bu toplantıda oluşturulan raporlar, daha sonra BM tarafından Kahire ve Monrovia Zirvelerinde Afrika'da bir insan hakları sözleşmesi yapılması gündemiyle tartışılmış ve geniş bir çevreye yayılmıştır. Komisyon 1978 yılında hukukçularla yeni bir toplantı düzenlemiştir. Komisyon tarafından

¹¹⁵ Felipe González, "The Experience of the Inter-American Human Rights System", *Victoria University of Wellington Law Review*, 2009, C. 40, S. 1, s. 103; James Cavallaro, Stephanie Brewer, "The Virtue of Following: The Role of Inter-American Litigation in Campaigns for Social Justice", *SUR International Journal on Human Rights*, 2008, C. 8, s. 88.

¹¹⁶ Tolley, süreçteki etkin rolünü izah etmek için, Uluslararası Hukukçular Komisyona "Sözleşme'yi doğuran ebe (*midwife*)" yakıştırmaları yapmaktadır. Bkz.: Howard B. Tolley Jr., *The International Commission of Jurists: Global Advocates for Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, s. 178-181.

¹¹⁷ Shadrack Gutto, "ICJ Workshops on NGO Participation in the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1991 to 1996: Critical Evaluation", Geneva, International Commission of Jurists, 01.10.1996, s. 21-24.

dönüm noktası olarak nitelendirilen bu toplantıda, toplantıya katılan HDK'lar toplantıdaki on Afrika devlet başkanına, Afrika insan hakları sözleşmesi projesini desteklemeleri için lobi yapmıştır. Toplantıda Senegal devlet başkanı, Afrika Birliği Örgütü üyelerine, Afrikalı uzmanları bir sözleşme taslağı hazırlamak üzere bir araya getirme çağrısı yapma konusunda ikna edilmiştir.¹¹⁸

Bir araya gelen uzmanlar, Uluslararası Hukukçular Komisyonunun Afrikalı üyelerinin güçlü etkisiyle şekillenen Sözleşme taslağını 1981 yılında bitirmişlerdir. Sözleşme taslağı 1981 tarihli Afrika Birliği Organizasyonu Zirvesinde kabul edilmiştir.¹¹⁹ Ayrıca Uluslararası Hukukçular Komisyonu Haziran 1987 tarihinde Banjul Şartı'nın uygulanmasına yönelik prosedürler üzerine çalışmak amacıyla on bir hukukçudan oluşan bir çalışma grubu kurmuştur. Bu hukukçulardan altısı daha sonra Afrika Komisyonu üyesi seçilmiştir. Uluslararası Hukukçular Komisyonu tarafından uygulama prosedürlerine ilişkin yapılan tavsiyelerin ikisi hariç tamamı Afrika İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu İçtüzüğü olarak kabul edilmiştir.¹²⁰

A. İnsan Hakları Normlarının Kabul Edilmesi ve Yayılmasına Katkı

HDK'ların var olan uluslararası insan hakları normlarının yaygınlığının artırılması konusunda etkin çaba gösterdikleri görülmektedir. HDK'lar bu konuda, devletlerin insan hakları normlarını kabul etmeleri ve imzalamaları yönünde lobi çalışmaları yapmak ve toplumları insan hakları normlarına ilişkin bilinçlendirmek için eğitici faaliyetler yürütmek şeklinde iki yönden ilerlemektedirler.

1. İnsan Hakları Normlarının Siyasi Yaygınlığının Artırılmasına Katkı

Devletlerin genellikle ulusal çıkarlara aykırı düşmeyen konularda yükümlülük altına girmek istedikleri görüldüğünden, uluslararası topluluğun ortak çıkarlarını ilgilendiren konularda, hükümetlerin antlaşmalara taraf olması yönünde ikna edilmeleri gerekmektedir. Ayrıca, rıza-temelli egemenlik anlayışına dayanan bir uluslararası hukuk sisteminde antlaşma hükümlerinin uygulanması da devletlerin iradelerine bağlı olduğundan, devletlerin iradelerinin uluslararası topluluğun yararına olacak şekilde yönlendirilmesi gerekmektedir.¹²¹

¹¹⁸ Claude E. Welch Jr, *Protecting Human Rights in Africa: Roles and Strategies of Nongovernmental Organizations*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001, s. 165.

¹¹⁹ Gutto, "ICJ Workshops on NGO Participation in the African Commission on Human and Peoples' Rights", s. 26-27.

¹²⁰ Jr, *Protecting Human Rights in Africa*, s. 166.

¹²¹ Başlar, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar*, s. 89.

HDK'lar uluslararası kamu oyunu ve genel siyaseti etkileyecek şekilde lobi faaliyetlerinde bulunarak, insan hakları ihalelerini ortaya koymak ve kamuoyunun dikkatini çekmek için faaliyet göstermenin yanı sıra, insan hakları normlarının yaygınlaştırılması için gayret göstermektedirler.¹²² Bu maksatla HDK'lar; devlet başkanlarının, hükümetlerin kilit karar alıcılarının ve genel sekreterler gibi HDK'ların önemli çalışanlarının kararlarını, maksatları yönünde değiştirmek veya kuvvetlendirmek için çaba harcamaktadırlar.¹²³ HDK'ların Hükümetler arası kuruluşlar nezdinde aldıkları resmi statüler ve akreditasyonlar HDK'ların lobi faaliyetlerinde onlara büyük avantaj sağlamaktadır. Öncelikle akreditasyon işlemi sayesinde HDK'lar hükümetlerin karar alıcı mercileriyle ve hükümetler arası kuruluşların üst düzey yöneticileriyle resmi temaslara girme imkanı sağlamaktadır. Ayrıca akreditasyon işlemi, HDK'ların bir takım uluslararası standartları karşıladığı ve kurumsal yapı ve temsil kabiliyeti açısından belli bir seviyeye sahip olduğu anlamına geldiği için, devletler nazarında muhatap alınabilirlik noktasında HDK'lara psikolojik bir avantaj sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle devletler akreditasyon sahibi HDK'ların uluslararası sistemlere dair bildirdikleri görüşleri diğerlerine nazaran daha fazla dikkate almaktadır.¹²⁴

Örneğin Afrika İnsan Halkların Hakları Sözleşmesinin hazırlanmasında öncü rol oynayan Uluslararası Hukukçular Komisyonu sözleşmenin Afrika Birliği Organizasyonu tarafından kabul edilmesinden sonra Afrika ülkeleri tarafından imzalanması konusunda da aktif rol oynamıştır. Komisyon 1981 yılında, Afrika'da Ekonomik ve Sosyal Araştırmaları Geliştirme Konseyi, Afrika Hukukçular Birliği ve Afrika Barolar Birliği gibi Afrika merkezli HDK'larla işbirliği içerisinde kıta çapında bir kampanya başlatmıştır.¹²⁵ 1981-1984 yılları arasında devam eden kampanya sürecinde sözleşmeyi imzalamayan Afrika hükümetleri sözleşmeyi imzalamaya ikna edilerek sözleşmenin yürürlüğe girmesi için gerekli sayıda onayın karşılanması sağlanmıştır.¹²⁶ Kampanya kapsamında HDK'lar tarafından 1983-1985 yılında düzenlenen seminerlerde sözleşmeyi henüz onaylama-

¹²² Thomas Weiss, Leon Gordenker, "Pluralising Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions", *Ngos, the Un, and Global Governance*, Ed.: Thomas Weiss, Leon Gordenker, Lynne Rienner, Boulder, 1996, s. 39.

¹²³ Goel, Tripathi, "The Role of NGOs in the Enforcement of Human Rights", s. 786.

¹²⁴ Schwitter Marsiaj, *The Role of International NGOs in the Global Governance of Human Rights*, s. 23.

¹²⁵ Jr, *Protecting Human Rights in Africa*, s. 179.

¹²⁶ Lindblom, *Non-Governmental Organisations in International Law*, s. 443.

miş ülkelerin önde gelen hukukçuları ve hükümetlerin karar vericilerini etkileyebilecek kişi ve kurum temsilcileri bir araya getirilmiştir. Bu çalışmalar neticesinde Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesinin yürürlüğe girmesi için gerekli devlet onayının alınması sağlanmıştır.¹²⁷

2. İnsan Hakları Normlarının Sosyal Yaygınlığının Artırılmasına Katkı

HDK'lar, eğitim faaliyetleri yoluyla geniş kitleleri veya özel hedef kitleleri hükümetlerin uluslararası kuruluşlarda yürüttükleri politikalar hakkında görüşlerini seslendirmeleri yönünde ikna etmeye çalışmaktadır.¹²⁸

HDK'ların eğitim stratejileri ve programlar kapsamı hedef kitlenin içeriğine ve niteliğine göre değişiklik göstermektedir. Örneğin geniş halk kitlelerine ulaşmak için HDK'lar bilgi bültenleri, dergiler, broşürler gibi araçları ve reklam veya kamusal kampanyalar gibi unsurları kullanmaktadırlar. Konferans, sempozyum gibi kitle eğitim programları genellikle genel kitle içerisinde kadınlar, azınlıklar veya yerel halklar gibi özel bir gruba hitap etmek için kullanılmaktadır.¹²⁹

HDK'ların ayrıca akademik dünya ile birlikte çalışmanın önemini farkında oldukları görülmektedir. Akademik çalışmalar yoluyla HDK'lar çalışma alanlarıyla ilgili bilimsel çalışmaların ortaya çıkmasına katkı sağladıkları gibi, eğitim materyalleri olarak kullanmak için öğretici araçların ve eğitimciler için seminer programlarının üretilmesini sağlamaktadır.¹³⁰ Diğer bir taraftan akademik çalışmaların içerisinde yer almak, HDK'ların insan haklarına ilişkin konularda uzmanlık kazanmalarını ve bu yolla insan hakları normlarının üretim aşamalarına uzmanlık katkısı sunmalarını sağlamaktadır. Bizzat akademisyenlerden özellikle hukukçulardan oluşan insan hakları enstitüleri şeklinde örgütlenmiş HDK'lar, insan hakları normlarının üretilmesi ve insan haklarının korunması konusunda hükümetler arası kuruluşlar bünyesinde etkin faaliyet yürütmektedir.¹³¹

¹²⁷ Gutto, "ICJ Workshops on NGO Participation in the African Commission on Human and Peoples' Rights", s. 26-27; Jr, Protecting Human Rights in Africa, s. 166.

¹²⁸ Weiss, Gordenker, "Pluralising Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions", s. 38.

¹²⁹ Henry J. Steiner, *Diverse Partners: Non-Governmental Organizations in the Human Rights Movement*, Harvard Law School Human Rights Program, Cambridge, 1991, s. 46.; Shestack, "Sisyphus Endures", s. 99-100.

¹³⁰ Schwitter Marsiaj, The Role of International NGOs in the Global Governance of Human Rights, s. 22.

¹³¹ Edwards, "Assessing the Effectiveness of Human Rights Non-Governmental Organizations" s. 227.

HDK'ların eğitim alanındaki faaliyetleri uluslararası insan hakları normlarının toplum tarafından anlaşılmasını ve desteklenmesini amaçlamaktadır. Bu sayede uluslararası insan hakları standartlarının ulusal düzeyde uygulanmasına katkı sağlamaktadır.¹³² Bu bağlamda uluslararası HDK'lar ulusal HDK'ların eğitilmesi ve tabanlarını eğitmesi konusunda eğitim programları organize etmektedir. Özellikle Avrupa Konseyi hinterlandında uluslararası HDK'ların Konseye yeni üye olan ülkelerin ulusal HDK'larını konferanslar, çalışma kampları, seminerler aracılığıyla eğitmekte olduğu görülmektedir.¹³³

1990'lı yılların ortalarından itibaren iletişim teknolojindeki gelişmelerle ve internetin yaygınlaşmasıyla birlikte, HDK'ların eğitim faaliyetleri başka bir boyut kazanmıştır. Bir çok HDK günümüzde kendi internet sayfaları aracılığıyla hazırladıkları raporları, eğitici materyalleri ve faaliyetleriyle ilgili son gelişmeleri dünya çapında yayma kabiliyeti kazanmışlardır. Bu yolla bazı ülkelerdeki sansür uygulaması sebebiyle önceden insan haklarına ilişkin bilgileri ulaştıramadıkları geniş halk kitlelerine ulaşma imkanına sahip olmuşlardır.¹³⁴

SONUÇ

Uluslararası HDK'lar, Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulmasından Çocuk Haklarına Dair BM Sözleşmesi gibi birçok sözleşmenin hazırlanmasına, uluslararası insan hakları hukukunun oluşması ve uygulanmasında öncü rol oynamaktadırlar. Resmi akreditasyon statüleri ve yerleşik kurum uygulamaları sayesinde hükümetler arası kuruluşlarına erişim sağlama imkanı elde eden HDK'ların, özellikle insan haklarının korunması alanında çok aktif çalıştıkları görülmektedir. Bu kapsamda HDK'lar, küresel ve bölgesel ölçekte insan hakları normlarının oluşması ve korunmasında aktif faaliyet yürütmektedirler.

Uluslararası insan hakları normlarının oluşmasında HDK'lar, gündem oluşturmak, uluslararası karar alma mekanizmalarına üye olmak, norm yapım süreçlerine katılmak ve normların yaygınlaştırılmasına çalışmak gibi etkinliklerde bulunmaktadır. Bu kapsamda HDK'lar, yeni insan hakları normlarına ilişkin ge-

¹³² Wiseberg, "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Protection and Enforcement of Human Rights", s. 367.

¹³³ Schwitter Marsiaj, The Role of International NGOs in the Global Governance of Human Rights, s. 23.

¹³⁴ Laurie Wiseberg, "The Internet: One More Tool in the Struggle for Human Rights", *NGOs and Human Rights: Promise and Performance*, Ed.: Claude E. Welch, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2001, s. 239.

rekliliğin hissedilmesi için gündem oluşturmakta, insan hakları normlarını üreten karar mekanizmalarına üye olmakta, norm üretim sürecinde uluslararası konferanslara ve çalışma guruplarının ve komitelerin çalışmalarına katılmakta kendi taslaklarını sunmakta, sunulan taslaklara itiraz etmekte ve geliştirilmesine katkıda bulunmaktadır. Son olarak HDK'lar ortaya çıkarılan normların devletler tarafından imzalanarak kabul edilmesi için faaliyetler yürütmektedir.

HDK'ların sivil toplum temsili misyonu göz önünde bulundurularak, uluslararası sözleşmelerin hazırlanmasına HDK katılımının, hukuki meşruiyeti artıracağı kabul edilmektedir. Öte yandan, HDK'ların esnek yapıları ve faaliyet biçimleri, sonuç odaklı hareket etmeleri ve genellikle belli bir grubun menfaatlerini öncelerek hareket etmeleri, HDK'ları suiistimale açık hale getirmektedir. Bu yönüyle HDK'ların, belli bir dünya görüşünün uluslararası kamuoyunda veya belli bir ülkede yayılmasında bir yumuşak güç aracı olarak kullanılmaları mümkündür.

Uluslararası HDK'ların genel olarak insan haklarının uluslararası korunmasında etkin faaliyet yürüttükleri görülmektedir. Uluslararası kuruluşlara akredite bir çok HDK'nın, bu zeminlerde yürüttükleri faaliyetler çerçevesinde oluşturdukları söylemlerle, insan hakları düşüncesinin içeriğinin doldurulmasında baskın bir figür olduğu söylenebilir. Uluslararası hukukunun oluşumunda son sözü devletlerin söylediği kabul edilmekle birlikte, HDK'ların, özellikle insan hakları alanında, sözleşmelerin içeriğinin belirlenmesinde ve sözleşmelerin yorumlanmasında göz ardı edilmemesi gereken bir aktör olduğu ortadadır.

Uluslararası sistemde bu denli etkin hareket etme potansiyeline sahip olan HDK'ların suiistimal edilmemeleri için etkin bir uluslararası denetim sistemi oluşturulması ve HDK'ların faaliyetlerinden dolayı uluslararası yükümlülüklerinin netleştirilmesi gerekmektedir. Birleşmiş Milletler ve diğer hükümetler arası kuruluşlara akredite HDK'ların büyük çoğunluğunun Batı Avrupa ve ABD merkezli olduğu görülmektedir. Bu durum uluslararası kamuoyunun ve dolayısıyla insan hakları söyleminin belli bir dünya görüşüne göre şekillenmesine sebep olabilmektedir. Türkiye uluslararası sistemlerde aktif olan ve Avrupa Konseyi gibi birçok hükümetler arası kuruluşun kurucu üyesi bir devlettir. Ancak bu sistemlerde Türk HDK'larının etkinliğinin zayıf kalması Türkiye'nin insan hakları alanındaki konumunu olumsuz etkileyebilmektedir. Bu sebeple Türk HDK'larının uluslararası insan hakları korumada HDK'ların önemine ilişkin bilinçlerinin geliştirilmesi hayati önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- ABDÜLHAKİMOĞULLARI, Erdal- KEDİKLİ, Umut, "Bir Hükümet Dışı Kuruluş Modeli Olarak Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Haklarının Gelişimine Katkısı", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C. 3, S. 2, 2006, ss. 2-31.
- ANDERSON, Kenneth, "The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-Governmental Organizations and the Idea of International Civil Society", *European Journal of International Law*, C. 11, S. 1, 2000, ss. 91-120.
- ASTON, Jurij Daniel: "The United Nations Committee on Non-governmental Organizations: Guarding the Entrance to a Politically Divided House", *European Journal of International Law*, C. 12, No: 5, 2001, ss. 943-962.
- BAŞLAR, Kemal, *Uluslararası Hukukta Hükümet Dışı Kuruluşlar: Vestfaliya-Sonrası Süreçte Küresel Sivil Toplum*, Ankara, Nobel Yayın Dağıtım, 2005.
- BLITT, Robert, "Who Will Watch the Watchdogs? Human Rights Nongovernmental Organizations and the Case for Regulation", *Buffalo Human Rights Law Review*, C. 10, No: 1, 2004, ss. 261-398.
- Van BOVEN, Theo, "The Role of Non-Governmental Organizations in International Human Rights Standard-Setting: A Prerequisite of Democracy", *California Western International Law Journal*, C. 20, S. 2, 1990, ss. 207-225.
- BREEN, Claire, "The Role of NGOs in the Formulation of and Compliance with the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on Involvement of Children in Armed Conflict", *Human Rights Quarterly*, C. 25, S. 2, 2003, ss. 453-481.
- CASSESE, Antonio, "A New Approach to Human Rights: The European Convention for the Prevention of Torture", *American Journal of International Law*, C. 83, S. 1, 1989, ss. 128-153.
- CAVALLARO, James - BREWER, Stephanie, "The Virtue of Following: The Role of Inter-American Litigation in Campaigns for Social Justice", *SUR International Journal on Human Rights*, C. 8, 2008, ss. 85-92.
- CHARNEY, Jonathan I., "Universal International Law", *The American Journal of International Law*, C. 87, S. 4, 1993, ss. 529-551.
- CHARNOVITZ, Steve, "Nongovernmental Organizations and International Law", *The American Journal of International Law*, C. 100, S. 2, 2006, ss. 348-372.
- CHILTON, Patricia, "Mechanics of Change: Social Movements, Transnational Coalitions, and the Transformation Processes in Eastern Europe", *Bringing Transnational Relations Back in: Non-State Actors, Domestic Structures, and International Institutions*, Ed.: Thomas Risse-Kappen, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, ss. 189-226.
- CHODOSH, Hiram E., "Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law", *Texas International Law Journal*, C. 26, 1991, ss. 87-106.

- CLARK, Ann Marie, "Non-Governmental Organizations and their Influence on International Society", *Journal of International Affairs*, C. 48, S. 2, 1995, ss. 507-525.
- COHEN, Cynthia Price, "The Role of the United States in the Drafting of the Convention on the Rights of the Child", *Emory International Law Review*, C. 20, 2006, ss. 185-198.
- ÇAKMAK, Cenap, "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Norm Creation Process in the Field of Human Rights", *Alternatives: Turkish Journal of International Relations*, C. 3, S. 1, 2005, ss. 100-122.
- EDWARDS, George, "Assessing the Effectiveness of Human Rights Non-Governmental Organizations (NGOs) From the Birth of the United Nations to the 21st Century: Ten Attributes of Highly Successful Human Rights NGOs", *Michigan State International Law Review*, C. 18, S. 2, 2010, ss. 166-227.
- ERDEM TÜRKELİ, Gamze - VANDENHOLE, Wouter, "The Convention on the Rights of the Child: Repertoires of NGO Participation", *Human Rights Law Review*, C. 12, S. 1, 2012, ss. 33-64.
- FALK, Richard: "The World Order between Interstate Law and the Law of Humanity: The Role of Civil Society Institutions", *International Legal Theory*, C. 1, 1995, ss. 14-31.
- FINGER Matthias - PRINCEN, Thomas, (ed.): *Environmental NGOs in World Politics: Linking the Local and the Global*, London, Routledge, 1994.
- FREEDMAN, Rosa, "The Human Rights Council", *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Ed.: Frédéric Mégret, Philip Alston, 2. bs., Oxford, Oxford University Press, 2020, ss. 181-237.
- GAER, Felice D., "Reality Check: Human Rights Nongovernmental Organisations Confront Governments at the United Nations", *Third World Quarterly*, C. 16, No: 3, 1995, ss. 389-404.
- GAER, Felice D., "Implementing International Human Rights Norms: UN Human Rights Treaty Bodies and NGOs", *Journal of Human Rights*, C. 2, S. 3, 2003, ss. 339-357.
- GARGARELLA, Roberto, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 2013.
- GIORGI, Maiara, "The Role of Non-Governmental Organizations in the Process of International Treaty Making", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, C. 19, 2019, ss. 153-177.
- GOEL, Vaibhav - TRIPATHI, Manoj Kr., "The Role of NGOs in the Enforcement of Human Rights: An Overview", *The Indian Journal of Political Science*, C. 71, S. 3, 2010, ss. 769-793.
- GONZÁLEZ, Felipe, "The Experience of the Inter-American Human Rights System", *Victoria University of Wellington Law Review*, C. 40, S. 1, 2009, ss. 103-126.

- GUTTO, Shadrack, "ICJ Workshops on NGO Participation in the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1991 to 1996: Critical Evaluation", Geneva, International Commission of Jurists, (01.10.1996).
- HARTWICK, Jeffrey Andrew, "Non-Governmental Organizations at United Nations-Sponsored World Conferences: A Framework for Participation Reform", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, C. 26, S. 2, 2003, ss. 217-280.
- HENKIN, Louis, *The Rights of Man Today*, London, Stevens, 1979.
- HENKIN, Louis, "Human Rights and State Sovereignty", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, C. 25, S. 1, 1996, ss. 31-45.
- HOBÉ, Stephan, "Global Challenges to Statehood: The Increasingly Important Role of Nongovernmental Organizations", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 5, S. 1, 1997, ss. 191-209.
- JR, Claude E. Welch, *Protecting Human Rights in Africa: Roles and Strategies of Non-governmental Organizations*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2001.
- JR, Howard B. Tolley, *The International Commission of Jurists: Global Advocates for Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994.
- KACZOROWSKA, Alina, *Public International Law*, 5. bs., London, Routledge, 2015.
- KECK, Margaret E. - SIKKINK, Kathryn, "Transnational Advocacy Networks in International and Regional Politics", *International Social Science Journal*, C. 51, S. 159, 1999, ss. 89-101.
- KEGLEY, Charles W., GREGORY A. Raymond: *Exorcising the Ghost of Westphalia: Building World Order in the New Millennium*, Upper Saddle River, Pearson, 2001.
- KOREY, William, *NGO's and the Universal Declaration of Human Rights: A Curious Grapevine*, New York, Palgrave Macmillan, 2004.
- LEARY, Virginia, "The ILO: A Model for Non-State Participation?", *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non State Actors*, Ed.: Th C. van Boven, C. Flinterman, Fred Gruenfeld, Utrecht, Netherlands Institute of Human Rights, 1997, ss. 61-72.
- LEMPINEN, Miko, *Consultative Relationship between the United Nations and Non-Governmental Organizations*, Turku, Institute for Human Rights, 1999.
- LEWIS, David: "Nongovernmental Organizations, Definition and History", *International Encyclopedia of Civil Society*, ed. Helmut K. Anheier, Stefan Toepler, New York, Springer US, 2010, ss. 1056-1062.
- LINDBLOM, Anna-Karin, *Non-Governmental Organisations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- LORD, Janet E., "NGO Participation in Human Rights Law and Process: Latest Developments in the Effort to Develop an International Treaty on the Rights of People with Disabilities", *ILSA Journal of International & Comparative Law*, C. 10, S. 2, 2003, ss. 311-318.

- MARTENS, Kerstin, "Mission Impossible? Defining Nongovernmental Organizations", *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, C. 13, S. 3, 2002, ss. 271-285.
- MARTENS, Kerstin, "Examining the (Non-)Status of NGOs in International Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 10, S. 2, 2003, ss. 1-24.
- MURPHY, Walter F., "Designing a Constitution: Of Architects and Builders", *Texas Law Review*, C. 87, No: 7, 2009, ss. 1303-1337.
- NOLTE, Georg - LAGODINSKY, Sergey, "The Role of Non-Governmental Organizations in the International Labor Organization", *The Welfare State, Globalization, and International Law*, Ed.: Eyal Benvenisti, Georg Nolte, Berlin, Heidelberg, Springer, 2004, ss. 321-341.
- NOWROT, Karsten, "Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations under International Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, C. 6, S. 2, 1999, ss. 579-645.
- NOWROT, Karsten, *Global Governance and International Law*, Lutherstadt Wittenberg, Martin Luther University Halle-Wittenberg, 2004.
- O'CONNOR, Colm: "Democracy, Rights and the Constitution-New Directions in the Human Rights Era", *Current Legal Problems*, C. 57, No: 1, 2004, ss. 175-211.
- OLZ, Martin A., "Non-Governmental Organizations in Regional Human Rights Systems", *Columbia Human Rights Law Review*, C. 28, S. 2, 1996, ss. 307-374.
- ÖZBUDUN, Ergun: "Political Origins of the Turkish Constitutional Court and the Problem of Democratic Legitimacy", *European Public Law*, C. 12, No: 2, 2006, ss. 213-223.
- PERSBO, Andreas, "The Role of Non-governmental Organizations in the Verification of International Agreements", *Disarmament Forum: Arms Control Verification*, Ed.: Vignard Kerstin, United Nations Institute for Disarmament Research, 2010, ss. 65-74.
- PRONTO, Arnold N., "Some Thoughts on the Making of International Law", *European Journal of International Law*, C. 19, S. 3, 2008, ss. 601-616.
- RISSE-KAPPEN, Thomas: "Introduction", *Bringing Transnational Relations Back in: Non-State Actors, Domestic Structures, and International Institutions*, Ed.: Thomas Risse-Kappen, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, ss. 3-36.
- RODLEY, Nigel, "Monitoring Human Rights by the UN System and Non-Governmental Organizations", *Human Rights and American Foreign Policy*, Ed.: Donald E. Komers, Gilbert D. Loescher, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1979, ss. 157-178.
- RYFMAN, Philippe, *Sivil Toplum Kuruluşları*, çev. İsmail Yerguz, İstanbul, İletişim, 2006.
- SCHECHECTER, Michael, "United Nations-Sponsored World Conferences in 1990s", *United Nations-Sponsored World Conferences: Focus on Impact and Follow-Up*, Ed.: Michael Schechter, New York, United Nations University Press, 2001, ss. 3-9.

- SCHERMERS, Henry G. - BLOKKER, Niels M., *International Institutional Law: Unity Within Diversity*, 5. bs., Leiden, BRILL, 2011.
- SCHWITTER MARSIAJ, Caroline E., *The Role of International NGOs in the Global Governance of Human Rights: Challenging the Democratic Deficit*, Zürich, Schulthess, 2004.
- SHAW, Malcom N., *International Law*, 9. bs., Cambridge, Cambridge University Press, 2021.
- SHESTACK, Jerome J., "Sisyphus Endures: The International Human Rights NGO", *New York Law School Law Review*, C. 24, 1978, ss. 89-102.
- SHORT, Nicola, "The Role of NGOs in the Ottawa Process to Ban Landmines", *International Negotiation*, C. 4, S. 3, 1999, ss. 483-502.
- SOHN, Louis, "Sources of International Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, C. 25, S. 1-2, 1995, ss. 399-406.
- SOLEY, Ximena, "The Crucial Role of Human Rights NGOs in the Inter-American System", *American Journal of International Law*, C. 113, 2019, ss. 355-359.
- STEINER, Henry J., *Diverse Partners: Non-Governmental Organizations in the Human Rights Movement*, Cambridge, Harvard Law School Human Rights Program, 1991.
- SYMONIDES, Janusz, "Some Reflections on the Role of Non Governmental Organisation in the Promotion and Protection of Human Rights", *Karel Vasak Amicorum Liber: Human Rights at the Dawn of the Twenty-First Century*, Brussels, Bruylant, 1999, ss. 879-896.
- THAKUR, Ramesh: "Human Rights: Amnesty International and the United Nations", *Journal of Peace Research*, C. 31, No: 2, 1994, ss. 143-160.
- THOMANN, Lars, "The ILO, Tripartism, and NGOs: Do Too Many Cooks Really Spoil the Broth?", *Civil Society Participation in European and Global Governance*, Ed.: Jens Steffek, Claudia Kissling, Patrizia Nanz, London, Palgrave Macmillan UK, 2008, ss. 71-95.
- THORBERRY, Patrick, "The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD)", *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, Ed.: Frédéric Mégret, Philip Alston, 2. bs., Oxford, Oxford University Press, 2020, ss. 309-337.
- TINKER, Catherine - SZASZ, Paul, "The Role of Non-state Actors in International Law-Making During the UN Decade of International Law", *Proceedings of the Annual Meeting*, C. 89, 1995, ss. 177-185.
- TOLLEY, Howard, *The Un Commission on Human Rights*, Boulder, Westview Press, 1987.
- TRIMBLE, Phillip R.: "Globalization, International Institutions, and the Erosion of National Sovereignty and Democracy", ed. Thomas M. Franck, *Michigan Law Review*, C. 95, No: 6, 1997, ss. 1944-1969.

- UN High Commissioner for Human Rights, **Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Volume I**, Geneva, United Nations, 2007.
- UN High Commissioner for Human Rights, **Legislative History of the Convention on the Rights of the Child: Volume II**, Geneva, United Nations, 2007.
- UNERMAN, Jeffrey - O'DWYER, Brendan, "Theorising Accountability for NGO Advocacy", **Accounting, Auditing & Accountability Journal**, C. 19, S. 3, 2006, ss. 349-376.
- WAAK, Patricia, "Shaping a Sustainable Planet: The Role of Nongovernmental Organizations", **Colorado Journal of International Environmental Law and Policy**, C. 6, S. 2, 1995, ss. 345-362.
- WEISS, Thomas G., "Nongovernmental Organizations and Internal Conflict", **The International Dimensions of Internal Conflict**, ed. Michael E. Brown, Cambridge, MIT Press, 1996, ss. 435-460.
- WEISS, Thomas - GORDENKER, Leon, "Pluralising Global Governance: Analytical Approaches and Dimensions", **Ngos, the Un, and Global Governance**, Ed.: Thomas Weiss, Leon Gordenker, Boulder, Lynne Rienner, 1996, ss. 17-50.
- WEISSBRODT, David, "The Role of Nongovernmental Organizations in the Implementation of Human Rights", **Texas International Law Journal**, C. 12, 1977, ss. 293-320.
- WEYERS, Helmut, "Co-Operation between Nongovernmental Volunteer Services and the United Nations Volunteers Programme", **International Journal of Comparative Sociology**, C. 21, S. 3-4, 1980, ss. 225-242.
- WILKOWSKA-LANDOWSKA, Anna, "'Friends of the Court': The Role of Human Rights Non-governmental Organisations in the Litigation Proceedings", **Human Rights Law Commentary**, C. 2, 2006, ss. 99-119.
- WILLETTS, Peter, "Introduction", **The Conscience of the World: The Influence of Non-Governmental Organisations in the UN System**, ed. Peter Willetts, Washington, Brookings Institution Press, 1996, ss. 1-14.
- WILLETTS, Peter, "From 'Consultative Arrangements' to 'Partnership': The Changing Status of NGOs in Diplomacy at the UN", **Global Governance**, C. 6, S. 2, 2000, ss. 191-212.
- WILLETTS, Peter, **Non-Governmental Organizations in World Politics: The Construction of Global Governance**, London, Routledge, 2010.
- WISEBERG, Laurie, "Protecting Human Rights Activists and NGOs: What More can be Done?", **Human Rights Quarterly**, C. 13, S. 4, 1991, ss. 525-544.
- WISEBERG, Laurie, "The Internet: One More Tool in the Struggle for Human Rights", **NGOs and Human Rights: Promise and Performance**, Ed.: Claude E. Welch, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2001, ss. 238-247.

WISEBERG, Laurie, "The Role of Non-Governmental Organizations (NGOs) in the Protection and Enforcement of Human Rights", *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, Ed.: Janusz Symonides, London, Routledge, 2017, ss. 347-372.

Elektronik Kaynaklar

"Birleşmiş Milletler Antlaşması", <https://turkey.un.org/tr/33499-birlesmis-milletler-antlasmasi>, (03.04.2022).

Committee of Ministers, "Declaration on the Code of Good Practice for Civil Participation in the Decision-Making Process", https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d0482, (26.10.2022).

OAS Permanent Council, "CP/RES 759 (1217/99) Guidelines for the Participation of Civil Society Organizations in Oas Activities", <https://www.oas.org/legal/english/CoopRelations/CoopRelations3.htm>, (21.09.2022).

The Council of Europe, "CETS-124 European Convention on the Recognition of the Legal Personality of INGOs", <https://uia.org/archive/legal-status-4-11#sour>, (26.03.2022).

The Council of Europe, "Explanatory Report on the European Convention on the Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organisations", <https://rm.coe.int/16800ca439>, (01.02.2020).

UN Economic and Social Council, "1996/31 Consultative Relationship between the United Nations and Non-governmental Organizations", https://www.un.org/esa/coordination/ngo/Resolution_1996_31/, (29.03.2022).

UN Human Rights Council, "A/HRC/RES/5/1 Institution-Building of the United Nations Human Rights Council", <https://digitallibrary.un.org/record/603041>, (18.05.2022).

AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA ONARIM^(*)

Dr. Omca ÖZDEMİR^(**)

Dr. Damla AKKAYA^(***)

Öz

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, insan hakları ihlallerinin sonuçlarının onarımına yönelik yaratıcı ve kapsamlı içtihadı ile insan haklarının uluslararası korunması mekanizmaları içerisinde özel bir konum edinmiştir. Mahkeme, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesinin kendisine tanıdığı yetkiyi devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk ile temellendirmiş, insan hakları ihlallerinin özgül niteliklerini dikkate alarak onarım araçlarını zenginleştirmiştir. Böylece onarımı tazminat ve ihlali tespit eden kararın ötesinde tasarlayarak insan hakları ihlal edilen mağdurlara telafi sunulması ve gelecekte benzer ihlallerin önüne geçilmesi bakımından etkili adımlar atmıştır. Mahkeme onarım içtihadında hem bireylerin mağduriyetlerinin telafi edilmesi ile insan hakları kavramında içerilen daha geniş kamusal yarara ulaşılması için yapısal ve sistemik değişimlerin gerçekleştirilmesini bir arada vurgulayarak, hem de onarımı sosyal-ekonomik ve kültürel boyutları içerisinde düşünerek insan hakları hukukuna önemli bir katkı sağlamıştır.

Anahtar Kelimeler

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, Onarım, Tazminat, Rehabilitasyon, Tatmin.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.04.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 31.05.2023.

Atıf Şekli: Omca Özdemir - Damla Akkaya, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi İchtihadında Onarım", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 87-148.

DOI: 10.52273/sduhfd..1282622.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: omca.ozdemir@hbv.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-0168-768X>.

^(***) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: damlayildirim@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9928-735X>.

REPARATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

The Inter-American Court of Human Rights has gained a special place within the mechanisms of international protection of human rights with its creative and comprehensive jurisprudence on the reparation of the consequences of human rights violations. The Court has based the jurisdiction granted to it by the American Convention on Human Rights within the framework of the responsibility of states for internationally wrongful acts, and has enriched the means of reparation by taking into account the specific characteristics of human rights violations. Thus, by designing the reparation beyond compensation and the declaratory relief, it has taken effective steps to provide reparation to victims of human rights violations and to prevent future similar violations. In its case law on reparation, the Court made a significant contribution to human rights law by emphasizing together the reparation of individual grievances and the realization of structural and systemic changes to achieve the broader public interest embodied in the concept of human rights and by considering the repair within its social-economic and cultural dimensions.

Keywords

Inter-American Court of Human Rights, Reparation, Compensation, Rehabilitation, Satisfaction.

GİRİŞ

Amerika Devletleri Örgütü bünyesinde örgütlenen Amerika insan haklarının korunması sistemi, insan haklarının uluslararası korunması bölgesel sistemlerinin önde gelenlerinden birini teşkil etmektedir. Amerika sisteminin bağlayıcı karar verme yetkisine sahip yargı organı olan ve bu kapsamda devletlerin Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi¹’nden doğan yükümlülüklerine ilişkin hukuksal denetimini gerçekleştiren Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi (AAİHM), insan hakları ihlallerinin sonuçlarının onarımı konusunda diğer uluslararası insan hakları rejimlerine kıyasla yenilikçi ve kapsamlı bir içtihat yaratmıştır. Amerikalılar Arası Mahkeme, Sözleşmenin kendisine tanıdığı geniş yetki alanını kullanarak ve uluslararası sorumluluk hukukunu insan hakları hukukunun özgül unsurları içerisinde yorumlayarak yaratıcı onarım kategorileri ve uluslararası sorumluluk hukukunda başvuru onarım kategorileri içerisinde de yeni uygulamalar geliştirmiştir. Mahkemenin insan hakları ihlallerinin telafisi kapsamında uluslararası insan hakları hukukunda ortaya koyduğu gelişme, özellikle diğer bir insan haklarının korunması bölgesel sisteminin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konudaki kendisini sınırlayıcı yaklaşımı ile karşılaştırıldığında dikkat çekicidir. Zira Avrupa Mahkemesi, içtihadındaki sınırlı gelişmelere rağmen halen esas onarım aracı olarak tazminata ve bizatihi tatmin aracı olarak ihlali tespit edici karar uygulamasına başvurmaktadır.

Amerikalılar Arası Mahkemenin onarım içtihadı özellikle, onarıcı işlevleri bulunan Uluslararası Ceza Mahkemesi, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi gibi uluslararası mahkemeler ile çeşitli ulusal mekanizmaların faaliyete geçişleriyle birlikte önem kazanmış bulunmaktadır. Zira bu mekanizmalar ihlallere karşı telafi araçları tasarlamak bakımından pek az kaynağa sahiptirler.² Nitekim Uluslararası Ceza Mahkemesinin onarım üzerine ilk kararında, Amerikalılar Arası Mahkemenin tazminat ve rehabilitasyon içtihadına geniş bir şekilde yer vermiştir.³

İnsan hakları ihlali bir kez gerçekleştikten sonra ihlalin sonuçlarının telafi edilmesinin mağdurlar ve gelecekteki potansiyel ihlallerin mağdurları bakımından önemi ile bu kapsamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mah-

¹ Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, “Pact of San Jose”, Costa Rica, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html>, (9/4/2023). Buradan itibaren “Amerika Sözleşmesi” olarak işaret edilecektir.

² Thomas M. Antkowiak, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, C. 46, S. 2, s. 354.

³ Prosecutor/Lubanga Dyilo (Emir), Uluslararası Ceza Mahkemesi, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, 3/3/2015.

kemesi içtihadının katkısına rağmen onarım sorunu literatürde ikinci planda kalmış görünmektedir. İnsan hakları hukuku alanındaki çalışmalarda koruma mekanizmalarında güvence altına alınan haklar üzerine tartışmalara yoğunlaşılırken, ihlallere karşı çareler sorunu hak ettiği ilgiyle karşılanmamıştır. Örneğin Türkiye’de, daha genel konuları içerisinde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinin onarım kararlarının kapsamına işaret eden bazı kaynaklar⁴ bulunmakla birlikte, Mahkemenin onarım içtihadı hakkında özel olarak, ancak hayli genel bir çerçevede yazılmış tek bir makale bulunmaktadır.⁵ Bu bakımdan makalemizin insan hakları ihlallerinin onarımına ilişkin daha özel ve detaylı tartışmalar için bir başlangıç noktası ve temel sağlaması hedeflenmiştir.

Bu çerçevede makalede ilk olarak, devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğu hakkında hukuk alanı ile bağlantılandırılarak uluslararası insan hakları hukukunda onarıma ilişkin kavramsal ve hukuksal çerçeve belirlenmiştir. Ardından Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Amerikalılar Arası Mahkeme içtihadında insan hakları ihlallerinin onarımının hukuksal temellendirilmesi ortaya konulduktan sonra, Amerikalılar Arası Mahkeme içtihadında yer verilen onarım türleri kapsamı ve içerdikleri uygulamalar itibarıyla açıklanmıştır. Son olarak, Mahkemenin onarım içtihadı, Sözleşmenin hazırlık çalışmaları ve Mahkemenin faaliyette bulunduğu tarihsel-siyasal koşullar ile ilişkilendirilerek tartışılmıştır.

I. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA ONARIM

Onarım (reparation) kavramının içerisinde yer aldığı üst kategori olan çare (remedy), her ikisi de evrensel olarak garanti altına alınan ve İngilizce dışındaki

⁴ Bakınız: İlyas Doğan, Omca Özdemir, “Amerika Kitasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi”, *İnsan Hakları Hukuku*, ed. İlyas Doğan, Astana Yayınları, Ankara, genişletilmiş 2. baskı, 2015, ss. 329-331; Uğur Samancı, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Denetim Organları ve Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının Denetimi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 1813-1817, 1829; Gülden Çamurcuoğlu, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları”, *ERÜHFD*, 2019, C. XIV, S. 2, ss. 757-758; Volkan Aslan, “Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 3, S. 2, s. 282, 284-285, 292; Yurdanur Ural Uslan-Tuğba Güner, “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 19, S. 2, ss. 317-318.

⁵ Tolga Şirin, “İnsan Hakkı İhlalinin Onarılmasını İsteme Hakkı”, *Güncel Hukuk*, Mayıs 2013, S. 113-5, ss. 12-13.

dillerde ayrı sözcüklerle ifade edilen⁶ maddi ve usuli unsurlardan oluşmaktadır. Usuli öge; mağdurun, hak ihlaline ilişkin iddiasını adil bir şekilde dinleyecek ve hakkında karar verebilecek yargısal, idari veya diğer uygun mercilere erişimine işaret eder. Maddi öge ise, bu usullerin sonucundan, yani iddiası kabul edilen mağdura sağlanan telafiden müteşekkildir.⁷ Bir devletin kendisine yüklenen uluslararası sorumlulukla ilgili olarak telafi sağlayabileceği çeşitli yolları içeren kapsayıcı bir terim olan⁸ onarım kavramı maddi ögeyi karşılamaktadır.⁹

Bireyin usuli çareye yönelik hakkı birçok uluslararası insan hakları sözleşmesinde açıkça garanti altına alınmıştır. Bunlardan biri de, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin “Yargısal Korunma Hakkı” başlıklı 25. maddesinin 1. fıkrasına göre “Herkes, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi veya ilgili devletin anayasa veya yasaları tarafından tanınan temel haklarını ihlal eden eylemlere karşı korunma için, ihlal resmi görevlerinin ifası sırasında hareket eden kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, yetkili bir mahkeme veya yargı makamına basit ve seri başvuru veya diğer herhangi etkili başvuru hakkına sahiptir.”¹⁰

⁶ Örneğin “remedy” sözcüğü ile ifade edilen kapsam, Fransızca’da *recours* (başvuru) ve *réparation* (onarım) sözcükleri ile bölünmüş olarak karşılanmaktadır. (Antoine Buyse, “Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2008, C. 68, s. 129).

⁷ Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 3. baskı, 2015, s. 16.

⁸ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 39, 27/8/1998, § 41.

⁹ Onarımın sadece parasal tazminatı içerdiği bazı kullanımları bulunmaktadır. (Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, s. 16, 32; Suzan L. Haasdijk, “The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies”, *Leiden Journal of International Law*, 1992, C. 5, S. 2, ss. 248-249). Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Sorumluluklarına Dair Taslak Maddelerin kabulünden itibaren bu tür bir kullanımın artık mümkün görülmemesi gerekir. Bu çalışmada da onarım sadece, maddi çareler kapsamında ihlalin sonuçlarının telafi edilmesine yönelik tedbirleri kapsayacak biçimde kullanılmıştır.

¹⁰ Sözleşmede usuli çare, başvuru anlamına gelen İngilizce metinde *recourse*, İspanyolca metinde de *recurso* sözcükleri ile karşılanmıştır. İspanyolca metin için bakınız: Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana Sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm (9.4.2023).

Usuli çare kapsamında, insan haklarının korunması bölgesel sistemlerinden diğer bir örnek de, 5/4 ve 6. maddeleri yanında özel olarak 13. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin 13. maddesine göre, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için hareket eden kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir çareye başvurma

Temel uluslararası insan hakları sözleşmelerinin tamamı etkili bir çare (remedy) veya başvuru yolu talep ederken, devletleri ihlallerin onarımını ne şekilde üstlenecekleri konusunda belirli bir şekilde yönlendirmemektedirler.¹¹ Bu sözleşmeler, insan hakları ihlallerinin nasıl onarılacağı veya ihlallerden sorumlu olanların özel durumlarda nasıl yönlendirmeleri gerektiği konusunda pek az yol göstermektedirler.¹² Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin¹³ onarıma ilişkin hükmü olan 41. maddesinde Mahkemenin hükmetmeye yetkili kılındığı adil tatminin tam olarak neyi gerektirdiği veya ihlalin sonuçlarının ne ölçüde telafi edilmesi gerektiği açıkça çerçevesiz bulunmamaktadır. Böylece insan hakları sözleşmelerinin sınırlı kılavuzluğu karşısında mağdurlar için onarım tedbirlerine yönelik tavsiye veya emir veren uluslararası merciler çoğunlukla, uygun telafinin nitelikleri ve kapsamının tanımlanmasında uluslararası hukukun devletin sorumluluğu hakkındaki ilkelerine başvurmuşlardır.¹⁴

Tarihsel olarak genel uluslararası hukuk, uluslararası sorumluluğu devletler arası bir mesele olarak görmüştür. Bununla birlikte geçtiğimiz birkaç on yıllık dönemde bu konuya ilişkin önemli değişimler yaşanmıştır. Örneğin çeşitli sözleşme düzenlemeleriyle hem insancıl hukukta hem de insan hakları hukukunda belirli temel haklara ilişkin devlet sorumluluğu teyit edilmiş ve bu düzenlemeler zamanla örf ve adet hukuku kuralı niteliği kazanmıştır.¹⁵ Uluslararası Adalet Divanının 2004 tarihli İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşa Edilmesi-

hakkına sahiptir." (Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, ETS 5, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (9/4/2023). Sözleşmenin İngilizce resmi metnindeki Türkçeye başvuru olarak çevrilmiş olan *remedy* sözcüğü, Fransızca resmi metinde başvuru anlamına gelen *recours* kelimesiyle karşılanmıştır. Fransızca metin için bakınız: Conseil de L'Europe, Convention Européenne des Droits de L'homme, ETS 5, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, (9/4/2023).

Başvuru hakkının diğer örnekleri için bakınız: Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, md. 2(3); İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, md. 13.

¹¹ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 357.

¹² Fiona McKay, "What Outcomes for Victims?", *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, ed. Dinah Shelton, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 927.

¹³ Buradan itibaren Avrupa Sözleşmesi olarak işaret edilecektir.

¹⁴ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 357, 360.

¹⁵ Christine Evans, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, New York, 2012, s. 29.

nin Hukuki Sonuçları Hakkında Danışma Görüşü de bu durumu doğrulamaktadır. Söz konusu danışma görüşünde Uluslararası Mahkeme; İsrail'in, zarar görmesine sebebiyet verdiği tüm gerçek ve tüzel kişiler bakımından onarımda bulunma yükümlülüğü altında bulunduğunu belirtmiştir.¹⁶ Bununla birlikte genel uluslararası hukukun, bireyleri onarımın doğrudan yararlanıcısı olarak kabul etme süreci ağır işlemekte ve onarıma ilişkin kapsamlı hukuki kaynak büyük ölçüde insan hakları sözleşmeleri ve içtihatlardan oluşmaktadır.

İnsan hakları ihlallerinin sonuçlarının onarımına ilişkin çerçevenin belirlenmesinde başlangıç noktasını, genel uluslararası hukuk teşkil etmiştir.¹⁷ Nitekim insan haklarının korunmasına ilişkin sözleşmelerin uluslararası hukuktan kopuk bir şekilde yorumlanması ve uygulanması mümkün değildir.¹⁸ Ancak bu hukuksal çerçeve, diplomatik kaygılar ile çatışma ve işbirliğine ilişkin daha genel konuların sonuçları etkilediği, hukuken eşit taraflar arasındaki devletlerarası meselelerden doğmuştur.¹⁹ Dolayısıyla insan haklarının korunmasına ilişkin sözleşmeler yorumlanırken bu sözleşmelerin insan hakları ve temel hürriyetlerin kolektif olarak uygulanmasına yönelik özel karakterleri dikkate alınmalıdır.²⁰ Uluslararası insan hakları hukuku, bireylerin uluslararası mahkemelerde devletlere karşı dava açabildiği ilk uluslararası hukuk alanıdır; fakat devletler ve bireyler arasındaki güç ve hukuki statü dengesizliği, onarımın sağlanmasında insan hakları kurumlarının rolünü ve usullerini etkiler.²¹ Bu durumda, yekün bir şekilde iktibas etmek mümkün olmasa da, insan hakları hukukunun temel prensiplerine dayalı olarak uluslararası hukukun devletlerin sorumluluğuna ilişkin çerçevesine atıfta bulunmak uygundur.²² Aynı nedenlerle uluslararası insan hakları hukukuna bütün olarak aktarılamaz ise de, bağlayıcı olmamakla birlikte devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve adet hukukunu büyük ölçüde yansıtan Devletlerin Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Sorumluluklarına

¹⁶ İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşa Edilmesinin Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, Uluslararası Adalet Divanı, 2004 I.C.J. Reports 136, 9/7/2004, § 152.

¹⁷ McKay, "What Outcomes for Victims?", s. 924.

¹⁸ Banković ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 52207/99, 12/12/2001, § 57.

¹⁹ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 8.

²⁰ Bakınız: Soering/Birleşik Krallık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 87.

²¹ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 8.

²² Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 360.

Dair Taslak Maddeler²³ de onarımın doğası ve tahsisi hakkında önemli bir dayanak sunacaktır.²⁴

Uluslararası Daimi Adalet Divanının devletlerin sorumluluğu esasına dayalı olarak temellendirilmesinde önemli bir dayanak teşkil etmiştir. Kararda, hukuka aykırı eylem kavramının içerdiği ve uluslararası uygulama, özellikle de tahkim heyetleri kararlarıyla oluşturulmuş ana ilkenin; onarımın mümkün olduğunca, hukuka aykırı eylemin tüm sonuçlarını yok etmesi ve eylem gerçekleştirilmeseydi büyük ihtimalle mevcut olacak durumu yeniden kurması olduğuna işaret edilmiştir. Divan'a göre *"Eski hale getirme veya bu mümkün değilse eski hale getirmenin haiz olduğu değeri karşılayan bir nakdi tutarın ödenmesi ve eğer gerekliyse, eski hale getirmeyle ya da onun yerine yapılan ödemeyle karşılanamayacak kayıpların ödenmesi ilkeleri, uluslararası hukuka aykırı bir eylem nedeniyle ödenmesi gereken tazminat miktarının belirlenmesine hizmet etmesi gereken ilkelerdir."*²⁵

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 2005 yılında kabul edilen Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlallerinin ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurlarının Çare ve Onarım Hakkına Dair Temel İlkeler ve Kılavuz²⁶ da, bağlayıcılık teşkil etmese ve "ağır" ve "ciddi" sözcükleri tanımlanmadığından uygulama alanı belirsiz kalsa da, mağdurların hakları üzerinde etkili olmuştur.²⁷ Kılavuzun *"Mağdurların Çare Hakkı"* başlıklı 7. kısmında yer

²³ Buradan itibaren "Taslak Maddeler" olarak işaret edilecektir. ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, ss. 30-143.

²⁴ Leiry Cornejo Chavez, "New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes beyond Compensation", *International Journal of Constitutional Law*, 2017, C. 15, S. 2, ss. 376-377.

²⁵ Chorzów Fabrikası (Esas) Kararı, Uluslararası Daimi Adalet Divanı, PCIJ Series A. No 17, 13/9/1928, s. 47.

Diğer yandan Taslak Maddeler de, sürekli bir yükümlülük olarak ihlalin durdurulmasını vurgulayarak ve gerçekleştirilmesi mümkün olduğunda eski hale getirmenin bir çare olarak önceliğini ortaya koyarak insan hakları mahkemeleri üzerinde etkili olmuştur. (Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 8).

²⁶ Buradan itibaren "Kılavuz" olarak işaret edilecektir. UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Resolution 60(147), UN Doc. A/RES/60/147, 21/3/2006, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/42/pdf/N0549642.pdf?OpenElement>, (9/4/2023).

²⁷ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", ss. 363-364; Naomi Roht-Arriaza, "Reparations Decisions and Dilemmas", *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, C. 27, S. 2, s. 163. Di-

alan 11. maddesine göre, uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlalleri ve uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerine karşı çareler, uluslararası hukukta öngörüldüğü üzere, mağdurun şunlara yönelik haklarını içermektedir:

- Adalet eşit ve etkili erişim,
- Uğranılan zararın uygun, etkili ve seri onarımı,
- İhlaller ve onarım mekanizmaları hakkında ilgili bilgiye erişim.

Kılavuzun “Uğranılan Zararın Onarımı” başlıklı 9. kısmında yer alan 15. madde sine göre; uygun, etkili ve seri onarım, uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlalleri ile uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerini telafi ederek adaleti tesis etmeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda bir devlet, ulusal yasaları ve uluslararası hukuki yükümlülüklerine uygun olarak, kendisine atfedilebilen ve uluslararası insan hakları hukukunun ağır ihlalleri ve uluslararası insancıl hukukun ciddi ihlallerini teşkil eden eylem veya ihmalleri için mağdurlara onarım sağlayacaktır.

Onarım²⁸ yükümlülüğü, ancak belirli kişilere karşı belirli koşullarda doğar. Bu koşullar; bir yükümlülüğün ihlali, ihlalin zararla sonuçlanması ve zarar gören kimliği belirli veya belirlenebilir tarafların varlığıdır. Devletin sorumluluğu hakkında uluslararası hukukta bir devlete atfedilebilen bir hareket veya ihmalin söz konusu devletin uluslararası bir yükümlülüğünün ihlalini teşkil etmesi halinde devletin eylemi, ihlali durdurma ve ihlal edilen norma uymaya yönelik devam eden yükümlülük yanında neden olunan hasarı onarmayı içeren yeni bir yükümlülüğe yol açacaktır. Bu kapsamda insan hakları ihlallerinden sorumluluğun hukuksal temeli, devletin taraf olduğu bir insan hakları sözleşmesinin veya uluslararası örf ve adet hukuku normunun ihlalinden kaynaklanacaktır. İkinci unsur bakımından mağdur ve katlandığı zarar arasında doğrudan bir nedensel bağlantı bulunması gerekmektedir. Bu çerçevede zarar, kişinin ihlale vücut veren eylemle birlikte ve bu eylem olmaksızın mevcut olacak durumunun karşılaştırılmasıyla ortaya konulan olumsuz bir sonuçtur.²⁹

ğeri etkileri için bakınız: McKay, “What Outcomes for Victims?”, s. 925; Buyse, “Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law”, s. 140.

²⁸ Shelton bu koşulları çare (remedy) kavramı için belirlemişse de usuli çarenin sunulması için ihlalin gerçekleşmiş veya ihlalle zararın ortaya çıkmış olması gerekmeyip ihlal iddiasının yeterli olması gerektiği düşünüldüğünde, söz konusu koşulların onarıma yönelik olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

²⁹ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 13-15, 58.

II. AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ONARIMA İLİŞKİN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ

Amerika Sözleşmesine taraf devletler, Sözleşmenin 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, Sözleşmede düzenlenen haklara saygı göstermek ve bu hakları temin etmekle yükümlüdürler. Bunun yanında devletler Sözleşmeye taraf olmakla, Sözleşmede yer alan hakları ihlal etmeleri durumunda hakkı ihlal edilen taraflara onarım sağlamak yönünde uluslararası bir yükümlülük altına da girmişlerdir. Taraf devletlerin Sözleşmede düzenlenen hakların ihlalinin onarımına ilişkin yükümlülükleri, Sözleşmenin 63. maddesinin 1. fıkrasında belirlenmiştir. Böylece Amerika Sözleşmesi onarıma ilişkin özel bir hüküm içerdiğinden, uluslararası hukukun onarıma ilişkin genel hüküm ve ilkeleri ancak ihtiyaç halinde, bir yorum aracı olarak dolaylı bir kullanıma konu olacaktır. Her ne kadar 63. madde, Avrupa Sözleşmesinin 41. maddesi kadar genel bir çerçeve çizmemişse de, sonuçta her hukuk kuralı gibi yorumlanmaya ihtiyaç göstereceği açıktır.

Amerikalılar Arası Mahkeme, çekişmeli bir dava hakkında ilk kararı olan ve 63. maddeye ilişkin ilk açıklamalarını yaptığı Velásquez Rodríguez/Honduras kararında, uluslararası insan hakları hukukunun amacının mağdurları korumak ve sorumlu devletlerin eylemlerinden doğan zararların onarımını sağlamak olduğuna işaret ederek³⁰ onarımı, insan hakları tasavvurunun merkezine yerleştirmiştir.³¹ Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın "Chorzów Fabrikası" yetki ve esas hakkındaki kararları ile Uluslararası Adalet Divanı'nın "BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Onarımı" danışma görüşüne atıfla Mahkeme, uluslararası bir yükümlülüğün zarar ile sonuçlanan her ihlalinin uygun onarım ödevini doğurmasının yargı kararlarında uluslararası hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edildiğine işaret etmiştir.³² Bu kapsamda Mahkeme, uluslararası hukukun bireyin onarım hakkı sahipliğini tesis ettiğinin altını çizmiştir.³³ Buna göre, bir devlete atfedilebilir hukuka aykırı bir eylem gerçekleştiğinde bu devlet, uluslararası hukukun ihlalinin uluslararası çerçevede sorumlu olacaktır ve bu sorumluluktan dolayı devlet için yeni bir hukuki ilişki doğacaktır; ki bu da onarım yükümlü-

³⁰ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), AAİHM, Series C No. 4, 29/7/1988, § 134.

³¹ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 1.

³² Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 7, 21/7/1989, § 25.

³³ Cacarica Nehri Havzasından Yerinden Edilen Afrika Kökenli Topluluklar (Genesis Operasyonu)/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 270, 20/11/2013, § 470.

lüğüdür.³⁴ Bu çerçevede Mahkeme, Sözleşmenin taraf devletlerin onarım yükümlülüğünün ifade bulduğu 63. maddenin 1. fıkrasında, devletlerin sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukukun temel prensiplerinden birini teşkil eden bir örf ve adet hukuku kuralının kodifiye edildiğini belirtmiştir.³⁵

Genel olarak uluslararası mahkemeler tarafından yerleşik hale getirilmiş bulunan onarım yükümlülüğü veya özel olarak Sözleşmenin 63. maddesinin 1. fıkrasında içerilen yükümlülük³⁶ kapsam, özellikler veya yararlananların belirlenmesi gibi tüm yönleriyle uluslararası hukuk tarafından düzenlenir.³⁷ Dolayısıyla bu hususlardan hiçbiri, davalı devlet tarafından ulusal hukuku ileri sürülerek değiştirilemez.³⁸ Amerikalılar Arası Mahkemeye göre 63. madde, ihlalden sorumlu taraf devletin iç hukuku uyarınca mevcut onarım araçlarının etkililiğini garanti etme yeteneğini sınırlamaz veya buna atıfta bulunmaz. Bu nedenle Madde, ulusal hukukun kusur veya eksiklikleriyle sınırlı değildir, bunlardan bağımsız olarak işler.³⁹ Ancak yine de dikkat edilmelidir ki, uluslararası insan hakları hukukunda hakim olan ikincillik ilkesi gereğince, insan hakları ihlali durumunda onarım ödevi öncelikle ulusal sistem içinde emredilmelidir. Bu kapsamda Amerikalılar Arası İnsan Hakları sistemine başvuru ancak, ulusal sistem mağdura etkili bir çare sunmakta başarısız olduğunda yapılabilecektir.⁴⁰

III. MAHKEME İÇTİHADINDA ONARIM TÜRLERİ

Amerika Sözleşmesinin 63. maddesinin 1. fıkrasına göre Mahkeme, bu Sözleşme ile koruma altına alınan bir hak veya özgürlüğün ihlalinin söz konusu olduğunu tespit ederse, hakkı ihlal edilen⁴¹ tarafın ihlal edilen hak veya özgürlüğünden faydalanmasının temin edilmesine hükmedecektir. Mahkeme, uygun

³⁴ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 40.

³⁵ Blake/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 48, 22/1/1999, § 33.

³⁶ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 42.

³⁷ Castillo-Páez/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 43, 27/11/1998, § 49; Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 42.

³⁸ Castillo-Páez/Peru (Onarım ve Masraflar), § 49.

³⁹ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), § 30.

⁴⁰ Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2. baskı, 2013, s. 189.

⁴¹ Sözleşmenin İngilizce orijinal metninde yer alan "injured party" ifadesi, Sözleşmede yer alan bir hakkın ihlalinin mağduru olduğu tespit edilen kişi olarak kabul edilmektedir. (Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 217, 1/9/2010, § 232).

olması halinde ayrıca, söz konusu hak veya özgürlüğün ihlalini teşkil eden durum veya tedbirin sonuçlarının onarılmasına⁴² ve hakkı ihlal edilen tarafa adil tazminatın ödenmesine hükmedecektir. Görüldüğü üzere Fıkra, ihlalden sorumlu devletin Mahkeme kararını verdiği andan itibaren takip etmesi gereken davranış ile söz konusu devletin geçmişteki, bir başka deyişle ihlal devam ederkenki tutumunun sonuçları arasında ayırım yapmaktadır. Bu çerçevede 63. maddenin 1. fıkrası ile iki tür çare tasarlanmıştır. İlki, mağdurların daha fazla zarara uğramasına engel olmak üzere Mahkemenin davran veya davranıştan kaçın emrini ifade eden bir çeşit mahkeme emridir.⁴³ Bu kapsamda hakkı ihlal edilen tarafın ihlal edilen hak veya özgürlüğünden yararlanmasının temin edilmesi öngörülmektedir.⁴⁴ Diğer çare ise, devletin hukuka aykırı davranışının sonucu olarak uğranılan zararların onarımına ilişkindir.⁴⁵ Mahkeme bu bağlamda devlete ihlalin sonuçlarının onarımını yüklemeye yetkilendirilmektedir.⁴⁶ Fıkranın son cümlesine paralel olarak Mahkeme, uluslararası bir yükümlülüğün ihlali ile ortaya çıkan hasarın onarımının; malvarlığına yönelik zararlar yanında manevi hasarı da kapsayan malvarlığına yönelik olmayan zararların tazminini, ihlalin sonuçlarının onarımını ve önceki durumun yeniden kuruluşunu içeren tam eski hale getirme (*restitutio in integrum*) üzerine kurulu olduğuna işaret etmiştir.⁴⁷ Mahkemenin *restitutio in integrum* kavramının ihlalin sonuçlarının giderilmesi ile örtüşen geniş bir anlaşılışını benimsediği görülmektedir.⁴⁸

A. Tazminat

Mahkemenin onarımın en olağan yolu olarak nitelendirdiği⁴⁹ ve Mahkemenin Velásquez Rodríguez/Honduras kararından itibaren⁵⁰ ihlal tespitleri ardın-

⁴² İngilizce metinde *remedied*, İspanyolca metinde *reparen* sözcükleri ile ifade edilmiştir.

⁴³ Arturo J. Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", *The Handbook of Reparations*, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, New York, 2006, s. 511.

⁴⁴ Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 15, 10/9/1993, § 46.

⁴⁵ Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", s. 511.

⁴⁶ Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 46.

⁴⁷ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), § 26.

⁴⁸ Buyse, "Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law", s. 137.

⁴⁹ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), § 25.

dan yoğun olarak hükmettiği tazminat, maddi zararlar ile acı ve üzüntü gibi manevi zararların ödenmesini kapsar.⁵¹ Amerika Sözleşmesinin 63. maddesinde işaret edilen adil tazminat, ihlalin neden olduğu zararları karşıladığından, cezalandırıcı değil tazmin edici niteliktedir. Dolayısıyla Mahkeme, -nihayetinde bu yönde etkileri olsa da- örnek teşkil etmek üzere veya caydırıcılığa yönelik olarak tazminata hükmetmemektedir.⁵² Bu kapsamda tazminat, Amerika Sözleşmesinin ihlalinin neden olduğu zararlara karşılıktır⁵³ ve sorumlu devletin para ile miktarı belirlenebilen mal ve hizmetleri sağlaması veya belirli bir meblağ para ödemesini içermektedir.⁵⁴

1. Maddi Zararlar

Maddi zararlar, parayla objektif olarak ölçülebilen zararları kapsamaktadır.⁵⁵ Amerika Mahkemesi, tahkim içtihadına atıfla maddi zararların dolaylı zararlar ile gelir kayıplarını kapsamamasının hukukun genel bir ilkesi olduğunu belirtmiştir.⁵⁶ Gelir kaybı kavramı, objektif göstergelerle miktarı belirlenebilen gelecekteki ekonomik kazançların kaybına işaret etmektedir.⁵⁷ Dolaylı zararlar

⁵⁰ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), § 194/5.

⁵¹ Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, s. 229; Francisco Quintana, "Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach Conference", *American University Law Review*, 2007, C. 56, S. 6, s. 1383.

⁵² Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), § 38.

⁵³ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 43.

⁵⁴ Bakınız: H. Victor Condé, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press, London, 2. baskı, 2004, s. 41, Compensation (tazminat) başlığı; Elizabeth A. Martin (ed.), *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford, 5. baskı, 2002, s. 98, Compensation (tazminat) başlığı; Elif Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Beta, İstanbul, 2007, s. 102; Huilca-Tecse/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAIHM, Series C No. 121, 3/3/2005, § 96; Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), AAIHM, Series C No. 123, 11/3/2005, § 125; Acosta-Calderón/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAIHM, Series C No. 129, 24/6/2005, § 158.

⁵⁵ Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", s. 514.

⁵⁶ Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 50.

⁵⁷ Loayza-Tamayo/Peru (Onarım ve Masraflar), AAIHM, Series C No. 42, 27/11/1998, § 147.

Gelir kaybının belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, ss. 230-232; Thomas M. Antkowiak, Alejandra Gonza, *The American Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2017, ss. 292-293; Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", ss. 515-517; Chitay Nech ve Diğerleri/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAIHM, Series C No. 212, 25/5/2010, §

ise, ihlalin sonucu olarak mağdur ve yakınları tarafından kaybedilen para veya yapılan masrafları içerir.⁵⁸ Bu kapsamda maddi zararlar, mağdurun gelir kaybı veya azalmasını, ihlalin sonucu olarak yapılan harcamaları ve davanın olguları ile nedensel bağlantı içinde bulunan parasal sonuçları içermektedir.⁵⁹

Dolaylı zararlar, mağdurlar ve yakınlarının ihlalin etkilerinin üstesinden gelmeye çalışırken yaptıkları harcamaları kapsamaktadır.⁶⁰ Mağdur ve yakınlarının gerçekleşen tıbbi ve psikolojik tedavi masrafları dolaylı zarar kategorisinde yer almaktadır.⁶¹ Ayrıca aile tarafından, zorla kaybedilen aile üyesinin aranması için yapılan harcamaların tazmin edilmesi de dolaylı zarar kapsamındadır.⁶² Bu harcamalar kamu otoriteleri, hastaneler, morglar ve cezaevlerine ziyaretleri; uçak biletleri, konaklama ve yiyecek gibi seyahat harcamalarını; telefon görüşmelerini ve naaşın yeri saptanmışsa cenaze masraflarını içerebilir.⁶³ Mahkeme bazı davalarda kayıp yakınlarını aramak için işlerinden ayrılan aile üyelerinin kaybettikleri kazançların tazminine de hükmetmiştir.⁶⁴

Mahkeme ayrıca zaman içinde, aile servetine zarar kavramı ile ifade etmeye başladığı bir maddi zarar kategorisi oluşturmuştur. Bu kapsamda Mahkeme,

269; The Caracazo/Venezuela (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 95, 29/8/2002, § 50(d); "Sokak Çocukları" (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 77, 26/5/2001, § 79; Neira-Alegría ve Diğerleri/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 29, 19/9/1996, § 50; Cesti-Hurtado/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 78, 31/5/2001, § 46; Ivcher-Bronstein/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 74, 6/2/2001, §§ 181, 191/8; Baena-Ricardo ve Diğerleri/Panama (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 72, 2/2/2001, § 205.

⁵⁸ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 48; Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 50.

⁵⁹ Bámaca-Velásquez/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 91, 22/2/2002, § 43.

⁶⁰ Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", s. 514.

⁶¹ Tibi/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 114, 7/9/2004, § 237/b-d; Carpio-Nicolle ve Diğerleri/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 117, 22/11/2004, §§ 112-113; Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 101, 25/11/2003, § 253/2.

⁶² Örneğin: Trujillo-Oroza/Bolivya (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 92, 27/2/2002, § 74(a); Bámaca-Velásquez/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 91, 22/2/2002, § 54(c).

⁶³ Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, s. 234.

⁶⁴ Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 101, 25/11/2003, § 253/1; Bámaca-Velásquez/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 91, 22/2/2002, § 54(a).

neden olunan hasarın tam miktar veya değerini gösteren uygun mekanizma bulunmasa dahi, belirli koşullarda aile servetine zararın tazminine hükmetmiştir.⁶⁵

2. Manevi Zararlar

Amerika Mahkemesinin, Uluslararası Daimi Adalet Divanı ile hakem heyetleri içtihatlarına atıfla belirttiği üzere tazminat, mağdurlar tarafından katlanılan manevi zararları da içerir.⁶⁶ Bu kapsamda ihlalin mağdurların yaşamlarına neden olduğu üzüntü ve eza manevi zararlardır. Dolayısıyla manevi zarar, Amerika

⁶⁵ Bu koşullar; devlete atfedilebilen eylemlerin doğrudan sonucu olarak aile üyelerinin yaşam kalitesi ve koşullarında esaslı değişiklik, sürgün veya ev değiştirmeye bağlantılı harcamalar, yeni sosyal bünyeye dahil olma harcamaları, ihlallerin sonucu olarak kaybedilen işi edinmek için yapılan harcamalar, öğrenim görememe ile ilgili harcamalar ve ailenin servet kaybı yanında fiziksel, ruhsal ve duygusal sağlığına yönelik hasardır. (Gutiérrez ve Ailesi/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 271, 25/11/2013, § 182).

2004 yılında verdiği kararda Mahkeme, zorla kaybedilen mağdurun ebeveynlerinin ve kızkardeşlerinin, kaçırıldığında 14 yaşında olan mağduru arama ve sorumluların soruşturulması, kimliklerinin belirlenmesi ve cezalandırılması için çeşitli adımlar atma sürecinde işlerini bıraktıklarını ve bunun maddi kayıplara neden olduğunu, mağdurun zorla kaybı yanında mağdurun kızkardeşinin eşinin öldürülmesinin de ailede yarattığı korku ve kederle Guatemala'yı terk etmeye zorlandıklarını ve ancak yıllar sonra Kosta Rika'da yeniden birleşebildiklerini tespit etmiştir. Sürgün, ailenin yeni bir hayat kurma zorunluluğu ile dikkate değer maddi kaybına yol açmıştır. Bu saptamalara dayanarak Mahkeme, aile varlıklarına yönelik zarar başlığı altında hakkaniyet ölçütüyle tazminata hükmetmiştir. (Molina-Theissen/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 108, 3/7/2004, §§ 59-60). Bu, "aile varlıkları" kavramının ilk olarak ortaya çıktığı karardır. (Quintana, "Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach Conference", ss. 1384-1385).

Mahkeme 2005 yılına ait Gutiérrez-Soler/Kolombiya kararında, "Aile Tarafından Uğranılan Maddi Zararlar" başlığında mağdur yanında mağdurun yakınlarının da tehdit, taciz ve saldırı hareketlerinden derin bir şekilde etkilendiğini tespit etmiştir. Bu kapsamda mağdurun ebeveynlerinin tehditler ve evlerine bomba yerleştirilmesiyle Bogotá'yı terk etmeye zorlandıklarına, erkek kardeşinin evine bomba gönderildiğine ve işyerinde çok kez arama ve tacize maruz kaldığına ve mağdurun çocuğunun bilinmeyen kişiler tarafından kaçırılmaya çalışıldığına işaret edilmiştir. Bu koşullar mağdurun ailesini birçok kez taşınmaya zorlamış ve mağdurun sürekli bir iş bularak ailesinin bakımını üstlenmesini imkânsız kılmıştır. Ayrıca mağdurun bazı çocukları ailelerinden ayrılmış ve mali zorluklarla yüzyüze gelmiş, eğitimlerine devam etme veya tercihleri yönünde sürdürme olanakları daralmıştır. Mahkeme kaybın miktarının belirlenmesi için yeterli delil bulunmasa da, Gutiérrez-Soler ailesinin istikrarsız yaşam koşulları içerisinde bulunmaları anlamına gelen bu sonuçların aile varlığı üzerindeki olumsuz etkisinin açık olduğunu ve bu değişimlerin ihlallerin doğrudan sonucu durumunda bulunduğunu belirterek Devletin ailenin maddi zararları için tazminat ödemesini emretmiştir. (Gutiérrez-Soler/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 132, 12/9/2005, §§ 77-78).

⁶⁶ Aloboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 50.

Sözleşmesinde yer alan bir hakkın ihlalinin parasal veya malvarlığına yönelik olmayan zararlı etkilerine işaret eder. Manevi zarar, doğrudan mağdurun yakınlarının ihlal nedeniyle yaşadıkları üzüntü ve ezayı da kapsar.⁶⁷

Bazı durumlarda Mahkeme manevi zararı varsaymakta, ayrıca kanıtlanmasını gerekli görmemektedir. Mahkemeye göre işkence,⁶⁸ zorla kayıp,⁶⁹ keyfi gözaltı⁷⁰ ve yargısız infaz⁷¹ içeren ihlallerde üzüntü, ızdırap, derin acı, dehşet, acizlik ve güvensizlik duyguları insan doğasından kaynaklandığından manevi zarar aşikârdır, kanıtlanmaya ihtiyaç göstermez. Mahkeme, bazı ağır durumlarda mağdurun ebeveyn, eş veya partner, çocuklar ve kardeşlerini kapsayan ya-

⁶⁷ Huilca-Tecse/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 96; Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), § 125; Acosta-Calderón/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 158.

Ancak yargısız infaz (The Gómez-Paquiyaury Kardeşler/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 110, 8/7/2004, §§ 118-119; Juan Humberto Sánchez/Honduras (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 99, 7/6/2003, § 101), zorla kaybetme (Rochac Hernández ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 285, 14/10/2014, § 122; Trujillo-Oroza/Bolivya (Onarım ve Masraflar), § 114; Gudiel Álvarez ve Diğerleri ("Diario Militar")/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 253, 20/11/2012, § 301; Bámaca-Velásquez/Guatemala (Esas), AAİHM, Series C No. 70, 25/11/2000, §§ 160, 165; Blake/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 57; Blake/Guatemala (Esas), AAİHM, Series C No. 36, 24/1/1998, §§ 114, 116) ve işkence (Cantoral-Benavides/Peru (Esas), AAİHM, Series C No. 69, 18/8/2000, § 105; The "Street Children" (Villagran-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Esas), AAİHM, Series C No. 63, 19/11/1999, § 177; Tibi/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 160-162) davalarında Mahkeme sıklıkla, bu ihlallere doğrudan maruz kalan mağdurun aile üyelerinin Sözleşmenin 5. maddesinde yer alan ruhsal ve manevi bütünlük haklarının; hak dağıtmaktan kaçınma davalarında da yakınları yerine hukuksal başvuru yollarını takip eden aile üyelerinin koşullara bağlı olarak 5. madde yanında 8. madde (adil yargılanma) ve 25. maddede (yargısal korunma) koruma altına alınan haklarının (Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 218; Bámaca-Velásquez/Guatemala (Esas), § 196) ihlal edildiğine karar vermektedir. (Antkowiak, Gonza, The American Convention on Human Rights, s. 290). Mahkeme, doğrudan mağdurun zorla kaybetme, yargısız infaz veya işkence gibi ağır bir ihlale maruz kaldığı durumlarda 5. maddenin 1. fıkrasının ebeveynleri, çocukları, eşleri ve sürekli partnerleri bakımından ihlal edildiğine dair karine benimsemiştir. Diğer başvuru sahiplerinin ise, yakın ilişkiyi gösteren delil sunması beklenmektedir. 8 ve 25. madde ihlalleri ise, sürünceme ve çarpıklıklardan muzdarip yargısal süreçlere katılımı gösteren delilleri gerektirmektedir. (Antkowiak, Gonza, The American Convention on Human Rights, ss. 290-291).

⁶⁸ Lori Berenson-Mejía/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 119, 25/11/2004, § 237; Maritza Urrutia/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 103, 27/11/2003, § 168.

⁶⁹ Chitay Nech ve Diğerleri/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 276.

⁷⁰ Maritza Urrutia/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 168.

⁷¹ Rochela Katliamı/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 163, 11/5/2007, § 256; Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 51.

kın akrabaları bakımından da benzer bir karine benimsemiştir.⁷² Aloeboetoe kararında Mahkeme, çocuklarına yapılan zulüm karşısında her insanın acı çekmesi özünde insani olduğu için ebeveynlerin çocuklarının zalimce öldürülmeleri sonucunda manevi olarak acı çektiklerinin varsayılabilmesine işaret etmiştir.⁷³

Manevi zararlar ayrıca, kişi için çok önemli kişisel değerlere⁷⁴ veya çok önemli değeri haiz nesnelere zarar ile mağdur veya ailesinin yaşam koşullarında parayla ölçülemeyen değişimler karşısında duydukları üzüntü ve ızdırabı da kapsar.⁷⁵ Mahkemenin yerli topluluklara ilişkin mülkiyet hakkına dayalı davalarında, topluluklar ile üzerinde yaşadıkları toprak ve doğal kaynaklar⁷⁶ arasındaki geleneksel bağ dolayısıyla manevi zararlar önemli bir yer tutmuştur.⁷⁷ Mahkemeye göre, yerli halkların toprakla yakın bağları kültürlerinin, spiritüel yaşamlarının, bütünlüklerinin ve ekonomik bakımdan yaşamlarını sürdürmelerinin asli temeli olarak anlaşılmalı ve tanınmalıdır. Yerli topluluklar için toprakla ilişkiler sadece bir mülkiyet ve üretim sorunu değildir.⁷⁸ Toprağın özel sosyal ve spiritüel anlamları bulunmaktadır. Mahkemeye göre bu koşullarda mülkiyet haklarının kullanımı veya bu haklardan faydalanmalarının engellenmesi, bu halkların gelecek kuşaklara devredilecek kültürel mirasları ile kimlik ve yaşamlarına yönelik telafi edilemeyecek bir tehlikeyle karşı karşıya olan üyeleri için çok önemli olan değerlere zarar vermektedir.⁷⁹ Bu kapsamda Mahkeme, Sawhoyamaya Yerli Topluluğu/Paraguay

⁷² Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", s. 521.

⁷³ Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 76.

⁷⁴ Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), § 125; Acosta-Calderón/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 158.

⁷⁵ Huilca-Tecse/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 96; Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), § 125; Acosta-Calderón/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 158.

⁷⁶ Yakyé Axa Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 125, 17/6/2005, § 137.

⁷⁷ Örneğin: Xákmok Kásek Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 214, 24/8/2010; Sawhoyamaya Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 146, 29/3/2006; Saramaka Halkı/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 172, 28/11/2007; Sarayaku'nun Kichwa Yerli Topluluğu/Ekvador (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 245, 27/6/2012, § 322.

⁷⁸ Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğu/Nikaragua (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 79, 31/8/2001, § 149. Bu, komünal mülkiyet hakkını ve ayrıca yerli örfünü devlet eliyle uygulanacak hak ve yükümlülüklerin kaynağı olarak tanıyan ilk uluslararası karardır. (Claudio Grossman, "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future", *Indiana Law Journal*, 2008, C. 83, S. 4, s. 1278).

⁷⁹ Xákmok Kásek Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), § 321; Sawhoyamaya Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), § 222.

kararının “Manevi Zararlar” başlığında devletin, hakkaniyet gereklerine dayalı olarak Mahkeme tarafından belirlenen belirli miktar parayı tahsis ederek topluluk üyelerine devredilecek topraklarda bir topluluk kalkınma fonu kurmasına hükmetmiştir. Fon, topluluk üyeleri yararına içme suyu sağlama ve sıhhi altyapı inşası yanında eğitim, barınma, tarım ve sağlık projeleri için kullanılacaktır. Bu projeler, bir uygulama komitesi tarafından saptanacaktır.⁸⁰

Saramaka Halkı kararının “Maddi Olmayan Zararlar” başlığında da Mahkeme, Saramaka halkının aynı zamanda spiritüel bağlar geliştirdiği toprağı yüzyıllardır kullandığı ve üzerinde yaşadığına dikkat çekerek toprak üzerindeki haklarının ihlalinin temel kültürel ve spiritüel değerlerinin aşağılanması anlamına geldiğini belirlemiştir. Ayrıca Mahkeme, ihlale karşı kendilerini korumayan bir ulusal hukuk sistemi karşısında duydukları hayal kırıklığı yanında topluluk üyelerinin toprak üzerindeki haklarının hukuken tanınması için gösterdikleri uzun ve süregelen uğraşlar dolayısıyla katlandıkları üzüntü ve sıkıntının tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Böylece Mahkemeye göre Saramaka halkına toplum dokularındaki değişikliklere neden olunarak verilen maddi olmayan zarar, üyelerine adil bir tazminata hak kazandırmaktadır. Bu gerekçelerle Mahkeme Devletin, geleneksel topraklarındaki Saramaka halkı üyeleri lehine kurulacak bir topluluk geliştirme fonuna hakkaniyete dayalı olarak belirlenen meblağı tahsis etmesine karar vermiştir. Fon, elektrik ve içme suyu sağlama yanında eğitim, barınma, tarım ve sağlık projelerini finanse etmek üzere kullanılacaktır.⁸¹

Mahkemenin, yerli topluluklarla ilgili kararlarında manevi tazminat ile tatmin tedbirleri bir araya gelmektedir. Bu nedenle bu kararlar, manevi zararın onarımı bakımından dikkate değerdir. Mahkemeye göre manevi zarar, para ölçüsüyle tam karşılığının belirlenmesi mümkün olmadığından, mağdurlara bütün bir onarımın sağlanması için ancak iki biçimde tazmin edilebilmektedir. İlki, Mahkemenin yargısal takdirin makul kullanımı ve hakkaniyet ölçütleriyle karar vereceği, para ile miktarı belirlenebilen mal ve hizmetlerin sağlanması

⁸⁰ Sawhoyamaya Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), § 224.

⁸¹ Saramaka Halkı/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 200-201.

Her ne kadar Mayagna kararı, fon programlarının tasarlanmasında topluluk üyelerinin katılımını gerektirmekte idiyse de [Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğu/Nikaragua (Esas, Onarım ve Masraflar), § 173(6)] Mahkeme ancak Sarayaku'nun Kichwa Yerli Halkı/Ekvador kararı ile fonlar üzerindeki sınırlamaları kaldırmış, topluluğa varlıklar üzerinde tam kontrol vermiştir. (Antkowiak, Gonza, The American Convention on Human Rights, ss. 299-300). Bu kararında Mahkeme tazminat miktarını belirleyerek doğrudan ödenmesine karar vermiştir. (Sarayaku'nun Kichwa Yerli Halkı/Ekvador (Esas ve Onarım), § 323).

veya belirli bir meblağın ödenmesidir.⁸² Bu kapsamda parasal olarak belirlenmeye müsait manevi zararlar tazmin edilmektedir.⁸³ Ancak bu belirleme maddi zararlardan farklı olarak faturalar, harcama kayıtları, gelecek gelire ilişkin matematiksel tahminlere dayalı olarak objektif biçimde yapılamayacağından mutlak bir kurala bağlı ölçüm temelinde değil her davanın mevcut koşulları içerisinde hakkaniyet esasına bağlı olarak gerçekleştirilmektedir.⁸⁴ İkincisi ise, kapsam veya etkilerinde kamusal olan iş veya eylemlerin gerçekleştirilmesidir.⁸⁵ Bunlar, söz konusu ihlalleri kınayan ve tekrarlanmalarını temin etmek üzere tasarlanmış girişimlere bağlılığı ortaya koyan resmi bir mesajın yayımlanması gibi eylemleri kapsamaktadır.⁸⁶ Tazminat kavramı daha geniş anlamda kullanımları⁸⁷ bir yana insan hakları hukukunda genel olarak⁸⁸ ve bu makalede, ihlali devlet tarafından belirli bir meblağ para ödemesini içerdiğinden içerikleri dolayısıyla ilk biçim tazminat kategorisinde, ikincisi ise tatmin tedbirleri kapsamında değerlendirilecektir. Mahkeme içtihadı da, kararların tazminat başlıkları kapsamında belirli bir meblağın ödenmesi veya para tahsisi ile belirli hizmetlerin karşılanması değerlendirildiğinden bu tür bir yöntem uygun düşmektedir. Ancak bu aşamada Mahkemenin tatmin tedbirleri bakımından ortaya çıkan temel bir husus, tatmin tedbirlerinin ihlalin manevi sonuçlarının onarılmasına yönelik oldukları ve bu yolda manevi tazminatla birlikte bu sonuçların tam telafisini sağlamak üzere işlevselleştirildikleridir.

3. Yaşam Planı

Yaşam planı kavramı, Mahkeme içtihadında ilk olarak 1998 yılında görülen Loayza Tamayo/Peru davasında ortaya çıkmıştır. Konu; gözaltına alınan, işken-

⁸² Huilca-Tecse/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 96; Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), § 125; Acosta-Calderón/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 158.

⁸³ Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", s. 513.

⁸⁴ Castillo-Páez/Peru (Onarım ve Masraflar), § 84.

⁸⁵ Huilca-Tecse/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 96; Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), § 125; Acosta-Calderón/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 158.

⁸⁶ Huilca-Tecse/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 96.

⁸⁷ Bakınız: Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, West Publishing, United States of America, 9. baskı, 2009, s. 322, Compensation (tazminat) başlığı.

⁸⁸ Bakınız: Condé, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, s. 41, Compensation (tazminat) başlığı; Martin (ed.), *A Dictionary of Law*, s. 98, Compensation (tazminat) başlığı; uluslararası hukuk kapsamında: Uzun, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, s. 102.

ce gören ve adil yargılama hakkına yönelik çok sayıda ihlale maruz kalan bir üniversite eğitmeni olan mağdurun Mahkemeden, “yaşam planı”na zarar biçiminde hak ettiği tazminata hükmedilmesi talebi ile gündeme gelmiştir. Mahkemeye göre yaşam planı kavramı, ilgili kişinin önemli bir varoluşsal değere sahip olan kendini gerçekleştirme ile ilgilidir ve kişinin makul olarak kendisine belirli hedefler koymasını ve bunlara ulaşmasını olanaklı kılan özgül koşullarını, potansiyelini, tutkularını ve hayattan beklentilerini dikkate alır. Loayza-Tamayo/Peru davasında Mahkeme, mağdurun yaşam planının kati veya kaçınılmaz olmasa da, kişinin doğal ve öngörülebilir gelişimi karşısında ihtimal dahilinde olmakla akla yatkın bir durum teşkil ettiğine, fakat bu gelişimin mağdurun insan haklarının ihlal edilmesiyle akamete uğratıldığına işaret etmiştir. Bu bakımdan pratikte hem akla yatkın hem de ulaşılabilir bir beklenti olarak anlaşılan yaşam planına yönelik zarar, kişinin kendini geliştirme beklentilerinin onarılmaz veya sadece çok büyük bir güçle onarılabilir bir şekilde azalmasını veya kaybını içerir. Bununla birlikte Mahkeme, ne içtihadın ne de doktrinin yaşam planına verilen zararını parasal ölçütlerle ifade edilebilecek noktaya geldiğine işaret ederek zararın miktarını belirlemekten kaçınmış; mağdurun uluslararası mahkemelere başvurusu ve uygun kararların alınmasının bu tür zararlar için bir ölçüde tatmin tedbiri teşkil edeceğini belirtmiştir.⁸⁹

Mahkeme, Loayza-Tamayo/Peru kararında yaşam planına yönelik zarara ilişkin tartışmaya maddi ve manevi tazminat başlıkları ardından ayrı bir “Yaşam Planı” başlığı altında yer vermişse de, 2001 yılında verilen Cantoral-Benavides/Peru kararında, “Manevi Zararlar” başlığının son paragrafında mağdurun yaşam planına verilen hasar için tazminatın diğer bir bölümde tartışılacağına işaret etmiştir. Ardından, “Diğer Onarımlar” başlığı altında mağdurun yaşam planının iade edilmesinin en uygun yolunun, Devletin mağdura üniversite veya ileri araştırma çalışmaları için burs sağlaması olduğuna karar vermiştir.⁹⁰

Mahkeme, 2005 yılında verdiği Gutiérrez-Soler/Kolombiya kararında “C) Manevi Zarar” ardından açılan “D) Yaşam Projesi” başlığında, ihlalin sonucu olarak mağdurun yaşam projesine yönelik zararın gerçekleşmiş olduğunu teslim etmekle birlikte diğer davalarda olduğu gibi, bu zararın finansal olarak tazmin edilmemesine karar vermiştir. Zira Mahkemeye göre “yaşam projesi”ne verilen zararın karmaşık ve kapsayıcı niteliği, finansal alanın ötesine geçen tatmin ve

⁸⁹ Loayza-Tamayo/Peru (Onarım ve Masraflar), §§ 144, 147-150, 152.

⁹⁰ Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), AAiHM, Series C No. 88, 3/12/2001, §§ 63, 80, 99/6.

tekrarlamama garantilerinin sağlanmasını gerektirmektedir.⁹¹ Kararda; manevi zararın belirlenmesinde, “Tıbbi ve Psikolojik Tedavi” başlığında ve hükmün belirli kısımlarının yayınlanmasına ilişkin paragrafta mağdur ve yakınlarının yaşam projelerine yönelik zarara işaret edilmiştir.⁹²

Nihayetinde Mahkeme erken davalarında bu yaratıcı zarar kategorisinin kuruluşu için içtihadi bir çerçeve çizmeye başlamışsa da, sonrasında bu yolu terk etmiş görünmektedir. Mahkeme hala birçok insan hakları ihlali mağdurunun yaşam planlarına (veya projelerine) verilen zarardan muzdarip olduğunu kabul etse de, bu tür zarar ayrı bir kategori içerisinde tazmin edilmemekte,⁹³ genel olarak tatmin tedbirleri ile telafi edilmeye çalışılmaktadır.⁹⁴

4. Masraf ve Harcamalar

Mahkemeye göre mağdurlar, yakınları⁹⁵ veya temsilcileri tarafından ulusal ve uluslararası düzeylerde adalete erişmek için atılan adımlar; devletin uluslararası sorumluluğu, aleyhine bir kararla açıklandığında tazmin edilmesi gereken harcamalara neden olurlar.⁹⁶ Hukuksal yardım sağlayanların ücretlerini kapsayan⁹⁷ masraf ve harcamalar, Sözleşmenin 63. maddesinin 1. fıkrasında vücut bulan onarım kavramına içkindir.⁹⁸ Mahkeme, hem ulusal otoriteler hem de

⁹¹ Bununla birlikte Mahkeme, hiçbir telafi biçiminin mağdura haksız olarak yoksun bırakıldığı kendini gerçekleştirme seçeneklerini geri veremeyeceğinin ve yeni seçenekler sağlayamayacağına altını çizmiştir.

Gutiérrez-Soler/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 89.

⁹² Gutiérrez-Soler/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 84(e), 101, 105.

⁹³ Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, ss. 245-246.

⁹⁴ Gutiérrez-Soler/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 105; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), §§ 80, 99/6; Gómez-Palomino/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 136, 22/11/2005, § 144.

⁹⁵ Aloboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 111; Caballero-Delgado ve Santana/Kolombiya (Esas), AAİHM, Series C No. 22, 8/12/1995, § 71.

⁹⁶ Dacosta Cadogan/Barbados (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 204, 24/9/2009, § 119; “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos ve Diğerleri)/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 73, 5/2/2001, § 100.

⁹⁷ Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 85; Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 80.

⁹⁸ Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 213, 26/5/2010, § 254; “Las Dos Erres” Katliamı/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 211, 24/11/2009, § 296; Radilla-Pacheco/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 209, 23/11/2009, § 376; Anzualdo Cast-

Amerikalılar Arası Sisteme başvuru sürecinde ortaya çıkan masraf ve harcamaların geri ödenmesinin kapsamını, davanın özel koşullarını ve insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası yargı yetkisinin doğasını dikkate alarak hassas bir şekilde belirlemektedir.⁹⁹ Değerlendirme, tutarlar makul olduğu ölçüde tarafların gösterdikleri harcamalara ve hakkaniyet ilkesine dayanarak yapılmaktadır.¹⁰⁰ Bu bakımdan ancak, davanın özelliklerine bağlı olarak makul ve gerekli olanlar ile mağdur veya temsilcisi tarafından fiilen ödenen veya ödeme taahhüdünde bulunulan masrafların geri ödenmesi sağlanmaktadır.¹⁰¹ Her ne kadar Mahkeme, öncesinde dolaylı zararlar içerisinde değerlendirdiği masraf ve harcamalara ayrı bir kalem olarak hükmetmeye başlamışsa da, bunlar ihlalin zararlı sonuçlarının üzerine gitme çabalarının parçası olarak mağdurlara ve yakınlarına doğrudan yüklenmiş olduklarından, dolaylı zararların tazmin edilmesi kapsamında tartışılmaları daha uygun ve yerinde olacaktır.¹⁰²

B. İhlalin Soruşturulması ve Sorumluların Yargılanmaları

Amerikalılar Arası Mahkeme, Garrido ve Baigorria/Arjantin kararıyla ilk kez, bir kararının hüküm kısmında devletin mağdurun Sözleşmede yer alan haklarının ihlaline yol açan vakaların soruşturulması ile sorumluların yargılanması ve cezalandırılması emrine yer vermiştir. Oysa, bir başka zorla kayıp davası olan Velásquez Rodríguez davasından itibaren, yaşam hakkı ihlaline yönelik onarımın biçiminin öncelikle maddi tazminat olduğu şeklinde bir Mahkeme uygulaması söz konusu olmuştur.¹⁰³ Aslında Velásquez Rodríguez esas hakkında kararının hüküm kısmında sadece tazminat emrine yer verilmişse de, devletin

ro/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAIHM, Series C No. 202, 22/9/2009, § 223; Dacosta Cadogan/Barbados (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 115, 119; Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 79.

⁹⁹ Dacosta Cadogan/Barbados (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 119; "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos ve Diğerleri)/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 100; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 85.

Bu bağlamda Amerikalılar Arası Sisteme başvuru sürecinin diğer ulusal veya uluslararası usullerinkilerden farklılaşan özellikleri de dikkate alınmaktadır. (Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 85).

¹⁰⁰ Dacosta Cadogan/Barbados (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 119; "The Last Temptation of Christ" (Olmedo-Bustos ve Diğerleri)/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 100.

¹⁰¹ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 80.

¹⁰² Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", s. 513-514, 519.

¹⁰³ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), §§ 41, 91/4.

soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüklerine karar içerisinde işaret edilmiştir.¹⁰⁴ Mahkeme, Velásquez Rodríguez onarım kararında Devletin soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülüklerinin esas hakkında kararın hüküm kısmında açıkça içerilmemesine karşın, yargısal bir kararın temellerinin tek bir kararın parçaları olduğunu, dolayısıyla tamamen yerine getirilene kadar devletin bu yükümlülüklerinin devam ettiğini belirtmiştir.¹⁰⁵

Velásquez Rodríguez kararında devletin soruşturma, yargılama ve cezalandırma yükümlülükleri, Sözleşmenin 1. maddesine dayandırılmıştır. Mahkeme, 1. fıkranın içerdiği yükümlülüklerden ilkinin, taraf devletlerin Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere saygı gösterme; diğerinin ise, yetkisi altına giren herkesin bu hak ve özgürlükleri serbest ve tam olarak kullanmasını temin etme yükümlülüğü olduğunu tekrar etmiştir. Mahkemeye göre bu ikinci yükümlülük, taraf devletlerin yönetim aygıtını ve genel olarak kamusal iktidarın kullanıldığı tüm yapıları insan haklarının serbest ve tam kullanımını hukuken temin etme kabiliyetine sahip olacak şekilde düzenleme ödevini içermektedir. Bu yükümlülüğün sonucu olarak devletler, Sözleşmede koruma altına alınan hakların herhangi bir ihlalini önlemek, soruşturmak, cezalandırmak ve hatta eğer mümkünse ihlal edilen hakkı iade etmeye çalışmak ve ihlalden doğan zararları tazmin etmek durumundadırlar.¹⁰⁶ Bu çerçevede soruşturma ve yargılama yükümlülüğü, devletlerin 63. maddede temellenen telafi yükümlülüklerinden bağımsız olarak doğmaktaydı.¹⁰⁷ Nitekim Mahkeme, kararın Sözleşmenin onarıma ilişkin genel hükmü olan 63. maddesine işaret edilerek başlayan XII. kısmında sadece tazminata ilişkin hususları tartışmıştır.¹⁰⁸

Garrido ve Baigorria/Arjantin kararında da Mahkeme, eşit önemde olsalar da, hakların etkili kullanımını temin ve garanti etme ile onarım yükümlülüklerinin birbirinden bağımsız ve farklı olduğuna işaret etmiştir. Zira 63/1. maddede yer alan onarım, hukuka aykırı eylemin kendisinden doğrudan etkilenen ile ailesi veya yakın arkadaşları üzerindeki sonuçlarını ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Tedbir, bireysel bir durum için onarıma yöneldiğinden etkilenen taraf bu hakkından vazgeçme hakkına sahiptir. Bu durumda, bir insan hakları ihlali-

¹⁰⁴ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), § 174.

¹⁰⁵ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), § 35.

¹⁰⁶ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), §§ 165-166.

¹⁰⁷ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 367.

¹⁰⁸ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas).

nin mağduru olan, özellikle bir yetişkin bireyse, hak kazandığı tazminattan vazgeçtiğinde Mahkeme itiraz edemeyecektir. Mağdur taraf insan hakları ihlalinin faillerini affedebilirse de, takibi şikâyete bağlı suçlar dışında devlet yine de faile yaptırım uygulamakla yükümlüdür. Devletin ihlali soruşturma ve sorumlu olanları cezalandırma yükümlülüğü ise, hukuka aykırı eylemin etkilenen kişi üzerindeki sonuçlarını ortadan kaldırmaz. Bu yükümlülüğün amacı, her taraf devletin hukuksal sistemi içerisinde Sözleşmede tanınan hak ve özgürlükleri temin etmesidir.¹⁰⁹

Bununla birlikte, ihlallerin soruşturulması ve failerin yargılanmaları aynı zamanda, mağdurlar ve yakınlarına tatmin sağlayarak bireysel düzeyde önemli bir onarıcı işlev görmektedir.¹¹⁰ Bu kapsamda Mahkeme özellikle insan hakları ihlali mağdurunun ve yakınlarının, uygun olması halinde, hakikati bilmeye haklarının olduğunu vurgulamıştır.¹¹¹ Mahkeme, görüştüğü mağdur yakınlarının çoğunun mevcut durumun belirsizliğinin üstesinden gelmek için hakikati bilmeye yönelik temel bir ihtiyaç içerisinde bulduklarını ifade ettiğini belirten davanın uzman tanığına atıfla, hakikatin resmen kabulünün mağdur yakınlarının duygusal iyileşmeleri için önemli bir adım olduğuna işaret etmiştir.¹¹² Nihayetinde mağdur artık kişisel enerjisini yas tutmaya, duygusal, sosyal ve iş ilişkilerini yeniden kurmaya, yeni

¹⁰⁹ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 72.

¹¹⁰ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2012.pdf, (9/4/2023), s. 19; Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 367.

Zorla kayıp gibi devlet terörizmi ve aşırı şiddet eylemlerini inkâr etme veya görünmez kılma niyetini ifade eden cezasızlığın mağdur üzerindeki etkileri için bakınız: Mental Health Team of the Center for Legal and Social Studies, "Reparations: A Judicial and Symbolic Act", *Comprehensive Attention to Victims of Torture in Cases under Litigation - Psychosocial Contributions*, Inter-American Institute of Human Rights, San José, 2009, ss. 279-280.

¹¹¹ Tibi/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 257; The Gómez-Paquiyaury Kardeşler/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 230; Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 274; Trujillo-Oroza/Bolivya (Onarım ve Masraflar), § 114. Ayrıntılı bilgi için bakınız: Anzualdo Castro/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 118.

Mahkeme, ilk kez Velásquez Rodríguez kararında akrabalarının mağdurların akıbeti ve eğer öldürülmüşlerse vücut kalıntılarının yeri konusunda bilgilendirilme haklarının varlığını teyit etmiştir. (Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), § 181; Maidanik ve Diğerleri/Uruguay (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 444, 15/11/2021, § 220).

Hakikat hakkı ile adalete erişim hakkı arasındaki ilişki için bakınız: Anzualdo Castro/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 118, 124.

¹¹² On Dokuz Tacir/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 109, 5/7/2004, § 72.

bir yaşam tasarısı inşasına yöneltebilecektir.¹¹³ Diğer yandan ihlal, toplumun kendisini aracılığıyla tanımladığı çekirdek değerlere saldırdığından bir bütün olarak topluma yönelik bir onarım biçimi olarak görülebilir.¹¹⁴ Nitekim Mahkeme, soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğünün cezasızlıkla mücadele ile ihlallerin tekrarının önlenmesi bakımından da işlevini vurgulamaktadır.¹¹⁵ Hatta Mahkeme *Moiwana Topluluğu/Surinam* kararında 201. paragrafta söz konusu bölümde manevi zararların onarımına yönelik tatmin tedbirlerini belirleyeceğine işaret ettikten sonra, aynı bölüm içerisinde bulunan 207. paragrafta devletin ihlali soruşturma, sorumluları yargılama ve uygun olması halinde cezalandırma yükümlülüklerine yer vermiştir.¹¹⁶ Nihayetinde onarıcı işlevleri dolayısıyla insan hakları ihlallerinin soruşturulması ve sorumluların cezalandırılmalarına yönelik yükümlülük, Mahkeme kararlarında onarım üst başlığı içerisinde yer almış¹¹⁷, Mahkemenin 2012 yılı raporunda da onarım başlığında değerlendirilmiştir.¹¹⁸

¹¹³ Mental Health Team of the Center for Legal and Social Studies, “Reparations: A Judicial and Symbolic Act”, s. 280.

¹¹⁴ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 14.

¹¹⁵ *Beyaz Kamyonet (Paniagua-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Esas)*, AAİHM, Series C No. 37, 8/3/1998, § 173; *Anzualdo Castro/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar)*, § 182.

¹¹⁶ *Moiwana Topluluğu/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar)*, AAİHM, Series C No. 124, 15/6/2005.

¹¹⁷ Örneğin: *Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar)*, §§ 32-35; *Contreras ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar)*, AAİHM, Series C No. 232, 31/8/2011; *Mendoza ve Diğerleri/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar)*, AAİHM, Series C No. 260, 14/5/2013; *Tibi/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar)*, “Diğer Onarım Biçimleri (Tatmin Tedbirleri ve Tekrarlamama Garantileri)” başlığında; *Carpio-Nicolle ve Diğerleri/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar)*, “(D) Diğer Onarım Biçimleri (Tatmin Tedbirleri ve Tekrarlamama Garantileri)” başlığında; *Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar)*, AAİHM, Series C No. 447, 25/11/2021, § 159; *Atenco’daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar)*, AAİHM, Series C No. 371, 28/11/2018; *Maidanik ve Diğerleri/Uruguay (Esas ve Onarım)*; *Julien Grisonas Ailesi/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar)*, AAİHM, Series C No. 437, 23/9/2021; *González ve Diğerleri/Venezuela (Esas ve Onarım)*, AAİHM, Series C No. 436, 20/9/2021; *Barbosa De Souza ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar)*, AAİHM, Series C No. 435, 7/9/2021; *Garzón Guzmán ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar)*, AAİHM, Series C No. 434, 1/9/2021.

¹¹⁸ *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu*, s. 17, 18; *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2011 yılı raporu*, https://corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2011.pdf (9/4/2023), s. 19, 20.

BM İnsan Hakları Komitesi de, *Diğerleri* gibi hukuken bağlayıcı nitelikte bulunmayan 31 numaralı Genel Yorumunda insan hakları ihlallerinin faillerinin yargılanmalarına onarım kapsamında yer vermiştir. UN Human Rights Committee (HRC), *General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*,

Sözleşmede koruma altına alınan hakların ihlallerinin etkili soruşturmaların nasıl yerine getirileceğine ilişkin etraflı bir şekilde yol gösteren¹¹⁹ Mahkemenin, devletin ceza hukuku kapsamına girdiğine işaret ederek kovuşturma ve cezalandırma hakkında sadece genel ilkeleri sunduğu görülmektedir.¹²⁰ Bunlardan öne çıkan biri, ağır insan hakları ihlallerinin kovuşturulmalarının askeri değil olağan mahkemeler tarafından yürütülmesi gerektiğidir.¹²¹

C. Eski Hale Getirme

Amerika Sözleşmesi ile sağlanan telafi potansiyelinin keşfedilmesi sürecindeki belirleyici adımlardan biri, Loayza-Tamayo/Peru kararı¹²² ile atılmıştır. Bu karar, yaşam planı kavramının ortaya çıktığı karar olmasının yanında, eski hale getirme tedbirlerinin emredilmesinin de başlangıcına işaret etmektedir.¹²³ Eski

CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26/5/2004, <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html> (9/4/2023), § 16.

¹¹⁹ Soruşturma yükümlülüğü, devletin soruşturma önündeki tüm fiili ve hukuki engelleri kaldırmasını gerektirir. (Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18; Anzaldo Castro/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 182; Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 216; Trujillo-Oroza/Bolivya (Onarım ve Masraflar), § 116).

Soruşturma, formalite icabı olarak etkisiz biçimde gerçekleştirilmemelidir. (Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), § 177; Trujillo-Oroza/Bolivya (Onarım ve Masraflar), § 100; El Amparo/Venezuela (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 28, 14/9/1996, § 61; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 69; Cesti-Hurtado/Peru (Onarım ve Masraflar), § 62; “Sokak Çocukları” (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 100; Beyaz Kamyonet (Paniagua-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 76, 25/5/2001, § 200).

Etkili soruşturmanın gerekleri hakkında bakınız: Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 216; Gelman/Uruguay (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 221, 24/2/2011, § 255; Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), § 177; Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, s. 224-225; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18.

¹²⁰ Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, s. 226.

¹²¹ Bakınız: Tiu Tojín/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 190, 26/11/2008, § 118.

¹²² Loayza-Tamayo/Peru (Onarım ve Masraflar).

¹²³ Antkowiak, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, s. 369.

Ancak Mahkemenin Loayza-Tamayo/Peru kararından önce çözüme kavuşturduğu iki dava da zorla kaybetme uygulamasına ilişkin olduğundan eski hale getirme tedbirlerine konu itibarıyla uygun bulunmamaktadır.

hale getirme tedbirleri, ihlalden önce mevcut olan durumun mümkün olduğunca yeniden kurulmasını içerir.¹²⁴

Eski hale getirme, uluslararası hukuka aykırı bir eylemin etkisinin telafi edileceği yollardan yalnızca birine işaret etmektedir. Belirli durumlarda bu tür bir onarım; mümkün, yeterli veya uygun olmayabilir.¹²⁵ Örneğin; ölüm, zorla kaybetme veya işkence durumlarında eski hale getirme mümkün bulunmamaktadır.¹²⁶ Diğer yandan bireyin geçmiş bir seçimde oy kullanma hakkını kullanmasına engel olunması gibi zamana duyarlı ihlallerde de, eski hale getirme mümkün olmayacaktır.¹²⁷ Eski hale getirme tedbirinin uygun olmamasını ise, her ne kadar Mahkeme bu konuda açık bir belirleme yapmamışsa da, Taslak Maddelerin 35. maddesinden yola çıkarak eski hale getirmenin diğer onarım tedbirleri yerine uygulanmasından doğacak menfaatin devlete ölçüsüz bir yük getirmesi şeklinde yorumlamak mümkündür. Eski hale getirme mümkün veya uygun olmadığına Mahkeme, devletin mümkün olduğunca ihlalin sonuçlarını onarmasına ve zararlar için tazminat ödemesine hükmedecektir.¹²⁸ Eski hale getirme tek başına, ihlal öncesi durumun ihlalin tüm sonuçlarının giderilmesi ile yeniden tesis edilmesi bakımından yeterli olmadığına ise Mahkeme, eski hale getirme tedbirleri yanında uygun düştüğü ölçüde diğer onarım tedbirlerine hükmedecektir.

¹²⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 17.

Taslak Maddelerin 35. maddesinde de eski hale getirme, hukuka aykırı eylem gerçekleştirilmeden önce mevcut olan durumun yeniden tesisi olarak tanımlanmıştır. Benzer biçimde Kılavuzun 19. maddesinde eski hale getirmenin mağdurun ihlalden önceki durumunu mümkün olduğunca yeniden kurması gerektiğine işaret edilmiştir.

¹²⁵ Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 49; Chorzów Fabrikası (Esas) Kararı, s. 48.

¹²⁶ Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, s. 192; Francisco Quintana, "Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach Conference", s. 1383.

¹²⁷ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 298.

¹²⁸ Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, s. 192.

Örneğin Yargının Eski Çalışanları/Guatemala kararında kamu görevlerine keyfi olarak son verilen mağdurlardan önemli bir kısmının öldüğünü veya hâlihazırda emekli olduğunu tespit eden Mahkeme, olağan koşullarda ihlale uygun düşecek eski hale getirmenin söz konusu dava için elverişli olmadığına işaret ederek devletin zararı tazmin etmesini emretmiştir. (Yargının Eski Çalışanları/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 445, 17/11/2021, § 140). Geçen zaman nedeniyle eski hale getirme yerine tazminata başvuru benzer bir karar: Cuya Lavy ve Diğerleri/Peru, (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 438, 28/9/2021, § 194.

Amerikalılar Arası Mahkeme içtihadının eski hale getirme kararları şu tedbirleri içermiştir:¹²⁹

- Sözleşmeye aykırı olarak tutulanların özgürlüklerinin yeniden tesis edilmesi¹³⁰
- Sözleşmeye aykırı olarak el konulan mülkiyetin iadesi¹³¹ ve mülkiyete dayalı hakların kullanımının sağlanması¹³²
- Yerinden edilen mağdurların yerleşim yerlerine geri dönüşlerinin sağlanması¹³³
- Kamu sektöründeki eski işe veya muadiline iade¹³⁴

¹²⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 17.

¹³⁰ Loayza-Tamayo/Peru (Esas), AAİHM, Series C No. 33, 17/9/1997, karar 5; Norín Catrimán ve Diğerleri (Mapuche Yerli Halkı Aktivist, Üye ve Liderleri/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 279, 29/5/2014, § 422 (koşullu olarak salıverilenlerin tam anlamıyla serbest bırakılması emri).

¹³¹ Cantoral-Huamaní ve García-Santa Cruz/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 167, 10/7/2007, § 187; Palamara-Iribarne/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 135, 22/11/2005, § 250.

¹³² Ivcher-Bronstein/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 181, 191/8 (Mağdurun, ilgili şirketin çoğunluk hissedarı olarak haklarını kullanmasının ve bunlardan faydalanmasının sağlanması); Cantos/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 97, 28/11/2002, § 77/4 (Devletin dava harcı ve vekâlet ücretlerinin ödenmesini güvence altına almak üzere mağdurun mülk ve ticari varlıkları üzerine koyduğu haciz, ipotek ve diğer tedbirlerin kaldırılması).

¹³³ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18.

Bu tedbir, mağdurların geri dönüşleri için güvenli koşulların oluşturulmasını içerir. ("Mapiripán Katliamı"/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 134, 15/9/2005, §§ 313, 335/11; Ituango Katliamları/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 148, 1/7/2006, §§ 404, 426/17; Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 140, 31/1/2006, § 287). Zira bu kişiler genellikle paramiliter örgütlerin tehditlerinin devam etmesinden duydukları korku nedeniyle geri dönememektedirler. Mahkeme, önceki yerleşimcilerin geri dönmeye karar vermeleri halinde Devletin güvenliklerini garanti altına alması ve bunun için belirli bir süre boyunca her ay yerleşimcilerle istişarelerde bulunmak üzere yerleşim yerine resmi temsilciler göndermesi gerektiğine hükmetmiştir. Yerleşimcilerin güvenliklerine ilişkin kaygılarını ifade etmeleri halinde Devlet, güvenliği sağlamak üzere tedbirlerden yararlanacaklarla istişare içerisinde tasarlanacak adımları atmaktadır. ("Mapiripán Katliamı"/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 313; benzer karar: Ituango Katliamları/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 404).

¹³⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18.

Apitz Barbera ve Diğerleri ("İdari Uyuşmazlıklar İlk Derece Mahkemesi")/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 182, 5/8/2008, § 246, 267/17; Reverón Trujillo/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 197, 30/6/2009, § emir 7; Baena-Ricardo ve Diğerleri/Panama (Esas, Onarım ve Masraflar), § 203; Loayza-Tamayo/Peru (Onarım ve Masraflar), §§ 113, 192/karar 1; Guevara Díaz/Kosta Rika (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 453, 22/6/2022, §§ 89, 120/5).

- Kayıtların düzeltilmesi
 - Mağdurun suç kaydının ve buna ilişkin diğer kayıtların silinmesi¹³⁵
 - İç savaş sürecinde çocukken kaçırılan ve kendisini kaçıran kişinin soyadı verilen bir mağdurun kimliğinin iadesi için biyolojik ebeveynleri tarafından verilen isim ve soyisim ile tüm kişisel bilgilerinin Devlet kayıtlarında düzeltilmesi¹³⁶
- Adil yargılama garantilerinin ihlali ile verilen ceza mahkûmiyetlerinin geçersiz kılınması¹³⁷
- Mahkeme kararlarıyla düşünce ve ifade özgürlüğü ihlaline neden olan medeni veya cezai sorumluluk yüklenmesinin yargısal, idari ve diğer tedbirlerle iptal edilmesi¹³⁸

¹³⁵ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18.

Devletin bu tedbir kapsamında kendi kayıtlarını silmesi, İnterpol veya özel kuruluşların kayıtlarının silinmesi için ise bu kuruluşları bilgilendirmesi gerekecektir. (Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 170, 21/11/2007, § 260).

Kararlarda “Tatmin ve Tekrarlamama Garantileri” veya “Diğer Onarımlar” başlığında yer verilmiştir. Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 260, 289/8,9; Tristán Donoso/Panamá (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 193, 27/1/2009, § 195; Kimel/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 177, 2/5/2008, § 123; Palamara-Iribarne/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 253, 269/12; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), §§ 77, 78, 99/5; Herrera-Ulloa/Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 107, 2/7/2004, §§ 195, 207/4; Suárez-Rosero/Ekvador (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 44, 20/1/1999, §§ 76, 113/1; Acosta-Calderón/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 165, 175/7 (Mahkeme, suç kaydının silinmesine bir tatmin tedbiri olarak işaret etmiştir). Kanaatimizce, mağdurun manevi zararının telafisiyle tatmin edilmesine yönelik bir boyutu da barındırmakla birlikte, ihlalden önceki hukuksal durumu tesis ettiğinden eski hale getirme niteliğinde bir tedbirdir.

¹³⁶ Contreras ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 195, 250/emir 4.

¹³⁷ Antkowiak, Gonza, The American Convention on Human Rights, s. 302; Herrera-Ulloa/Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 207/4; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 99/5; Cesti-Hurtado/Peru (Esas), AAİHM, Series C No. 56, 29/9/1999, § 199/8.

Pasqualucci, tekrarlamama garantileri kapsamında değerlendirmiştir. (Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, ss. 220-221).

¹³⁸ Moya Chacón ve Diğerleri/ Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 451, 23/5/2022, §§ 102, 135/5; Palacio Urrutia ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 446, 24/11/2021, § 171; Sumpango'nun Maya Kaqchikel Yerli Halkları ve Diğerleri/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 440, 6/10/2021, § 203 (Kararın “Tekrarlamama Garantileri” başlıklı kısmında tartışılan bu emir, yerli topluluk üyeleri aleyhine radyo spektrumunun kullanımı ile ilgili olarak verilen

- Ölüm cezasının infazından kaçınma¹³⁹
- Mağdur tarafından devlete borçlu olunan harç, para cezası ve diğer borçların iptali¹⁴⁰
- Yerel toplulukların geleneksel topraklarına dönüşü, topraklara sınır çekilmesi ve bu topraklar üzerindeki haklarının tanınması¹⁴¹
- Mağdurun tıbbi tedavisinin devamının sağlanması¹⁴²
- Cezaları ölümden müebbet hapse çevrilen mağdurların hapis cezalarının sosyal rehabilitasyonlarını sağlamaya yönelik bir bakışla ve kararda işaret edilen standartlara uygun olarak gözden geçirileceği bir mekanizmanın kurulması.¹⁴³

Mağdurun keyfi olarak gözaltına alınması veya hukuka aykırı olarak elkoyulan nesnelere ilişkin davalarda söz konusu olduğu gibi süregiden ihlal durumlarında eski hale getirme ile ihlalin durdurulması kavramları örtüşür.¹⁴⁴ Bu hallerde eski hale getirme, bir ihlali durdurma emri olarak telakki edilebilir. Ancak bu, bu iki kavramın uygulanmasının birbirini yerine geçebileceği anlamına gelmez. Zira

mahkûmiyetler ile bunlardan doğan tüm sonuçların ortadan kaldırılmasını içermektedir. Böylece söz konusu mahkûmiyetler ve sonuçları, gelecekte herhangi bir amaçla dikkate alınmayacaklardır. Mahkemenin emri "Tekrarlamama Garantileri" ile ilişkilendirmesinin nedeni de muhtemelen tedbirlerin geleceğe ilişkin bu boyutudur.

¹³⁹ Shelton, eski hale getirme kararları arasında yer vermiştir. (Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 312). Ancak kanaatimizce idam cezasının infazından kaçınma bir onarım tedbiri niteliğinde bulunmamaktadır.

Fermín Ramírez/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 126, 20/6/2005, § 138/9; Hilaire, Constantine ve Benjamin ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 94, 21/6/2002, § 223/11.

¹⁴⁰ Lori Berenson-Mejía/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, §§ 239, 248/5; Cantos/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 70, 77/1; Suárez-Rosero/Ekvador (Onarım ve Masraflar), § 113/1.

¹⁴¹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18; Yakye Axa Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 137, 215, 242/6; Sawhoyamaya Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), §§.210, 215, 248/6; Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğu/Nikaragua (Esas, Onarım ve Masraflar), § 173/4; Xákmok Kásek Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 281, 337/12; Moiwana Topluluğu/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 209, 233/3; The Saramaka People/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 214/5.

¹⁴² Vera Rojas ve Diğerleri/Şili (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 439, 1/10/2021, § 165.

¹⁴³ Dial ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 476, 21/11/2022, §§ 87, 88. Kararda "Eski Hale Getirme" başlığı altında tartışılmışsa da kanaatimizce bir tekrarlamama garantisi teşkil etmektedir.

¹⁴⁴ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 305.

eski hale getirmenin tersine ihlali durdurma, orantılılıkla ilgili sınırlamalara tabi değildir. Diğer yandan eski hale getirme ve ihlali durdurma, tam telafi amacıyla bir arada uygulanabilirler.¹⁴⁵ Örneğin Palamara-Iribarne/Şili davasına konu olayda devlet, emekli bir amiralin Şili donanmasının eleştirel bir değerlendirmesini yaptığı kitabını yasaklamış ve yayının tüm kopyalarına el koymuştur. Kararında Mahkeme, Devletin sadece kitapları iadesini emretmemiş, fakat aynı zamanda kitabın yayınlanmasına izin vermesini talep etmiştir.¹⁴⁶ Bu ikinci kısım, kitap üzerindeki süregiden hukuka aykırı yayım yasağının durdurulması olarak anlaşılabilir.¹⁴⁷

D. Rehabilitasyon

Rehabilitasyon, mağdurun gelecekteki tüm tıbbi ve klinik tedavisini içeren, uluslararası insan hakları hukukuna özgü bir onarım yöntemidir.¹⁴⁸ Geleceğe yönelik olmasıyla, geçmiş tıbbi harcamaları kapsayan tazminattan ayrılmaktadır.¹⁴⁹ Ancak Mahkemenin kimi zaman, devam eden tedavinin gerekli olduğunun kanıtlanması halinde, gelecek masraflar için de ek bir miktara hükmettiği görülmektedir.¹⁵⁰ Mahkeme ilk kez Loayza-Tamayo kararı ile¹⁵¹ Sözleşme ihlallerinden ağır bir şekilde etkilenen ve buna bağlı olarak tıbbi ve psikolojik tedavi görme zorunluluğuyla karşı karşıya kalan mağdur ve iki kızının gelecekteki tıbbi tedavilerinin ayrı bir kalem olarak içerildiği bir maddi tazminat meblağına hükmetmiştir.¹⁵²

¹⁴⁵ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 374-375; Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 314.

¹⁴⁶ Palamara-Iribarne/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 269/9.

¹⁴⁷ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 375.

¹⁴⁸ Nitekim rehabilitasyon Taslak Maddelerde bir onarım tedbiri olarak yer almamıştır. 34. maddede onarım tedbirleri; eski hale getirme, tatmin ve tazminat olarak sıralanmıştır.

¹⁴⁹ Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", s. 512.

Tazminat, zarar meydana geldikten sonra sunulan bir *ex post* onarım biçimidir. (Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 315).

¹⁵⁰ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 375.

¹⁵¹ Carrillo, "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", s. 513.

¹⁵² Loayza-Tamayo/Peru (Onarım ve Masraflar), § 129/d.

Maddi zararlar başlığında tazminata hükmedilen örnek kararlar: Blake/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 50; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 51/b. "Manevi Zararlar" başlığında mağdur yakınlarının gelecekteki psikolojik tedavi harcamalarının tazminine

On Dokuz Tacir/Kolombiya kararından¹⁵³ başlayarak ise, Mahkemenin rehabilitasyona ilişkin yöntemi değişime uğramıştır.¹⁵⁴ Maddi zararlar kapsamında gelecek masrafları içeren peşin bir miktara hükmetmek yerine Mahkeme, mağdur ve yakınlarının maruz bırakıldıkları insan hakları ihlallerinden kaynaklanan fiziksel ve ruhsal acılarının tedavisine yönelik olarak devlet tesisleri tarafından sağlanacak gerekli bakımı emreden bir tedbir oluşturmuştur.¹⁵⁵ Bu yaklaşım, sadece öncekinin neredeyse¹⁵⁶ yerini almıştır.¹⁵⁷ Bu kapsamda devlet, mağdur ve yakınları tarafından ihtiyaç duyulan uygun ve etkili¹⁵⁸ tıbbi ve psikolojik tedavi uzmanlaşmış sağlık kuruluşları aracılığıyla ve ücretsiz olarak sağlama yükümlülüğüne tabi tutulmaktadır.¹⁵⁹ Yükümlülük; gerekli ilaçların, ulaşımın, diğer

hükmedilen örnek kararlar: Bulacio/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 100, 18/9/2003, § 100; Molina-Theissen/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 71.

¹⁵³ On Dokuz Tacir/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar).

¹⁵⁴ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 375.

¹⁵⁵ Mahkeme bu karardan önce 2001 yılında verdiği Barrios Altos kararında, taraflar arasında ulaşılan ve Peru Devletinin dava konusu katliamdan kurtulanlarla bu katliamda ölenlerin yakınlarına belirli sağlık hizmetlerini ücretsiz olarak sunmasını öngören anlaşmayı onaylamıştır. (Barrios Altos/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 87, 30/11/2001, § 42).

¹⁵⁶ Mahkemenin kimi kararlarında halen, manevi tazminat meblağını mağdurların gelecekteki psikolojik ve psikiyatrik tedavilerinin masraflarını kapsayacak biçimde belirlediği görülmektedir. (Pavez Pavez/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 449, 4/2/2022, §§ 175, 198; Julien Grisonas Ailesi/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 312). Maddi ve manevi zararlara karşılık olarak tek başlık altında belirlenen tazminatın gerekli fiziksel, psikolojik ve psikiyatrik tedavi masraflarını da içerdiği kararlar: González ve Diğerleri/Venezuela (Esas ve Onarım), § 217; Barbosa De Souza ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 212.

¹⁵⁷ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 376.

¹⁵⁸ Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, s. 202.

¹⁵⁹ On Dokuz Tacir/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 295/9; "Çocuklar için Yeniden Eğitim Enstitüsü"/Paraguay (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 112, 2/9/2004, §§ 318-319; Chitay Nech ve Diğerleri/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 256; Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), § 131 ("Tatmin Tedbirleri ve Tekrarlamama Garantileri" başlığında), 143/karar 2; Cantoral-Huamaní ve García-Santa Cruz/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 200, karar 13; Mendoza ve Diğerleri/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 373/17; Garzón Guzmán ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 114; Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 163; Atenco'daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 341.

Mağdur, El Salvador'da yaşamadığından Devletin sağlık hizmetlerinden faydalanamayacağı için, ülkeye dönüş yapmamayı tercih etmesi halinde Devletin mağduru tıbbi, psikolojik ve psikiyat-

gerekli ve doğrudan ilgili masrafların sağlanmasını da kapsamaktadır.¹⁶⁰ Devletin yeterli düzeyde uzmanlaşmış sağlık kurumlarından yoksun bulunması halinde uzmanlaşmış özel veya sivil topluma bağlı kurumlar kullanılacaktır.¹⁶¹ Tedavinin belirlenmesinde mağdurun cinsiyet,¹⁶² cinsel yönelim gibi özgül özellikleri, geçmişi¹⁶³ ve özel ihtiyaçları dikkate alınmalı; her bir tedavi için mağdurun aydınlanmış onamı temin edilmelidir.¹⁶⁴

E. Tekrarlamama Garantileri

Taslak Maddeler’de tekrarlamama yükümlülüğü “Onarım” başlıklı 31. maddeden önce “İhlali Durdurma ve Tekrarlamama” başlığı altında 30. maddede düzenlenmiş, 34. maddede sıralanan onarım biçimleri içerisinde de bu yükümlülüğe yer verilmemiştir. Metin içerisindeki düzenlenişi itibariyle tekrarlamama yükümlülüğünün Taslak Maddelerde onarım kavramından bağımsız olarak anlaşıldığı görülmektedir. Bu kapsamda düzenlenmiş olan ihlali durdurma ve tekrarlamama garantilerine, gelecekte hukuki ilişkinin korunması ve sürdürülmesine ilişkin oldukları için onarımlar arasında değil, hukukun üstünlüğünün ihlalden etkilenen boyutları olarak 30. maddede yer verilmiştir.¹⁶⁵

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi kapsamında ise, Sözleşmenin onarım ile ilişkili genel hükmü olan 63. maddede tekrarlamama yükümlülüğüne açıkça yer verilmemişse de Mahkeme içtihadında eski hale getirme, sonuçların onarımı ve tazminata ek olarak devletin gelecekte benzer ihlallerin gerçekleşmemesini garanti altına alacak müspet tedbirleri alma yükümlülüğü bulunduğu işaret

rik tedavisi, ilaçları ve ilgili giderleri için ödeyeceği meblağ belirlenmiştir: Contreras ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 201. Benzer hüküm: Vélez Loor/Panama (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 218, 23/11/2010 §§ 263, 327/12.

¹⁶⁰ On Dokuz Tacir/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 109, 5/7/2004, § 278; “Çocuklar için Yeniden Eğitim Enstitüsü”/Paraguay (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 319; Atenco’daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 341; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18.

¹⁶¹ Rodríguez Vera ve Diğerleri (Adalet Sarayından Kaybolanlar)/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 287, 14/11/2014, § 567; Rochac Hernández ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 220.

¹⁶² Atenco’daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 341; López Soto ve Diğerleri/Venezuela (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 362, 26/9/2018, § 291.

¹⁶³ Pavez Pavez/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 175.

¹⁶⁴ Guachalá Chimbo ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 423, 26/3/2021, § 234.

¹⁶⁵ Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 38.

edilmiştir.¹⁶⁶ Mahkemeye göre onarım, ihlal eylemlerinin tekrarını önlemeye yönelik tedbirler biçiminde de bulunmalıdır.¹⁶⁷ Tekrarlamama tedbirlerinin kararların, mevcut olmaları halinde “Onarımlar” başlığında ve “Tatmin ve Tekrarlamama Tedbirleri” alt başlığında tartışıldığı görülmektedir. Dolayısıyla Amerika Sisteminde tekrarlamama garantileri onarım tedbiri teşkil etmekte ve Mahkemenin kararı ile emredilmesi halinde kapsamı somutlaştırılmış olarak, Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi çerçevesinde denetlenmektedir.

Taslak Maddeler ve Mahkeme içtihadı arasındaki bu farklılığın, uluslararası hukuk kapsamında insan hakları hukukunun özgüllüğünde temellendirilmesi mümkündür.¹⁶⁸ İnsan hakları hukukunda tekrarlamama garantileri, sistemik değişiklikler aracılığıyla gelecek ihlallerin önlenmesini amaçlarlar.¹⁶⁹ Zira insan hakları ihlalleri sıklıkla devlette temel değişiklikler yapılmazsa gelecekte tekrar etmesi muhtemel sistematik veya yapısal sorunları açığa çıkarırlar. Bu kapsamda ihlal döngüsünü sona erdirmek için Amerikalılar Arası Mahkeme de, sadece davadaki bireysel mağdurlara fayda sağlamayan fakat aynı zamanda toplumu faydalandıran yapısal değişiklikleri somutlaştırarak tekrarlamama garantileri kapsamında emretmektedir.¹⁷⁰ Bu bakımdan insan hakları hukuku, uluslararası hukuka aykırı eylem ile bu eyleme maruz kalan tarafın menfaatlerinde tükenmemekte; hakkı ihlal edilen taraf bakımından ihlalin sonuçlarını gidermek suretiyle, bir başka deyişle ihlalin bireysel etkilerini ihmal etmeden ve bu etkilerin onarımı aracılığıyla daha geniş kamusal yararları hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu garantiler, bireysel bir davadan yola çıkarak belirlenseler de, kamusal kapsam ve etkiye sahiptirler.¹⁷¹ Aslında tatmin tedbirleri de kamusal kapsam ve etkiye sahiptirler. Ancak tekrarlamama garantileri, ihlallerin doğrudan yapısal değişiklikler aracılığıyla engellenmesine yönelik bir formülasyon içermektedirler. Ayrıca bu garantiler, ihlallerin manevi sonuçlarının giderilmesinden çok

¹⁶⁶ La Cantuta/Perú (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 162, 29/11/2006, § 201.

¹⁶⁷ Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), § 41.

¹⁶⁸ Aslında Taslak Maddelerde insan hakları ihlalleri dışlanmamaktadır. Nitekim uluslararası insan hakları hukuku, genel uluslararası hukukun bir parçasıdır. Bununla beraber Taslak Maddelerde, bireylerin insan hakları ihlalleriyle bağlantılı olarak haklarına yalnızca üstü kapalı şekilde atıfta bulunulmuştur ve bu atıflar Taslak Maddeler’in kendisinden çok Şerhte yer almaktadır. (Evans, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, s. 30).

¹⁶⁹ McKay, “What Outcomes for Victims?”, s. 5.

¹⁷⁰ Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, s. 212.

¹⁷¹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18.

muhtemelen mevcut davadaki mağdur şahsında gerçekleşmeyecek gelecek ihlallerin önlenmesinin yapısal değişikliklerle temin edilmesine yöneliktirler.¹⁷²

Amerikalılar Arası Mahkeme, tekrarlamama garantisine ilk olarak 2002 yılında verilmiş Caracazo/Venezuela¹⁷³ kararında hükmetmiştir. Mahkeme içtihadında emredilmiş tekrarlamama garantileri şunlardır:

- Kapasite geliştirme:
 - Kamu görevlileri için insan hakları eğitimi¹⁷⁴

¹⁷² BM İnsan Hakları Komitesi'nin 31. Genel Yorumunda ise, ilgili yasaların ve uygulamaların değiştirilmesi gibi tekrarlamama garantileri tatmin tedbirlerinin bir örneği olarak değerlendirilmiştir.

¹⁷³ The Caracazo/Venezuela (Onarım ve Masraflar).

¹⁷⁴ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18; Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, s. 212; Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 384.

Eğitimin kapsamı hakkında örnek kararlar: insancıl hukuk (The Rochela Katliamı/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 303) ve insan haklarının korunmasına ilişkin norm ve ilkeler (Goiburú ve Diğerleri/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 153, 22/9/2006, § 178); güç kullanımı sınırlamaları, kanunsuz emir kavramı (La Cantuta/Perú (Esas, Onarım ve Masraflar), § 240); devletin çocuklara sunması gereken özel koruma, tutuklamanın uluslararası standartları, cezaevlerinde insan haklarına uygun muamele ve koşullar (Servellón-García ve Diğerleri/Honduras (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 152, 21/9/2006, § 200); insan haklarının yargısal korunmasına ilişkin uluslararası standartlar (Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 166, 4/7/2007, § 158); bilgi edinme hakkı (Claude-Reyes ve Diğerleri/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 151, 19/9/2006, § 165); hasta hakları (Albán-Cornejo ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 171, 22/11/2007, § 164); zorla kaybetme ve çocukların kaçırılması teşkil eden fiillerin soruşturulması ve yargılanması (Gelman/Uruguay (Esas ve Onarım), § 278); tecavüz hakkındaki maddelerine dikkat gösterilerek Dünya Sağlık Örgütü kılavuzları ve İstanbul Protokolü hükümleri (Fernández Ortega ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 215, 30/8/2010, § 259); protestolar bağlamında güç kullanımının standartları ve toplumsal cinsiyet farkındalığı (Atenco'daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 355); toplumsal cinsiyet ve ırk perspektifi (Barbosa De Souza ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 196); engelli bireylere yönelik ayrımcılık yasağı, eşitlik ve çalışma hakkı (Guevara Díaz/Kosta Rika (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 95, 120/7); özellikle cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yasağı (Pavez Pavez/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 179); tıbbi meslek sırrının kapsam ve istisnaları (Manuela ve Diğerleri/El Salvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 441, 2/11/2021, § 294).

Polislere yönelik eğitim emirleri: La Cantuta/Perú (Esas, Onarım ve Masraflar), § 240; The Miguel Castro-Castro Cezaevi/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 160, 25/11/2006, § 452; Goiburú ve Diğerleri/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), § 178; Montero-Aranguren ve Diğerleri (Catia Gözaltı Merkezi)/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 150, 5/7/2006, § 149; Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 157; Tibi/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §

- Ceza adaleti sistemi ve cezaevlerinde reform emirleri:
 - ◆ Gözaltı kayıtlarının kurulması veya geliştirilmesi¹⁷⁵
 - ◆ Cezaevi koşullarının uluslararası standartları karşılması için geliştirilmesine yönelik tedbirler alınması¹⁷⁶

63; Fernández Ortega ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 260; Cabrera García ve Montiel Flores/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 220, 26/11/2010, § 245; Atenco'daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 355; Barbosa De Souza ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 196.

İstihbarat teşkilatı üyelerine yönelik eğitim emri: La Cantuta/Perú (Esas, Onarım ve Masraflar), § 240.

Ordu mensuplarına yönelik eğitim emirleri: La Cantuta/Perú (Esas, Onarım ve Masraflar), § 40; The Rochela Katliamı/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 303; Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 157; Vargas-Areco/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 155, 26/9/2006, § 161; Ituango Katliamları/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 409; Maidanik ve Diğerleri/Uruguay (Esas ve Onarım), § 258.

Yargı mensuplarına yönelik eğitim emirleri: Servellón-García ve Diğerleri/Honduras (Esas, Onarım ve Masraflar), § 200; Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 158; Tibi/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 263; Gelman/Uruguay (Esas ve Onarım), § 278; Fernández Ortega ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 260; Cabrera García ve Montiel Flores/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 245; Palacio Urrutia ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 183.

Cezaevi personeline yönelik eğitim emirleri: Servellón-García ve Diğerleri/Honduras (Esas, Onarım ve Masraflar), § 200; Montero-Aranguren ve Diğerleri (Catia Gözaltı Merkezi)/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 149; Tibi/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 63.

Diğer kamu görevlilerine yönelik eğitim emirleri: Claude-Reyes ve Diğerleri/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 165 (Devletin sahip olduğu bilgilere erişim taleplerine cevap vermekten sorumlu personel); Ximenes-Lopes/Brezilya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 149, 4/7/2006, § 250 (devlet sağlık uzmanları); Albán-Cornejo ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 164 (sağlık çalışanları); Fernández Ortega ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 260 (tecavüz vakalarında yetkisi bulunan sağlık çalışanları); Cabrera García ve Montiel Flores/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 245 (işkence vakalarında yetkisi bulunan sağlık çalışanları).

¹⁷⁵ “Beyaz Kamyonet” (Paniagua-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), §§ 203, 229/4; Juan Humberto Sánchez/Honduras (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 189 (gözaltıların yasallığının kontrol edilebilmesi için gözaltına alınanların kimliklerini, gözaltı nedenini, yetkili merciyi, gözaltına alınma ve salıverilme tarih ve saatlerini ve tutuklama emri hakkında bilgileri içerecek gözaltı kaydı).

¹⁷⁶ Raxcacó-Reyes/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 133, 15/9/2005, § 134, 145/9; Fermín Ramírez/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 130/f; Montero-Aranguren ve Diğerleri (Catia Gözaltı Merkezi)/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 145, 160/10; Lori Berenson-Mejía/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 248/emir 6; Vélez Loor/Panama (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 272 (suç veya göç nedenleriyle tutulanların ayrılmasını temin edecek tedbirlerin alınması).

- Çeşitli koruyucu mekanizmaların ve protokollerin kurulması ve güçlendirilmesi¹⁷⁷
- Bilgi sistemlerinin kurulması¹⁷⁸
- Ulusal hukukun Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesine yönelik tedbirler:¹⁷⁹
 - Gerekli ulusal düzenlemelerin veya değişikliklerin yapılması¹⁸⁰

¹⁷⁷ Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 177/4 (“İnsan Hakları Savunucuları ve Gazeteciler için Koruma Mekanizmaları”nın güçlendirilmesi için bir plan oluşturulması), § 177/5 (ceza davaları tanıklarının korunması mekanizmasının kurulması ve uygulanması), § 178 (insan hakları savunucularına karşı saldırıların soruşturulması için federal düzeyde özel bir protokolün kabul edilmesi ve uygulanması); Atenco’daki Cinsel İşkenenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 356 (Meksika Eyaleti polisi ile Federal Polis’in güç kullanımının izlenmesi ve hesap verme politikalarının yürütülmesini takip etmek üzere federal düzeyde bağımsız bir gözlemevinin kurulması); Yargının Eski Çalışanları/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas ve Onarım), § 144 (bir grevin hukuka aykırılığı ilanına itiraz için yargısal yetki, usul ve çarelerin yasama veya diğer tedbirler aracılığıyla düzenlenmesi veya açıkça belirlenmesi); Barbosa De Souza ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 201 (kadın cinayetlerinin soruşturulması için açık ve tektip kriterleri ortaya koyan ulusal bir protokolün kabulü ve uygulanması).

¹⁷⁸ Barbosa De Souza ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 193 (kadınlara karşı şiddet eylemlerinin ve özellikle kadınların şiddet içeren ölümlerinin niteliksel ve niceliksel analizini olanaklı kılmak üzere yaş, ırk, sosyal sınıf, mağdur profili, gerçekleştirme yeri, saldırgan profili, mağdurla ilişki, kullanılan yöntem ve araçlar, hakkındaki itham, mahkûmiyet ve beraat kararları ile diğer değişkenlere bağlı olarak ayrılmış verilerin toplanması için ulusal ve merkezi bir sistemin tasarlanması ve uygulanması); Molina-Theissen/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 91/b (Kayıp çocukların ebeveynleriyle genetik bağlarının ve kimliklerinin açığa çıkarılmasını mümkün kılacak bir genetik bilgi sisteminin kurulması [Kararın “Yasal, İdari ve Diğer Tedbirler” başlığında yer almıştır]).

¹⁷⁹ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18; Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, s. 212, 214.

¹⁸⁰ Garibaldi/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 203, 23/9/2009, § 173; Claude-Reyes ve Diğerleri/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 101, 174/7; Castillo Petruzzi ve Diğerleri/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 52, 30/5/1999, § 226/14; Cabrera García ve Montiel Flores/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 274/15; Radilla-Pacheco/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 342, saptama 10; Rosendo Cantú ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 216, 31/8/2010, § 295/12; Fernández Ortega ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 308/13; Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), § 143/3-4; Palacio Urrutia ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 182; Manuela ve Diğerleri/El Salvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 289, 295; Sumpango’nun Maya Kaçhikel Yerli Halkları ve Diğerleri/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), §196; “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos ve Diğerleri)/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 103/4 (sansürün kaldırılması için Anayasa dahil ulusal hukukun değişimi); Pavez Pavez/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 184; Vera Rojas ve Diğerleri/Şili (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 171 (yasal veya diğer tedbirlerin alınması); Artavia Murillo ve

■ Yasanın hukuksal etkiden yoksun olduğu kararı¹⁸¹

Diğerleri ("Tüp Bebek")/Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 257, 28/11/2012, § 381/tespit 2 (tüp bebek uygulamasının yasaklanmasının kaldırılması için gerekli tedbirlerin alınması), § 381/tespit 3 (devletin tüp bebek uygulamasının gerekli gördüğü yönlerini düzenlemesi), § 381/tespit 4 (devletin sağlık kuruluşları tarafından sunulan kısırlık tedavisi ve programları kapsamında tüp bebek tedavisinin içerilmesi); Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 177/6-7 (Adli Tıp Hizmetleri'nin bağımsızlığı ve özerkliğini sağlamak üzere anayasa değişikliği önerisinin ve "Ceza Davalarına Müdahil Olan Kişilerin Korunması için Federal Yasa"da değişiklik teklifinin Federal Yürütme Organı Hukuk Müşavirliği Ofisi aracılığıyla hazırlanması, sunulması ve sürecin hızlandırılması); Maidanik ve Diğerleri/Uruguay (Esas ve Onarım), §§.254-255 (diktatörlük sürecinde işlenen ciddi insan hakları ihlallerinin soruşturulması ve cezalandırılması faaliyetlerinin hızlandırılması ihtiyacı nedeniyle, Özel Savcılık Ofisi'nin kapasitesinin daha fazla personel ve/veya bütçe ile diğer kaynaklar sağlanarak güçlendirilmesi için ilgili yasal, idari, finansal, bütçeye ilişkin veya diğer adımların atılması ve bu bağlamda diktatörlük boyunca kadınlara karşı işlenen şiddet eylemlerinin failerinin gerektiği gibi kovuşturulması ve cezalandırılmasına yönelik stratejik bir planın kabul edilmesi); Cuya Lavy ve Diğerleri/Peru, (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 206; Trujillo-Oroza/Bolivya (Onarım ve Masraflar), § 141/2 (Sözleşme ile yasaklanan insan hakları ihlallerini suç olarak düzenleyecek yasaların çıkarılması).

Mahkeme yıllarca ulusal yasa değişikliği emri talepleri karşısında tereddütlü davranıp bu taleplere en fazla Sözleşmenin 2. maddesini tekrar eden genel bir açıklama ile karşılık vermiştir. (Suárez-Rosero/Ekvador (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 44, 20/1/1999, § 87; Loayza-Tamayo/Peru (Onarım ve Masraflar), § 171; Hilaire, Constantine ve Benjamin ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 94, 21/6/2002, § 212). Örneğin Loayza-Tamayo/Peru davasında Mahkeme, belirli kanun hükmünde kararnamelemlerin Sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmişse de, mağdurun ve Komisyonun kararnamelemlerin ilgili maddelerinin değiştirilmesi taleplerini reddetmiş, devletin Sözleşmenin 2. maddesinden doğan yükümlülüklerine uygun davranması gereğine işaret etmiştir. (Loayza-Tamayo/Peru (Onarım ve Masraflar), §§ 159, 160, 162, 164). Mahkeme, 1999 yılında verdiği kararlar (Castillo Petruzzi ve Diğerleri/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 226/14) duruşunu değiştirmiştir. (Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 370, 382). Bu kararda Mahkeme Devletin, sivilleri askeri mahkemelerin yetkisine dahil eden yasaları değiştirmek ve Sözleşmede düzenlenen haklardan yetkisi altındaki istisnasız herkesin yararlanmasını temin etmek üzere gerekli tedbirleri almasına hükmetmiştir. (Castillo Petruzzi ve Diğerleri/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 222).

¹⁸¹ Mahkeme işkence, yargısız infaz, keyfi veya yasaya aykırı gözaltı, zorla kaybetme gibi uluslararası insan hakları hukukunun tanıdığı mutlak hakların ihlallerinin soruşturulması ve sorumluların yargılanmasına engel olan af yasalarının kabul edilemez olduğuna (Barrios Altos/Peru (Esas), AAİHM, Series C No. 75, 14/3/2001, § 41) ve Amerika Sözleşmesiyle bağdaşmaz bulunduğu işaret ederek hukuksal etkiden yoksun olduklarına karar vermiştir (§ 51/4). Aynı yönde kararlar: Almonacid-Arellano ve Diğerleri/Şili (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 154, 26/9/2006, § 171/3; Gomes Lund ve Diğerleri ("Guerrilha do Araguaia")/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 219, 24/11/2010, § 325/ilan 3; Gelman/Uruguay (Esas ve Onarım), § 312/karar 11. mahkemenin bu yöndeki kararlarının demokratik meşruiyete dayalı eleştirisi için bakınız: Natalia Torres Zúñiga, *The Inter-American Court of Human Rights*, Routledge, New York, 2023, s. 63-64, 74-76; Juan Pablo Perez-Leon-Acevedo, "The Control of the Inter-American Court of Human

- Yasanın uygulanmasından kaçınma.¹⁸²

F. Tatmin

Taslak Maddelerin “Tatmin” başlıklı 37. maddesine göre uluslararası hukuka aykırı bir eylemden sorumlu olan devlet, eski hale getirme veya tazminat ile telafi edilemediği ölçüde eylemin neden olduğu zarar için tatmin sağlama yükümlülüğü altındadır.¹⁸³ Bu kapsamda tatmin, maddi nitelikte olmadıklarından eski hale getirme ve tazminat ile giderilmesi mümkün olmayan zararların onarımına yönelik bir tedbir olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁸⁴ Kılavuzun “Uğranılan Zararın Onarımı” üst başlığında yer alan 22. maddesinde ise tatmin tanımlanmamış, tatmin teşkil eden uygulamalar sıralanmıştır. Amerika Sözleşmesi’nin 63. maddesinde, tatmin kavramının doğrudan içerilmediği görülmektedir. Ancak özellikle Taslak Maddeler ve genel olarak uluslararası sorumluluk hukuku dikkate alındığında 63. maddede yer alan onarım kavramının tatmin tedbirlerini içerdiğine şüphe yoktur. Nitekim tatmin, Amerika İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında, emredilen onarım tedbirlerinden önemli birini teşkil etmiş bulunmaktadır.

Tatmin, eski hale getirme ve tazminatla tam telafi sağlanamadığı, bir başka deyişle ihlalden önceki durum mümkün olduğunca tesis edilemediği hallerde uygulanmaktadır. Aynı zamanda tatmin tedbirleri, ihlalin maddi veya parasal olmayan, parayla ölçülemeyen manevi sonuçlarının giderilmesine yöneliktir. Nitekim Amerika Mahkemesi de içtihadında tatmin tedbirlerinin, manevi zararın onarılmasını amaçladığına,¹⁸⁵ ihlalin bu sonuçlarının finansal veya mülkiyete ilişkin olmadığına ve dolayısıyla parasal değerle ölçülemeyeceklerine işaret

Rights over Amnesty Laws and Other Exemption Measures: Legitimacy Assessment”, *Leiden Journal of International Law*, 2020, C. 33, S. 3, ss. 667-687; Jorge Contesse, “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law and Contemporary Problems*, 2016, C. 79, S. 2, ss. 135-137.

¹⁸² Manuela ve Diğerleri/El Salvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 286 (Mahkeme devlete özellikle Kararda belirtilen hususları içerecek biçimde tıbbi meslek sırrı, tıbbi kayıtların korunması ve istisnalarının kapsamı hakkında açık düzenlemeler kabul etmesini, bu düzenlemeler yürürlüğe girene kadar da sağlık personelinin muhtemel kürtaj vakalarını bildirme yükümlülüğünü içeren mevcut yasaların uygulanmasından kaçınmasını emretmiştir).

¹⁸³ 2. fıkraya göre tatmin; ihlalin kabulü, pişmanlık ifadesi, resmi bir özür veya diğer herhangi uygun bir tarza dayanabilir. 3. fıkrada ise, tatminin zarar ile orantısız olamayacağı ve sorumlu devleti küçük düşürecek bir biçim alamayacağına dikkat çekilmiştir.

¹⁸⁴ Recep Ersel Erge, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, ss. 16-17.

¹⁸⁵ Plan de Sánchez Katliamı/Guatemala (Onarım), AAİHM, Series C No. 116, 19/11/2004, § 93; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18.

etmiştir.¹⁸⁶ Mahkeme ayrıca bu kapsamdaki zararların tam telafisi için, manevi tazminat ile kamusal kapsam ve içerikte bulunan eylem veya işlerin icrası şeklinde iki tür onarım biçiminin mümkün olduğunu tespit etmiştir.¹⁸⁷ Bu ikinci tür, tatmin tedbirlerini karşılamaktadır. Bu çerçevede insan hakları hukukunda tatmini, insan hakları ihlalinin ekonomik olarak belirlemeye elverişli bulunmayan manevi sonuçlarını esasen parasal olmayan veya sembolik nitelikteki parasal araçlarla gidermeye yönelik bir onarım biçimi olarak tanımlamak mümkündür. Nitekim Mahkeme birçok kararında, tatmin tedbirlerinin; mağdurların hatırlanmalarını, itibarlarının iadesini, onurlarının teyidini, mağdurların yakınlarına teselliye, ilgili insan hakları için teselliye, gerçekleşen insan hakları ihlallerine yönelik resmi kınamanın ifade edilmesini ve ihlallerin yinelenmesini önleme vaadinin üstlenilmesini amaçladığına işaret etmiştir.¹⁸⁸ Bu kapsamda büyük ölçüde sembolik karakterde bulunan¹⁸⁹ tatmin tedbirleri bizatihi, insan oluşa bağlanan insan haklarının ihlali ile insanlıkları bir anlamda inkâr edilmiş bulunan mağdur ve yakınlarına acılarının kamusal olarak tanınması ve dolayısıyla bir ölçüde paylaşılması ile toplumun saygın birer üyesi olarak değerli olduklarının çeşitli araçlarla ifade edilmesine dayanmaktadır.

Amerika Sözleşmesinin 63. maddesinin sunduğu geniş yetki alanına karşın Mahkeme, çekişmeli davalara baktığı ilk on yıl boyunca parasal olmayan onarımlar bakımından belirgin bir kısıtlama içerisinde hareket etmiştir. Onarım

¹⁸⁶ Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 53. Benzer karar: “Sokak Çocukları” (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 84.

Aslında tatminin parasal bir ödeme şeklinde sağlanması da mümkündür. (Christine D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, s. 42). Fakat bu tür bir tatmin tedbiri tazminattan, tazminat ödemesinin amacının verilen zararın tam olarak karşılanmasına yönelik olması bakımından ayrılmaktadır. Tatminde ise zararın tam karşılığını ödeme değil, ödemenin sembolik aracılığıyla manevi telafi sağlama amacı önplana çıkmaktadır.

¹⁸⁷ Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 53; “Sokak Çocukları” (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 84; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2010 yılı raporu, https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2010.pdf (9/4/2023), s. 11.

¹⁸⁸ “Çocuklar için Yeniden Eğitim Enstitüsü”/Paraguay (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 310; The Gómez-Paquiyaui Kardeşler/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 223; Bulacio/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), § 105; “Sokak Çocukları” (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 84; Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 268; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 53; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18.

¹⁸⁹ Carrillo, “Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past”, s. 525.

kararı verdiği ilk iki dava olan Velasquez-Rodriguez ve Godinez-Cruz kararlarında konu hakkında pek az şey söylemiştir. Ölümler için verilecek tazminat dışında devletin zorla kayıpları önlemek ve doğrudan sorumlu olanları cezalandırmak yanında, kaybolanın akıbeti bilinmediği sürece devam eden zorla kayıpları soruşturma ödevi olduğuna işaret etmiştir.¹⁹⁰ Mahkeme ayrıca bu davalarda devletin, mağdurların akıbeti ve öldürmüşlerse vücut kalıntılarının yeri hakkında yakınlarını bilgilendirme yükümlülüğüne işaret etmiştir.¹⁹¹ Kararların hüküm kısmında sadece tazminat emretmiş; diğer tedbirlere ilişkin taleplere ise, bizatihi esasa ilişkin kararın yeterli manevi tatmin biçimi olduğunu belirterek cevap vermiştir.¹⁹²

Bir Maroon etnik topluluğunun yedi üyesinin askeri kuvvetler tarafından öldürülmesine ilişkin Aloeboetoe/Surinam davası kararında ise Mahkeme, tazminat yanında, Gujaba'da bulunan okulun yeniden açılması ve sürekli olarak işleyebilmesi için öğretici ve idari personel ile donatılmasını, hâlihazırda mevcut olan sağlık merkezinin işler hale getirilmesini, mağdurların yakınları lehine hükmedilen tazminatlar için bir emanet fonu ile bir vakıf kurulmasını emretmiştir.¹⁹³ Aslında bu kolektif tedbirler dava konusu ihlallerin kapsamını aşmaktaydı. Dolayısıyla Mahkemenin Velasquez-Rodriguez ve Godinez-Cruz kararlarındaki temkinli duruşu karşısında Aloeboetoe, şaşırtıcı bir karar olarak değerlendirilmekteydi. Nitekim Aloeboetoe'nin cömert parasal olmayan onarımları, Mahkemenin genel yaklaşımını temsil eder görünmemektedir. Zira Aloeboetoe kararı, Mahkeme içtihadında bir beş yılda yaklaşılamayacak bir onarıma yönelik aktivizm düzeyinde bulunmaktaydı.¹⁹⁴ Örneğin 14 kişinin ölümüne ilişkin 1996 yılında verdiği El Amparo/Venezuela kararında Mahkeme, Devletin ceza soruşturmalarına devam etmesi dışındaki benzer bütün onarım taleplerini reddetmiştir.¹⁹⁵

¹⁹⁰ Godínez-Cruz/Honduras (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 8, 21/7/1989, § 32; Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), § 34.

¹⁹¹ Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), § 181; Godínez-Cruz/Honduras (Esas), AAİHM, Series C No. 5, 20/1/1989, § 191.

¹⁹² Godínez-Cruz/Honduras (Onarım ve Masraflar), §§ 34, 55; Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), §§ 36, 60.

¹⁹³ Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 116/2, 5.

¹⁹⁴ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 366.

¹⁹⁵ El Amparo/Venezuela (Onarım ve Masraflar), § 61-62.

Tatmin tedbirleri bakımından dönüm noktasını, gözaltına alındığında üniversite öğrencisi olan mağdurun işkenceye maruz kaldığının, suç ve cezaların geriye yürümezliği, kişi güvenliği ve adil yargılanma haklarının ihlalinin tespit edildiği¹⁹⁶ Cantoral-Benavides kararı teşkil etmiştir.¹⁹⁷ Kararda maddi ve manevi tazminat, mahkumiyet kararının kaldırılması, mağdura üniversite veya ileri eğitimleri için burs sağlanması, Mahkeme kararının belirli kısımlarının yayınlanması, devletin ihlallerden sorumluluğunu kabul eden resmi özür, rehabilitasyon, ihlalin soruşturulması, sorumluların kimliklerinin belirlenmesi ve cezalandırılmasına hükmedilmiştir.¹⁹⁸ Bu karar ardından Mahkeme yıllar içinde hem hükmettiği tatmin tedbirlerinin kapsamını genişleterek kapsamlarını belirlemiş hem de yeni tatmin tedbirleri tasarlamıştır.

Amerikalılar Arası Mahkeme içtihadında içerilen başlıca tatmin tedbirlerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Devletin mağdur ve yakınlarının da bulunduğu ve toplumun haberdar edileceği bir törenle ihlalin dayandığı vakaların ve sorumluluğun kabulünü içeren bir özür dilemesi¹⁹⁹
- Amerikalılar Arası Mahkeme kararının yayınlanması²⁰⁰

¹⁹⁶ Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 2.

¹⁹⁷ Cantoral-Benavides kararının önünü kendisinden birkaç gün önce alınmış olan Barrios Altos kararı [Barrios Altos/Peru (Onarım ve Masraflar)] açmışsa da, bu karardaki tedbirler öncelikle taraflar arasındaki anlaşma ile belirlendiklerinden Cantoral-Benavides kararı dönüm noktası olarak öne çıkmaktadır. (Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", ss. 389-390).

¹⁹⁸ Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 99.

¹⁹⁹ Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), §§ 81, 99/7; Montero-Aranguren ve Diğerleri (Catia Gözaltı Merkezi)/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 150; Atenco'daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 455; Moiwana Topluluğu/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 216; Ituango Katliamları/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §.406; Kawas-Fernández/Honduras (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 196, 3/4/2009, § 202; The Girls Yean ve Bosico/Dominik Cumhuriyeti (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 130, 8/9/2005, § 235; Gomes Lund ve Diğerleri ("Guerrilha do Araguaia")/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 277; The Serrano-Cruz Kardeşler/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 120, 1/3/2005, § 194; Molina-Theissen/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 87; Pavez Pavez/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 172; Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 170; Maidanik ve Diğerleri/Uruguay (Esas ve Onarım), § 236.

²⁰⁰ Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 220; "Las Dos Erres" Katliamı/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 256; Radilla-

- Eğitim kurumları, cadde veya park gibi yerlere mağdurun adının verilmesi,²⁰¹ anma günü,²⁰² plaketter,²⁰³ anıtlar,²⁰⁴ müzeler,²⁰⁵ burslar²⁰⁶, mağdur anı-

Pacheco/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 350; Barrios Altos/Peru (Onarım ve Masraflar), § 50/5(d); Garibaldi/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 157, 204/6; Escher ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 200, 6/7/2009, § 239, karar 8; Kawas-Fernández/Honduras (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 199, 227/10; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), §§ 79, 99/7; Vélez Loo/Panama (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 266, 327/13; Dial ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas ve Onarım), §§ 89, 115/8; Bissoon ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 472, 14/11/2022, § 58; Moya Chacón ve Diğerleri/Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 106, 135/6; Pavez Pavez/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 168, 209/6; Denizcilik ve Liman İşçileri Ulusal Federasyonu (FEMAPOR)/Peru (İlk İtirazlar, Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 448, 1/2/2022, §§ 128, 149/8; Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 167, 203; Atenco'daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 344; Palacio Urrutia ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 173; Yargının Eski Çalışanları/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas ve Onarım), § 143; Maidanik ve Diğerleri/Uruguay (Esas ve Onarım), § 233; Guevara Díaz/Kosta Rika (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 92, 120/6; Manuela ve Diğerleri/El Salvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 273; Vera Rojas ve Diğerleri/Şili (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 169 (Sağlık Denetimi Ofisi internet sayfasındaki yayım, Martina Vera davasının hukuki tarihçesini de içerecektir.); Cuya Lavy ve Diğerleri/Peru, (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 199; Julien Grisonas Ailesi/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 279; González ve Diğerleri/Venezuela (Esas ve Onarım), § 203; Garzón Guzmán ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 117.

²⁰¹ The Gómez-Paquiyauri Kardeşler/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 236; Trujillo-Oroza/Bolivya (Onarım ve Masraflar), § 122; Molina-Theissen/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 88; Contreras ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 208; Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 286; Baldeón-García/Perú (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 147, 6/4/2006, § 205; Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 177/3.

²⁰² The Serrano-Cruz Kardeşler/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 196; Barbosa De Souza ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 197.

²⁰³ "Sokak Çocukları" (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 123/7; Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 286.

²⁰⁴ "Mapiripán Katliamı"/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 315; "Las Dos Erres" Katliamı/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 265, 310/15; Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 278; Río Negro Katliamları/Guatemala (İlk İtiraz, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 250, 4/9/2012, § 324; Moiwana Topluluğu/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 218; González ve Diğerleri ("Pamuk Tarlası")/Meksika (İlk İtiraz, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 205, 16/11/2009, § 602/17; Miguel Castro-Castro Cezaevi/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 470/16 (Kararda öldürülmüş mağdurlar olarak tespit edilen herkesin adının "Ağlayan Göz" anıtında temsil edilmesinin sağlanması kararı); Miguel Castro-Castro Cezaevi/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar Hakkında Kararın Yorumu), AAİHM, Series C No. 181, 2/8/2008, § 57 (Peru'nun kararın yerine getirilmesi hakkında Mahkemeyi bilgilendirdiği zorluğun üstesinden

sına verilecek ödül,²⁰⁷ ders veya kurslar,²⁰⁸ farkındalık kampanyaları,²⁰⁹ belgeseller²¹⁰ gibi araçlarla mağdurların anılması

- Mağdurun vücut kalıntılarının yerinin tespiti ve mağdurun ailesine teslimi²¹¹
- Mağdur ve yakınları için burslar ve eğitim programları²¹²
- Konut, sağlık, eğitim, altyapı programları gibi kolektif onarım tedbirleri²¹³
- Bizatihi tatmin biçimi olarak karar.²¹⁴

gelinmesini sağlamak üzere Mahkeme, onarım tedbirinin amaç ve anlamını karşılayabilecek bir anıtın inşasını veya bir parkın oluşturulmasını kabul etmiştir.).

²⁰⁵ Río Negro Katliamları/Guatemala (İlk İtiraz, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, §§ 279-280.

²⁰⁶ Valle Jaramillo ve Diğerleri/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 192, 27/11/2008, § 227/c-3; Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 285.

²⁰⁷ Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 177/1.

²⁰⁸ Huilca-Tecse/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, §§ 103/4, 124/emir 1/d.

²⁰⁹ Kawas-Fernández/Honduras (Esas, Onarım ve Masraflar), § 227/14.

²¹⁰ “Las Dos Erres” Katliamı/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 263; Rodríguez Vera ve Diğerleri (Adalet Sarayından Kaybolanlar)/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 579, 615/25; Gudiel Álvarez ve Diğerleri (“Diario Militar”)/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 346, 391/karar 6; Contreras ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 210; Julien Grisonas Ailesi/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), §.282.

²¹¹ Julien Grisonas Ailesi/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 268; Godínez-Cruz/Honduras (Esas), § 191; Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), § 181; Neira-Alegria ve Diğerleri/Peru (Onarım ve Masraflar), § 69; Tiu Tojin/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 103; Garzón Guzmán ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), § 110; “Beyaz Kamyonet” (Paniagua-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 204; Moiwana Topluluğu/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 233/karar 2; “Sokak Çocukları (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), § 123/6; “Las Dos Erres” Katliamı/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 310/11.

²¹² Fernández Ortega ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 308/21; Cantoral-Huamaní ve García-Santa Cruz/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 194; The Gómez-Paquiyaui Kardeşler/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), §237; Valle Jaramillo ve Diğerleri/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 252/19; Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), § 99/6; Gómez-Palomino/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), §§ 145-147; “Çocuklar için Yeniden Eğitim Enstitüsü”/Paraguay (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 321.

²¹³ Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2010 yılı raporu, s. 11; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, s. 18; Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), § 116/5; Plan de Sánchez Katliamı/Guatemala (Onarım), AAİHM, § 125/emir 8-9; Moiwana Topluluğu/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 214.

IV. AMERİKALILAR ARASI İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ONARIM İÇTİHADININ ARKA PLANI

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, insan hakları ihlallerinin onarımında tazminat ve onarım aracı olarak ihlal tespit kararının ötesine geçerek uluslararası insan hakları koruma mekanizmaları içerisinde en kapsamlı ve yaratıcı onarım içtihadını geliştiren yargısal merci olmuştur.²¹⁵ Özellikle Plan de Sanchez veya Las Dos Erres davalarında olduğu gibi Mahkemenin karşı karşıya kaldığı kitlesel katliam vakalarında tazminat ve ihlal tespiti ile sınırlı bir onarım anlayışı uygun değildir ve etkisiz bulunmaktadır.²¹⁶ Bu koşullarda parasal onarım, özellikle sembolik ve yapısal onarım tedbirleriyle desteklenmedikçe yetersizdir ve hatta zararlı sonuçlara neden olabilir.²¹⁷ Zira ihlal hakkının satın alın-

²¹⁴ Amerikalılar Arası Mahkeme, ihlal tespit ettiği neredeyse bütün kararlarında (Bazıları: Cantoral-Huamani ve García-Santa Cruz/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), karar 8; The Gómez-Paquiyaury Kardeşler/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 253/8; On Dokuz Tacir/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 295/4; “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos ve Diğerleri)/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 99; Cesti-Hurtado/Peru (Onarım ve Masraflar), § 59; Cantos/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), § 71; Dial ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas ve Onarım), § 115/6; Guevara Díaz/Kosta Rika (Esas, Onarım ve Masraflar), § 120/4; Moya Chacón ve Diğerleri/ Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 135/4; Pavez Pavez/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), § 209/5; Denizcilik ve Liman İşçileri Ulusal Federasyonu (FEMAPOR)/Peru (İlk İtirazlar, Esas ve Onarım), § 149/6; Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 203/8) ihlali tespit eden kararın bizatihi onarım aracı olduğuna işaret etmiş, kararın bu işlevini ihlalin manevi sonuçlarıyla ilişkilendirilmiştir. (“Çocuklar için Yeniden Eğitim Enstitüsü”/Paraguay (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), § 323; The Gómez-Paquiyaury Kardeşler/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), § 215; On Dokuz Tacir/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), § 247; Maritza Urrutia/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), § 166; Castillo-Páez/Peru (Onarım ve Masraflar), § 84).

²¹⁵ Bu kapsamda Amerikalılar Arası ve Avrupa bölgesel sistemlerinin karşılaştırılması için bakınız: Buyse, “Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law”, ss. 143-151; Antkowiak, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, ss. 408-413; Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 384-388; Chavez, “New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes beyond Compensation”, ss. 379-385.

Amerikalılar Arası ve Afrika bölgesel sistemlerinde onarımın karşılaştırılması için: Evans, The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict, ss. 76-82; Antkowiak, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, ss. 413-414; Shelton, Remedies in International Human Rights Law, s. 384, 388-390.

²¹⁶ Antkowiak, “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, s. 355.

²¹⁷ Mental Health Team of the Center for Legal and Social Studies, “Reparations: A Judicial and Symbolic Act”, s. 300, 304.

ması anlayışıyla kötüye kullanımları mümkün olabilmektedir. Örneğin bu farkındalıkla Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Anayasanın yönetimin belirli zararları verme hakkını satın alması gerektiğini değil, bu zararları vermeyeceğini taahhüt ettiğine işaret etmiştir.²¹⁸

Amerikalılar Arası Mahkeme içtihadında onarım kapsamının tazminat yanında genişletilmesinde iki unsurun etkili olduğu görülmektedir. İlki elbette Sözleşme'nin bu kapsamda Mahkemeye sunduğu geniş yetkidir. Sözleşmenin 63. maddesinin lafzı yanında hazırlık çalışmaları da, Sözleşmeyi hazırlayanların Mahkemeye mağdur lehine onarıma hükmetmesi için kapsamlı yetkiler vermeyi amaçladıklarını açığa çıkarmaktadır. Zira Sözleşmenin onarım hükmünün orijinal taslağı, Mahkemeye sadece tazminata hükmetme yetkisi sunmaktaydı.²¹⁹ Onarıma ilişkin taslak uyarınca, "*Mahkeme, bu Sözleşme ile korunan bir hak veya özgürlüğün ihlal edildiğini tespit etmesinin ardından, hakkı ihlal edilen tarafa ödenecek tazminatın miktarını belirlemeye yetkili olacaktır.*"²²⁰ Sonrasında ise Guatemala temsilcisi hükmün güçlendirilmesi ve genişletilmesini önermiştir. Guatemala tarafından sunulan teklif, 63. maddenin bugünkü hali ile esas olarak aynıdır.²²¹

İkinci olarak ise, Mahkemenin onarım kapsamını genişletme motivasyonu, bölgedeki insan hakları ihlallerinin niteliklerinden²²², bir başka deyişle bölgenin siyasal gerçekliğinden ve bunun doğurduğu ihtiyaçlardan kaynaklanmıştır. Mahkemenin onarım içtihadı, mevcut koşulların gereklerine karşılık olarak belirli tarihsel bağlamlarda yükselmiş, genişletilmiş veya yeniden tanımlanmıştır. Bu nedenle Amerikalılar Arası sistemi işlediği siyasal, ekonomik ve sosyal bağlam dışında veya Kitadaki mevcut insan hakları durumunu dikkate almaksızın düşünmek mümkün değildir.²²³ Bu bağlamda Mahkemenin onarım içtihadı ile

²¹⁸ Owen v. City of Independence, ABD Yüksek Mahkemesi, 445 U.S. 622, 1980, s. 650-651.

²¹⁹ Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, s. 190.

²²⁰ Draft American Convention on human Rights, Art 52(1)'den aktaran: Pasqualucci, The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, s. 190.

²²¹ Observations by the Governments of the Member States on the Draft Inter-American Convention on Protection of Human Rights: Guatemala, OEA/Ser.K/XVI/1.1. doc. 24, 8/11/1969, Buergethal and Norris (eds.), *Human Rights: The Inter-American System*, kitapçık 13, C. 2, s. 119, 132.

²²² Evans, The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict, s. 67.

²²³ Ariel Dulitzky, "The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for Changes", *Quebec Journal of International Law*, 2011, Özel Sayı, ss. 129-130.

Kıtanın siyasal koşulları arasındaki ilişkinin birbirinden mutlak biçimde ayrı veya bağımsız olmayan üç dönem²²⁴ içerisinde ortaya konulması mümkündür.

Sözleşmenin yürürlüğe girdiği 1978 ile taraf devletlerdeki otoriter rejimlerin iktidarı kaybettikleri 1990 sonrası kapsayan ilk dönemde Amerikalılar Arası Sistem, kitlesel ve sistematik insan hakları ihlallerini devlet politikası biçiminde gerçekleştiren otoriter rejimlerle karşı karşıya bulunmaktaydı.²²⁵ Dolayısıyla kitlesel baskı veya iç çatışma ile daha seyrek olarak karşılaşılan Avrupa sisteminde²²⁶ farklı olarak Amerikalılar Arası Mahkeme, bölgeye musallat olmuş askeri diktatörlüklerin yol açtıkları çok sayıda işkence, zorla kaybetme, yargısız infaz ve kitlesel katliam ile ilgilenmek durumundaydı.²²⁷ Bu koşullar, Mahkemenin algılanan rolünü de şekillendirmekteydi. Bu dönemde Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi, bu ihlallerin mağdurları için adaletin son çaresi konumundaydı.²²⁸ Böylece Mahkeme yüksek bir mahkeme olmanın ötesine geçmiş bulunmaktaydı. Bu süreç büyük ölçüde Mahkemenin, devletlerin eylemleriyle ilgili kural koyma gücü ve kitlesel insan hakları ihlallerine karşı son çare olma işleviyle ahlaki bir üst olduğu sistemin orijinal *ethos*'unu belirlemişti.²²⁹ Diğer yandan ihlallerin niteliği birçok durumda eski hale getirmeyi imkânsız kılarak mağdur yakınları çoğu zaman, sıklıkla otoriteler tarafından itibarları sarsılan ve yıkıcı faaliyet yürütmekle itham edilen mağdurların onurlarını iade etmek üzere tatmin biçiminde onarımlara ilgi göstermişlerdir.²³⁰ Mağdurların Mahkeme önündeki şahitlikleri başta olmak üzere çeşitli göstergeler mağdurların genel olarak parasal olmayan çareleri tercih ettiklerini ortaya koymaktadır.²³¹

İkinci dönemde, taraf devletlerin otoriter rejimlerden demokrasiye geçiş süreçlerini içeren bir siyasal atmosfer söz konusu olmuştur.²³² Bu kapsamda

²²⁴ Grossman, "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future", s. 1268.

²²⁵ Contesse, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", s. 129.

²²⁶ Roht-Arriaza, "Reparations Decisions and Dilemmas", s. 167.

²²⁷ Evans, The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict, s. 67.

²²⁸ Victor Abramovich, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", *SUR - International Journal on Human Rights*, 2009, C. 6, S. 11, s. 9.

²²⁹ Contesse, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", s. 129.

²³⁰ Evans, The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict, s. 67.

²³¹ Antkowiak, "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", s. 388.

²³² Contesse, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", s. 130.

Mahkemenin faaliyeti, kıtada demokrasilerin yükselişi yanında diktatörlük rejimlerinin mirasını analiz etme ve gözden geçirme girişimleri ile karakterize olmuştur.²³³ Bu süreçte ifade özgürlüğü, bilgiye erişim gibi haklara yönelik ihlaller de gündeme gelmişse de, Mahkeme ağırlıklı olarak önceki yıllarda gerçekleştirilmiş kitlesel katliamlarla ilgilenmiştir.²³⁴ Mahkeme insan haklarının ağır, kitlesel ve sistematik ihlalleri için onarım, hakikat ve adalet hakkına yönelik çekirdek ilkeleri belirlemeye başlamış ve af yasaları üzerine sınırlar koymuştur.²³⁵ Özellikle cezasızlık olmak üzere diktatörlüklerin mirasına işaret eden ve af yasalarının Amerika Sözleşmesi ile bağdaşmazlığını ortaya koyan Barrios Altos/Peru kararı, bu ikinci dönemde verilmiştir.²³⁶

Güney Amerika'nın son dönemdeki siyasal görünümü ise, geçiş süreçlerini atlatmış, fakat demokratik sistemlerini sağlamlaştıramamış birçok devletin durumunu yansıtmaktadır. Bu temsili demokrasiler seçim sistemlerini geliştirerek, basın özgürlüğüne saygı göstererek, siyasal şiddeti terk ederek önemli adımlar atmışlarsa da, etkisiz yargı sistemi ve şiddete başvuran polis ve cezaevi sistemlerinde olduğu gibi pek çok ciddi kurumsal noksanları bulunmaktadır. Ayrıca bu demokrasiler, sürekli olarak istikrarsız bir siyasal sisteme neden olan endişe verici dışlama ve eşitsizlik düzeylerine sahiptir.²³⁷ Bu yeni iklimde Amerikalılar Arası Sistem organları yoksulluk gibi dışlanma ve eşitsizlik konuları ile yerli halklar, kadınlar, azınlıklar, çocuklar gibi kırılgan grupların durumuna ilişkin sorunlarla karşı karşıya kalmıştır.²³⁸ Bu koşullarda Mahkeme sadece ihlallerin bireysel davaların mağdurları üzerindeki sonuçlarını telafi etmeyi değil, de-

²³³ Grossman, "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future", s. 1268.

²³⁴ Contesse, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", ss. 130-131.

²³⁵ Abramovich, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", s. 9.

²³⁶ Grossman, "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future", s. 1269.

²³⁷ Abramovich, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", s. 9.

²³⁸ Grossman, "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future", s. 1268.

Bu kapsamda öne çıkan hususlar: sosyal ve ırka dayalı önyargılara dayanan polis şiddeti, cezaevlerinde mağdurları çoğunlukla alt sınıflardan gelen gençlerin olan işkence ve aşırı nüfus, devlet otoriteleri tarafından müsamaha gösterilen kadına karşı genelleşmiş bir eviçi şiddet pratiği, yerli halk ve toplulukların siyasal katılım ve topraktan yoksun bırakılması, Afrika kökenli nüfusun eğitim ve adalete erişiminde ayrımcılık, belgesiz göçmenlerin bürokratik istismarı olmuştur. (Abramovich, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", s. 16).

mokratik süreçlerin eşitliğini etkileme ve temel ulusal koruma mekanizmalarını güçlendirme amacıyla bir ilkeler ve standartlar bütünü ortaya koyma uğraşında olmuştur. Bu aşamada Mahkeme, ulusal düzeyde hakların hayata geçirilmesini garanti edecek yapısal koşulları geliştirme sorununa eğilmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, devlet terörizmi ve diktatörlükler sürecindeki rolüne benzer biçimde, dava ve uyuşmazlıkları münferiden değerlendirmemiş, bunların içerisinde geliştiği ve anlam kazandığı sosyal ve kurumsal bağlamları da incelemiştir.²³⁹ Ancak dikkat edilmelidir ki, bu gelişmelerle birlikte artık Mahkeme önündeki ihlal iddialarının otoriter değil demokratik devletlerin insan hakları ihlallerine yönelik²⁴⁰ olduğu bir tablo ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bu durum, Mahkemenin onarım kararlarının meşruiyetine yönelik tartışmalarda etkili bir değerlendirme ölçütü teşkil edecektir.

SONUÇ

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi insan haklarının onarımı hakkında yenilikçi ve kapsamlı bir içtihat yaratmıştır. Diğer insan hakları koruma mekanizmaları ile kıyaslandığında insan hakları ihlallerinin mağdurlar üzerindeki sonuçlarını telafi etmek bakımından yaratıcı adımlar atarak onarımın tazminat ve ihlali tespit eden kararın ötesine geçmesini sağlamıştır. Böylece Mahkeme, uluslararası insan hakları hukukunda onarım kapsamında önemli bir aşama kaydedilmesini temin ederek bu alanda önde gelen uluslararası yargısal merci olmuştur.

Amerikalılar Arası Mahkeme insan hakları ihlallerinin onarımına yönelik içtihadını bir yandan Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Mahkemenin onarıma ilişkin yetkisinin temelini teşkil eden 63. maddesine dayandırırken, aynı zamanda da devletlerin uluslararası hukuka aykırı eylemlerinden sorumlulukları alanında uluslararası hukukun kavram ve ilkeleri ile bağlantılandırarak ilerletmiştir. Bu kavram ve ilkelerin Mahkeme içtihadına dahil edilmesi, insan hakları hukukunun özgül unsurları dikkate alınarak gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda uluslararası sorumluluk hukukunda içerilmeyen rehabilitasyon gibi onarım kategorilerine başvurulduğu görülmektedir. Yanı sıra, uluslararası sorumluluk hukukunda da yer verilen tatmin gibi onarım kategorileri içerisindeki araçlar insan hakları ihlallerinin özgül nitelikleri çerçevesinde çeşitlendirilmiştir. Zira bir devletin diğer bir devletin hukuka aykırı eylemi nedeniyle uğradığı manevi zara-

²³⁹ Abramovich, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", s. 10, 17.

²⁴⁰ Contesse, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", s. 127.

rın giderilmesi ile insan hakları ihlal edilmiş bir insanın manevi zararının giderilmesi arasında esaslı niteliksel farklılıklar olduğu açıktır. Bu çerçevede Mahkemenin kapsamlı özür törenleri, anıtlar, Mahkeme kararlarının yayınlanması gibi pek çok yeni tatmin uygulamasını işlevselleştirdiği görülmektedir. Ancak Mahkeme, özellikle ihlalin durdurulması ve tekrarlamama garantileri bağlamında olduğu üzere devletlerin hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluklarına ilişkin hukuktan ayrıldığı hususlarda bu farklılıkların dayanaklarını ve sonuçlarını yeterli açıklıkta tartışmamış ve ortaya koymamıştır. Örneğin Mahkemenin tekrarlamama garantilerini Taslak Maddelerden farklı olarak neden onarım kapsamında değerlendirdiği veya detaylı tekrarlamama garantileri kararları verme yetkisinin kaynakları hakkında açıklık bulunmamaktadır. Zaten Mahkemenin onarım içtihadına genel olarak bakıldığında onarım kategorilerinin ve araçlarının açıklanması, sınıflandırılması ve temellendirilmesinin ikinci planda kaldığı, kavramsallaştırma ve temellendirmede eksikliğin içtihadta çeşitli tutarsızlıklara yol açtığı görülmektedir.

Mahkeme yeni ve gelişmiş onarım kategori ve araçları ile ihlallerin mağdurlar üzerindeki etkilerinin mümkün olduğunca giderilmesi bakımından önemli bir işlev görmüştür. Ancak açıktır ki, insan hakları sadece bireylerin subjektif menfaatlerini korumamaktadır. İnsan hakları ihlalleri, her insanın sahip olduğu insan onurunu yokmuş gibi temsil ederken hem genel olarak insanın değerini zayıflatarak tüm insanları etkilemekte, hem de yapısal uygulamalar teşkil ettikleri ölçüde gelecekte tekrarlanma tehlikesini açığa çıkarmaktadırlar. Bu bakımdan insan hakları ihlallerinin onarımı mağdurdan daha geniş bir çevreyi etkilemektedir. Ancak kamu yararına yönelik bu daha geniş kapsamlı faydanın, ihlallerin mağdurlar üzerindeki bireysel sonuçları giderilmeden, bir başka deyişle bireysel mağduriyetler yok sayılarak ortaya çıkarılması mümkün bulunmamaktadır. Bu kapsamda Amerikalılar Arası Mahkemenin tazminat, rehabilitasyon gibi nispeten daha birey odaklı tedbirlerle ihlallerin soruşturulması ve tekrarlamama garantileri gibi yapısal uygulamaları birleştirerek ne mağdur bireyleri ne de kamu yararını feda eden uygun bir denge kurduğu görülmektedir. Ayrıca Mahkeme, özellikle yerli topluluklar hakkındakiler ile burs ve rehabilitasyon gibi onarım araçlarını içeren kararları dikkate alındığında onarım kavramını sosyo-ekonomik ve kültürel boyutları içinde düşünen bir uygulama geliştirmiştir. Böylece kapsamlı ve bütüncül bir onarım politikası benimsenmiştir.

Mahkemenin gelişmiş ve kapsamlı onarım içtihadının ortaya çıkmasında faaliyete başladığı dönemdeki davaların nitelikleri ve bu kapsamda Kıtanın siyasi manzarasının etkisi yadsınamaz. Zira Mahkeme önüne gelen davalar, Güney

Amerika diktatörlükleri ve iç çatışmaları sürecinde gerçekleştirilen ağır ve sistematik insan hakları ihlallerini içermekteydi. Mahkeme bu davalarda ihlallerin, çoğu zaman kendisinden başka çaresi bulunmayan mağdurlar üzerindeki sonuçlarının onarımı ve aynı zamanda yapısal ve sistemik kaynaklarının üzerine gidilmesi bakımından önemli bir işlev görmüş, kararları bu çerçevede güçlü bir meşruiyet ile karşılanmıştır. Fakat zaman içerisinde Mahkeme, otoriter rejimlerden aksaklıkları olsa da esasen seçime dayalı demokratik rejimlere geçiş yapan devletler hakkındaki davalara bakmaya başlamıştır. Bu durumda kararları demokratik meşruiyet ve insan hakları hukukunda ikincillik ilkesi bağlamında tartışmalara neden olmuştur. Neticede Mahkemenin onarım kararları mağdurlar için önemli bir teselli imkânı sunmakla ahlaki bir güce sahip olsalar da topluluklar lehine onarım kararlarında olduğu üzere bu tür politikaların yurttaşlar tarafından belirlenmesi demokratik rejimlerde esas bulunmaktadır. Bu esasın, insan haklarının topluma yerleşik kılınması bakımından önemi açıktır. Ancak yine de Mahkeme, tazminat yanında özellikle çeşitli tatmin araçlarını işlevselleştirerek insan hakları bilincinin toplumlara yayılması ve ihlallerin soruşturulması yükümlülükleri ile tekrarlamama garantileri aracılığıyla insan haklarının korunmasında yapısal değişimlere yol açan uygulamaların gerçekleştirilmesi bakımından dikkate değer adımlar atmış bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- ABRAMOVICH, Victor, "From Massive Violations to Structural Patterns: New Approaches and Classic Tensions in the Inter-American Human Rights System", *SUR - International Journal on Human Rights*, C. 6, S. 11, 2009, ss. 7-37.
- ANTKOWIAK, Thomas M., "Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", *Columbia Journal of Transnational Law*, C. 46, S. 2, 2008, ss. 351-419.
- ANTKOWIAK, Thomas M., GONZA, Alejandra, *The American Convention on Human Rights*, Oxford University Press, New York, 2017.
- ASLAN, Volkan, "Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2012, ss. 261-296.
- BUYSE, Antoine, "Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, C. 68, 2008, ss. 129-153.
- CARRILLO, Arturo J., "Justice in Context: The Relevance of Inter-American Human Rights Law and Practice to Repairing the Past", *The Handbook of Reparations*, ed. Pablo de Greiff, Oxford University Press, New York, 2006, ss. 504-538.
- CHAVEZ, Leiry Cornejo, "New Remedial Responses in the Practice of Regional Human Rights Courts: Purposes beyond Compensation", *International Journal of Constitutional Law*, C. 15, S. 2, 2017, ss. 372-392.
- CONDÉ, H. Victor, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, University of Nebraska Press, London, 2. baskı, 2004.
- CONTESE, Jorge, "Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System", *Law and Contemporary Problems*, C. 79, S. 2, 2016, ss. 123-145.
- ÇAMURCUOĞLU, Gülden "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Öngörülen Koruma Mekanizmaları", *ERÜHFD*, C. XIV, S. 2, 2019, ss. 7 13-770.
- DOĞAN, İlyas; ÖZDEMİR, Omca, "Amerika Kıtasında İnsan Haklarının Korunması Bölgesel Rejimi", *İnsan Hakları Hukuku*, ed. İlyas Doğan, Astana Yayınları, Ankara, genişletilmiş 2. baskı, 2015, ss. 307-338.
- DULITZKY, Ariel, "The Inter-American Human Rights System Fifty Years Later: Time for Changes", *Quebec Journal of International Law*, 2011, Özel Sayı, ss. 127-164.
- ERGE, Recep Ersel, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- EVANS, Christine, *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*, Cambridge University Press, New York, 2012.
- GARNER, Bryan A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, West Publishing, United States of America, 9. baskı, 2009.

- GRAY, Christine D., *Judicial Remedies in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- GROSSMAN, Claudio, "The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future", *Indiana Law Journal*, C. 83, S. 4, 2008, ss. 1267-1282.
- HAASDIJK, Suzan L., "The Lack of Uniformity in the Terminology of the International Law of Remedies", *Leiden Journal of International Law*, C. 5, S. 2, 1992, ss. 245-264.
- ILC, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2001, Vol. II, Part Two, 30-143.
- MARTIN, Elizabeth A. (ed.), *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford, 5. baskı, 2002.
- McKAY, Fiona, "What Outcomes for Victims?", *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, ed. Dinah Shelton, Oxford University Press, Oxford, 2013, ss. 921-954.
- MENTAL HEALTH TEAM OF THE CENTER FOR LEGAL AND SOCIAL STUDIES, "Reparations: A Judicial and Symbolic Act", *Comprehensive Attention to Victims of Torture in Cases under Litigation - Psychosocial Contributions*, Inter-American Institute of Human Rights, San José, 2009, ss. 267-311.
- Observations by the Governments of the Member States on the Draft Inter-American Convention on Protection of Human Rights: Guatemala, OEA/Ser.K/XVI/1.1. doc. 24, 8/11/1969, Buergenthal and Norris (eds.), *Human Rights: The Inter-American System*, kitapçık 13, C. 2.
- PASQUALUCCI, Jo M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, New York, 2. baskı, 2013.
- PEREZ-LEON-ACEVEDO, Juan Pablo, "The Control of the Inter-American Court of Human Rights over Amnesty Laws and Other Exemption Measures: Legitimacy Assessment", *Leiden Journal of International Law*, C. 33, S. 3, 2020, ss. 667-687.
- QUINTANA, Francisco, "Conference: Reparations in the Inter-American System: A Comparative Approach Conference", *American University Law Review*, C. 56, S. 6, 2007, ss. 1382-1390.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi, "Reparations Decisions and Dilemmas", *Hastings International and Comparative Law Review*, C. 27, S. 2, 2004, ss. 157-200.
- SAMANCI, Uğur, "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin Denetim Organları ve Amerikalılar-Arası İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Uygulanmasının Denetimi", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, ss. 1795-1832.
- SHELTON, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, New York, 3. baskı, 2015.

- ŞİRİN, Tolga, “İnsan Hakkı İhlalinin Onarılmasını İsteme Hakkı”, *Güncel Hukuk*, S. 113-5, Mayıs 2013, ss. 12-13.
- URAL USLAN, Yurdanur; GÜNER, Tuğba, “İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması: Amerikan Sistemi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 19. S. 2, 2014, ss. 309-322.
- UZUN, Elif, *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, Beta, İstanbul, 2007.
- ZÚÑIGA, Natalia Torres, *The Inter-American Court of Human Rights*, Routledge, New York, 2023.

Mahkeme Kararları

- “Beyaz Kamyonet” (Paniagua-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Esas), AAİHM, Series C No. 37, 8/3/1998.
- “Beyaz Kamyonet” (Paniagua-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 76, 25/5/2001.
- “Çocuklar için Yeniden Eğitim Enstitüsü”/Paraguay (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 112, 2/9/2004.
- “Mapiripán Katliamı”/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 134, 15/9/2005.
- “Sokak Çocukları” (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Esas), AAİHM, Series C No. 63, 19/11/1999.
- “Sokak Çocukları” (Villagrán-Morales ve Diğerleri)/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 77, 26/5/2001.
- “The Last Temptation of Christ” (Olmedo-Bustos ve Diğerleri)/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 73, 5/2/2001.
- Acosta-Calderón/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 129, 24/6/2005.
- Albán-Cornejo ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 171, 22/11/2007.
- Almonacid-Arellano ve Diğerleri/Şili (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 154, 26/9/2006.
- Aloeboetoe ve Diğerleri/Surinam (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 15, 10/9/1993.
- Anzualdo Castro/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 202, 22/9/2009.
- Apitz Barbera ve Diğerleri (“İdari Uyuşmazlıklar İlk Derece Mahkemesi”)/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 182, 5/8/2008.

- Artavia Murillo ve Diğerleri (“Tüp Bebek”)/Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 257, 28/11/2012.
- Atenco’daki Cinsel İşkencenin Kadın Mağdurları/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 371, 28/11/2018.
- Baena-Ricardo ve Diğerleri/Panama (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 72, 2/2/2001.
- Baldeón-García/Perú (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 147, 6/4/2006.
- Bámaca-Velásquez/Guatemala (Esas), AAİHM, Series C No. 70, 25/11/2000.
- Bámaca-Velásquez/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 91, 22/2/2002.
- Banković ve Diğerleri/Belçika ve Diğerleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 52207/99, 12/12/2001.
- Barbosa De Souza ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 435, 7/9/2021.
- Barrios Altos/Peru (Esas), AAİHM, Series C No. 75, 14/3/2001.
- Barrios Altos/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 87, 30/11/2001.
- Bissoon ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 472, 14/11/2022.
- Blake/Guatemala (Esas), AAİHM, Series C No. 36, 24/1/1998.
- Blake/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 48, 22/1/1999.
- Bulacio/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 100, 18/9/2003.
- Caballero-Delgado ve Santana/Kolombiya (Esas), AAİHM, Series C No. 22, 8/12/1995.
- Cabrera García ve Montiel Flores/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 220, 26/11/2010.
- Cacarica Nehri Havzasından Yerinden Edilen Afrika Kökenli Topluluklar (Genesis Operasyonu)/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 270, 20/11/2013.
- Caesar/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 123, 11/3/2005.
- Cantoral-Benavides/Peru (Esas), AAİHM, Series C No. 69, 18/8/2000.
- Cantoral-Benavides/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 88, 3/12/2001.
- Cantoral-Huamaní ve García-Santa Cruz/Peru (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 167, 10/7/2007.
- Cantos/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 97, 28/11/2002.

- Carpio-Nicolle ve Diğerleri/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 117, 22/11/2004.
- Castillo Petruzzi ve Diğerleri/Peru Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 52, 30/5/1999.
- Castillo-Páez/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 43, 27/11/1998.
- Cesti-Hurtado/Peru (Esas), AAİHM, Series C No. 56, 29/9/1999.
- Cesti-Hurtado/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 78, 31/5/2001.
- Chaparro Álvarez and Lapo Íñiguez/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 170, 21/11/2007.
- Chitay Nech ve Diğerleri/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 212, 25/5/2010.
- Chorzów Fabrikası (Esas) Kararı, Uluslararası Daimi Adalet Divanı, PCIJ Series A. No 17, 13/9/1928.
- Claude-Reyes ve Diğerleri/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 151, 19/9/2006.
- Contreras ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 232, 31/8/2011.
- Cuya Lavy ve Diğerleri/Peru, (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 438, 28/9/2021.
- Dacosta Cadogan/Barbados (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 204, 24/9/2009.
- Denizcilik ve Liman İşçileri Ulusal Federasyonu (FEMAPOR)/Peru (İlk İtirazlar, Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 448, 1/2/2022.
- Dial ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 476, 21/11/2022.
- Digna Ochoa ve Aile Üyeleri/Mexico (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 447, 25/11/2021.
- El Amparo/Venezuela (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 28, 14/9/1996.
- Escher ve Diğerleri/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 200, 6/7/2009.
- Fermín Ramírez/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 126, 20/6/2005.
- Fernández Ortega ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 215, 30/8/2010.
- Garibaldi/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 203, 23/9/2009.

- Garrido ve Baigorria/Arjantin (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 39, 27/8/1998.
- Garzón Guzmán ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 434, 1/9/2021.
- Gelman/Uruguay (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 221, 24/2/2011.
- Godínez-Cruz/Honduras (Esas), AAİHM, Series C No. 5, 20/1/1989.
- Godínez-Cruz/Honduras (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 8, 21/7/1989.
- Goiburú ve Diğerleri/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 153, 22/9/2006.
- Gomes Lund ve Diğerleri (“Guerrilha do Araguaia”)/Brezilya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 219, 24/11/2010.
- Gómez-Palomino/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 136, 22/11/2005.
- Gómez-Paquiyauri Kardeşler/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 110, 8/7/2004.
- González ve Diğerleri (“Pamuk Tarlası”)/Meksika (İlk İtiraz, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 205, 16/11/2009.
- González ve Diğerleri/Venezuela (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 436, 20/9/2021.
- Guachalá Chimbo ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 423, 26/3/2021.
- Gudiel Álvarez ve Diğerleri (“Diario Militar”)/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 253, 20/11/2012.
- Guevara Díaz/Kosta Rika (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 453, 22/6/2022.
- Gutiérrez ve Ailesi/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 271, 25/11/2013.
- Gutiérrez-Soler/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 132, 12/9/2005.
- Herrera-Ulloa/Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 107, 2/7/2004.
- Hilaire, Constantine ve Benjamin ve Diğerleri/Trinidad ve Tobago (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 94, 21/6/2002.
- Huilca-Tecse/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 121, 3/3/2005.
- Ibsen Cárdenas ve Ibsen Peña/Bolivya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 217, 1/9/2010.

- Ituango Katliamları/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 148, 1/7/2006.
- Ivcher-Bronstein/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 74, 6/2/2001.
- İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşa Edilmesinin Hukuki Sonuçları, Danışma Görüşü, Uluslararası Adalet Divanı, 2004 I.C.J. Reports 136, 9/7/2004.
- Juan Humberto Sánchez/Honduras (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 99, 7/6/2003.
- Julien Grisonas Ailesi/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 437, 23/9/2021.
- Kawas-Fernández/Honduras (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 196, 3/4/2009.
- Kimel/Arjantin (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 177, 2/5/2008.
- La Cantuta/Perú (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 162, 29/11/2006.
- Las Dos Erres Katliamı/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 211, 24/11/2009.
- Loayza-Tamayo/Peru (Esas), AAİHM, Series C No. 33, 17/9/1997.
- Loayza-Tamayo/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 42, 27/11/1998.
- López Soto ve Diğerleri/Venezuela (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 362, 26/9/2018.
- Lori Berenson-Mejía/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 119, 25/11/2004.
- Maidanik ve Diğerleri/Uruguay (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 444, 15/11/2021.
- Manuel Cepeda Vargas/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 213, 26/5/2010.
- Manuela ve Diğerleri/El Salvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 441, 2/11/2021.
- Maritza Urrutia/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 103, 27/11/2003.
- Mayagna (Sumo) Awas Tingni Topluluğu/Nikaragua (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 79, 31/8/2001.
- Mendoza ve Diğerleri/Arjantin (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 260, 14/5/2013.
- Miguel Castro Castro Cezaevi/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar Hakkında Kararın Yorumu/), AAİHM, Series C No. 181, 2/8/2008.

- Miguel Castro Castro Cezaevi/Peru (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 160, 25/11/2006.
- Moiwana Topluluğu/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 124, 15/6/2005.
- Molina-Theissen/Guatemala (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 108, 3/7/2004.
- Montero-Aranguren ve Diğerleri (Catia Gözaltı Merkezi)/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 150, 5/7/2006.
- Moya Chacón ve Diğerleri/ Kosta Rika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 451, 23/5/2022.
- Myrna Mack Chang/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 101, 25/11/2003.
- Neira-Alegría ve Diğerleri/Peru (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 29, 19/9/1996.
- Norín Catrimán ve Diğerleri (Mapuche Yerli Halkı Aktivist, Üye ve Liderleri)/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 279, 29/5/2014.
- On Dokuz Tacir/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 109, 5/7/2004.
- Owen v. City of Independence, ABD Yüksek Mahkemesi, 445 U.S. 622, 1980.
- Palacio Urrutia ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 446, 24/11/2021.
- Palamara-Iribarne/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 135, 22/11/2005.
- Pavez Pavez/Şili (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 449, 4/2/2022.
- Plan de Sánchez Katliamı/Guatemala (Onarım), AAİHM, Series C No. 116, 19/11/2004.
- Prosecutor/Lubanga Dyilo (Emir), Uluslararası Ceza Mahkemesi, ICC-01/04-01/06-3129-AnxA, 3/3/2015.
- Pueblo Bello Katliamı/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 140, 31/1/2006.
- Radilla-Pacheco/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 209, 23/11/2009.
- Raxcacó-Reyes/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 133, 15/9/2005.
- Reverón Trujillo/Venezuela (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 197, 30/6/2009.

- Río Negro Katliamları/Guatemala (İlk İtiraz, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 250, 4/9/2012.
- Rochac Hernández ve Diğerleri/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 285, 14/10/2014.
- Rochela Katliamı/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 163, 11/5/2007.
- Rodríguez Vera ve Diğerleri (Adalet Sarayından Kaybolanlar)/Kolombiya (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 287, 14/11/2014.
- Rosendo Cantú ve Diğerleri/Meksika (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 216, 31/8/2010.
- Saramaka Halkı/Surinam (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 172, 28/11/2007.
- Sarayaku'nun Kichwa Yerli Halkı/Ekvador (Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 245, 27/6/2012.
- Sawhoyamaxa Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 146, 29/3/2006.
- Serrano-Cruz Kardeşler/El Salvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 120, 1/3/2005.
- Servellón-García ve Diğerleri/Honduras (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 152, 21/9/2006.
- Suárez-Rosero/Ekvador (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 44, 20/1/1999.
- Sumpango'nun Maya Kaqchikel Yerli Halkları ve Diğerleri/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 440, 6/10/2021.
- The Caracazo/Venezuela (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 95, 29/8/2002.
- The Girls Yean ve Bosico/Dominik Cumhuriyeti (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 130, 8/9/2005.
- Tibi/Ekvador (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 114, 7/9/2004.
- Tiu Tojín/Guatemala (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 190, 26/11/2008.
- Tristán Donoso/Panamá (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 193, 27/1/2009.
- Trujillo-Oroza/Bolivya (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 92, 27/2/2002.
- Valle Jaramillo ve Diğerleri/Kolombiya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 192, 27/11/2008.

- Vargas-Areco/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 155, 26/9/2006.
- Velásquez-Rodríguez/Honduras (Esas), AAİHM, Series C No. 4, 29/7/1988.
- Velásquez-Rodríguez/Honduras (Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 7, 21/7/1989.
- Vélez Loo/Panama (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 218, 23/11/2010.
- Vera Rojas ve Diğerleri/Şili (İlk İtirazlar, Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 439, 1/10/2021.
- Xákmok Kásek Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 214, 24/8/2010.
- Ximenes-Lopes/Brezilya (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 149, 4/7/2006.
- Yakye Axa Yerli Topluluğu/Paraguay (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 125, 17/6/2005.
- Yargının Eski Çalışanları/Guatemala (İlk İtirazlar, Esas ve Onarım), AAİHM, Series C No. 445, 17/11/2021.
- Zambrano Vélez ve Diğerleri/Ekvador (Esas, Onarım ve Masraflar), AAİHM, Series C No. 166, 4/7/2007.

Elektronik Kaynaklar

- Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2010 yılı raporu, https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2010.pdf, (9/4/2023).
- Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2011 yılı raporu, https://corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2011.pdf, (9/4/2023).
- Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, 2012 yılı raporu, https://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2012.pdf, (9/4/2023).
- Conseil de L'Europe, Convention Européenne des Droits de L'homme, ETS 5, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, (9/4/2023).
- Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, ETS 5, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (9/4/2023).
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José", https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, (9/4/2023).
- Organization of American States (OAS), American Convention on Human Rights, "Pact of San Jose", <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36510.html>, (9/4/2023).

UN General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, Resolution 60(147), UN Doc. A/RES/60/147, 21/3/2006, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/42/pdf/N0549642.pdf?OpenElement>, (9/4/2023).

UN Human Rights Committee (HRC), General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, <https://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html>, (9/4/2023), § 16.

KAÇAKÇILIK SUÇUNDAN ELDE EDİLEN EŞYANIN KULLANIM AMACIYLA SATIN ALINMASININ VEYA KABUL EDİLMESİNİN SUÇ EŞYASININ SATIN ALINMASI VEYA KABUL EDİLMESİ SUÇU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ^(**)

Öz

Kaçakçılık suçu işlenerek elde edilen eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin, kaçakçılık suçuna iştirak etmiş kişiler dışındaki diğer kişiler tarafından suçtan elde edildiği bilinen kullanım amacıyla satın alınması, kabul edilmesi (bağış, kira, trampa) veya bulundurulması fiilleri, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu oluşturacaktır. Bu nedenle kullanım amacıyla kaçak sigara, akaryakıt, çay, tütün, telefon, her türlü elektronik eşya, otomobil ile diğer eşyaları satın alan, bulunduran veya kabul edenler hakkında TCK'nın 165. maddesinde düzenlenmiş olan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan ceza soruşturması ve kovuşturması yapılması ve ayrıca ele geçirilen eşya hakkında da müsadere kararı verilmesi gerekir.

Bu konudaki yanlış uygulamaların ve anlaşılmalarda düzeltilmesi amacıyla Yargıtay içtihat oluşturması yararlı olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kaçakçılık, Suçtan Elde Edilen Eşya, Kullanım Amacı, Suç Eşyasının Satın Alınması, Suç Eşyasının Kabul Edilmesi.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 04.01.2023.

Atıf Şekli: Ahmet Bozdağ, "Kaçakçılık Suçundan Elde Edilen Eşyanın Kullanım Amacıyla Satın Alınmasının veya Kabul Edilmesinin Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu Bağlamında Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 149-169.

DOI: 10.52273/sduhfd..1214285.

^(**) Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Gaziantep, Türkiye.

E-posta: bozdaaghukuk@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-1157-9199>.



THE EVALUATION OF THE PURCHASE OR ADMISSION OF THE COMMODITY CONFISCATED FROM SMUGGLING FOR USE IN TERMS OF CRIMES COVERING PURCHASE OR ADMISSION OF THE CRIME COMMODITY

Abstract

The act of purchasing, accepting or keeping the goods or other assets obtained by committing the crime of smuggling, knowing that they were obtained from the crime by other persons other than those who participated in the crime of smuggling, will constitute the crime of purchasing or accepting the crime item. For this reason, criminal investigation against those who buy, keep or accept illegal cigarettes, fuel oil, tea, tobacco, telephones, all kinds of electronic goods, automobiles and other goods for use, for the crime of purchasing or accepting the criminal goods regulated in Article 165 of the TCC, and it is necessary to prosecute and also to make a confiscation decision about the seized property.

It would be beneficial for the Supreme Court to establish a case-law in order to correct misapplications and misunderstandings on this issue.

Keywords

Smuggling, Goods Obtained From Crime, Purpose of Use, Purchase of Criminal Goods, Acceptance of Criminal Goods.

GİRİŞ

Malvarlığına karşı işlenen suçların işlenme amacı dikkate alındığında, genellikle bu suçların ekonomik bir yarar elde etmek amacıyla işlendiği görülecektir. Failler suçtan elde ettikleri eşya veya diğer ekonomik değerden doğrudan doğruya yararlanabildikleri gibi bazen de söz konusu eşyayı satarak, dönüştürerek, değerlendirerek yarar sağlamaktadır. Genellikle failler, suçtan elde ettikleri eşyaları ve diğer değerleri kolayca elden çıkarabilmek için rayiç değerinin çok altında bir fiyata satmaktadır. Bu durum, suçtan elde edilen eşyaların ve diğer değerlerin piyasada kolayca alıcı bulmasına ve toplumda yaygın bir şekilde kullanılmasına neden olmaktadır.

Kanun koyucu hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, kaçakçılık gibi ekonomik suçları işleyerek yarar sağlayan failleri cezalandırmak için birçok suç tipi ihdas ettiği gibi aynı zamanda bu tür suçlardan elde edilen eşya veya diğer malvarlığı değerlerini satın alan, kabul eden, bulunduran üçüncü kişileri de cezalandırma ya yönelik suçlar ihdas etmiştir.

Bu çalışmada esas olarak kaçakçılık suçundan elde edilmiş eşya veya diğer malvarlığı değerlerini bu özelliğini bilerek kullanım amaçlı olarak satın alan, kabul eden ve kullanan üçüncü kişilerin, TCK'nın 165. maddesinde düzenlenmiş olan "suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan" sorumlu tutulup tutulamayacağı üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda konunun daha iyi anlaşılması amacıyla öncelikle kaçakçılık suçu ve suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçları ana hatları ile izah edilecektir.

I. GENEL OLARAK KAÇAKÇILIK SUÇU

Kaçakçılık, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde; "Bir devletin yasalarına karşı gelecek yapılan ticaret; kaçakçının yaptığı iş; gizli olarak, sezdirmeden kaçırma işi"¹ olarak tanımlanmıştır.

Yasal mevzuat, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında kaçakçılığı şöyle tanımlayabiliriz; ülkeye sokulması yasak olan bir eşyayı ülkeye sokmak veya ülkeden çıkarılması yasak olan bir eşyayı ülkeden çıkarmak; ülkeye sokulması ve ülkeden çıkarılması yasak olmayan bir eşyanın kısmen veya tamamen vergi ödenmeden ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması veyahut ülkeye sokulmuş olan kaçak eşyanın bu özelliği bilinerek ve ticari amaçlı ola-

¹ TDK Sözlüğü (<https://sozluk.gov.tr/>).

arak satın alınması, satılması, bulundurulması veya dolaşımının kolaylaştırılmasıdır.²

Kaçakçılık fiillerinin suç olarak düzenlenmesinin birçok sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerin en önemlileri, devletin sınır güvenliğinin korunması, serbest piyasada adil rekabet ortamının sağlanması, devletin vergi kaybının önlenmesi, tüketici haklarının korunması, insan sağlığının korunması ve çevreye zarar verilmesinin engellenmesidir.³ Bir ülke piyasasında bulunması yasak olan malların ülkeye sokularak veya başka ülkelerden vergi ödmeden ucuz fiyata getirilen malların çok kârlı bir şekilde satılma imkânının bulunması, kaçakçılığı ve dolayısıyla kaçakçılık suçlarını cazip hale getirdiğinden, kaçakçılık suçları tarihin her döneminde ve her devlette sıkça rastlanan bir suç tipi olmuştur.⁴

Ülkemizde de kaçakçılığın önlenmesi amacıyla başta 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu olmak üzere, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 6136 Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gibi birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Çalışmanın amacı gözetilerek sadece kaçakçılık suçları bakımından genel kanun niteliğindeki Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile sınırlı olarak gümrük kaçakçılığı suçları inceleme konusu yapılacaktır.

² Benzer tanımlar için bakınız: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22.02.2000 tarihli ve 7-3/32 sayılı kararı; “Kaçakçılık kısaca devletin yasalarında öngörmüş olduğu kurallara aykırı olarak bir şeyin yurtdışına çıkarılması veya yurda sokulması şeklinde tanımlanabilir”. Murat Aydın, “5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları”, *Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya, 2011, s. 6; Yavuz Kahya, “Suç Teorileri Işığında Türkiye’de Kaçakçılık Olgusu: Toplumsal Nedenleri, Boyutları ve Algısı”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, C. 15, S. 3, s. 161; Murat Balcı, *Petrol Kaçakçılığı Suçları ve Petrol Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Kabahatler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 50; Batuhan Aktaş, “Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmadan Ülkeye Eşya Sokma Suçu Bir İnceleme”, *TBB Dergisi*, 2015 (121), s. 115.

³ Çetin Arslan- Arzu Balan, “Gümrük Kaçakçılığı Suçunun Nitelikli Hali Olarak Ülkeye Kaçak Akaryakıt Sokma Fiili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 10; “Gümrük kaçakçılığı suçlarında korunan hukuki yarar; Devletin egemenlik hakkının bir kısmı olarak ortaya çıkan kendi milli sınırları dâhilindeki her türlü eşya giriş ve çıkışını kontrol etme ve düzenleme yetkisidir. Anılan fiiller ile devletin sözü edilen egemenlik hakkının ihlali ile birlikte devletin vergilendirme hakkı ve mali yararlarını da ihlal ettiği kuşkusuzdur. Verginin ise devletin kamu hizmetlerini finanse etmek için toplumu oluşturan kişilerden zorunlu olarak alınan ekonomik değerler olduğu nazara alındığında gümrük kaçakçılığı suçlarının vergi kaybına sebep olması sonucu, kamu hizmetlerinin finansmanında güçlükler doğuracağı muhakkaktır.” Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 14.5.2019 tarihli ve esas 2019/20755, karar 2019/8369, sayılı kararı.

⁴ Detaylı bilgi için bkz. Aydın, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları, s. 13-15.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde kaçakçılık suçlarının temel şekli, 4. maddesinde de kaçakçılık suçlarının daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir.

Kaçakçılık suçlarının ihdası ile korunmak istenen hukuki yarar, devletin sınır güvenliğinin,⁵ vergi tahsil etme yetkisinin, kişi sağlığının, çevrenin, adil ve serbest rekabet ortamının ve tüketici haklarının korunmasıdır. Dolayısıyla kaçakçılık suçları ile korunan hukuki yarar tek olmayıp kamuya ve kişilere ait birçok hukuki yarar korunmak istenmiştir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda düzenlenen kaçakçılık suçlarının konusunu, insan ve insan bedeninin parçaları olan organlar dışındaki her türlü canlı veya cansız taşınır eşya ve varlık oluşturmaktadır. Dolayısıyla Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na aykırı olarak ülkeye sokulan veya ülkeden çıkarılan her taşınır eşya kaçakçılık suçlarının konusunu oluşturabilmektedir. Ancak kaçakçılıkla ilgili özel kanunların konusunu oluşturan taşınır eşyalar, gümrük kaçakçılığı suçlarının konusunu oluşturmazlar.

Kaçakçılık suçlarını oluşturan fiiller 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre kaçakçılık suçlarının fiilleri:

- Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokmak,
- Eşyayı, aldatıcı işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokmak,
- Transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakmak,
- Belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dâhilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, hile ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapmak,
- Gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokulmuş veyahut belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dâhilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, hile ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapmak fiillerinin işlenmesine iştirak etmeksizin bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın almak, satışı arz etmek, satmak, taşımak veya saklamak,

⁵ Aydın, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları, s. 113.

- Özel kanunları gereğince gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen muaf olarak ithal edilen eşyayı, ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis etmek, satmak veya devretmek ya da bu özelliğini bilerek satın almak veya kabul etmek,
- İthal kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeye sokmak,
- İthal yasak eşyayı, bu özelliğini bilerek satın almak, satışa arz etmek, satmak, taşımak veya saklamak,
- İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkarmak,
- İlgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla ihracat gerçekleştirmediği hâlde gerçekleştirilmiş gibi göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstermek,
- Ulusal marker uygulamasına tabi olup da, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıt; ticari amaçla üretmek, bulundurmak veya nakletmek, satışa arz etmek veya satmak, bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın almak,
- Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan izin almadan; akaryakıt haricinde kalan solvent, madenî yağ, baz yağ, asfalt ve benzeri petrol ürünlerinden akaryakıt üretmek veya bunları doğrudan akaryakıt yerine ikmal ederek üretmek, satışa arz etmek, satmak, bulundurmak, bu özelliğini bilerek ticarî amaçla satın almak, taşımak veya saklamak,
- Her türlü üretim, iletim ve dağıtım hatları dâhil olmak üzere sıvı veya gaz halindeki hidrokarbonlarla, hidrokarbon türevi olan yakıtları nakleden boru hatlarından, depolarından veya kuyulardan kanunlara aykırı şekilde alınan ürünleri satışa arz etmek, satmak, bulundurmak, bu özelliğini bilerek ticarî amaçla satın almak, taşımak veya saklamak,
- Kaçak akaryakıt veya sahte ulusal marker elde etmeye, satmaya ya da herhangi bir piyasa faaliyetine konu etmeye yarayacak şekilde lisansa esas teşkil eden belgelerde belirlenenlere aykırı olarak sabit ya da seyyar tank, düzenek veya ekipman bulundurmak,
- Ulusal markeri yetkisiz olarak üretmek, satışa arz etmek, satmak, yetkisiz kişilerden satın almak, kabul etmek, bu özelliğini bilerek nakletmek veya bulundurmak,

- Tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin ambalajlarına kamu kurumlarınca uygulanan bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretlerin taklitlerini imal etmek veya ülkeye sokmak ile bunları bilerek bulundurmamak, nakletmek, satmak ya da kullanmak,
 - Tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin ambalajlarına kamu kurumlarınca uygulanan bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri; ilgili mevzuatta belirlenen şekilde temin etmesine rağmen belirlenen ürünlerde kullanmaksızın bedelli veya bedelsiz olarak yaymak, bunları alma veya kullanma hakkı olmadığı halde sahte evrak veya dokümanlarla veya herhangi bir biçimde ilgili kurum ve kuruluşları yanıltarak temin etmek, bunları taklit veya tahrif ederek ya da konulduğu üründen kaldırarak, değiştirerek ya da her ne suretle olursa olsun tedarik ederek amacı dışında kullanmak,
 - Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri; ticari amaçla üretmek, bulundurmamak veya nakletmek, satışa arz etmek veya satmak, bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın almak,
 - Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumundan yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan tütün ticareti yapmak ile ticari amaçla; makaron veya yaprak sigara kâğıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satmak, satışa arz etmek, bulundurmamak ve nakletmek,
- olarak sayılmıştır.

Bu kaçakçılık fiilleri analiz edildiğinde açıkça görülmektedir ki, kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan ithali yasak olmayan eşyanın, üçüncü kişiler (kaçakçılık suçuna iştirak etmemiş) tarafından satın alınması, bulundurulması, kullanılması veya taşınması fiillerinin kaçakçılık suçunu oluşturabilmesi için, üçüncü kişinin söz konusu eşyanın kaçak eşya olduğunu bilmesi ve ticari amaçla bu fiil veya fiilleri işlemesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle üçüncü kişilerin satın aldığı, bulundurduğu, kullandığı veya taşıdığı eşyanın kaçak eşya olduğunu bilmemesi halinde kaçakçılık suçu oluşmayacağı gibi aynı zamanda üçüncü kişinin kaçak olduğunu bildiği eşyayı ticari amaç olmadan (tüketim veya bağış

amacıyla) satın alması, kullanması, bulundurması veya taşıması da kaçakçılık suçunu oluşturmayacaktır.⁶ Yargıtay da; “Miktar itibariyle kişisel kullanım sınırları içinde kaldığı anlaşılan dava konusu sigaraların, bir markaya ait 200 paket olmasına, dosya kapsamı ve sanığın aşamalarda savunmalarında ele geçen sigarayı ticari amaç için değil, kişisel kullanım amacıyla satın aldığını beyan etmesine göre; sanığın savunmasının aksine, ele geçen sigaraları ticari amaçla bulundurduğuna ilişkin cezalandırılmasına yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine kararı verilmesini” yasaya aykırı bulmuştur.⁷

II. SUÇ EŞYASININ SATIN ALINMASI VEYA KABUL EDİLMESİ SUÇU

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında TCK'nın 165. maddesinde düzenlenmiş bir suç tipidir. Bu suçun düzenlenme amacı 165. maddenin madde gerekçesinde, “Suç işlemenin toplumda kişiler için bir kazanç kaynağı olamayacağı; bu nedenle, suç işlemek suretiyle elde edilen menfaatlerin piyasada tedavüle konulmasının ve suç işlemenin menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilme” olarak açıklanmıştır.⁸ Dolayısıyla bir suçun failler bakımından kazanç kapısı haline gelmesi, faillerin o suçu daha fazla işlemesi için pozitif motivasyon aracı haline gelmesine neden olacaktır. Başka bir ifadeyle suç işlenerek elde edilen eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin piyasada kolayca tedavüle sokulabilmesi veya paraya dönüştürülebilmesi, adeta bu tür suçları teşvik edecektir.⁹ Bunun için ekonomik suçların önlenmesinin en önemli yolu, faillerin bu suçlardan bekledikleri ekonomik yararı elde etmesini engellemektir. Kanun

⁶ Mustafa Özen, *5607 Sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 89.

⁷ Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin esas 2014/9621 ve karar 2015/13659 sayılı kararı; Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 21.01.2015 tarihli ve esas 2014/768, karar 2015/757 sayılı kararı; Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 14.01.2015 tarihli ve esas 2014/8393, karar 2015/304 sayılı kararı; Özen, 5607 Sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar, s. 90.

⁸ TCK'nın 165. maddesinin gerekçesi; Mehmet Emin Artuk, vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 700; AYM, E: 2006/19, K: 2009/32, 26.2.2009; Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 10.09.2013 tarihli ve 7721/12895 sayılı kararı; Atilla Tanrıvermiş, *Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 21; Kerim Çakır, *Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu*, in: Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 322.

⁹ “Özellikle çıkar amaçlı suçlar bakımından geçerli olan bu durum kriminolojide “rasyonel tercih teorisi” olarak adlandırılmaktadır”. Furkan Yıldız, “Rasyonel Seçim Teorisi ile Organize Suçları Anlamak”, *Akademik Hassasiyetler Dergisi*, C. 7, S. 14, 2020, s. 151-154.

koyucu da ekonomik suçların konusunu oluşturan eşyaların piyasadaki tedavülünü engellemek ve bu tür suçların kazanç kapısı haline gelmesini önlemek amacıyla “suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu” ihdas etmiştir.¹⁰

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu ile korunan hukuki yarar, hem kişilerin mülkiyet hakkı hem de kamu düzeni ve yararı olduğundan, korunan hukuksal yarar bakımından karma nitelikte bir suçtur.¹¹

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu TCK'nın 165. maddesinde şu şekilde tarif edilmiştir:

“Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı veya diğer malvarlığı değerini, bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

Bu suçun konusunu, bir başka suçun işlenmesiyle elde edilmiş eşya veya diğer malvarlığı değerleri oluşturabilmektedir.¹² Başka bir ifadeyle bu suçun konusunu, ancak bu suçtan önce işlenmiş başka bir suçun işlenmesiyle elde edilmiş eşya veya diğer malvarlığı değerleri oluşturabilecektir. Dolayısıyla bu suçun oluşabilmesi şu koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- Bu suçtan önce işlenmiş bir öncül suçun olması gerekir.

Kanun metninde ve madde gerekçesinde suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan önce işlenmiş olması gereken öncül suçun türü ve niteliği konusunda herhangi bir hüküm ve ifade bulunmamaktadır.

Kanun hükmünde “Bir suçun işlenmesiyle” ibaresine ve madde gerekçesinde de “Bu suçun (öncül suçun), mutlaka malvarlığına karşı işlenmiş bir suç olması gerekmez.” ibaresine yer verilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu öncül suç için bir sınırlama ve belirleme yapmadığından öncül suç, malvarlığına karşı işlenmiş bir

¹⁰ Veli Özer Özbek- Koray Doğan - Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 761; Tuğba Turgut, “Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu”, *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2011, s. 16.

¹¹ Çakır, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 323; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 23; Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 700; Turgut, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 15-16.

¹² Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 707.

suç olabileceği gibi herhangi bir başka suç da olabilir.^{13,14} Bu nedenle Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda düzenlenen suçlar da suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun öncül suçu olabilir. Ayrıca suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun oluşması için öncül suçun işlendiğinin şüpheye yer vermeyecek şekilde işlendiğinin öncül suçun yargılamasını yapan ceza mahkemesince veya suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun yargılamasını yapan ceza mahkemesi kararıyla tespit edilmesi yeterlidir.¹⁵

Bu durum suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun madde gerekçesinde şu şekilde kanun koyucu tarafından belirtilmiştir: *“Bu suçtan dolayı daha önce bir mahkûmiyet kararı verilmiş olması gerekmez. Daha önce işlenmiş olan suçtan dolayı failinin kusurlu sayılması veya cezalandırılması gerekmez. Söz konusu suçun cezalandırılabilir olması da gerekli değildir. Bu suç zamanışımına uğramış da olabilir. Önce işlenmiş olan suç, soruşturması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olabilir. Hatta bu suçtan dolayı şikâyet yoluna başvurulmamış veya şikâyetten vazgeçilmiş olabilir. Bu suç yabancı bir ülkede dahi işlenmiş olabilir.”* Kanaatimizce öncül suç sebebiyle açılmış ve devam eden bir ceza soruşturması veya kovuşturması bulunması zorunlu olmadığı gibi bu suçun failinin şahsen tespit edilmiş olması da gerekmemektedir.¹⁶ Öncül suçun işlendiği konusunda suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun yargılamasını yürüten ceza mahkemesinde tam bir vicdani kanaatin

¹³ Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 64-65; Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 708; Özbek - Doğan - Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 762; Mustafa Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1153; Çakır, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 332-333.

¹⁴ Alman ceza hukukunda da “yalnızca StGB'nin 11. maddenin 1. fıkrasının 5. bendindeki tanıma göre bir suçun unsurunu oluşturan hukuka aykırı bir eylem, öncül suç olarak kabul edilebilir. Kabahatler veya disiplin suçları öncül suç teşkil etmez. Öncül suç tamamlanmış olmalı, yani başkasının malvarlığını ihlal etmiş, hukuka aykırı bir mülkiyete yol açmış olmalıdır”. Stefan Maier, **Hehlerei Mainer**, in Münchener Kommentar StGB § 259 (MüKoStGB), 4. Auflage, 2021, Rn. 19-24; “259. maddenin 1. fıkrasında hırsızlıktan (“çalınan”) bahsedilmektedir. Ancak öncül suç için “bir başkasının malvarlığına yönelik herhangi bir hukuka aykırı fiil” yeterlidir. Dolayısıyla öncül suç, yalnızca dar anlamda malvarlığı suçlarından biri değil, başkalarının mülkiyet çıkarlarını ihlal eden Muhafaza (Yedieminlik) Görevini Kötüye Kullanma Suçu (§ 133), Hacedilen veya Elkonulan Eşyaya Zarar Verme Suçu; Mühür Bozma Suçu (§ 136), Cebir (§ 240), Belgede Sahtecilik (§ 267) gibi suçlar da olabilir. Hatta suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi suçu, kendisi açısından da öncül suç teşkil edebilir. (Zincirleme şekilde suç eşyasının kabul edilmesi suçu)”. Dennis Bock, **Strafrecht Besonderer Teil 2**, Springer Berlin, Heidelberg, 2018, s. 710-711.

¹⁵ Çakır, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 333.

¹⁶ Turgut, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 27.

oluşması yeterlidir. Aksi halde öncül suçun işlenip işlenmediği konusunda şüphe kalması halinde şüpheden sanığın yararlandırılması gerekir.¹⁷

- Öncül suçtan elde edilmiş bir eşya veya diğer malvarlığı değerinin bulunması gerekir.

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun oluşması için öncül suçtan elde edilmiş bir eşya veya diğer malvarlığı değerinin bulunması zorunlu unsur olarak düzenlenmiştir.¹⁸ Suçtan elde edilen eşya veya malvarlığı değerinden kasıt, suçun konusunu oluşturan, suçun işlenmesi karşılığında elde edilen eşya/ekonomik değer ya da bu eşya veya değerlerin dönüştürülmesinden, işlenmesinden, kullanılmasından elde edilmiş bir eşya/ekonomik değerdir.¹⁹ Dolayısıyla herhangi bir suçun işlenmesiyle elde edilmiş ve ekonomik değere sahip bulunan her türlü taşınır ve taşınmaz eşya ile para, kıymetli evrak, hak ve alacaklar da bu suçun konusunu oluşturabilecektir.²⁰ Suçtan elde edilen eşya, üretimi, bu- lundurulması, taşınması, satışı, ithali veya ihracı yasak bir eşya da olabilir.

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, fiil bakımından seçimlerlik ve bağıli hareketli bir suçtur. Bu suç ancak suç tipinde tarif edilmiş olan suç eşyasını satmak, satın almak, kabul etmek veya devretmek fiilleriyle işlenebilir. Bu fiiller tahdidi olarak sayılmış olduğundan ve bu suç sadece belirtilen dört fiil ile işlenebildiğinden bu suç, bağıli hareketli bir suçtur. Ayrıca bu suç belirtilen dört fiilden en az birinin icra edilmesi ile işlenebildiğinden, seçimlerlik hareketli bir suçtur.²¹ Satmak ve satın almak iki taraf arasında kurulan bir satım

¹⁷ Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem- Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 943; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 65.

¹⁸ Alman ceza hukukunda ise bu durum farklı olarak şöyle düzenlenmiştir: "Fail kendisini veya üçüncü bir kişiyi zenginleştirme amacını gütmelidir. Zenginleştirme, çabalarının itici gücü veya nihai hedefi olmak zorunda değildir. Öte yandan, § 259'daki suç, zenginleştirmenin fiilen elde edilmiş olmasını veya gelecekte elde edilebilecek olmasını gerektirmez. Dolayısıyla failin maddi bir çıkar elde edeceği yanılgısına düştüğü (zenginleşme amacının gerçekleşmediği) haller de bu kapsamdadır". Adolf Schönke- Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, Rn. 40-44.

¹⁹ Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, 59; Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 942.

²⁰ Turgut, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 19; Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 941; Özbek - Doğan - Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 762.

²¹ Çakır, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 328; Özbek - Doğan - Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 763; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 78; Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 705.

sözleşmesiyle karşılıklı olarak gerçekleştirilebilen ve birbirine bağlı iki fiildir.²² Devretmek ve kabul etmek ise, yine karşılıklı olarak iki taraf arasında satım sözleşmesi dışında bir sözleşmeye bağlı olarak edimli veya edimsiz olarak gerçekleşen bağış, kira, ödünç ve trampa şeklindeki fiillerdir.²³

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, öncül suça iştirak etmiş kişiler dışındaki herkes tarafından işlenebilir. 165. maddenin metninde açıkça “*bu suçun işlenmesine iştirak etmeksizin*” ifadesine yer verildiğinden ve malvarlığına karşı işlenen suçlarda failin işlediği suçun konusu üzerinde yaptığı tasarruflar ayrı bir suç olarak değerlendirilmediğinden, öncül suça iştirak etmiş kişiler bu suçun faili olamazlar.²⁴ Bunun için öncül suça iştirak etmiş iştirakçilerin, suçtan elde ettikleri eşya veya diğer malvarlığı değerlerini daha sonra kendi aralarında birbirlerine satmaları, devretmeleri, satın almaları veya kabul etmeleri halinde suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu oluşmayacaktır. Bu suçta bir tarafta satan diğer tarafta satın alan, bir tarafta devreden diğer taraftan devralan bulunduğundan bu suç, çok failli bir karşılaşma suçudur.²⁵

Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, sadece kasten işlenebilen bir suçtur. Failin, suçun icra hareketleri olan satma, satın alma, devretme ve kabul etme fiillerini bilerek ve isteyerek icra etmesi yeterlidir. Madde gerekçesinde açıkça vurgulandığı üzere, bu suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir.²⁶ Bu suçun oluşması için suçun icrası sırasında failin, söz konusu eşyanın veya malvarlığı değerinin herhangi bir suçtan elde edildiğini mutlaka bilmesi veya bilebilecek durumda olması da gerekir. Aksi halde failin kasten hareket ettiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.²⁷ An-

²² Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 945.

²³ Benzer görüş için bakınız; Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 946; Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 705; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 81-82; Çakır, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 329.

²⁴ Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 1150-1151; Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 945; Turgut, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 38-39; Çakır, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 331.

²⁵ Bakınız, TCK m. 165’in madde gerekçesi; Turgut, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 38; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 74.

²⁶ Bakınız, TCK m. 165’in madde gerekçesi; “Bu suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Bu nedenle, madde metninde “bilerek” ifadesi kullanılmamıştır.”; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 85.

²⁷ “Sanığın suça konu aracı suç eşyası olduğunu bilerek satın aldığına dair mahkûmiyetine yeterli, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği halde, sanığın atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmolunması...”, Yargıtay 15. Ceza Daire-

cak failin, öncül suçun hangi suç olduğu, fail veya faillerinin kimler olduğu, ne zaman işlendiği gibi bilgileri bilmesine gerek yoktur.²⁸

III. KAÇAKÇILIK SUÇUNDAN ELDE EDİLEN EŞYANIN KULLANIM AMACIYLA SATIN ALINMASI VEYA KABUL EDİLMESİ

Kanun koyucu bazı eşyaların ticari amaçlı üretilmesini, satın alınmasını, taşınmasını ve bulundurulmasını suç olarak düzenlerken, aynı eşyaların kullanım amacıyla üretilmesini, satın alınmasını, taşınmasını ve bulundurulmasını suç olarak düzenlenmemiştir. Gümrük kaçakçılığı suçları da bu tür suçlardandır. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin 5, 11, 12, 18 ve 20. fıkralarında:

“(5) Gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokulmuş veyahut belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dâhilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, hile ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapmak fiillerinin işlenmesine iştirak etmeksizin bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın almak, satışı arz etmek, satmak, taşımak veya saklamak”,

“(11) Ulusal marker uygulamasına tabi olup da, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'nun belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıtı; a) Ticari amaçla üretmek, bulundurmak veya nakletmek, c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın almak”,

“(12) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'ndan izin alınmadan; akaryakıt haricinde kalan solvent, madenî yağ, baz yağ, asfalt ve benzeri petrol ürünlerinden akaryakıtı ... bu özelliğini bilerek ticarî amaçla satın almak, taşımak veya saklamak”,

si'nin 13.07.2017 tarihli ve esas 2015/585, karar 2017/18129 sayılı kararı; Özbek - Doğan - Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 764; Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 1154; Çakır, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 334.

²⁸ “...5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinde düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun oluşması için önceden işlenmiş bir suçun olması, failin önceden işlenen suça iştirak etmemiş olması ve önceki suçun işlenmesine katılmamış olan failin aldığı eşyanın veya diğer mal varlığı değerinin suç eşyası veya mal varlığı değeri olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir.” Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 27.09.2016 tarihli ve esas 2016/8484, karar 2016/13070 sayılı kararı; Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 709; Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 948; “Seçimlik hareketli bir suç olan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu, daha önce işlenmiş olan suçtan elde edilen eşyanın kabul edilmesi veya satın alınması hâlinde oluşacaktır. Bu suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.05.2018 tarihli ve esas 2014/503, karar 2018/199 sayılı kararı.

“(18) Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, makaron, yaprak sigara kâğıdı, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri; ticari amaçla üretmek, bulundurmak veya nakletmek, ... bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın almak”,

“(20) Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu’ndan yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan tütün ticareti yapmak ile ticari amaçla; makaron veya yaprak sigara kâğıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici herhangi bir madde doldurulmuş olarak satmak, satışa arz etmek, bulundurmak ve nakletmek”,

şeklinde bu durum açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla ithali yasak eşya dışında kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın bu özelliği bilinerek kullanım amaçlı üretilmesi, satın alınması, bulundurulması ve kullanılması fiilleri, kaçakçılık suçlarının düzenlendiği Kaçakçılıkla Mücadele Kanun’unda kaçakçılık suçu olarak düzenlenmemiştir.²⁹ Başka bir ifadeyle kaçakçılık suçundan elde edilen eşyanın bu özelliği bilinerek kullanım amaçlı, satın alınması, bulundurulması ve kullanılması fiilleri, kaçakçılık suçuna ilişkin suç tarifinde sayılan fiiller arasında sayılmamıştır. Bu nedenle kaçakçılık suçundan elde edilen eşyanın kullanım amaçlı satın alınması, bulundurulması ve kullanılması fiilleri, kaçakçılık suçunu oluşturmamaktadır.³⁰

Uygulamada Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun 3. maddesinin 5, 11, 12, 18 ve 20. fıkralarında düzenlenen kaçak eşyanın, ticari amaç dışında kullanım amacıyla satın alındığı, kabul edildiği, bulundurulduğu, taşındığının tespit edilmesi halinde soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcılığınca “kovuşturmaya yer olmadığı kararı” verilirken, kovuşturma aşamasında ise ceza mahkemesince beraat kararı verilmekte ve başka bir suçtan işlem yapılmamaktadır.³¹ Bu du-

²⁹ Özen, 5607 Sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar, s. 97.

³⁰ Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin esas 2014/3488, karar 2015/1120 sayılı kararı; Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 21.01.2015 tarihli ve esas 2014/768, karar 2015/757 sayılı kararı; Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 14.01.2015 tarihli ve esas 2014/8393, karar 2015/304 sayılı kararı; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 68; Özen, 5607 Sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar, s. 89-91.

³¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 21.01.2015 tarihli ve esas 2014/768, karar 2015/757 sayılı kararı; Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin 14.01.2015 tarihli ve esas 2014/8393, karar 2015/304 sayılı kararı.

rum hem yargı kararlarında açıkça görülmekte hem de yargı mensuplarıyla yaptığımız görüşmelerde açıkça ifade edilmiştir.³² Kaçakçılık suçları ile ilgili yazılmış kitap, makale ve sair akademik çalışmalarda da bu şekilde uygulama yapılması gerektiği ifade edilmiştir.³³

Kanaatimizce, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin 5, 11, 12, 18 ve 20. fıkralarında düzenlenen kaçak eşyanın ticari amaç dışında kullanım amacıyla satın alındığı, kabul edildiği, bulundurulduğu veya taşındığının tespit edilmesi halinde kaçakçılık suçundan Cumhuriyet savcılığınca "kovuşturmaya yer olmadığı kararı" verilmesi, kovuşturma aşamasında ise ceza mahkemesince beraat kararı verilmesi hukuka uygundur. Ancak Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin 5, 11, 12, 18 ve 20. fıkralarındaki fiillerin, TCK'nın 165. maddesinde düzenlenmiş olan "suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu" oluşturup oluşturmadığının araştırılmaması/değerlendirilmemesi hukuka aykırı olacaktır. Çünkü Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin 5, 11, 12, 18 ve 20. fıkralarında, bu fıkralar kapsamındaki kaçak eşyanın ticari amaç dışında kullanım amacıyla satın alınmasının, kabul edilmesinin, bulundurulmasının veya taşınmasının açıkça kaçakçılık suçunu oluşturmayacağı belirtilmiş olmasına rağmen bu fiillerin suç eşyasının satın alınması veya kabul

³² "Suç tarihinde yürürlükte bulunan 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin dördüncü fıkrası ile 5607 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan suçların oluşabilmesi için, failin öngörülen seçimlik hareketleri ticari amaçla gerçekleştirmesi gerekmektedir. Ancak, "ticari amaç" kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda anılan Kanunlarda bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Ticari amaç maddi menfaat elde etmek amacıdır. Ticaret maddi kazanç için yapılan faaliyettir. Failin amacı kazanç dışında amaç ise maddi unsuru eksik kalacaktır. Bu suç düzenlemesinde kast, özel kasttır. Bu nedenle, bu suç düzenlemesi ancak özel kastla işlenebilir. Bu özel kast, faildeki ticari amacı ifade eder. Failin, suç teşkil eden seçimlik hareketleri, ticari amaçla (saikle) işlemesi gerekir. Eğer, failde ticari amaç bulunmuyorsa, bu suç oluşmayacaktır. Bu nedenle, bu seçimlik hareketin kişisel kullanımlar için yapılması bu suçu oluşturmayacaktır. Ticari amaç olması için, belli bir uğraşın sonunda maddi bir menfaat gereklidir. Kazanç dışında başka bir amaç varsa belirtilen suç oluşmayacaktır. Kişisel kullanım veya tüketim çerçevesinde yapılanlar suç kapsamında değerlendirilmemektedir. Kendisinin kişisel kullanım ve tüketimi için kaçak eşyanın satın alınması, saklanması, taşınması hareketleri kasten işlense dahi bu suç oluşmayacaktır". Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.01.2020 tarihli ve esas 2016/782, karar 2020/10 sayılı kararı; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 02.07.2020 tarihli ve esas 2019/207, karar 2020/337 sayılı kararı.

³³ Özen, 5607 Sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar, s. 98; Ersan Öz - Ali Erim, "Tüm Yönleri ile Gümrük Kaçakçılığı Suçuna İştirak", **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, S. 8, 2016, s. 69; Selçuk Bütün, "5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Gümrük Kaçakçılığı Suçları", **Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli 2008, s. 70; Saniye Albaş, **Türk ve Kıbrıs Hukukunda Gümrük Kaçakçılığı Suçları**, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 66.

edilmesi suçunu oluşturmayacağı konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.³⁴

Ayrıca TCK'nın 165. maddesinde düzenlenmiş olan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun unsurları incelendiğinde, bu suçun konusu olan eşya veya malvarlığı değerinin elde edildiği suçun belirli bir suç olması gerektiğine ilişkin özel belirleme olmadığı görülmektedir. Öğretide³⁵ ve yargı kararlarında³⁶ da suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun oluşması için eşya veya malvarlığı değerinin elde edildiği öncül suçun, herhangi bir suç olabileceği konusunda fikir birliği bulunmaktadır. Alman ceza hukukunda da öncül suçun, "hırsızlık suçu veya diğer malvarlığı aleyhine işlenen herhangi bir suç olabileceği" düzenlenmiştir.³⁷ Dolayısıyla öncül suçun türü ne olursa olsun, suçun diğer unsurlarının da bulunması koşuluyla suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu oluşacaktır. Ancak uygulamada yaygın olarak yargı makamlarınca sadece hırsızlık suçundan ve yağma suçundan elde

³⁴ "Gerek 4733 gerekse 5607 Sayılı Kanun'la korunmak istenen amaçlardan biri de ticari hayatta haksız kazanca bağlı rekabet dengesini bozabilecek unsurların ortadan kaldırılmasıdır. Bu sebeple kanun koyucu, bazı kaçakçılık fiillerinde belirtilen hukuki değer bakımından doğrudan zarar doğurucu nitelikte bulunmayan ticari amaç dışı hareketleri suç kapsamı dışında tutmayı tercih etmiştir. Ticari kelimesinin sözcük anlamı "ticaretle ilgili, ticarete ilişkin"dir. Ticaret ise "ürün, mal vb. alım satımı, kazanç amacıyla yürütülen alım satım etkinliği, bu etkinlikle ilgili bilim, alışveriş sonucu elde edilen, yararlanılan fiyat farkı, kâr" anlamlarına gelmektedir. Bu bakımdan "ticari amaç"ın kazanç elde etmek amacı olarak tanımlanması mümkündür. Ticari amaç çoğunlukla bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten "tacir"ler tarafından güdülen bir amaçtır. Ancak ticari amacın, "tacir" sıfatıyla mutlak bir bağlantısı bulunmamaktadır. Zira tacir sıfatını taşıyan gerçek kişilerin tüm eylem ve işlemleri ticari değildir. Aynı şekilde tacir olmayan kişilerin de ticari maksatla hareket etmesi mümkündür. Ticari amaç, kazanç elde etmek için satmak amacıyla almakla da sınırlı değildir. Kişinin kendi şahsi ihtiyaçları dışında belirli bir meslek veya ticari faaliyetin icrası kapsamında maliyet unsuru olarak yahut alacak-borç ilişkilerinde kullanmak üzere yaptığı alımların da ticari amaçla yapıldığı kabul edilmelidir. Tüm bu sebeplerle failin ticari amaçla hareket edip etmediği, ekonomik ve sosyal durumu, suça konu eşyanın cinsi, nevi, kullanım yeri, zamanı, miktarı, değeri, bulundurma ve ele geçiriliş biçimi gibi hususlar gözetilerek her olayın özelliğine göre değerlendirilip belirlenmelidir" Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.04.2018 tarihli ve esas 2016/7-466, kara 2018/166 numaralı kararı.

³⁵ Turgut, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 23; Artuk vd., Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 708; Tezcan - Erdem - Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 942; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 64.

³⁶ Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 27.09.2016 tarihli ve esas 2016/8484, karar 2016/13070 sayılı kararı.

³⁷ Hans - Heinrich Jescheck, *Alman Ceza Hukukuna Giriş, çev. Feridun Yenisey*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 115; Feridun Yenisey- Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.

edilmiş eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin satın alınması, kabul edilmesi, satılması veya bulundurulması fiilleri suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu olarak kabul edilmektedir. Bu uygulama, 165. maddenin hukuka aykırı olarak uygulanmamasına ve alanının daraltılmasına sebep olduğu gibi aynı zamanda kişileri kaçakçılık suçundan elde edilmiş olan eşya veya diğer malvarlığı değerlerini kullanım amaçlı satın almaya ve kabul etmeye teşvik etmektedir. Bu durum ayrıca kişileri kaçakçılık suçunu işlemeye de doğrudan teşvik etmektedir. Çünkü piyasada kaçakçılık suçundan elde edilmiş eşyaları ve değerleri satın alan kişiler olduğu sürece, kaçakçılık suçu, suçlular için cazibesini koruyacaktır.

Kanaatimizce; kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan ve bu suç işlenerek elde edilen eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin, kaçakçılık suçuna iştirak etmiş kişiler dışındaki diğer kişiler tarafından suçtan elde edildiğini bilerek kullanım amacıyla satın alınması veya kabul edilmesi (bağış, kira, trampa) fiilleri, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu oluşturacaktır.³⁸ Bu doğrultuda kullanım amacıyla kaçak sigara, akaryakıt, çay, tütün, telefon, her türlü elektronik eşya, otomobil ile diğer eşyaları satın alan, bulduran veya kabul edenler hakkında TCK'nın 165. maddesinde düzenlenmiş olan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan ceza soruşturması ve kovuşturması yapılarak ele geçirilen eşya hakkında da müsadere kararı verilmesi gerekir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Malvarlığına karşı işlenen suçların işleme amacı dikkate alındığında, bu suçların genellikle ekonomik bir yarar elde etmek amacıyla işlendiği görülecektir. Failler suçtan elde ettikleri eşya veya diğer ekonomik değerden doğrudan doğruya yararlanabildikleri gibi bazen de söz konusu eşyayı satarak, dönüştürerek, değerlendirerek de yarar sağlamaktadır. Failler suçtan elde ettikleri eşyaları ve diğer malvarlığına ilişkin değerleri kolayca satabilmek için rayiç değerinin çok altında bir fiyata satmaktadırlar. Bu durum, suçtan elde edilen eşyaların ve diğer malvarlığına ilişkin değerlerin piyasada kolayca alıcı bulmasına ve toplumda yaygın bir şekilde kullanılmasına neden olmaktadır.

³⁸ Benzer görüş için bkz.; Turgut, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 24; Tanrıvermiş, Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu, s. 68-69.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin 5, 11, 12, 18 ve 20. fıkralarında, bu fıkralar kapsamındaki kaçak eşyanın ticari amaç dışında kullanım amacıyla satın alınması, kabul edilmesi, taşınması veya bulundurulmasının kaçakçılık suçunu oluşturmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu fiillerin kaçakçılık suçu dışında başka bir suç oluşturmayacağı veya hiçbir suç oluşturmayacağı, başka bir ifadeye bu fiillerin hukuka tamamen uygun olacağı konusunda herhangi bir norm bulunmamaktadır. Ayrıca Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda düzenlenmiş olan bu fiillere konu eşyanın, kaçakçılık suçu işlenerek elde edildiği konusunda da şüphe bulunmamaktadır.

TCK'nın 165. maddesinde düzenlenmiş olan suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunun tarifinde de öncül suçun her türlü suç olabileceği açıkça ifade edilmiş ve kaçakçılık suçunun bu suçun öncül suçu olamayacağına ilişkin bir ifadeye de yer verilmemiştir. Bu nedenlerle;

- Kaçakçılık suçunun işlendiği konusunda şüphe bulunmaması,
- Kaçakçılık suçundan elde edilmiş eşyanın veya diğer malvarlığı değerlerinin satılmış, satın alınmış, devredilmiş veya kabul edilmiş olması,
- Satan, satın alan, devreden ve kabul eden kişilerin eşyanın elde edildiği (öncül suç) kaçakçılık suçuna iştirak etmemiş olması,
- Eşya veya diğer malvarlığı değerlerinin ticari amaç dışında kullanım amacıyla satılması, satın alınması, kabul edilmesi veya devredilmesi,
- Failin eşya veya diğer malvarlığı değerinin kaçakçılık suçundan elde edildiğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması,

koşullarının tamamının bir arada gerçekleşmesi halinde, fail veya faillerin suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda failer hakkında kaçakçılık suçundan soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı kararı ve kovuşturma aşamasında beraat kararı verilmesi, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan ise iddianame veya duruma göre ek iddianame düzenlenmesi ve kovuşturmanın yapılması gerekir.

Günlük hayatta kaçakçılık suçundan elde edilmiş ve kaçak olduğu bilindiği halde sigara, alkol, cep telefonu, çay, mazot, benzin, parfüm, diğer elektronik eşyalar gibi birçok eşya sıklıkla kullanım amacıyla satılmakta, satın alınmakta, devredilmekte ve devralınmakta olmasına rağmen yaptığımız araştırmada bu konuda verilmiş hiçbir mahkûmiyet kararına rastlanılmamıştır. Bu durum kanun

koyucunun TCK m. 165'teki suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu ihdas amacına açıkça aykırılık oluşturmakta ve adeta kişileri kaçakçılık suçundan elde edilmiş eşyayı kullanım amacıyla satın almaya veya kabul etmeye teşvik etmektedir. Eğer Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında cezalandırılmayan bu fiillerin hiçbir şekilde cezalandırılmaması/meşru kabul edilmesi devletin izlediği suç politikasının gereği ise, bu takdirde TCK'nın 165. maddesinde bu fiiller için istisna öngörececek bir düzenleme yapılması gerekir. Aksi halde mevcut durum, fiilen TCK'nın 165. maddesinin uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır.

Bu yanlış uygulamaların ve anlaşılmalara düzeltilmesi amacıyla Yargıtay tarafından bu konuda içtihat oluşturulması yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKTAŞ, Batuhan, "Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmadan Ülkeye Eşya Sokma Suçu Bir İnceleme", *TBB Dergisi*, 2015 (121), ss. 111-156.
- ALBAŞ, Saniye, *Türk ve Kıbrıs Hukukunda Gümrük Kaçakçılığı Suçları*, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2019.
- ARSLAN, Çetin - BALAN, Arzu, "Gümrük Kaçakçılığı Suçunun Nitelikli Hali Olarak Ülkeye Kaçak Akaryakıt Sokma Fiili", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, ss. 3-42.
- ARTUÇ, Mustafa, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin, vd.; *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 20. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- AYDIN, Murat, "5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Fiilleri ve Yaptırımları", *Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya, 2011.
- BALCI, Murat, *Petrol Kaçakçılığı Suçları ve Petrol Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Kabahatler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- BOCK, Dennis, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, Springer Berlin, Heidelberg, 2018.
- BÜTÜN, Selçuk, "5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Gümrük Kaçakçılığı Suçları", *Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli 2008.
- ÇAKIR, Kerim, *Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu*, in: *Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- KAHYA, Yavuz, "Suç Teorileri Işığında Türkiye'de Kaçakçılık Olgusu: Toplumsal Nedenleri, Boyutları ve Algısı", *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, C. 15, S. 3, ss. 159-178.
- MAIER, Stefan, *Hehlerei Mainer*, in *Münchener Kommentar StGB § 259 (MüKoStGB)*, 4. Auflage, 2021, Rn. 19-24.
- ÖZ, Ersan - ERİM, Ali, "Tüm Yönleri ile Gümrük Kaçakçılığı Suçuna İştirak", *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, S. 8, 2016, ss. 62-75.
- ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN, Koray - BACAĞIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.
- ÖZEN, Mustafa, *5607 Sayılı Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- SCHÖNKE, Adolf- SCHRÖDER Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Auflage, C.H. Beck Verlag, 2019, Rn. 40-44.
- TANRIVERMİŞ, Atilla, *Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

- TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 20. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.
- TURGUT, Tuğba, "Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu", **Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011.
- ULGAR, Orbay Bahri, "Yargıtay Kararları Işığında Sigara Kaçakçılığı Suçu", **ERÜHFD**, C. XVI, S. 1, 2021, ss. 379-426.
- YILDIZ, Furkan, "Rasyonel Seçim Teorisi ile Organize Suçları Anlamak", **Akademik Hissasiyetler Dergisi**, C. 7, S. 14, 2020, ss. 147-171.

CEZA MUHALEMESİNDE MADDİ ANLAMDA KESİN HÜKMÜN OLUMSUZ ETKİSİ VE UNSURLARI^(*)

Arş. Gör. Selen EVİRGEN^(**)

Öz

Kesin hüküm ile, hükme karşı başvurulabilecek bir olağan kanun yolunun kalmaması neticesinde uyuşmazlıkların sonsuza dek sürmesinin engellenmesi ve hükme kanunî gerçeklik niteliği tanınarak kararın yeniden tartışılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, kesin hükmün, şekli anlamda ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Hükmün maddi anlamda kesinleşmesi ile taraflar ve diğer mahkemeler kanunî gerçeklik vasfıyla bağlı olacaklarından aynı fail ve aynı fiile dayanan maddi vakıa başka bir uyuşmazlığın konusu yapılamayacaktır. Bir kişinin aynı fiilinden dolayı yalnızca bir kez yargılanabileceği ve bu kişi hakkında aynı fiilden dolayı birden fazla hüküm verilemeyeceğini ifade eden *non bis in idem* ilkesi, maddi anlamda kesin hükmün temeli olup ceza muhakemesinin en önemli ilkelerinden biridir. İlkenin fiil ve failin aynılığı olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlar öğretide ve uluslararası hukukta farklı yaklaşımlarla incelenmiştir. Maddi anlamda kesin hükmün olumsuz etkisinin sınırlarını çizebilmek için bu unsurların irdelenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Kesin Hüküm, Non Bis In Idem, Aynı Kişi, Aynı Fiil, Res Iudicata.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 11.05.2023.

Atıf Şekli: Selen Evirgen, "Ceza Muhakemesinde Maddi Anlamda Kesin Hükmün Olumsuz Etkisi ve Unsurları", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 171-218.

DOI: 10.52273/sduhfd..1218752.

Bu çalışma, yazarın Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Prof. Dr. Mustafa Özen danışmanlığında hazırlanan "Ceza Muhakemesinde Kesin Hüküm" başlıklı doktora tezinden derlenerek hazırlanmıştır.

(**) Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı, Kırıkkale, Türkiye.

E-posta: s.evirgen@kku.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-0691-0710>.

THE NEGATIVE EFFECT OF FINAL JUDGMENT IN THE MATERIAL SENSE IN CRIMINAL PROCEDURE AND ITS ELEMENTS

Abstract

With final judgment, it is aimed to prevent the continuation of disputes indefinitely as a result of the absence of an ordinary legal remedy that can be applied against the judgment and to prevent the re-discussion of the decision by giving the judgment the quality of legal reality. In this context, the final judgment should be analyzed by dividing the final judgment into two as final judgment in the formal sense and final judgment in the material sense. With the finalization of the judgment in the material sense, the parties and other courts will be bound by the legal reality, and the same perpetrator and the material fact based on the same act cannot be made the subject of another dispute. The principle of *non bis in idem*, which states that a person can be tried only once for the same act and that a person cannot be sentenced more than once for the same act, is the basis of final judgment in the material sense and is one of the most important principles of criminal procedure. The principle has two elements: the sameness of the act and the sameness of the perpetrator. These elements have been analyzed with different approaches in the doctrine and international law. In order to draw the boundaries of the negative effect of final judgment in the material sense, these elements should be analyzed.

Keywords

Final Judgment, Non Bis In Idem, Same Person, Same Act, Res Iudicata.

GİRİŞ

Hukuk; toplumsal barışın korunmasını, bireylerin yaşamında düzenin sağlanmasını, çekişmeli durumlara çözüm üretilmesini amaçlasa da kişiler arasında zaman zaman uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi uyuşmazlıkların olduğu durumlarda bireylerin hakları ve hukukî durumlarının belirlenmesi gerekmektedir¹. Ancak bu tespitlerin bir yerde sona ermesi şarttır. Bir uyuşmazlığın sonsuza dek sürmeyip er ya da geç hükümle sonuçlanması ve bu hükme karşı başvurulabilecek hukukî çarelerin belirlenmesi önemlidir. Hukukî çarelere başvurulduktan sonra mahkeme tarafından verilen hükme kanunî gerçeklik niteliğinin tanınması, yani, hükümün kesinleşmesi, toplumda hukukî barışın sağlanması ve sürdürülmesi için gerekli olduğundan kesin hüküm ortaya çıkmıştır².

Uyuşmazlıkların bir noktada sona erdirilmesinin ceza muhakemesinin maddî gerçeğe ulaşma amacına aykırı olduğu ve hükümün doğruluğundan şüphe edildiği her zaman yeniden ele alınabileceği akla gelse bile, hükümün sınırsız olarak incelenmesi, başka bir ifadeyle, kesin hüküm fikrinin reddedilmesi hâlinde de yeniden yapılan yargılamanın daha doğru bir hükme götüreceği çelişkisi her zaman olacaktır³. Ayrıca, maddî gerçeğe ulaşmak da hukukî güvenlik ihtiyacı da adalet idesinin iki amacını oluşturmaktadır ve sonsuza kadar süren bir yargılama faaliyeti bu amaçlar arasında çelişki teşkil edecektir⁴. Bu sebeple, maddî gerçeğe ulaşma amacı ile kesin hüküm arasındaki çatışmadan birinin tercih edilmesi zorunludur ve kesin hükümün tercih edilmesi gerekmektedir⁵.

¹ Hamide Özden Özkaya Ferendeci, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 1.

² Sami Selçuk, "Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm, Şartları-Kesin Hüküm İtirazı", *Adalet Dergisi*, Kasım 1973, S. 11, Y. 64, s. 937; Ramazan Arslan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", *Ankara Barosu Dergisi*, 1998, S. 5-6, s. 722; Özkaya Ferendeci, 2009, s. 1-2; Uğur Ersoy, *Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 123; Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)*, 15. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1779; Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 41; Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 37.

³ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987, s. 6.

⁴ Britta Specht, *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem*, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hong Kong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio, 1999, s. 18; Serdar Talas, Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2004, s. 10.

⁵ Fatih Birtok, "Ceza Muhakemesinde Kısmî Kesinleşme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2020, C. 26, S. 2, s. 573.

Suç işlenmesi ile ortaya çıkmış olan uyuşmazlığın sınırsız bir biçimde yeniden ele alınabilme olasılığı, hükme bağlanmış olan bir konunun yeniden tartışmaya açılması, toplumsal barışa suç olgusunun kendisinden daha büyük zarar verebilecektir⁶.

Uyuşmazlıkların yapılan muhakemenin sonunda çözümlenmesi ve hukuk barışının sağlanması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir⁷. Belirli aşamalardan geçtikten sonra bir kararın kesin hüküm niteliği kazanarak kanunî gerçekliğe sahip olduğu kabul edilmelidir⁸. Verilen kararın, yanlış, hatalı veya eksik olması önemli değildir. Nitekim kararın maddî gerçeğe ya da hukuka aykırı olması hâlinde de karara kanunî gerçeklik niteliği verilecektir; çünkü amaç, daha doğru olan kararı süresiz olarak aramak değil, aynı uyuşmazlığın sürekli olarak mahkeme önüne gelmesini engellemektir⁹. Kesin hükmün kanunî gerçekliğe sahip olmasının sebebi, hem hukukî güvenliğe olan ihtiyaç hem de mahkemelerin birbirleriyle çelişmemesidir¹⁰. Yargı sisteminin kendi iç tutarlılığını sürdürmesi ve böylece güvenilirliğini ve gücünü koruması gerekmektedir. Kesin hüküm sayesinde çelişkili kararların ortaya çıkması engellenmiş olunacaktır¹¹. Hakkın yerine getirilmesi tekeline sahip devletin kişilere etkin bir hukukî himaye sağlaması, aynı uyuşmazlığa ilişkin tek bir yargılama ve bağlayıcı bir karar sunması ile mümkündür¹². Başka bir ifadeyle, kesin hüküm, yalnız ilgili bireyin çıkarlarını değil, aynı zamanda toplumun çıkarlarını da korumaktadır. Aşırı yük altındaki mahkemelerde bir dava açılması bile zorluk teşkil ederken aynı meseleyi konu

⁶ Ahu Karakurt, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 22.

⁷ Feridun Yenisey - Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 1022.

⁸ Selçuk, "Kesin Hüküm", s. 937; Arslan, "Kesin Hüküm", s. 723.

⁹ Dionysios D. Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft des Strafurteils Unter Besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes Ne Bis In Idem", *Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München*, (Inaugural-Dissertation), München 1962, s. 1; Kamile Türkoğlu, "İdari Yargılama Usulünde Kesin Hüküm", *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010, s. 17; İyilikli, 2020, s. 55.

¹⁰ Arslan, "Kesin Hüküm", s. 723; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 39; Fethullah Soyubelli, "Ceza Mahkemesi ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi", *Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan 2011, s. 14.

¹¹ Selçuk, "Kesin Hüküm", s. 937.

¹² Ersin Erdoğan, *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 81.

alan ikinci bir davaya gerek bulunmamaktadır. Aynı davanın tekrar ele alınması hem kişileri hem de devleti meşgul etmektedir¹³.

Bir yargı kararı kanunda belirtilen usullere uygun bir biçimde verildikten sonra, gerekli kanun yollarından geçerek veya bunlara ilişkin başvuru süreleri sona ererek kesinleştikten sonra değişmez bir nitelik kazanmaktadır¹⁴. Yargı kararlarının bu değiştirilemezliği ve hakkında artık olağan kanun yollarına başvurulamayacağı hususu şeklî anlamda kesin hüküm kavramı ile açıklanırken; maddî anlamda kesinlik, şeklî anlamda kesinleşen hükümlere tanınan gerçeklik vasfını ifade etmektedir¹⁵. Maddî anlamda kesin hüküm ile, toplumda yargı kararlarına olan saygı ve güven artacak, taraflar arasındaki uyuşmazlık son bularak yeniden tartışma meselesi yapılamayacak, çelişkili kararlar engellenmiş olacak ve hukukî düzen ve hukukî istikrar sağlanacaktır.

Maddî anlamda kesin hüküm, hükme tanınan gerçeklik vasfı olarak tanımlandığından, hükümün göstermiş olduğu etkilerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, maddî anlamda kesin hüküm olumlu ve olumsuz etkilerinin olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Kesin hüküm olumsuz etkisi, sonraki yargılamanın yapılamamasına neden olan bir etki olup aynı fail hakkında aynı fiili sebebiyle bir daha dava açılmaması ve hüküm verilememesi anlamına gelmek-

¹³ Karakurt, 2009, s. 22; Türkoğlu, “Kesin Hüküm”, s. 17; Burçin Küçükkasap Özkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, *Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 15.

¹⁴ Özbek - Doğan - Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 799.

¹⁵ Spinellis, “Die Materielle Rechtskraft”, s. 1; Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt II*, İÜHF Yayınları, No: 97104, Güven Basımevi, İstanbul, 1939, s. 42; Burhan Gürdoğan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, s. 29; Hayri Domaniç, *Hukukta Kazıyye-i Muhkeme ve Nisbi Kuvveti*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1964, s. 4; Yavuz Alangoya - Mehmet Kamil Yıldırım - Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, 7. bs., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2009, s. 556; Tanrıver, 2007, s. 38; Ahmet Hulusi Akkaş, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 70-71.

¹⁶ Spinellis, 1962, s. 17; Henning Radtke, *Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1994, s. 32; Indra Spiecker, “Die Anerkennung von Rechtskraftwirkungen ausländischer Urteile- eine Untersuchung zur Fortgeltung de ne bis in idem-”, *Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*, (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte), Bonn 2000, s. 41; Yurtcan, 1987, s. 27 vd.; Akkaş, 2016, s. 73-74; Erdoğan, 2020, s. 67; Birtek, “Kismî Kesinleşme”, s. 572-573; Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1307.

tedir¹⁷. Kesin hükmün olumlu etkisi ise bir mahkemenin daha önceden hakkında hüküm vermiş olduğu uyuşmazlık konusunun sonraki bir muhakemede ön sorun olarak ortaya çıkmış olması durumunda sonraki mahkemenin bu ön sorun hakkında önceki mahkeme hükmü ile bağlı olmasını ifade etmektedir¹⁸.

Bu çalışmada genel anlamda kesin hüküm kavramı açıklandıktan sonra, kesin hüküm şekli ve maddi bakımdan incelenecek, maddi anlamda kesin hükmün etkilerinden biri olan olumsuz etki, başka bir ifadeyle maddi anlamda kesin hükmün önleme etkisi değerlendirilecektir. Bu kapsamda gerekli açıklamalar *non bis in idem* ilkesi temelinde yapılacak, Alman öğretisindeki ve yargı kararlarındaki görüşlerden de faydalanılarak maddi anlamda kesin hükmün unsurları belirlenecektir.

I. KESİN HÜKÜM KAVRAMI

Kesin hüküm kavramının temeli Roma Hukukuna dayanmaktadır¹⁹. Kesin hüküm, Latince “*res iudicata*” kelimesi ile açıklanmaktadır. Latince “*res*” keli-

¹⁷ Radtke, 1994, s. 32; Yurtcan, 1987, s. 29; Akkaş, 2016, s. 74.

¹⁸ Eberhard Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Teil I, 2. Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1964, Rn. 274; Thomas Trepper, *Zur Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1996, s. 13; Özkaya Ferendeci, 2009, s. 20; Akkaş, 2016, s. 77.

¹⁹ Erwin Wolter, Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozess, *Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Göttingen*, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde), Göttingen 1938, s. 11; Herbert Thomas, *Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002, s. 31; Gürdoğan, 1960, s. 9; İbrahim Şahbaz, *Aynı Fiilden Bir Kez Yargılanma*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 15. Ancak bu kurumun Hammurabi kanunları, eski Hindu şerhleri ve antik Yunan’da da olduğunu belirten eserler bulunmaktadır. Bkz. Spinellis, “Die Materielle Rechtskraft”, s. 3; Gerard Conway, “Ne Bis In Idem In International Law”, *International Criminal Law Review*, 2003, V. 3, s. 221-222; Silja Schaffstein, “The Doctrine of Res Judicata Before International Arbitral Tribunals”, *Queen Mary and Westfield College, University of London and at the Faculty of Law of the University of Geneva*, (PhD Thesis), Geneva 2012, s. 10; Asiye Selcen Ataç, “Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükmün Önleme Etkisi”, *Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010, s. 4; Erdoğan, 2020, s. 62-63; Abdulfaz Sadıkhzade, “Kesin Hükmün Olumlu Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2020, s. 2. Antik Hint hukukunda “*Purva Nyaya*” olarak adlandırılan bir kural bulunmaktaydı. Buna göre bir kişiye tekrar dava açılırsa, önceden savunulduğuna dair bir cevap verilirdi. Bkz. Lata Karia, “Doctrine of Res-Judicata”, *Saurashtra University*, (PhD Thesis), Rajkot 2007, s. 1. Yine, Antik Yunan’ın çeşitli şehir devletlerinin yasalarında da aynı kişinin aynı konuda iki kez yargılanmasını yasaklayan kurallar bulunmaktaydı. Bkz. Kenneth G. Coffin, “Double Take: Evaluating Double Jeopardy Reform”, *Notre Dame Law Review*, 2010, V. 85, Is. 2, s. 775.

mesi “şey”, “iudicata” kelimesi ise “yargılanmış” anlamına gelmektedir ve Türkçede res iudicata, “yargılanmış şey” olarak ifade edilebilir²⁰. Bir hükümün sonraki davalara yaptığı etkiyi ifade eden *res iudicata* kavramının yanında, zaman zaman “estoppel” kelimesi de kullanılabilir. *Estoppel*, İngiliz Hukukunda yerleşen bir terim olup uyumsuzluğun taraflarından birinin önceki beyanını inkâr edecek biçimde, ya da önceki söz ve tutumları ile çelişkili iddialarda bulunmasını ve delil ikame etmesini yasaklayan ispat hukuku kurallarını ifade etmektedir²¹.

Ceza muhakemesi hukukunda kesin hüküm kurumu oldukça önemli olsa da, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu²²’nda buna ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Yalnızca, kanun yolları (CMK m. 272 vd.), kanun yararına bozma (CMK m. 309) ve yargılamanın yenilenmesine (CMK m. 311) dair hükümlerde *kesinleşme* ve *kesin hüküm* kavramlarına yer verilmiştir.

Ceza muhakemesinin amacı, Türk ve Alman ceza muhakemesi hukukunda hâkim olan görüşe göre, maddî gerçeğin (*materielle Wahrheit*) araştırılarak bulunmasıdır²³. Ancak bu, her ne pahasına olursa olsun maddî hukukî duruma karşılık gelen bir karara varmak değildir, bilakis hukuk devleti (*Rechtsstaat*) ilkesinin oluşturduğu usul hukuku kurallarına riayet ederek hukukî barışı (*Rechtsfrieden*) sağlamak amacıyla maddî gerçeğe ulaşmaktır²⁴. Ceza muhakemesinin sonunda ilk derece mahkemesi tarafından bir hüküm verilmektedir. Ancak bununla yargılama bitmemektedir. Başka bir ifadeyle, hüküm kesinleş-

²⁰ Kemal Gözler, “Res Iudicata’nın Türkçesi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 56, S. 2, s. 47.

²¹ Ali Cem Budak, “Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri”, *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1991, s. 7; Özkaya Ferendeci, 2009, s. 77.

²² Resmî Gazete Tarih: 17/12/2004 Sayı: 25673.

²³ Andreas Eicker, *Die Prinzipien Der Materiellen Wahrheit Und Der Freien Beweiswürdigung im Strafprozess*, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2001, s. 8; Claus Roxin - Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2014, §1, Rn. 2; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 64; Ünver - Hakeri, 2019, s. 13; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 62; Cumhuriyet Şahin - Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku-I*, 12. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 27; Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 31; Nur Centel, Hamide Zaffer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 21. bs., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2022, s. 6; Özen, 2022, s. 50; Yenisey - Nuhoğlu, 2022, s. 88; Özbek - Doğan - Bacaksız, *Ceza Muhakemesi*, s. 40; Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 32.

²⁴ Roxin, Schünemann, 2014, §1, Rn. 2.

memektedir ve hükme itiraz edilebilmesi ve değiştirilebilmesi mümkündür²⁵. Çünkü yapılan yargılamada ve verilen hükümde bazı yanlışlıklar veya eksiklikler olması mümkündür. Hukuka olan güvenin sağlanması ve maddî gerçeğin bulunması amacının gerçekleştirilmesi için hükümde sonradan anlaşılan önemli aykırılıkların giderilmesi oldukça önemlidir²⁶. İşte, kanun yolu (*Rechtsmittel*) adı verilen aşamada, hükümde hukuka aykırılık olması ihtimaline karşı başka bir yargılama makamı tarafından hükmün gerçeğe ve hukuka uygun olup olmadığı araştırılacak, bu aşama sona erdikten sonra hüküm kesinleşecek ve kesin hüküm niteliğine sahip olacaktır²⁷. Tarafların kanun yoluna başvuru için kendilerine öngörülen sürede başvuru haklarını kullanmamaları durumunda ise sürenin sonunda hüküm kesinleşecek ve değişmez bir nitelik kazanacaktır.

II. KESİN HÜKMÜN ŞEKLİ VE MADDİ BAKIMDAN İNCELENMESİ

Kesin hüküm, Alman öğretisi ve mahkeme içtihatlarında, şeklî anlamda kesin hüküm (*formelle Rechtskraft*) ve maddî anlamda kesin hüküm (*materielle Rechtskraft*) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir²⁸. Alman Hukukunda şeklî ve maddî anlamda kesin hüküm kavramlarıyla hükmün çeşitli etkilerini ta-

²⁵ Yurtcan, 1987, s. 5.

²⁶ Yenisey - Nuhoğlu, 2022, s. 1022.

²⁷ Rolf Hannich, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013, §296, Rn. 1; Roxin - Schönemann, 2014, §51, Rn. 1; Bertram Schmitt - Marcus Köhler - Lutz Meyer Goßner, *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 64. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2021, §296, Rn. 1 ff.; Yurtcan, 1987, s. 5; Soyubelli, "Ceza Mahkemesi" s. 8-9; Uğur Ersoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Aralık 2015, S. 29, s. 68; Öztürk vd, 2021, s. 661; Şahin - Göktürk, 2021, s. 239; Yenisey, Nuhoğlu, 2022, s. 907; Özen, 2022, s. 1258; Özbek - Doğan - Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 728; Gökçen vd., 2023, s. 671.

²⁸ Georg Kleinfeller, "Der Gegenstand der Rechtskraft", *Festschrift für Adolf Wach*, Leipzig, 1913, s. 377; Heinz Kopkow, "Rechtskraft und Rechtskraftfähigkeit mit besonderer Berücksichtigung der in der Hauptverhandlung verkündeten Beschlüsse", *Hohen Rechts und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Albertus Universität zu Königsberg i. Pr.*, (Dissertation zur Erlangung der Juristischen Doktorwürde), Königsberg 1928, s. 9; Ernst Beling, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, De Gruyter Verlag, Berlin und Leipzig, 1928, s. 260; Max Debler, "Gegenstand und Wirkungen der Rechtskraft im Strafprozess", *Hohen Rechts und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Württ. Eberhard Karls Universität zu Tübingen*, (Dissertation zur Erlangung der Juristischen Doktorwürde), Tübingen 1933, s. 10; Wolter, "Der Umfang", s. 13; Radtke, 1994, s. 27; Trepper, 1996, s. 7; Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft", s. 15; Luis Greco, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, s. 328.

nımlamak amaçlanmaktadır²⁹. Buna göre, kesin hüküm, hükmün bir unsuru olarak değil, onun bir niteliği, bir özelliği olarak kabul edilmektedir³⁰. Kesin hükmün şekli ve maddî anlamda olmak üzere ayrı ayrı ele alınması, kesin hükmün kısımlara ayrılmasını ifade etmemekte, yalnızca nitelik ve etkileri bakımından kesin hükmün incelenmesi anlamına gelmektedir³¹. Şekli anlamda kesin hüküm ifadesi ile, bir hükmün başka soruşturmaları engelleme (*Beendigungswirkung*) ve infaz edilebilirlik niteliği kazanması (*Vollstreckungswirkung*) amaçlanmaktadır³². Maddî anlamda kesin hüküm ise yargılanan bir konunun yeniden başka bir muhakemenin konusu yapılamayacağını, yargılanan ve hüküm altına alınan fiilin önleme etkisini (*Sperrwirkung*) ve bir mahkemenin kesin hükümle sona erdirdiği uyuşmazlığın sonraki bir davada ön sorun olarak çıkması durumunda sonraki mahkemenin verilmiş olan hükümle bağlı olmasını (*Bindungswirkung*) ifade etmektedir³³. Maddî anlamda kesin hüküm ile verilen hükümdeki sonucun başka bir davada yeniden görülmesi yasaklanarak hakkın korunması sağlanmaktadır³⁴.

Alman Hukukunda yapılan bu ayırım Türk öğretisinde de benimsenmiştir³⁵. Hüküm, öncelikle şekli anlamda kesinleşmekte, sonra ise maddî anlamda kesinlik kazanmaktadır. Şekli anlamda kesinleşme, uyuşmazlığın daha fazla sürdürülmemesini ve bir aşamadan sonra verilen hükmün değiştirilmesinin engellenmesini ifade ederken³⁶, maddî anlamda kesinleşme ile, aynı muhakeme konusunun sonraki davalarda tartışılmaması anlaşılmaktadır.

²⁹ Gerhard Abel, "Rechtskraft und Feststellungswirkung des Strafurteils- Eine Untersuchung zur Frage der Bindung des Strafrichters an voll- und teilrechtskräftige Strafurteile", *Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität*, (Inaugural-Dissertation), Nürnberg 1961, s. 1.

³⁰ Greco, 2015, s. 329; Faruk Erem, "Ceza Usulünde Kesin Hüküm", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1963, C. 20, S. 1-4, s. 44.

³¹ Budak, "Kara Avrupası", s. 19; Talas, "Yargılamanın Yenilenmesi", s. 10.

³² Christoph Knauer - Hans Kudlich - Hartmut Schneider, *Münchener Kommentar zur StPO (MüKoStPO/Nestler StPO)*, Verlag C.H. Beck München, 2019, § 449 Rn. 26-34; Gürdoğan, 1960, s. 25; Akkaş, 2016, s. 72; Türkoğlu, "Kesin Hüküm", s. 22.

³³ Greco, 2015, s. 330; Roxin - Schünemann, 2014, §52, Rn. 1; Akkaş, 2016, s. 78.

³⁴ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006, s. 395.

³⁵ Erem, "Kesin Hüküm", s. 38; Arslan, "Kesin Hüküm", s. 723; Recep Akcan, "Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi", *Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1988, s. 22; Tanrıver, 2007, s. 38-39; Özkaya Ferencici, 2009, s. 5 vd.; Soyubelli, "Ceza Mahkemesi", s. 15; Akkaş, 2016, s. 71; Türkoğlu, "Kesin Hüküm", s. 14; Sadıkhzade, "Olumlu Etki", s. 18; İyilikli, 2020, s. 46; Erdoğan, 2020, s. 63; Birtek, "Kısmî Kesinleşme", s. 580.

³⁶ Kopkow, "Rechtskraft", s. 9; Gürdoğan, 1960, s. 8; Sadıkhzade, "Olumlu Etki", s. 19.

Şeklî bakımdan kesin hükmün temel amacı uyuşmazlığı sona erdirmek olduğundan bu uyuşmazlığın tekrar ortaya çıkmaması için hükmün maddî anlamda kesinleşmesi gerekmektedir³⁷. Bu bağlamda bir hükmün şeklî bakımdan kesinleşmesi, maddî anlamda kesinliğin ön koşulunu oluşturmaktadır³⁸.

Şeklî bakımdan hükmün kesinleşmesi, muhakeme evresinin usulî açıdan tamamlanması ile ilgili bir durumken maddî anlamda hükmün kesinleşmesi yargılama tamamlandıktan sonra etkisini göstermektedir³⁹. Yine, şeklî bakımdan kesinlik hükmün içeriğiyle ilgili bir durumu ifade etmezken, maddî anlamda kesinlikte hükmün içeriği önemlidir⁴⁰. Tüm bunlar dikkate alındığında, şeklî ve maddî anlamda kesinliğin işlevsel anlamda sıkı birliktelik hâlinde olsalar da, birbirinden farklı kavramlar olduğu ve ayrı ayrı incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁴¹. Keza, şeklî anlamda kesinlik, olağanüstü kanun yollarıyla ortadan kaldırılabileceğinden, taraflar arasında aynı uyuşmazlığın tekrar bir dava konusu yapılamaması için, yani, hükmün kesinleşmesinden bahsedebilmek için şeklî anlamda kesin hüküm ve maddî anlamda kesin hüküm ayırımının yapılması önemlidir⁴².

Daha önce de belirtildiği gibi, maddî anlamda kesin hükmün iki farklı önemli etkisinden söz edilebilir. Bunlar, kesin hükmün olumlu etkisi olan bağlayıcılık etkisi ve kesin hükmün olumsuz etkisi olan önleyicilik etkisi olarak adlandırılabilir⁴³. Çalışmanın konusu maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisi olarak belirlendiğinden, bu genel açıklamalardan sonra maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisi detaylandırılarak unsurları açıklanacaktır.

³⁷ Gürdoğan, 1960, s. 16-17; Özkaya Ferendeci, 2009, s. 4.

³⁸ MüKoStPO/Nestler StPO, 2019, §449 Rn. 27-30; "Akcan, "Hukuk ve Ceza Mahkemesi", s. 27; Soyubelli, "Ceza Mahkemesi", s. 21; Akkaş, 2016, s. 72-73; Derya Belgin Güneş, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri", *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2018, s. 107; İyilikli, 2020, s. 46; Sadihzada, "Olumlu Etki", s. 18; Birtek, "Kısmî Kesinleşme", s. 581.

³⁹ Mine Akkan, "Madeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 11, S. 2009, s. 5.

⁴⁰ Akkan, "Kesin Hükmün Delil Niteliği", s. 5.

⁴¹ Gözler'e göre, şeklî anlamda kesin hükmün maddî anlamda kesin hükmün ön şartı olduğu ifadesi doğru olsa da, kesin hüküm şeklî anlamda ve maddî anlamda kesin hüküm olarak ikiye ayrılamaz. Şeklî anlamda kesin hüküm olarak ifade edilen kavramın maddî anlamda kesin hükmün başlangıç anını tespit etmekten başka bir işlevi bulunmamaktadır. Bkz. Gözler, "Res Iudicata", s. 52.

⁴² Gürdoğan, 1960, s. 29; Budak, "Kara Avrupası", s. 19.

⁴³ Spinellis, 1962, s. 17; Radtke, 1994, s. 32; Spiecker, "Die Anerkennung", s. 41, Gürdoğan, 1960, s. 50; Süha Tanrıver, *Madeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 40; Özkaya Ferendeci, 2009, s. 99-100; Soyubelli, "Ceza Mahkemesi", s. 23; Akkaş, 2016, s. 73; Türkoğlu, "Kesin Hüküm", s. 36-37.

III. MADDÎ ANLAMDA KESİN HÜKMÜN OLUMSUZ ETKİSİNİN TEMELİ OLARAK *NON BIS IN IDEM* İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ, ANLAMI VE AMACI

A. *Non Bis In Idem* İlkesinin Tarihsel Gelişimi ve Günümüzdeki Görünümü

Kesin hüküm olumsuz etkisi, ceza muhakemesinin en önemli ilkelerinden biri olan *non bis in idem* (*bis de eadem re ne sit actio*) ilkesiyle açıklanmaktadır⁴⁴. *Non bis in idem* ilkesi, bir kişinin aynı fiilden dolayı iki kez yargılanamayacağını ve cezalandırılmayacağını ifade eden bir ilkedir. Bir kişi aynı fiilden dolayı yalnızca bir kez yargılanabilir ve bu kişi hakkında bu fiiline bağlı olarak bir kereden fazla hüküm verilemez⁴⁵.

Non bis in idem ilkesinin çıkış felsefesi, ceza tehdidinin adeta Demokles'in kılıcı gibi kişinin üzerinde olmasının yaratacağı güvensizliği ve acıyı ortadan kaldırmaktır⁴⁶. Tarihsel açıdan oldukça eski olan bu ilkenin çıkış noktasının tam olarak nerede ve ne zaman olduğunu belirlemek zordur; çünkü batı hukuk sistemleri ortak kökenli olup ve kavramları oradan almaktadır⁴⁷. Ancak, söz konusu ilkenin Roma ve Kilise hukuklarından beri hem mahkûmiyet hem beraat kararlarında uygulandığı bilinmektedir⁴⁸. Kilisenin *non bis in idem* ilkesi Aziz Jerome'un peygamber Nahum hakkındaki yorumuna dayanmaktadır⁴⁹: “Çünkü

⁴⁴ Heinrich Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1968, §100 III; Radtke, 1994, s. 76; Trepper, 1996, s. 12; Greco, 2015, s. 330; Schmitt - Köhler - Meyer Goßner, 2021, Einleitung, Rn. 169; Tanrıver, 2007, s. 39; Özkaya Ferendeci, 2009, s. 3; Soyubelli, “Ceza Mahkemesi”, s. 8; Akkaş, 2016, s. 74; Tuba Kelep Pekmez, Ceza Muhakemesinde Fiil, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 132; Erdoğan, 2020, s. 65; Şeyma Cebeci, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis In Idem İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 4.

⁴⁵ Schmidt, 1964, Rn. 246; Spinellis, “Die Materielle Rechtskraft”, s. 40; Heribert Ostendorf, *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015, s. 75; Erem, “Kesin Hüküm”, s. 46; Akkaş, 2016, s. 75; Urs Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013, s. 327; Ataç, “Önleme Etkisi”, s. 49 vd.; Birtek, “Kısmî Kesinleşme”, s. 581-582; Yenisey - Nuhoglu, 2022, s. 647; Özbek - Doğan - Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 75; Centel - Zafer, 2022, s. 698; Özen, 2022, s. 1308.

⁴⁶ Spinellis, “Die Materielle Rechtskraft”, s. 10; Mustafa Özen, “Non bis in idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, 2010, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, s. 390.

⁴⁷ Hanne Özgenç, “Vergi Hukukunda Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanması”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2021, s. 3-4.

⁴⁸ Radtke, 1994, s. 76; Özen, “Non Bis In Idem”, s. 390.

⁴⁹ Jay Sigler, “A History of Double Jeopardy”, *The American Journal of Legal History*, October 1963, V. 7, No: 4, s. 284; Dax Eric Lopez, “Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is used to Circumvent *Non bis in idem*”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2000, V. 33, [https://www.thefreelibrary.com/Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is Used to...-a069662388](https://www.thefreelibrary.com/Not+Twice+for+the+Same:+How+the+Dual+Sovereignty+Doctrine+is+Used+to...-a069662388), (13.09.2021).

Tanrı aynı suç için iki kez hüküm vermez (Non iudicat Deus bis in id ipsum)". Öğretide bir görüşe göre, *non bis in idem* ilkesine bilinen en eski referans milattan önce yaklaşık 355'te Demosthenes'in kanunların aynı kişiyi aynı konuda iki defa yargılamasını yasakladığı görüşüne dayanmaktadır. Bu görüşe göre, ilke yeniden Justinianus'un *Corpus Juris Civilis*'inde ortaya çıkmıştır⁵⁰. Bazı görüşler ise bu kuralı Roma Hukukunun *nemo debet bis vexari pro una et eadam causa* ilkesine⁵¹ ya da Antik Yunan'a⁵² dayandırmaktadır.

Günümüz çağdaş hukukunda *non bis in idem* ilkesinin ilk görünümü ise İngiliz hukukunda "*double jeopardy*" adıyla çifte yargılama yasağı olmuştur⁵³. Çifte yargılama yasağının İngiliz hukukunda ortaya çıkması ve gelişmesi, rahiplerin Roma Hukuku üzerinde yapmış oldukları çalışmalar kapsamında ilkenin temelini Roma Hukukuna dayandığı yönündeki düşünceleriyle başlamıştır⁵⁴. 1215 yılında imzalanan bir İngiliz belgesi olan ve İngiliz kralının bazı yetkilerinden feragat etmesi, kanunlara uygun davranması ve hukukun üstünlüğünü kabul etmesini düzenleyen Magna Carta'da ise *non bis in idem* ilkesiyle ilgili bir hüküm yer almadığı gibi, 1685 tarihli Haklar Bildirgesi'nde de konu hakkında bir hüküm öngörülmemiştir. 1700'lü yıllarda, William Blackstone ve Edward Coke tarafından çifte yargılamanın ne olduğu açıklanmış ve ilke, evrensel bir *common law* ilkesi olarak kabul edilmiştir⁵⁵. İlkeye Magna Carta'da bir yer verilmesine rağmen, Anglo-Sakson hukuk sistemi, bireysel özgürlük kavramının devam etmesi için ilkeyi önemli bulduğundan, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası'nın bir parçası olmasına önem vermiştir⁵⁶.

⁵⁰ Specht, 1999, s. 8; David Stewart Rudstein, *Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution*, Praeger Publishers, 2004, s. 4; Willem Bastiaan van Bockel, "The ne bis in idem principle in EU law- A conceptual and jurisprudential analysis", *Leiden University*, (Unpublished Doctoral Thesis), Leiden 2009, s. 1.

⁵¹ Sigler, "Double Jeopardy", s. 283-284; Conway, "Ne Bis In Idem" s. 221; Özkaya Ferendeci, 2009, s. 9.

⁵² John Walter Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks: an introduction*, Clarendon Press, Oxford, 1956, s. 148; Péter Mezei, "Double Jeopardy in a Global Context: A Comparative Analysis of the Right not to be Tried or Punished Twice for the Same Criminal Offense", *Studies in the Fields of Comparative Law and Comparative Constitutional Law*, Szeged, 2012, s. 2.

⁵³ Coffin, "Double Take", s. 776; Cebeci, 2021, s. 6.

⁵⁴ H. Özgenç, "Vergi Hukukunda", s. 4.

⁵⁵ H. Özgenç, "Vergi Hukukunda", s. 5.

⁵⁶ Sigler, "Double Jeopardy", s. 284.

Amerikan Hukukunda çifte yargılama yasağının kavramsallaştırılması Massachusetts eyaletiyle başlamıştır⁵⁷. Burada İngiliz gelişmelerinden farklı bir yol izlenmiş ve çifte yargılama yasağının anayasal bir koruma olarak benimsenmesi için zemin hazırlanmıştır. Daha sonra diğer eyaletlerde de çifte yargılama yasağına ilişkin düzenlemeler benimsenmiştir⁵⁸. İlkenin eyaletler tarafından zamanla daha fazla kabul görmesi, ilkenin Amerikan Haklar Bildirgesi'ne eklenmesini sağlamıştır.

Bireysel özgürlüğün devlet iktidarına karşı korunmasını amaçlayan temel haklar, Orta Çağ ve daha önceki zamanların hukuk düşüncesine yabancı olan çağdaş bir kavramdır. Roma Hukuku kuralları, Orta Çağ Kıta Avrupası'nda iyi bilinmesine rağmen, istisnalar ve niteliklerle dolu bu kuralların uygulamadaki etkisi, ceza muhakemesinin türü ve çağdaş öncesi zamanların genel toplumsal bağlamı nedeniyle oldukça sınırlı olmuştur. 14. yüzyıldan 19. yüzyılın başlarına kadar Kıta Avrupası Engizisyon usulü, sadece sanığın masumiyeti ortaya çıktığında *non bis in idem* ilkesinin uygulanabileceğini kabul etmiş ve diğer her durumda ilkeyi neredeyse göz ardı etmiştir. Bu yüzden yargılamalar sonsuz ve süresiz olarak devam ettirilebilmiştir. Eski kesin hüküm kuralının günümüzdeki hâle gelmesi ise Aydınlanma Çağı'nın ve çağdaş siyaset felsefesinin etkisiyle bireysel özgürlüğün garantisi olarak yeniden kavramsallaştırıldığı ve vurgulanarak ilan edildiği zaman başlamıştır. Bu bağlamda *non bis in idem* ilkesi, birçok çağdaş kanuna, anayasaya ve insan hakları sözleşmelerine dâhil edilmiştir⁵⁹.

İlke, bugün birçok ülke tarafından temel bir insan hakkı olarak tanınmakta ve bu ülkelerin anayasalarında ve/veya iç mevzuatlarında yer almaktadır. Örneğin, ABD Anayasası'nda yapılan değişiklikler ile ek madde 5 hükmünde⁶⁰ düzenlenmiş, kimsenin aynı suç nedeniyle iki defa, idam cezası veya bir organını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Fransa'nın 1791 tarihli Anayasası'nda⁶¹ jüri tarafından beraat ettirilen hiç kimsenin aynı fiilden dolayı tekrar tutuklanamayacağı veya suçlanamayacağı düzenlen-

⁵⁷ Ataç, "Önleme Etkisi", s. 6.

⁵⁸ Sigler, "Double Jeopardy", s. 298; Ataç, "Önleme Etkisi", s. 6.

⁵⁹ Detaylı açıklama için bkz. Carl Friedrich Stuckenberg, "Double Jeopardy and *Ne Bis in Idem* in Common Law and Civil Law Jurisdictions", *The Oxford Handbook of Criminal Process*, April 2019, s. 5-6.

⁶⁰ ABD Anayasası'nın Türkçe metni için bkz. <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>, (05.09.2021).

⁶¹ Fransız Ulusal Meclisi İngilizce web sayfası, <https://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly>, (05.09.2021).

miştir. Almanya’da ise Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası’nın⁶² sanığın temel haklarını düzenleyen 103. maddesinin 3. fıkrasında hiç kimsenin aynı fiilden dolayı genel ceza kanunlarına göre bir defadan fazla cezalandırılmayacağı öngörülmüştür ve ceza muhakemesine ilişkin kanunda *non bis in idem* ilkesine yer verilmiştir. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu⁶³’nun 649. maddesinde, kanunda belirtilen istisnalar hariç tutulmak üzere, beraat eden veya mahkûm edilen sanığın unvan, derece veya şartlar için aksi düşünülse bile, aynı olaydan dolayı yeniden ceza davasına konu edilemeyeceği, buna rağmen kovuşturma tekrar başlatılırsa, yargılamanın her eyalet ve derecesindeki hâkimin, gerekçesini belirterek beraat veya davaya devam etmeme kararı vereceği düzenlenmiştir. Yine, örneğin Kanada, Hindistan, Japonya, Yeni Zelanda, Peru, Rusya ve Güney Afrika Anayasa’larında olduğu gibi, elliden fazla anayasada *non bis in idem* ilkesi yer almakta ve iç hukukun bir parçası kabul edilerek mahkemeler tarafından tanınmaktadır.

Türk Hukukunda *non bis in idem* ilkesi, açıkça, aynı kişinin aynı fiilden yeniden yargılanamayacağına ve cezalandırılmayacağına yönelik olarak, 1982 Anayasası’nda bir düzenleme olarak yer almamaktadır. Ancak, ilkenin yarattığı etkiler mevzuatımızın bazı maddelerinde görülmektedir. Örneğin, CMK’nin 223/7. maddesinde, “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu hüküm, *non bis in idem* ilkesinin CMK’daki görünüş şeklindedir. Yine, TCK’nın yer bakımından uygulamaya ilişkin maddelerinde ilkenin uygulama alanına dair hükümler bulunmaktadır⁶⁴. TCK’nın ilgili maddelerinde yurt dışında işlenmiş bazı suçlar bakımından Türkiye’de yeniden yargılama yapılması mümkün kılınmış ve ilkeye ulusal bir etki tanınmıştır⁶⁵. Bununla beraber, *non bis in idem* ilkesinin maddî ceza hukukuna etkileri de görülebilmektedir⁶⁶. Örneğin, aynı fiilden dolayı birden fazla cezaya hükmedilmesini de yasakladığın-

⁶² Alman Anayasası’nın tam metni için bkz. Gesetze im Internet, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/>, (05.09.2021).

⁶³ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun tam metni için bkz. Legislation Online, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/22/Italy/show>, (12.09.2021).

⁶⁴ Yabancı mahkemelerin vermiş olduğu hükümlerin dikkate alınması ilke bakımından istisnâî nitelikte olduğundan konuyla ilgili olarak, ceza kanunlarının yer bakımından uygulamaya dair hükümleri göz önünde bulundurulur. Bkz. Kelep Pekmez, 2019, s. 135.

⁶⁵ Özbek - Doğan - Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 76.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ataç, “Önleme Etkisi”, s. 54-56.

dan, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasını öngören fikrî içtima kavramının da bu ilkeden hareketle düzenlendiği belirtilmektedir⁶⁷. Ayrıca, öğretide, bazı özel kanunlardaki hükümlerin *non bis in idem* ilkesiyle çeliştiğine dair görüşler de bulunmaktadır⁶⁸.

⁶⁷ Bkz. Madde Gerekçesi: “Madde metninde, farklı neviden fikri içtima düzenlenmiştir. Kişi, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olabilir; ancak *non bis in idem* kuralı gereğince bu fiilden dolayı ancak bir defa cezalandırılabilir. Gerçekleştirdiği fiilin birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olması durumunda, failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir. Gerek doktrinde gerek uygulamamızda, hedefte sapma durumunda da fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiği konusundaki görüş hakimdir. Bu nedenle, kanuni düzenlemede hedefte sapmanın şahısta yanılma ile birlikte değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir. Örneğin bir kişiyi yaralamak için fırlatılan sopa, mağduru yaraladıktan sonra veya mağdura isabet etmeden vitrin camına çarparak kırılmasına neden olabilir. Bu durumda, sopa fırlatma fiiliyle hem tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama suçu hem de başkasının malına zarar verme suçu işlenmiş olmaktadır. Aynı şekilde, bir kişiyi öldürmek için ateşlenen silahtan çıkan kurşun, mağdura isabet etmeden duvara çarpması nedeniyle sekerek bir başkasının ölümüne veya yaralanmasına neden olabilir. Bu durumda, hedeflenen kişi açısından kasten öldürme suçu teşebbüs aşamasında kalmıştır; ancak, sekme sonucunda ölümüne veya yaralanmasına neden olunan kişi açısından ise, taksirle öldürme veya taksirle yaralama suçu işlenmiş olmaktadır. Bu gibi durumlarda kişi işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olmaktadır ve bu suçlardan en ağır cezayı gerektireni ile cezalandırılmasıyla yetinilmelidir.” Öğretide Göktürk tarafından, fikrî içtimada tek fiille ihlâl edilmiş olan farklı suç tiplerinin tümünden failin cezalandırılması, fiilin, cezanın belirlenmesinde birden fazla değerlendirilmesi anlamına geleceğinden çifte değerlendirme yasağının ihlâlinin söz konusu olacağı ileri sürülmüştür. Yazara göre, her ne kadar *non bis in idem* ilkesi ile çifte değerlendirme yasağı, benzerlik taşısalar da, birbirinden farklı amaçlara sahip olan ilkeler olup *non bis in idem* ilkesiyle aynı fiilden dolayı yeniden yargılamanın yapılmasını engellemek amaçlanırken, çifte değerlendirme yasağı ile aynı hususun cezanın belirlenmesinde birden çok kez dikkate alınması engellenmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle, öğretide bizim de katıldığımız bu görüşe göre, fikrî içtimayı düzenleyen maddenin gerekçesinde *non bis in idem* ilkesinin gösterilmesi yanlıştır. Bkz. Neslihan Göktürk, **Fikrî İçtima (Suçların İçtiması)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 69-70.

⁶⁸ Örneğin, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu (Resmî Gazete: Tarih: 15/5/1987 Sayı: 19461) Ek madde 12’de yer alan, 15.4.2020 tarih ve 7243 sayılı Kanun ile eklenen ve belli suçlar açısından failin cezasında artırım öngören düzenlemede, kasten yaralama fiili bakımından, hem TCK m. 86/3’te nitelikli unsur olarak sayılan, fiilin kamu görevlisi olarak kabul edilen sağlık personeli veya yardımcı sağlık personeline karşı işlenmesi durumunda temel ceza artırılacak hem de 3359 sayılı kanuna eklenen madde ile ceza bir defa daha yarı oranında artırılacaktır. Öğretide Tulay’a göre, faile aynı sebepten dolayı iki kez ceza verildiğinden burada *non bis in idem* ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır. Bkz. M. Emre Tulay, “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 4, 2021, s. 1232. Kanaatimizce, burada *non bis in idem* ilkesinin

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki *non bis in idem* ilkesine ilişkin düzenlemeler de Anayasa m. 90/5'e göre iç hukukumuzun parçası olarak kabul edilebilir. Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁶⁹ m. 14/7'de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 no.lu Protokol⁷⁰'ün 4. maddesinde, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁷¹'nin 53. maddesinde, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi⁷²'nin 35. maddesinde, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi⁷³'nin 9. maddesinde ve Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi⁷⁴'nin 8. maddesinde *non bis in idem* ilkesine yer verilmiştir.

Non bis in idem ilkesinin idarî yaptırımlar bakımından dayanağı ise Kabahatler Kanunu'nda yer almaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁷⁵ (KK)'nin 15/1. maddesinde "Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi hâlinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir." ifadesi ile bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi durumunda yalnızca idarî para cezaları açısından ilke kabul edilmiştir. KK m. 15/3'te ise bir fiilin hem suç hem de kabahat teşkil ettiği durumlarda yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği düzenlenerek tek fiil ile işlenen suç ve kabahatin ayrı ayrı cezalandırılmaması öngörülmüştür.

değil, çifte değerlendirme yasağının ihlâl edilmesi söz konusudur. *Non bis in idem* ilkesi ile, kişi hakkında açılmış bir dava veya kesin hüküm bulunması durumunda, aynı kişi ve aynı fiil hakkında ikinci bir ceza yargılaması yapılması engellenmektedir. Ancak, yazar, öngörülen düzenleme hakkında, uygulanması gereken cezayı ağırlatıcı nedenlerin cezanın belirlenmesinde ikinci defa gerekçe olarak gösterilmemesi gerektiğine dair bir eleştiri yapmaktadır. Aynı yargılamada aynı hususun cezanın tayininde birden fazla kez dikkate alınmasını engellemek amacı taşınmasından dolayı, kanaatimizce söz konusu düzenlemedeki durum, çifte değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

⁶⁹ İnsan Hakları Derneği, <https://www.ihd.org.tr/sasve-medenhaklar-uluslararası-slees/>, (21.10.2021).

⁷⁰ İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/57-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-7-numaral-protokol/>, (04.09.2021).

⁷¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002081.pdf, (21.04.2023).

⁷² Türkiye Büyük Millet Meclisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002080.pdf, (21.04.2023).

⁷³ Türkiye Büyük Millet Meclisi, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc042/kanuntbmmc042/kanuntbmmc04207376.pdf, (21.04.2023).

⁷⁴ İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020141929112_tur.pdf, (21.04.2023).

⁷⁵ Resmî Gazete Tarih: 31/3/2005 Sayı: 25772.

B. *Non Bis In Idem* İlkesinin Anlamı ve Amacı

Non bis in idem ifadesinde yer alan “bis” sözcüğü Fransızca ve İtalyanca’da *iki kez, tekrar, yeniden, yinelenen* gibi anlamlara gelmektedir. “*Idem*” ise Fransızca’da *onun gibi, dahi, de*; İtalyanca’da *aynısı* anlamlarında kullanılmaktadır. “*Idem*”; aynı olaylar ya da aynı vakıa anlamına gelmekte olup *idem* kavramı; zaman, yer, mekân bakımından birbiriyle bağlantılı somut olaya işaret etmektedir⁷⁶. Bu bağlamda, *non bis in idem* ibaresinin Türkçe karşılığının “*aynısı yeniden olmaz*” olduğu ifade edilebilmektedir⁷⁷.

İlke, kişiyi sadece ilk yargılamada söz konusu olanlarla aynı *idem*’e dayanan muhakemeden korumaktadır⁷⁸. Bu çerçevede, iki ceza muhakemesinin konusunun ne zaman aynı olacağını ve sonraki muhakemenin aynı *idem* ile ilgili olup olmadığını neyin belirlediğini tespit etmek gerekmektedir. *Idem*, muhakemenin amacını, nedenini veya konusunu belirlemeye hizmet eder ve tanımlaması en zor olan kavramdır. *Idem*, kimi zaman hukuki niteliğe bakılmaksızın, aynı tarihsel olay olarak tamamen maddî kavramlarla (*idem factum*) tanımlanırken; kimi zaman fiilen ve hukukta özdeşlik, yani aynı vakıalar kümesini ve “*aynı suç*” (*idem crimen*) isnadını gerektirmektedir. *Idem crimen*, muhakemenin konusu olarak tespit edilmiş fiil ve bunun maddî hukuktaki niteliği yoluyla belirlenmesi iken, *idem factum*, muhakemenin konusunun iddianamede yer alan fiilin hukukî nitelikleri göz önünde bulundurulmaksızın ortaya konulmasıdır⁷⁹.

Idem kavramının dar yorumlanarak sadece fiilin hukukî niteliği olarak anlaşılması, *non bis in idem* ilkesi tarafından sağlanan korumayı neredeyse ortadan kaldıracaktır. Bunun nedeni, farklı suç isnadı altında muhakeme yapılarak çifte yargılamaya karşı korumanın önüne geçilebilmesidir⁸⁰. “*Aynı suç*” kavramını “*ceza kanununun aynı hükmü*” ile eşit tutan sert bir *idem crimen* yaklaşımı, her farklı suç için paralel ya da müteakip kovuşturmaların yapılmasına izin verecektir. *Idem factum* yaklaşımı ise genellikle *idem crimen* yaklaşımına göre tekrarlanan yargılamalara karşı daha iyi koruma sağlar ve bu nedenle Amerikalılar Arası

⁷⁶ Şahbaz, 2020, s. 17.

⁷⁷ Cebeci, 2021, s. 3.

⁷⁸ Harmen van der Wilt, “The European Arrest Warrant and the Principle Ne Bis In Idem”, in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005, s. 111.

⁷⁹ Kelep Pekmez, 2019, s. 30.

⁸⁰ van der Wilt, “Ne Bis In Idem”, s. 111.

İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından benimsenmiştir⁸¹.

Non bis in idem ilkesi ile, bir fail hakkında daha önceki bir fiilinden dolayı dava açılmış olması durumunda, ikinci bir davanın açılmayacağı; daha önce dava açılmış ve kesin hükümle sonuçlanmış ise yine ikinci bir davanın açılmayacağı kabul edilmektedir⁸². Yani, *non bis in idem* ilkesi, hem başlamış ve devam etmekte olan bir ceza muhakemesinde hem de kesin hükümle sona ermiş olan bir uyuşmazlık hakkında yeniden ceza yargılaması yapılamayacağını ifade eden bir ilkedir. Bu bağlamda, ilkenin etkisi kesin hükümle sınırlı değildir⁸³. Ancak, çalışmanın konusu bağlamında maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisinin temelini oluşturduğundan, açıklamalar kesin hüküm etkisine yönelik olarak yapılmaktadır. Dikkat edilmesi gereken husus, *non bis in idem* ilkesinin yalnızca verilmiş olan kesin hüküm bulunması durumunda değil, derdest bir dava bulunması hâlinde de geçerli olduğudur⁸⁴. Bir fiilinden dolayı kişi aleyhine ceza davası açıldıktan sonra o davanın muhakeme süreci sona ermeden aynı fiilinden dolayı aynı kişi hakkında ikinci bir ceza davası açılmaz⁸⁵. Bu bağlamda, örneğin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde, mahkûmiyet kararı açıklanmadığı için henüz kamu davası sonuçlanmamış ve hüküm kesinleşmemiş olmaktadır. Yani, sanık hakkında verilmiş, ancak henüz kesinleşmemiş bir hüküm bulunmakta, dava derdest olmaya devam etmektedir⁸⁶. Bu nedenle, aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı ikinci bir davanın açılması, kesin hüküm sebebiyle değil, derdestlik sebebiyle engellenmektedir⁸⁷. Başka bir ifadeyle, burada kesin hükmün olumsuz etkisini açıklayan *non bis in idem* ilkesinin etkisi söz konusu değildir.

Bir hüküm kesinleştikten sonra kişi, ister beraat etmiş, ister mahkûm edilmiş olsun, aynı fiil nedeniyle tekrar yargılanamaz, hatta fiilin suç vasfı değişik olarak düşünülse veya cezaya etki eden bir nedenin bulunduğu ileri sürülse dâhi muhakeme tekrarlanamaz. Ceza muhakemesinin konusunu teşkil eden suç ile ilgili

⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Stuckenberg, "Double Jeopardy", s. 8-9.

⁸² Özen, "Non Bis In Idem", s. 390.

⁸³ Özen, 2022, s. 168.

⁸⁴ Abel, "Rechtskraft", s. 22-23; Şahin - Göktürk, 2021, s. 69; Öztürk vd., 2022, s. 57; Yenisey - Nuhoğlu, 2022, s. 647.

⁸⁵ Yenisey - Nuhoğlu, 2022, s. 826.

⁸⁶ Gökçen vd., 2023, s. 660.

⁸⁷ Özen, "Non Bis in Idem", s. 413.

yapılan muhakemenin sonlanması ve kesin hüküm verilmesi durumunda, hakkında kesin hüküm bulunan sanık, yeniden aynı fiili nedeniyle yargılanamaz⁸⁸.

Non bis in idem ilkesinin üç sonucu olduğu kabul edilmelidir⁸⁹. Birincisi, verilen ilk ceza ile haksızlık ve kusur içeriğinin tam tespitinden sonra, yeni bir cezalandırılma yapılmasının mümkün olmadığıdır. İkincisi, bu ilke gereği, kesinleşmiş hükümde belirlenen haksızlık ve kusur içeriği gerçekte olanla örtüşmüyor olsa bile yeni bir cezalandırılma yapılamayacak olmasıdır. Örneğin, bir beraat kararının kesinleşmesinden sonra bu kararın haksız yere verildiğinin anlaşılması durumunda bile yeni bir ceza yargılaması yapılamayacaktır. Son sonuç ise, hukukî güvenlik düşüncesinin maddî adalet düşüncesinden daha önemli olduğudur.

Non bis in idem ilkesi CMK'da davanın reddi kararı verileceğine dair düzenleme nedeniyle bir muhakeme şartı olarak değerlendirilmektedir⁹⁰. İlke, mahkemeler tarafından re'sen uyulması gereken usulî bir engel teşkil etmektedir⁹¹. Muhakeme şartlarının olmaması, muhakeme şartlarının özelliğine bağlı olarak soruşturmanın başlamasını, suç isnadını, dava açılmasını, davanın ilerlemesini veya hükümün verilmesini engellemektedir⁹². Uyuşmazlık hakkında önceden verilmiş olan bir kesin hüküm olması durumu da muhakeme yapılmasını engelleyen bir muhakeme şartıdır ve davanın reddi sebebidir. Mahkeme, davanın reddi kararı vermek için, madde metninde belirtilen şekilde derdest bir dava ya da verilmiş bir hüküm olup olmadığını araştırmalı veya bu yöndeki iddia ve savunmaların yanı sıra, davanın ve muhakemenin konusunu dikkate alarak "aynı kişi" ve "aynı fiil" unsurlarının var olup olmadığını tespit etmelidir.

⁸⁸ Soyubelli, "Ceza Mahkemesi", s. 26.

⁸⁹ Friedrich Christian Schroeder, "Die Rechtsnatur des Grundsatzes „ne bis in idem“", *JuS*, 1997, s. 227-228'den aktaran, Ersoy, 2018, s. 148.

⁹⁰ Birtek, "Kısmî Kesinleşme", s. 581; Şahin - Göktürk, 2021, s. 67; Öztürk vd., 2022, s. 57; Yenisey - Nuhoglu, 2022, s. 647; Özbek - Doğan - Bacaksız, Ceza Muhakemesi, s. 121; Centel - Zafer, 2022, s. 722.

⁹¹ Abel, "Rechtskraft", s. 23; Gerald Grünwald, "Die Materielle Rechtskraft Im Strafverfahren Der Bundesrepublik Deutschland", *Deutsche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Teheran 1974*, herausgegeben von Hans-Heinrich Jeschek und International Congress on Comparative Law, Teheran 1974, Berlin, Boston: De Gruyter, 2018, s. 94; Schmidt, 1964, Rn. 184; Ewald Löwe - Werner Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO*, Bd. I, 22. Auflage, De Gruyter Verlag, 1971, s. 99; Tanrıver, 2007, s. 39; Akcan, "Hukuk ve Ceza Mahkemesi", s. 5; Özkaya Ferendeci, 2009, s. 100.

⁹² Centel - Zafer, 2022, s. 722.

IV. MADDÎ ANLAMDA KESİN HÜKMÜN OLUMSUZ ETKİSİNİN UNSURLARI

Bir hükmün maddî anlamda kesinleşmesiyle ceza davası tüketilmiş olur ve bunun sonucu olarak aynı kişi ve aynı fiil hakkında yeniden dava açılma imkânı ortadan kalkar. Bu durum hem beraat hükümlerinde hem mahkûmiyet hükümlerinde geçerlidir. Maddî anlamda kesin hüküm, yalnızca bir önleme etkisi yaratmakla kalmaz, aynı zamanda kişi için bir hak da teşkil eder⁹³. Maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisinin doğabilmesi için iki temel unsurun bir arada yer alması şarttır. Bunlar; kişinin aynı olması ve fiilin aynı olmasıdır⁹⁴. Bu unsurlardan birinin bulunması hâlinde maddî anlamda kesin hükmün önleme etkisi kendisini göstermeyecek ve davanın reddi kararı verilemeyecektir.

A. Kişinin Aynı Olması

Kişinin aynı olması, maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisinin unsurlarından biri olarak, soruşturma aşamasında şüpheli, kovuşturma aşamasında sanık ve hakkında hüküm verilen kişi hakkında yeniden yargılama yapılamayacağını ifade etmektedir⁹⁵. Öğretide bazı kaynaklarda, kişinin aynı olması durumunun, yalnızca kovuşturma evresinde ve sanık ile sınırlı olduğu sürülse de⁹⁶, kişinin aynılığının soruşturma aşamasında şüpheli bakımından da dikkate alınması gerektiği görüşündeyiz. Bu bağlamda, aynı kişinin, aynı fiilinden dolayı hakkında daha önceden verilmiş bir kesin hüküm bulunması durumunda, soruşturma aşamasında, kovuşturma olanağının bulunmamasından dolayı kovuşturmaya yer olmadığı kararı (CMK m. 172) verilmesi gerekmektedir⁹⁷. Bu karar verilmemiş ve bu durum, kovuşturma aşamasında anlaşılırsa, aynı kişi hakkında verilmiş olan kesin hüküm, davanın reddi sebebi teşkil edecektir (CMK m. 223/7).

Kesin hükmün olumsuz etkisinden yalnızca kendi fiili sebebiyle yargılanan ve hakkında kesin bir hüküm verilen kişi faydalanmaktadır; aynı fiilden ötürü

⁹³ Ünver - Hakeri, 2019, s. 1784.

⁹⁴ Kindhäuser, 2013, s. 320; İyilikli, 2020, s. 307; Cebeci, 2021, s. 21; Özen, 2022, s. 1347. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 30.03.2000 tarihli ve 2756/3338 sayılı kararı. “Sanık hakkında kesinleşen beraat hükmü, yargılama yapılarak verildiğinden ve esasa etkili yasaya aykırılık içerse dahi kanun yolu ile kaldırılmadıkça kesin hüküm niteliğini koruyacağından eylem ve sanık aynı olduğundan açılmış ikinci dava niteliğindeki davanın reddi gerekir.” Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>, (25.09.2021).

⁹⁵ Spinellis, “Die Materielle Rechtskraft”, s. 135; Soyubelli, “Ceza Mahkemesi”, s. 26.

⁹⁶ Erem, “Kesin Hüküm”, s. 46; Şahbaz, 2020, s. 95.

⁹⁷ Ataç, “Önleme Etkisi”, s. 40.

başkalarının yargılanabilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur⁹⁸. Yani, sözelimi, bir kişinin diğer bir kişiye karşı yaralama fiilini işlemesi sonucunda yürütülen ceza muhakemesinde beraat hükmü verilmesi durumunda, bu kişi hakkında aynı fiile dayanarak yeniden bir ceza muhakemesi yapılamayacaktır. Ancak, başka bir kişinin yine aynı mağdura karşı aynı yaralama fiilini işlemesi durumunda kişinin aynılığı unsuru gerçekleşmemiş olacağı için yeniden muhakeme yapılmasının önünde herhangi bir engel olmayacaktır.

Kişinin aynılığı kavramı, Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamede yer alan kişi olarak değerlendirilmelidir⁹⁹. İddianamede kimlik bilgileri ve fizikî özellikleri somutlaştırılmış kişi, iddianameye esas teşkil eden ve hüküm verilirken iddianamede bu sıfat ve bedensel özellikleri göz önünde bulundurulmuş kişi olarak anlaşılmalıdır¹⁰⁰. Bu bağlamda, Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamede, hakkında suç isnadı bulunan ve mahkûm olması istenen kişi ile hakkında kesin hüküm bulunan kişinin aynı olması durumunda kişinin aynı olduğu kabul edilecektir. İddianamede bulunmayan bir kişi ise kişinin aynılığı kapsamında değerlendirilemeyecektir.

1. Kişinin Aynı Olmasıyla İlgili Doğabilecek Sorunlar

Maddî anlamda kesin hüküm olumsuz etkisinin unsurlarından biri olan kişinin aynılığı unsuru bakımından, zaman zaman yargılanmak istenen kişi ile yargılanan ve hakkında hüküm verilen kişi arasında farklılık olduğu durumlarda bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir.

İlk olarak, iddianamede hakkında kamu davası açılması istenen kişi yerine isimlerin benzetmesinden dolayı yanlışlık yapılarak başka bir kişinin isminin ve kimlik bilgilerinin yer alması durumu değerlendirilmelidir. Bu sorun, gaiplerin yargılanmasında da verilen hükmün isim benzerliğinden dolayı yanlış kişiye bildirilmesinde de ortaya çıkabilecektir. Verilen hükmün kimin hakkında verilmiş olacağı ile ilgili Türk öğretisinde *Yurtcan* dışında herhangi bir görüş belirtilmemiştir¹⁰¹. Alman öğretisinde ise bu durumda verilen hükmün iddianamede belirtilen kişi hakkında olduğu, verilen hükümdeki hatanın düzeltilmesi gerektiği savunul-

⁹⁸ Schmidt, 1964, Rn. 247, Karl Peters, *Strafprozess: Ein Lehrbuch*, 2. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1967, s. 396; Henkel, 1968, s. 444; Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft", s. 135; Yurtcan, 1987, s. 56.

⁹⁹ Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft", s. 135.

¹⁰⁰ Özen, "Non Bis In Idem", s. 393.

¹⁰¹ Yurtcan, 2019, s. 685.

maktadır¹⁰². Kanaatimizce de, hakkında iddianame düzenlenen kişinin isminin yerine, benzer isimli başka bir kişinin yanlışlıkla yazılması durumu, şüphelinin kimliğinin yanlış yazılmasından ötürü, CMK m. 174/1-a gereğince iddianamenin iadesi sebebidir. İddianame bu yanlışlık göz önünde bulundurulmadan düzenlenirse, bu durum kovuşturma aşamasında düzeltilmelidir. Kovuşturma aşamasında hazır bulunan kişi bırakılmalı ve gerçek sanık getirilmelidir. Aksi bir durum, ceza muhakemesinin amacı olan maddî gerçeğe ulaşılmasına engeldir. Yanlışlık fark edilmeksizin hüküm verilmişse, verilen hükümdeki hata düzeltilmelidir.

İddianamede ismi ve kimliği belirtilen kişi dışında başka bir kişinin muhakemede hazır bulunması ve bu yanlışlığın muhakeme sırasında fark edilmeyecek yanlış kişi hakkında hüküm verilmesi durumunda ise verilen hükmün aslında kimin hakkında olması gerektiği ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır¹⁰³.

İlk olarak, gerçek sanık yerine mahkemede sanık sıfatıyla bulunan kişi hakkında hüküm verilmiş olması durumunda verilen hükmün iddianamede belirtilen gerçek sanık hakkında olduğu ileri sürülmüştür¹⁰⁴. Ancak bu görüş, kanaatimize göre kabul edilemez. Gerçek sanık, böyle bir durumda, Anayasa m. 36'da, AİHS m. 6/3-b'de, CMK m. 147/1-c,f'de, m. 148/4'te, m. 180 vd., m. 206 ve 207'de düzenlenen savunma haklarını kullanmamış kabul edilmelidir. Yine aynı şekilde, sanık, hâkim önüne çıkma ve verilen kararlara karşı itiraz hakkını kullanmamıştır. Başka bir görüşe göre ise, bu durumda verilen hüküm ne gerçek sanık hakkında ne de diğer kişi hakkında olup geçersiz bir hüküm söz konusudur¹⁰⁵. Bu görüşe göre, iddianamede yer alan kişi yerine başka bir kişinin geçmesi durumunda, davanın konusu eksik kalacağından hüküm de eksik kalır ve verilen hüküm, hüküm niteliği taşımaz. Böylece, kesin hükmün etkilerini yaratmaz¹⁰⁶. Bu görüşün eleştirilebilir tarafı, hükmün geçersiz olup şekle bağlı olmadan kaldırılabilmesini öne sürse de, kesinleşmiş bir hükmün kim tarafından, ne zaman ve hangi koşullarla ortadan kaldırılabilmesine dair açıklama yapılmamış olmasıdır¹⁰⁷. Diğer bir görüşe göre ise, verilen hüküm, mahkemede sanık sıfatıyla verilen kişi hakkında verilmiş olsa da sonradan yargılamanın yenilenmesi

¹⁰² Schmidt, 1964, Rn. 249; Peters, 1967, s. 436; Henkel, 1968, s. 386; Yurtcan, 2019, s. 685.

¹⁰³ Görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtcan, 2019, s. 685-688.

¹⁰⁴ Ewald Löwe - Werner Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO*, Bd. II, 1. Auflage, 1965, s. 95'ten aktaran, Yurtcan, 2019, s. 686.

¹⁰⁵ Schmidt, 1964, Rn. 252; Henkel, 1968, s. 386.

¹⁰⁶ Schmidt, 1964, Rn. 252; Henkel, 1968, s. 386; Yurtcan, 2019, s. 686.

¹⁰⁷ Yurtcan, 2019, s. 687.

yoluyla ortadan kaldırılabilir¹⁰⁸. Bu görüşün olumlu tarafı, gerçekten yargılanan kişiye olağanüstü kanun yoluna başvurarak hakkında verilen hükümün ortadan kaldırılması çaresinin sunulmuş olmasıdır. Bize göre de, yanlış sanık hakkında olsa bile bir muhakeme yapılmış ve bir kesin hükme ulaşılmıştır. İddianamede yer alan asıl sanık değil, muhakemeye katılan kişi hakkında kesin bir hüküm verildiği kabul edilmelidir. Çünkü sonuç olarak, muhakeme aşamasında mahkeme önüne çıkan ve savunma hakkını kullanan bir kişi söz konusudur. Bu kişi hakkında verilen bir kesin hükümün hiçbir kanun yolu öngörülmezsizin kendiliğinden kaldırılabilceğini savunan görüş, kesin hükümün gücünün azalmasına sebep olacağından isabetli değildir. Bu konuda hakkında yanlış olarak hüküm verilen kişinin kanun yollarına başvurması ve kesin hükümün bu yollardan geçerek kaldırılması gerekmektedir.

2. İştirak Hâlinde İşlenen Suçlar Bakımından Kişinin Aynılığı

İştirak hâlinde işlenen suçlar bakımından kişinin aynılığı unsuru ayrıca değerlendirilmelidir. Bu konu hakkında öğretilerde farklı fikirler bulunmaktadır.

Yurtcan'a göre, yargılanan kişi dışında kalan kişiler anlamında ilkeye istisna getirmek doğru değildir. Ceza muhakemesinde maddî gerçek aranmaktadır; ancak bu maddî gerçek, her hâkimin kendisinin yapacağı araştırma ile belirlenmelidir, diğer bir kişiyi yargılayan mahkeme, ilk mahkeme tarafından verilen hüküm tamamen tanıyacak olursa, maddî gerçeği değil, şeklî gerçeği aramış olur¹⁰⁹.

Erem'e göre, suç ortaklarından birisi hakkında hüküm verilmiş olması diğer ortaklar hakkında bundan sonra ceza davası açılmasına engel değildir, mevcut hükümün ikinci dava sonunda verilecek hükme etkisi önemlidir. Yazara göre, bir sanık hakkında kesinleşmiş beraat veya mahkûmiyet hükmü, aynı fiilden dolayı bir başka kişi hakkında tekrar dava açılmasına engel sayılamayacaktır. Söz konusu yasaklıktan diğer sanıklar yararlanamayacaktır¹¹⁰.

Özen'e göre, kişinin aynılığının lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınarak dikkate alınması durumunda, önceki davada hakkında herhangi bir hüküm verilmemiş kişi hakkında yeniden dava açılması gerekir; ancak muhakemenin sonunda fiilin suç oluşturmadığının kesinleşmesi durumunda yeniden yargılama yapılması, usul ekonomisine aykırıdır¹¹¹.

¹⁰⁸ Peters, 1967, s. 242.

¹⁰⁹ Yurtcan, 1987, s. 58.

¹¹⁰ Erem, "Kesin Hüküm", s. 46.

¹¹¹ Özen, "Non Bis In Idem", s. 394.

Ataç'ın bizim de katıldığımız görüşüne göre, iştirak durumunda, aynı kişi unsuru açısından kesin hükmün olumsuz etkisine bir istisna tanınıp tanınmayacağı hususu, hükmün verilme gerekçesine bakılarak değerlendirilmelidir. İştirak hâlinde işlenen suçlarda, suç ortaklarından biri hakkında verilen beraat hükmünün diğer sanıklara sirayet edip etmemesi, beraat hükmünün gerekçesine bağlıdır. Örneğin, yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması sebebiyle suç ortaklarından biri hakkında beraat hükmü verilmesi durumunda, bu durum diğer suç ortaklarına da sirayet edecektir. Yani, diğer ortaklar hakkında da kamu davası açılmayacak, açılmış bir kamu davası varsa beraat hükmü verilmesi gerekecektir. Ancak, beraat hükmünün yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması sebebine dayanması durumunda, diğer suç ortakları hakkında kamu davası açılmasına engel oluşturmayacaktır. Suç ortaklarından biri hakkında düşme hükmü verilmesi durumunda da diğer suç ortakları hakkında kamu davası açılıp açılmayacağı hakkında da hükmün gerekçesine bakılmalıdır. Örneğin, af, zamanaşımının dolması gibi hâller, diğer suç ortaklarına da sirayet edecektir; ancak suç ortaklarından birinin uzlaşma yolu ile kovuşturma aşamasında mağdur ile uzlaşması durumunda, yalnızca uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanabileceğinden (CMK m. 255), diğer suç ortakları hakkında kamu davası açılabilecektir¹¹².

B. Fiilin Aynı Olması

Ceza muhakemesinde maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisinin doğabilmesi için fiilin aynı olma koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Kesin hükümlerle sona eren ilk muhakemenin konusu olan fiil ile sonraki muhakemenin konusu olan fiilin aynı olması durumunda ikinci bir dava açılmayacaktır¹¹³. Bu nedenle, bir ceza muhakemesinin konusunu neyin oluşturduğunu incelemek gerekmektedir. Öncelikli olarak, muhakeme hukuku anlamında fiilin ceza muhakemesinin konusunu oluşturup oluşturmadığı sorusunu açıklığa kavuşturulmalıdır. Ancak bu soruya olumlu yanıt verildiğinde fiil kavramının tanımı ve sınırları tartışılabilir.

Muhakemenin konusu kavramı hakkında üç grupta özetleyebileceğimiz görüşler hâkimdir. İlk görüş¹¹⁴ yaşam sürecinden yola çıkarak fiili muhakemenin

¹¹² Ataç, "Önleme Etkisi", s. 41-42.

¹¹³ Radtke, 1994, s. 81; Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft", s. 43-44.

¹¹⁴ Beling, 1928, s. 104, Henkel, 1968, s. 444.

konusu olarak görürken, ikinci görüş¹¹⁵, devletin cezalandırma talebini muhakemenin konusu olarak belirlemektedir. Üçüncü görüş¹¹⁶ ise ceza muhakemesinin konusunu savcının devletin ceza adalet sisteminin kendisine sunulan olgularla ilgili olarak cezalandırma yükümlülüğünü yerine getirmesinde görmektedir.

Hukukî düzeni yeniden tesis etmeye yönelik her faaliyetin bir ceza mahkemesi tarafından gerçekleştirilemeyeceği, sadece ceza muhakemesi hukukunda ve dolaylı olarak maddî ceza hukukunda öngörülenlerin gerçekleştirilebileceği düşünülürken, bir yaşam sürecinin belirli yönleri muhakemenin konusu olarak kabul edilebilirken, bir bütün olarak yaşam süreci asla bir muhakemenin konusu olamaz¹¹⁷. Bu bağlamda, ilk olarak, yaşam sürecinin parçası olarak fiilin muhakemenin konusu olduğu kabul edildiği takdirde, fiil kavramı, yargılamada ortaya konan olgular olarak anlaşılabilir. Fiil kavramının bu yorumuna göre, gerçekleri tespit etmek ve açıklığa kavuşturmak mahkemenin görevi olacaktır¹¹⁸. İkinci olarak, hukuk normunun kapsamına giren olgular ve sonuçta ortaya çıkan suç da fiil olarak tanımlanabilir. Bu durumda ise mahkemenin görevi, bir kişi tarafından bir suçun işlendiğini tespit etmek olacaktır. Son olarak, suç kavramı, ceza davası, yani tüm cezaî sonuçlarıyla birlikte belirli bir yaşam meselesi olarak da anlaşılabilir. Bu durumda, mahkemenin görevi hem gerçekleri tespit etmek hem de bunları hukukî açıdan değerlendirmek ve bunlardan doğan hukukî sonuçları ortaya çıkarmak olacaktır¹¹⁹.

Ceza muhakemesi her ne kadar aralarında bağlantı olsa da anlamı ve amacı bakımından maddî ceza hukukundan farklı olduğundan¹²⁰, fiil kavramı da farklı şekilde değerlendirilmektedir. Maddî ceza hukuku anlamında fiil¹²¹; kişinin ira-

¹¹⁵ Johann Julius Wilhelm von Planck, *Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnung seit 1848*, Dieterich Verlag, Göttingen, 1857, s. 45; Abel, "Rechtskraft", s. 65.

¹¹⁶ Theo Vogler, *Die Rechtskraft des Strafbefehls*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959, s. 80.

¹¹⁷ Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft", s. 44.

¹¹⁸ Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft", s. 46.

¹¹⁹ Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft", s. 46.

¹²⁰ Yenisey - Nuhoğlu, 2022, s. 827.

¹²¹ TCK'nın birçok maddesinde "fiil" kelimesi kullanılmaktadır (TCK m. 2, 7, 8, 10, 22, 23, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 40, 43, 44). Bazı maddelerde ise "hareket" kelimesi tercih edilmiştir (TCK m. 22/6, 30/1, 35, 36). TCK m. 22/2'de de "davranış" kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Öğretilerde de fiil kavramını ifade etmek için "hareket", "davranış" ve "eylem" kavramları kullanılabilir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selman Dursun, *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 21 vd.

desi ile gerçekleştirdiği, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelmiş ve dış dünyada etkisini gösteren bir insan davranışı olarak tanımlanmaktadır¹²². Bir suçun var olabilmesinin en önemli şartı fiilin varlığıdır. Ceza hukukunda fiil niteliğine sahip olmayan bir düşüncenin veya bir davranışın cezalandırılması mümkün değildir. Fiil kasıtlı ya da taksirli, icraî ya da ihmalî tüm suçların temelidir ve suçun kanunî tanımına uygun bir fiil işlenmediği sürece suçtan söz edilemez¹²³. Ceza muhakemesi hukuku bağlamında ise, fiil ile ilgili birçok düzenleme bulunmasına rağmen, fiilin muhakeme hukukunda ne anlama geldiğine ilişkin herhangi bir normatif tanımlama bulunmamaktadır¹²⁴.

Ceza muhakemesi hukukunda fiilin aynılığı, sınırlandırmayı teşkil eden esas sorun olduğundan maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisine ilişkin tüm tartışmaların odak noktasıdır¹²⁵. Bu bağlamda, fiil kavramının ceza muhakemesi hukukundaki anlamının değerlendirilmesi ve sınırlandırılması gerekmektedir. Ceza muhakemesinde fiil, birden çok işleve sahiptir. İddianamenin düzenlenmesinden hükmün kesinleşmesine kadar, hatta hüküm kesinleştikten sonra da dikkate alınması gereken bir kavram olduğundan; yalnızca mahkemenin bağlı olduğu hukukî sınırın belirlenmesinde değil, aynı zamanda hukukî araştırma ve hükmün kapsamının tespitinde ve maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisini sınırlarını çizmede oldukça önemli bir işlev görmektedir¹²⁶. Fiil kavramının işlevlerinden biri olan hukukî bağlılık; iddianamenin kabulü ile başlamakta ve kesin hüküm ile sona ermektedir. Hukukî bağlılık, muhakemede neyin derdest olduğunun tespit edilmesini sağladığından bu işlev ile sonradan yeni bir muhakeme sürecinin yürütülmesi engellenmektedir. Ceza muhakemesi anlamında fiil kavramının bu işlevi, kesin hükmün sınırlarını belirlemektedir; zira, muhakemenin konusunun objektif unsurunu teşkil eden fiil dışındaki fiiller yeni bir yargılama yapılmasını gerektirecektir¹²⁷.

¹²² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 179; Mahmut Koca - İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 101-102; Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 214.

¹²³ İ Özgenç, 2022, s. 179; Koca - Üzülmöz, 2022, s. 102.

¹²⁴ Kelep Pekmez, 2019, s. 3.

¹²⁵ Abel, "Rechtskraft", s. 24.

¹²⁶ Kelep Pekmez, 2019, s. 5.

¹²⁷ Kelep Pekmez, 2019, s. 16-17.

1. Alman Öğretisinde Fiilin Aynılığı Yaklaşımı

Fiilin aynılığı konusunda muhakeme hukuku öğretisinde birden çok düşünce ileri sürülmüştür. Alman ceza muhakemesi hukukunda da fiil (*die Tat*) kavramı oldukça tartışılmıştır.

Fiilin aynılığını tarihî yaşam olayı (*historische Lebensverhalt*) görüşüne dayandıran görüşler, Alman öğretisinde ve uygulamada¹²⁸ sıklıkla görülmektedir¹²⁹. Bu görüşe göre, muhakeme hukuku anlamındaki fiil, iddianamenin atıfta bulunduğu ve sanığın fail olarak bir suç işlediğinin iddia edildiği tarihsel ve dolayısıyla zamansal ve olgusal olarak sınırlı olaydır¹³⁰. Başlangıç noktası, ilk olarak iddianamede anlatılan olaydır. Bununla birlikte, iddianamede açıkça belirtilmeyen fiilleri de, iddianamede tanımlanan süreç içinde meydana geldikleri söylendiği sürece kapsamaktadır¹³¹. Bu görüşü savunan yazarlar, hâkimin, iddianamede belirtilmiş olayla bağlı olmadığını ve önüne gelen olayı bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak bizzat değerlendirmesi gerektiği fikrindedir. Hâkim, bu değerlendirmeyi yaparken fiille birlikte meydana gelen ancak iddianamede yer almayan diğer olayları da yargılama kapsamına alabilecek ve bunlar hakkında hüküm verebilecektir¹³².

Alman öğretisinde *Henkel* tarihî olay görüşünün esas alınması görüşünde ise de bunun sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, kesin hüküm olumsuz etkisi yalnızca tarihî olayın, yani, fiilin mahkemede tarafından yargılanabildiği ölçüde bulunmaktadır. Mahkemenin somut olayda yargılayabildiği her şey ceza muhakemesi anlamında fiile aittir. Bu nedenle mahkemenin somut olayda, aynı sanık tarafından aynı durumda işleme ihtimâli olan başka

¹²⁸ Bkz. BGHSt 45, 211; BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 35, <https://juris.bundesgerichtshof.de/>, (28.10.2021).

¹²⁹ Abel, "Rechtskraft", s. 25; Hermann Büchner, "Der Begriff der strafprozessualen Tat", *Fachbereichs Rechtswissenschaft der Bayerischen Julius-Maximilian-Universität Würzburg*, (Zur Erlangung der Doktorwürde), Würzburg 1976, s. 16; Ralf Neuhaus, "Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff- 'ne bis in idem'", *Rechtswissenschaftliche Fakultät der Ruhr Universität Bochum*, (Inaugural-Dissertation), Bochum 1985, s. 33; Huber Detmer, "Der Begriff der Tat im strafprozessualen Sinn-Grenzen der Tatidentität", *Rechts- Und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*, (Inaugural-Dissertation), Bonn 1989, s. 151; Radtke, 1994, s. 91; Specht, 1999, s. 163; Thomas, 2002, s. 189; Greco, 2015, s. 431.

¹³⁰ Beling, 1928, s. 112; Greco, 2015, s. 431; Roxin - Schönemann, 2014, §52, Rn. 11.

¹³¹ Greco, 2015, s. 432.

¹³² Löwe - Rosenberg, 1971, § 264.

bir suçta ışık tutacak belirli bir durumu araştırmak için bir nedeni yoksa, bu başka suç ilk yargılamanın konusu haline gelmemiştir ve gelecekteki yargılamaların konusu haline getirilebilir. Mahkemenin, görevini özenle yerine getirmesine karşın, bazı hususları elinde olmayan nedenlerle yargılama dışında bırakması durumunda bu hususlar yeniden bir yargılamanın konusunu oluşturabilmektedir¹³³.

Peters, ceza muhakemesi anlamında fiilin aynılığı kavramının ceza hukuku normlarına göre değil, maddî olaya göre belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. Yazar, değerlendirmesini failin davranışı istikametine göre yapmış, dış görünüş bakımından aynı olan olayların istikametinin birbirinden farklı olması nedeniyle fiillerin birbirinden ayrılabilirdiğini öne sürmüştür¹³⁴.

Fiilin aynılığı kavramını hukukî kriterlere göre açıklayan yazarlardan biri olan *Bertel*, korunan hukukî değer ölçütünü savunmaktadır. Yazara göre, birçok hukukî değer birleşerek yalnızca bir korunan hukukî değer oluşturabileceği kabul edilirse, iddianame ile hüküm arasında veya iki hükmün karşılaştırılmasında olayda korunan hukukî değerlerin aynılığı tespit edilmelidir. Buna göre, ihlâl edilen hukukî değerler arasında benzerlik veya yakınlık bulunması durumunda bunların aynı fiile ilişkin oldukları yorumuna ulaşılmalıdır¹³⁵.

Oehler ise korunan hukukî değer teorisini reddetmektedir. Yazar, konu hakkında hareketin esas alınması gerektiği görüşündedir ve hareket içeriklerini göz önünde bulundurmaktadır. Yazar, iddianameden sonra ortaya çıkan hareketi başlangıç noktası olarak almaya çalışmaktadır. Maddî bir yaklaşımı reddederek, öncelikle Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO)'nun 264. maddesinin 2. bendine atıfta bulunmakta ve bu bentten hareketin özü ile aynılığın önemli olduğu sonucunu çıkarmaktadır. Yazara göre, her iki tipikliğin icra hareketleri bir "*idem*" içermek durundadır ve yalnızca hareketin içeriğinin bir kısmının veya zincirleme harekette olduğu gibi tamamen bağımlı fiilin kapsanması muhakeme hukuku bakımından aynılığı tesis edebilir¹³⁶.

¹³³ Henkel, 1968, s. 386-387. Aynı yönde bkz. Beling, 1928, s. 269; Spinellis, "Die Materielle Rechtskraft", s. 124.

¹³⁴ Peters, 1967, s. 439; Yurtcan, 1987, s. 78.

¹³⁵ Christian Bertel, *Die Identität der Tat: der Umfang von Prozeßgegenstand und Sperrwirkung im Strafverfahren*, Springer Verlag, Wien, 1970, s. 139 vd.'dan aktaran Kelep Pekmez, 2019, s. 83.

¹³⁶ Dietrich Oehler, "Die Identität der Tat", *Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld*, Berlin, 1949, s. 150.

Achenbach, konunun sadece doğal bir şekilde belirlenebilecek bir süreçle değil, bir sürecin sosyal anlamı ile ilgili olduğuna işaret ederek hâkim görüşe açıklık getirmektedir. Yazar, hukuk eğitimi almamış, ancak hayatın içinden bir gözlemci modeli kullanmakta ve bu gözlemcinin olay olarak nitelendirebileceği birleşik bir fiil olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, diğer ölçütler dil kullanımı ve yaşam deneyimi olacaktır. Bununla net bir sonuca ulaşılamaması halinde maddî hukuk kriterleri kullanılacaktır¹³⁷.

Schlehofer, StPO §200’de iddianamede bulunması gereken unsurlar arasında fiilin işlendiği yer ve zaman sayıldığından, fiilin aynılığını olaylar arasındaki zaman ve mekân bakımından aynılık ölçütüne bağlamıştır. Yazara göre, bir kişinin muhakeme hukuku anlamında yeni bir fiille karşı karşıya olup olmadığı net bir şekilde belirlenebilir. Ancak yazar, fiilin aynılığı bağlamında belirli bir tanımlama yapmaktan kaçınmaktadır ve olayı tanımlamak ve belirlemek için hangi ölçütlerin kullanılacağını kesin olarak belirlememektedir. Yazara göre, fiil kavramı ve davasız yargılama olmaz ilkesi arasındaki ilişki de bu sayede kurulmuş olur¹³⁸.

Schwinge, karma görüşü savunmuş, fiilin aynılığı açısından ilk fiil ile ikinci fiilin icra hareketlerinin örtüşmesi ve korunan hukukî değerlerin aynı olması gerektiğini iddia etmiştir. Yazara göre, ilk davada hakkında kesin hüküm verilen fiil ile aynı haksızlık içeriğine sahip diğer bir fiil, aynı korunan hukukî değere sahip oldukları sürece aynı fiil sayılırlar¹³⁹. Yazar, muhakeme hukuku açısından insan hareketlerini değerlendirirken ceza kanununda yer alan kanunî tiplere göre bir ayırım yapılması gerektiğini savunmakta, hâkimin ancak bu şekilde önüne gelen olayları önem sıralamasına koyabileceğini öne sürmektedir¹⁴⁰.

Roxin, fiilin aynılığının hukukî nitelendirmeden bağımsız bir biçimde, iddianamede yer alan harekete göre belirlenmesi gerektiği fikrindedir¹⁴¹.

¹³⁷ Hans Achenbach, “Strafprozessuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft, 1975, *ZStW*, V. 87, Nr. 1, s. 91.

¹³⁸ Horst Schlehofer, “Der Verbrauch der Strafklage für die abgeurteilte Tat”, *GA*, 1997, Düsseldorf, s. 109.

¹³⁹ Erich Schwinge, “Identität der Tat im Sinne der Strafprozessordnung”, *ZStW*, 1932, V. 52, 1932, s. 231’den aktaran Kelep Pekmez, 2019, s. 88.

¹⁴⁰ Schwinge, 1932, s. 221’den aktaran Yurtcan, 1987, s. 117-118.

¹⁴¹ Claus Roxin, “Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.12.1983 - 2 StR 578/83 (BGHSt 32, 215) (Zur Tatidentität Bei Veränderung Des Tatbildes Zwischen Anklage Und Urteil)”, *JR*, 1984, s. 348’den aktaran Kelep Pekmez, 2019, s. 89.

2. Mukayeseli Hukukta ve Uluslararası Hukukta Fiilin Aynılığı Yaklaşımı

Çoğu yabancı hukuk sisteminde fiilin aynılığı kavramının değerlendirilmesi genel olarak tarihî olay dikkate alınarak yapılmaktadır¹⁴². Yani, maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisinin unsurlarından biri olan fiilin belirlenmesinde belirleyici olarak tarihî olay vurgulanmaktadır¹⁴³. Çin Halk Cumhuriyeti gibi bazı ülkeler ise suçu, yani, ulusal hukuka göre fiilin hukukî niteliğini göz önünde bulundurmaktadır¹⁴⁴. Fransa'da, fiilin aynılığından tarihî olayın anlaşılması gerektiği uzun bir süre içtihatlar ile kabul edilmiştir ve bu fikir, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 368. maddesine "*même sous une qualification différente (farklı bir niteliği olsa bile)*" ifadesinin eklenmesiyle sürdürülmüştür¹⁴⁵. Hollanda'da esas olarak tarihî olaya dayanan, ancak aynı zamanda bu suçun hukukî niteliğini de dikkate alan ortalama bir yaklaşım izlenmektedir¹⁴⁶. Belçika'da ise tarihsel olaya dayalı bir *idem* kavramı yalnızca ulusal davalarla sınırlıdır, uluslararası durumlarda ise fiilin hukukî niteliği belirleyici kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Uluslararası ceza hukuku bağlamında, aynı fiil unsurunun değerlendirilmesinin de bu şekilde yapılması gerekmektedir. Çünkü devletlerin ceza kanunlarında aynı isimle yer alan suçların kapsamına farklı fiillerin girebilmesi mümkündür. Bir fiil bir devletin ceza kanununa göre suç teşkil ederken, diğer bir devletin ceza kanuna göre suç teşkil etmeyebilir veya suç düzenlemesi farklı bir isimle yapılmış olabilir. Bu nedenle, uluslararası ceza hukukunda fiil kavramı "*tarihî olay*" şeklinde anlaşılmalı ve fiilin hukukî nitelendirmesine bağlı kalınmamalıdır¹⁴⁸.

Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14/7. maddesi "*Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkûm olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargıla-*

¹⁴² Specht, 1999, s. 159-160.

¹⁴³ Jose Luis De la Cuesta, "Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle 'Ne Bis In Idem' General Report", *Revue Internationale de droit pénal*, 2002, V. 73, No: 3/4, s. 789.

¹⁴⁴ De la Cuesta, "Ne Bis In Idem", s. 711.

¹⁴⁵ İlgili maddeye göre, yasal olarak beraat eden hiç kimse, farklı bir niteleme altında olsa bile, aynı fiil nedeniyle yeniden tutuklanamaz veya yeniden suçlanamaz. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce Metni için bkz. https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/fra/2006/code_of_criminal_procedure_en_html/France_Code_of_criminal_procedure_EN.pdf, (28.04.2023).

¹⁴⁶ De la Cuesta, "Ne Bis In Idem", s. 711.

¹⁴⁷ De la Cuesta, "Ne Bis In Idem", s. 711-712.

¹⁴⁸ Cebeci, 2021, s. 27.

namaz ve cezalandırılmaz." hükmünde, AİHS'e Ek 7 no.lu Protokol'ün 4. maddesinde *"Hiç kimse, bir devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi içindeki ceza yargılamaları kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz."* hükmünde ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı¹⁴⁹ 50. maddesi *"Hiç kimse, yasalara uygun olarak Birlik içinde daha önce beraat ettiği ya da mahkûm edildiği bir suçtan dolayı tekrar yargılanamaz ya da cezalandırılmaz."* hükmünde *"aynı suç"* kavramına atıfta bulunmaktadır. Sadece Schengen Yürütme Antlaşması¹⁵⁰ madde 54'te bir akit tarafta yargılanması kesin olarak biten bir kişi hakkında bir ceza verilmiş olması durumunda, bu ceza infaz edilmişse veya fiilen infaz sürecindeyse aynı fiil nedeniyle başka bir akit Tarafta kovuşturulmayacağı düzenlenmiş¹⁵¹ ve *"aynı fiil"* kavramından bahsedilmiştir.

Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14/7. maddesi ve AİHS'e Ek 7 no.lu Protokol'ün 4. maddesinin daha sonra ilgili sözleşmelere dahil edildiği ve tartışmalı kalmaya devam ettiği akılda tutulmalıdır ki bu, konu hakkındaki hükümlerin kaleme alınmasının, sözleşmeleri imzalayanların sözleşmenin doğru bir biçimde kurulması ve yorumlanması konusundaki görüşlerinden ziyade, sözleşmeleri imzalayanların *non bis in idem* ilkesine ilişkin kaygılarını yansıttığının bir göstergesi olabilir. AİHS'e Ek 7 no.lu Protokol'ün 4. maddesinde aynı devlet içerisinde geçerli olacak bir kural öngörülmüş olup bir kişi hakkında aynı fiil sebebiyle bir ülkede verilen kesin hükme rağmen, farklı bir ülkede yeniden yargılama yapılması ve ceza verilmesi yasaklanmamıştır. Maddede *"aynı devlet"* ifadesi kullanılmış olduğundan, Protokol, taraf devletlere yabancı mahkeme kararlarını tanıma yükümlülüğü yüklememiştir¹⁵². Başka bir ifadeyle, Protokol, ulusal düzeyde bir koruma sağlamakta, ilkenin uygulama alanı ilk muhakemenin yapıldığı devletle sınırlı tutulmaktadır¹⁵³. İmzacıların,

¹⁴⁹ Şart, Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi'nin C serisinin 364. sayısında, 18 Aralık 2000 tarihinde yayımlanmıştır. Şartın tercümesi için bkz. Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf, (21.10.2021).

¹⁵⁰ Ülkeler arası iç sınırların kaldırılmasını ve dış sınırların kontrolünü amaçlayan antlaşma, 14 Haziran 1985 tarihinde imzalanmıştır. 19 Haziran 1990'da imzalanan Schengen Antlaşmasını Uygulama Konvansiyonu ile antlaşma uygulamaya koyulmuştur.

¹⁵¹ Antlaşmanın İngilizce metni için bkz. EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A42000A0922%2802%29>, (21.10.2021).

¹⁵² H. Özgenç, "Vergi Hukukunda", s. 13.

¹⁵³ H. Özgenç, "Vergi Hukukunda", s. 13.

kendi iç hukuk sistemlerinde herhangi bir sorun yaşamamak için, uluslararası insan hakları belgelerinde kasten zayıf bir *non bis in idem* ilkesini tercih etmiş olmaları muhtemeldir¹⁵⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uzun yıllar, AİHS'e Ek 7 no.lu Protokol'ün 4. maddesinde yer alan "aynı suç" kavramının yorumuyla uğraşmıştır. Bununla birlikte, AİHM'in *Zolotukhin/Rusya* davasındaki son kararında, Büyük Daire, Protokol'ün 4. maddesinde yer alan aynı suç kavramının *aynı olaylar* veya *özünde aynı olan olaylar* olarak algılanması gerektiğini belirtmiştir¹⁵⁵. Bu

¹⁵⁴ Van Bockel, "Ne Bis In Idem", s. 50.

¹⁵⁵ Bkz. HUDOC, "...Suçların kimliğiyle ilgili olarak, AİHM geçmişte farklı yollar izlemiştir: Bunların bir kısmında hukuken nasıl nitelendirildiklerine bakmaksızın olayların kimliğine önem vermiş, bazılarında aynı olaylar farklı suçlara yol açabilir ilkesini koymak suretiyle hukukî nitelermeye önem vermiş, başkalarında da iki suçun temel ortak unsurlarını aramıştır. Bu yolların farklılığının 7 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin güvenceye aldığı temel hakla uyumsuz bir hukukî güvensizlik kaynağı haline geldiğini düşünen AİHM, AİHS anlamında "aynı suç" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamaya karar vermiştir. Özellikle Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Paktı, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi gibi diğer uluslararası belgelerde öngörüldüğü anlamıyla aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkının kapsamını analiz ettikten sonra, AİHM, 7 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin birinci suçun oluşmasına yol açan aynı olaylar veya "özünde" aynı olan olaylar nedeniyle ikinci bir suç için bir insanın kovuşturulmasının veya yargılanmasının yasaklanması şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindedir. Bu güvence yeni kovuşturmaların açıldığı ve bir önceki mahkûmiyet veya beraat kararının daha önce kesinleşmiş olduğu durumlarda uygulama alanı bulur. Bu olayda, Ceza Kanunu'nun 318 ve 319. maddelerine dayanılarak açılmış ceza davası 7 no'lu Protokol'ün 4. maddesi açısından bir sorun doğurmamaktadır, çünkü başvurusunun komutana karşı yaptığı hareketler ilk defa ve sadece ceza yargılamasının konusunu oluşturmuştur. Ancak başvurusunun önce idarî prosedür çerçevesinde, İdarî Suçlar Kanunu'nun 158. maddesine dayanılarak, mahkûm edilmesine, sonra da Ceza Kanunu'nun 213. maddesi temelinde hakkında ceza davası açılmasına sebep olan huzur bozucu eylemler için durum farklıdır. AİHM başvurucuya karşı açılan idari ve ceza prosedürlerinin her ikisinin temelinde bulunan olayların sadece bir konuda farklılık gösterdiği - bir polise karşı şiddete başvurma tehdidi - ve sonuç olarak özünde aynı olaylar olarak kabul edilmeleri gerektiği kanaatindedir. Daire gibi Büyük Daire de "idarî" prosedür çerçevesinde üç gün hapis cezasına çarptırılmanın kesin bir karar olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir. Ayrıca, AİHM başvurusunun ceza yargılaması sonucunda beraat etmiş olmasının başvurusunun aynı suçtan iki defa yargılandığı iddiasını ortadan kaldırmadığının altını çizer. AİHM 7 no'lu Protokol'ün 4. maddesinin üç farklı garanti içerdiğinin altını çizer: Aynı olaylar için iki defa i. kovuşturulmama, ii. yargılanmama veya iii. cezalandırılmama. Öte yandan, başvurusunun beraat etmesi sadece delil yetersizliğine dayandığından başvurusuyu mağdur sıfatından yoksun etmemiştir. Rus makamlarının yargılamanın herhangi bir aşamasında *non bis in idem* ilkesinin ihlal edildiğini kabul ettiklerine dair bir bulgu yoktur. Özet olarak, AİHM Ceza Kanunu'nun 213 § 2 b maddesine dayanılarak başvuru hakkında açılmış ceza davasıyla ilgili suçun, başvurusunun daha önce, İdarî Suçlar Kanunu'nun 158. maddesine dayanılarak, kesin bir kararla mahkûm edilmesine neden olan suçla esas olarak aynı olduğu kanaatindedir.", <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22fulltext%22:%22Zolotukhin%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22>}, (23.10.2021).

davada başvuru, işlemiş olduğu kabahat nedeniyle yargılanarak 3 gün tutuklu kaldığını, daha sonra aynı sebeple tekrar yargılandığını ve bunun Protokol'e aykırı olduğunu öne sürmüştür. Mahkeme, aynıyet unsurunu değerlendirirken çeşitli ölçütler çerçevesinde başvurunun mahkûm edildiği ve kovuşturmasının sürdüğü iki suçun aynı olup olmadığını incelemiş, söz konusu iki suçun aynı fiilden (*same conduct*) kaynaklandıklarını, ancak suçların öneminin, sonuçlarının, korudukları hukukî ve sosyal değerlerin farklı olması sebebiyle temel unsurlarının (*essential elements*) farklı olduğunu belirtmiştir¹⁵⁶. Mahkeme "*idem*" unsurunun değerlendirmesini yaparken, olayların yer ve zaman bakımından ayrılmaz bir bütün içinde olup olmadığına bakmış, daha sonra Rus Ceza Kanunu'nda ve Rus Kabahatler Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin aynı suç olduğu düşüncesine vararak aynı suç sebebiyle iki kez yargılanan kişi hakkında *non bis in idem* ilkesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır. *Zolotukhin* kararında öne sürülen bu düşünce, daha sonra farklı davalarda da uygulanmıştır¹⁵⁷.

¹⁵⁶ H. Özgenç, "Vergi Hukukunda", s. 21.

¹⁵⁷ Bkz. HUDOC, Ruotsalainen/Finland, B. No: 13079/03, 16/09/2009, "*Mahkeme, başvuran aleyhinde yürütülen her iki davanın temelindeki olayların aslında aynı olduğunu ve her iki olayın da mazot yerine daha az vergilendirilmiş olan yakıt kullanımına ilişkin olduğunu kaydetmiştir. Tek fark, ilk davada söz konusu olan niyet kavramıdır. Mahkeme sonuç olarak, ikinci yaptırımın bir önceki davadaki ile aynı olaydan kaynaklandığını ve bu nedenle 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesine aykırı olarak mükerrer yargılamanın söz konusu olduğunu kaydetmiştir.*" <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92961>, (01.01.2021). Ayrıca bkz. HUDOC, Tsonya Tsonev/Bulgaria, B. No: 2376/03, 14/04/2010, "*Başvuran ve bir arkadaşı evlerine gittikleri üçüncü bir kişiyle şiddet içeren bir kavga etmişlerdir. Komşular tarafından yapılan ihbar üzerine olay yerine giden polisler başvuruları yakalamışlardır. Bir hafta sonra, kamu düzenine ilişkin bir belediye kanununu uygulayan belediye başkanı, olayla ilgili olarak düzenlenen polis raporuna dayanarak, kişinin konutuna zorla girme ve bu kişiye dayak atma suçundan başvurularına para cezası verilmesine karar vermiştir. Bir süre sonra, aynı olayla ilgili olarak, savcılık başvuruları yaralama ve başkasının konutuna zorla girme suçuyla itham etmiştir. Yerel mahkemeler başvuruları sadece yaralama suçu kapsamında suçlu bulmuştur. Mahkeme, hem belediye başkanı tarafından verilen para cezasının hem de savcılık tarafından yapılan suçlamaların merkezinde aynı olayların (başkasının konutuna zorla girme ve bir kişiye dayak atma) bulunduğunu kaydetmiştir. Para cezasına itiraz edilmediği için bu ceza kesinleşmiştir. Yerel mahkemeler, Temyiz Mahkemesinin idari bir davada daha önce cezalandırılan kişiler aleyhine ceza davası açılabilirliğine istikrarlı bir şekilde karar verdiğini dikkate alarak, daha sonra açılan ceza yargılamalarını sonlandırmamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesine aykırı olarak, başvuranın aynı eylem, aynı olaylar ve aynı suç nedeniyle hem idari hem de ceza yargılamalarında ayrı ayrı mahkûm edildiğini tespit etmiştir.*" <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96671>, (01.01.2021). Benzer kararlar için bkz. HUDOC, Maresti/Croatia, B. No: 55759/07, 25/09/2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93260>; HUDOC, Shibendra Dev/Sweden, B. No: 7362/10, 21/11/2014, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-148482>, (01.01.2021).

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) uygulamasındaki “*aynı fiil*” kavramı ise, “*davanın maddî tasarrufları*” ile paralellik göstermektedir¹⁵⁸. Buna göre, maddî tasarruflar, zaman, mekan ve özne açısından ayrılmaz bir şekilde birbirine bağlı olan ve her zaman göz önünde bulundurulması gereken bir dizi somut koşuldur. Mahkeme, birbirine sıkı sıkıya bağlı olan fiiller dizisinin, ülkelerin hiç hukuklarındaki tanımlamalara bakılmaksızın “*aynı fiil*” kapsamında sayılacağını belirtmiştir. Üye devletlerin mahkemeleri böylesine bağlantılı bir eylemler zinciri ile karşı karşıya kalırsa, bu “*maddî tasarruflar*” ışığında verilen karar, başka bir üye devlette ikinci bir kovuşturmanın başlatılmasını engellemeye hizmet edecektir¹⁵⁹. *Idem crimen* yaklaşımının ulus ötesi bağlamda kabul edilmesi, bir üye devlette cezaî kovuşturmaya uğramış bir kişinin, işlediği fiillerin ilgili iki hukuk sisteminde farklı hukukî sınıflandırmalara sahip olması hâlinde, başka bir üye devlette tekrar kovuşturmaya uğrayabileceği anlamına gelecektir¹⁶⁰. Böyle bir çözümün, temel değerlerinden biri kişilerin serbest dolaşımı olan Avrupa Birliği için kabul edilemez olduğu açıktır.

3. Türk Öğretisinde Fiilin Aynılığı Yaklaşımı

Türk öğretisinde, *Erem*'e göre, fiil, maddî anlamda aynı olmalıdır. “*Aynı fiil*” ile “*birbirinin aynı olan iki fiil*” aynı anlama gelmemektedir. Bir fiilden dolayı hakkında beraat hükmü verilen kişinin hükmün kesinleşmesinden sonra ilk davadakiyle aynı olan ikinci bir fiil işlemesi durumunda önceki kesin hüküm ikinci fiilden dava açılmasını engellemez, bilakis kişi, bu ikinci fiilden dolayı mahkûm da olabilir. Zira, ilk fiil hakkında verilen yanlış bir hukukî kanaat ikinci fiile meşruluk sağlayamayacaktır¹⁶¹.

Yurtcan'a göre, fiilin aynılığı unsurunu belirlerken tek başına tabii ölçüt veya hukukî ölçüt esas alınmamalıdır. Fiilin aynılığının tespiti, dava konusunun ne olduğu ile yakından ilgili olup fiilin dava konusuna dâhil olduğu sonucuna varıldığı takdirde, bu fiilin yargılanmış olduğu kabul edilir ve kesin hükmün önleme

¹⁵⁸ Van Esbroeck/Belgium, Judgment of the Court (Second Chamber), C-436/04 case, point 27, 9 March 2006. Bkz. [http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0436:HU:PDF,\(30.01.2022\)](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0436:HU:PDF,(30.01.2022)); Jürgen Kretzinger/Augsburg, Judgment of the Court (Second Chamber), C-288/05 case, point 29, 18/07/2007, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0288:HU:PDF,\(30.01.2022\)](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0288:HU:PDF,(30.01.2022)).

¹⁵⁹ Mezei, “Double Jeopardy”, s. 11.

¹⁶⁰ Zoran Buric, “Ne Bis in Idem in European Criminal Law: Moving in Circles”, *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 3, 2019, s. 511.

¹⁶¹ Erem, “Kesin Hüküm”, s. 47.

etkisi kendisini gösterir. Yazara göre, davanın konusu iddianamede maddî vakia olarak belirtilen fiillerdir. Mahkeme, hüküm verirken iddianamede belirtilmiş olan maddî vakiaların dışına çıkamamaktadır. Fiilin aynılığı iddianamede ferdileştirilmiş maddî vakiaların aynılığına göre belirlenir¹⁶².

Şahin- Göktürk'e göre, fiilin aynılığı, uyuşmazlık konusu olayın aynılığıdır. Fiilin farklı bir hukukî nitelendirme yapılarak yeniden ceza muhakemesine konu yapılması hâlinde davanın reddi kararı verilmelidir¹⁶³.

Özen'e göre, kesin hüküm olumsuz etkisinin bir unsuru olarak fiilin aynılığından iddianamede somutlaşmış olay anlaşılmalıdır ve bu olayın hukukî nitelendirmesi fiilin aynılığını etkilememelidir. Bu bağlamda, bir olay iddianamede farklı nitelendirilmişken mahkeme tarafından daha farklı nitelendirilebilir ve bu durum fiilin aynılığını etkilemez¹⁶⁴. Yazara göre, hukukî nitelendirme sonucu suçun isminin değiştirilmesi ile fiilin aynılığının değişmesi farklı anlamlara gelmektedir. Fiil aynıyken hukukî nitelendirmenin değiştirilmesi durumunda, fiilin aynılığı devam eder. Bu sebeple aynı fiil, sadece hukukî nitelendirme sonucu farklı bir suç hâline geldiği için yeniden muhakeme konusu yapılamaz. Ancak; yeni delil ya da deliller fiilin aynılığını değiştirdiği takdirde, *non bis in idem* ilkesinin etkisi söz konusu olmayacaktır.¹⁶⁵

Kurşun'a göre, fiil, davanın konusu olup yapılması istenen ikinci muhakeme ile ilk muhakemenin konusunun aynı olması durumunda kesin hüküm olumsuz etkisi doğar. Yazara göre, fiil kavramını anlamak için maddî ceza hukukuna başvurulmalı ve fiil kavramının hareket, netice ve nedensellik bağı unsurlarından birinin farklı olması durumunda fiilin aynı olmadığı kabul edilmelidir¹⁶⁶.

Kelep-Pekmez'e göre, fiilin aynı sayılabilmesi için normatif bir değerlendirme yapılmalıdır. İddianamede belirli açılardan (hareket, fail, zaman, mekan, konu, araç, mağdur) sınırlandırılmış olan olguların aynı ya da benzer hukuken korunan değerlerin ihlâli dikkate alınarak aynı fiil kavramının değerlendirilmesi gerekmektedir. Yazara göre, kesin hüküm olumsuz etkisinin unsurlarından biri olan aynı fiilin bulunduğu kabul edilebilmesi için iddianamede yer alan ta-

¹⁶² Yurtcan, 1987, s. 146.

¹⁶³ Şahin - Göktürk, 2021, s. 68.

¹⁶⁴ Özen, "Non Bis In Idem", s. 393.

¹⁶⁵ Özen, 2022, s. 1308.

¹⁶⁶ Günal Kurşun, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 94-95.

rihî olayın aynı olması yeterli olmamakta, aynı zamanda, bu tarihî olay örgüsü sebebiyle korunması amaçlanan hangi hukukî değer sebebiyle kovuşturulduğu ya da bir hükme ulaşıldığı da önem taşımaktadır. Yani, iddianamede yer verilen hareket, fail, zaman, mekan, konu, araç, mağdur unsurları bağlamında sınırlandırılmış olgular bütünü fiil olarak anlaşılmalı, bu olguların ve korunan hukukî değerlerin aynı ya da benzer olması durumun da fiil aynı kabul edilmelidir¹⁶⁷.

*Cebeci'*ye göre, iddianamede somutlaştırılmış olan uyuşmazlık konusu olay, ceza muhakemesinde fiili oluşturmaktadır. Fiil maddî ve hukukî açıdan olmak üzere iki şekilde nitelendirilmelidir. Fiilin hukukî nitelendirmesi değişmesi durumunda, mahkeme, fiili değerlendirirken tüm hukukî niteleme şekillerini göz önünde bulundurduğundan, aynı olaya ilişkin olarak yeniden ceza davası açılmayacaktır. Ancak, iddianamede yer alan ve suç oluşturan olayları açıklamak için bulunan diğer olaylar hakkında ayrıca dava açılması söz konusu olabilecektir¹⁶⁸.

Kanaatimize göre, ceza muhakemesi anlamında fiil, iddianamede belirtilmiş olan tarihî olayın tümü olarak değerlendirilmelidir. Bu anlamda, ceza muhakemesi anlamında fiil, birden fazla hareketten oluşabileceği gibi tek hareketten de oluşabilir. Başka bir ifadeyle, muhakeme hukukundaki fiil, maddî ceza hukukundan daha geniş bir anlama sahiptir. Ancak maddî ceza hukuku anlamında tek fiilin ceza muhakemesi anlamında birden fazla fiil oluşturması mümkün değildir. Sanık tarafından işlendiği iddia olunan fiilin maddî ceza hukuku anlamında hukukî niteliğinin doğru belirlenmiş olmasına, suç tipinin doğru açıklanmasına gerek yoktur¹⁶⁹. Fiil; iddianamede yer, zaman, mekân, konu, süre, fiilde kullanılan araç gibi özellikleri ile somutlaştırılmış olan davranışlar bütünü olarak değerlendirilmelidir¹⁷⁰. Ceza muhakemesinin konusunu sınırlayan, iddianamede belirtilen dış dünyaya yansımış insan davranışlarından oluşan olaylar bütünü olduğuna göre, mahkeme, bu olaylar bütünü içinde kalan tüm olayları değerlendirecek, cezaî yaptırıma konu olabilecek fiilleri seçerek yargılayacaktır¹⁷¹. Fiilin aynı olması durumu değerlendirilirken de bu sınırlandırma dikkate alınmalıdır. Fiilin aynılığı, iddianamede belirtilmiş olaylar ve iddianame ile bağ-

¹⁶⁷ Kelep Pekmez, 2019, s. 95-96.

¹⁶⁸ Cebeci, 2021, s. 26.

¹⁶⁹ Akcan, "Hukuk ve Ceza Mahkemesi", s. 53.

¹⁷⁰ Aynı yönde bkz. Ataç, "Önleme Etkisi", s. 44.

¹⁷¹ Ali Rıza Çınar, "Hükmün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi", *TBB Dergisi*, 2009, S. 84, s. 40.

lantılı olarak dikkate alınmalıdır. Bir sanığın ceza muhakemesi anlamında işlemiş olduğu fiilin tespiti yapıldıktan ve bu fiil hakkında verilen hükümün kesinleşmesinden sonra, iddianamede yer alan tarihî olayın aynı olması durumunda, bu fiil hakkında yeniden yargılama yapılması mümkün olamayacaktır. Burada dikkate alınması gereken, suçun aynılığı değil, iddianamede belirtilmiş olan tarihî olayın aynılığıdır. Fiil, mahkeme tarafından farklı bir şekilde değerlendirilerek başka bir suç olarak nitelendirilebilir. Tarihi olay aynıyken suçun hukukî nitelendirmesinin farklı yapılmış olması fiilin aynılığını etkilemez. Bu fiil, başka bir suç oluşturduğu kanaatiyle ikinci bir ceza davasının konusu yapılamaz. İlk davada mahkeme olayı tüm yönleriyle incelemiş sayılacağından, daha sonra suç nev'inin veya niteliğinin değiştirilmesi yoluyla kamu davasının açılması mümkün değildir.

SONUÇ

Bir uyuşmazlığın sonsuza kadar devam etmeksizin bir noktada hükümle sonuçlanması, bu hükme karşı gidilebilecek olan kanun yollarının belirlenmesi ve bu yollara başvurulduktan sonra hükme hukukî bir gerçeklik gücünün tanınması, toplumdaki hukukî güvenlik ve hukukî barış açısından bir ihtiyaç niteliğinde olduğundan kesin hüküm kurumu ortaya çıkmıştır. Ceza muhakemesinde kesin hüküm oldukça önemli olsa da mevzuatımızda konuya ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Yalnızca kanun yollarına ilişkin maddelerde kesinleşme ve kesin hüküm kavramlarına yer verilmiştir. Bu noktada, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 303'tekine benzer biçimde muhakeme engeli olarak kesin hüküm kurumunun düzenlenmesi gerektiği fikrindeyiz. Buna göre, bir ceza muhakemesi sonunda olağan kanun yollarından geçerek veya bu hak kullanılmadığı ya da bu hakkın kullanılmasına süresinde başvurulmadığı için olağan kanun yollarından geçmeksizin şeklî anlamda kesinleşmiş olan hükümün, sonraki muhakemelerde maddî anlamda kesin hüküm teşkil edebilmesi için; her iki muhakemede yargılanan kişinin ve fiilin aynı olması gerektiğine dair bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Böyle bir düzenleme yapıldığı takdirde, şeklî anlamda kesin hüküm ile maddî anlamda kesin hüküm arasındaki fark anlaşılacak, çalışmanın konusu olan maddî anlamda kesin hükümün olumsuz etkisinin unsurları net bir biçimde kanun hükmüyle belirlenmiş olacaktır.

Kesin hüküm, mahkemeler tarafından verilen hükümlerin belli şartların gerçekleşmesi durumunda sahip olduğu kanunî gerçeklik vasfıdır. Hükümün gerçekten doğru olup olmadığı önemli değildir, ancak uyuşmazlığın bir noktada sona erdirilmesi, adil ve amaca uygun bir neticeye varılmasından daha önemli

olduğundan bu hüküm nihaî ve bağlayıcı olarak kabul edilmektedir. Yani, kesin hüküm, kararın doğru ya da yanlışlığını göstermemekte, yalnızca doğruluğu kural olarak tartışılmayan kararı ifade etmektedir. Mahkeme kararlarına kanunî gerçeklik vasfının tanınmasının nedeni, hâkimlerin yanlış karar vermeyecekleri düşüncesi değil, hukukî istikrar ve düzenin sağlanması, uyumsuzlukların çözümlenerek bozulan düzenin onarılması, toplumun ve medeniyetin istikrarı düşüncesidir.

Kesin hüküm, hem Alman öğretisinde hem de Türk öğretisinde şeklî anlamda kesin hüküm ve maddî anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Şeklî anlamda kesin hüküm ile, bir hükmün başka soruşturmaları engelleme ve infaz edilebilirlik niteliği kazanması ifade edilirken, maddî anlamda kesin hüküm ile yargılanan bir konunun tekrar başka bir yargılamanın konusu yapılamayacağı, verilen hükmün önleme etkisi ve bağlayıcılık etkisi ifade edilmektedir. Verilen bir hükme karşı başvurulabilecek bir olağan kanun yolunun kalmaması ve hukukî varlık kazanmasıyla hüküm, şeklî anlamda kesinleşmektedir. Bu bağlamda, muhakemenin sona erdirilmesi ve artık karara itiraz edilemeyecek hâle gelmesi şeklî anlamda kesin hükmü oluşturur. Şeklî anlamda kesin hüküm ile hüküm kesinlik ve değişmezlik niteliği kazandığı için bu hüküm hakkında artık kanun yoluna başvuru da imkânsız hâle gelmektedir. Hüküm şeklî anlamda kesinleştikten sonra olağanüstü kanun yolları dışında herhangi bir yolla geri alınamamakta, değiştirilememekte veya ortadan kaldırılamamaktadır.

Maddî anlamda kesin hüküm ise, hükmün bir niteliğini değil, şeklî anlamda kesinleşmiş hükmün diğer yargılamalara olan etkisini ifade etmektedir. Bir hükmün maddî anlamda kesinleşebilmesi için öncelikle şeklî anlamda kesinleşmesi gerekmektedir. Şeklî anlamda kesinleşmiş bir hükmün aynı fail veya fiile dayanan maddî vakıa anlamında başka bir uyumsuzluğun konusu yapılamaması ve hükmün taraflar ve diğer mahkemeler anlamında bağlayıcı olması maddî anlamda kesin hükmün iki farklı etkisidir. Bu etkiler, kesin hükmün olumsuz etkisi olan önleme etkisi ve kesin hükmün olumlu etkisi olan bağlayıcılık etkisi olarak adlandırılabilir.

Maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisi, başka bir ifadeyle kesin hükmün önleme etkisi, *non bis in idem* ilkesiyle açıklanır. *Non bis in idem* ilkesi, bir kişinin aynı fiilden dolayı tekrar yargılanamayacağını ve cezalandırılmayacağını ifade eden bir ilkedir. *Non bis in idem* ilkesi, Anayasada açıkça zikredilmemiş olsa da; etkileri mevzuatımızın çoğu maddesinde görülmektedir. İlkenin

Anayasada düzenlenmemiş olması, elbette ki Türk hukukunda bu ilkenin uygulama alanı bulmadığı ya da kabul edilmediği anlamına gelmemektedir. Yine, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde *non bis in idem* ilkesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. *Non bis in idem* ilkesi, temel bir insan hakkı niteliğinde kabul edildiğinden, bu ilkeye yer veren söz konusu sözleşmeler temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme konumunda olup sözleşmeler ile kanunların aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi durumunda uluslararası sözleşme hükümleri esas alınacaktır. İlkenin Anayasada yer alan; hukuk devleti ilkesi, insan onuru, adil yargılanma hakkı, kişi özgürlüğü gibi ilke ve hakların doğurduğu bir etki olacağı ve zaten uyulması gereken evrensel bir ilke niteliğinde olduğu ve Anayasada buna dair bir maddenin gereksiz olacağı düşünülebilir. Ancak, ilkenin farklı yorumlanmasının önüne geçmek, sınırlarını tespit etmek ve aynı zamanda bu ilkeye anayasal bir güvence kazandırmak amacıyla, çoğu ülkenin Anayasalarına benzer biçimde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına *non bis in idem* ilkesini açıklayan bir madde eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, hakların korunması ile ilgili düzenlemeler arasında, hiç kimsenin aynı fiilden dolayı, farklı bir hukukî nitelendirme yapılsa bile, yeniden yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağına ilişkin bir düzenleme eklenmesi bunu sağlamak adına uygun olacaktır.

İlke, mahkemeler tarafından re'sen uyulması gereken bir muhakeme şartı teşkil oluşturmaktadır. Mahkeme, verilmiş bir hüküm olup olmadığını araştırmak veya bu yöndeki iddia ve savunmaların yanı sıra, davanın ve muhakemenin konusunu dikkate alarak "*aynı kişi*" ve "*aynı fiil*" unsurlarının var olup olmadığını tespit etmek durumundadır. Bu unsurlardan birinin eksik olması hâlinde maddî anlamda kesin hüküm önleme etkisi meydana gelemeyecektir.

Maddî anlamda kesin hüküm olumsuz etkisinin unsurlarından biri olan kişinin aynı olması; soruşturma aşamasında şüpheli, kovuşturma aşamasında sanık ve hakkında hüküm verilen kişi hakkında hüküm türü fark etmeksizin yeniden yargılama yapılamayacağını ifade etmektedir. Kesin hüküm olumsuz etkisinden yalnızca kendi fiili sebebiyle yargılanan ve hakkında kesin hüküm olan kişi faydalanacaktır; aynı fiilden dolayı başkalarının yargılanabilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Kişinin aynılığı; Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen iddianamede belirtilen kişi olarak değerlendirilmeli, iddianamede kimlik bilgileri ve fizikî özellikleriyle birlikte somutlaştırılan kişi, hükme esas alınan kişi olarak kabul edilmelidir. Hakkında iddianame düzenlenen kişinin isminin yanlış yazılması, iddianamenin iadesi sebebi olup iddianamenin bu yanlışlık fark edilmeden düzenlenmesi, kabul edilmesi ve kişi hakkında hüküm

verilmesi durumunda verilen hükmün asıl sanık olması gereken kişi hakkında verildiği kabul edilmelidir. İddianamede cezalandırılması talep edilen asıl sanık yerine kovuşturma aşamasında başka bir kişinin bulunması durumunda ise; verilen hükmün mahkemede sanık sıfatıyla yer alan kişi hakkında verilmiş olacağı; ancak verilen hükmün daha sonra yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabileceği kabul edilmelidir. Suçun iştirak hâlinde işlenmesi durumunda aynı kişi unsuru açısından kesin hükmün olumsuz etkisine bir istisna tanınıp tanınmayacağı hususu ise hükmün verilme gerekçesine bakılarak değerlendirilmelidir.

Maddî anlamda kesin hükmün olumsuz etkisinin unsurlarından diğeri ise fiilin aynı olmasıdır. Fiil kavramı, maddî ceza hukukunda da ceza muhakemesi hukukunda da belirli bir anlam ifade etmekte ise de, çalışma konumuz bağlamında ceza muhakemesi hukukundaki anlamının değerlendirilmesi ve sınırlandırılması gerekmektedir. Fiil kavramının sınırlarının belirlenmesi fiilin aynılığının tespiti için de önem arz etmektedir. Ceza muhakemesinde fiil, birden çok işleve sahiptir. İddianamenin düzenlenmesinden hükmün kesinleşmesine kadar, hatta hüküm kesinleştikten sonra da göz önünde bulundurulması gereken bir kavram olduğundan; yalnızca mahkemenin bağlı olduğu hukukî sınırın belirlenmesinde değil, aynı zamanda hukukî araştırma ve hükmün kapsamının tespitinde ve kesin hükmün olumsuz etkisini sınırlarını çizmede oldukça önemli bir işlev görmektedir.

Ceza muhakemesi anlamında fiil, Alman ve Türk hukuku öğretisinde farklı görüşler olsa da, kanaatimizce iddianamede belirtilmiş olan tarihî olayın tümü olarak kabul edilmelidir. Fiilin maddî ceza hukuku anlamında hukukî niteliğinin doğru belirlenmiş olmasına, suç tipinin doğru açıklanmasına gerek yoktur. Yargılanan fiil, mahkeme tarafından farklı bir şekilde değerlendirilerek başka bir suç olarak nitelendirilebilir. Bu durum fiilin aynılığı kavramını etkilemeyecektir. Ancak yargılanan bu fiil, başka bir suç oluşturduğu kanaatiyle başka bir ceza davasının konusu yapılamayacaktır. Fiil; iddianamede yer, zaman, mekân, konu, süre, fiilde kullanılan araç gibi özellikleri ile somutlaştırılmış olan davranışların tümü olarak kabul edilmelidir.

Fiilin aynılığını belirlemek oldukça önemli olmasına karşın konu hakkında kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle öğretilerdeki görüşlerden faydalanılarak çeşitli ölçütler belirlenmeye çalışılmaktadır. Öğretilerde de görüş birliği bulunmamaktadır. Bu zorluğun uygulamada da yaşanacağı açıktır. Bu bağlamda fiilin aynılığı değerlendirilirken bazı ölçütlerin önceden belirlenmesi

önemli olacaktır. Buna göre, kesin hükümlerle biten ilk davanın konusu olan fiil ile sonradan açılan davanın konusunu oluşturan fiilin aynı olması hâlinde ikinci bir dava açılmayacaktır. İlk davada olay tamamen incelenmiş kabul edileceğinden, daha sonra suç nevinin ya da niteliğinin değiştirilmesi suretiyle kamu davasının açılması mümkün değildir. Fiilin aynılığı, iddianamede belirtilmiş olaylar ve iddianame ile bağlantılı olarak değerlendirilmelidir. Hüküm, yalnızca iddianamede belirtilen fiil ve fail hakkında verildiğinden, mahkemenin maddî gerçeğe ulaşma görevi sadece iddianame unsurları gösterilmiş fiil bakımından söz konusudur. Mahkeme, iddianamede yer alan tarihî olayın bütününe yargılamalı, olay içinde yer alan ve ceza hukukunda yaptırım gerektiren tüm olayları değerlendirme kapsamına almalıdır. Daha sonra yapılan bir muhakemede, iddianamede yer alan bu olaylar bütünü, farklı bir suç nitelendirmesi adı altında olsa bile aynı fiil kabul edilmeli, aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı yeniden yargılama yapılamamalıdır.

KAYNAKÇA

- ABEL, Gerhard, "Rechtskraft und Feststellungswirkung des Strafurteils- Eine Untersuchung zur Frage der Bindung des Strafrichters an voll- und teilrechtskräftige Strafurteile", *Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität*, (Inaugural-Dissertation), Nürnberg 1961.
- ACHENBACH, Hans, "Strafprozessuale Ergänzungsklage und materielle Rechtskraft", *ZStW*, 1975, V. 87, Nr. 1, ss. 74-102.
- AKCAN, Recep, "Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi", *Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1988.
- AKKAN, Mine, "Medeni Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 11, S. 2009, ss. 3-61.
- AKKAŞ, Ahmet Hulusi, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ALANGOYA, Yavuz - YILDIRIM, Mehmet Kamil - YILDIRIM, Nevhis Deren, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, 7. bs., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2009.
- ARSLAN, Ramazan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", *Ankara Barosu Dergisi*, 1998, S. 5-6, ss. 722-737.
- ATAÇ, Asiye Selcen, "Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükümün Önleme Etkisi", *Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt II*, İÜHF Yayınları, No: 97104, Güven Basımevi, İstanbul, 1939.
- BELGİN GÜNEŞ, Derya, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri", *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2018.
- BELING, Ernst, *Deutsches Reichstrafprozessrecht*, De Gruyter Verlag, Berlin und Leipzig, 1928.
- BİRTEK, Fatih, "Ceza Muhakemesinde Kısmî Kesinleşme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2020, C. 26, S. 2, ss. 571-607.
- BUDAK, Ali Cem, "Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri", *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1991.
- BURIC, Zoran, "Ne Bis in Idem in European Criminal Law: Moving in Circles", *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 3, 2019, ss. 507-520.
- BÜCHNER, Hermann, "Der Begriff der strafprozessualen Tat", *Fachbereichs Rechtswissenschaft der Bayerischen Julius-Maximilian-Universität Würzburg*, (Zur Erlangung der Doktorwürde) Würzburg 1976.

- CEBECİ, Şeyma, **Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis In Idem İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 21. bs., Beta Basım Yayın, İstanbul, 2022.
- COFFIN, Kenneth G., "Double Take: Evaluating Double Jeopardy Reform", **Notre Dame Law Review**, 2010, V. 85, Is. 2, ss. 771-808.
- CONWAY, Gerard, "Ne Bis In Idem In International Law", **International Criminal Law Review**, 2003, V. 3, ss. 217-244.
- ÇINAR, Ali Rıza, "Hükümün Konusu ve Eylemi (Fili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi", **TBB Dergisi**, 2009, S. 84, ss. 31-62.
- DEBLER, Max, "Gegenstand und Wirkungen der Rechtskraft im Strafprozess", **Hohen Rechts und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Württ. Eberhard Karls Universität zu Tübingen**, (Dissertation zur Erlangung der Juristischen Doktorwürde), Tübingen 1933.
- DE LA CUESTA, Jose Luis, "Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle 'Ne Bis In Idem' General Report", **Revue Internationale de droit pénal**, 2002, V. 73, No: 3/4, ss. 707-736.
- DETMER, Huber, "Der Begriff der Tat im strafprozessualen Sinn-Grenzen der Tatidentität", **Rechts- Und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn**, (Inaugural-Dissertation), Bonn 1989.
- DOMANIÇ, Hayri, **Hukukta Kazıyye-i Muhkeme ve Nisbi Kuvveti**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1964.
- DURŞUN, Selman, **Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- EICKER, Andreas, **Die Prinzipien Der Materiellen Wahrheit Und Der Freien Beweiswürdigung im Strafprozess**, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2001.
- ERDOĞAN, Ersin, **Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi**, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- EREM, Faruk, "Ceza Usulünde Kesin Hüküm", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1963, C. 20, S. 1-4, ss. 37-52.
- ERSOY, Uğur, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi", **Ceza Hukuku Dergisi**, Aralık 2015, S. 29, ss. 67-124.
- ERSOY, Uğur, **Aleyhe Değiştirme (Reformatio in Peius) Yasağı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- GÖKCEN, Ahmet vd., **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- GÖKTÜRK, Neslihan, **Fikrî İctima (Suçların İctimai)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

- GRECO, Luis, ***Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft***, Duncker&Humblot, Berlin, 2015.
- GRÜNWALD, Gerald, "Die Materielle Rechtskraft Im Strafverfahren Der Bundesrepublik Deutschland", ***Deutsche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Teheran 1974***, herausgegeben von Hans-Heinrich Jeschek und International Congress on Comparative Law, Teheran 1974, Berlin, Boston: De Gruyter, 2018, ss. 94-130.
- GÜRDOĞAN, Burhan, ***Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı***, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960.
- HANNICH, Rolf, ***Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz***, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013.
- HENKEL, Heinrich, ***Strafverfahrensrecht***, 2. Auflage, Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1968.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit, ***Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm***, 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- JONES, John Walter, ***The Law and Legal Theory of the Greeks: an introduction***, Clarendon Press, Oxford, 1956.
- KARAKURT, Ahu, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- KARIA, Lata, "Doctrine of Res-Judicata", ***Saurashtra University***, (PhD Thesis), Rajkot 2007.
- KELEP PEKMEZ, Tuba, ***Ceza Muhakemesinde Fiil***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KINDHÄUSER, Urs, ***Strafprozessrecht***, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013.
- KLEINFELLER, Georg, "Der Gegenstand der Rechtskraft", ***Festschrift für Adolf Wach***, Leipzig, 1913.
- KNAUER, Christoph - KUDLICH, Hans - SCHNEIDER, Hartmut, ***Münchener Kommentar zur StPO (MüKoStPO/Nestler StPO)***, Verlag C.H Beck München, 2019.
- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 15. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KOPKOW, Heinz, "Rechtskraft und Rechtskraftfähigkeit mit besonderer Berücksichtigung der in der Hauptverhandlung verkündeten Beschlüsse", ***Hohen Rechts und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Albertus Universität zu Königsberg i. Pr.***, (Dissertation zur Erlangung der Juristischen Doktorwürde), Königsberg 1928.
- KURŞUN, Günal, ***Ceza Muhakemesinde Hüküm***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KÜÇÜKKASAP ÖZKAN, Burçin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi", ***Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019.

- LOPEZ, Dax Eric, "Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is used to Circumvent Non Bis In Idem", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2000, V. 33, [https://www.thefreelibrary.com/Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine is Used to...-a069662388](https://www.thefreelibrary.com/Not+Twice+for+the+Same:+How+the+Dual+Sovereignty+Doctrine+is+Used+to...-a069662388), (13.09.2021).
- LÖWE, Ewald - ROSENBERG, Werner, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: StPO*, Bd. I, 22. Auflage, De Gruyter Verlag, 1971.
- MEZEI, Péter, "Double Jeopardy in a Global Context: A Comparative Analysis of the Right not to be Tried or Punished Twice for the Same Criminal Offense", *Studies in the Fields of Comparative Law and Comparative Constitutional Law*, Szeged, 2012, ss. 1-18.
- NEUHAUS, Ralf, "Der strafverfahrensrechtliche Tatbegriff- 'ne bis in idem'", *Rechtswissenschaftliche Fakultät der Ruhr Universität Bochum*, (Inaugural-Dissertation), Bochum 1985.
- OEHLE, Dietrich, "Die Identität der Tat", *Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld*, Berlin, 1949.
- OSTENDORF, Heribert, *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015.
- ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN, Koray - BACAŞIZ, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN, Koray - BACAŞIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZEN, Mustafa, "Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 14, S. 1, ss. 389-417.
- ÖZEN, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZGENÇ, Hanne, "Vergi Hukukunda Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanması", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZKAYA FERENDEÇİ, Hamide Özden, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ÖZTÜRK, Bahri vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- PETERS, Karl, *Strafprozess: Ein Lehrbuch*, 2. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1967.
- RADTKE, Henning, *Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1994.

- ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 28. neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2014.
- RUDSTEIN, David, **Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution**, Praeger Publishers, 2004.
- SADIKHZADA, Abdulfaz, "Kesin Hükmün Olumlu Etkisi", **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2020.
- SCHAFFSTEIN, Silja, "The Doctrine of Res Judicata Before International Arbitral Tribunals", **Queen Mary and Westfield College, University of London and at the Faculty of Law of the University of Geneva**, (PhD Thesis), Geneva 2012.
- SCHLEHOFER, Horst, "Der Verbrauch der Strafklage für die abgeurteilte Tat", **GA**, 1997, Düsseldorf, ss. 101-118.
- SCHMIDT, Eberhard, **Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz**, Teil I, 2. Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht Verlag, Göttingen, 1964.
- SCHMITT, Bertram, Köhler, Marcus, Meyer-Goßner, Lutz, **Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen**, 64. Auflage, Verlag C. H Beck, München, 2021.
- SELÇUK, Sami, "Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm Şartları- Kesin Hüküm İtirazı", **Adalet Dergisi**, 1973, S. 11, Y. 64, ss. 937-956.
- SIGLER, Jay, "A History of Double Jeopardy", **The American Journal of Legal History**, October 1963, V. 7, No. 4, ss. 283-309.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- SOYUBELLİ, Fethullah, "Ceza Mahkemesi ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi", **Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan 2011.
- SPECHT, Britta, **Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem**, Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hong Kong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio, 1999.
- SPIECKER, Indra, "Die Anerkennung von Rechtskraftwirkungen ausländischer Urteile- eine Untersuchung zur Fortgeltung de ne bis in idem-", **Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn**, (Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte), Bonn 2000.
- SPINELLIS, Dionysios D., "Die Materielle Rechtskraft des Strafurteils Unter Besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes Ne Bis In Idem", **Hohen Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität zu München**, (Inaugural-Dissertation), München 1962.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich, "Double Jeopardy and Ne Bis in Idem in Common Law and Civil Law Jurisdictions", **The Oxford Handbook of Criminal Process**, April 2019, ss. 1-24.
- ŞAHBAZ, İbrahim, **Aynı Fiilden Bir Kez Yargılanma**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

- ŞAHİN, Cumhur - GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku-I**, 12. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TALAS, Serdar, Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2004.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- THOMAS, Herbert, **Das Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung**, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2002.
- TREPPER, Thomas, **Zur Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse**, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 1996.
- TULAY, M. Emre, "Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 4, 2021, ss. 1223-1259.
- TURHAN, Faruk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2006.
- TÜRKOĞLU, Kamile, "İdari Yargılama Usulünde Kesin Hüküm", **Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010.
- ÜNVER, Yener - HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)**, 15. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- VAN BOCKEL, Willem Bastiaan, "The ne bis in idem principle in EU law- A conceptual and jurisprudential analysis", **Leiden University**, (Unpublished Doctoral Thesis), Leiden 2009.
- VAN DER WILT, H., "The European Arrest Warrant and the Principle Ne Bis In Idem", in: R. Blekxtoon & W. van Ballegooij (eds.), **Handbook on the European Arrest Warrant**, The Hague: T.M.C. Asser Press 2005, ss. 99-117.
- VOGLER, Theo, **Die Rechtskraft des Strafbefehls**, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1959.
- VON PLANCK, Johann Julius Wilhelm, **Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens auf Grundlage der neueren Strafprozeßordnung seit 1848**, Dieterich Verlag, Göttingen, 1857.
- WOLTER, Erwin, Der Umfang der Rechtskraft im Strafprozess, **Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Göttingen**, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde), Göttingen 1938.
- YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 16. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Elektronik Kaynaklar

ABD Anayasası Türkçe metni, <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>.

Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü, https://sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/11/Avrupa_Birligi_Temel_Haklar_Sarti%E2%80%8B.pdf.

Bundesgerichtshof, BGH, <https://juris.bundesgerichtshof.de/>

EUR-Lex, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A42000A0922%2802%29>,

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun İngilizce Metni, https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/fra/2006/code_of_criminal_procedure_en_html/France_Code_of_criminal_procedure_EN.pdf.

Fransız Ulusal Meclisi İngilizce web sayfası, <https://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly>.

Gesetze im Internet, <https://www.gesetze-im-internet.de/gg>.

HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int/>.

İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, <https://www.inhak.adalet.gov.tr>.

İnsan Hakları Derneği, <https://www.ihd.org.tr/sasve-medenhaklar-uluslararasi-slees/>.

İnsan Hakları Hukuku Bilgi Bankası, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/57-avrupa-insan-haklar-sozlesmesine-ek-7-numaral-protokol/>.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com>.

Legalbank, <http://www.legalbank.net>.

Legislation Online, <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/22/Italy/show>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, <https://www.tbmm.gov.tr>.

THE DECISION OF NO GROUND FOR INVESTIGATION ON THE BASIS OF RIGHT NOT TO BE LABELLED AS CRIMINAL AND PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE SCOPE OF HUMAN RIGHTS^(*)

Fatih ULAŞAN^(**)

Abstract

“Decision of No Ground for Investigation (DNGI)”, which was added as the 140/6 article of the Law no. 7078 to the 158th article of the Turkish Criminal Procedure Code (TCPC), is included as a type of decision. In general and abstract complaints and denunciations without crime, public prosecutors can make the decision. An investigation will not continue due to a denunciation or complaint that does not have sufficient qualifications, and state institutions will not be unnecessarily busy. Provided that the DNGI is utilized appropriately by public prosecutors, there can be a severe decrease in the workload of courts and based on the presumption of innocence (PI) and the right not to be labelled as criminal (RNLC) in the scope of human rights, people can be protected from unnecessary investigations because of complaints or denunciations which do not constitute any crime.

Keywords

Right not to be Labelled as Criminal, Criminal Procedure Code, Human Rights, Decision of No Ground for Investigation, Presumption of Innocence.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 29.03.2023.

Atıf Şekli: Fatih Ulaşan, “The Decision of No Ground for Investigation on the Basis of Right not to be Labelled as Criminal and Presumption of Innocence in the Scope of Human Rights”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 219-253.

DOI: 10.52273/sduhfd..1193330.

^(**) Zonguldak Cumhuriyet Savcısı, Zonguldak, Türkiye.

E-posta: fatih_ulasan@hotmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3301-4823>.



İNSAN HAKLARI KAPSAMINDA YER ALAN LEKELENMEME HAKKI VE MASUMİYET KARİNESİ TEMELİNDE SORUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARARI

Öz

Ceza Muhakemesi Kanununun 158. maddesine 7078 sayılı Kanun'un 140/6. maddesiyle getirilen "Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar" Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'na giren karar türüdür. Belirli suç tanımı içine girmeyen ya da dayanağı olmayan soyut ve genel şikâyet ve ihbarlarda, Cumhuriyet savcıları doğrudan doğruya soruşturma başlatılmadan iddia hakkında SYOK verebilir. Yeterli niteliklere sahip olmayan ihbar veya şikâyet hakkında soruşturma başlatılıp gereksiz yere devlet kurumları meşgul edilmeyecektir. Bu kurum Cumhuriyet savcıları tarafından düzgün bir şekilde kullanılır ise mahkemelerin iş yükünde ciddi düşüş yaşanabilir ve insan hakları kapsamı içerisinde yer alan masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı esas alınarak suç teşkil etmeyen şikâyet veya ihbar nedeniyle bireylerin gereksiz soruşturmalardan korunması sağlanabilir.

Anahtar Kelimeler

Lekelenmeme Hakkı, Ceza Muhakemesi Hukuku, İnsan Hakları, Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar, Masumiyet Karinesi.

INTRODUCTION

The DNGI regulated in the article 158/6 of the TCPC is included as a new type of decision in the TCPC. The most vital feature of the decision is that it is taken before the investigation starts. People will be exposed to criminal investigations unnecessarily because of complaints and denunciations which do not constitute any crime. In addition, the PI and the RNLC will function effectively. However, the enough caution must be taken not to violate the freedom of claim and the obligation of effective investigation. The principle of the obligation of effective investigation is the first sub-principle of the obligation of the public prosecution. The sub-principle of promptly initiating an investigation by public prosecutors following the news that a crime has been committed is called the first sub-principle of the obligation of the public prosecution. Crime can be received in the form of the denunciation or complaint, or public prosecutors can be directly aware of the crime. When the crime news is received, in case of the initial suspicion, public prosecutors starts the investigation phase and collects the evidence against and in favour of the suspect¹.

Before the DNGI, upon a crime suspicion, a prosecution immediately had to be started by public prosecutors so as to learn the truth of the matter. Public prosecutors had to conduct the necessary research in order to reveal the material truth within the range of the investigation initiated and the case continued until the conclusion of the trial. This procedure is the obligation of the public prosecution². However, with the new amendment, if it is clear that the complaint or denunciation does not constitute a crime even without an investigation, or if the complaint or denunciation is abstract and general in nature, public prosecutors do not initiate an investigation. In this context, if

¹ Yakup Duranoğlu, "Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler [Kamu Davasının (Kovuşturmanın) Kamusalılığı, Davasız Muhakeme Olmaz, Kamu Davasında Mecburilik (Kovuşturma Mecburiyeti), Takdirilik (Maslahata Uygunluk) İlkeleri]", *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 / 1, 2021, p. 226; Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. ed, Seçkin Yayınları 2020; Muharrem Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 5. ed, Adalet Yayınları, 2020.

² Bahri Öztürk, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti", *DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi*, Ankara, 1991, p. 5-6; Ensar Baki, *CMK m. 171/1 Uyarınca Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi*, *TC. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011, p. 4; Hüsamettin Uğur, "Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine", *TBB Dergisi*, 73, 2007, p. 257; Mustafa Özen, "Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13, 2009, p. 43-44.

the public prosecutors have any hesitation about whether a denunciation or a complaint constitutes a crime, an investigation will begin. In addition, when the investigation begins, it is not possible to go back and is not possible to make the DNGI. For this reason, public prosecutors should be very careful in the practice of this type of the DNGI.

The DNGI can be made if at the end of the preliminary evaluation it is clear that the complaint or denunciation does not constitute a crime even without an investigation, or if the complaint or denunciation is abstract and general in nature. Thus, the labelling of individuals as suspects is prevented. An investigation will not be initiated about a denunciation or complaint that does not have sufficient features, and state institutions will not be unnecessarily busy.

If the DNGI is used accurately by public prosecutors, individuals will be protected from unnecessary investigations and a serious decrease in the workload of the courts will take place. The RNLC and the IP, which are in line with human rights, guarantee that people are protected even before the investigation. It is essential to finish the judicial process in the most reasonable time for complaints and denunciations which are obviously understood not to constitute any crime or that are abstract and general. This can be seen as one of positive obligations of the state. However, it should be known that it is nearly impossible to determine a reasonable period that can cover all possibilities. Since the nature of the subject and the attitudes and behaviours of the people are different according to the characteristics of each case, it affects the duration of the trial³.

I. OVERVIEW

Victims of crime, complainants or denouncers may apply to public prosecutors verbally or in writing. The RNLC and the IP are guaranteed with the 6th paragraph added to the article 158 of the 5271 TCPC with the Decree Law No. 694. In order for a DNGI, the action must not reach the initial suspicion. The initial suspicion is not dependent on any form requirement. Consistent with the article 160 of the 5271 TCPC, it has been declared that a simple initial suspicion of crime is sought⁴. It is at the lowest level of suspicion,

³ Kenan Özdemir, "*Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre*", Adalet Dergisi, 1999.

⁴ Metin Yıldırım, *Uygulamalı Genel ve Özel Ceza Soruşturması*, 2. ed., Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, p. 571.

but its existence is essential to begin an investigation. In order for the initial suspicion to occur, there must be the concrete evidence that a crime was committed. In the past even when there was no initial suspicion in practice before the DNGI, the complainants were stigmatized as suspects and criminal investigations were initiated. As a result, these people were registered with “National Judiciary Informatics System (UYAP as Turkish)” as suspects and the decisions of no ground for prosecution were given even if the DNGI conditions were met. This resulted in basic international principles such as the RNLC and the PI being ignored at the very beginning of the criminal procedure. The legislator described the direct investigation obligation without preliminary trial phase and filter as an important shortcoming and believed that the article 158/6 of the TCPC would be a remedy for this⁵.

“DNGI” regulated in the article 158/6 of the TCPC is a new type of decision brought into the TCPC with the Decree Law No. 694 on August 15, 2017. With this decision, the RNLC will be protected. However, the balance among right to legal remedies, effective investigation obligation and the RNLC needs to be well-adjusted. It has been stated that the Public Prosecutors resorted to not processing general and abstract denunciations and complaints especially before “DNGI”, and this could lead to the professional misconduct⁶. In situations that this way was processed, it could impose very heavy sanctions on the complainee, and since the complainee was given the title of suspect, his/her acquaintances could describe him as a criminal. The complainee could get heavy accusations from his/her acquaintances and even his/her relatives could be wrongly accused. Denunciations and complaints could be made for purposes such as blackmailing, the elimination of the opponent and revenge. In addition, by taking the title of suspect, the person could be subjected to criminal investigation as a result of the indisputable power and authority of the state in the criminal procedure code. The complainee could have been exposed to a position that restricts freedom, humiliates the public and the society, by applying measures of protection such as arrest, detention, judicial control, searching assets, seizure of properties, custody, monitoring by technical means and etc. When the first button in a shirt is put wrong, every

⁵ Uğur Turhan, Soruşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karar, **Maltepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yüksek Lisans Tezi, 2019, p. 4.

⁶ Aysun Altunkaş, **Ceza Yargılamasında Şüpheli Kavramı**, Ceza Yargılama Hukukunda Son Gelişmeler Sempozyumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, p. 79.

button goes wrong. When the DNGI is implemented correctly, public prosecutors filter decisions effectively. Thus, the RNLC is protected, innocence is guaranteed and a fair start can be made for an investigation.

In each criminal justice system, prosecutors decide whether to prosecute or not to prosecute. Also, prosecutors should not begin or continue the prosecution when an investigation shows the charge to be unfounded, should not present evidence which taken through methods against the law and must keep confidential information taken from third parties, especially where the PI is at stake, unless disclosure is compulsory⁷.

The DNGI is a judicial decision and also it is a judgment according to the TCPC⁸. The most important features of this decision are that no investigation is opened due to the denunciation and complaint about the person, that the person is not given the title of suspect, and that the process is concluded with the DNGI without starting a criminal investigation. Public prosecutors will prevent groundless and baseless accusations with the DNGI due to the clearly understandable or abstract and general nature of denunciations and complaints, even without any investigation and the complainee's action does not constitute a crime. In this respect, it can be said that the RNLC may be a manifestation of the PI in practice. It has been declared that the screening function of the public prosecutors protects the right of individuals not to be labelled as criminal by creating a legal shield between real crime suspects and people who are faced with baseless criminal charges and protecting innocent people from baseless and unfounded accusations. The DNGI protects individuals from unfair accusations in accordance with its purpose, and criminal investigations will not be initiated against them due to baseless and unsubstantiated accusations. In addition, it is believed that the existing workload of the judiciary will decrease and a fast and fair trial will be carried out in a reasonable time. According to the data obtained from the General Directorate of Criminal Records and Statistics, when the Judicial Statistics for 2021 is analysed, it is stated that the total number of investigations in the Chief Public Prosecutor's Offices in 2014 was 6.985.818 of which 3.344.363 were

⁷ Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation Rec (2000) 19 of the Committee of Ministers to Member States on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System*, <https://www.refworld.org/docid/43f5c8694.html>, 6 October 2000.

⁸ Cumhuriyet Şahin - Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 7. ed, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, p. 245.

finalized, the total number of investigations in the Chief Public Prosecutor's Offices in 2019 was 9.342.676 of which 4.364.030 were finalized, the total number of investigations in the Chief Public Prosecutor's Offices in 2020 was 8.995.141 of which 3.760.903 were finalized and the total number of investigations in the Chief Public Prosecutor's Offices in 2021 was 9.856.642 of which 4.559.689 were finalized. Of the total investigations in 2019, 4.552.392 were concluded for no investigation and public lawsuits were filed against 3.018.368 and 1.071.532 were concluded with other decisions. Of the total investigations in 2020, 4.176.893 were concluded for no investigation and public lawsuits were filed against 2.357.600 and 915.351 were concluded with other decisions. Of the total investigations in 2021, 5.013.705 were concluded for no investigation and public lawsuits were filed against 2.898.436 and 1.083.617 were concluded with other decisions. While the number of files received by the chief prosecutors' offices in 2012 (transfer from last year, the total number of files received during the year) was 6.323.397, the number of files became 9.856.642 in 2021 with a 55.9% increase rate. It is stated that there were a total of 6.572 prosecutors in 2019, a total of 6.862 prosecutors in 2020 and a total of 7.489 prosecutors in 2021 throughout Türkiye. It can be estimated how heavy the workload of the public prosecutors is as they have the prosecution phase, execution and other duties. In 2021, in investigations carried out by the Chief Public Prosecutor's Offices, 46.3% of the 9.856.642 files were decided. In 55.7% of the decisions made about the suspects, there was no ground for prosecution, public lawsuits were filed for 32.2% of them and 12.1% of them were other (lack of venue and jurisdiction, joinder, transfer to another bureau) decisions. In investigations conducted by the Chief Public Prosecutors' Offices, 46.3% of 9.856.642 cases were decided. Of the files received by the Chief Public Prosecutor's Office, 55.6% were files with known offenders, and 44.4% were files with unknown offenders. 19.1% of the current 4.380.574 unsolved files were removed due to the statute of limitations, 0.2% of them were found guilty during the year, and 1.9% of them were given as other decisions. As for procedures related with decree, 19.1% of the 8.473.419 files were decided⁹. All these statistical information shows how much the workload of public prosecutors is. Before the time of the DNIGI, such problems also damaged the public's trust. The public generally stated that there were

⁹ T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adalet İstatistikleri 2021*, Ankara, 2022, p. 3, 7-8, 45.

problems in the trial process. According to another statistic, while the average duration of the investigation phase was 378 days in 2014, 416 days in 2019, this figure increased to 473 in 2020 and decreased to 413 in 2021. The number of indictments was 29.337 in 2014, 52.906 in 2019, 43.909 in 2020 and 56 518 in 2021. When the investigation phase between 2014 and 2021 is examined, it is seen that the number of files during the year in 2021 increased by 33.2% compared to 2014 and by 15.1% compared to 2020. In 2021, the number of indictments rejected by courts pursuant to the TCPC article 174, which is known to return to the prosecutors' offices as a workload increased by 92.7% compared to 2014 and by 28.7% compared to 2020. Again, the average cleaning rate is 94.3% and the ratio of the completed files to the incoming files is 45.2% on average, indicating that there are too many transferred files from the previous years. It can be estimated how heavy the workload of the public prosecutors is as they have the prosecution phase, execution and other duties. In 2019, while the total number of defendants seen in Criminal Courts was 4.447.362, 723.567 defendants were acquitted as a result of trials (16.3%), 2.082.514 defendants were sentenced (46,8%), other defendants took other decisions. While the total number of defendants was 3.246.170 in 2020, 488.116 defendants were acquitted as a result of these trials (15.0%). A verdict of conviction was given for 1.541.870 defendants (47.5%). While the total number of defendants was 5.000.933 in 2021, 756. 767 defendants were acquitted as a result of these trials (15.1%), and 2.529.492 defendants were convicted (50.6%). All these statistical information shows how much the workload of public prosecutors is¹⁰.

One of the most of the lawsuits filed against Türkiye in the European Convention on Human Rights (ECHR), is based on violations of rights resulting from the public prosecutors' failure to adequately comply with international conventions during the investigation phase. The work of the public prosecutors, who are described as the king of the investigation in the judicial system, is very sensitive and their work is very suitable for violating the right to a fair trial. To give an example, the fundamental rights and principles such as the right to a fair trial, the PI, the RNLC, the investigation within a reasonable time, the right to defence, the right to benefit from an interpreter and the freedom to seek justice are among the rights to be considered during the investigation phase. Violations take place exactly in these places. Excessive

¹⁰ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler 2021*, Ankara, 2021, p. 12, 36.

workload is among the reasons why they make these mistakes. In the study conducted by the Ministry of Justice, based on the statistical data covering the years 2014-2021, the difference between the number of files (1.963 in 2017) received by public prosecutors and the number of files (844 in 2017) decided by public prosecutors was highest in 2017. The number of files (transferred from last year and cases brought within the year) received by public prosecutors was 1.525¹¹ in 2019, 1.409¹² in 2020 and 1.418¹³ in 2021. The number of files decided by public prosecutors was 712 in 2019, 589 in 2020 and 656 in 2021. The percentage of the number of files received by public prosecutors to the number of files decided by public prosecutors was 46,7% in 2019, 41,8% in 2020 and 46,3% in 2021. After the DNGI was made, based on the workload of the denunciation files of the Chief Public Prosecutor's Offices throughout the country, the number of denunciation files was 207.408¹⁴ in 2019, 240.403¹⁵ in 2020 and 314.807¹⁶ in 2021. DNGI was made for 119.623 in 2019, 141.986 in 2020, 198. 154 in 2021 from denunciation files. The decision of initiation of the investigation was made for 22.872 in 2019, 19.622 in 2020 and 24.457 in 2021 from denunciation files. The other decisions were made for 24.798 in 2019, 29.105 in 2020 and 41.340 in 2021 from denunciation files. Denunciation files transferred to the next year were 40.115 in 2019, 49.690 in 2020 and 50 856 in 2021. The average duration of the decision about denunciation files was 75 days in 2019, 83 days in 2020 and 68 days in 2021. The percentage of denunciation files received by public prosecutors to denunciation files decided by public prosecutors was 80,7% in 2019, 79,3 % in 2020 and 83,8% in 2021. When the denunciation files of the Chief Public Prosecutor's Offices in Türkiye for the years 2018-2021 are examined, in 2021 it is seen that the denunciation files increased by 32.4% compared to 2020, and the decision that there was no ground for the investigation in the denunciation files during the year increased by 39.6%. In 2021, 75.1% of the denunciation files in the Chief Public Prosecutor's Offices were decided that there was no ground for investigation, preventing them from initiating the

¹¹ Transferred from last year (703) and cases brought within the year (822).

¹² Transferred from last year (780) and cases brought within the year (629).

¹³ Transferred from last year (753) and cases brought within the year (665).

¹⁴ Transferred from last year (31.028) and cases brought within the year (176.380).

¹⁵ Transferred from last year (40.115) and cases brought within the year (200.288).

¹⁶ Transferred from last year (49.690) and cases brought within the year (265.117).

investigation phase, and preventing an increase of 4.3% in the number of investigation files received during the year. Only 9.3% of the denunciation files were decided to initiate an investigation¹⁷.

II. CIRCUMSTANCES WHERE THE DECISION OF NO GROUND FOR INVESTIGATION IS MADE

“DNGI” regulated in the article 158/6 of the TCPC is a new type of decision brought into the TCPC with the Decree Law No. 694 on August 15, 2017 and was enacted with the Decree Law No. 7078 on March 08, 2018. The DNGI is made by public prosecutors in the situation of If the denunciation or complaint which is abstract and general in nature. According to the Turkish Language Association, abstract, whose existence cannot be perceived by the senses, is defined as the opposite of concrete and general in nature is not specific to a thing or a person, but includes all its similarities¹⁸ and general in nature means that it does not give any specific evidence to blame somebody in the article 158/6 of the TCPC. If the complaint and denunciation are not based on concrete events and evidence, fictitious events are mentioned, and include situations of a general nature, the DNGI should be made. The article 158/6 of the TCPC states that it is foreseen that there will be 2 situations to make the DNGI. The first of these is that an act which is the subject of the denunciation or complaint is not considered a crime according to the penal laws, and the second is that the denunciation or complaint is abstract and general. The DNGI is regulated in a limited way. Except for these two situations, the DNGI cannot be made. Even if there is no possibility of obtaining evidence about the action, there is an obstacle to trial such as mediation and the action constitutes a misdemeanour, disciplinary offense or unfair action under private law, they do not constitute exceptions and the investigation should be initiated. When a public prosecutor examines the denunciation or complaint, the evidence should be freely evaluated¹⁹. The presence of the simple suspicion is sufficient to begin the investigation. In order to start the prosecution, the suspicion reaches the sufficient level. The detection of suspicion does not mean the arbitrariness of the public prosecutor. The discretion is made within certain

¹⁷ Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler 2021*, 2021, p. 4, 9.

¹⁸ <https://sozluk.gov.tr/>, Taken on March 22, 2023.

¹⁹ Fatih Birtok, “Cumhuriyet Savcısı’nın Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19/2, 2013, p. 955.

norms. In the presence of the simple suspicion, a public prosecutor has to start the investigation. In fact, a public prosecutor has no discretion as to whether or not to initiate an investigation after admitting the existence of the simple suspicion²⁰. On February 02, 2018, the Directorate General for Penal Affairs of the Ministry of Justice stated that, about this regulation, because of the denunciation or complaint that does not fall within the scope of penal code and criminal procedure code, falls within the subject of other procedural law fields, constitutes a legal dispute, cannot be understood well due to the unclear content and subject, includes the abstract and general nature and does not specify a certain place, time or event, people cannot be labelled as suspect and this regulation aimed to prevent the possible inconveniences in terms of "PI" and "RNLC"²¹.

If it is clearly understood that the complaint or denunciation does not constitute a crime even without an investigation, or if the complaint or notice is abstract and general in nature, the DNGL is made. In this manner²²;

A. When the Complaint or Denunciation is Subject to Civil Courts or Enforcement Offices and This Situation is Considered as a Legal Dispute or an Administrative Sanction or There is no Crime Defined in the Criminal Laws

In this case, the denunciation or complaint made to the law enforcement offices or prosecutor's offices does not clearly constitute a crime without the need for an investigation²³. For example, Pursuant to the article 20/d of the Highway Traffic Law, since all kinds of sales and transfer transactions not made by the notary publics are not considered valid, problems coming from all kinds of sales and transfer transactions are considered legal disputes which should be solved by civil courts²⁴. If there is no investigation initiated, the public prosecutor does not have the authority to impose administrative sanctions for

²⁰ Veysel Canan Canoğlu, "Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", *İzmir Barosu Dergisi*, 2017, p. 105-106; Erençül Biçer, Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi, *Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, p. 19.

²¹ Asım Kaya, Cumhuriyet Savcısının Etkin Soruşturma Yapma Görevi, *T.C. Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Doktora Tezi, İstanbul, 2020, p. 52-53.

²² Ahmet Aslan, *Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, p. 51.

²³ Yıldırım, 2020, p. 572.

²⁴ Criminal Board of the Court of Cassation no. 2016/13-546 and 2017/70 (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2016/546 Esas, 2017/70 Karar).

misdemeanors. In situations that are not clearly regulated in the law, the public prosecutor does not have the authority to impose administrative sanctions²⁵. Also, findings obtained through illegal methods are unlawful. Provided that there is no lawful evidence, public prosecutors should not initiate an investigation²⁶.

According to the view that the crime is a faulty and unlawful human act, the DNGI may be made to the subject of the denunciation or complaint in which any of the material element, illegality or moral element is missing. In this context, it is stated that, for example, if a person's property is damaged unintentionally and this situation is understood without any investigation, public prosecutors may make the DNGI²⁷. Kaşka says that the state of self-defense, does not constitute a crime and because of this, the DNGI can be made for the self-defence²⁸. Especially, in terms of fault and illegality, it is difficult to make the DNGI for a denunciation or complaint which does not clearly constitute a crime without the need for an investigation, since a situation often requires an evaluation together with the statement and evidence collection within the scope of the investigation procedures. In investigating the reality of events, public prosecutors must engage in some kind of preliminary investigation. Pradel states that informal interrogation can be carried out in processes that cannot be used as evidence in judicial procedure, such as the collection of some traces and signs, the request of clarification from official authorities²⁹. For instance, if it is understood that on the camera recording, the person who is alleged to threaten somebody is not there, or it is understood that he is someone else, or that such an act has never been committed, if it can be clearly understood as a result of the examination to be made on the images, the DNGI should be made. If somebody says that someone who was 1.80 m tall battered him/her and give the camera recording, firstly the examination should be completed on this camera

²⁵ *Kabahatler Kanunu*, T.C. Resmî Gazete, No: 5326. 31 March 2005.

²⁶ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, T.C. Resmî Gazete, No: 2709. 9 November 1982, article 38/6; *Ceza Muhakemesi Kanunu*, T.C. Resmî Gazete, No: 5271. 04 December 2004, article 217/2, 206 and 289.

²⁷ Muharrem Özen - Atacan, Köksal, "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68, 2019.

²⁸ Hakan, Kaşka, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

²⁹ Jean Pradel, *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü*, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.

recording before giving the title of the suspect and if it can be understood that that person is, for example, 1.40 tall and the appearance is completely different, the DNGI should be made. If employees complain to their employer about the wage they could not receive from their employer, the DNGI should be made since the said action does not constitute a crime.

B. When the Situation That is the Subject of the Complaint or Denunciation is Abstract and General in Nature

In this situation, no other action is taken and the DNGI is made. In addition, in the light of this evaluation, it will be primarily evaluated whether a situation subject to a denunciation or a complaint constitutes a crime and if it constitutes a crime, it will be prosecuted whether this situation is abstract and general in nature. Estimates or daily experiences that do not create even a simple suspicion do not have the necessary and sufficient conditions to initiate an investigation³⁰. In order to start the investigation, the suspicion should exceed a simple prediction dimension, come out of uncertainty and reach a certain intensity. A prediction that is not based on concrete events is not enough to initiate an investigation. If a denunciation and complaint about a person consists of abstract claims, vague statements, groundless complaints and baseless statements, public prosecutors will not consider the application in question and make the DNGI. Also, it is stated that a denunciation and complaint which is too broad or general, make it difficult for those who investigate it, as well as make it impossible to answer the questions of what, where and how to investigate can be made to the DNGI, because a denunciation and complaint should be limited, specific and predictable in a certain scope. The “abstract and general” nature of the denunciation should be understood as the lack of competence to require the judicial authorities to initiate an investigation or the inability to reach a conclusion³¹. These two conditions (abstract and general in nature) must happen together. For instance, “illegal guns are traded in Ankara”, “all bosses commit crimes”, “all doctors are thieves”, “someone will be stabbed in Ankara”.

³⁰ Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. ed, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, p. 570.

³¹ Atilla Tanrıvermiş, Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenmeme Hakkı, *T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, Doktora Tezi, İstanbul, 2021, p. 473-474.

III. THE RELATIONSHIP OF THE DECISION OF NO GROUND FOR INVESTIGATION WITH SIMILAR DECISIONS

Due to many reasons such as the increase in crimes in the TCPC and the complexity of criminal disputes, there are institutions brought to reduce the workload in the courts. Especially for minor crimes, the legislator tried to make the trial simple and fast by bringing alternative solutions. The main goal in the criminal law is not the punishment of the person, but the rehabilitation. Sometimes, the warrant on being taken by force to give statement in the court or conducting an investigation is enough to rehabilitate the person. In addition, it is essential that the punishment to be imposed is deterrent, measured and proportional. Decisions such as a reprieve, an administrative investigation, the deferment of the announcement of the verdict and etc. have been arranged with this sensitivity. These decisions have similar aspects to the DNGI.

A. Administrative Investigation

A regulation similar to the TCPC 158/6 regulation is included in Article 4 of 4483 Code on Prosecution of Civil Servants and Other Public Service Employee. According to this code, a denunciation or a complaint to be made against civil servants and other public officials should not be abstract and general in nature, the person or event should be specified in the denunciation or the complaint, the allegations should be based on serious findings and documents a denouncer or a complainant has to give his/her real name, surname and signature, as well as the work or residence address. Denunciations and complaints that do not meet the conditions are not processed by the Chief Public Prosecutor's Office and the authorities having the power to give permission, and the situation is notified to the person making the denunciation or complaint³². However, provided that allegations are put forward with documents that will not leave any room for doubt, the correctness of the name, surname and signature, as well as the work or residence address, is not required. Chief public prosecutors and competent authorities must keep the identity information of the denouncer or complainant confidential. The code only concerns civil servants and other public officials. In the code, it is regulated that which conditions must be met in order for the denunciation or the complaint to be processed, and if it does not meet the conditions, it will not be processed. However, even if some conditions are

³² Zehreddin Aslan - Halil Altındağ, *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

not fulfilled, it is also stipulated that action will be taken if the claims are put forward with serious documents.

Provided that a denunciation or a complaint does not meet certain conditions, they will not be processed not only by competent authorities to give permission but also by the Chief Public Prosecutors. It can be said that the article 4 for a Chief Public Prosecutor no longer has any meaning after the TCPC 158/6 and it should be noted that public prosecutors can make the DNGL. When the DNGL is made by a public prosecutor, the denouncer or the complainant can object to it pursuant to the article 173 of the TCPC, but when the denouncer or the complainant applies to the administrative authorities about civil servants and other public officials, the denouncer or the complainant cannot object to it by using the article 173 of the TCPC. However, according to the article 9 of the code 4483, an appeal can be made to the Regional Administrative Court within ten days from the notification of the decision of the competent authority. Another difference that emerged between the TCPC and code 4483 is that no registration is made in a special system regarding general and abstract denunciations and complaints made to administrative authorities and the normal archive rules are applied. But denunciations and complaints made to the judicial authorities are recorded in the system specific and seen by certain persons. In addition, while it was stated in the code 4483 that the denouncer and the complainant is kept confidential, the same rule is implicitly accepted in the article 158/6 of the TCPC³³. In terms of administrative investigations, the article 4/3 of 4483 Code on Prosecution of Civil Servants and Other Public Service Employee and the article 158/6 of the TCPC have similar purposes. In the article 158/6, the individual is prevented from being labelled as criminal by being protected from denunciations and complaints which do not constitute a crime or remain abstract and general in nature, while civil servants and other public officials benefit from a similar protection with the 4/3 article of the Law No. 4483. For the first time before the DNGL, there was a protective regulation that would be limited to public officials with the Law No. 4483 on abstract denunciations and complaints, and denunciations and complaints that do not constitute a crime³⁴.

³³ Berrin Akbulut, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (TCK m. 158/6)", *Journal of Penal Law and Criminology*, 10/1, 2022, p. 163-164.

³⁴ **Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun**, T.C. Resmi Gazete, Kanun No: 4483, 4 December 1999.

B. Reprieve

According to the TCPC³⁵ “Except for the crimes within the scope of mediation and prepayment, public prosecutors may decide to postpone the criminal case for five years, despite the existence of sufficient suspicion, for crimes requiring a maximum prison sentence of three years or less”. In this article, the principle of discretion has been brought forward by giving the discretionary power to public prosecutors. Provided that public prosecutors do not see any benefit in filing a public case despite obtaining evidence suitable for filing a public case as a result of the investigation and all the conditions are met for the reprieve in the law, they may decide to postpone the initiation of the public case against the suspect. Except for the crimes within the scope of mediation and prepayment, public prosecutors may decide to postpone the investigations they carry out for crimes that require a maximum prison sentence of three years or less. In order to be able to make a decision of the reprieve, the suspect had not been previously sentenced to prison for an intentional crime and the suspect must fully redress the damage suffered by the victim or the public. Also, in order for public prosecutors to make a decision to postpone, suspects must think that they will avoid committing an intentional crime in the future, and there must be a thought that the decision of postponement will be more beneficial for suspects and the society than filing a public lawsuit. This decision can be appealed by the injured and the suspect. If an intentional crime is not committed by the suspect within the adjournment period, the public prosecutors decide not to prosecute. If an intentional crime is committed, a public lawsuit is initiated.

The reprieve has some similarities and differences with the DNGI. While the reprieve is an exception to the principle of obligation to initiate a public action, the DNGI is an exception to the principle of obligation to investigate. On the other hand, objections can be made against both decisions according to the article 173 of the TCPC. These two decisions serve the purpose of alleviating the workload in the courts and constitute an aspect of the principle of discretion. There is not even an initial suspicion against the person for the DNGI, but in the reprieve, although there is “sufficient suspicion” that an individual has committed a crime, public prosecutors decide to postpone it at discretion. The reprieve prevents the initiation of prosecution. In other words,

³⁵ *Ceza Muhakemesi Kanunu*, T.C. Resmî Gazete, No: 5271. 04 December 2004, article 171/2.

an investigation is made, but in the end, no criminal case is filed and it is postponed. However, the DNGI prevents investigation. Both decisions are taken by public prosecutors and they have an appeal process. Although there is not even an initial doubt in the DNGI, there is sufficient doubt to postpone for the reprieve.

C. Decision of No Ground for Prosecution

At the end of the investigation phase, public prosecutors make the decision of no ground for prosecution in cases where there is insufficient evidence for a public lawsuit to be initiated or if there is no possibility for prosecution. Public prosecutors can terminate the investigation in some situations. One of them is the inability to obtain the sufficient evidence, and the second one is the absence of the possibility of prosecution.

Public prosecutors make the decision of no ground for prosecution by going into the essence of the matter and by carrying out some investigation procedures. In this case, a person complained will become a subject in the investigation with the title of the suspect. The decision must be notified to the victim who was harmed by the crime and the suspect whose statement was taken beforehand or who was interrogated. Public prosecutors may decide not to prosecute within the framework of discretion, in the presence of conditions that require the application of effective repentance provisions as a personal reason for abolishing the sentence, or if there is a personal reason for impunity. Provided that public prosecutors obtain sufficient evidence to initiate a public lawsuit after the decision of no ground for prosecution and provided that a decision accepting the sufficient evidence to resuscitate the case is made by a criminal court of peace, they are obliged to file a public lawsuit regarding the case subject to the investigation³⁶.

The decision of no ground for prosecution and the DNGI are both institutions that protect the RNLC, ensure that no indictment is drawn up for a criminal case against those subjected to investigation, and that they are freed from accusations. With the DNGI, all complaints can be eliminated without informing even the complainant. However, in the decision of no ground for prosecution, the victimization of the "suspect" in terms of the personal rights

³⁶ Muharrem Özen, "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68/1, 2019, p. 283.

of the person may continue or new grievances may arise due to the failure to obtain sufficient evidence for sufficient suspicion to make a criminal case. Also, an important difference between the decision of no ground for prosecution and the DNGL is that the decision of no ground for prosecution reaches the suspect whose statement has been taken or interrogated, but the DNGL is not notified to the person who has not yet received the title of “suspect”. Both decisions can be appealed³⁷ and the legislator has ruled that the appeal procedure is the same for both decisions. In the DNGL, public prosecutors remove a denunciation or a complaint without any direct investigation. This is a process that dissolves in the Public Prosecutor’s Office in the form of a purely administrative storage. However, the decision of no ground for prosecution is a decision made after a certain investigation phase. In one case, the prosecutor completed a certain investigation process, but the decision of no ground for prosecution is made due to the conviction that the necessary conditions for filing a public lawsuit were not met, in the other case, public prosecutors ignored a denunciation or a complaint without even considering the petition to be investigated. In other words, for the decision of no ground for prosecution, the investigation and the criminal procedure begin and reach a certain level, but in the DNGL, the investigation and the criminal procedure does not even begin³⁸.

While the criterion to resuscitate the case is the sufficient evidence after the decision of no ground for prosecution, the criterion to reinstate an investigation is the simple evidence after the DNGL.

IV. THE DECISION OF NO GROUND FOR INVESTIGATION AND PRESUMPTION OF INNOCENCE IN TERMS OF HUMAN RIGHTS

The PI and the RNLC are within the scope of the human rights principle, which is the right to a fair trial. Fair trial principles should be followed in the investigation and prosecution stages of the trial. The RNLC, which protects people’s honor and dignity, is closely related to the PI, which is a necessary element of the right to a fair trial. Although the DNGL decision is a recent

³⁷ Ersan Şen, *Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararının Önemi ve KYOK ile Mukayesesi*, 2020, March 28, <https://www.hukukihaber.net/sorusturmaya-yer-olmadigi-kararinin-onemi-ve-kyok-ile-mukayesesi-makale,7601.html>.

³⁸ Hakan Kızılarşlan, “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (Syok) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi”, *TBB Dergisi*, 2019 (144), p. 86.

regulation in the Turkish legal system, it prevents individuals from being labelled as criminals. If denunciations and complaints about the person before the prosecution are abstract and unclear, it is possible to make a decision out of investigation. If it is decided not to carry out an investigation, the person is considered as a criminal, and the decision will be recorded in a different database to prevent damage to the person's social reputation. It is closely related to the RNLC, which means that everyone is presumed innocent until the crime is definitively proven. They are aimed at protecting the individual's dignity and honor in the eyes of society on the basis of human rights.

The PI can be defined as the right of a person to be considered innocent even during the trial³⁹. Even if a verdict of the conviction is made at the end of the trial, the accused is protected under the PI until the finalization of this verdict. With the application of the PI, it is ensured that the law enforcement, public prosecutors and judges are free from prejudices to prevent experiential inferences that the person committed the crime⁴⁰. There are many regulations in national and international legislations regarding the PI. In the Turkish Constitution, nobody cannot be considered guilty until proven guilty in a court⁴¹. In international legislations, every person accused with the punishment is considered innocent until proved guilty and all people are equal in a court⁴². Also, the concept of the PI has nothing to do with the activity of drawing conclusions about an unknown event from a known event⁴³.

The RNLC, on the other hand, expresses that the person is not considered guilty, but is more concerned with the protection of the human social dignity, honour and dignity.

³⁹ Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2007.

⁴⁰ Veysel Canan Canoğlu, "Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", *İzmir Barosu Dergisi*, 2017, p. 94/95.

⁴¹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 1982, article 38/4.

⁴² United Nations, *Universal Declaration of Human Rights*, <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, 10 December 1948, article 11; The United Nations General Assembly Resolution 2200A (XXI), *International Covenant on Civil and Political Rights*, <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, 16 December 1966, article 14/2; European Court of Human Rights Council of Europe, *European Convention on Human Rights*, https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf, 4 November 1950, article 6/2.

⁴³ Elies Van Sliedregt, *A Contemporary Reflection on the PI*, *Eres Revue internationale de droit pénal*, 2009, 80, p. 249.

A. Presumption of Innocence

After the 1789 French Revolution and the First and Second World Wars, the concepts of ethics and human rights began to develop rapidly. Human rights have started to be protected at both national and international levels. One of these rights is the PI. The principle of the PI is first encountered in the Rhode Island Constitution in the United States. The principles of the PI began to be adopted in the Constitutions of Delaware, Maryland, North Carolina, and Virginia shortly after the American Declaration of Independence and the declaration of American independence⁴⁴.

Basically, the PI states that a person cannot be considered guilty until his guilt is proven by a court decision⁴⁵. Even if the criminal charge turns into a conviction, it should be accepted that the PI continues as long as the sentence in question is not legally finalized. Because in this case, the guilt of the person within the meaning of the article 38/4 of the Constitution and the 6/2 article 6 of the Convention has not been established and therefore cannot be considered guilty⁴⁶. It is necessary to accept that the PI continues in cases where the criminal case is dropped for any reason, will be dismissed conditionally after a certain period of time, or the case is postponed without a conviction against the accused. The reason is that there has not been a sentence of conviction yet⁴⁷. However, It does not automatically violate the PI if a person is found guilty of a disciplinary offense or is given compensation based on the same events that did not result in a conviction in criminal proceedings. In this context, "the language used by decision makers" is critical.⁴⁸ The first aspect of the guarantee of the PI under the article 6/2 of the Convention is that the PI is available in the period during which the person is charged with a criminal offense until the conclusion of the criminal trial and the second aspect of the PI comes into play when a verdict other than

⁴⁴ Robert Melton, *Magna Carta and Modern Legacy*, New York: Cambridge Universities Press, 2015, p. 83-84; Asuman Öz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Masumiyet Karinesi, *T.C. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kayseri, 2022, p. 13.

⁴⁵ Mustafa Kıvrak, 2013/3175, 20.02.2014.

⁴⁶ Mustafa Kıvrak, 2013/3175, 20.02.2014.

⁴⁷ Kürşat Eyoğlu, 2012/665, 13/6/2013 § 27.

⁴⁸ ECHR (European Convention on Human Rights), *Allen/Birleşik Krallık* [BD], App. No: 25424/09, 12/7/2013 §§ 92-105 and 120-126.

conviction is made as a result of the criminal proceedings and when the criminal offense is committed in subsequent proceedings, it requires that there is no doubt about the innocence of the person in the face of it⁴⁹. In addition, the presumption concerns merely a specific criminal charge which is raised against the individual, not his/her general good character⁵⁰.

The obligation to protect the PI concerns public prosecutor as well as all public authorities. Because the PI is a right that should be protected not only during the trial but also at the prosecution stage (from the moment when the person is faced with the allegation of crime). In this respect, a public prosecutor is obliged to protect this right in his works and processes during the investigation phase. The PI is a right closely related to the right of defence. For this reason, one of the consequences of the PI is that the burden of proof in the accusation is on the prosecution. The person under suspicion of crime does not have to prove his/her innocence. It is the basic presumption that he/she is innocent⁵¹. The PI states that an individual is not considered guilty without a final verdict of guilt. Because the innocence of the individual is "fundamental", the burden of proving his/her guilt belongs to the office of the prosecutor and no one can be burdened to prove his/her innocence. A person cannot be treated as a criminal by the judicial/public authorities without a final verdict of guilt⁵². Presumptions of innocence defend people against types of coercion that actual or suspected criminal conduct is considered to justify and presumptions are a matter of how people behave, rather than of their attitudes or beliefs⁵³.

⁴⁹ Seven/Türkiye, 60392/08, 23/1/2018 § 43.

⁵⁰ International Covenant on Civil and Political Rights (1976) article 14/2: 'Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent ...'. In the context, the 'innocence' of the individual can only become in connection with an offence charged.; Thomas Weigend, "There is Only One PI", *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 42/3, 2013.

⁵¹ Hatice Derya Ormanoğlu, "Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65/ 4, 2016, s. 2242.; Orhun Bekar, Tarihsel Gelişim Sürecinde Savcılığın Örgütlenmesi ve Soruşturma Evresi ile Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar, *T.C. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2022, p. 82-83.

⁵² Kürşat Eyol, § 26.

⁵³ Robin Antony Duff- Stuart Green (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law, Philosophical Foundations*, Oxford University Press, 2011; Duff, Robin Antony, "Who Must Presume Whom to be Innocent of What?", *Netherlands Journal of Legal Philosophy, Forthcoming*, Minnesota Legal Studies Research Paper, 2012, p. 12-65.

The aim of the criminal procedure is to balance the interests of the public and individuals, and to protect the rights of the accused while seeking material benefits⁵⁴. International conventions and the article 38/4 of the Turkish Constitution regulate the “PI” in a way that covers all phases of the trial. Protecting individuals’ honors and dignities is one of the main duties of the criminal procedure. The article 6 of the ECHR pointed to the PI by stating that “*everyone accused of a crime is presumed innocent until proven guilty*”. Moreover, the article 11 of the United Nations Universal Declaration of Human Rights emphasized the importance and value of the PI by saying “*anyone charged with a crime is presumed innocent unless he is found guilty according to the law at the end of a public trial where all the guarantees necessary for his defence are given.*” The United Nations Covenant on Civil and Political Rights, with the article 14, pointed out how important the PI is by saying “*a person charged with a crime has the right to be presumed innocent until proven guilty according to law.*” The article 160 of the TCPC stipulated the existence of a simple initial suspicion of a crime against the person under investigation. In the PI, the innocence of the person is essential and the DNGI prevents the title of suspect with baseless and abstract allegations that damage individuals’ dignities and honors and possible damages that may occur in terms of fundamental rights and freedoms⁵⁵.

B. Right Not to be Labelled as Criminal

The concept of human dignity has been debated for centuries and has increased its importance in the legal order. Especially with the end of the Second World War and the development of the idea, people started to have some basic rights as a result of the development of the concept of human rights. For instance, the “Universal Declaration of Human Rights”, which was a driving force in the recognition of basic human rights at the level of states after the Second World War and was proclaimed on 10 December 1948, stated that human beings have dignity in its first article. This is not the only document that contains the concept. Although there is no consensus on what exactly should be understood from the concept of human dignity, the concept of human dignity has been given great weight in its contents, especially in national and

⁵⁴ Feridun Yenisey - Ayşe Nuhuğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. ed, Seçkin Yayınevi, 2018, p. 71.

⁵⁵ Hakan Kızılarşlan, “*Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (Syok) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi*”, *TBB Dergisi* 2019 (144), p. 66-67.

international documents⁵⁶. In our legislation, as in comparative law, there is no regulation expressly stated as “RNLC”. “Right to protection of reputation” is included in the ECHR. As a part of the right to privacy, it is a concept that is valid within the scope of “protection of private and family life” within the scope of Article 8 of the Convention. For the protection of ECHR article 8 to be effective, such interference must achieve a certain degree of seriousness in the attack on a person’s reputation and in such a way as to prevent the person from enjoying the right to privacy. Even though the right to protection of reputation is seen as a part of fair trial under ECHR article 6/1 and PI under ECHR article 6/2⁵⁷, it is more considered within the scope of the ECHR article 8⁵⁸. The ECHR Grand Chamber stated that the right to protection of reputation is a right protected within the scope of respect for private life⁵⁹. Within the scope of the right to privacy, the state is under positive obligations to ensure that the privacy of private life is not violated by third parties. But, as long as the conditions in article 8/2 of the ECHR does not happen, the state is under a negative responsibility not to intervene according to article 8/1 of the ECHR⁶⁰.

In general, the DNGI made to prevent people from being called suspects with accusations arising from a simple estimation is a proper move in order not to harm the fundamental rights and the freedom of individuals. It is extremely important for the protection of the RNLC that people are not included in the criminal investigation under the suspicion of crime and unnecessary accusations. Verdicts of the Court of Cassation state that situations thought to result in a conviction should be the subject of a criminal case and that public prosecutors should act as a filter in other situations⁶¹. This situation can be resolved with the DNGI. Before the DNGI, public prosecutors were

⁵⁶ Nihat Bulut, “Eski Yunan’dan Aydınlanma Çağı’na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/3-4, 2008, p. 1; Kürşat Özyurt, *Soruşturmanın Gizliliği ve Lekelenme Hakkı*, KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2022, p. 47.

⁵⁷ ECHR, Verlags GmbH & Co. KG /Avusturya, App. No. 3145/96, 11/04/2000, para. 47-60.

⁵⁸ ECHR, Kyriakides / Cyprus. App. No. 309058/05, 16/10/2008, para. 37.

⁵⁹ ECHR, Bédat/ Switzerland, App. No. 56925/08, 29/03/2016, para. 72; Tanrıvermiş, 2021, p. 6-7.

⁶⁰ Nicole, Moreham, “The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination”, *European Human Rights Law Review*, 2008; Eray Ertürk, *Türk Hukukunda Lekelenme Hakkı*, T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2020, p. 49.

⁶¹ Yener Ünver - Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. ed, Ankara 2017, p. 491.

investigating denunciations and complaints based on non-serious and objective grounds or they were not taking the denunciations and complaints serious and ignoring them⁶². The decision of no ground for prosecution and the acquittal are decisions that reveal the innocence of individuals. However, the society is interested in the beginning of the investigation and as it can be understood by the proverb “There is no smoke without fire”, the opening of the investigation is sufficient to accuse the person and people think that the decision of no ground for prosecution and the acquittal decisions are made because the state cannot find the enough evidence to punish. In short, the decision of no ground for prosecution and acquittal decisions cannot restore the dignity of individuals in the society. The DNIGI is maintained in a system accessible only to judges and public prosecutors. The state has a positive obligation to protect individuals in a certain way when they are accused. One of them is the RNLC⁶³. The Court of Cassation in Türkiye stated that public prosecutors should collect all the evidence in a reasonable time during the investigation phase, act in accordance with the principle of hearing in one session, and finish the prosecution in one or two sessions without the need for new evidence to be collected. According to this view, just matters that are thought to result in conviction should be the subject of a lawsuit and public prosecutors should function as a filter⁶⁴. With the DNIGI, it is aimed to eliminate the denunciations and complaints that are not serious and lack any objective basis, while the investigation is still beginning. At the point of complaints and denunciations about people, it is aimed to prevent the public from being exposed to criminal investigations by protecting their RNLC by acting as a preliminary investigation and filter. The Court of Cassation in Türkiye stated that a public prosecutor has to take into account the principle of “proportionality”, which is regulated in the constitution and the law, while collecting evidence, taking into account the principles of the investigation’s exclusivity and the right of individuals not to be labelled as criminal⁶⁵.

If the subject of the denunciation and complaint does not constitute a crime or is abstract and general in nature, the application is recorded in the “National Judiciary Informatics System” as a “investigation record”, not as an

⁶² Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 20. ed., Beta Yayınevi, 2021.

⁶³ Fatih Akıncı, “Lekelenmeme Hakkı”, *TAAD*, 11/43, 2020.

⁶⁴ Yargıtay (The Court of Cassation in Türkiye) 13.CD E. 2011/17629 K. 2011/6976 T. 30.11.2011.

⁶⁵ Yargıtay (The Court of Cassation in Türkiye) 16. CD. 2019/5661 E. 2021/2150 K., 16.03.2021.

“prosecution record”. If investigation records are included in the same pool as the prosecution records, this violates the RNLC from the very beginning⁶⁶. Although the TCPC wishes to protect the RNLC with the regulation in 158/6, it cannot be said that the TCPC fully protects the RNLC with this regulation. These records can only be viewed by public prosecutors, judges or courts. Although there is a denunciation or complaint with the baseless, general and abstract suspicion or with an act that does not clearly constitute a crime, the record of the person is registered in the special system indefinitely and these records are kept in the system by the Public Prosecutor, the judge and the court at all times. It is not necessary to keep a record of the denunciations and complaints about the acts that do not constitute a crime or are not committed. These records can be used later by being correlating with some people’s crime allegations in the future and these crime allegations can be tried to be proved to be true with these records. These records kept indefinitely can damage the RNLC⁶⁷. In national and international courts, there are some examples about the duration of records kept. The Constitutional Court of Türkiye gave a violation decision on the grounds that there is no clear regulation on how long the prisoner’s correspondence will be kept in the system, under what conditions they will be made accessible and used by third parties, with which authorities they can be shared by the prison, and how personal data and privacy will be protected, and there is uncertainty in practice⁶⁸. The ECHR stated that if there are no safeguards for the collection, retention and deletion of fingerprint records of persons suspected of certain crimes but not convicted, the violation can be possible⁶⁹.

The reason for the 158/6 amendment of the TCPC is that “public prosecutors can decide that there is no ground for investigation for abstract and baseless allegations and complaints, and that these decisions are recorded in a separate system and it is aimed to ensure the right of individuals not to be labelled as criminal”. The justification for this article is based on the right of

⁶⁶ Yıldırım, 2020, p. 572.

⁶⁷ Berrin Akbulut, “Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (TCK m. 158/6)”, *Journal of Penal Law and Criminology*, 10/1, 2022, p. 196.

⁶⁸ Ümit Karaduman, 2020/20874, 02.02.2022.

⁶⁹ ECHR, M.K. v Fransa, App. No: 19522/09, 18.04.2013; Council of Europe and European Court of Human Rights, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi*- Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf, 2019.

individuals not to be labelled as criminal. The data published by the Justice Ministry of the Office of Press and Public Relations Counsellor on July 23, 2021 states that the RNLC was made for 404 thousand 800 hundred files out of 602 thousand denunciations made in more than 3.5 years when the amendment began. The RNLC was made for 3 thousand 738 hundred denunciations out of 13 thousand 931 hundred denunciations in 2017, was made for 38 thousand 682 hundred denunciations out of 80 thousand 865 hundred denunciations in 2018, was made for 119 thousand 621 hundred denunciations out of 176 thousand 380 hundred denunciations in 2019, was made for 141 thousand 973 hundred denunciations out of 200 thousand 285 hundred denunciations in 2020. In the first 7-month period of 2021, the RNLC was made for 100 thousand 786 hundred denunciations out of 130 thousand 629 hundred denunciations⁷⁰. In 2021, 165 thousand 286 hundred people enjoyed the RNLC. The decision was made for 469 thousand 288 hundred cases out of 734 thousand 795 hundred denunciations in 4 years when the amendment began⁷¹. 986 thousand 355 hundred people enjoyed the RNLC in 5 years when the amendment began⁷².

V. PROCEDURE, OBJECTION, INSPECTION ROUTE AND RESULTS OF THE DECISION OF NO GROUND FOR INVESTIGATION

The denunciation of a crime whose investigation and prosecution depends on the denunciation, by the person who has the right to complain, to the competent authorities is called denunciation and the person who makes this denunciation is called a denouncer. The person exposed to this denunciation is called a suspect if an investigation is initiated against him. “Complainer” or “denouncer” is a person who informs the other person of the allegation of the crime to official authorities to take necessary measures. It is a person’s reporting the allegation of the crime to the competent authority. Everyone has the right

⁷⁰ **Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği**, “Lekelenmeme Hakkı Kapsamında 404 Bin Dosyada SYOK Verildi”, <https://basin.adalet.gov.tr/lekelenmeme-hakki-kapsaminda-404-bin-dosyadasyok-verildi>, 23 July 2021.

⁷¹ **Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği**, “2021 Yılında 165 Bin Kişi Hakkındaki İhbarlarla İlgili SYOK Verildi”, <https://basin.adalet.gov.tr/2021-yilinda-165-bin-kisi-hakkindaki-ihbarlarla-ilgili-syok-verildi>, 31 December 2021.

⁷² **Adalet Bakanlığı Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği**, “Lekelenmeme hakkında 986 bin 533 kişi yararlandı”, <https://basin.adalet.gov.tr/lekelenmeme-hakkinda-986-bin-533-kisi-yaralandi>, 31 January 2023; **Türkiye Gazetesi**, “Lekelenmeme hakkından 986 bin 533 kişi yararlandı”, <https://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/lekelenmeme-hakkindan-986-bin-533-kisi-yaralandi-945853>, 31 January 2023.

for denunciations. However, complaint is a right granted to victims or people affected by crime (injured part). Everyone has the right to report a crime according to the principle of the ex officio investigation. If conditions are not available for the ex officio investigation, complainers have the 6-month period to report the crime otherwise this right cannot be used. In the denunciation, such a period of limitation of rights is not stipulated. In the DNGI, the person complained by the denunciation and the complaint is not called a suspect and this person can be called as a complainee or a denounced one.

DNGI stays in the “National Judiciary Informatics System (UYAP as Turkish)”. It is intended that the individual is not labelled as a suspect without an initial suspicion. The initiation of the investigation is not subject to any form requirement as a rule. But there must be an initial suspicion on a crime. In the grades of doubt, the initial suspicion the lowest and needs concrete evidence. If there is no initial doubt, the application finalizes with the DNGI without taking an investigation number, by registering for the DNGI on the “National Judiciary Informatics System” screen without taking an investigation record. In the last sentence of paragraph 6 of Article 158 of the TCPC, it is regulated that the processes and decisions made pursuant to this paragraph will be recorded in a specific system and it is decreed that these records can only be viewed by public prosecutors, judges or courts.

The article 158/6 of the TCPC regulated that the DNGI will be sent to the denouncer or the complainant, and that these persons can appeal against the decision according to the article 173 of the TCPC. The complainer or the person injured by the crime may appeal to a Criminal Court of Peace in the place where the Assize court is located in the jurisdiction of the public prosecutor, who made this decision, within 15 days from the date of notification of the DNGI. If the objection is accepted, the public prosecutor will initiate the investigation and if there is sufficient doubt about the suspect, the public prosecutor prosecutes it. If the sufficient doubt level is not reached, the decision of no ground for prosecution is made. Also, it looks possible for the denouncer or the complainant to apply to the Chief Public Prosecutor and request that the decision that there is no ground for investigation to be reviewed and annulled, and if the Chief Prosecutor who checked the request considers the request appropriate, it is possible to annul the decision and order an investigation. However, if an objection is made to a Criminal Court of Peace and the objection is rejected, an investigation should not be initiated

unless new evidence emerges⁷³. However, the Turkish law do not prevent one public prosecutor from making a DNIGI about a situation and do not prevent the other public prosecutor from initiating an investigation about the same. This means that a DNIGI does not prevent a public prosecutor from initiating an investigation when the complaint or the denunciation is made on the same subject again. It would be appropriate for the legislator to regulate the conditions under which an investigation can be initiated after the DNIGI is given by the public prosecutor like the legislator made the regulation for the decision of no ground for prosecution⁷⁴.

Although the DNIGI is an important step in the protection of the right of individuals, there are some problems in some aspects. The examination made by the public prosecutor for the DNIGI is in the nature of a preliminary investigation. Within the scope of the preliminary investigation, an effective investigation may be violated by public prosecutors. In this context, it is unclear whether the Criminal Court of Peace will decide to extend the investigation if an objection is made against the decision regarding the absence of an investigation in accordance with the procedure in the article 173 of the TCPC. Also, it is stated that a denunciation or a complaint regarding the crime can be made to the Office of the Chief Public Prosecutor or law enforcement authorities. Generally, all denunciations and complaints are not made to the Office of the Chief Public Prosecutor, and most of them are made to law enforcement officers. In practice, there is no system specific for the DNIGI records in the systems of the General Directorate of Security and the Gendarmerie General Command regarding judicial proceedings. It is seen in practice that people complained of are given the title of suspect at the point of denunciations and complaints made to the law enforcement. In addition, although denunciations and complaints within the scope of CMK art. 158/6 are saved as the denunciation record by public prosecutors, people complained of in the reports coming from the police or Gendarmerie are given the title of suspects in the law enforcement system⁷⁵. When the subject which does not

⁷³ Sinan Oğur - Faruk Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XII, S. 2, 2022, p. 595.

⁷⁴ **Ceza Muhakemesi Kanunu**, T.C. Resmî Gazete, No: 5271. 04 December 2004, article 172/2.

⁷⁵ Yüksel Ertürk Bezgin, "Soruşturmanın Gizliliği İlkesi Kapsamında Lekelenmeme Hakkı", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzincan 2020.

constitute a crime is understood without conducting an investigation, it is easier for public prosecutors to evaluate the denunciation and complaint stated in the article 158/6 of the Code of Criminal Procedure. However, the prosecutor's decision related to the "abstract and general nature" of the application needs the subjective evaluation. Public prosecutors may make an assessment of the "abstract and general" nature of the subject of the application, just because it is not of sufficient competence. For example, a person who has the knowledge that a crime has been committed may unintentionally cause the event to remain "abstract and general" in order not to reveal himself in the denunciation or complaint. However, in this case, the prosecutor should investigate the necessity of the situation, investigate whether there is a need to issue an indictment, and try to collect the evidence. In some cases, the subject of the application may remain unanswered because the person making the denunciation and complaint cannot be reached due to an anonymous application and sometimes because people who made the denunciation and complaint change their addresses after the applications. The subject of denunciation and complaint may remain inconclusive, as the applicant does not follow up his application on the belief that the judicial authorities will definitively conclude the situation. In the situation that public prosecutors apply to applicants for additional information in order to investigate the incident in depth due to the fact that the denunciation and complaint is "abstract and general", no result will be obtained simply because the judicial authorities cannot reach the applicant⁷⁶. It should be stated separately whether the DNGI will lead to the deterioration of the evidence that should be obtained immediately during the investigation phase and what the initial suspicion is and in which cases this suspicion can be used. It should be explained whether it is possible to make the DNGI if the prosecutors have not obtained any evidence⁷⁷. Also, this decision expresses the drawbacks that the public prosecutors might have the opportunity to run away from work and inexperienced public prosecutors breach the state of law and can reduce people's faith in the law. It is also a requirement of the rule of law that a person who has been harmed by a crime can demand that the trial to be carried out by the judicial authorities be conducted in a substantive manner and that the perpetrators of the relevant crime be punished accordingly.

⁷⁶ Turhan, 2019, p. 159-163.

⁷⁷ Kızılarşlan, 2019, p. 62.

CONCLUSION

With the annex to the 6th paragraph of the TCPC No. 158 and the 140th Article of the Law No. 7078, the DNGI was made and the authority to make the decision was given to public prosecutors. In fictional and general denunciations and complaints that do not contain a crime, public prosecutors are authorized to make the DNGI. It is observed that this regulation aims to reduce public prosecutors' workload, to respect the RNLC and a fair trial. However, this decision should be used in exceptional cases. In other words, public prosecutors should not apply to this decision if they have the slightest hesitation about whether the denunciation or complaint constitutes a crime. Prior to the introduction of the DNGI into the TCPC, in practice, some public prosecutors preferred not to process abstract and general denunciations and complaints. For this reason, it is appropriate to include the DNGI in order to eliminate the problems that may occur in the TCPC. In addition, the ECHR is of the opinion that PI and the RNLC related to the DNGI cannot be limited only to the prosecution phase. In addition, the reasonable time should be taken into account in this decision. Just because it is not at the investigation stage, it should not mean that the time is not important. Since it is new, it will take time for it to fully adapt to the system and for public prosecutors to adopt it.

REFERENCES

- AKBULUT, Berrin. Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (TCK m. 158/6). *Journal of Penal Law and Criminology* 10.1 2022, pp. 153-209.
- AKINCI, Fatih. Lekelenmeme Hakkı. *TAAD* (2020), pp. 177-202.
- ALTUNKAŞ, Aysun. Ceza Yargılamasında Şüphe Kavramı. Donay, S. and A. Altunkaş. *Ceza Yargılama Hukukunda Son Gelişmeler Sempozyumu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- ASLAN, Ahmet. *Cumhuriyet Savcısı ve Soruşturma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- ASLAN, Zehreddin - ALTINDAĞ, Halil. *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- BAKİ, Ensar. *CMK m. 171/1 Uyarınca Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi*. Ankara: TC. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- BEKAR, Orhun. *Tarihsel Gelişim Sürecinde Savcılığın Örgütlenmesi ve Soruşturma Evresi ile Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*. T.C. Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. Mersin, 2022.
- BEZGİN, Yüksel Ertürk. *Soruşturmanın Gizliliği İlkesi Kapsamında Lekelenmeme Hakkı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Erzincan: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi SBE, 2020.
- BİÇER, Erengül. *Cumhuriyet Savcısının Kamu Davası Açmada Takdir Yetkisi*. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı. Ankara, 2021.
- BİRTEK, Fatih. Cumhuriyet Savcısının Delilleri ve Fiili Takdir Yetkisi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19.2, 2013, pp. 953-990.
- BULUT, Nihat. Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağı'na İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Bir Bakış. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7.3-4, 2008.
- CANOĞLU, Veysel Canan. Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı. *İzmir Barosu Dergisi*, 2017.
- CENDEL, Nur and HAMİDE, Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 20. İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- CEZA MUHALEMESİ KANUNU. T.C. Resmî Gazete. *Sayı: 5271*. 04 Aralık 2004.
- DUFF, Robin Antony and GREEN, Stuart. *Philosophical Foundations of Criminal Law, Philosophical Foundations*. Oxford University Press, 2011.
- DUFF, Robin Antony. Duff, Robin Antony, Who Must Presume Whom to be Innocent of What?, *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, Forthcoming, 2012, p. 12-65. *Netherlands Journal of Legal Philosophy, Forthcoming*, 2012: 12-65. Minnesota Legal Studies Research Paper.

- DURANOĞLU, Yakup. Kamu Davasının Açılmasında Geçerli Olan İlkeler [Kamu Davasının (Kovuşturmanın) Kamusalılığı, Davasız Muhakeme Olmaz, Kamu Davasında Mecburiyetlik (Kovuşturma Mecburiyeti), Takdirilik (Maslahata Uygunluk) İlkeleri]. *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2.1 2021, pp. 265-296.
- ERTÜRK, Eray. *Türk Hukukunda Lekelenme Hakkı*. T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. Ankara, 2020.
- KABAHATLER KANUNU. "T.C. Resmi Gazete." **No: 5326**. 31 March 2005.
- KAŞKA, Hakan. *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresinin Sona Ermesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- KAYA, Asım. *Cumhuriyet Savcısının Etkin Soruşturma Yapma Görevi*. T.C. Özyeğin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Bilim Dalı Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı. İstanbul, 2020.
- KIZILARSLAN, Hasan. Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (Syok) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi. *TBB Dergisi*, 2019, pp. 59-104.
- MELTON, Robert. *Magna Carta and Modern Legacy*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI HAKKINDA KANUN. "T.C. Resmi Gazete." **Kanun No: 4483**. 4 December 1999.
- MOREHAM, Nicole. The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-Examination. *European Human Rights Law Review*, 2008. Victoria University of Wellington Legal Research Paper No. 11/2019.
- OĞUR, Sinan and TURHAN, Faruk. Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9.2, 2022, pp. 583-625.
- ORMANOĞLU, Hatice Derya. Anayasal Bağlamda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Boyutuyla Suçsuzluk Karinesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65.4, 2016.
- ÖZ, Asuman. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Masumiyet Karinesi*. T.C. Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2022.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray and BACAŞIZ, Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 13. Seçkin Yayınları, 2020.
- ÖZDEMİR, Kenan. Adil Yargılanma Hakkı ve Makul Süre. *Adalet Dergisi*, 1999.
- ÖZEN, Muharrem and KÖKSAL, Atacan. Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019.

- ÖZEN, Muharrem. *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. 5. Adalet Yayınları, 2020.
- ÖZEN, Muharrem. "Suçsuzluk Karinesi Bağlamında Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 68.1, 2019.
- ÖZEN, Mustafa. Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13, 2009, pp. 41-68.
- ÖZTÜRK, Bahri and ERDEM, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. 11. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- ÖZTÜRK, Bahri. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti*. DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, 1991.
- ÖZYURT, Kürşat. *Soruşturmanın Gizliliği ve Lekelenmeme Hakkı*. KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Tezi. Konya, 2022.
- PRADEL, Jean. *Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü*. Trans. Sulhi Dönmezer. İstanbul: Beta Yayınları, 2000.
- SLIEDREGT, Elies Van. *A Contemporary Reflection on the Presumption of Innocence*. Eres Revue internationale de droit pénal, 2009.
- ŞAHİN, Cumhur and GÖKTÜRK, Neslihan. *Ceza Muhakemesi Hukuku II*. 7. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- TANRIVERMİŞ, Atilla. *Masumiyet Karinesini Genişleten Bir İlke Olarak Lekelenmeme Hakkı*. T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Doktora Tezi. İstanbul, 2021.
- TURHAN, Uğur. *Soruşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar*. Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi. İstanbul T.C. Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2019.
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI. "T.C. Resmî Gazete." **No: 2709**. 9 November 1982.
- UĞUR, Hüsamettin. Ceza Muhakemesinde Kovuşturma Mecburiyeti İlkesinden Maslahata Uygunluk İlkesine. *TBB Dergisi*, 73, 2007.
- ÜNVER, Yener and HAKERİ, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 13. Ankara, 2017.
- WEIGEND, Thomas. There is Only One Presumption of Innocence. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 42.3, 2013, pp. 193-204.
- YENİSEY, Feridun and NUHOĞLU, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 3. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- YENİSEY, Feridun and NUHOĞLU, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 6. Seçkin Yayınevi, 2018.
- YILDIRIM, Metin. *Uygulamalı Genel ve Özel Ceza Soruşturması*. 2. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Electronic Sources

- ADALET BAKANLIĞI BASIN VE HALKLA İLİŞKİLER MÜŞAVİRLİĞİ. **2021 Yılında 165 Bin Kişi Hakkındaki İhbarlarla İlgili SYOK Verildi.** 31 December 2021. 05 March 2023. <<https://basin.adalet.gov.tr/2021-yilinda-165-bin-kisi-hakkindaki-ihbarlarla-iligili-syok-verildi>>.
- ADALET BAKANLIĞI BASIN VE HALKLA İLİŞKİLER MÜŞAVİRLİĞİ. **Lekelenmeme Hakkı Kapsamında 404 Bin Dosyada SYOK Verildi.** 23 July 2021. 05 March 2023. <<https://basin.adalet.gov.tr/lekelenmeme-hakki-kapsaminda-404-bin-dosyadasyok-verildi>>.
- ADALET BAKANLIĞI BASIN VE HALKLA İLİŞKİLER MÜŞAVİRLİĞİ. **Lekelenmeme hakkında 986 bin 533 kişi yaralandı.** 2023 January 31. 05 March 2023. <<https://basin.adalet.gov.tr/lekelenmeme-hakkinda-986-bin-533-kisi-yaralandi>>.
- ADLİ SİCİL VE İSTATİSTİK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ. **Adli İstatistikler 2021.** Ankara, 2021. 06 March 2023. <<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/310520221416422021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>>.
- COUNCIL OF EUROPE AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi-Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı.** 2019. 07 March 2023. <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_TUR.pdf>.
- COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS. **Recommendation Rec 19 of the Committee of Ministers to Member States on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System.** 2000. 05 March 2023. <<https://www.refworld.org/docid/43f5c8694.html>>.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUNCIL OF EUROPE. **European Convention on Human Rights.** 04 November 1950. 07 March 2023. <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf>.
- GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 2200A (XXI). **International Covenant on Civil and Political Rights.** 16 December 1966. 08 03 2023. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>.
- ŞEN, Ersan. **Soruşturmaya Yer Olmadığı Kararının Önemi ve KYOK ile Mukayesesi.** 28 Mart 2020. Hukukihaber Web Sitesi. 16 Ekim 2021.
- T.C. ADALET BAKANLIĞI ADLİ SİCİL VE İSTATİSTİK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ. **Adalet İstatistikleri 2021.** Ankara, 2022. 05 March 2023. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9092022143819adalet_ist-2021.pdf>.
- THE UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 2200A (XXI). **International Covenant on Civil and Political Rights.** 16 December 1966. 07 March 2023. <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>.

TÜRKİYE GAZETESİ. **Lekelenmeme hakkında 986 bin 533 kişi yararlandı.** 31 January 2023. 05 March 2023. <<https://www.turkiyegazetesi.com.tr/gundem/lekelenmeme-hakkindan-986-bin-533-kisi-yararlandi-945853>>.

UNITED NATIONS. **Universal Declaration of Human Rights.** 10 December 1948. 07 March 2023. <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>>.

Cases

AYM, Ümit Karaduman, App. No: 2020/20874, 02.02.2022.

AYM, Kürşat Eyol, App. No: 2012/665, 13/6/2013.

AYM, Mustafa Kıvrak, App. No: 2013/3175, 20.02.2014.

AYM, Seven/Türkiye, App. No: 60392/08, 23/1/2018.

ECHR, Allen/Birleşik Krallık [BD], App. No: 25424/09, 12/7/2013.

ECHR, Bédat/ Switzerland, App. No: 56925/08, 29/03/2016.

ECHR, Kyriakides / Cyprus. App. No: 309058/05, 16/10/2008.

ECHR, M.K. v Fransa, App. No: 19522/09, 18.04.2013.

ECHR, Verlags Gmbh & Co.KG /Avusturya, App. No: 3145/96, 11/04/2000.

Yargıtay 13.CD E. 2011/17629 K. 2011/6976, 30.11.2011.

Yargıtay 16. CD. E. 2019/5661 K. 2021/2150, 16.03.2021.

TÜRK CEZA KANUNU'NDA BİR İŞTİRAK ŞEKLİ OLARAK FAİLLİK (TCK m. 37)^(*)

Av. Mustafa Kağan ÖZTÜRK^(**)

Öz

Faillik, Türk Ceza Kanunu m. 37'de müşterek ve dolaylı faillik olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Müşterek faillik, ilk fıkrada "Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirilmek" olarak tanımlanmıştır. Birden fazla kişinin suça katılması, suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Kanun koyucu, bunu göz önüne alarak tipik fiilin bir kısmını gerçekleştirirse bile, müşterek failin iştirak ilişkisi çerçevesinde işlenen suçtan cezalandırılmasını öngörmüştür.

Bazen, suç işlemeyi planlayan fail, çeşitli nedenlerle, ön planda kendisi doğrudan suç işlemek yerine, başkasının iradesi üzerinde hakimiyet kurarak arka plana geçer ve ön planda iradesi üzerinde hakimiyet kurulan biri tipik fiili gerçekleştirir. Bu halde, dolaylı faillik söz konusu olur. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, müşterek failer arasındaki iş bölümünün kolaylaşması ve dolaylı failin üçüncü kişi üzerinde kuracağı yeni hakimiyet mekanizmalarıyla konu daha da önem kazanmaktadır. Bu çalışmada, müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumuna ilişkin tartışmalara değinilmiş, failliğin diğer şekilleri irdelenmiş, bazı yargı kararları incelenmiş ve böylece konunun daha iyi anlaşılması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Suçta İştirak, Faillik, Bağlılık Kuralı, Müşterek Faillik, Dolaylı Faillik.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 20.05.2023.

Atıf Şekli: Mustafa Kağan Öztürk, "Türk Ceza Kanunu'nda Bir İştirak Şekli Olarak Faillik (TCK m. 37)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 255-307.

DOI: 10.52273/sduhfd..1220467.

^(**) Avukat, Burdur Barosu, Burdur, Türkiye.

E-posta: mustafakaganozturk@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-1584-4834>.



THE PERPETRATION AS A KIND OF COMPLICITY IN TURKISH CRIMINAL CODE (TPC ARTICLE 37)

Abstract

Perpetration is classified as two types in Turkish Penal Code article number 37: Co-perpetration and indirect perpetration. Co-perpetration is defined as “To execute the act defined as crime in the law jointly” in the first paragraph. The participation of more than one person in the crime facilitates committing the crime. Taking this into account, lawmaker predicts that the co-perpetrator should be punished for the crime committed within the framework of the complicity, even if s/he performs a part of the typical act. Sometimes, the perpetrator who is planning to commit a crime, goes into the background by dominating the will of someone else instead of committing the crime herself/himself and the one whose will was dominated performs the act. In this state, indirect perpetration takes place.

With the development of technology, by facilitating the co-perpetrators, division of work and the indirect perpetrator's new dominance mechanisms that s/he will establish over the third person, the issue becomes more important. In this study, the discussions on the institution of co-perpetration and indirect perpetration are mentioned, other forms of perpetration are researched, some judicial decisions are examined and it is aimed to better understand the subject.

Keywords

Complicity, Perpetration, The Rule of Accessoriness, Co-Perpetration, Indirect Perpetration.

GİRİŞ

Bir suçun işlenebilmesi için her şeyden önce yapma veya yapmama biçiminde bir insan davranışı bulunmalıdır. Bu nedenle “*Fillsiz suç olmaz*” ilkesi ceza hukukunun en temel ilkelerinden biridir.¹ Fiil, insanın dış dünyada değişiklik meydana getiren bir eserdir.² Bir suçun işlenebilmesi için en az bir insanın varlığı gereklidir.³ Bazen bir kişi, birden fazla suç işleyebilir. Bazen de birden fazla kişi, bir suçun işlenmesi amacıyla bir araya gelebilir. Birinci halde şartlar tamsa, içtima; ikinci halde şartları varsa suça iştirak söz konusudur.⁴ Türk Ceza Kanunu (TCK)'nda müşterek faillik ve dolaylı faillik kurumunun “*Suçta İştirak*” bölüm başlığı altında “*faillik*” madde başlığında düzenlendiği görülmektedir.

Arapça kökenli fail kelimesi “*eden, yapan, işleyen*” anlamına gelmektedir.⁵ Fiil, failin eseridir. Bu nedenle fiil ve fail birbirinden ayrılmaz bir bütündür.⁶

TCK, genellikle bir suçun bir fail tarafından işlenebileceği esasına dayanır. Fakat bazen, Kanun ilgili suç tipinin oluşabilmesi için birden fazla kişinin bir araya gelmesini zorunlu tutabilir.⁷ Bu gibi durumlarda, “*çok failli suçlar (zorunlu iştirak)*” söz konusudur. Çok failli suçlar ise kendi içinde *birleşme suçları*⁸ ve *karşılaşma suçları* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁹

¹ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 238; Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 203; Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 168; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 182; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 152.

² M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 723; Nevzat Toroslu- Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 131.

³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 179; Efekan Kaptan, “Ceza Hukukunda Suça İştirak”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 96, s. 31.

⁴ Artuk vd., Genel Hükümler, s. 233; Mustafa Kağan Öztürk, *Ceza Hukukunda Zincirleme Suç*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 21.

⁵ <https://sozluk.gov.tr/> (E.T.: 28.04.2022).

⁶ Artuk vd., Genel Hükümler, s. 723; Toroslu-Toroslu, Genel Kısım, s. 131.

⁷ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Beta, İstanbul, 1997, C. II, s. 437; Özgün Özyüksel, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 19; İzzet Özgenç, “Kavga Suçu (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler”, *Yargıtay Dergisi*, 1993, C. 19, S. 4, s. 485; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 401; Nevzat Toroslu-Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 317; Ali Tanju Sarıgül, *Suçta İştirak*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 17.

⁸ Demirbaş, Özgenç ve Özbek-Doğan-Bacaksız, çok failli suçları *yakınsama suçları* ve *karşılaşma suçları* olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir. Yazarların birleşme suçunu karşılamak üzere

Birleşme suçlarında, birden fazla fail bir araya gelerek aynı hukuksal değeri ihlal etmektedir.¹⁰ Çok failli suçların bu türüne suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m. 220) örnek gösterilebilir. Bütün failler fiil üzerinde hakimiyet kurduğu için bu tür çok failli suçlar, müşterek faillğe benzemektedir. Ancak birleşme suçları ve müşterek faillik farklı kavramlardır. Çok failli suçlarda tipik fiilin oluşabilmesi için birden fazla kişinin suça zorunlu olarak katılması gereklidir. Buna karşılık, müşterek faillikte, çeşitli nedenlerle, tek fail tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla faille birlikte işlenmesi söz konusu olmaktadır.¹¹

Karşılaşma suçlarında ise, birden fazla fail, aynı amacın gerçekleşmesi için farklı yönlerden birbirine doğru hareket etmektedir.¹² Bu tür çok failli suçlara rüşvet (TCK m. 252) örnek gösterilebilir. Karşılaşma suçlarında tipikliğin oluşması bakımından zorunlu olarak suça katılan kişilerden hiçbiri suçun mağduru olmamaktadır.¹³

Çok failli suçlarda faillerin ceza sorumluluğu ilgili suç tipine göre belirlenir. Suça iştirakte ise, suça katılanların sorumluluğu, iştirak hükümlerine göre tespit edilmektedir.¹⁴ Çok failli suçlara, azmettirme ya da yardım etme şeklinde iştirak etmenin mümkün olduğu belirtilmiştir.¹⁵

Suçta iştirak halinde faillerin ya da suç ortaklarının ne şekilde cezalandıracağı uzun süre tartışma konusu olmuştur. Buna çözüm olarak iki sistem ortaya atılmıştır.

Teklik (eşitlik) sistemine göre, suça katılan kişiler, tıpkı suçun faili gibi, suça öngörülen cezanın tamamından sorumludur. Kökü Roma hukukuna dayanan bu

re yakınsama suç tabirini kullandığı görülmektedir. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 581, Özgenç, "Kavga Suçu", s. 486; Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 517; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 525.

⁹ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 401.

¹⁰ İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 18; Özgenç, Genel Hükümler, s. 581; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 401.

¹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 581; Özgenç, "Kavga Suçu", s. 486; Hakeri, Genel Hükümler, s. 525.

¹² Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 401; Hakeri, Genel Hükümler, s. 525; Murat Volkan Dülger, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005, C. 1, S. 2, s. 90; Özgenç, Genel Hükümler, s. 582; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 518; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 525.

¹³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 582; Özgenç, "Kavga Suçu", s. 486.

¹⁴ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 525; Hakeri, Genel Hükümler, s. 525; Öztürk-Erdem, Genel Hükümler, s. 501.

¹⁵ Hakeri, Genel Hükümler, s. 525; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 401.

sistemde¹⁶, failin ya da şerikin suçun işlenmesine sağladığı katkı göz ardı edilmekte, bütün suç ortakları aynı cezadan sorumlu tutulmaktadır.¹⁷ Kabahatler Kanunu m. 14/1¹⁸ teklik sistemine örnek olarak gösterilmektedir.¹⁹ Alman hukukunda ise, her ne kadar ceza kanununun bazı reform çalışmalarında, bu sistemin kanunlaşması önerilmişse de bu görüş benimsenmemiştir.²⁰

İkilik sisteminde ise, suç ortakları, suçun işlenmesine sağladıkları katkı oranında, çeşitli isimler altında birbirinden farklı cezalarla sorumlu tutulmaktadır.²¹ Buna göre, suçun işlenmesine birinci derecede katkı sağlayanlar suçun karşılığı olarak öngörülen cezanın tamamından, ikinci derecede katkı sağlayanlar ise daha hafif bir cezadan sorumludur. Bu sistemde fiile ikincil derecede katkısı olanlar şerik olarak adlandırılmaktadır. Şerikler failin fiiline faillik düzeyine erişmeyen atipik hareketlerle nedensel katkıda bulunmaktadır. İkilik sistemi, fail-şerik ayrımının net çizgilerle saptanabilmesinin kolay olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.²²

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Suçta İştirak*" başlığını taşıyan dördüncü bölümünde, m. 37-41'de iştirak hükümleri düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde²³ ikilik sisteminin sakıncalarından bahsedilmiştir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın

¹⁶ İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, 1996, s. 21; Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 65.

¹⁷ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 453; Aydın, İştirak, s. 66; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 400; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 519.

¹⁸ "Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verilir."

¹⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s. 528; Dülger, "Suç Ortaklığı", s. 96.

²⁰ Elvan Keçelioğlu, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, C. 19, S. 65, s. 74; Sarıgül, Suçta İştirak, s. 48.

²¹ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 455; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 400; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 529.

²² Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 455; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 519; Dülger, "Suç Ortaklığı", s. 97; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 529; Sarıgül, Suçta İştirak, s. 56; Özgenç, Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s. 62.

²³ "Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silahlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen 'asli fail' bazen 'fer'i fail' olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman 'asli fail' olarak mı yoksa 'fer'i fail' olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki, örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi

suça iştirak hükümleriyle suçun işlenmesine iştirak eden faillerin ya da şeriklerin farklı kavramlar altında düzenlendiği ve bunlar için farklı cezalar öngörüldüğü görülmekte ve yine ikilik sisteminin benimsendiği doktrinde baskın görüş olarak ileri sürülmektedir.²⁴

Alman hukukunda, ikilik sisteminin benimsendiği görülmektedir. Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch)'nun 25. maddesinde doğrudan faillik, dolaylı faillik ve müşterek faillik olmak üzere üç tür faillik öngörülmüştür. Ayrıca Alman doktrininde yan yana faillik de failliğin bir türü olarak kabul edilmektedir. Şeriklik ise Alman Ceza Kanunu m. 26 ve 27'de, azmettirme ve yardım etme olarak düzenlenmiştir. Böylece Alman hukuku bakımından da failler ve şerikler suçun işlenmesinde oynadıkları rollere göre farklı cezalandırılmaktadır.²⁵

Suçta iştirakte suç ortaklarının iştirak iradesi taşımaları gerekmektedir. Aksi takdirde, bir suç, birden fazla failin birbirinden bağımsız olarak işlemesi söz konusudur ve bu durumda iştiraktan değil "yan yana faillik" ten bahsedilebilir.²⁶

İştirak hükümleri, ceza sorumluluğunu genişleten, tamamlayıcı nitelikte hükümlerdir.²⁷ Tek başına işlendiklerinde ceza hukuku bakımından önem arz

bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

Hükümet Tasarısında da benimsenen 'asli iştirak', 'fer'i iştirak' ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayırımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir."

²⁴ Sarigül, Suça İştirak, s. 125; Yener Ünver, "YTCK'da Kusurluluk", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, C. 1, S. 1, s. 68; Hafizoğulları-Özen, Genel Hükümler, s. 325; Dülger, "Suç Ortaklığı", s. 110; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 531; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 529; Mahmut Koca-İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 448; Mustafa Özen, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", *TBB Dergisi*, 2007, C. 20, S. 71, s. 239; Zahit Yılmaz, *Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 61 vd.; Sarigül, TCK'nın iştirak hükümleri bakımından yine ikilik sisteminin benimsendiğini kabul etmekle beraber 5237 sayılı TCK'nın failliğin belirlenmesine ilişkin ölçütlerde köklü değişiklikler yaptığını savunmaktadır. Bkz. Sarigül, Suça İştirak, s. 125.

²⁵ Keçelioğlu, "Faillik", s. 75.

²⁶ Aydın, İştirak, s. 29 vd.; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 526; Koca-Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 472; Özgenç, Genel Hükümler, s. 601.

²⁷ Hafizoğulları-Özen, Genel Hükümler, s. 525; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 527; Koca-Üzülmmez, Genel Hükümler, s. 448; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 405.

etmeyen birtakım fiillerin iştirak halinde işlenmesi durumunda cezalandırılabilir olmasının sebebi, failer ve şerikler arasındaki iştirak iradesidir.²⁸

Bir kimsenin aynı olayda hem fail hem de şerik olması halinde, asli normal norm değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu değerlendirmeye göre, faillik asli, şeriklik tali normdur (TCK m. 40). Bu nedenle, failliğin şerikliğe önceliği ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, önce suçun işlenmesine yardım eden veya azmettiren kişinin daha sonra suçun işlenmesine fail olarak katılması halinde, ilgili kişi şeriklikten değil faillikten sorumlu tutulmalıdır.²⁹

I. SUÇA İŞTİRAK

A. Kavram ve Tanım

İştirak kavramı Arapça kökenli olup “ortaklık, ortak olma, paydaşlık; bir işte yer alma, paydaşlık etme; bir işe, bir düşünceye katılma, katılım” gibi anlamlara gelmektedir.³⁰ Ceza hukuku bakımından suça iştirak, “kanuna veya niteliğine göre tek bir faille işlenebilen bir suçun, iştirak iradesi doğrultusunda, birden fazla kişiyle işlenmesi ya da çok failli bir suça faillik düzeyine erişmeyen fiillerle ilgili suçun faillerinin dışındaki kişiler tarafından katkıda bulunulmasıdır.”³¹

Mülga 765 sayılı TCK m. 64'te faillik kavramını karşılar şekilde asli iştirak, m. 65'te ise şeriklik kavramını karşılamak üzere, fer'i iştirak düzenlenmişti. Her iki iştirak türü de kendi içerisinde maddi iştirak ve manevi iştirak olmak üzere ikiye ayrılıyordu. Asli iştirak halinde iştirakçiler iştirake konu suç için öngörülen cezanın tamamından sorumluyken, fer'i iştirak halinde iştirakçiler için hafifletilmiş bir ceza öngörülmüştü.³²

²⁸ Bilgehan Savaşçı Temiz, “İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 65, S. 4, s. 2488; Aydın, İştirak, s. 29 vd.

²⁹ Hakeri, Genel Hükümler, s. 534; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 556; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 398; Özgenc, Genel Hükümler, s. 637.

³⁰ <https://sozluk.gov.tr> (E.T.: 23.04.2022).

³¹ Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 332; Murat Önok, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti- Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 36; Özen, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı”, s. 239; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 526; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 446; Hakeri, Genel Hükümler, s. 527.

³² Dülger, “Suç Ortaklığı”, s. 94; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 530; Özgenc, Genel Hükümler, s. 584.

5237 sayılı TCK'nın öngördüğü sistemde, suçun işlenmesinde ortaya koyduğu katkıya göre suça iştirak edenler, fail ve şerik olarak ayrılmış, faillik (TCK m. 37), azmettirme (TCK m. 38) ve yardım etme (TCK m. 39) şeklinde üç tür iştirak hali düzenlenmiştir. Haksızlığın esasını failin tipik davranışları oluşturmaktadır. Şeriklik, azmettirme ve yardım etmeden oluşmaktadır. Faillik kavramı ise doktrinde *dar anlamda faillik* ve *geniş anlamda faillik* olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.

Dar anlamda faillik anlayışına göre, kanunun öngördüğü neticeye illi katkıda bulunan herkes fail olamaz. Sadece tipe uygun fiili icra eden kişiler fail olabilir.³³ Ancak azmettirme ve yardım etmede suçun işlenmesi için sağlanan katkılar tipik değildir. Bu nedenle azmettiren veya yardım edenin atipik fiili nedeniyle, tipik fiilden sorumluluğunu ise bağlılık kuralı (TCK m. 40) sağlamaktadır. Bu kuralla, suç ortaklarının cezalandırılması failin fiiline bağlanmaktadır.³⁴ Dolayısıyla, suçun işlenmesine azmettiren ya da yardım eden olarak katılan suç ortağının cezalandırılması için açık bir düzenleme gereklidir. Bu nedenle, suça iştirak hükümleri, tipikliği ve ceza sorumluluğunu genişletir niteliktedir.³⁵

Geniş anlamda faillik anlayışına göre, hareket ve netice geniş yorumlanmalıdır.³⁶ Suçun işlenmesine katkı sağlayan her kişi, bu sistemde fail olarak kabul edilmektedir.³⁷ Faillik kavramı geniş anlamıyla kabul edilecek olursa, bağlılık kuralı uygulama alanı bulamamaktadır. Geniş anlamda faillik teorisi, iştirak kurumunu yok saydığı ve suç sayısının tespitinde fail sayısını merkeze aldığı için eleştirilmiştir.³⁸

³³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 583; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 39; İzzet Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1999, C. 16, S. 1-2, s. 71; Toroslu-Toroslu, Genel Hükümler, 2019, s. 321.

³⁴ Vesile Sonay Evik, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 181; Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 14, S. 1, s. 168; Eyüp Yeşil, "Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, C. 3, S. 2, s. 97; Temiz, "Bağlılık Kuralı", s. 2489; Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 83; Sarigül, Suça İştirak, s. 59.

³⁵ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 452; Özbek-Doğan- Bacaksız, Genel Hükümler, s. 518; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 447; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 527; Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 84; Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 25; Toroslu-Toroslu, Genel Hükümler, 2019, s. 321.

³⁶ Muhammed Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 10 vd.

³⁷ Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 170; Sarigül, Suça İştirak, s. 57; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 39.

³⁸ Eleştiriler için bkz. Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 21 vd.

Kanaatimizce, birinci görüş yerindedir. Çünkü, suç ortaklarının cezalandırılmasının esasını, tipik fiilin işlenmesinde ortaya koydukları nedensel nitelikte katkı oluşturmaktadır.³⁹ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi göz önüne alındığında, suçun işlenmesine katılan kişinin faillik düzeyine erişmeyen katkısının cezalandırılabilmesi için özel bir hükme ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla suça iştirak hükümleri ceza sorumluluğunu genişletmektedir.⁴⁰ Fakat bu katkının kanunun öngördüğü iştirak şekillerinden birine uygun olması gerekir.⁴¹

İştirak hükümleri cezayı ağırlaştırıcı genel hüküm niteliği taşımamaktadır. Bir suçun iştirak halinde işlenmesi suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Diğer taraftan, suçun iştirak halinde işlenmesi, ortaya çıkan netice bakımından, tek kişinin ihlaliyle oluşan neticeye kıyasla daha büyük tehlike oluşturmaktadır. Bu nedenle, her ne kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109/3-b), tehdit (TCK m. 106/2-c) gibi bazı suçlarda, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmişse de iştirak halinde işlenen suçların genel bir hükümlerle ağırlaştırıcı neden sayılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴²

TCK sistematüğinde, suça iştirak, genel hükümlerde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra özel hükümlerde yer alan bazı suçlar yönünden özel iştirak halleri öngörülmüştür. Örneğin TCK m. 251/1'de denetim görevini kasten ihmal eden kişinin işlenen suçun müşterek faili olarak cezalandırılacağı özel olarak hükme bağlanmıştır.⁴³

Şeriklerin ilgili suçtan cezalandırılabilmesi için, suçun işlenmesi amacıyla sağladıkları katkının, netice bakımından nedensel bir katkı olması gerekir.⁴⁴ Nedensel katkının doğrudan doğruya olması gerekli değildir. Örneğin suç aletini

³⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 582.

⁴⁰ Evik, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, s. 2; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 518; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 447; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 527; Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 84.

⁴¹ Aydın, İştirak, s. 94.

⁴² Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 519; Hakeri, Genel Hükümler, s. 527; Özgenç karşı görüştedir. Yazara göre, her ne kadar, suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi, faillere suçun işlenmesi bakımından kolaylık sağlasa da bu husus faillerin veya şeriklerin cezai sorumluluğunu artırmamalıdır. Bkz., Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 96.

⁴³ Hakeri, Genel Hükümler, s. 527.

⁴⁴ Hakeri, Genel Hükümler, s. 536; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 548; Özgenç, Genel Hükümler, s. 641.

bulunduran şerik, bu suç aletini faille iletilmek üzere başka bir şerike verir ve fail eline geçen silahla tipe uygun fiili işlerse, o halde suç aletini elinde bulunduran şerikin davranışı nedensel kabul edilmektedir.⁴⁵

Objektif cezalandırılma koşulları, suçun unsurlarının dışında yer alan ve gerçekleşmemesi halinde, failin cezalandırılmasını engelleyen koşullardır. Bu koşulların objektif niteliğinden ötürü, objektif cezalandırılma koşulunu bünyesinde barındıran suç tiplerinde, koşul somut olayda gerçekleşmemişse, faillerin ya da şeriklerin cezalandırılabilmesi mümkün olmamalıdır.⁴⁶ Suç tamamlandıktan sonra fakat objektif cezalandırılma koşulları gerçekleşmeden önce, suçta iştirak etmenin mümkün olmadığı doktrinde görüş birliğiyle savunulmaktadır. Zira, suç tamamlandıktan sonra sağlanan katkılar, şartları varsa, suçluyu kayırma suçu yönünden değerlendirilmelidir.⁴⁷ Buna karşılık, objektif cezalandırılma koşulu öngörülen suçlara teşebbüs etmenin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Şayet bu tür suçlara teşebbüs etmek mümkün görülmezse, icrasına başlanan ve tipikliğin tamamlanmadığı ancak objektif cezalandırılma koşulunun gerçekleştiği suçlar bakımından bağlılık kuralı gereği (TCK m. 40/3), suç ortakları, iştirak hükümlerinden sorumlu tutulamayacaktır. Buna karşılık, objektif cezalandırılma koşulları öngörülen suçlara teşebbüs etmenin mümkün olduğu kanısına varılacak olursa, objektif cezalandırılma koşulu öngören suçlar bakımından da suç ortakları teşebbüs hükümlerinden sorumlu olabilecektir. Bazı yazarlar, suçun tamamlanması ile suçun cezalandırılabilmesi kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olmasını⁴⁸ gerekçe göstererek objektif cezalandırılma koşulu içeren suçta teşebbüs etmenin mümkün olabileceğini savunmaktadır. Bu yazarlara göre, objektif cezalandırılma koşulu gerçekleştiği takdirde, fail, suçta teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutulabilecektir.⁴⁹ Buna karşılık, bazı yazarlar ise, objektif cezalandırılma koşulu gerçekleşmediği takdirde, cezalandırılmanın mümkün olamayacağı görüşünden hareketle, objektif cezalandırılma koşulu içeren

⁴⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 548; Özgenc, Genel Hükümler, s. 641.

⁴⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s. 540; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 173; Özgenc, Genel Hükümler, s. 355; Özgenc, Suç Örgütleri, s. 251.

⁴⁷ Elif Bekar, *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 165; Uğur Ersoy, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları*, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 197; Zeynel T. Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", *İÜHFİM*, 2010, C. LXVIII, S. 1-2, s. 155.

⁴⁸ Hafizoğulları-Özen, Genel Hükümler, s. 306.

⁴⁹ Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", s. 163; Ersoy, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s. 192.

suçlara teşebbüs etmenin mümkün olmayacağını savunmaktadır.⁵⁰ Bu yazarların cezalandırmayı suçun bir ön şartı olarak kabul ettiği belirtilmektedir.⁵¹ Diğer bazı yazarlarsa, tehlikenin ve meydana gelen zararın ağırlığını dikkate alarak, bu tür suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu ancak objektif cezalandırılabilme koşulu gerçekleştiği anda suçun tamamlandığını savunmaktadır.⁵²

Kanaatimizce, objektif cezalandırılabilme koşulları, suçun unsurlarının dışında yer alan, dolayısıyla tipikliğe dahil olmayan şartlardır. Dolayısıyla, suçun teşebbüs aşamasında kalması, tipik hareketin icrasına başlanıp elde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamamasını ifade etmektedir. Buna karşılık, objektif cezalandırılabilme koşulları, suçun teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığı önem arz etmeksizin cezalandırmaya ilişkin koşullardır. Bu yüzden tipiklik ya da tipik hareketin tamamlanamaması ayrı bir sorun, objektif cezalandırılabilme koşulu öngörülen suçlarda bu koşulun gerçekleşmesi ayrı bir sorundur. Bu nedenle, objektif cezalandırılma koşulu öngörülen suçlarda suça teşebbüs (TCK m. 35) hükümlerinin uygulanması mümkündür.⁵³

II. FAİLLİK

A. Faillik ve Şeriklik Ayrımı ve Bu Ayrıma İlişkin Ölçütler

Faillik, tipe uygun fiille doğrudan bağlantılıdır ve fail, tipe uygun fiili gerçekleştirmekle tipikliğin merkezindedir.⁵⁴ Bu yönüyle, faillik az çok tasavvur edilebilir. Ancak faillik ve şerikliği birbirinden ayırabilmek kolay değildir. Dolayısıyla, müşterek faillik ile yardım etme ve dolaylı faillik ile azmettirme arasındaki ince çizgiyi çok iyi saptamak gerekmektedir. Bu nedenle faillik ve şeriklik arasındaki ayrımı netleştirebilmek amacıyla doktrinde üç farklı görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşler genel olarak objektif teori, subjektif teori ve fiil egemenliği teorisi olarak adlandırılmaktadır.⁵⁵

⁵⁰ Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 189.

⁵¹ Ersoy, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s. 193 vd.

⁵² İlhan Üzülmöz-Ahmet Hulusi Akkaş, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. II, S. 1-2, s. 78.

⁵³ Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", s. 163; Ersoy, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s. 192.

⁵⁴ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 531; Meral Ekici Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 8, S. 107-108, s. 61.

⁵⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, 531; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 402.

1. Objektif Teori

Bu görüş kendi içerisinde şekli objektif teori ve maddi objektif teori olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁵⁶

Doktrinde azınlıkta kalan şekli objektif teoriye göre⁵⁷, tipe uygun fiili gerçekleştiren herkes faildir. Buna karşılık, tipe uygun fiili gerçekleştirmeyen ancak fiilin gerçekleştirilmesinde katkısı bulunanlar ise şerik olabilir. Bu görüşün bir sonucu olarak, dolaylı faillikte dolaylı fail suçun icra hareketlerini bizzat gerçekleştirmede için dolaylı faillik kurumu dışlanmaktadır. Ayrıca, müşterek faillikte her zaman tipik fiilin tamamı gerçekleştirmediği için müşterek faillikte de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Teori bu yönden boşluk içerdiği için eleştirilmiştir.⁵⁸ Teoriye yönelik bir başka eleştiri konusu ise, teorinin hareket gibi dış dünyada karşılığı bulunan objektif bir unsurunu merkezine almasıdır. Bu durum, kasten öldürme suçunda olduğu gibi (TCK m. 81)⁵⁹ tipiklik unsurunun tanımlanmadığı sadece neticeye yer veren ceza normlarında, hareketin icrasının ve dolayısıyla suçun failinin belirlenmesinde birtakım zorluklara sebep olmaktadır.⁶⁰

Şekli objektif teorinin boşluklarını doldurmak amacıyla maddi objektif teori ortaya atılmıştır. Bu teoriye ilişkin birçok görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden “gereklilik” görüşüne göre, şayet kişinin fiilin işlenmesinde ortaya koyduğu katkı fiilin icrası bakımından olmazsa olmaz nitelikte ise, bu kişi faildir. Bu kapsamda ortaya konan bir diğer görüş olan “eş zamanlılık” görüşüne göre, fiilin işlenmesi sırasında katkı sağlayanlar faildir. Frank Teorisine göre, maddi açıdan doğrudan fiilin gerçekleştirilmesine sebep olma failliği karşılarken, başka bir kimsenin manevi durumunda nedensel katkıda bulunma şerikliği karşılamaktadır. Bir başka görüşe göre, faili belirlemede esas alınması gereken ölçüt tipik davranışların kısmen ya da tamamen gerçekleştirilmesi değil, failin tipik harekete katkısının tehlikelilik düzeyidir. Bu görüş, şekli objektif teoride göz ardı edilen dolaylı faillik kurumunu kapsar niteliktedir.⁶¹

⁵⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, 531; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 402.

⁵⁷ Doktrinde Liszt/Schmidt ve Hippel tarafından geliştirilen teorinin ayrıntıları için bkz. Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2001, s. 332, Aktaran: Keçelioğlu, “Faillik”, s. 77.

⁵⁸ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 450; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 531; Keçelioğlu, “Faillik”, s. 78.

⁵⁹ İlgili düzenleme şu şekildedir: “Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır”.

⁶⁰ Sarıgül, Suça İştirak, s. 61.

⁶¹ Sarıgül, Suça İştirak, s. 70; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 450; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 531; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 402.

2. Sübjektif Teori

Bu görüş, failin psikik durumunu ve iradesini esas almaktadır. “Kast teorisi” ve “menfaat teorisi” ile temellendirilmektedir. Kast teorisine göre, kişi, suçun işlenmesine fail olarak katılmak iradesindeyse ve fiili kendisinin bir eseri olarak arzularsa faildir. Buna karşılık kişi, suç ortağı iradesiyle hareket ediyor ve fiile yabancı olarak katılıp suçun işlenmesini teşvik etmek istiyorsa, o halde şeriktir. Menfaat teorisine göre, faillik ve şeriklik ayrımında fiilin işlenmesinde kimin ne kadar menfaati olduğu bu ayrımın esasını oluşturmaktadır. Fail, kendi menfaati doğrultusunda fiili icra ederken, şerik bir başkasının menfaati doğrultusunda fiile iştirak etmektedir.⁶² Sübjektif teorinin gelişmesiyle birlikte menfaat teorisi, kast teorisine birleşmiştir. Böylece kişinin fiilin işlenmesinde menfaati olup olmadığı, fiili kendisinin eseri olarak görüp görmediğinin bir ölçütü olarak değerlendirilmiştir.⁶³

Bu görüş, sübjektif iradenin tek başına fail-şerik ayrımını kesin ve hakkaniyete uygun biçimde birbirinden ayıramayacağı ve adalete aykırı sonuçları bünyesinde barındırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁴ Bir başka eleştiri konusu ise, teorinin şartların eşdeğerliğini esas almasıdır. Böylece teori tek failli sisteme yaklaşmaktadır. Teoriye yöneltilen başka bir eleştiriye göre, bu teorinin en önemli sorunlarından biri, bir başkasının menfaatine olarak fiili bizzat işleyen kişinin fail olarak değerlendirilememesidir. Buna karşılık, kendi menfaatine olarak işlenen fiilde ancak yardım niteliğinde katkıda bulunan kişi, fail olarak sorumlu tutulabilmektedir.⁶⁵

3. Fiil Egemenliği Teorisi

Fiil egemenliği görüşü, objektif ve sübjektif teorinin yetersiz olduğu kısımları göz önüne alıp her iki teoriyi de birleştirerek yeni bir sentez ortaya çıkarmıştır. Bu teoriye göre, suça katılan kişi, tipe uygun olayın gelişimini elde tutmayı kastederse faildir.⁶⁶ O halde, suça katılan kişinin fail olarak değerlendirile-

⁶² Sarıgül, Suça İştirak, s. 75; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 522; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 449; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 532; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 403.

⁶³ Demirel, Bağlılık Kuralı, s. 26.

⁶⁴ Sarıgül, Suça İştirak, s. 81; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 532; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 403; Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 27.

⁶⁵ Sarıgül, Suça İştirak, s. 74.

⁶⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 532.

bilmesi için doğrudan faillikte “fiil egemenliği”; dolaylı faillikte, arka plandaki kişinin “irade egemenliği”⁶⁷ ve müşterek faillikte bir iş bölümü nedeniyle “fonksiyonel egemenliği” bulunmalıdır. Bu nedenle, fail, tipe uygun olayın gelişiminde merkezdedir ve olayın gelişimini doğrudan doğruya etkileyebilir veya engelleyebilir. Şerik ise, olayın gelişiminde arka plandadır ve tipe uygun olayın gelişiminde bir etkiye sahip değildir. Dolayısıyla olayın gelişimini engelleyebilme gücünden yoksundur. Şerikin fonksiyonu tipe uygun fiilin işlenmesine sebep olma veya teşvik etme ile sınırlıdır.⁶⁸

B. Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik (TCK m. 37)

Bir iştirak biçimi olarak faillik TCK m. 37’de düzenlenmektedir. Birinci fıkrada, müşterek faillik tanımlanmıştır. Bu tanıma göre müşterek faillik “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirmek*”tir.

Fail, kanunda tanımlanan tipik fiili doğrudan kendisi gerçekleştirmeyebilir. Bir başka ifadeyle fail, suçun işlenmesinde başkasını araç olarak kullanabilir. Bu durumda dolaylı faillik söz konusu olur.⁶⁹ Maddenin ikinci fıkrasında dolaylı faillik tanımlanmıştır. Bu düzenlemedeki tanım esas alındığında dolaylı fail, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştirmek için, başkasını araç olarak kullanan kişi*”dir.⁷⁰

Böylece Kanunun suça iştirak bölümünde TCK m. 37’de faillik başlığı altında müşterek faillik ve dolaylı faillik olmak üzere iki tür faillik düzenlenmiş bulunmaktadır.⁷¹

1. Müşterek (Birlikte) Faillik

Mülga 765 sayılı TCK m. 64/1’de “*fiili irtikap etmek*” ve “*doğrudan doğruya beraber işlemek*” ifadeleri yer almıştı.⁷²

⁶⁷ Ayrıntılar için bkz. Sarıgül, Suça İştirak, s. 112.

⁶⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 523; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 451; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 532; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 403.

⁶⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 583.

⁷⁰ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 452.

⁷¹ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 406; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 452.

⁷² İlgili düzenleme şu şekildedir: “Birkaç kişi bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak ettikleri takdirde fiili irtikap edenlerden veya doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiile mahsus ceza ile cezalandırılır.”

“Fiili irtikap etmek” ifadesiyle kastedilen, tipe uygun hareketlerin gerçekleştirilmesiydi. “Doğrudan doğruya beraber işlemek” ifadesiyle kastedilense müşterek faillik idi. Buna göre “fiili doğrudan doğruya beraber işleyen” kişiyle “fiili irtikap eden” fail arasında bir iş bölümü vardı ve fiillerin eş zamanlı olması gerekmekteydi.⁷³

5237 sayılı TCK'da, müşterek failler “Suçun kanuni tanımında yer alan fiil⁷⁴ birlikte gerçekleştiren kişiler” (TCK m. 37) şeklinde tanımlanmıştır. Bu husus madde gerekçesinde “... suçun kanuni tanımında öngörülen fiili gerçekleştirilen kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır.” şeklinde ifade edilmiştir.⁷⁵

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court)'nün 25/3-1 maddesinde müşterek faillik düzenlenmektedir.⁷⁶ Düzenlemeye göre, başka bir şahsın cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, bu şahısla müşterek şekilde Mahkeme'nin yetkisine giren bir suç işleyen kişi, Statü'ye uygun olarak cezalandırılmaktan şahsen sorumludur.⁷⁷

Kanuni tipe uygun fiilin ortak hakimiyetle ve iştirak iradesiyle işlenmesi halinde müşterek faillik söz konusu olur.⁷⁸ Tipik fiilin gerçekleştirilmesi müşterek iş birliğine dayandığından müşterek faillik halinde eşdeğer sorumluluk ilkesi vücut bulur.⁷⁹

TCK m. 37'deki tanımda geçen “suçun kanuni tanımında yer alan fiil” ifadesinin amacı sınırlandırdığı, bu nedenle müşterek failerin mutlaka suçun icrasına katılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu ifadeden hareketle, müşterek failerin hareketleri aynı zamanda gerçekleştirilmeli ve belirli ağırlıkta öneme sahip ol-

⁷³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 586.

⁷⁴ Özen, maddede “fiil” ifadesinin kullanılmasını isabetli bulmamaktadır. Yazara göre, fiil ifadesi yoruma açıktır. Örneğin cinsel saldırı suçunda mağduru tutarak etkisiz hale getiren ve fiili gerçekleştiren kişi başkadır. Dolayısıyla mağduru etkisiz hale getiren suç ortağının sorumluluğu tartışmalıdır. Bu nedenle yazar, “fiil” ifadesi yerine “unsur” ifadesinin kullanılmasını önermektedir. Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı”, s. 244.

⁷⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 586.

⁷⁶ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (30.05.2022).

⁷⁷ Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 508.

⁷⁸ Özgenç, “Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...”, s. 72.

⁷⁹ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 453.

malıdır.⁸⁰ Buna karşılık bütün müşterek failerin olay yerinde bulunması gerekmemektedir. Önemli olan, eş zamanlı olarak gerçekleşen hareketlerin fiil üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli olmasıdır.⁸¹

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, müşterek faillik halinde, *karşılıklı dolaylı faillik* söz konusudur.⁸² Dolayısıyla, her bir müşterek fail bir diğerini suçun işlenmesinde araç olarak kullanmaktadır. Fakat bu görüş, bütün faillerin iştirak iradesi taşıdığı ve bir müşterek failin diğer bir müşterek faili araç olarak kullanmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁸³

Müşterek failliğin sübjektif ve objektif iki unsuru bulunmaktadır. Buna göre müşterek faillerde, *failin gerçekleştirilmesinde müşterek hakimiyet (objektif unsur)* ve *birlikte suç işleme iradesi (sübjektif unsur)* bulunmalıdır.⁸⁴ Bu nedenle suça katılan her bir kişi faildir. Başka bir deyişle, tipik fiil üzerinde müşterek hakimiyete sahip olanlar, fail olarak sorumludur.⁸⁵ Dolayısıyla, müşterek faille- rin sorumluluğu bağlılık kuralıyla açıklanamamaktadır.⁸⁶

Fiilsiz suç olmaz. Müşterek failliğin oluşabilmesi için dış dünyada bir karşılığı bulunan *fail üzerinde müşterek hakimiyet (objektif unsur)* bulunmalıdır. Müş- terek faillikte, suça katılan her bir müşterek failin tipe uygun fiili tam olarak gerçekleştirmesi gerekmemektedir.⁸⁷ Suça iştirak edenler, aralarında kararlaştırılan iş birliğine uygun olarak, tipik fiili kısmen de gerçekleştirirse, ortaya çıkan

⁸⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 524.

⁸¹ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 457; Özgenç, Genel Hükümler, s. 591; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 537.

⁸² Doktrinde Lange, Kohlrausch, Cramer, Schönke, Schröder, Baumann ve Weber tarafından savunulan görüş için bkz. İzzet Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1994, C. 4, S. 1-2, s. 160.

⁸³ Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", s. 160.

⁸⁴ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 453; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 409; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 535; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 525.

⁸⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 587.

⁸⁶ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 455; Özgenç, Genel Hükümler, s. 587; Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 72; Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli...", s. 160; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 536.

⁸⁷ Her ne kadar TCK m. 37'de "Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri..." ifadesi kullanılmışsa da bu ifadenin amacı doğru izah edemediği ileri sürülmüştür. Çünkü müşterek faillerin her birinin tek başına tipe uygun fiili gerçekleştirmesi gerekmemektedir. Her bir failin fiilinin tipe uygun fiilin belirli bir parçasını oluşturması yeterlidir. Bkz. Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 524.

neticeden müşterek fail olarak sorumludur. Bir banka soygununda, faillerden biri bankadakileri etkisiz hale getirirken diğeri kasadaki paraları alabilir. Bu durumda, haksızlığı oluşturan tipe uygun fiil üzerinde her bir failin ortak hakimiyeti vardır. Bu nedenle, müşterek fail statüsündedirler.⁸⁸

Buna karşılık, müşterek faillerin her biri, tipe uygun fiilin tamamını da gerçekleştirebilir. Örneğin, kasten öldürme (TCK m. 81) suçu bakımından bütün müşterek failler suçun başarılı bir şekilde tamamlanması ihtimalini artırmak için mağdura ateş edebilirler. Burada önemli olan, suçun başarılı bir şekilde tamamlanması ihtimalinin artmasıdır. Bu nedenle, müşterek faillerden birinin silahından çıkan kurşunun mağdura isabet etme ihtimali düşük olsa bile, ortaya çıkan haksızlıktan sorumlu tutulmalıdır.⁸⁹ Fiil üzerinde fonksiyonel egemenliklerinden ötürü, müşterek failler, ortaya çıkan netice bakımından ilgili suç için öngörülen cezanın tamamından sorumludur.⁹⁰

Müşterek failliğin söz konusu olabilmesi için, müşterek faillerin suçun işlenmesine katkısının belli bir ağırlıkta olması gerekir. Bu katkı sonucu, ya tek başına işlenmesi mümkün olmayan bir suçun işlenmesi sağlanır ya suçun işlenmesi kolaylaşır ya da başarısızlık ihtimali önemli ölçüde azalır.⁹¹ Bu ağırlığın ölçütü, suça iştirak eden her bir kişinin suçun işlenmesindeki katkısının, suçun başarılı bir şekilde işlenmesi için zorunlu olmasıdır (Fonksiyonel fiil hakimiyeti).⁹² Fakat bu ölçüt kullanılırken dikkatli olunmalıdır. Çünkü esasında bütün iştirak türlerinde, suç ortaklarının katkısıyla ortaya çıkan nedensel netice bakımından bir zorunluluk bulunmaktadır. Ancak, müşterek failler tipik fiilin gerçekleştirilmesinde fiili hakimiyete sahiptir. Müşterek faillik değerlendirilirken, somut olay, bütün koşullarıyla incelenmeli, müşterek faillerin tipe uygun fiilin gerçekleştirilmesindeki rolleri irdelenmelidir. Ancak *“bu katkıda bulunulmasaydı suç işlenmeyecekti”* şeklinde geriye dönük bir değerlendirmenin sağlıklı bir sonuç vermeyebileceğine dikkat edilmelidir.⁹³

⁸⁸ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411; Özgenç, Genel Hükümler, s. 587; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 456.

⁸⁹ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 456; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 535; Özgenç, Genel Hükümler, s. 592; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli...”, s. 166.

⁹⁰ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 538.

⁹¹ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 455; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 536.

⁹² Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 526.

⁹³ Sarıgül, Suça İştirak, s. 111; Özgenç, Genel Hükümler, s. 589; Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli...”, s. 163; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 456.

Suçun nitelikli hallerinin müşterek faillere sirayet edip etmeyeceği tartışmalıdır.

Koca-Üzülmez'e göre, fail ile mağdurun belirli akrabalık ilişkisinde olmasının nitelikli hal olarak kabul edildiği suçlarda, bu kişisel hal hangi müşterek failde bulunuyorsa, o fail suçun nitelikli halinden sorumludur. Diğer müşterek failler kanunun aradığı yakınlığı bilseler bile bu nitelikli halden sorumlu tutulamazlar.⁹⁴

Özgenç'e göre, bağlılık kuralının müşterek failliğe herhangi bir etkisi yoktur. Bu nedenle, müşterek faillikte, kast kapsamında olsa bile, nitelikli halin sirayeti söz konusu değildir.⁹⁵ Yargıtay'ın da bazı kararlarında bu görüşe yer verdiği görülmektedir.⁹⁶

Hakeri'ye göre, fiile ilişkin cezayı artıran nitelikli haller, bütün müşterek faillere sirayet eder. Örneğin, suçun silahla işlenmesi, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak öngörülmüşse ve suçun kanuni tanımına göre bütün müşterek faillerin suçu silahla işlemesi gerekmiyorsa, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal diğer müşterek faillere sirayet edebilmelidir. Buna karşılık, müşterek faillerden biri için öngörülen kişisel nitelikte cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal, diğer müşterek faille sirayet etmez.⁹⁷

Özbek-Doğan-Bacaksız'a göre, müşterek faillerin meydana gelen neticeden sorumluluğu bakımından bağlılık kuralına başvurmaya gerek yoktur. Yani, failler somut olayda meydana gelen ağırlaştırıcı hallerden sorumlu oldukları gibi hafifletici nedenlerden de faydalanabilir. Ancak yazarlar, ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebeplerin fiile ilişkin mi yoksa şahsi sebeplerden mi kaynaklandığının belir-

⁹⁴ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 482.

⁹⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 636; Sarıgül, farklı bir gerekçeyle aynı sonuca ulaşmaktadır. Yazara göre, kamu görevlisi sıfatı ağırlaştırıcı bir neden değil, suçun kurucu bir unsurudur. Buna bağlı olarak "özel faillik sıfatı" şeriklere sirayet etmemelidir. Bkz. Sarıgül, Suça İştirak, s. 314.

⁹⁶ "...Müşterek fail işlediği haksızlıkla doğrudan muhatap olduğundan, onun cezalandırılabilmesi için başka bir kurala ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçta birlikte işleyen failler, kendi fiillerine göre cezalandırılırlar. Zira, müşterek faillerin her birinin fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağlılık arz etmez. Bu nedenle, müşterek faillerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez..." Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 25.06.2014 tarihli E. 2014/1428, K. 2014/3654 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. ..." Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 25.06.2014 tarihli E. 2013/3531, K. 2014/3655 sayılı kararı. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E. T.: 23.11.2022).

⁹⁷ Hakeri, Genel Hükümler, s. 579.

lenmesi gerektiğini savunmaktadır. Şayet, somut olaydaki nitelikli hal, şahsi bir nedenden kaynaklanıyorsa ancak bu neden kendisinde bulunan fail hakkında uygulanır. Buna karşılık, somut olayda bulunan nitelikli hal, fiile ilişkinse, bu neden bütün müşterek failere uygulanmalıdır.⁹⁸

Evik'e göre, bağlılık kuralı hem faileri hem de şerikleri kapsamaktadır. Bu nedenle, bağlılık kuralının faileri kapsamadığı görüşünden hareketle, şahsi ağırlaştırıcı sebeplerin hiçbir şekilde diğer müşterek failere sirayet edemeyeceğini kabul etmek, ceza hukuku ilkeleriyle ve adaletle bağdaşmamaktadır.⁹⁹

Kanaatimizce, müşterek faillikte nitelikli hallerin sirayeti söz konusu değildir. Çünkü bağlılık kuralıyla, şerikler failerin fiillerine bağlanmaktadır. Bu yönden müşterek faillikte bağlılık kuralına başvurmaya gerek yoktur. Nitelikli hallerin diğer müşterek failer tarafından bilinmesi de sonucu değiştirmez.¹⁰⁰ Nitekim bazı Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, "*Müşterek fail işlediği haksızlıkla doğrudan muhatap olduğundan, onun cezalandırılabilmesi için başka bir kurala ihtiyaç yoktur. Bu nedenle suçu birlikte işleyen failer, kendi fiillerine göre cezalandırılırlar. Zira, müşterek failerin her birinin fiili haksızlık niteliğini kendi fiilinden alır ve diğerine bağlılık arz etmez. Bu nedenle, müşterek failerden birisinde bulunan nitelikli hal, diğerleri tarafından bilinse de onu etkilemez.*"¹⁰¹ Dolayısıyla, müşterek faillikte her bir failin sorumluluğu bir diğerinden bağımsız olarak genel hükümlere göre belirlenmelidir. O halde, cezayı hafifleten ya da ağırlaştırıcı kişisel nitelikli haller, sübjektif özellikte olduğundan yalnızca ilgili müşterek fail hakkında uygulanır. Buna karşılık cezayı hafifleten fiili sebepler hem objektif olduklarından hem de daha lehe olduğundan diğer müşterek failer, bu nedenlerden faydalanmalıdır. Cezayı ağırlaştırıcı fiili sebepler ise ancak bu nedenleri bilen suç ortağı hakkında uygulama alanı bulabilir.

İhmali suçlarda da müşterek faillik söz konusu olabilir. Birlikte suç işleme kararı altında, belirli bir sonucu engelleme yükümlülüğü bulunan birden fazla kişi, bu sonucu engelleme yükümlüğünü birlikte ihmal ederse ve sonuç gerçekleşirse,

⁹⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 536.

⁹⁹ Vesile Sonay Evik, "Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 9, S. 2 (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan Özel Sayısı), s. 296.

¹⁰⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 636.

¹⁰¹ Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 24.09.2014 tarihli E. 2014/1769, K. 2014/4149; 25.06.2014 tarihli E. 2014/1428, K. 2014/3654; 25.06.2014 tarihli E. 2013/3531, K. 2014/3655 sayılı kararları. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E. T.: 23.11.2022).

bu halde failler, müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir. Örneğin, bir hastanenin yoğun bakım ünitesindeki hasta bakıcılar, istedikleri ücreti alamadığı için, boykot yapmak düşüncesiyle, yoğun bakımdaki hastaların bakımını ihmal edip hastaların ölümüne sebep olabilir.¹⁰² İhmali suçların faillerinin de iştirak iradesi taşıması gerekir. Aksi takdirde, yan yana faillik kapsamında, her bir failin fiili genel hükümlere göre değerlendirilmelidir. Ayrıca ihmali suçlarda, suçun faili bakımından özel nitelik aranıyorsa, bağlılık kuralı gereği (TCK m. 40/2), bu niteliği taşımayan suç ortakları ancak azmettiren veya yardım eden olabilir.¹⁰³

İşlenen icrai bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmanın mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.

Koca-Üzülmez'e göre, icrai olarak işlenen bir suça ihmali hareketle katılmak mümkün değildir. Çünkü bu gibi hallerde, ihmali hareketin faili, icrai hareket üzerinde fiil hakimiyeti kuramamakta, dolayısıyla icrai olarak işlenen suça yardım etmektedir. Eğer, ihmali harekette bulunan kişinin fiili müstakil bir suç oluşturuyorsa, bu kişi, icrai hareketle işlenen suça yardımdan sorumlu tutulmalıdır.¹⁰⁴

Özgenç'e göre, icrai olarak işlenen suça ihmali davranışlarla katılmak mümkün değildir. Çünkü işlenen icrai suça kayıtsız kalarak neticeyi önleme yükümlülüğünü ihlal eden kişi hem işlenen icrai suça yardım etmekte hem de müstakil bir suç işlemektedir. Dolayısıyla, faillik, şerikliğe göre asli norm olduğundan ihmali suçu işleyen kişi bu suçun faili olarak sorumludur ve bu nedenle icrai suçun faili ile ihmali suçun faili arasında iştirak iradesi bulunsa bile müşterek faillik söz konusu olmaz.¹⁰⁵

Öztürk-Erdem'e göre, icrai bir suça ihmali davranışlarla müşterek fail olarak katılmak mümkündür. Ancak bunun için failler arasında bir iş bölümü bulunmalıdır.¹⁰⁶

¹⁰² Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 459; Özgenç, Genel Hükümler, s. 611.

¹⁰³ Zahit Yılmaz, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, C. 24, S. 1, s. 125; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 413; Hakeri, Genel Hükümler, s. 526; Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 346; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 61.

¹⁰⁴ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 459.

¹⁰⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 611; Ayrıca bkz. İzzet Özgenç, "İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2014, C. 2, S. 1-2, s. 7.

¹⁰⁶ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 413.

Demirbaş'a göre, icrai olarak işlenen bir suça ihmali davranışlarla müşterek fail olarak katılmak mümkündür. Bu gibi durumlarda icrai harekette bulunan failler ile ihmali harekette bulunan failer arasında iştirak iradesi olup olmadığı yönünde inceleme yapılmalıdır. İcrai suçun failleri ile ihmali suçun failleri arasında iştirak iradesi bulunuyorsa ve bu ihmali davranış ile suçun işlenmesi arasında nedensellik varsa, o halde müşterek faillik söz konusu olabilir. Buna karşılık, bu kişiler arasında iştirak iradesi yoksa, müşterek faillik söz konusu olmaz ve ihmali hareketi gerçekleştiren kişi sadece neticeyi önleme bakımından hukuki yükümlülüğü varsa sorumlu olabilir.¹⁰⁷

Hakeri'ye göre, icrai bir suça ihmali davranışla katılmak mümkün değildir. Bu gibi durumlarda, garantör kişi, icrai suça yardım eden olarak görünmekte ise de her zaman müstakil faildir.¹⁰⁸

Yurtlu'ya göre, icrai olarak işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmak, kural olarak, mümkündür. Ancak öncelikle ihmali hareketin failinin icrai fiile katkısı belirlenmelidir. Ancak her durumda icrai hareket ihmali hareketten önde değildir.¹⁰⁹

Kanaatimizce, icrai olarak işlenen suça ihmali davranışlarla müşterek fail olarak katılmak mümkün değildir. Çünkü bu gibi durumlarda, garantör olmayan ancak ihmali davranışta bulunan kişi, icrai olarak işlenen fiil üzerinde hakimiyet kuramamaktadır. Ayrıca, ihmali davranışta bulunan garantör kişinin neticeyi önleme yükümlülüğü varsa, bu kişi, icrai davranış sonucu oluşan neticeyi önleme yükümlülüğü altındadır ancak neticenin gerçekleşmesine hareketsiz kalmaktadır. Böylece garantör, belirli bir neticeyi önleme yükümlülüğüne aykırı davranarak hem ihmali suç işlemekte hem de işlenen icrai suça yardım etmektedir. Fakat faillik asli, şeriklik tali norm olduğundan, garantör kişiyi şartları varsa ihmali suçun faili olarak sorumlu tutmak gerekir. İcrai davranışta ve ihmali davranışta bulunan fail arasında birlikte suç işleme iradesi bulunsa bile, sadece garantörsel yükümlülüğün ihlali suretiyle başkasının icrai fiiline iştirak etmek mümkün görünmemektedir.¹¹⁰

¹⁰⁷ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 539.

¹⁰⁸ Hakeri, Genel Hükümler, s. 556.

¹⁰⁹ Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 349.

¹¹⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 611; Yılmaz, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik", s. 126; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 61; Aksi yönde görüş için bkz. Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 413.

Yalan tanıklık gibi sadece failin davranışlarıyla bizzat işlenebilen suçlarda müşterek faillğin söz konusu olmayacağı savunulmaktadır.¹¹¹

Suçun işlenmesine yönelik ayrıntılı planlama yapmak, tek başına müşterek faillik için yeterli değildir. Özellikle suça iştirak şekillerinden azmettirme ile karıştırılabilir.¹¹² Bu nedenle, planlama yapan kişi, fiilin işlenişini esaslı olarak diğer faille birlikte etkilemişse, bu halde şartları varsa müşterek fail olarak sorumlu tutulabilir.¹¹³

Fiil üzerinde müşterek hakimiyetin kurulabilmesi için, ilgili failin doğrudan fiile müdahale etmesi gerekli değildir. Örneğin suç örgütlerinde emir ve komutayı elinde bulunduran örgüt liderinin suçların işlenmesindeki genel planlaması ve direktifleri de suçun işlenmesinde etkili olduğu takdirde, fiil üzerinde müşterek hakimiyet olarak kabul edilmelidir. Çünkü örgüt liderinin planları ve direktifleri sayesinde suçlar tamamlanabilmektedir.¹¹⁴

Örgüt liderinin genel bir planlaması ve direktifleri suçun işlenmesinde doğrudan bir etkiye sahip değilse, örgüt lideri azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır.¹¹⁵

Diğer taraftan, örgüte katılan kişi, emir komuta zinciri içerisinde, soyut bir fonksiyon icra edebilir. Bir başka ifadeyle, örgüt üyesi, örgüt liderinin emirlerine kendini adanmış olabilir. Bu halde, örgüt üyesinin serbest iradesiyle hareket ettiğini söyleyebilmek güçtür. Bu nedenle, örgüt üyesinin işlediği suçlardan, örgüt liderinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması genel kurallara göre mümkündür.¹¹⁶

Buna karşılık kanun koyucu, TCK m. 220/5'te genel kuralın tam tersi bir düzenleme öngörmüştür: "*Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.*" Bu düzenleme karşısında örgüt liderinin sorumluluğunu belirlerken genel iştirak kurallarına başvurmak doğru sonuçlar vermeyebilir. Belirtmek gerekir ki bu düzenleme, mev-

¹¹¹ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 458; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 199; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 534.

¹¹² Özgenç, Genel Hükümler, s. 591.

¹¹³ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 537.

¹¹⁴ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 27; Özgenç, Genel Hükümler, s. 591.

¹¹⁵ Özgenç, Suç Örgütleri, s. 27; Özgenç, Genel Hükümler, s. 598.

¹¹⁶ Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 192; Özgenç, Suç Örgütleri, s. 27; Özgenç, Genel Hükümler, s. 598.

cut haliyle, objektif sorumluluğa yol açabilecek nitelikte olduğu için eleştirilmektedir.¹¹⁷

Gözcülük yapmak tek başına müşterek fail olmayı gerektirmemektedir. Önemli olan, gözcünün suçun işlenmesinde üstlendiği fonksiyondur. Gözcünün üstlendiği rol, suçun işlenmesi açısından olmazsa olmaz önemdeyse gözcü de müşterek fail olarak değerlendirilmelidir.¹¹⁸ Buna karşılık, gözcü suçun işlenmesinde önemli bir görev üstlenmemişse ve suçun işlenmesinde katkısı da son derece sınırlıysa, gözcü yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır. Gözcünün cezai sorumluluğunun tespitinde, hakim somut olayın bütün koşullarına göre bir değerlendirme yapmalıdır.¹¹⁹

¹¹⁷ Erkan Sarıtaş, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 669; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 455; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 538; Aydın, İştirak, s. 179 Zekiye Özen İnci, "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı", *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2014, C. 79, S. 1, s. 27; Muhammed Emre Tulay, "Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, C. 11, S. 38, s. 100; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 412; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 538; Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 84; Vesile Sonay Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı), s. 692; Mustafa Ruhan Erdem, "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2014, C. 2, S. 1-2, s. 29 vd.

¹¹⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20.02.2020 tarihli E. 2018/145, K. 2020/ 116 sayılı kararı: "İki gün önceki olayı öğrenen sanıklar ... ile ...'nin, yanına tabanca alan inceleme dışı sanık ... ile birlikte İnegöl'den Hasanoğlan'a gelmeleri, inceleme dışı sanık ...'i de alarak maktulü öldürme konusunda fikir ve irade birliği içerisinde önce maktulün çalıştığı kireç ocağına gitmeleri, maktulün işe gitmediğini öğrenmeleri üzerine aldıkları karar doğrultusunda bu sefer de maktulün evine gitmeleri, ...'in bahçe kapısından içeri girmesiyle birlikte sayıca üstün olduklarını göstermek, maktulün başka bir çıkış yolu bulunmayan bahçeden kaçmasına engel olmak ve aldıkları karar doğrultusunda ...'in öldürme eylemini yerine getirmemesi durumunda içlerinden birinin ...'in yerine geçmesi için o esnada açık olan bahçe kapısının hemen dışında beklemeleri, maktule ateş eden ...'i de alarak olay yerinden birlikte kaçıp suçta kullanılan tabancayı da saklamaları karşısında; sanıkların olay öncesinde, olay sırasında ve olay sonrasında sergilediği davranışlar birlikte değerlendirildiğinde; sanıklar... ve ...'in, hakkında kasten öldürme suçundan verilen mahkûmiyet hükümleri kesinleşen sanıklar ... ve... ile birlikte aldıkları öldürme kararı çerçevesinde, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurarak kasten öldürme suçuna TCK'nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldıkları kabul edilmelidir." <https://karararama.yargitay.gov.tr> (16.05.2022).

¹¹⁹ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 456; Özgenç, Genel Hükümler, s. 596; Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli...", s. 169; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 554; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 436.

Fiil üzerinde hakimiyet ifadesindeki “fiil” den kasıt, tipe uygun fiildir. Hazırlık hareketi niteliğindeki davranışlar, tipe uygun olmadığı için, bu hazırlık hareketini gerçekleştirenleri müşterek fail olarak sorumlu tutmak mümkün görünmemektedir.¹²⁰ Bir başka ifadeyle, salt hazırlık hareketine katılan kişi, müşterek fail olarak sorumlu tutulmamalıdır.¹²¹

Özgü suçlarda müşterek faillik özellik arz etmektedir. Bu tür suçlarda kanun koyucunun öngördüğü özel faillik şartları müşterek faillik bakımından da aranmaktadır.¹²²

Bağlılık kuralı gereği, özel faillik niteliğine sahip olmayıp özgü suça iştirak edenlerin şerik olarak cezalandırılabilmesi kuralı (TCK m. 40/2) mutlak bir kural olmayıp, bu kurala özel hükümlerde istisna getirilmesi mümkündür. Nitekim kanun koyucu, işkence suçunu (TCK m. 94) özgü bir suç olarak düzenlemiştir. Bu husus, “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren **kamu görevlisi** hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” ifadesinden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bağlılık kuralı gereği, fiil üzerinde hakimiyet kursa bile, suça katılan diğer kişilerin ancak şerik olarak cezalandırılabilmesi gerekirdi. Oysa kanun koyucu, “Bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.” düzenlemesiyle (TCK m. 94/4) özel bir cezalandırma hükmü öngörmüştür. Dolayısıyla kanun koyucu genel kuraldan ayrılarak, bu suçun işlenişine katılan diğer kişilerin kamu görevlisi gibi cezalandırılacağını açık bir şekilde düzenlemiştir.¹²³ Belirtmek gerekir ki doktrinde, TCK m. 94/4 hükmünün iştirak hükmü mü yoksa cezalandırma hükmü mü olduğu hususunun çözümü

¹²⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 597; Hakeri, Genel Hükümler, s. 554.

¹²¹ Dülger, “Suç Ortaklığı”, s. 116; Hakeri, Genel Hükümler, s. 554; Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, s. 243.

¹²² Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 458.

¹²³ Temiz, “Bağlılık Kuralı”, s. 2505; Muhammed Emre Tulay, “Suç Ortaklarının Ceza Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 70, S. 4, s. 1237; Hakeri, Genel Hükümler, s. 558; Doktrinde, TCK m. 28’in, m. 40/2’nin bir başka istisnası olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, TCK m. 28’de kanunun aradığı nitelikleri taşımayan kişinin özgü suçun failine cebir kullanılması halinde, suçun faili sayılacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık TCK m. 40/2’de özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceği, bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Böyle durumlarda iki hüküm birbiriyle çelişmektedir. Bu nedenle, TCK m. 28’in, TCK m. 40/2’nin istisnasını oluşturduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Hakeri, Genel Hükümler, s. 559.

zor bir mesele olduğu belirtilmektedir. Bu hükmün suça iştirak kapsamında TCK m. 40/2'nin bir istisnası olarak değil, cezalandırma hükmü olarak değerlendirilebildiği de görülmektedir.¹²⁴

Birlikte suç işleme iradesi failer arasında bağlantı kuran sübjektif unsurdur. Fonksiyonel olarak fiilin müşterek katkıyla işlenmesi tek başına yeterli değildir. Faillerin muhakkak birbirini tanıması gerekmediği gibi, mutlaka suçun işlenmesinden önce yapılan bir plan dahilinde hareket etmesi de gerekmemektedir.¹²⁵ Önemli olan, en geç suçun işlenmesi anında, müşterek failerin belirli bir fiilin işlenmesi için anlaşmış olmasıdır. Buna karşılık, sona ermiş bir fiile sonradan geriye dönük olarak iştirak etmek mümkün değildir. Ancak, mütemadi (kesintisiz) suçta olduğu gibi, tamamlanmış bir suç, sona ermemişse, suça iştirak etmek mümkündür. Fakat, suça katılmasından önce gerçekleşen cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller, suça sonradan iştirak eden müşterek fail bakımından, uygulama alanı bulmamalıdır.¹²⁶

Suçta katılan birden fazla kişi arasında müşterek faillik ya da iştirak ilişkisinin oluşabilmesi bakımından suça katılan kişilerin kusurlu olması şartı kanunda yer almamaktadır. Dolayısıyla, kusur yeteneği olmayan bir kişi ile kusur yeteneği bulunan bir kişi iştirak iradesi kapsamında tipik fiil üzerinde hakimiyet kurarsa, müşterek faillik oluşabilir.¹²⁷

Suçun işlenmesi esnasında, diğer failerin açık veya örtülü rızasının alınması, müşterek failliğin oluşması bakımından yeterlidir.¹²⁸ Fakat tipik fiilin birden fazla fail tarafından, birbirinden habersiz ve birlikte suç işleme iradesi bulunmaksızın işlenmesi halinde iştiraktan değil, yan yana faillikten bahsedilir. Yan yana faileri müşterek fail olarak sorumlu tutmak mümkün değildir.¹²⁹

¹²⁴ Özen, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", s. 249.

¹²⁵ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 409; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 453; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 63.

¹²⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 535; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 409; Hakeri, Genel Hükümler, s. 543.

¹²⁷ Özgenç, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli...", s. 161.

¹²⁸ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 536; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 409; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 453; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 526.

¹²⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 601; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 472; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 526; Hakeri, Genel Hükümler, s. 543; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 64.

Müşterek failliğin oluşabilmesi bakımından, mutlaka karşılıklı ve birbirine uygun aynı suçu işleme iradesi bulunmalıdır.¹³⁰ Fakat müşterek failliğin aksine şeriklik ilişkisinin oluşabilmesi için tek taraflı iştirak iradesi yeterlidir. Bu halde, kasten icrasına başlanan bir suça daha sonradan iştirak anlaşması bulunmaksızın tek taraflı olarak katkıda bulunan kişi, şartları varsa yardım eden olarak sorumludur.¹³¹ Bu husus, madde gerekçesinde de belirtilmektedir.¹³² Örneğin, bankanın soyulacağından bir şekilde haberdar olan güvenlik görevlisi, soyundan önce, banka kapısını açık bırakarak gitmişse, karşılıklı ve birbirine uygun birlikte suç işleme iradesi bulunmadığından, güvenlik görevlisini müşterek fail olarak sorumlu tutmak mümkün görünmemektedir.¹³³

Müşterek failer arasında alınan ortak karardaki önemsiz sapmalar müşterek failerin sorumluluğunu etkilememektedir. Buna karşılık, müşterek failerden bir kısmı, bilinçli olarak kararlaştırılan planın tamamen dışına çıkabilir ve daha ağır bir netice ya da kararlaştırılan neticenin yanında başka bir netice daha gerçekleştirilir. Bu gibi hallerde, diğer müşterek failerin birlikte suç işleme kararını aşan kısım bakımından kastı bulunmamaktadır. Bu nedenle diğer müşterek faileri birlikte suç işleme iradesi kapsamında kararlaştırılmayan fiilden sorumlu tutmak mümkün görünmemektedir. Örneğin, A, B ve C kişileri, bir konutta hırsızlık yapmak hususunda anlaşılır. Bu kişiler arasında kararlaştırılan plana göre, mağdura kesinlikle cebir ve tehdit kullanılmayacaktır. Suçun işlenmesi esnasında, olayı fark eden mağdura karşı C'nin kuvvet kullanması halinde, aralarında kararlaştırılan plana aykırı olduğu için, bu fiilden A ve B sorumlu tutulmamalıdır. Belirtmek gerekir ki suç planı ne kadar soyut olursa, sorumluluk da o kadar genişler.¹³⁴

¹³⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 526; Özgenç, Genel Hükümler, s. 599; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 453.

¹³¹ Dönmezer -Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 482; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 537; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 453.

¹³² "...Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir."

¹³³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 602.

¹³⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 602; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 454; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 410; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 540; Hakeri, Genel Hükümler, s. 586; Hafizoğulları- Özen farklı görüştedir. Yazarlara göre gerek daha ağır neticenin gerekse kararlaştırılan neticenin yanısıra başka bir neticenin oluşması halinde suç ortaklarının kararlaştırılmayan fiilden sorumlu tutulabilmeleri için, ortaya çıkan kararlaştırılmadan farklı netice ile suç ortaklarının hareketi arasında nedensellik bağı bulunmalı ve ortaya çıkan netice olağan hayat tecrübelerine göre olağan bir netice olmalıdır. Bkz. Hafizoğulları-Özen, Genel Hükümler, s. 344; Ayrıca bkz. Aydın, "Suça İştirak Hükümlerinin...", s. 7.

Müşterek failler, kasten hareket etmelidir. Müşterek faillerden bir kısmı doğrudan kastla, diğer kısmı olası kastla hareket edebilir.¹³⁵ Nitekim Yargıtay da güncel bir kararında olası kastla işlenen suçlarda müşterek faillik ilişkisinin kurulabileceğini belirtmiştir.¹³⁶

Bazen bir suç tipinin oluşabilmesi için genel kast yeterli olmaz. Bazı suçlarda, belirli bir amaç ya da saikle fiilin gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Müşterek faillikten bahsedebilmek için, bütün müşterek failerin kanunun aradığı amaç ya da saikle hareket etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bu amaç veya saikle hareket etmeyen suç ortakları yönünden tipik fiil veya fonksiyonel bir iş bölümüne dayalı olarak tipe uygun fiilin belli bir kısmı gerçekleşmediğinden faillikten değil, şartları varsa şeriklikten bahsedilebilir.¹³⁷

¹³⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 599.

¹³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.02.2020 tarihli, E. 2020/377, K. 2020/2961 sayılı kararı: *"Bu bilgiler ışığında, doğrudan işlenen suçların, olası kastla işlenmesi durumunda da iştirakin mümkün olabileceği, ancak olası kastı netice belirleyeceğinden, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün mümkün olamayacağı belirlenmektedir. 'olası kastla işlenen suçlarda netice kastı belirlemektedir, neticenin gerçekleştiği bir yerde, artık o suça teşebbüs yoktur"*

Olası kastla işlenen suçlarda, netice öngörülmesine rağmen 'olursa olsun' diyerek sanıklar tarafından birlikte ateş edilmesi durumunda, sanıkların bu neticeyi kabul ettikleri nedenle, olası kastla yaralamadan sorumlu olmaları gerekmektedir.

Olayımızda, sanıklar sabahki yaralama olayını bahane ederek, akşam tüfekleri ile olay yerine gitmişler ve ...' ı beklemeye başlamışlardır. Sanıklar iştirak halinde fikir ve eylem birliği içerisinde olay yerine gelmişlerdir. ...'ın komşusu ve akrabası mağdur ... ile olay yerine gelmesi üzerine ... evine girmiş, mağdur ... ise tarafları sakinleştirmeye çalışmıştır. Ancak bu konuda başarılı olamayınca ve ... da tüfekte evden çıkınca sanıklar iştirak halinde fikir ve irade işbirliği içinde arada kalan mağdur ...'ın da yaralanabileceğini öngörerek ...'a ateş etmişlerdir. Bu ateş sonucunda mağdur ... saçma taneleri ile alınan kati rapora göre hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmıştır.

Sanıkların iştirak halinde tüfekleri ile olay yerine gelmeleri, birlikte tüfekleri ile olayları yatıştırılmaya çalışan mağdur ...'ın da yaralanabileceğini öngörerek tüfekte ...'a doğru ateş etmeleri sonucu, mağdur ...'ın saçma taneleri ile hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanması olayında, sanıkların iştirak halinde olası kastla yaralama suçunu işledikleri belirlenerek yerel mahkemece sanıklar hakkında, TCK'nın 37/1. maddesi delaletiyle TCK'nın 86/1, 86/3-e, 87/1-d-son, 21/2, 62. maddeleri gereğince 2 yıl 1 er ay hapis cezası verilmiştir.

Olay yerinde tek sanık olması halinde bu kişinin tüfekte ateş etmesi, araya giren kişinin yaralanması durumunda, olası kastla yaralanmanın kabul edildiği, ancak aynı olayda birden fazla sanığın tüfekte ateş etmesi durumunda 'olası kasta iştirak olmaz' denilerek tüm sanıkların beraati yoluna gidilmesi usul, yasa, adalet ve hakkaniyete aykırı olacaktır, diğer taraftan aynı amaçla iştirak halinde fikir ve eylem birliği içinde olay yerine gelen birlikte tüfekte ateş eden, olası kastla yaralama suçunu işleyen sanıkların cezasız kalması durumu söz konusu olacaktır." <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasistemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: 16.05.2022).

¹³⁷ Koca-Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 454; Özgenç, Genel Hükümler, s. 600.

Müşterek failer tarafından icrasına başlanan suç teşebbüs aşamasında kalmış olabilir. Müşterek faillerden biri, teşebbüs aşamasında kalan suç, daha sonra diğerlerinin bilgisi ve katılımı olmadan bilahare tamamlayabilir. Bu halde diğer müşterek faileri tamamlanan suçtan sorumlu tutmak mümkün görünmemektedir. Buna karşılık, teşebbüs aşamasında kalmış bir suç bilahare tamamlayan fail, genel hükümlere göre, tamamlanmış suçtan sorumlu tutulabilir.¹³⁸

Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda, müşterek failerin temel suç tipini işlemek üzerine anlaşması ve ortak katkıyla fiili gerçekleştirmeleri yeterlidir. Fakat ortaya çıkan ağırlaştırılmış netice bakımından, müşterek failerin en azından taksirle hareket etmesi gerekir (TCK m. 23).¹³⁹ Buna karşılık, ortaya çıkan ağırlaştırılmış netice bakımından taksiri bulunmayan müşterek failerin bu ağır neticeden sorumlu tutulmaması gerekir.¹⁴⁰ Ancak müşterek failerden biri, ağırlaşan netice bakımından kasten hareket etmişse, bu müşterek fail ağır neticeden sorumlu tutulmalı, diğer müşterek failer ağır neticeden sorumlu tutulmamalıdır.¹⁴¹

Suç birliktelikte işleyen failerden birinin hatasının müşterek failerin sorumluluğunu etkileyip etkilemediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, müşterek failerden birinin davranışı objektif açıdan suç planının dışında kalmaktadır ve bu nedenle müşterek failer ortaya çıkan neticeden sorumlu tutulmamalıdır. Buna karşılık doktrinde baskın görüşe göre müşterek failerden birinin hatası, diğer müşterek failerin sorumluluğuna etki etmemektedir. Çünkü, işlenen suç, planlanan program dahilinde işlenmeye devam etmektedir.¹⁴² Müşterek failer arasında kararlaştırılan suç işleme planındaki önemsiz sapmalar, müşterek failiğin kabulüne engel olmamalıdır. Öyle ki, mağdur öldürmek isteyen müşterek failerden biri,

¹³⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 602; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 454; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 410; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 540; Hakeri, Genel Hükümler, s. 586; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 64.

¹³⁹ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 454; Özgenç, Genel Hükümler, s. 603; Öztürk-Erdem, Genel Hükümler, s. 410; Hakeri, Genel Hükümler, s. 558; Aydın, uygulamada taksir karinesinin kabulü halinde, TCK m. 23'ün pratik bir faydasının kalmayacağını savunmaktadır. Bkz. Aydın, İştirak, s. 268; Sarıgül, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçların taksirli suçlarda da söz konusu olabileceğini, iştirak hükümleri bakımından önem arz eden hususun kasten işlenebilen suçlardaki neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümleri olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Sarıgül, Suça İştirak, s. 222.

¹⁴⁰ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 541; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 410; Dülger, "Suç Ortaklığı", s. 118.

¹⁴¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 603.

¹⁴² Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 455; Özgenç, Genel Hükümler, s. 604; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411.

şahısta hata sonucu, müşterek faillerden birini yaralar ya da öldürürse diğer müşterek faillerin sorumluluğunda bir değişiklik olmamalıdır.¹⁴³

Suç ortağı, özgü suçun failinin, kanunun aradığı özel nitelikleri taşıdığını bilmiyorsa, bu hatası esaslıdır. Dolayısıyla bu hatasından faydalanmalı ve fiili başka bir suç oluşturmuyorsa, sorumlu tutulmamalıdır.¹⁴⁴

Taksirli suçlarda müşterek failliğin mümkün olup olmayacağı tartışmalıdır. Doktrinde hakim görüşe göre, taksirli suçlara iştirak mümkün değildir.¹⁴⁵ Taksirli suçlarda iştirakin mümkün olabileceğini savunan görüş, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinde karar birliğinden hareket etmektedir. Fakat Kanun, suça iştirakte, faillik ve şeriklik için kanuni tarife uygun belirli bir neticenin gerçekleşmesini ya da en azından teşebbüs aşamasında kalmasını aradığından, taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığı kanısındayız.¹⁴⁶

2. Dolaylı Faillik

Mülga 765 sayılı TCK'da dolaylı failliğe ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı.

5237 sayılı TCK m. 37/2'de dolaylı faillik şu şekilde düzenlenmiştir: *“Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır.”*

Suçta iştirak hükümlerinin mehzaz kanunu niteliğindeki Alman Ceza Kanunu m. 25/1'de dolaylı fail, *“suçu başkası aracılığıyla işleyen kişi”* olarak tanımlanmaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (Rome Statute of the International Criminal Court)'nün 25/3-1 maddesinde dolaylı faillik düzenlenmektedir.¹⁴⁷ Düzenlemeye göre, tüzüğe uygun olarak, Mahkeme'nin yetkisine giren

¹⁴³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 602; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411.

¹⁴⁴ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 557; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 549; Tulay, “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi”, s. 1236.

¹⁴⁵ Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 495; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 560; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411; Özgenç, Genel Hükümler, s. 611; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 495.

¹⁴⁶ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 560; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411; Özgenç, Genel Hükümler, s. 611; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 495.

¹⁴⁷ <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf> (E. T.: 30.05.2022).

bir suçtan dolayı kişiler “başka bir şahıs vasıtasıyla suç işlemesi” halinde cezai sorumluluk taşımakta ve cezalandırılabilirlerdir.¹⁴⁸

Dolaylı failliğin, bir iştirak türü olup olmadığı tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar, iştiraktan “suç için bir araya gelme”yi anlamakta, birden fazla kişinin suçun işlenmesine katılmasını yeterli görmektedir. Bu katılma, failin fiiline katılma değil, suç için bir araya gelmedir. Bu yazarlara göre, TCK sistematüğinde dolaylı failliğin “suça iştirak” bölümünde düzenlenmesi, dolaylı faillik halinde iştirak ilişkisi kurulduğunun bir kanıtıdır.¹⁴⁹

Buna karşılık, diğer bazı yazarlar ise, iştiraktan kasten ve kusurlu davranan bir failin fiiline katılmayı anlamakta, dolayısıyla, dolaylı faillikte ön planda tipik hareketleri gerçekleştiren kişi, kasten ve kusurlu hareket etmediği için, dolaylı faillikte iştirak ilişkisinin varlığını reddetmektedir. Ayrıca dolaylı failin hukuka uygun hareket ettiği hallerde de bir iştirak ilişkisi söz konusu olamamaktadır. Dolayısıyla, bu yazarlara göre, bu gibi hallerde, arka planda araç kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kuran kişinin cezalandırılabilmesi için dolaylı faillik kurumu öngörülmüştür.¹⁵⁰

Kanaatimizce, “suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir” (TCK m. 40/1). Dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişi, fiilini çoğunlukla kasten veya hukuka aykırı olarak işlememektedir. Ayrıca, dolaylı fail ile araç kişi arasında da bir iştirak iradesi bulunmamaktadır. Bu nedenle, dolaylı failliğin iştirakin bir türü olmadığı kanaatindeyiz. Buna karşılık, dolaylı faillik ve iştirak ilişkisini kusurlu davranış üzerinden açıklayan görüşe katılmıyoruz. Kanun koyucu, TCK m. 40/1’de sınırlı bağıllık kuralını benimsediği için, kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığını yeterli görmüştür.¹⁵¹ Suça iştirakin varlığı için ayrıca kusurlu bir fiil şartı aranmamaktadır. Aksine, “Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” (TCK m. 40/1).¹⁵²

¹⁴⁸ Tezcan-Erdem-Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 508.

¹⁴⁹ Aydın, İştirak, s. 145; Dülger, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, s. 118; Sınar, “Türk Ceza Kanunu’nda Dolaylı Faillik”, s. 61; Yılmaz, İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, s. 131.

¹⁵⁰ Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 66; Hakeri, Genel Hükümler, s. 561; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 414; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 461; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 228.

¹⁵¹ Meral Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sırayeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 64, S. 3, s. 649.

¹⁵² Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 72 vd., Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 66; Hakeri, Genel Hükümler, s. 561; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 414; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 461; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 228.

Kanun koyucu, TCK'da dolaylı failliği bir iştirak şekli olarak “suça iştirak” başlığı altında düzenlediğinden, çalışmamızda bu kapsamda incelenmektedir.

Suç oluşturan hareketler, bazen doğrudan müstakil fail tarafından gerçekleştirilmez. Bunun yerine fail, arka planda kalır ve bir başkasının fiili ve iradesi üzerinde hakimiyet kurarak, onu araç olarak kullanır.¹⁵³ Bu halde, “işlemeyi kastettiği suçu, arka planda kalıp bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işleyen kişi” dolaylı fail olarak adlandırılır.¹⁵⁴ Dolaylı fail yerine, masa başı fail, failin arkasındaki fail, arka plandaki kişi gibi kavramların da kullanıldığı görülmektedir.

Dolaylı failin cezalandırılabilmesi için genel iştirak kuralları dışında açık bir hükme ihtiyaç olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, iştirakin varlığı için failin fiiline iştirak iradesiyle katılan ikinci derecedeki fiillerin varlığı yeterlidir. Bu görüşe göre, kusur yeteneği bulunanlar da kusur yeteneği bulunmayanların fiiline iştirak edebilir. Kusur yeteneği bulunan dolaylı fail, kusur yeteneği bulunmayan araç kişinin fiiline iştirak etmektedir. Bu nedenle dolaylı failliğin cezalandırılması için ayrıca bir hükme ihtiyaç yoktur. Nitekim 765 sayılı mülga TCK döneminde, dolaylı faillik özel olarak düzenlenmediği halde, dolaylı failerin cezalandırılması hususunda uygulamada bir duraksama yaşanmamıştır.¹⁵⁵

Buna karşılık katıldığımız başka bir görüşe göre, dolaylı faillik kanunda açıkça düzenlenmelidir. Çünkü kişinin bir başkasının icra ettiği fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için, iştirak iradesi ile kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş bir fiilin varlığı zorunludur. Oysa dolaylı faille araç kişi arasında iştirak iradesi yoktur. Hatta dolaylı fail araç kişinin iradesi üzerinde egemenlik kurmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, fiili icra eden araç kişi, çoğunlukla, hukuka uygun hareket ettiğinden veya kastı bulunmadığından bu kişi yönünden suç oluşmamakta dolayısıyla fail olarak cezalandırılmamaktadır. Dolayısıyla bağlılık kuralının uygulama alanı bulabilmesi için kasten ve hukuka aykırı bir fiil gerektiğinden

¹⁵³ Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., Berlin, 2015, s. 242 vd.

¹⁵⁴ Hasan Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, C. 6, S. 15, s. 59; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 462.; Özgenç, Genel Hükümler, s. 612; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 414; Hakeri, Genel Hükümler, s. 560; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 541; Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 42; Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 64; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 221.

¹⁵⁵ Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 61; Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 24.

(TCK m. 40/1) sadece bağlılık kuralı meselenin çözümü bakımından yeterli olmamaktadır. Hal böyle olunca, araç kişiyi fiili işlemeye yönelten dolaylı failin cezalandırılabilmesi için özel bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁵⁶

Arka plandaki fail, suçu icra eden kişinin fiili üzerinde çeşitli şekillerde hakimiyet kurmaktadır. Bunlardan ilki icra hareketini gerçekleştiren araç kişinin hatasıdır. Arka plandaki failin, suçun işlenmesine yönelik davranışları gerçekleştiren kişi üzerinde hakimiyet kurabilmesi için, fiili gerçekleştiren kişinin kastı kaldıran bir hataya düşmüş olması gerekir. Dolayısıyla, hatanın esaslı bir hata olması gerekir.¹⁵⁷ Şayet fiili icra eden kişinin bu hatası önemsizse, arka plandaki kişinin fiil ve irade üzerinde hakimiyet kurması söz konusu değildir.¹⁵⁸ Arka plandaki kişi, tipik hareketleri gerçekleştiren araç kişiyi yanıltabileceği gibi araç kişinin mevcut hatasından faydalanabilir.¹⁵⁹

Dolaylı failin araç kişinin fiili üzerinde hakimiyet sağladığı diğer bir hal, araç kişiye *cebir veya tehdit* uygulamasıdır. TCK m. 28'e göre, "*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.*" Bu durumda, tipik fiili gerçekleştiren araç kişinin sınırlı da olsa kendi fiili üzerinde hakimiyeti bulunmaktadır. Fakat arka plandaki dolaylı failin irade üstünlüğü, onu, tipe uygun fiili gerçekleştiren araç kişinin fiili üzerinde hakim konuma getirmektedir. Belirtmek gerekir ki, araç kişinin fiili üzerinde hakimiyet kurulabilmesi için, uygulanan cebir ve şiddetin belirli ağırlıkta olması gereklidir. Cebir veya tehditle ihlal edilen hukuki değer, suçun işlenmesiyle ihlal edilen hukuki değerden daha önemli ya da en azından eş değer olmalıdır. Aksi takdirde, mesele iştirake ilişkin genel hükümlere göre çözümlenmelidir.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Hakeri, Genel Hükümler, s. 561; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 414; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 461; Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 66; Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti, s. 228; Yılmaz, İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, s. 130.

¹⁵⁷ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 418; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 462.; Özgenç, Genel Hükümler, s. 612; Hakeri, Genel Hükümler, s. 561; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 543; Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 69.

¹⁵⁸ Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 72.

¹⁵⁹ Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 465; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 418; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 543; Özgenç, Genel Hükümler, s. 612.

¹⁶⁰ Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 78; Hakeri, Genel Hükümler, s. 563; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 418; Özgenç, Genel Hükümler, s. 613; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 463; Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 75.

Suç işleyen araç kişi üzerinde kullanılan cebirin, onu soyut bir konuma getiren mutlak bir cebir olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Aksi takdirde, suç işleyen araç kişi, arka plandaki failin eli, kolu gibi hareket eder ve arka plandaki kişi dolaylı fail olarak değil doğrudan fail olarak sorumlu olur.¹⁶¹

Arka plandaki failin tipik fiili gerçekleştiren kişinin fiili üzerindeki hakimiyetini sağlayan üçüncü hal, kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmasıdır.¹⁶² Bu durumda kusur yeteneği bulunmayan kişiyi kullanan arka plandaki kişi, dolaylı fail olarak sorumludur. Örneğin 8 yaşındaki bir çocuğa, bir eve girip evdeki eşyalardan bir kısmını kendisine getirmesini söyleyen A, çocuğun söyleneni yapması halinde, dolaylı fail olarak sorumludur.¹⁶³

Kusur yeteneği olmayanların suçta araç olarak kullanılmaları halinde, arka plandaki kişinin sorumluluğu bakımından dolaylı faillik ile azmettirme sıklıkla karıştırılmaktadır. Azmettirme bakımından bağlılık kuralının düzenlendiği TCK m. 40/1'de "*Suçta iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir.*" denilmek suretiyle kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterli görülmüş ve şerikin sorumluluğu yönünden failin kusurlu olması ayrıca aranmamıştır. Dolayısıyla kusur yeteneği bulunmayanların bir şekilde suç işlemeye yönlendirilmesi halinde, arka plandaki kişinin dolaylı fail mi yoksa azmettiren mi olduğu tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüşe göre, sorunun çözümünde genel prensiplere başvurulmalıdır. Buna göre, arka plandaki kişi, suçu işleyen kişinin kusur yeteneği olmadığını biliyor ve bu durumdan faydalanmak istiyorsa, arka plandaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Buna karşılık, arka plandaki kişi, suçu işleyen kişinin kusur yeteneği olmadığını bilmiyorsa azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır.¹⁶⁴

Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin rızasına dayanarak işlenen fiil bir hukuka uygunluk sebebine dayanmaktadır (TCK

¹⁶¹ Toroslu-Toroslu, Genel Kısım, 2019, s. 328; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 463; Zeki Hafizoğulları, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/L'inesigibilita)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57, S. 3, s. 363; Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 52.

¹⁶² Demirbaş, Genel Hükümler, s. 543; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 462; Özgenç, Genel Hükümler, s. 613; Öztürk-Erdem, Genel Hükümler, s. 417; Hakeri, Genel Hükümler, s. 563.

¹⁶³ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 418; Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 80.

¹⁶⁴ Hakeri, Genel Hükümler, s. 563; Öztürk-Erdem, Genel Hükümler, s. 418; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 469; Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 80.

m. 26). Bu durumda, tipik fiilin oluştuğundan bahsedebilmek mümkün değildir. Buna karşılık araç kişinin hukuka uygun hareket ettiği bazı durumlarda, arka plandaki kişi, araç kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurduğundan, dolaylı fail olarak tipe uygun olmayan fiilden sorumlu olabilir. Örneğin, dolaylı fail, araç kişiyi hataya düşürerek, araç kişinin kendi malını tahrip ettirirse, mala zarar verme (TCK m. 151) suçu açısından bu fiil tipik değildir. Buna karşılık arka plandaki kişi bu fiilden sorumlu tutulabilir.¹⁶⁵ A, suç işlemediğini bilerek B hakkında ihbarda bulunur. Bunun üzerine B tutuklanır. Soruşturma ve kovuşturma makamının tutuklama kararı, kanunun verdiği yetkiye dayandığı için hukuka uygundur (TCK m. 24/1). Buna karşılık, A, bu makamları suç işlemek amacıyla araç olarak kullanmaktadır. Nitekim TCK m. 267/4'te bu hususa ilişkin özel bir dolaylı faillik düzenlemesi öngörülmüştür. Buna göre, gözaltına alınan ya da tutuklanan mağdur hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı ya da beraat kararı verilmesi halinde, iftira suçunun faili, ayrıca dolaylı fail olarak, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109) suçundan sorumludur.¹⁶⁶

Tipe uygun olmayan davranışlardan bir diğeri de intihardır. İntihar, kişinin kendi yaşamına son vermesidir. Kural olarak, bir kimse, bir suçun hem faili hem de mağduru olamaz. İntihar halinde tipik bir davranıştan bahsedebilmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle intihar eden kişi, intihar fiilinden dolayı sorumlu tutulmamalıdır. Dolayısıyla, kusur yeteneği olmayanların intihara sevk edilmesi ve cebir veya tehdit ile kişinin intihara zorlanması, atipik fiillerin başlıca örneğidir. Arka plandaki kişi, ön planda intihar fiilini gerçekleştiren kişinin iradesi üzerinde egemenlik kurmaktadır. Fakat kanun koyucu, genel kuraldan ayrılarak TCK m. 84/4'te özel bir hüküm öngörmüştür. Buna göre *“İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan*

¹⁶⁵ Demirbaş, Genel Hükümler, s. 546; Hakeri, Genel Hükümler, s. 561; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 463, Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 68; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 417.

¹⁶⁶ Şahin, “Dolaylı Faillik Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 77; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 546; Öztürk-Erdem, Genel Hükümler, s. 417; Hakeri, Genel Hükümler, s. 563; Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s. 212.

Yargıtay 21. Ceza Dairesinin 30.11.2015 tarihli ve E. 2015/3889., K. 2015/5672 sayılı kararı: *“6136 sayılı Kanuna muhalefet suçunu işleyen sanığın, kardeşi Y. Ç. kimlik bilgilerini kullanmış olması nedeniyle kardeşi Y. Ç. Küçükçekmece 5. Asliye Ceza mahkemesinin 2006/42 Esas sayılı dosyasında bu suçla ilgili olarak yargılandığı, yargılama sırasında 05.07.2006 tarihinde göz altına alındığı ve sonuçta yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraate hükmedildiği anlaşılmalı, sanığın ayrıca 5237 sayılı Yasanın 267/4 maddesi uyarınca ‘kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan’ da dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğinin gözetilmemesi, bu konuda açılmış bir dava bulunmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.”*

kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar.”. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm açıkça öngörülmemiş olsaydı bile dolaylı faillik hükümlerinin (TCK m. 37) uygulanabileceği ileri sürülmüştür.¹⁶⁷

Diğer taraftan, prensip olarak, fail ve mağdur kavramlarının aynı kişide birleşmemesinden hareketle dolaylı fail ile mağdurun aynı kişi olamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, A'nın herhangi bir nedenle kendisini yaralaması için üçüncü kişiye cebir uygulaması ve üçüncü kişinin A'yı yaralaması halinde, üçüncü kişi cebir etkisi altında suç işlediğinden cezalandırılmayacak (TCK m. 28), A ise suçun mağduru olduğundan kural olarak fail sayılmayacaktır.¹⁶⁸ Yine dolaylı failin, kasten kusur yeteneğini ortadan kaldırarak kendisi üzerinde hakimiyet kurmasının mümkün olmadığı savunulmuştur. Alman Ceza Kanunu m. 25/1'de bir başkası anlamında kullanılan “*einen andaren*” ve TCK m. 37/2'de kullanılan “*bir başkası*” kavramlarının kişinin kendisi üzerinde hakimiyet kurmasına olanak tanıması, bu görüşün dayanağını oluşturmaktadır.¹⁶⁹

Suçun işlenmesinde bir hayvanın ya da doğa olayının araç olarak kullanılması halinde dolaylı faillik değil, müstakil faillik söz konusu olur. Dolaylı failliğin söz konusu olabilmesi için bir insanın suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması gerekir.¹⁷⁰

Türk ve Alman hukuku doktrinde genel olarak, ihmali suçlarda dolaylı faillik kabul edilmemektedir. Çünkü saf ihmali suçlar bakımından bir başka kişinin araç olarak kullanılması mümkün görünmemektedir.¹⁷¹ Buna karşılık ihmal suretiyle icrai suçlarda neticeyi önleme yükümlülüğü bulunan garantör, hareketsiz kalarak neticeyi önleme yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Bu halde, garantör, ortaya çıkan tipe uygun netice bakımından, ihmali suçun müstakil faili olabilir.¹⁷²

¹⁶⁷ Şahin, “Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri”, s. 76; Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 68.

¹⁶⁸ Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 44.

¹⁶⁹ Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 44.

¹⁷⁰ Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 529.

¹⁷¹ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 418; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 469; Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik”, s. 128; Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 83; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 544; Alman Federal Adalet Mahkemesi (BGHSt)'nin istisnai birtakım kararlarından hareketle, Yurtlu bazı durumlarda ihmali suçlarda dolaylı failliğin mümkün olabileceğini savunmaktadır. Bkz. Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 345.

¹⁷² Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 418; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 469; Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik”, s. 128; Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, s. 83; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 544.

Diğer taraftan, neticeyi önleme yükümlülüğü bulunan garantör kişinin, cebir veya tehdit uygulanarak engellenmesi ve neticenin gerçekleşmesi halinde, garantör kişiye cebir uygulayan kişi, dolaylı fail olarak ilgili suçtan sorumlu tutulabilir.¹⁷³

Özgü suçlarda, münhasıran kanunun aradığı nitelikleri taşıyan dolaylı fail tarafından, kanunun aradığı nitelikleri taşımayan araç kişinin suçun işlenmesinde kullanılması halinde, araç kişi işlenen suçtan sorumlu tutulmamalıdır ancak özgü suç için aranan niteliklere sahip olan arka plandaki kişi, dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilir. Buna karşılık, faillik bakımından kanunun aradığı nitelikleri taşıyan araç kişinin iradesi üzerinde, bu nitelikleri taşımayan başka bir kişi tarafından hakimiyet kurulması halinde, bağlılık kuralı gereği (TCK m. 40/2), arka plandaki kişi, ancak şerik olarak sorumlu tutulabilir.¹⁷⁴

Bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, arka plandaki kişinin sorumluluğunun esası doktrinde tartışmalıdır. Tartışmaların odak noktasını örgüt üyesinin çoğunlukla soyut bir konumda olmakla birlikte suç işleme iradesiyle hareket etmesi oluşturmaktadır.

Alman Ceza Hukukçusu Roxin tarafından, genel iştirak kurallarının organize hakimiyete dayanan dolaylı faillik kuramını açıklayamadığı ileri sürülmüştür. Çünkü organize hakimiyete dayanan suç örgütleri katı hiyerarşik yapıdadır. Bu örgütlerin üyeleri aidiyet duygusuyla bilinçli olarak örgüte hizmet etmektedir. Diğer taraftan da örgüt üyelerinin iradesi üzerinde örgüt liderlerinin tam bir hakimiyet kurması söz konusudur. Dolayısıyla örgüt lideri konumundaki *failin arkasındaki fail veya masa başı failin* sorumluluğunu genel iştirak kurallarıyla

¹⁷³ Hakeri, Genel Hükümler, s. 564; Yurtlu, İhmalî Suçlar, s. 344; Demirbaş da prensip olarak ihmalî suçlarda dolaylı faillik mümkün olmadığını savunmaktadır ancak yazar, uyguladığı cebir ve şiddetle garantör durumundaki kişinin neticeyi önleme yükümlülüğünü ihlal etmesine yol açan kişinin dolaylı fail değil, müstakil fail olduğunu savunmaktadır. Bkz. Demirbaş, Genel Hükümler, s. 544.

¹⁷⁴ Sarıgül, Suça İştirak, s. 219; Tulay, "Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi", s. 1238; Sinar karşı görüştedir. Yazara göre TCK m. 28'de belirtilen "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır." ifadesi bağlılık kuralına (TCK m. 40/2) bir istisna getirmektedir. Kamu görevlisini özgü suçun işlenmesinde araç olarak kullanan arka plandaki kişi, onu hile ile aldatırsa bile, TCK m. 28 gereği, dolaylı fail olarak sorumludur. Aynı sonuca TCK dolaylı faillik düzenlendiği TCK m. 37/2 lafzından da ulaşmak mümkündür. Sinar, "Dolaylı Faillik", s. 79; Hakeri de benzer gerekçelerle karşı görüştedir. Bkz. Hakeri, Genel Hükümler, s. 559.

belirleyebilmek mümkün olmamaktadır. Bu nedenle yazar, organize hakimiyet mekanizmaları yoluyla dolaylı faillik fikrini geliştirmiştir.¹⁷⁵

Yazara göre, organize hakimiyet modellerinde işlenen suçlarda dikkat çeken iki husus vardır. Bunlardan ilki, örgüt lideri ile üyeler arasında katı bir emir komuta zincirinin varlığıdır. İkincisi ise, suçu işleyen örgüt üyelerinin cezalandırılabilir olmasıdır. Bu modelde, örgüt lideri için, örgüt üyeleri, birbirini ikame edebilir bir araç konumundadır.¹⁷⁶ Yani örgüt üyeleri örgütün iktidar mekanizması bakımından adeta bir dışlinin parçalarıdır.¹⁷⁷ Fakat, örgüt üyesinin ikame edilebilir olmaması halinde, örgüt üyesinin fiili üzerinde hakimiyet kurulabildiğini söyleyebilmek güçtür.¹⁷⁸

Alman hukukunda, organize hakimiyet mekanizması yoluyla dolaylı faillik kuramının sadece yasadışı örgütleri değil, yasal örgütleri de kapsamı gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁷⁹ Bu husus, özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesinde yargılanabilen insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarında önem arz etmektedir. Örneğin, bir ülkenin yasayla kurulmuş ordusu, soykırım suçu işlerse, emri veren arka plandaki kişinin sorumluluğunun esası, bu tartışmada varılacak sonuca göre değişebilir.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Claus Roxin, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", *ZIS*, 7/2006, s. 296 https://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf (E.T.: 24.07.2022); Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 242 vd., Ayrıca bkz. Tulay, "Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)", s. 92; Erdem, "Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5", s. 15 vd., Luis Greco, "Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip", *ZIS*, 1/2011, s. 9 vd., https://www.zis-online.com/dat/artikel/2011_1_517.pdf (E.T., 17.04.2022).

¹⁷⁶ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 242 vd., Rolf D. Herzberg, "Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates", *ZIS*, 11/2009, S. 577 https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_372.pdf (E.T.: 24.07.2022); Roxin, "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", *ZIS*, 7/2006, s. 293; Tulay, "Suç Örgütü Liderinin...", s. 96; İnci, "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı", s. 13 vd., Reşit Karaarslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 313 vd.

¹⁷⁷ Claus Roxin, "Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", *ZIS*, 11/2009, s. 565 (https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_369.pdf (E.T.: 24.07.2022)). Ayrıca bkz. Tulay, "Suç Örgütü Liderinin...", s. 94.

¹⁷⁸ Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 84.

¹⁷⁹ Bkz. Osman Isfen, "Mehr Schein als Sein - die VW-Abgasaffäre aus strafrechtlicher Sicht", *JA*, 1/2016, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fja%2F2016%2Fcont%2Fja.2016.1.1.htm> (E.T. 17.02.2022).

¹⁸⁰ Ayrıntılar için bkz. Thomas Weigend, "Perpetration Through an Organization", *Journal of International Criminal Justice*, 9 (1), 2010; Tulay, "Suç Örgütü Liderinin...", s. 97; Ayrıca bkz. Roxin, "Bemerkung zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", s. 565-568 https://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_11_369.pdf (E.T. 24.07.2022).

Örgüt lideri, örgüt üyeleri üzerinde, tam bir irade hakimiyetine sahiptir ancak bu hakimiyet klasik dolaylı faillik türlerindeki hakimiyetten farklıdır. Burada ne cebir veya tehdit ne örgüt üyesini hataya sürüklenme veya örgüt üyesinin hatasından faydalanma ne de örgüt üyesinin kusur yeteneğinin olmayışından faydalanma vardır. Bu yönüyle organize hakimiyet mekanizması yoluyla dolaylı faillik, klasik dolaylı faillik ipotezlerinden ayrılmaktadır.

Roxin'in geliştirdiği organize hakimiyet yoluyla dolaylı faillik kuramı TCK m. 220'de "Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır." denilerek yasal bir zemine oturtulmaya çalışılmıştır. Ancak bu düzenleme, Roxin'in organize hakimiyetten kaynaklanan dolaylı faillik kuramı için öngördüğü şartları taşımadığı, hiçbir kayıt konulmaksızın örgüt liderlerinin örgüt üyeleri tarafından işlenen bütün suçlardan bilgisi olsun veya olmasın sorumlu tuttuğu¹⁸¹, fiil ve irade üzerinde hakimiyeti bulunup bulunmadığı araştırılmaksızın örgüt yöneticilerini fail konumunda değerlendirdiği için, objektif sorumluluğa yol açabileceği endişesiyle haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁸² Aynı zamanda, bu düzenlemenin Anayasa m. 38/7'de düzenlenen ve temel bir kural olan "Ceza sorumluluğu şahsidir" ilkesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür.¹⁸³ Buna çözüm olarak, TCK m. 220/5'in tamamen kaldırılması veya bu fıkrada değişiklik yapılarak "fail ve fiil hakimiyeti" şartının eklenmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁸⁴

¹⁸¹ Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği iddiasıyla incelediği bir bireysel başvuruda "Yürürlükteki şekliyle 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (6) numaralı fıkrasında örgüt adına işlendiği kabul edilebilecek suçlar dizisi öylesine geniştir ki hükmün lafzı -bu hükmün derece mahkemelerince kapsamlı biçimde yorumlanması da dâhil olmak üzere- kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı yeterli düzeyde koruma sağlayamamakta, kişilerin esas suçlarına ilave olarak bir de öngörülemez biçimde örgüt adına suç işlemek suçundan cezalandırılmalarına engel olamamaktadır." görüşüyle bu hususa işaret etmektedir. Bkz. AYM, Hamit Yakut, B. No: 2014/6548, 10/06/2021, § 108.

¹⁸² Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları, s. 669; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 467; Özgenç, Genel Hükümler, s. 598; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 412; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 538; Tulay, "Suç Örgütü Liderinin...", s. 100; Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 84; Vesile Sonay Evik, "Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı), s. 692; Zeki Hafizoğulları-Günel Kurşun, "Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 71, s. 41.

¹⁸³ İnci, "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan...", s. 20.

¹⁸⁴ Ersan Şen, *Yorumluyorum-V*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 111; A. Caner Yenidünya-Zafer İçer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı), s. 808.

Dolaylı failliğin tanımlandığı TCK m. 37/2'de kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde kullanılması halinde, genel bir ağırlaştırıcı neden öngörülmüş, bu halde dolaylı faile verilecek cezanın üçte birden yarısına kadar artırılacağı belirtilmiştir. Bunun nedeni, kusur yeteneği olmayanların istismar edilmesi ve bu kişilerin suç işlemeye çok kolay bir şekilde yönlendirilmesidir.¹⁸⁵ Nitekim madde gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir.¹⁸⁶ Bu artırım TCK m. 61'deki sıra gözetilerek uygulanmalıdır. Belirtmek gerekir ki, bu hüküm süreli hapis cezaları için öngörülmüştür.¹⁸⁷

Kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması hem dolaylı failliğin kurucu unsuru hem de cezayı artıran nitelikli halidir. Bu nedenle düzenleme eleştirilmiştir.¹⁸⁸

Maddenin düzenleniş biçimine ilişkin bir başka eleştiriye göre, madde gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılarak istismar edilmesi nedeniyle dolaylı failin cezası ağırlaştırılmaktadır. Oysa araç olarak kullanılan kişiye dolaylı fail tarafından cebir uygulanması veya araç kişinin hataya düşürülmesi halinde de araç kişi istismar edilmektedir. Bu gibi durumlarda da dolaylı faile verilecek cezanın ağırlaştırılması gerekirdi. Ancak, kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde ceza artırılmış, araç kişinin istismar edildiği diğer durumlarda ceza artırılmamıştır.¹⁸⁹

TCK m. 37'de öngörülen cezayı ağırlaştıran hal bakımından, araç kişinin iradesi ve fiili üzerinde hakimiyet kuran dolaylı fail, araç kişinin kusur yeteneği konusunda esaslı bir hataya düşerse, bu hatasından faydalanır. Yani, arka plandaki kişi, ön planda suç işleyen kişinin kusur yeteneği bulunduğunu zannederek, kusur yeteneği bulunmayan bu kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanmışsa, bu halde şartları varsa suçun nitelikli halinde hata söz konusu olur (TCK m. 30/2) ve arka plandaki kişinin cezasının ağırlaşmaması gerekir.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Dülger, "Suç Ortaklığı", s. 119.

¹⁸⁶ "Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan kişilerin araç olarak kullanılması durumunda, dolaylı faile verilecek olan cezanın bu nedenle artırılması kabul edilmiştir. Zira bu durumda sadece bir suç işlenmemekte, kendisini yönlendirme yeteneği olmayan kişiler istismar da edilmektedir."

¹⁸⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 612.

¹⁸⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 612; Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 85; Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 72.

¹⁸⁹ Ünver, "Kusurluluk", s. 68; Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 223.

¹⁹⁰ Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 82.

Yine, arka plandaki kişi, fiili icra eden araç kişinin kusur yeteneği bulunduğu halde kusur yeteneği bulunmadığını zannederek, onu suç işlemeye sevk etmişse, fiil üzerinde egemenlik gerçekleşmediğinden, arka plandaki kişi, şartları varsa, ancak azmettiren şerik olarak sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla, arka plandaki kişi hatasından faydalanmalı ve kusur yeteneği olmayan kişinin suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması nedeniyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulmamalı ve cezası ağırlaşmamalıdır.¹⁹¹

Dolaylı faillikte de iştirak ilişkisi kurulabilir. Dolaylı fail, üçüncü kişi tarafından azmettirilebilir. Yine dolaylı failin ya da ön planda suçu işleyen araç kişinin fiiline yardım eden olarak katkıda bulunulabilir.¹⁹²

Dolaylı faillerin ve araç kişilerin kendi aralarında müştereken hareket edebileceği ileri sürülmüştür.¹⁹³

Müşterek faillikte, birden fazla kişi, belli bir plana göre bir iş bölümüne dayalı olarak fiil üzerinde hakimiyet kurmaktayken dolaylı faillikte araç olarak kullanılan kişi ile dolaylı fail arasında böyle bir ilişki bulunmamaktadır. Hatta ön plandaki kişi bir suçun işlenmesi için araç olarak kullanıldığını dahi bilmemektedir.¹⁹⁴

Dolaylı faillik ile azmettirme, birbirinden farklıdır.

Dolaylı faillik, failliğin bir türüdür. Buna karşılık azmettirme, şerikliğin bir türünü oluşturmaktadır. Faillik ve şeriklik ayrımının belirlenmesinde ise doktrinde baskın görüşe göre, fiil üzerinde hakimiyet ölçütü önem kazanmaktadır. Bu nedenle faillik asli normken şeriklik tali normdur. Dolayısıyla şeriklik, faillığe bağlıdır (TCK m. 40).¹⁹⁵

Azmettirmede hem azmettiren hem de azmettirilen ortaya çıkan tipe uygun neticeden sorumlu tutulmaktadır. Ancak dolaylı faillikte, kural olarak ön plandaki kişinin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.¹⁹⁶

¹⁹¹ Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 82.

¹⁹² Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 241.

¹⁹³ Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 241.

¹⁹⁴ Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 60.

¹⁹⁵ Şahin, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", s. 67.

¹⁹⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 529; Suçta araç olarak kullanılan kişinin bazı hallerde "doğrudan fail arkasındaki dolaylı faillik" kapsamında cezai sorumluluğunun bulunabileceğine dair görüş için bkz. Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 174.

Azmettirilen kendi özgür iradesiyle suç işlemektedir ancak dolaylı faillikte suça yöneltilen kişi, suçun işlenmesinde dolaylı fail tarafından araç olarak kullanıldığından habersizdir. Azmettirilen kişi, suçu azmettiren adına işlediğini bilmektedir ancak araç olarak kullanılan kişi, aynı bilinçte değildir.¹⁹⁷

Ön planda suçu işleyen kişinin, arka plandaki dolaylı failin kastını bilinçli olarak aşması halinde, sorumluluğun genel hükümlere göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Arka plandaki kişinin kastı, ön planda suçu işleyen kişinin işlediği suçu kapsadığı oranda, arka plandaki kişi dolaylı faildir.¹⁹⁸

Türk ve Alman hukuk doktrininde, taksirli olarak işlenen suçlarla dolaylı faillik kurumunun uyuşmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak taksirli olarak suç işlenmesi halinde bir başkasının iradesi üzerinde hakimiyet kurulamadığı ileri sürülmüştür.¹⁹⁹

C. Diğer Faillik Türleri: Müstakil (Doğrudan Faillik) ve Yan Yana Faillik

1. Müstakil (Doğrudan) Faillik

5237 sayılı TCK'da müstakil failliğin doğrudan bir tanımı yapılmamıştır, bunun yerine müşterek failliğin tanımı yapılmıştır ve müşterek failliğin tanımından hareketle müstakil (doğrudan) failliğin tanımına ulaşmak mümkündür.

Müşterek faillik TCK m. 37'de "*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler*" şeklinde tanımlanmıştır. Burada kanuni tipte öngörülen haksızlık birden fazla fail tarafından birlikte gerçekleştirilmektedir.²⁰⁰ Buna göre müstakil (doğrudan) faili "*suçun kanuni tanımında yer alan fiili bizzat ve yalnız gerçekleştiren kişi*" olarak tanımlamak mümkündür.²⁰¹ Fiilin bizzat gerçekleştirilmesi yeterlidir. Dolayısıyla, failin, somut olayda, bir başkasının faydasına hareket edip etmediği önem taşımamaktadır.²⁰²

¹⁹⁷ Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 529.

¹⁹⁸ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 419; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 470; Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 243.

¹⁹⁹ Keçelioğlu, "Faillik", s. 82; Özyüksel, Dolaylı Faillik, s. 56.

²⁰⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 583.

²⁰¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 583; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 452; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 406; Hakeri, Genel Hükümler, s. 553; Özgenç, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki...", s. 71; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 521.

²⁰² Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 403; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 452.

Kural olarak yaş, cinsiyet, etnik köken fark etmeksizin herkes müstakil fail (doğrudan) olabilir.²⁰³ Fakat bazı suçlar bakımından kanunda olmayan şartların uygulamada arandığı görülmektedir. Örneğin reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m. 104) suçunun faili “*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde suçun failinin erkek ya da kadın olabileceği genel olarak kabul edilmektedir.²⁰⁴ Fakat Yargıtay uygulamasında, bu suçun failinin ancak erkek olabileceği kabul edilmektedir.²⁰⁵ Bu ise, cinsel ilişkiye verilen anlamdan kaynaklanmaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, cinsel ilişki kavramının yorumu suretiyle, failin ancak erkek bir kişi olabileceğini kabul etmek, kanunda olmayan bir şartın uygulamada aranması anlamına gelebilir. Ayrıca en az biri 15-18 yaş grubunda reşit olmayan iki kadın arasındaki cinsel ilişkinin cezasız kalması nedeniyle eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edebilir. Bu soruna çözüm olarak, kanunda düzenleme yapılarak cinsel ilişki kavramı yerine *cinsel davranış* kavramının tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.²⁰⁶

Mülga 765 sayılı TCK döneminde bu hususta açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, tüzel kişilerin fail olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olup

²⁰³ Eylem Baş, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 116.

²⁰⁴ Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Rıfat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 481; Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 375; Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 103.

²⁰⁵ Yargıtay 14.Ceza Dairesinin 17.2.2014 tarihli, E. 2012/8899, K. 2014/1766 sayılı kararı: “Nüfus kayıt örneğine göre, 15 yaş 7 aylık mağdurenin teklifi üzerine cinsel ilişkiye giren 15 yıl 2 aylık sanık hakkında TCK. nın 104/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, hakkaniyet ve orantılılık ilkelerine uygun düşecek ve TCK.nın 3/1. maddesine aykırı olmayacak şekilde bir ceza verilmesi gerekirken, suçun işleniş şekli, olayın mağdure ve ailesi üzerinde yarattığı etkiden söz edilerek dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle üst haddeden ceza tayini, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, belirtilen nedenle 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA”

Kendisinden 5 ay daha büyük olan kadının teklifiyle cinsel ilişkiye giren 15 yıl 2 aylık erkeğin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili, buna karşılık, cinsel ilişki teklif eden kadının bu suçun mağduru olduğuna dair karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 29.6.2020 tarihli, E. 2018/8581, K. 2020/2772 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Ali Tanju Sarıgül, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 25, S. 2, s. 733.

²⁰⁶ Pınar Memiş Kartal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 65, S. 4, s. 2087.

olmadığı tartışmalıydı. Anayasa Mahkemesinin²⁰⁷ ve Yargıtayın²⁰⁸ o dönemde vermiş olduğu kararlarda, tüzel kişilerin fail olabileceğine yönelik kararlar olduğu gibi fail olamayacağına yönelik kararlar da bulunmaktaydı. Buna karşılık, 5237 sayılı TCK m. 20/2'de tüzel kişilerin cezai sorumluluğu açıkça düzenlenmektedir. Buna göre *“tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar*

²⁰⁷ AYM'nin, mülga 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönem vermiş olduğu tüzel kişiler için ceza müeyyidesi öngörülmesini Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki kararlar için bkz.: *“Bugün toplumda tüzel kişilerin çalışma alanları daha geniş ve etkili olmaktadır. Bazı hallerde yalnız idare edenleri cezalandırmak, suçları önleme bakımından yeter bir tedbir olmayabilir. Tüzel kişileri kanunların önleyici etkisinden uzak bulundurarak serbestçe faaliyetlerine yer verilmesi toplumun güvenliği bakımından sakıncalı olabilir. Bu sebeple tüzel kişilerin de yaplarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarında zorunluk olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Anayasa'nın 57'nci maddesi, bu maddede gösterilen esaslara uymayan siyasi partilerin Anayasa Mahkemesi kararı ile temelli kapatılacağını kabul etmiştir. Buradaki (Kapatma) hükmü ile dâva konusu 1567 sayılı kanunun değişik 3 üncü maddesindeki (Ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası) arasında hukuki nitelik bakımından bir ayrılık bulunmamaktadır. Bu maddede yer alan ve tüzel kişilerin cezalandırılacağını gösteren hükümler, Anayasa'nın 33 üncü maddesindeki 'Ceza sorumluluğu şahsidir', kuralına aykırı değildir. Bu kural, bir kimsenin fiilinden başkasının sorumlu tutulmamasıdır. Tüzel kişilerin iradeleri organları aracılığı ile açıklandığına ve böylece yöneticilerin fiil ve hareketleri kolektif bir iradenin sonucu olduğuna göre; bundan, tüzel kişinin sorumlu tutulmasıyla başkasının cezalandırıldığı anlamını çıkarmak doğru bir görüş sayılamaz. Anayasa'nın 33'üncü maddesindeki 'Kimse' deyi mi gerçek ve tüzel kişileri de kapsar. Bu sebeplerle iptali istenen hükümler Anayasa'ya aykırı bulunmadığından dâvanın reddi gerekir.”* AYM, 16.06.1964 tarihli ve E. 1963/101, K. 1964/49; <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

“...Özetlemek gerekirse, Anayasa'da, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu önleyen hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşü doğrulayan kararı da gerek yeni öğretilerde gerekse Türk Ceza Kanunu Ön-tasarısında benimsemiş bulunmaktadır.” AYM, E. 1988/15, K. 1989/9, 14/02/1989; Ayrıca bkz. AYM, E. 1991/2, K. 1991/30, 19/09/1991. Baş, Fail ve Mağdur, s. 337 vd.

AYM'nin 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun dernek kurma hakkına sahip olmayanların kurduğu derneğin kapatılacağına ilişkin kural olan 63.maddesi ile 70. maddede, bu maddede belirtilen hususlara aykırılık olması halinde derneğin kapatılacağına ilişkin kuralı *“ceza sorumluluğunun şahsiliği”* ilkesine aykırı bularak iptal ettiği kararlar için bkz.: *“Öte yandan yine bu kural, derneğin kapatılması dolayısıyla, dernek yöneticileri veya memurlarının, hatta yetkisiz sorumsuz kişilerin yasaya aykırı tutumları ile hiç bir ilgisi ve ilişkisi bulunmayan dernek üyelerinin o tutumlarından ötürü cezalandırılmaları sonucunu vermekte; böylece ceza sorumlunu kişisellikten çıkarmış olmaktadır. Bunun ise Anayasa'nın 33. maddesinin beşinci fıkrası ilkesine aykırı düştüğü ortadadır.”* AYM, E. 1973/3, K. 1973/37 18/19/20.12.1973. Ayrıca bkz. Baş, Fail ve Mağdur, s. 337 vd.

²⁰⁸ O dönem tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bulunduğuna ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 28.11.1997 tarihli, E. 1997/9584, K. 1997/9632 sayılı kararı; Baş, Fail ve Mağdur, s. 337 vd.; O dönem tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 13.04.1979 tarihli, E. 1979/1707, K. 1979/1707 sayılı kararı; Baş, Fail ve Mağdur, s. 337.

saklıdır.” Doktrinde baskın görüş olarak tüzel kişilerin fail olamayacağı kabul edilmektedir.²⁰⁹ Fakat, fail olmayanlar hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaması kuralından hareketle (TCK m. 3/1), tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesini (TCK m. 20/2), tüzel kişilerin fail olabileceğinin işareti olarak sayan karşı görüşler de bulunmaktadır.²¹⁰

Müstakil failliğin mümkün olabilmesi için suç tipi, buna müsait olmalıdır. *Özgü suçlar, bizzat işlenebilen suçlar ve yükümlülük suçlarında*, fail ancak kanunda öngörülen niteliklere sahip kişiler olabilir. Bu nitelikleri taşımayan suç ortakları, fiile nedensel katkıları ne kadar ağır olursa olsun ancak şerik olarak yani azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.²¹¹

Bizzat işlenebilen suç, tipe uygun fiilin sadece failin aktif katılımıyla işlenebildiği suçlardır. Bu tür suçlarda, dolaylı faillik söz konusu olamamakta, ancak Kanunun aradığı nitelikleri taşıyan müstakil fail, suçun faili olarak cezalandırılmaktadır. Bir şekilde suça katılan diğer kişiler, şerik olarak sorumlu tutulmaktadır. Yalan tanıklık (TCK m. 272), bu suçların bir örneğidir.²¹²

Özgü suç, bir suçun faili olabilmek için kanunda birtakım özel niteliklerin arandığı suçlardır. Bu tür suçlarda ancak kanunun öngördüğü nitelikleri taşıyan kişiler fail olabilir. Bu nitelikleri taşımayanlar ise bağlılık kuralı gereği şerik olarak sorumlu tutulabilir (TCK m. 40/2).²¹³

²⁰⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 213; Hafizoğulları-Özen, Genel Hükümler, s. 330; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 531; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 731; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 208.

²¹⁰ Ayrıntılar için bkz. Baş, Fail ve Mağdur, s. 344; Özgenç karşı görüştedir. Yazara göre, faillik ve ceza yaptırımını başka şeylerdir. Dolayısıyla tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmaması ancak bir tüzel kişinin organlarının tüzel kişinin faaliyeti kapsamında veya tüzel kişinin yararına suç işlemesi halinde tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi onu tek başına bir suçun faili yapmamaktadır. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 213.

²¹¹ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 407; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 534; Tulay, “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi”, s. 1235; Seydi Kaymaz, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 16, S. 2, s. 121 vd.

²¹² Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 407; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 534; Kaymaz, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, s. 121 vd.

²¹³ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 408; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 534; Tulay, “Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi”, s. 1235; Kaymaz, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, s. 121 vd.

Özel yükümlülük suçlarında, fail ancak belirli bir yükümlük altında bulunan kişi olabilir.²¹⁴

TCK m. 40/2'de "Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur." hükmü bu hususa işaret etmektedir ancak maddenin düzenleniş şekli bu haliyle eksiktir. Özgü suç dışında, bizzat işlenebilen suçlarda ve özel yükümlülük suçlarında da aynı sonuca varılmalıdır.²¹⁵

2. Yan Yana Faillik

Bir suçu birden fazla kişinin aralarında iştirak iradesi bulunmadan birlikte işlemesi halinde yan yana faillik söz konusu olur. Yan yana faillik söz konusu olduğunda, her bir fail kendi fiilinden sorumludur.²¹⁶ Örneğin A ve B; C'yi zehirlenmek isterler. A ve B birbirinden habersiz olarak, C'nin yemeğine zehir koyarlar. A'nın koyduğu zehir, tek başına C'yi öldürmek için yeterli değildir. B'nin koyduğu zehir ile birlikte zehir öldürücü niteliktedir. Bu gibi durumlarda her bir failin tek başına gerçekleştirdiği fiil dikkate alınmalıdır. Buna göre, A'nın koyduğu zehir de B'nin koyduğu zehir de tek başına öldürücü olmadığı için ne A'yı ne de B'yi ölüm sonucundan sorumlu tutmak mümkün görünmektedir.²¹⁷

Buna karşılık, B, A'nın C'ye verdiği zehirden ve zehrin öldürücü düzeyde olmadığından haberdardır. B, C'yi öldürmek kastıyla, yeterli düzeyde zehir verirse, B ölüm sonucundan sorumludur. Fakat A, öldürücü düzeyde zehir vermediğinden ve B'nin bu fiilinden habersiz olduğu için ölüm sonucundan sorumlu tutulmamalıdır. Bu gibi hallerde A, kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.²¹⁸

Yan yana faillğe doktrinde verilen başka bir örneğe göre, birbirinden habersiz olarak birden fazla fail bir kişiye öldürmek kastıyla ateş edebilir. Netice gerçekleşmişse, her bir fail ayrı ayrı müstakil fail olarak fiilinden sorumludur. Buna göre öldürücü atışı kimin yaptığı tespit edilebiliyorsa, bu fail kasten öl-

²¹⁴ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 408; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 534; Kaymaz, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu", s. 121 vd.

²¹⁵ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 408; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 534.

²¹⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 601; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 472; Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 411; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 526; Hakeri, Genel Hükümler, s. 543; Evik, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, s. 6.

²¹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 601.

²¹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 601.

dürmeden, diğerleri kasten öldürmeye teşebbüsten sorumludur. Buna karşılık, netice elde olmayan sebeplerle gerçekleşmemiş ve suç teşebbüs aşamasında kalmışsa ya da öldürücü kurşunun hangi failin silahından çıktığı bir türlü tespit edilemiyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, failler kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.²¹⁹

Yan yana faillik daha çok, taksirli suçlarda uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin bir kişiye, dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden iki araç şoförü çarpabilir. Bu gibi durumlar için TCK m. 22/5'te özel bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre *"Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir."*²²⁰

SONUÇ

Suçta iştirakin mümkün olabilmesi için, bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişinin katılımıyla işlenmesi gereklidir. Suçun niteliği ya da kanuni tip gereği birden fazla kişinin suça katılması zorunluysa, bu halde iştiraktan değil çok failli suçlardan bahsedilebilir. Çok failli suçlara, azmettirme ya da yardım etme mümkün olabilir.

Suçta iştirakte faillerin ve suç ortakların ne şekilde cezalandırılacağı uzun süredir tartışma konusudur. Teklik sistemi olarak adlandırılan sistemde failler ve suç ortakları, suç için öngörülen cezadan sorumludur. Bu sistemde, faillik ve şeriklik ayrımı yapılmamakta, failler ve şerikler aynı şekilde cezalandırılmaktadır. Sistemin avantajı, faillik ve şeriklik durumlarına ilişkin normatif bir değerlendirme yapılmamasıdır. Belirtmek gerekir ki bu ayrımı yapabilmek kolay olmamaktadır. Buna karşılık, sistemin dezavantajı, suç ortaklarının fiile katkısını aşar şekilde cezalandırılmasıdır. İkilik sistemindeyse, suç ortakları, fiile sağladıkları katkıya göre fail ve şerik şeklinde ikili bir ayrıma gidilmekte, fiile birincil derecede katkı sunan suç ortakları fail olarak adlandırılırken, ikincil derecede katkı sağlayanlar şerik olarak adlandırılmaktadır. Aksi yönde görüşler bulunsa da 5237 sayılı TCK'da, tıpkı mülga 765 sayılı TCK'da da olduğu gibi, ikilik sisteminin benimsendiği görülmektedir.

Suçun iştirak halinde işlenmesi, suçun işlenmesini kolaylaştırmakta, tek bir fail tarafından işlenen suça nazaran daha tehlikeli sonuçlara neden olabilmek-

²¹⁹ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 418; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 472.

²²⁰ Öztürk-Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, s. 419; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 472.

tedir. Bu nedenle, iştirak hükümlerinin cezayı ağırlaştırıcı genel hüküm olarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

İştirak iradesi, iştirak hükümlerinin kurucu bir unsurudur. Şayet, bir suçu işleyen birden fazla kişi arasında iştirak iradesi bulunmuyorsa suça iştiraktan değil yan yana faillikten bahsedilebilir.

Faillik asli norm, şeriklik tali normdur. Dolayısıyla, faillik şerikliği nazaran önceliğe sahiptir. Bir kimse, bir suça hem fail olarak hem de şerik olarak katkıda bulunursa bu kimsenin failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesine göre fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

Faillik, dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki türlü yorumlanmaktadır. Dar anlamda faillik anlayışına göre, herkes fail olamaz. Ancak tipe uygun davranışları gerçekleştiren kişiler fail olabilir. Buna karşılık, geniş anlamda faillik anlayışına göre, tipik fiilin işlenmesine bir şekilde katkı sağlayan herkes faildir. Bu görüş, iştirak kurumunu dışladığı ve suç sayısının tespitinde fail sayısını esas aldığı için eleştirilmektedir.

Faillik ve şeriklik ayrımının çok iyi yapılması gerekmektedir. Bu ayrımı doğru yapabilmek bakımından çeşitli ölçütler ortaya konulmuştur. Türk hukukunda hakim olan ölçüt fiil egemenliği ölçütüdür. Özellikle müşterek faillik ile yardım etme ve dolaylı faillik ile azmettirme ayrımını yapabilmek çok kolay değildir ve bu ayrımı yanlış yapmanın uygulamada ciddi haksızlıklara yol açması muhtemeldir. Bu nedenle hakim, somut olayın bütün koşullarını değerlendirerek bu ayrıma ilişkin bir karara varmalıdır.

Müşterek failer arasında ağırlaştırıcı nitelikli hallerin sirayet edebilip edemeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Kanaatimizce, müşterek faillik bizatihi haksızlığın kendisini oluşturmaktadır. Bu nedenle de bağlılık kuralı uygulama alanı bulamamaktadır. Dolayısıyla, genel hükümlere göre, şahsi nitelikli hallerin diğer müşterek failere sirayet edemeyeceğini savunmaktayız. Bu nitelikli haller ancak kendisinde bu neden bulunan fail hakkında uygulanabilir. Fiili hafifletici nedenler hem objektif olmalarından hem de daha lehe olmalarından dolayı müşterek failere sirayet edebilir. Buna karşılık fiili ağırlaştırıcı nedenler, ancak bu nedeni bilen fail hakkında uygulama alanı bulabilir.

Dolaylı failliğin suça iştirak kapsamında ele alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, “suça iştirak” kavramından “suç işlemek amacıyla bir araya gelme”yi anlamakta ve bir suçun işlenmesinde birden fazla kişinin bir araya

gelmesini yeterli görmekte ve dolaylı failliği bir iştirak türü olarak kabul etmektedir. Buna karşılık diğer bazı yazarlar ise, suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı hareket eden bir failin fiiline katılmayı aramakta ve bu nedenle dolaylı failliği iştirakin bir türü olarak kabul etmemektedir. Kanaatimizce, dolaylı fail ile tipik hareketleri gerçekleştiren kişi arasında bir iştirak iradesi bulunmamaktadır. Ayrıca tipik hareketleri gerçekleştiren kişi çoğunlukla ya hukuka uygun hareket etmekte ya da suç işleme kastı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, dolaylı faillik bir iştirak türü değildir. Ancak, kanun koyucu, TCK'da dolaylı failliği suça iştirak hükümleri kapsamında ele aldığından, çalışmamızda bu kapsamda inceledik.

Dolaylı failliğin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, suça iştirak için ikincil derecede bir katkıyı yeterli görmekte ve mülga TCK döneminde, dolaylı failik düzenlemesi kanunda yer almasına rağmen dolaylı failin cezalandırılabilirliğini belirtmektedir. Bu görüşte olan yazarlar, dolaylı failik düzenlemesinin kanunda yer alması da dolaylı failin cezalandırılabilirliğini, dolayısıyla dolaylı failliğin kanunda açıkça düzenlenmesine gerek olmadığını savunmaktadır. Buna karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre, suçun işlenmesinde dolaylı fail tarafından kullanılan araç kişi, çoğunlukla suç işleme kastına sahip değildir ya da hukuka uygun davranmaktadır. Bağlılık kuralıyla da mesele çözülememektedir. Çünkü bağlılık kuralının uygulanabilmesi için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin icrası gerekmektedir. (TCK m. 40). Dolayısıyla araç kişi bakımından, suçun unsurları oluşmamaktadır. Şayet, dolaylı faillik TCK'da açıkça düzenlenmemiş olsaydı, kanunilik ilkesi bağlamında, bir eksiklik olurdu.

Organize hakimiyetten kaynaklanan dolaylı failik kuramının TCK m. 220'de düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Fiil üzerinde hakimiyeti bulsun ya da bulunmasını örgüt liderinin örgüt üyesinin işlediği bütün fiillerden dolayı fail olarak sorumlu tutulması objektif sorumluluğa yol açabilecek niteliktedir. Öyle ki örgüt üyelerinin fiillerinden haberi bile olmayan örgüt liderleri yüzlerce yılı bulan cezalardan sorumlu olabilmektedir. Bu nedenle TCK m. 220/5'te yeniden düzenleme yapılması ve fiil üzerinde hakimiyet şartının aranması, objektif sorumluluğun engellenmesi bakımından isabetli olabilir.

İştirak iradesi bulunmadan birden fazla kişi tarafından aynı suçun işlenmesi halinde yan yana faillik söz konusudur. Yan yana faillik, daha çok taksirli suçlarda karşılaşılsa da kasten işlenebilen suçlarda da mümkün olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, her fail kendi fiilinden sorumlu tutulmaktadır.

Müstakil failliğin söz konusu olabilmesi için suç tipinin buna müsait olması gerekir. Bizzat işlenebilen suçlar, özgü suçlar ve yükümlülük suçları ancak Kanunda belirtilen niteliklere sahip kişiler tarafından işlenebilir. Suçun işlenmesine illi katkıda bulunanlar, şartları varsa, şerik olarak sorumlu tutulabilir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda olduğu gibi bazı suç tiplerinde, kanunda bir sınırlandırma olmadığı halde, uygulamada yorum yolu ile faillik niteliği sınırlandırılmaktadır. Bu tutum, kanunda öngörülmeyen bir sınırlandırmanın yargı kararları ile getirilmesi nedeniyle eleştirilebilir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, “Bağlılık Kuralı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 14, S. 1, ss. 167-214.
- ARTUK, M. Emin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AYDIN, Devrim, “Suça İştirak Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Sorunlar”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 2019, C. 12, S. 3, ss. 1-26.
- AYDIN, Devrim, *Türk Ceza Hukukunda İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- AYDIN, Murat, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- BAŞ, Eylem, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BEKAR, Elif, *Objektif Cezalandırılabilme Koşulları Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar*, İstanbul, 2017.
- DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DEMİREL, Muhammed, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Beta, İstanbul, 1997, C. II.
- DÜLGER, Murat Volkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Suç Ortaklığı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 1, S. 2, ss. 1-36.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, “Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik Kurumu ve TCK m. 220/5”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2014, C. 2, S. 1-2, ss. 11-30.
- ERSOY, Uğur, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları*, Adalet Yayıncılık, Ankara, 2015.
- EVİK, Vesile Sonay, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- EVİK, Vesile Sonay, “Suça İştirakte Suça Etki Eden Nedenlerin Sirayeti Sorunu”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 9, S. 2 (Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan Özel Sayısı), ss. 282-300.
- EVİK, Vesile Sonay, “Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı), ss. 667-697.
- GRECO, Luís, “Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip”, *ZIS*, 1/2011, ss. 9-13.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki - KURŞUN, Günal, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, S. 71, ss. 25-80.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Kusurluluğu Kaldıran Bir Neden Olarak İstenemezlik İlkesi (Nichtzumutbarkeit/ L'inesigibilita)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57, S. 3, ss. 337-369.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki- ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2015.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- HERZBERG, Rolf D., "Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates", *ZIS*, 11/2009.
- İSFEN, Osman, "Mehr Schein als Sein- die VW-Abgasaffäre aus strafrechtlicher Sicht", *JA*, 1/2016, ss. 1-6.
- İNCİ, Zekiye Özen, "Objektif Bir Sorumluluk Hali Olan Türk Ceza Kanunu'nun 220/5'inci Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı", *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2014, C. 79, S. 1, ss. 10- 33.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- KANGAL, Zeynel T., "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2010, C. LXVIII, S. 1-2, s. 155.
- KAPTAN, Efekan, "Ceza Hukukunda Suça İştirak", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 96, ss. 31-41.
- KARAARSLAN Reşit, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- KARTAL, Pınar Memiş, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 65, S. 4, ss. 2083-2100.
- KAYMAZ, Seydi, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 16, S. 2, ss. 117-167.
- KEÇELİOĞLU, Elvan, "Alman Ceza Hukukunda Faillik", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, C. 19, S. 65, ss. 73-88.
- KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖNOK, Murat, *Yapısal Suçlarda Failin Tespiti-Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer- DOĞAN, Koray- BACAĞSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZBEK, Veli Özer- DOĞAN, Koray- BACAĞSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

- ÖZEN, Mustafa, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı" *TBB Dergisi*, 2007, C. 20, S. 71, ss. 239-253.
- ÖZGENÇ, İzzet, "Kavga Suçu (TCK m. 464) Üzerine Düşünceler", *Yargıtay Dergisi*, Ekim 1993, C. 19, S. 4, ss. 477-500.
- ÖZGENÇ, İzzet, "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müsterek Faillik", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1994, C. 4, S. 1-2, ss. 159-190.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, 1996.
- ÖZGENÇ, İzzet, "Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suçta İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *Yargıtay Dergisi*, Ocak-Nisan 1999, C. 16, S. 1-2, ss. 70-96.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Suç Örgütleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZGENÇ, İzzet, "İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2014, C. 2, S. 1-2, ss. 1-10.
- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Mustafa Kağan, *Ceza Hukukunda Zincirleme Suç*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZYÜKSEL, Özgün, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ROXIN, Claus. "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", *ZIS*, 7/2006, ss. 293-300.
- ROXIN, Claus: "Bemerkung zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", *ZIS*, 11/2009, ss. 565-568.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., Berlin 2015.
- SARIGÜL, Ali Tanju, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 25, S. 2, ss. 711-754.
- SARIGÜL, Ali Tanju, *Suçta İştirak*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- SARITAŞ, Erkan, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- SINAR, Hasan, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, C. 6, S. 15, ss. 59-86.
- ŞAHİN, Meral Ekici, "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 8, S. 107-108, ss. 61-88.
- ŞAHİN, Meral Ekici, "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 64, S. 3, ss. 637-686.
- ŞEN, Ersan, *Yorumluyorum-V*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- TEMİZ, Bilgehan Savaşçı, "İştirak Hükümleri Açısından Bağlılık Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 65, S. 4, ss. 2487-2512.

- TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, Rifat Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK R. Murat, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TOROSLU, Nevzat-TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- TOROSLU, Nevzat-TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- TULAY, Muhammed Emre, "Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler (TCK m. 220/5)", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 2019, C. 11, S. 38, ss. 89-106.
- TULAY, Muhammed Emre, "Suç Ortaklarının Cezai Sorumluluğu Üzerinde Kamu Görevlisi Sifatının Hukuki Etkisi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, C. 70, S. 4, ss. 1223-1259.
- ÜNVER, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", **Ceza Hukuku Dergisi**, 2006, C. 1, S. 1, ss. 37-73.
- ÜZÜLMEZ, İlhan-AKKAŞ, Ahmet Hulusi, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, C. II, S. 1-2, ss. 71-87.
- WEIGEND, Thomas, "Perpetration Through an Organization", **Journal of International Criminal Justice**, 9 (1), 2010.
- YENİDÜNYA, A. Caner-İÇER, Zafer, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, C. 19, S. 2 (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan), ss. 797-828.
- YEŞİL, Eyüp, "Kasten Öldürme Suçlarında Bağlılık Kuralı", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, 2015, C. 3, S. 2, ss. 95-102.
- YILMAZ, Zahit, **Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- YILMAZ, Zahit, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2018, C. 24, S. 1, ss. 122-131.
- YURTLU, Fatih, **İhmali Suçlar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Elektronik Kaynaklar

<https://www.icc-cpi.int>.

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

<https://www.turcademy.com>.

<https://dergipark.org.tr/tr/>.

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

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

TÜRK HUKUKUNDA TAŞINIR KÜLTÜR VARLIĞI KOLEKSİYONCULUĞU^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Muradiye ÇEVİKÇELİK^(**)

Öz

Taşınır kültür varlıkları; insan elinin ürünü olan, bulunduğu ortamla birlikte korunmak zorunda olmayan ve bir yerden başka bir yere nakledilme imkânı bulunan kültür varlıklarıdır. Taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğu, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda düzenlenen ve taşınır kültür varlıklarının korunmasında önem taşıyan bir faaliyettir. Taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğu, diğer nesnelere oluşan koleksiyonlardan farklı olarak birtakım özel şartlara bağlanmıştır. Bu farklılık, korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Bu makale, taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna ilişkin usul ve esasları incelemeyi amaçlamaktadır. Makale kapsamında ilk olarak koleksiyon kavramı ve koleksiyonculuğun tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Devamında ise 2863 sayılı Kanun ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik hükümlerinden hareketle koleksiyonculuk faaliyetinin hukuki rejimi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Koleksiyon, Koleksiyoncu, Koleksiyon İzin Belgesi, Koleksiyon İzin Belgesinin İptali, Taşınır Kültür Varlıkları.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.02.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 12.05.2023.

Atıf Şekli: Muradiye Çevikçelik, "Türk Hukukunda Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 309-343.

DOI: 10.52273/sduhfd..1252362.

(**) Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye.

E-posta: muradiyecvkclk@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-6502-4076>.



COLLECTION OF MOVABLE CULTURAL PROPERTIES IN TURKISH LAW

Abstract

Movable cultural properties are man-made cultural properties that can be transferred from one place to another and do not have to be preserved in their environment. Collecting movable cultural property regulated by the Protection of Cultural and Natural Assets (Law No. 2863) is an activity for the protection of movable cultural properties. The collection of movable cultural property, unlike collections consisting of other objects, is subject to some special conditions. This difference arises from the fact that movable and immovable cultural and natural assets that need to be protected are state property. This article aims to study procedures and principles regarding the collection of movable cultural property in light of judicial decisions. Firstly, the concept of collection and the historical development of collecting will be discussed in this article. Afterward, the legal regime of collecting activities will be examined based on the provisions in the Law No. 2863 and the Regulation on the Collection and Control of Movable Cultural and Natural Assets to be Protected.

Keywords

Collection, Collector, Collector's Certificate, Cancellation of Collector's Certificate, Movable Cultural Properties.

GİRİŞ

Kültür varlıkları; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıkları ifade etmektedir.¹ Taşınır kültür varlıkları; geçmişten günümüze ulaşan, insan elinin ürünü olan, bulunduğu ortamla birlikte korunmak zorunda olmayan ve bir yerden başka bir yere nakledilme imkânı bulunan kültür varlıklarıdır.² 2863 sayılı Kanun'da yer alan kültür varlığı tanımı incelendiğinde, bir varlığın hukuken kültür varlığı olarak kabul edilmesini gerektiren özellikler açısından taşınır veya taşınmaz bir varlık olması arasında herhangi bir fark bulunmadığı görülmektedir.

Taşınır kültür varlıklarının bir yerden başka bir yere nakledilme imkânı, söz konusu kültür varlıklarının korunabilmesi için özel hukuki düzenlemeler kabul edilmesini gerektirmiştir.³ Bu kapsamda kültür varlığı ticareti, haber verme zorunluluğu, yurt dışına çıkarma yasağı, taşınır kültür varlıklarının müzelere alınması gibi hususlar 2863 sayılı Kanun'da ayrıca düzenlenmiştir. Taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğu⁴ da 2863 sayılı Kanun'da düzenlenen ve taşınır kültür varlıklarının korunmasında önem taşıyan bir faaliyettir. Ülkemizde 17.04.2023 tarihi itibarıyla Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı müzeler denetiminde 1589 koleksiyoncu faaliyet göstermektedir.⁵ Bu makale, taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna ilişkin usul ve esasları incelemeyi amaçlamaktadır. Makale kapsamında ilk olarak koleksiyon kavramı ve koleksiyonculuğun tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Devamında ise 2863 sayılı Kanun ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik⁶ hükümlerinden hareketle koleksiyonculuk faaliyetinin hukuki rejimi incelenecektir.

¹ 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, m. 3/1/a (R.G. Tarih ve Sayı: 23.07.1983/18113).

² Nusret İlker Çolak, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 13.

³ Ahmet Kürşat Ersöz, *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 17.

⁴ Doktrinde, mahkeme kararlarında ve günlük hayatta koleksiyoncu ve koleksiyoner kelimelelerinin sık sık birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Bu makalede, 2863 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerde kabul edilen terminolojiye uygun olarak "koleksiyoncu" kelimesi kullanılmıştır.

⁵ <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-44048/koleksiyonculuk.html> (03.11.2022).

⁶ R.G. Tarih ve Sayı: 23.03.2010/27530.

I. KOLEKSİYONCULUĞUN TARİHSEL GELİŞİMİ

Toplama ve biriktirme faaliyetleri, ilk çağlardan günümüze kadar insanoğlu için vazgeçilmez nitelikte faaliyetlerden biri olmuştur. İnsanlar, hayatlarını sürdürebilmek için gerekli yiyecekler ile taş, boynuz, kemik gibi eşyaları toplamaya ve biriktirmeye odaklanmışlardır. Bu dönemde toplama ve biriktirme, içgüdüsel ve işlevsel bir şekilde gerçekleştirilmekte ve bu eylemlerin duygusal bir anlam taşımadığı düşünülmektedir.⁷ Ancak zamanla toplama ve biriktirme faaliyetleri belirli bir amaca yönelik, sistemli ve daha bilinçli toplama ve biriktirme eylemi-ne dönüşerek koleksiyonların ve müzelerin oluşumuna zemin hazırlamıştır.⁸

Latince toplama, toparlamak, bir araya getirmek, tutmak gibi anlamlara gelen colligo fiilinden türetilen koleksiyon kavramı; doğal, tarihi, sanatsal, kültürel vb. değer taşıyan nesnelerin zevk almak, yarar sağlamak gibi belirli bir amaçla bir araya getirilmesini ve sınıflandırılmasını ifade etmektedir.⁹ Bazı yazarlar tarafından Paleolitik Çağ (MÖ 100.000-40.000) mezar yapılarıyla¹⁰, bazı yazarlar tarafından ise Neolitik Çağ'dan itibaren insanların yaşam tarzlarının değişmesiyle¹¹ koleksiyonculuğun doğduğu düşünülmektedir.

Paleolitik Çağ'da özellikle Yakın Doğu'da mezar yapılarında, tapınaklarda ve saraylarda değerli eşyaların daha çok dini amaçlarla sergilendiği bilinmektedir. Bunun yanı sıra hükümdarlar, egemenliklerini ve güçlerini halka gösterebilmek adına savaş ganimetlerini sergilemişlerdir.¹² Çeşitli nesnelerin sanatsal gayelerle bir araya getirilmesi ise ilk defa Greklerde görülmüştür. Atina'daki Akropolis, tanrılara ve mitolojik kahramanlara ait heykeller, karyatitler, frizler ve süslemelerle adeta bir tanrılar müzesi olarak kabul edilmektedir.¹³ Bunun

⁷ İrem Konukçu, "Batıda ve Türkiye'de Sosyal Yaşam ile Şekillenen Koleksiyonlar ve Müzeciliğe Yansımaları", *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 23, Y. 2007, s. 242.

⁸ Hale Özkasım, "Müze ve Müzecilik", içinde *Müzecilik ve Sergileme*, ed. Erol Altınsapan ve Nurdan Küçükhasaköylü, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi, 2013, s. 3.

⁹ Derya Uzun Aydın, "Koleksiyon Toplanmasından Müze Yapılarına Geçiş Aşamaları ve İlk Müze Okulu (İzzediniye) Açma Girişimi", *The Journal of International Lingual Social and Educational Sciences*, C. 6, S. 1, Y. 2020, s. 83; Özkasım, 2013, s. 11; Peter Geoffrey William Glare (ed.), *Oxford Latin Dictionary*, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2012, s. 386.

¹⁰ Ayşe Burcu Zülfikar - Özgür Ediz, "Değişen Müze ve Müzecilikte Sergilemenin Teknoloji Boyutunun İncelenmesi: Bursa Panorama Müzesi Örneği", *Lycus Dergisi*, S. 2, Y. 2020, s. 70.

¹¹ Ferruh Gerçek, *Türk Müzeciliği*, Ankara, Kültür Bakanlığı, 1999, s. 83.

¹² Zülfikar - Ediz, 2020, s. 70.

¹³ Bülent Bulduk, "Müze Kavramı ve Modern Müze Örnekleri", *Journal of Institute of Economic Development and Social Researches*, C. 4, S. 9, Y. 2018, s. 163.

yanı sıra Akropolis'te Pinakothek adı verilen halka açık bir resim galerisinin bulunduğu antik kaynaklardan anlaşılmaktadır. Romalılarda ise koleksiyon yapma ve eser kopyalama, Roma kültürünün vazgeçilmez bir parçasını oluşturmaktadır. İmparator Publius Aelius Hadrianus (MS 76-138) ve İmparator Nero (MS 37-68) saraylarında antik heykel koleksiyonu oluşturmuş ve dönemin soyluları sosyal statülerinin ve sınıflarının bir göstergesi olarak değerli eşyalar biriktirmişlerdir.¹⁴ Keza Bergama krallarının klasik çağa ait heykelleri ve tabloları toplamaya özen gösterdikleri, bu gibi eserlerin kopyalarını yaptırdıkları ve Pinakothek adı verilen resim galerilerine veya sergi salonlarına sahip olmaya önem verdikleri bilinmektedir.¹⁵

Türklerde koleksiyonculuğun en erken örnekleri 13. yüzyılda Selçuklular Dönemi'nde görülmektedir. Bu dönem öncesinde imparatorlukların, hanedanlıkların ve sultanlıkların yıkılmasıyla koleksiyonlar dağılmış, el değiştirmiş ve yok olmuşlardır.¹⁶ Osmanlı Devleti'nde ise sanat eserleri, fil dişleri, gergedan boy-nuzları, seccadeler, örtüler, tespihler, halılar, gümüş ve altın eşyalar, sikkeler, kutsal hazineler, el yazması kitaplar, haritalar, kaftanlar, silahlar, mücevherler gibi değerli ve nadir nesnelere biriktirilmiştir. Fethedilen şehirlere ait anahtarlar, fetihlerin sembolü olarak camekanlarda saklanmıştır.¹⁷ Türbe ve tekkeler küçük birer müze olarak faaliyet göstermiş, türbelerde ölen kişilere tekkelerde ise tekkeyi kuran kişilere ait eşyalar duvarlara asılarak sergilenmiş ve korunmuştur.¹⁸

Acayıplikler kabineleri (Cabinets of Curiosities), koleksiyonculuğun gelişiminde önem taşıyan uygulamalardan biridir. Merak kabineleri olarak da anılan acayıplikler kabineleri; doğal ve yapay oluşumlar, fosiller, etnografik eşyalar, hayvanlar, çiçekler gibi ilginç nesnelere bir araya getirildiği ve sergilendiği dolaplar veya odalardır.¹⁹ Kabine sahibi, topladığı bu nesnelere servetini, gücünü ve saygınlığını diğer kişilere göstermeyi amaçlıyordu.²⁰ Acayıplikler kabinelerinin

¹⁴ Nurdan Küçükasköylü, "Dünyada Müzeciliğin Tarihsel Gelişimi", içinde *Müzecilik ve Sergileme*, ed. Erol Altınsapan ve Nurdan Küçükasköylü, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi, 2013, s. 244.

¹⁵ Gerçek, 1999, s. 1.

¹⁶ Gerçek, 1999, s. 77-78.

¹⁷ Konukçu, 2007, s. 251.

¹⁸ Süleyman Özkan, "Osmanlı Devleti'nde Eski Eser Koleksiyonculuğu", *Tarih İncelemeleri Dergisi*, C. 19, S. 2, Y. 2004, s. 66.

¹⁹ Bulduk, 2018, s. 164.

²⁰ Gerçek, 1999, s. 4.

de bulunan nesnelerin ortak noktası, söz konusu nesnelerin yabancı ve ilginç nitelikte olmasıdır. Özellikle coğrafi keşiflerle birlikte koleksiyonlar büyümüş ve acayıplikler kabinelerindeki nesnelerin sınıflandırılarak daha büyük mekanlarda tutulma ihtiyacı doğmuştur. Bu gelişme müzelerin doğuşunu hızlandırmıştır.

Koleksiyonların bilimsel ussallığa tabi kılınarak günümüzdeki anlamını kazanması Aydınlanma Çağı ile gerçekleşmiştir.²¹ Sergilenen eserler yitlik uygarlıkları görme ve tanıma imkânı sağlamış, akademisyenler ve sanatçılar için güçlü birer uyarıcı ve ilham kaynağı olmuştur.²² Böylelikle tarih, sanat tarihi, sosyoloji, arkeoloji, antropoloji gibi alanlarda önemli çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Osmanlı Devleti'nde ise Avrupa'daki gibi sanat eserlerinin koruyuculuğunu yapan bir burjuvazi sınıfının olmaması ve Müslümanlıktaki dünya malının geçiciliğine ilişkin inanç başta olmak üzere çeşitli ekonomik, sosyal ve düşünsel nedenler koleksiyonculuğun gelişimini olumsuz etkilemiştir.²³

II. KOLEKSİYONCULUĞUN YASAL ÇERÇEVESİ

Koleksiyonculuk faaliyetinin kapsamı oldukça geniştir. Günlük hayatta para, pul, tablo, heykel, kartpostal, peçete, gazoz kapağı, rozet, kitap, dvd, cd, kaset, kibrit kutusu, çizgi roman, bilet, jeton, oyuncak, araba gibi pek çok nesnenin koleksiyonunun yapıldığı görülmektedir. Kimi zaman bu koleksiyonlar, Belgin Akın ve Sunay Akın'ın 2005 yılında kurduğu İstanbul Oyuncak Müzesi gibi müzelere dönüşerek halkın ziyaretine açılmakta veya Bahadır Kalaycı'nın sikke koleksiyonunda olduğu gibi mevcut müzelerde²⁴ sergilenmektedir. Koleksiyonu yapılan nesnelere bir de taşınır kültür varlıklarıdır.

Taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğu, diğer nesnelere oluşan koleksiyonlardan farklı olarak 2863 sayılı Kanun ile birtakım özel şartlara bağlanmıştır. Bu farklılık, korunması gereken taşınır kültür varlıklarının bir kısmının devlet

²¹ Levent Çalıkoğlu, "Yeni Bir Dikkat Alanı: Koleksiyon - Koleksiyonerlik ve Müzecilik", içinde *Koleksiyon, Koleksiyonerlik ve Müzecilik*, ed. Levent Çalıkoğlu, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2009, s. 71.

²² Özkasım, 2013, s. 5.

²³ Konukçu, 2007, s. 250.

²⁴ Bahadır Kalaycı'nın sikke koleksiyonu Antalya Müzesinde sergilenmektedir. Bahadır Kalaycı'nın Anadolu Selçuklu sikke koleksiyonunun Türkiye ve dünyadaki en zengin Anadolu Selçuklu sikke koleksiyonu olduğu düşünülmektedir. Derya Bayrak Rözet, Koleksiyoner [Televizyon Programı], 46. Bölüm, TRT 2, Ankara, <https://www.trtizle.com/programlar/koleksiyoner/koleksiyoner-46-bolum-3283033>, (04.05.2023).

malı niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Zira 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre; devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları devlet malı niteliğindedir. Bu hüküm, bütün taşınır kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu şeklinde yorumlanabilse de²⁵ esasen yalnızca yeni bulunan arkeolojik eser niteliğindeki taşınır kültür varlıkları devlet mülkiyeti altındadır.²⁶ Dolayısıyla 5. maddenin kapsamı dışında kalan taşınır kültür varlıkları üzerinde özel mülkiyet kurulması mümkündür.²⁷

²⁵ "...Ancak sanki bütün kültür ve tabiat varlıklarının devlet mülkiyetinde olduğu zehabı da uyandırmaktadır..." İhsan Erdoğan, "Hukuki Açıdan Define", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 1-2, Y. 2013, s. 525.

²⁶ Sibel Özel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1, Y. 2018, s. 235; Mehmet Mert Özyıldırım, "Taşınır Kültür Varlıklarının Hukuka Uygun Bir Biçimde Devredilebilmeleri Açısından Türk Hukukunda Kabul Edilen Yöntemler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, Y. 2022, s. 401.

²⁷ Gülan'a göre; tarih, kültür ve tabiat varlıkları ara rejimleri olan özel mallardır. Özellikle taşınır tarih, kültür ve tabiat varlıklarından tescil edildikleri halde özel koleksiyonlara bırakılanlar, kamu hukuku düzenlemelerine tabi olsalar da özel mülkiyete konu olmaya devam etmektedirler. Dolayısıyla kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde olmayan taşınır kültür varlıkları açısından kanunda yer alan "devlet malı" nitelendirmesi, malın ayınının mülkiyeti anlamında değil, malın değer ve önemini belirleyici unsur olan tarihi niteliklerinin aidiyeti vurgulamak için kullanılmıştır. Aydın Gülan, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim*, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999, 22; Vildan Peksöz, "Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3, Y. 2020, s. 955-957; Barış Acun, "İdare Hukuku Açısından Yazma Eser Kütüphanelerinin Yönetimi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 2, Y. 2022, s. 249-250; Anayasa Mahkemesi bir kararında Türk hukuk sisteminde taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının özel mülkiyete konu edilmesinin yasaklanmadığını ifade etmiştir. Konuyla doğrudan ilgili olması sebebiyle Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesini aktarmayı faydalı görüyoruz: "2863 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu hükme bağlanmıştır. Belirtilmelidir ki taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olması bunların özel mülkiyete konu olmasına engel teşkil etmemektedir. Nitekim 2863 sayılı Kanun'un çeşitli maddelerinde taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarıyla ilgili olarak maliklerin yetkilerini kısıtlayan, devlete gözetim ve denetim yetkisi veren birtakım hükümler sevk edilmekle birlikte bunların hâlihazırda özel mülkiyette bulunanların üzerindeki özel mülkiyetin kalkmasını öngören veya kamu mülkiyetinde bulunanların özel mülkiyete geçmesini engelleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu kültür varlıklarının daha iyi korunabilmesi için bunlara devlet malı statüsü vermiş ise de özel mülkiyeti yasaklamış değildir.

Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik'in²⁸ 3. maddesinin a bendine göre arkeolojik eser, "2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 23'üncü maddesi kapsamında; jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan genellikle kazı ve benzeri çalışmalarla bulunan kültür varlıklarını" ifade etmektedir. Arkeolojik eserler, 1884 Asar-ı Atika Nizamnamesi'nden bu yana hukukumuzda devlet malı olarak kabul edilmektedirler. Nizamname'nin 3. maddesine göre, "Memâlik-i Osmâniyye'de mevcûd ve mekşûf ve bundan böyle hafriyyât ile zâhire çıkarılacak ve deniz ve göl ve nehir ve çay ve derelerde zuhûr edecek olan her nevi âsâr-ı atîka kâmilen devlete âittir". Ancak Nizamname'nin 14. maddesiyle bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre bir kimseye ait arazide duvar, bina, su yolu yapımı gibi çalışmalar esnasında tesadüfen çıkan eski eserlerin yarısı arazi ve mülk sahibine verilebilir.²⁹ 1906 Asar-ı Atika Nizamnamesi'nde ise bu istisna kaldırılmıştır. Nizamname'nin 4. maddesine göre, "Memâlik-i Mahrusa-i Şahanede Hükûmete ait bulunan arazi ve emlâk ile efrad ve cemaat-ı muhtelifenin uhdelerindeki emlâk ve arazide mevcudiyeti bilinen veyahut âtiyen keşfedilecek olan her nevi âbidat ve âsar-ı atîka-i menkule ve gayrimenkulenin cümlesi Hükûmet-i Osmaniyenin malıdır".³⁰ Dolayısıyla 1884 Asar-ı Atika Nizamnamesi'nden önce Osmanlı topraklarında bulunan ve üzerlerinde hukuka bir şekilde özel mülkiyet kurulduğu belgelenen arkeolojik eserler için özel müze ve koleksiyoncuların mülkiyet iddiasında bulunabilmeleri mümkündür.³¹ Yine 1884-1906 yılları arasında, 1884 Asar-ı Atika Nizamnamesi'nin 14. maddesinde öngörülen şekilde edinilen arkeolojik eserler

Devlet malı niteliği özel bir statü olup kamu mülkiyetini zorunlu kılmamaktadır. Devlet malı niteliğindeki varlıklara ilişkin olarak birçok kanunda devlete geniş gözetim ve denetim yetkisi bahşeden hükümler sevk edilmiştir. Devlet malı niteliğinde olma devletin denetim ve gözetim yetkisini genişleten bu hükümleri harekete geçiren bir statüden ibarettir. Dolayısıyla Türk hukuk sisteminde taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının özel mülkiyete konu edilmesinin yasaklanmadığı anlaşılmıştır." Anayasa Mahkemesi, Alexandra Liana ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2018/20732, T. 13.01.2022, R.G. Tarih ve Sayı: 01.03.2022/31765, § 62.

²⁸ R.G. Tarih ve Sayı: 20.04.2009/27206.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ümit Ceylan, "Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 32, 68)", *Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2008, s. 49-56.

³⁰ Aktaran Bilge Umar - Altan Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku*, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1990, s. 73.

³¹ Oğuz Sancakdar vd. *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 873.

üzerinde özel müze ve koleksiyoncuların mülkiyet iddiasında bulunması mümkündür. Özetle devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlardan çıkarılan bir arkeolojik eserin devlet malı sayılması, 1884-1906 yılları arasında bir istisna ile 1906'dan itibaren ise istisnasız bir şekilde uygulanagelmıştır. Kaynak ülkesi Osmanlı-Türkiye olmayan ve mülkiyeti yurt dışında edinilen arkeolojik eserler üzerinde ise özel mülkiyet kurulması mümkündür.³²

Üzerlerinde özel mülkiyet kurulabilecek diğer taşınır kültür varlıkları, güzel sanat eserleri ve etnografik nitelikte kültür varlıklarıdır.³³ Güzel sanat eserleri, "Bedii vasfı haiz olan; yağlı ve sulu boya tablolar, resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma kakma eserler, heykeller, kabartmalar, mimarlık eserleri, elişleri ve küçük sanat eserleri ve fotoğraf eserlerini"³⁴; etnografik nitelikteki kültür varlıkları, "halkın sosyal hayatını yansıtan insan yapısı araç ve gereçler dahil bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili taşınır varlıklarını"³⁵ ifade eder. Etnografik nitelikteki kültür varlıklarından müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte olmayanlar ve belge değeri taşımayanlar özel mülkiyette bulunabilirler.³⁶ Ancak bu eserler için de değerlendirilmek üzere müze müdürlüğüne başvurulması zorunludur.³⁷ Müze müdürlüğü tarafından

³² Özyıldırım, 2022, s. 410; Sancakdar vd., 2021, s. 873; 2863 sayılı Kanun m. 33'e göre, "Yurt dışından kültür varlığı getirmek serbesttir".

³³ Ceylan, 2008, s. 111.

³⁴ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik, m. 3/1-d.

³⁵ Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmelik, R.G. Tarih ve Sayı: 03.05.1988/19803, m. 2/1-b; Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik m. 3/1-'da tescile tabi etnografik eserlerin tanımlanmasına yüz yıllık bir süre sınırı getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre tescile tabi etnografik kültür varlıkları; günümüzden yüz yıl öncesine kadar olanlar hariç, halkın hayat tarzını, dönemin sosyal, teknik ve ilmi özellikleri ile kültürünü temsil eden araç ve gereçler dâhil bilim, kültür, din ve mihaniki sanatlarla ilgili, belge değeri bakımından korunması gerekli insan yapısı taşınır varlıkları ifade eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, 2018, Dipnot 77, s. 231-232.

³⁶ Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmelik, m. 3/1.

³⁷ Özyıldırım, 2022, s. 402; "...suça konu eserin etnografik nitelikte kültür varlığı olmasının, bu varlığın serbestçe bulundurulabileceği anlamına gelmediği, somut durumda suça konu eserin 2863 sayılı Kanunun 23/a maddesi uyarınca tasnif ve tescile tabi, etnografik nitelikte bulunmaları ve sanığın "tescile tabi taşınır kültür ve tabiat varlığı belgesi" olduğuna dair bir savunmasının da mevcut olmaması karşısında, sanıktan ele geçirilen eserin 2863 sayılı Kanunun 75. maddesi uyarınca müzeye teslimine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, sanığa iadesine karar verilmesi kanuna aykırı olup, ..." Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2013/27672, K. 2014/514, T. 15.01.2014, Lexpera; Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2013/15221, K.

yapılan inceleme neticesinde müzelere alınmayan etnografik eserler, bir belge ile sahiplerine iade edilir.³⁸ Güzel sanat eserleri açısından ise Kanun ve ilgili yönetmeliklerde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik'in Tanımlar başlıklı 3. maddesinde güzel sanat eserleri tanımlansa da bu grup eserler için Yönetmelik'te başka bir özel hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde Özyıldırım, sahiplik durumlarının takip edilebilmesi için müze müdürlüklerince yapılan tasnif neticesinde korunması gerekli olduğu tespit edilen güzel sanat eserlerinin tescil belgesi düzenlenerek sahiplerine iade edilmesinin yerinde olacağını savunmaktadır.³⁹

Nitelikleri Kanun'da belirtilmiş bazı sikkeler, üzerinde özel mülkiyet kurulabilecek taşınır kültür varlıklarının bir diğer grubunu oluşturmaktadır. 2863 sayılı Kanun'un 23. maddesine göre; Osmanlı padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahidettin'e ait sikkeler ile aynı çağdaki sikkeler tescile tabi değildir. Dolayısıyla bu sikkelerin tescile tabi olmaksızın yurt içinde alımı, satımı ve devri serbesttir.⁴⁰

Taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna ilişkin temel düzenlemeler 2863 sayılı Kanun'un muhtelif maddelerinde bulunmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ise Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksi-

2014/18298, T. 22.09.2014, Lexpera; "..., etnografik nitelikteki kültür varlıklarının da 23. maddede açıklanan diğer tüm taşınır kültür varlıkları gibi korunması gerekli olup olmadığının belirlenmesi için tasnife tabi tutulmaları ve "müze koleksiyonlarını tamamlayıcı nitelikte oldukları ve belge değeri taşıdıkları" saptandığı takdirde tescil edilmeleri gereklidir. Tasnif sonucu tescil dışı bırakılan ve müzelere alınması gerekli görülmeyen etnografik varlıklar, 2863 sayılı Yasa kapsamı dışında bulunduğundan, bu kültür varlıkları üzerinde sahipleri her tür tasarrufta bulunabilirler. Tescili yapılan ancak müzelere alınmaları gerekli görülmeyen korunması gerekli etnografik nitelikteki kültür varlıklarının ticareti ise, anılan Kanun'un 27. maddesi uyarınca Kültür Bakanlığı'nın iznine tabidir..." Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2006/3297, K. 2009/5001, T. 21.04.2009, Lexpera.

³⁸ Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmelik, m. 3/2-a.

³⁹ Özyıldırım, 2022, s. 403.

⁴⁰ "...Her ne kadar mahkemece sanığın 2863 sayılı Kanun'un 67'nci maddesinin birinci fıkrası gereğince cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, iddianamedeki 67'nci maddeye ilişkin sevk yalnızca sanığın ikametinde ele geçirilen 3 adet sikkeye ilişkin olduğu, bilirkişi raporunda da 3 adet sikkenin ... yurt içinde alım ve satımı serbest olan eserlerden olduğu, 2863 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığının tespit edildiği, bu hali ile sanığın üzerine atılı 2863 sayılı Kanun'un 67'nci maddesinin birinci fıkrasına aykırılık suçunun unsurlarının oluşmadığı anlaşılacakla, sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, mahkumiyetine karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur..." Yargıtay 12. Ceza Dairesi, E. 2022/9238, K. 2023/447, T. 16.02.2023, Lexpera.

yonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'te yer almaktadır. Ülkemizde hukuka uygun bir şekilde taşınır kültür varlığı koleksiyonu yapmak isteyen kişilerin 2863 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslar doğrultusunda hareket etmeleri gereklidir. Çalışmanın bundan sonraki kısmında, ülkemizde taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğunun hukuki rejimi ele alınacaktır.

III. TÜRK HUKUKUNDA TAŞINIR KÜLTÜR VARLIĞI KOLEKSİYONCULUĞU

Türk hukukunda özel bir yasal düzenlemeye sahip tek koleksiyon türü, taşınır kültür ve tabiat varlıklarından oluşan koleksiyonlardır. Zira önceki başlıklar altında da değinildiği üzere, korunması gereken taşınır kültür varlıklarının bir kısmı devlet malı hükmündedir. Dolayısıyla taşınır kültür ve tabiat varlıklarının koleksiyonu, el değiştirmesi ve ticareti ancak mevzuatta öngörülen özel kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebilir.

Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik kapsamında koleksiyon, "Bu Yönetmelikte belirtilen şartlarda sınıflandırılan, saklanan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarından oluşan gruba"⁴¹; koleksiyoncu ise "Kültürel ve doğal mirasın taşınabilir özellikteki yapıtlarının mevzuat çerçevesinde toplanması, arşivlenmesi, korunması, bilimsel yayınlarla tanıtılarak yayınlanması ve sergilemesini gerçekleştiren kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişileri"⁴² ifade etmektedir. Bu tanımlardan hareketle koleksiyonculuğa ilişkin bu Yönetmelik'in yalnızca korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarına ilişkin koleksiyonları kapsadığı ifade edilebilir. Bu makalede ise yalnızca taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna ilişkin usul ve esaslar ele alınacaktır. Bununla birlikte makale kapsamında incelenen hususların büyük bir kısmı taşınır tabiat varlıkları için de aynı şekilde geçerlidir.

A. Koleksiyon Kapsamına Alınabilecek Kültür Varlıkları

1. Taşınır Kültür Varlıkları

2863 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik kapsamında, koleksiyonu yapılabilecek kültür varlıkları taşınır kültür varlıklarıdır. Korunması gereken taşınır kültür

⁴¹ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 4/1-d.

⁴² Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 4/1-e.

varlıkları, 2863 sayılı Kanun'un 23. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre korunması gereken taşınır kültür varlıkları;

- 1) Jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, prehistorya, antropoloji, jeoloji, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür varlıkları ve
- 2) Milli tarihimiz açısından önem taşıyan taşınırlardır.

İlk grup taşınır kültür varlıkları; jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü taşınır kültür varlıklarıdır. Belgesel değer olarak da ifade edilen belge değeri, bir kültür varlığının salt fiziksel bir varlık olmasının ötesinde, içerdiği ve günümüze aktardığı bilgiler nedeniyle önemli olması anlamına gelmektedir.⁴³ Günümüzde artık arkeoloji, salt nesnelere değil, bilgi olarak görülmektedir. Özdoğan da kültür varlıklarının, geçmişten günümüze nasıl geldiğini gösteren bilgi bankaları olduğunu ifade etmektedir.⁴⁴

Kanun koyucu, ilk grup taşınır kültür varlıklarını belirlerken ayrıca örnekleme yoluna başvurmuştur. Buna göre; her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidyen), kemik veya madeni her türlü aletler, heykeller, putlar (ikon), figürinler, çini, seramik, benzeri kap ve kacaklar, tabletler, kesici, koruyucu ve vurucu silahlar, maskeler, cam eşyalar, süs eşyaları (hülliyyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, taçlar (diadem), nişanlar, madalyalar, deri, bez,

⁴³ Nafia Gül Asatekin, *Kültür ve Doğa Varlıklarımız Neyi, Niçin, Nasıl Korumalıyız?*, Ankara, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, 2004, s. 49; Sikkelerin taşıdığı belgesel değere örnek olarak Kamil Eron'un Türk-İslam devletlerine ait sikkelerden oluşan koleksiyonu örnek gösterilebilir. Koleksiyonda bulunan miladi 1317 tarihli Aydınolu Mehmet Bey tarafından bastırılan bir sikke şehrin adının Smyrna'dan İzmir olarak değiştirildiğini ispat etmesi açısından önemlidir. Gültekin Teoman - Kamil Eron, "İzmir'de Basılan İlk Aydınolu Dirhemi", *Arkeoloji ve Sanat Dergisi*, İstanbul, S. 124, Y. 2007, s. 113-114; Kamil Eron'un koleksiyonuna dahil olan bir başka sikke, Osman Bey'in dedesi ve Ertuğrul Gazi'nin babasının kim olduğunu bilgisini verdiği için oldukça kıymetlidir. Sikkenin üzerinde "Osman bin Ertuğrul bin Gündüz Alp" ifadesi bulunmaktadır. Dolayısıyla her an tarihi değiştirebilecek yeni bir sikkenin çıkması ihtimal dahilindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Derya Bayrak Rözet, Koleksiyoner [Televizyon Programı], 47. Bölüm, TRT 2, Ankara, <https://www.trtizle.com/programlar/koleksiyoner/koleksiyoner-47-bolum-3369398>, (04.05.2023).

⁴⁴ Mehmet Özdoğan, *Arkeolojinin Politikası ve Politik Bir Araç Olarak Arkeoloji*, İstanbul, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, 2006, s. 9.

papirus, parşümen veya maden üzerine yazılı veya tasvirli belgeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerine haiz gravür, yağlıboya veya suluboya tablolar, tartı araçları, sikkeler, muhallefat (religie'ler), çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları korunması gereken taşınır kültür varlıklarıdır.⁴⁵ Bunların yanı sıra halkın sosyal hayatını yansıtan, insan yapısı araç ve gereçler dahil, bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili etnografik nitelikteki kültür varlıklarının ilk grup taşınır kültür varlıkları kapsamında olduğu 23. maddede ayrıca zikredilmiştir. Doktrinde Kanadoğlu, etnografik nitelikteki kültür varlıklarının kanun kapsamına alınabilmesi için ayrıca düzenlenmesi yerine, 2863 sayılı Kanun'un a bendinin ilk fıkrasına *etnografya* ifadesinin eklenmesinin yeterli olduğunu savunmaktadır.⁴⁶

İkinci grup kültür varlıkları, milli tarihimiz açısından önem taşıyan taşınır varlıklardır. Bu varlıklar milli mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuna ilişkin tarihi değere sahip belge ve eşyalar ile Mustafa Kemal Atatürk'e ait kişisel eşyalar, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırlardır. Böylelikle milli tarihimizin daha iyi anlaşılabilmesi için milli mücadele dönemine ışık tutan belge ve eşyaların taşınır kültür varlığı statüsünde olduğu kabul edilmiştir.⁴⁷ Bunun yanı sıra ilgili hükümde Atatürk'e ait çeşitli taşınırlar da korunması gereken taşınır kültür varlığı olarak nitelendirilmişlerdir. Doktrinde Umar ve Çilingiroğlu, Atatürk'e ait bütün eşyaların değil, yalnızca tarihi değer taşıyan eşyaların Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁸

2. Taşınmaz Kültür Varlıklarına Ait Parçaların Koleksiyon Kapsamına Alınıp Alınamayacağı Sorunu

Koleksiyonculuğa ilişkin temel düzenlemelerin yapıldığı 2863 sayılı Kanun'un 26. maddesinde; Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzelkişilerle vakıfların mevzuatta öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde *her çeşit kültür varlığından* oluşan koleksiyonlar oluşturabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde geçen *her çeşit kültür varlığı* ifadesi muğlak olup taşınmaz kültür varlıklarının parçalarının da bu kapsamda değerlendirilebileceği izlenimi uyandırmaktadır. Uygulamada da bu yönde bir tereddüt yaşanmış olacak ki

⁴⁵ 2863 sayılı Kanun, m. 23/1-a.

⁴⁶ Sabih Kanadoğlu, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 1998, s. 103.

⁴⁷ Çolak, 2015, s. 16.

⁴⁸ Umar - Çilingiroğlu, 1990, s. 195.

Kültür ve Turizm Bakanlığı 11.03.2005 tarih ve 29917 sayılı bir genelge ile taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve bunlara ait parçaların koleksiyonculuk faaliyetleri kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve bu yönde bir uygulamanın hukuken mümkün olmadığını ilgili valiliklere bildirmiştir. Mezkûr genelgenin iptali için açılan dava, Danıştay 6. Daire tarafından 13.11.2006 tarihli ve 2005/5139 Esas 2006/5193 Karar sayılı kararıyla reddedilmiştir. Bunun üzerine Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından 30.01.2007 tarih ve 14430 sayılı yeni bir genelge kabul edilmiştir. Bu genelge ile taşınmaz kültür varlıklarına ait parçaların müzelere teslim edilmesi öngörülmüş ve söz konusu parçaları teslim etmeyenler hakkında 2863 sayılı Kanun'un 73. maddesi uyarınca suç duyurusunda bulunulması valiliklerden istenmiştir. Kültür ve Turizm Bakanlığının bu genelgeleri ile Danıştay kararına rağmen uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi adına Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu tarafından 01.11.2007 tarihinde 737 sayılı Koleksiyoncuların Envanterinde Bulunan Taşınmaz ve Taşınmaz Parçaları ile İlgili İlke Karar⁴⁹ kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle 11.03.2005 tarih ve 29917 sayılı genelgenin yayımlandığı tarihe kadar koleksiyoncular tarafından envanter defterlerine kaydedilen taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları veya taşınmaz kültür ve tabiat varlığı parçalarının kayıt altında bulunsalar bile devlet müzelerine devrinin zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Sonuç olarak taşınmaz kültür varlığı parçaları, taşınır kültür varlığı niteliğinde olmadıkları için -taşınmaz kültür varlığından kopsalar veya kırılırsalar bile⁵⁰- 2863 sayılı Kanun'un 26. maddesi kapsamında koleksiyonlara dahil edilemezler. Aksi takdirde taşınmaz kültür varlıkları tahmin bile edilemeyecek tahribatlarla karşı karşıya kalabilirler.

Günümüzde her ne kadar taşınmaz kültür varlığı parçalarının 2863 sayılı Kanun'un 26. maddesi kapsamında koleksiyonlara dahil edilemeyeceği açık olsa da bu düzenlemenin yapıldığı dönemde çok sayıda itirazla karşı karşıya kalmıştır.⁵¹ Bu nedenle 5835 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵² ile 2863 sayılı Kanun'a geçici madde eklenecek bu problem çözülmeye çalışılmıştır. Bu hükme göre;

⁴⁹ <https://teftis.ktb.gov.tr/yazdir?C3E505114905B7B7E36F6950507E65CA> (12.02.2023).

⁵⁰ Barış Şenol, Türkiye'de Arkeolojik Eser Koleksiyonculuğu, *Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa, 2021, s. 226.

⁵¹ Genelge'ye ilişkin eleştirilerin yer aldığı bir köşe yazısı için bkz. Murat BARDAKÇI, "Ünlü Koleksiyonculara Hapis Tehdidi", Habertürk, 22.04.2007, <https://www.haberturk.com/kultur-sanat/haber/20850-unlu-koleksiyonculara-hapis-tehdidi>, (14.02.2023).

⁵² R.G. Tarih ve Sayı: 11.02.2009/27138.

11/3/2005 tarihinden önce bir şekilde koleksiyoncular tarafından edinilmiş ve bağlı bulunduğu müzedeki envanter defterine kaydı yaptırılmış taşınmaz kültür varlıkları, koleksiyoncular arasında hiçbir surette değiştirilemez ve satılamaz. Ancak bu taşınmaz kültür varlıklarından; müze ve ören yerlerindeki eserlerin bütünleyicisi olduğu tespit edilen parçalar ile müze koleksiyonlarını tamamlar nitelikte olanları Kültür ve Turizm Bakanlığının bedelsiz olarak alma hakkı saklıdır.⁵³

Bu kapsamda taşınmaz kültür varlığına ait bir parçanın koleksiyon kapsamına alınabilmesi için söz konusu parçanın 11.03.2005 tarihinden önce koleksiyoncu tarafından edinilmiş ve bağlı bulunduğu müzedeki envanter defterine kaydının yaptırılmış olması gereklidir. Kanun'un gerekçesinde geçici madde 8 ile hangi taşınmaz kültür varlığına ait olduğu bilinmeyen ancak idari düzenlemeden önce iyi niyetli vatandaşın elinde olan tarihi eserlerin envanter defterine kaydedilerek koleksiyoncu tarafından korunmasının ve ticarete konu edilmemesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Ancak gerekçenin aksine, kanun maddesinde iyi niyetli olan veya olmayan koleksiyoncu ayrımının yapılmadığı dikkat çekmektedir. Bu açıdan gerekçe ile kanun maddesi arasında bir uyumsuzluk mevcuttur. Söz konusu değişikliğin görüşüldüğü meclis oturumunda Milletvekili Hüseyin Ünsal da maddenin gerekçesinin ve gerekçesinde kullanılan *iyiniyetli* ibaresinin muğlak olduğuna dikkat çekmiş ve bu düzenlemenin bir af niteliğinde olduğunu beyan etmiştir.⁵⁴

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya konu olan bir uyuşmazlıkta, 2863 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesi uyarınca koleksiyona dahil olan taşınmaz kültür varlıklarının müzeye bedelsiz/tazminatsız olarak teslimine ilişkin uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını ihlâl ettiğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre; 2863 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesi, 11.03.2005 tarihinden önce özel koleksiyonlara dâhil edilen taşınmaz kültür varlıklarının bedelsiz olarak müzelere alınması hususunda idareye takdir yetkisi tanımaktadır. Taşınmaz kültür varlıklarının bir parçası mahiyetindeki kültür varlıklarının bedelsiz olarak müzeye alınmaları, bu parçaların korunması için elverişli bir araç olmakla birlikte mülkiyet hakkına ağır bir müdahaledir. Dolayısıyla salt kültür varlıklarının korunması ihtiyacı, bu parçaların başvuruca kal-

⁵³ 2863 sayılı Kanun, geçici m. 8.

⁵⁴ *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, D. 23, C. 38, B. 48, 22.01.2009, 615; Bu hükme ilişkin eleştirilerin yer aldığı bir haber için bkz. <https://www.milliyet.com.tr/pembelar/alamadik-affedelim-888907> (15.02.2023).

ması hâlinde daha az korunacağı ispat edilmedikçe, bedelsiz/tazminatsız müzeye alma işlemi haklı hâle getirmeyecektir.⁵⁵

B. Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyoncusu Olabilecek Kişiler

2863 sayılı Kanun'un 26. maddesinin 2. fıkrasında; Bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, gerçek ve tüzel kişiler ile vakıfların taşınır kültür varlığı koleksiyoncusu olabileceği düzenlenmiştir. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'te ise koleksiyoncu kavramının, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişileri ifade ettiği düzenlenmiştir. Böylelikle kamu tüzel kişiliği olsun veya olmasın bütün kamu kurum ve kuruluşlarının koleksiyoncu olabilmesi mümkün hale gelmiştir.⁵⁶ Ancak bu hükümler kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişilerin taşınır kültür varlığı koleksiyonu oluşturabilmesinde hiçbir sınırlamanın bulunmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır.

Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya tüzel kişilerin taşınır kültür varlığı koleksiyonu oluşturabilmesinin ilk şartı, mevzuata uygun olarak Kültür ve Turizm Bakanlığına başvurulması ve Bakanlıktan koleksiyon izin belgesi alınmasıdır. Tüzel kişiler açısından ikinci şart ise tüzel kişilerin yapacağı koleksiyonlarda, kendi hizmet konularını veya amaçlarını gerçekleştirmeyi gözetmeleri gerekmesidir.

Koleksiyoncu olabilecek kişilere ilişkin bir başka sınırlama Yönetmelik'in 5. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre;

Güveni kötüye kullanmak, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanmak, dolanlı iflas, resmi ihale ve alım-satımlarına fesat karıştırma, devletin sırlarını açığa vurma, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti yaparak kullanılmasını kolaylaştırma ve kullanma, satın alma veya bulundurma suçları ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, Alexandra Liana ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2018/20732, T. 13.01.2022, R.G. Tarih ve Sayı: 01.03.2022/31765, § 95; Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, Filiz Freifrau Von Thermann ve Diğerleri Başvurusu, B. No. 2019/14470, T. 20.12.2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/14470>, (08.05.2023).

⁵⁶ Oğuz Sadık Aydos, "Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 66, S. 4, Y. 2008, s. 70.

*Kanunu ve 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 282 nci maddesinde belirtilen suçlardan hüküm giyenlere koleksiyon izin belgesi verilmez.*⁵⁷

Bu düzenleme ile koleksiyon izin belgesi verilebilecek kişilere ilişkin bir *güvenilirlik kriteri* getirilmiştir. Fıkra da sayılan suçlar nedeniyle koleksiyon izin belgesinin verilememesi için ilgili suçlardan dolayı verilen hükmün kesinleşmesi gereklidir.⁵⁸ Fıkra da belirtilen suçlardan hüküm giyen kişilere koleksiyon izin belgesi verilemeyeceği tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta düzenlenmiştir. Bakanlık, her ne kadar koleksiyon izin belgesi verip vermeme hususunda takdir yetkisine sahip olsa da fıkra da sayılan durumlardan birinin gerçekleşmesi hâlinde koleksiyon izin belgesi vermeme hususunda bağlı yetkiyle donatılmıştır. Bu fıkra, koleksiyonlarda bulundurulacak taşınır kültür varlıklarının güvenliğini sağlama noktasında yerinde olsa da hukuki açıdan problemlidir. Zira bu düzenleme, fıkra da belirtilen kişilerin taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğu yapmasının yasaklanması anlamına gelmektedir. Ancak söz konusu sınırlamaya 2863 sayılı Kanun'da değil, idarenin düzenleyici işlemi olan bir yönetmelikte yer verilmiştir. Normlar hiyerarşisi gereğince, bu yönde yapılacak sınırlamaların ancak kanunla düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla gerek hukuki açıdan gerekse taşınır kültür varlıklarının güvenliğinin sağlanması açısından bu düzenlemenin 2863 sayılı Kanun'a eklenmesi gereklidir. Zira Kanun'da bu yönde bir düzenleme olmadığı için Bakanlığın yönetmelikte bir değişiklik yaparak söz konusu fıkrayı yürürlükten kaldırması durumunda uygulamada neler yaşanabileceğini tahmin etmek oldukça zordur.

Koleksiyoncu olabilecek kişiler açısından son bir sınırlama Yönetmelik'in 6. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre; kültür varlığı ticareti yapanlar, özel müze sahipleri ve Bakanlık personeli korunması gerekli taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğu yapamazlar. Ancak maddede sayılan kişiler dışında kalanların koleksiyonculuk faaliyetlerinde bulunmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Örneğin; kültür varlığı ticareti yapanların, özel müze sahiplerinin ve Bakanlık personelinin eşlerinin ve çocuklarının taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğu yapması mümkündür. Bu fıkranın da bir önceki paragrafta ifade edilen gerekçelerle Kanun'da düzenlenmesi yerinde olacaktır.

⁵⁷ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 5/3.

⁵⁸ Sancakdar vd., 2021, s. 879.

C. Koleksiyon İzin Belgesinin Alınması

2863 sayılı Kanun kapsamında taşınır kültür varlığı koleksiyonu yapmak isteyen kişilerin öncelikle Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan koleksiyon izin belgesi alması gerekir. 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu⁵⁹ döneminde, koleksiyon oluşturmak isteyen özel kişilerin izin belgesi almak yerine koleksiyonculuk faaliyetlerini en geç altı ay içinde Millî Eğitim Bakanlığına bildirmesi usulü öngörülmüştü. 2863 sayılı Kanun ile koleksiyon oluşturabilmek için öngörülen bildirim usulüne son verilerek Bakanlıktan izin alma şartı kabul edilmiştir. Böylelikle devlet, koleksiyonculuk faaliyetlerinin denetiminde daha etkin bir konuma sahip olmuştur.

Koleksiyon izin belgesi almak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen bilgi ve belgelerle birlikte koleksiyonun bulundurulacağı yere en yakın müze müdürlüğüne yazılı olarak başvurmaları gerekir. Başvurucu kamu kurum ve kuruluşu veya tüzel kişi ise bu bilgi ve belgelere ilave olarak koleksiyondan sorumlu kişinin kimlik bilgileri, karar ve yetki belgesi de başvuruya eklenmelidir.

Taşınır kültür ve tabiat varlığı koleksiyonculuğu başvurularının incelenmesi ve değerlendirilmesi başvuru müze müdürlüğü tarafından gerçekleştirilmektedir. Bunun için müze müdür başkanlığında, varsa müze müdür yardımcısı ve müze ihtisas elemanlarından oluşan en az üç kişilik bir komisyon kurulması gerekir.⁶⁰ Ancak komisyonun görevi yalnızca koleksiyonculuk başvurularının incelenmesi ve değerlendirilmesiyle sınırlı değildir. Bunun yanında komisyon; koleksiyonun denetiminde, veraset yoluyla intikalinde ve yer değiştirmesinde, koleksiyonculuktan vazgeçme durumunda, koleksiyon izin belgesinin iptalinde vb. çeşitli görevlere sahiptir.

Koleksiyonculuk başvurularının incelenmesi ve değerlendirilmesi aşamasında, komisyon tarafından yapılacak müzakerelerde göz önünde bulundurulması belirli esaslar mevcuttur. Buna göre komisyon; koleksiyonun bulunduğu veya bulundurulacağı yerin kültür varlıklarının muhafazasına uygun olup olmadığını, koleksiyonun korunması için gereken her türlü güvenlik tedbirinin alınmadığını, izin belgesi başvurusunda belirtilen hususların yerine getirilip

⁵⁹ R.G. Tarih ve Sayı: 06.05.1973/14527.

⁶⁰ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 4/1-f.

getirilmediğini ve başvuruçunun koleksiyonculuk yapıp yapamayacağını araştırmakla görevlidir.⁶¹ Bu hususlar bizzat komisyon tarafından araştırılabileceği gibi komisyon tarafından görevlendirilen en az iki müze ihtisas elemanı tarafından da araştırılabilir. İhtisas elemanı; üniversitelerin ilgili bölümlerinden mezun olan arkeolog, sanat tarihçisi, tarihçi, antropolog, hititolog, etnolog, sümerolog, klasik ve şark dilleri filologlarını ifade etmektedir.⁶² Yapılan değerlendirme neticesinde başvurunun olumlu bulunması durumunda, gerekli ücretin yatırıldığına ilişkin banka dekontunun sunulması üzerine, ilgili müze tarafından koleksiyon izin belgesi verilir. Koleksiyon izin belgesi verip vermeme hususunda ilgili müze müdürlüğünün takdir yetkisi mevcuttur. Ancak bu yetkinin hukuka ve eşitlik ilkesine uygun, gerekçeli bir şekilde kullanılması gereklidir. Dolayısıyla başvurunun olumsuz bulunarak reddedildiği durumlarda, ret işleminin sebepleri açıkça gösterilmelidir. Başvurunun olumlu bulunması üzerine verilen koleksiyon izin belgesinin bir nüshası Kültür ve Turizm Bakanlığına gönderilir ve ayrıca İçişleri Bakanlığına konu hakkında bilgi verilir.⁶³

Koleksiyon izin belgesi; müze müdürü başkanlığında en az üç kişilik bir komisyon tarafından düzenlenen bir hukuki işlemidir. Koleksiyon izin belgesinin verilmesiyle birlikte koleksiyon, koleksiyoncu gibi çeşitli hukuki statüler kurulmaktadır. Hukuki statü, genel normlarla düzenlenen genel, soyut, sürekli ve kişilik dışı hukuki durumları ifade eder.⁶⁴ Koleksiyon izin belgesi verilmesi veya izin belgesi başvurusunun reddedilmesi, ilgili olduğu kişi veya nesnelerin hukuki statüsü üzerinde değişiklik yarattığı için icrai birer idari işlem niteliğindedir. Dolayısıyla bu işlemlerin hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililer genel dava açma süresi içinde idari yargıda iptal davası açabilirler.

⁶¹ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 6; Bu incelemede esas olarak koleksiyonun bulundurulacağı yerin mekânsal açıdan koleksiyonun korunması için uygun olup olmadığı araştırılmaktadır. Araştırma kapsamında koleksiyonun bulundurulacağı binanın sağlamlığı, eserlere zarar verebilecek ısı ve nem etkenleri, alarm ve kamera sistemleri, hırsızlığa karşı güvenli olup olmadığı, koleksiyonun muhafaza edileceği güvenli kasaların bulunup bulunmadığı gibi hususlar incelenir. Şenol, 2021, s. 224-225.

⁶² Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 4/1-c.

⁶³ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 6/2.

⁶⁴ Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2020, s. 19.

Başta koleksiyon izin belgesi verme veya vermeme işlemleri olmak üzere, 2863 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik kapsamında komisyonun alacağı bütün kararlar kolektif idari işlem niteliğindedir. Kolektif işlem; idari bir kurul veya organda görevli olan birden fazla kişinin, yapılan müzakereler neticesinde, belirli bir hukuki sonuç yaratmak için iradelerini aynı anda ve aynı yönde açıklamasıyla oluşan tek yanlı irade açıklamalarıdır.⁶⁵ Müzakere sonunda alınan bir karar, karara katılan ve katılmayan bütün üyeler tarafından alınan anonim nitelikte bir karar olarak kabul edilmektedir.⁶⁶ Diğer bir ifadeyle müzakere neticesinde alınan karar artık ilgili kurul, komisyon ya da organın kararı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle kolektif işlemlerde önemli olan husus, kolektif iradeyi oluşturan kişilerin bir araya gelip müzakere ederek karar vermesidir. Dolayısıyla bir araya gelmeden ve müzakere etmeden imza dolaştırmak suretiyle alınan kararlar hukuka aykırı nitelikte olacaktır. Bu doğrultuda, koleksiyonculuk başvurularının incelenmesi ve değerlendirilmesiyle amacıyla kurulan komisyonun da kararlarını müzakere ederek alması gereklidir.

D. Koleksiyoncunun Yükümlülükleri

Koleksiyon izin belgesini alan koleksiyoncu, 2863 sayılı Kanun'da ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'te öngörülen çeşitli yükümlülüklerle uygun hareket ederek koleksiyonculuk faaliyetlerinde bulunabilir. Bu başlık altında koleksiyonculuk faaliyetlerinde bulunurken koleksiyoncunun uyması gereken yükümlülükler ele alınacaktır.

1. Koleksiyon İzin Belgesini Asmak

Koleksiyoncunun ilk yükümlülüğü, koleksiyonu bulunduracağı adreste koleksiyon izin belgesini görünür bir yere asmaktır.⁶⁷ Uygulamada koleksiyon izin belgelerinin sertifika boyutlarında olduğu görülmektedir. Bu nedenle koleksiyon izin belgelerinin boyutunun büyük olduğu, koleksiyoncunun her zaman belgeyi beraberinde taşıma imkanının bulunmadığı ve bu yüzden müze müdürlüğü tarafından izin belgesinin kimlik boyutunda bir örneğinin koleksiyoncuya

⁶⁵ Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, s. 23; İlhan Özyay, *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 489.

⁶⁶ Akyılmaz - Sezginer - Kaya, 2020, s. 361.

⁶⁷ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 6/2.

verilmesinin faydalı olacağı savunulmaktadır.⁶⁸ Öte yandan koleksiyoncunun bu yükümlülüğü gereği gibi yerine getirip getirmediğinin denetimi ve tespiti oldukça zordur. Ayrıca 2863 sayılı Kanun'da koleksiyon izin belgesinin Yönetmelik'te öngörülen şekilde asılmaması hâlinde uygulanabilecek herhangi bir yaptırıma yer verilmemiştir.

2. Koleksiyonda Bulunacak Taşınır Kültür Varlıklarının Belgelendirilmiş Olması

2863 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, bir taşınır kültür varlığı bulanlara veya bir taşınır kültür varlığından haberdar olan malik ve zilyetlere haber verme yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu hüküm uyarınca, ilgili malik ve zilyetler bunu üç gün içinde en yakın en yakın müze müdürlüğüne veya köyde muhtara ve diğer yerlerde mülki idare amirlerine bildirmek zorundadır. Maddede geçen malik ve zilyet ifadeleriyle kastedilen kültür varlığının maliki ve zilyedi olmayıp kültür varlığının içinde bulunduğu taşınmazın maliki ve zilyedidir.⁶⁹ Mazereti olmaksızın kasten bildirimde bulunmayan, bildirimi yapılmamış taşınır kültür ve tabiat varlığını satışa arz eden, satan, veren, satın alan ve kabul eden kişi veya kişiler, 2863 sayılı Kanun'un 67. maddesinde öngörülen cezai yaptırımlarla karşı karşıya gelecektir.

Haber verme yükümlülüğü kapsamında yapılan bildirim üzerine idare tarafından gerçekleştirilecek işlemler, 2863 sayılı Kanun'un 25. maddesi ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik çerçevesinde gerçekleştirilmektedir. Bu kapsamda müze müdürlüğüne getirilen taşınır kültür varlıkları, müze idaresi tarafından taşınır geçici alındısı karşılığında emanete alınır.⁷⁰ Söz konusu taşınır kültür varlığını incelemek amacıyla ilgili müze müdürlüğü tarafından değerlendirme komisyonu kurulur.⁷¹ Değerlendirme komisyonu tarafından yapılan araştırma ve tespit işlemleri neticesinde, müzelere kazandırılmaları gerekli görülen taşınır kültür varlıklarının müzelere alınmasına karar verilir; korunması gerekli görülmeyen ve tescil dışı bırakılan taşınır kültür varlıkları Yönetmeliğin ekinde

⁶⁸ Aydos, 2008, s. 70.

⁶⁹ Umar - Çilingiroğlu, 1990, s. 72.

⁷⁰ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik, m. 5.

⁷¹ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik, m. 5, m. 6.

yer alan Ek-1 sayılı Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi düzenlenerek sahiplerine iade edilir; korunması gerekli etnografik nitelikli kültür varlıklarından müzelere alınması gerekli görülmeyenler ile sahipleri tarafından müzelere satılmak istenmeyen taşınır kültür varlıkları ise Yönetmelik'in ekinde yer alan Ek-2 sayılı Tescile Tabi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi düzenlenerek iade edilir.⁷² Koleksiyonlarda bulunabilecek taşınır kültür varlıkları da Yönetmelik'te belirtilen Ek-1 sayılı Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi ve Ek-2 sayılı Tescile Tabi Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi'ne sahip kültür varlıklarıdır. Koleksiyoncunun bu belgeler olmaksızın Yönetmelik hükümlerine aykırı olarak belgesiz bir şekilde taşınır kültür varlığı bulundurması, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'in 15/1-a hükmü uyarınca koleksiyon izin belgesinin iptalini gerektirmektedir. Bu düzenleme, belgeleme yapılmadıkça taşınır kültür varlıklarının kendisinin ve taşıdığı bilginin korunmasının oldukça zor ve hatta imkânsız olması karşısında yerinde bir düzenlemedir. Zira devletin temel görevi koleksiyonculuğu teşvik etmek değil, kültür varlıklarını korumaktır.⁷³

3. Koleksiyondaki Taşınır Kültür Varlıklarını Envanter Defterine Kaydetmek

Koleksiyoncunun en önemli yükümlülüklerinden biri, koleksiyona dahil edilecek bütün taşınır kültür varlıklarının ve kültür varlıklarına ilişkin çeşitli bilgilerin envanter defterine kaydedilmesidir. Envanter defterleri, ilgili müze müdürlüğü tarafından koleksiyoncuya verilir. Envanter defterine koleksiyona dahil edilecek taşınır kültür varlığının elde edilmiş şekline, dönemine ve fiziki tanımlamasına ilişkin bilgiler kaydedilir ve taşınır kültür varlığının fotoğrafları eklenir.⁷⁴ Diğer bir ifadeyle envanter defterleri, koleksiyondaki taşınır kültür varlıklarının künyelerinin tutulduğu defterlerdir. Böylelikle taşınır kültür varlıklarının bağlamlarından kopartılarak salt bir nesne olarak saklanması önüne geçmek, koleksiyonda yer alacak taşınır kültür varlığının belgesel değerini ve ihtiva ettiği bilgileri korumak amaçlanmaktadır. Dolayısıyla taşınır kültür varlıklarının envanter defterlerine kaydı basit bir formaliteden ziyade uzmanlık gerektiren bir faaliyettir. Bu nedenle komisyonun gerekli görmesi durumunda, taşınır kültür varlıklarının envanter defterine doğru bir şekilde kaydedilebilmesi için ihtisas elemanı görevlendirilmesi

⁷² Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik, m. 9, m. 10, m. 11.

⁷³ Sancakdar vd, 2021, s. 878.

⁷⁴ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 7/2.

koleksiyoncudan istenebilir.⁷⁵ Kanımızca taşınır kültür varlıklarının bağlamalarının korunabilmesi için bu uygulamanın komisyonun gerekli görmesine bırakılmaması ve koleksiyonlara dahil edilecek bütün taşınır kültür varlıkları açısından istisnasız bir şekilde uygulanması yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Koleksiyoncu tarafından koleksiyona ilave edilen taşınır kültür varlıkları otuz gün içinde envanter defterlerine kaydedilir. Koleksiyondaki her taşınır kültür varlığı, envanter defterinde -devam eden sıra numarasına uyularak- bir envanter numarasına kaydedilir. Envanter defterlerinden biri koleksiyoncuda, diğeri ise ilgili müze müdürlüğünde saklanır. Taşınmaz kültür varlıkları ve bunlara ait parçalar ise envanter defterine kaydedilemez.⁷⁶

4. Koleksiyonun İdare Tarafından Denetimine ve Gözetimine Katlanmak

Taşınır kültür varlığı koleksiyoncusu, koleksiyonundaki taşınır kültür varlıklarının gereği gibi korunabilmesi için idare tarafından yapılacak denetim ve gözetim faaliyetlerine katlanmakla yükümlüdür. Anayasa'nın *XI. Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması* başlıklı 63. maddesine göre, "Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır". Maddede bahsedilen faaliyet, idarenin kolluk faaliyetinin bir görünümüdür. Kolluk faaliyeti, en genel ifadeyle, idarenin kamu düzenini sağlanmaya yönelik faaliyetleridir.⁷⁷

İdarenin koleksiyonlar üzerindeki denetim ve gözetim yetkisi, Yönetmelik'in 8. maddesinde somutlaştırılmıştır. Bu hüküm uyarınca koleksiyoncular, bağlı buldukları müze müdürü veya müze müdürü tarafından görevlendirilen ihtisas elemanları tarafından yılda en az bir kez denetlenirler. Yapılan denetimde taşınır kültür varlıklarının sağlığı ve güvenliğiyle ilgili gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı, envanter defterine kaydedilmeyen taşınır kültür varlığının bulunup bulunmadığı, koleksiyonda eksiklik olup olmadığı gibi taşınır kültür varlıklarının sağlığı, muhafazası ve güvenliğiyle ilgili hususlar incelenir.⁷⁸ Denetim esnasında tespit edilen

⁷⁵ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 7/1.

⁷⁶ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 7/3.

⁷⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt II, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2019, s. 477; Akyılmaz - Sezginer - Kaya, 2020, s. 361.

⁷⁸ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 8/1.

aksaklıkların koleksiyoncu tarafından otuz gün içerisinde giderilmesi gerekir. Bununla birlikte söz konusu aksaklıkların giderilmesine ilişkin sorumluluk salt koleksiyoncunun üzerinde bırakılmamıştır. Denetim esnasında belirlenen aksaklıkların giderilmesinin takibi müze müdürlüğünün sorumluluğundadır.⁷⁹ Bu hükme göre ilgili müze müdürlüğü, koleksiyondaki taşınır kültür varlıklarının korunması adına, aksaklıkların giderilip giderilmediğinin takibini yapmak ve aksaklıkların giderilmemesi durumunda gerekli mevzuatta öngörülen prosedürü işletmek durumundadır. Esasen Yönetmelik'te bu yönde bir düzenleme olmasa da Anayasa'nın 63. maddesi çerçevesinde koleksiyonlardaki aksaklıkların giderilip giderilmediğinin denetimi idarenin sorumluluğu altındadır. Dolayısıyla koleksiyondaki aksaklıkların giderilmesi takibinin gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle taşınır kültür varlıklarının kaybolması, zarar görmesi ve yok olmasından hem idare hem de söz konusu aksaklığın takibinde görevli kamu görevlileri sorumludur. Yönetmelik'te yer alan düzenleme, kültür varlıklarının korunmasına verilen önemin bir göstergesi olması nedeniyle önem taşımaktadır.

5. Koleksiyondaki Taşınır Kültür Varlıklarının El Değiştirmesi

Taşıdıkları önem karşısında koleksiyonlardaki taşınır kültür varlıklarının el değiştirmesine ilişkin usul ve esaslar mevzuatta özel olarak düzenlenmiştir. Yönetmelik'te taşınır kültür varlıklarının el değiştirmesi noktasında farklı usuller kabul edilmiştir. Yönetmelik'in 9. maddesine göre; on beş gün önce bağlı olunan müze müdürlüğüne haber vermek kaydıyla, koleksiyoncular koleksiyonlarında bulunan taşınır kültür varlıklarını kendi aralarında değiştirebilir, Bakanlık denetimi altındaki özel müzelere ve koleksiyonculara devredebilir veya satın alma önceliği Bakanlığa ait olmak üzere satabilirler. Yönetmelik'in 9. maddesinde geçen "satabilirler" ifadesinin doktrinde farklı şekillerde değerlendirildiği görülmektedir. Aydos'a göre; taşınır kültür varlıkları, 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Koleksiyoncunun hukuki statüsü *emanetçi sıfatıyla zilyetliktir*.⁸⁰ Koleksiyondaki taşınır kültür varlığı üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmayan koleksiyoncunun bu kültür varlığını satabilmesi hukuken mümkün değildir. Dolayısıyla bu yönde yapılacak bir sözleşme satım sözleşmesi değil devir sözleşmesi niteliğindedir.⁸¹ Sancakdar

⁷⁹ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 8/1.

⁸⁰ Aydos, 2008, s. 73.

⁸¹ Aydos, 2008, s. 71.

vd. da koleksiyona dahil varlıkların el değiştirmesindeki sözleşmenin borçlar hukuku kapsamında bir satış sözleşmesi olmadığını, söz konusu işlemin sui generis (kendine özgü) bir işlem olduğunu savunmaktadır.⁸²

Yönetmelik'in 9. maddesindeki bir diğer problem taşınır kültür varlığının el değiştirmesinden önce bildirimde bulunulacak makam noktasındadır. Bu makam 2863 sayılı Kanun'da Kültür ve Turizm Bakanlığı, Yönetmelik'te ise bağlı olunan müze müdürlüğü olarak düzenlenmiştir. Normlar hiyerarşisi gereğince, idarenin düzenleyici işlemlerinin anayasaya ve kanunlara uygun olması gerekmektedir. Ayrıca idare hukukunda, yetkili idari makamların kanunla tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle haber verilecek makam, 2863 sayılı Kanun gereğince Kültür ve Turizm Bakanlığıdır. Bağlı olunan müze müdürlüklerine bu konuda yetki verilmesi, ülke çapındaki uygulamada yeknesaklığın sağlanmasını zorlaştıracaktır.

Koleksiyonda yer alan bir taşınır kültür varlığının el değiştirmesi aşamasında, koleksiyoncuların söz konusu işlem hakkında mevzuatta öngörülen süre içerisinde idareye haber vermesi yeterlidir. İdarenin el değiştirme işlemine izin vermesi veya el değiştirme işlemi onaylaması gerekli değildir. Bununla birlikte 2863 sayılı Kanun'un 26. maddesinin son fıkrasında, koleksiyonlarda bulunan kültür varlıklarının satışında devletin söz konusu kültür varlığını satın alma hususunda öncelik hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Aynı yönde bir düzenlemeye Yönetmelik'te de yer verilmiştir. Bu hükümlerden hareketle, koleksiyonda bulunan taşınır kültür varlığının satışında, satın almada öncelik Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir.⁸³ Taşınır kültür varlıklarının Bakanlık denetimindeki özel müzelere devredilmesi, koleksiyoncular arasında değiştirilmesi veya bağışlanması işlemlerinde ise devletin öncelik hakkı bulunmamaktadır.⁸⁴ *Aydos, satın almada öncelik* ifadesiyle devletin yetkisinin anlamsız bir şekilde sınırlandırıldığını ve devletin önceliğinin sadece devir sözleşmesine sıkıştırıldığı ifade ederek söz konusu düzenlemeyi haklı olarak eleştirmektedir.⁸⁵

⁸² Sancakdar vd., 2021, s. 881.

⁸³ Devletin satın almada öncelik hakkı, özel mülkiyete tabi taşınır kültür varlıkları için söz konusudur. Yeni bulunan veya çıkarılan arkeolojik eserler, 1884 yılından bu yana devlet malı olarak kabul edildiği için devletin kendisine ait eserleri satın alması da düşünülemez.

⁸⁴ Aynı yönde bkz. Sancakdar vd., 2021, s. 881.

⁸⁵ Aydos, 2008, s. 71.

IV. KOLEKSİYON İZİN BELGESİNİN İPTALİ

Ülkemizde koleksiyoncular, taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna ilişkin mevzuata aykırılık durumunda idari ve/veya cezai çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalabilirler. Bu makalenin konusu koleksiyonculuğun idare hukuku boyutunun ele alınmasıyla sınırlı olduğu bu başlıkta taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna ilişkin usul ve esaslara aykırılığın idare hukukunu ilgilendiren sonuçlarına değinilmiş, ceza hukuku boyutu bu alanda çalışan ceza hukukçularına bırakılmıştır.

Koleksiyoncuların, 2863 sayılı Kanun ve Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırı hareket etmeleri hâlinde karşılaşacakları idari yaptırım koleksiyon izin belgesinin iptalidir. 2863 sayılı Kanun'un 26. maddesinde, koleksiyon izin belgesini iptal edebilecek yetkili makam belirlenmemiştir. Bu nedenle yetkide paralellik ilkesi uyarınca, koleksiyon izin belgesi verme yetkisine sahip olan Kültür ve Turizm Bakanlığının bu belgenin iptal edilmesinde de yetkili olduğu kabul edilmelidir.⁸⁶ Gerçekten Yönetmelik m. 15/2 hükmünde, bu maddenin ilk fıkrasında sayılan hâllerden biri veya birkaçının gerçekleştiğinin komisyon tarafından tespit edilmesi durumunda, koleksiyon izin belgesinin müze müdürlüğünün teklifi üzerine Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından iptal edileceği düzenlenmiştir. Madde- nin devamında ise gerektiğinde bu yetkinin Bakanlık tarafından müze müdürlüklerine devredilebileceği ifade edilmiştir. İdare hukukunda idari makamlarca kamu gücüne dayanılarak kullanılan yetkiler, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırabilir veya kişilerin temel hak ve özgürlüklerini kullanmasını tamamen durdurabilir. Bu yüzden idare hukukunda kullanılan yetkilerin anayasa ve kanundan kaynaklanması gereklidir. Anayasa ve kanunlarla kendisine çeşitli yetkiler tanınan kişiler, bu yetkileri bizzat kullanmakla yükümlüdür. Kanunda açıkça öngörülmediği müddetçe bu yetkilerin başka kişi veya makamlara devri mümkün değildir.⁸⁷ 2863 sayılı Kanun'un 26. maddesi incelendiğinde, koleksiyon izin belgesini iptal etme yetkisinin Bakanlık tarafından müze müdürlüklerine devredilebileceğine ilişkin açık bir yetkilendirme söz konusu değildir. Bu nedenle koleksiyoncular açısından oldukça ağır sonuçlara sahip olan koleksiyon izin belgesi iptali yetkisinin ve bu yetkinin müze müdürlüğüne devredilip devredilmeyeceği hususunun kanun ile düzenlenmesi gerekir.

⁸⁶ Aynı yönde bkz. Danıştay İDDK, E. 2010/3534, K. 2013/4575, T. 16.12.2013, (Yayımlanmamış).

⁸⁷ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2019, s. 865-866.

Koleksiyon izin belgesinin iptalini gerektiren hâller Yönetmelik'in 15. maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır. Maddede sayılan hâllerden en az birinin gerçekleşmesi, koleksiyon izin belgesinin iptali için yeterlidir. Koleksiyon izin belgesinin iptalini gerektiren durumlar şu şekilde özetlenebilir: Koleksiyoncunun belgesiz kültür varlığı bulundurması⁸⁸; koleksiyondaki kültür varlığının zarar görmesine rağmen bağlı olduğu müze müdürlüğüne yedi gün içinde bildirmemesi, koleksiyondaki kültür varlığının kaybolması ve çalınması durumunda aynı gün kovuşturmayaya yetkili makamlara bildirmemesi ve bağlı olduğu müze müdürlüğüne belge ibraz etmemesi; koleksiyondaki kültür varlıklarına kasıtlı olarak zarar verilmesi, bunların tahribine veya kaybına sebep olunması; koleksiyon izin belgesinin verilmesinden itibaren bir yıl içerisinde koleksiyonculuk faaliyetlerine başlanmaması; ilgili müzenin haberi olmaksızın koleksiyonda yer alan bir kültür varlığının koleksiyon izin belgesinde belirtilen yerin dışında bulundurulması veya el değiştirmesi; idare tarafından yapılan denetimler neticesinde koleksiyonun sağlığı ve güvenliği konusunda önerilen önlemlerin verilen süre içinde alınmaması; koleksiyoncunun önceden haber verildiği halde ikinci kez ikametgâh adresinde bulunmayarak kasıtlı olarak denetim ve gözetime engel olması; koleksiyoncunun denetim yapılması için bağlı olduğu müze müdürlüğüne iki yıl üst üste müracaatta bulunmaması; envanter defterine kaydedilmeksizin taşınır kültür varlıklarının satılması veya devredilmesi; koleksiyoncunun elindeki taşınır kültür varlığını bağlı olduğu müze müdürlüğünün bilgisi dışında diğer müzelere sattığının tespit edilmesi; koleksiyon izin belgesi başvurusunda gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu tespit edilmesi ve koleksiyoncunun tüzel kişiliğinin sona ermesi.⁸⁹ Danıştay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, taşınır kültür ve tabiat varlıkları koleksiyonculuğu yapan bir kişinin koleksiyonunda yapılan denetim neticesinde koleksiyona kayıtlı on beş eserin kaybolduğu hâlde

⁸⁸ "Dosyanın incelenmesinden 2863 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca verilen koleksiyonculuk belgesine sahip olan davacının adresinde Ankara Emniyet Müdürlüğüne yapılan arama sonucu ele geçirilen ve koleksiyona ilave edileceği belirtilen korunması gerekli taşınır kültür varlıklarını 2863 sayılı Yasa uyarınca çıkarılan Yönetmeliğin 10. maddesi uyarınca envanter defterine kaydedmediği, koleksiyonculuk belgesi verilmesi için başvuruda bulunurken gösterdiği ikametgahını değiştirdiği halde, bu değişiklik için ilgili müze müdürlüğünden izin almadığı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bu durumda yukarıda verilen Yasa ve ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca koleksiyonculuk belgesi verilmesi için gerekli olan koşulları yitirdiği anlaşılan davacının koleksiyonculuk belgesinin iptal edilmesinde ve müzeliğe değerdeki eserlerin müzeye kazandırılması yolundaki dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından..." Danıştay 6. Daire, E. 1996/3106, K. 1997/1905, T. 08.04.1997, Aktaran Kanadoğlu, 1998, s. 109.

⁸⁹ Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, m. 15/1.

ilgili makamlara bildirmedeği ve iki eserin de koleksiyona kayıtlı olmadığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine ilgilinin koleksiyon izin belgesi iptal edilmiştir. Söz konusu işlemin iptali istemiyle açılan dava ilgili idare mahkemesi tarafından reddedilmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.⁹⁰

Koleksiyon izin belgesinin iptali işleminin hukuki sonuçları koleksiyoncu açısından oldukça ağırdır. Yönetmelik'in 15. maddesiyle, koleksiyon izin belgesi iptal edilen kişilerin yeni bir kültür varlığı edinmeleri ve yeniden koleksiyon izin belgesi almaları kesinlikle yasaklanmıştır. Ayrıca 2863 sayılı Kanun'da yer alan koleksiyonculuğa ilişkin özel hükümlere aykırılık hâlinde, suç daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa, ilgili kişilerin üç aydan bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir (2863 sayılı Kanun m. 73). Ancak her ne kadar Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi'nden erişilebilen Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik metninde 15. maddenin 5. fıkrası hâlâ yer alsa da söz konusu fıkra Danıştay tarafından iptal edilmiştir. Uyuşmazlığa konu olayda, taşınır kültür ve tabiat varlıkları koleksiyonculuğu yapan ve daha önce izin belgesi iptal edilen bir kişi, yeniden koleksiyon izin belgesi düzenlenmesi için bulunduğu ilin İl Kültür ve Turizm Müdürlüğüne başvurmuştur. İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü kanunda öngörülen süre içerisinde cevap vermeyerek ilgilinin başvurusunu zımnen reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru hem zımni ret işleminin hem de Korunması Gerekli Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'in 15. maddesinin 5. fıkrasının iptali için dava açmıştır. Açılan davada Danıştay 6. Dairesi tarafından verilen 28.11.2019 tarih 2019/2479 esas 2019/12548 kararda zımni ret işlemi ve ilgili fıkra hukuka aykırı görülmemiştir. Söz konusu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz aşamasında dosyayı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK), 28.01.2021 tarih 2020/1643 esas 2021/130 karar sayılı kararıyla Danıştay 6. Dairesinin kararını bozmuştur.⁹¹ Mezkûr kararda İDDK; koleksiyon izin belgesinin hangi koşullarda iptal edileceğinin ve sonuçlarının açık olarak kanunda düzenlenmediğini, çerçevesi kanunla çizilerek konu hakkında düzenleyici işlem yapma yetkisinin idareye verilmediğini, izin belgesi iptal edilen koleksiyoncuya ait koleksiyon ürünlerinin akıbetinin ne olacağının kanunla düzenlenmediğini, koleksiyonun önemli bir ekonomik değer ifade ettiği için mülk niteliğinde olduğunu, bu nedenle koleksiyon izin belgesinin iptali ve bu iptale bağlanan sonuç-

⁹⁰ Danıştay 6. Daire, E. 2008/3237, K. 2010/4115, T. 21.04.2010, Lexpera.

⁹¹ Danıştay İDDK, E. 2020/1643, K. 2021/130, T. 28.01.2021, Lexpera.

ların mülkiyet hakkının korunmasının bir gereği olarak en azından genel çerçevesi belirlenecek biçimde şekli anlamda kanunla düzenlenmesi gerektiğini, koleksiyon izin belgesinin iptal edilmesi nedeniyle kendisine yeniden bu belgenin verilmemesi yönündeki dava konusu yönetmelik hükmünün mülkiyet hakkına sınırlama getirdiğini, bunun ise bir tür ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbiri niteliğinde olduğunu ve ancak kanunla düzenlenebileceğini ifade ederek bu konudaki düzenlemenin yönetmelikle yapılmasını hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay İDDK'nın bozma kararı sonrasında dosyanın önüne geldiği Danıştay 6. Dairesi, bozma kararına uyarak Koruması Gerekli Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'in 15. maddesinin 5. fıkrasını ve ilgili İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü'nün işlemini iptal etmiştir.⁹²

Yönetmelik'in 15. maddesinin 6. fıkrasına, 15 Mart 2014 tarih ve 28942 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren yönetmelikle koleksiyon izin belgesinin iptal edileceği özel bir durum eklenmiştir. Bu hükme göre 2863 sayılı Kanun ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu⁹³ hükümlerine dayanılarak koleksiyoncu hakkında yürütülen yargılama sonucunda koleksiyoncunun hüküm giymesi hâlinde koleksiyon izin belgesi iptal edilecektir. Yargılama sürecinde ise koleksiyonculuk faaliyetleri durdurulur ve komisyon tarafından gerek görülürse koleksiyondaki kültür varlıkları, envanter defterleri ve koleksiyon izin belgeleri yediemin olarak ilgili müze müdürlüğüne muhafaza edilir.

Koleksiyon izin belgesinin iptaline ilişkin ilk problem, iptal sebeplerinin ve iptale ilişkin usul ve esasların kanunla değil yönetmelikle düzenlenmiş olmasıdır. Her ne kadar söz konusu düzenlemeler kültür varlıklarının korunması noktasında amaç ve sonuçları itibarıyla yerinde görülebilirse de hukuki açıdan problemlidir. Dolayısıyla suç ve cezaların kanuniliği ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarından hareketle koleksiyon izin belgesinin iptaline ilişkin usul ve esaslar ile iptal sebeplerinin yönetmelikle düzenlenmesi hukuka aykırıdır.

Koleksiyon izin belgesinin iptaline ilişkin ikinci problem, koleksiyonun akıbeti noktasında yaşanmaktadır. Bu hususa ilişkin temel düzenlemeler Yönetmelik'in 15. maddesinde yer almaktadır. Yönetmelik'in 3. fıkrasına göre; izin belgesi iptal edilen koleksiyoncular, iptal işleminin tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, envantere kayıtlı veya henüz kayıt işlemi tamamlanmamış tüm taşı-

⁹² Danıştay 6. Daire, E. 2021/4979, K. 2021/8000, T. 09.06.2021, Lexpera.

⁹³ R.G. Tarih ve Sayı: 31.03.2007/26479.

nır kültür varlıklarını denetimi altında buldukları müze müdürlüğüne teslim etmek zorundadırlar. Bu kültür varlıkları hakkında, Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınmaları Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanır. İzin belgesi iptal edilen koleksiyoncunun envantere kayıtlı veya henüz kayıt işlemi tamamlanmamış tüm taşınır kültür varlıklarını denetimi altında buldukları müze müdürlüğüne teslim etmek zorunda olması hukuki açıdan problemlidir. Şöyle ki koleksiyoncunun elinde bulunan taşınır kültür varlıkları ekonomik bir değer taşımakta ve özel mülkiyete tabi kültür varlıklarının müze müdürlüğüne teslimi mülkiyet hakkının ihlalini gündeme getirmektedir.⁹⁴ Zira Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca; mülkiyet hakkı, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Söz konusu düzenleme ise idarenin düzenleyici işlemlerinden biri olan yönetmelikle yapılmıştır. Bu nedenle izin belgesi iptal edilen koleksiyoncunun envantere kayıtlı veya henüz kayıt işlemi tamamlanmamış tüm taşınır kültür varlıklarını denetimi altında buldukları müze müdürlüğüne teslim etmek zorunda olmasına ilişkin yönetmelik hükmü, özel mülkiyete konu taşınır kültür varlıkları açısından anayasaya aykırıdır. Bu yönde bir düzenleme yapılmak isteniyorsa yönetmelik veya idarenin diğer düzenleyici işlemleriyle değil, kanun ile yapılmalıdır. Öte yandan koleksiyonda bulunan devlet malı niteliğindeki taşınır kültür varlıkları üzerinde koleksiyoncu mülkiyet hakkına sahip değildir. Koleksiyoncu bu eserlerin zilyedi durumundadır⁹⁵. Bu ihtimalde koleksiyoncunun, envantere kayıtlı veya henüz kayıt işlemi tamamlanmamış devlet malı niteliğindeki taşınır kültür varlıklarını denetimi altında bulunduğu müze müdürlüğüne teslim etmesi mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurmayacaktır⁹⁶.

⁹⁴ Sancakdar vd., 2021, s. 885.

⁹⁵ Özel, 2018, s. 233; Özyıldırım, 2022, s. 414.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi Cevdet Timur başvurusuna ilişkin kararında; Yönetmelik'te koleksiyon sahiplerinin ilgili müzeye tescil ettirmek kaydıyla koleksiyonlarındaki her türlü eseri kendi aralarında değiştirebileceğinin veya satabileceğinin ve koleksiyoncunun ölümü hâlinde koleksiyonun varislerine intikal edeceğinin düzenlendiğini vurgulayarak ekonomik bir değer ifade ettiği anlaşılan söz konusu koleksiyonun başvuru açısından Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülk teşkil ettiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla koleksiyon izin belgesinin iptali ile sonuçlarının mülkiyet hakkının korunmasının bir gereği olarak en azından genel çerçevesi belirlenecek biçimde şekli anlamda kanunla düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Ancak söz konusu koleksiyona dahil taşınır kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olup olmadığının kararda tartışılmaması ve bu tartışmanın sonucuna göre değerlendirmede bulunulmaması önemli bir eksikliklerdir. Anayasa Mahkemesi, Cevdet Timur Başvurusu, B. No. 2015/3742, T. 10.01.2019, R.G. Tarih ve Sayı: 05.02.2019/30677.

Koleksiyon izin belgesinin iptali işlemi, idari işlem teorisi çerçevesinde bir idari işlem niteliğindedir. Bu nedenle koleksiyon izin belgesi iptali işleminin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları açısından hukuka uygun olması gerekir. Söz konusu unsurlardan biri veya birkaçında hukuka aykırılık mevcutsa koleksiyon izin belgesi iptali işlemi de hukuka aykırı hâle gelecektir. Koleksiyon izin belgesinin iptalinin hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililer, idari ve yargısal yollara başvurabilirler. Bu kapsamda Yönetmelik'in 15. maddesinin 4. fıkrasında, koleksiyon izin belgesinin itirazının Kültür ve Turizm Bakanlığına yapılabilceği ve Bakanlığın itirazı değerlendirerek nihai kararı vereceği düzenlenmiştir. Mezkûr hükümde itiraz süresine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hüküm, bağımsız bir idari başvuru yolu olarak değil, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun⁹⁷ ihtiyari idari başvuru yolunu düzenleyen 11. maddesini tamamlayan bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla koleksiyon izin belgesinin iptalinin hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililer, iptal davası açmadan önce, işlemin tebliğ tarihinden itibaren idari dava açma süresi olan altmış gün içinde Bakanlığa başvurarak idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını isteyebilirler ya da Bakanlığa herhangi bir idari başvuru yapmaksızın yetkili idare mahkemesinde doğrudan iptal davası açabilirler.

SONUÇ

Biriktirmek, tarihi binlerce yıl öncesine uzanan insan alışkanlıklarından biridir. Taşınırın bir sistematik içerisinde bilinçli bir şekilde biriktirilerek koleksiyonların meydana getirilmesi ise Aydınlanma Çağı'nda gerçekleşmiştir. Günümüzde pul, kartpostal, ilk gün zarfı, anahtar, plak, bilet, para gibi pek çok nesnenin koleksiyonunun yapıldığı görülmektedir. Koleksiyonu yapılan nesne türlerinden biri de taşınır kültür ve tabiat varlıklarıdır. Ülkemizde 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Kanunu ile Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslara riayet etmek kaydıyla taşınır kültür ve tabiat varlığı koleksiyonculuğu yapılması mümkündür. Ancak 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca, taşınır kültür ve tabiat varlıkları devlet malı niteliğindedir. Diğer koleksiyonlardan farklı olarak taşınır kültür ve tabiat varlığı koleksiyonculuğunda, koleksiyonda yer alan taşınır kültür ve tabiat varlıkları koleksiyoncunun değil devletin mülkiyetindedir. Dolayısıyla taşınır kültür ve tabiat varlıkları

⁹⁷ R.G. Tarih ve Sayı: 20.01.1982/17580.

koleksiyonculuğu, ancak 2863 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde hukuka uygun bir şekilde yapılabilir. Bu çalışmada taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna ilişkin usul ve esaslar incelenmiştir. Her ne kadar taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna ilişkin verilen bilgiler ve değinilen problemlerin büyük bir kısmı taşınır tabiat varlıkları için de aynen geçerli olsa da çalışmanın kapsamı taşınır kültür varlıklarıyla sınırlı tutulmuştur.

Mevzuata uygun bir şekilde gerçekleştirilen koleksiyonculuk faaliyetleri, taşınır kültür varlıklarının korunmasına hizmet etmektedir. Zira koleksiyonculuk, koleksiyonu yapılan nesneye, alana veya temaya ilişkin derinlemesine bilgi sahibi olmayı gerektirir. Hangi nesnenin koleksiyonu yapılırsa yapılsın koleksiyonculuk pahalı bir uğraştır. Koleksiyonların muhafazası, en az koleksiyonu yapılan nesnelerin temin edilmesi kadar önemli ve masraflıdır. Koleksiyonun konusu taşınır kültür varlıkları olduğunda, söz konusu kültür varlıklarının temin edilmesi ve muhafazası daha da zorlaşmaktadır. Bu nedenle taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğu ancak bu alana gerçekten ilgi duyan ve değer veren kişiler tarafından gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğuna, Kanun ve Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde imkân sağlanması yerinde bir düzenlemedir. Zira ülkemizde pek çok taşınır kültür varlığı müzelerin depolarında elverişsiz koşullarda bekletilmektedir. Bu taşınır kültür varlıklarının tarih bilincine sahip arkeolojiye ilgi duyan koleksiyoncuların koleksiyonlarında daha iyi bir şekilde korunacağı aşikardır. Bu nedenle taşınır kültür varlığı koleksiyonculuğunun teşvik edilmesi ve koleksiyonculara çeşitli mali kolaylıkların sağlanması gerekir. Maalesef ülkemiz taşınır kültür varlığı ihraç eden(!) ülkeler arasında yer almaktadır. Bu topraklara ait pek çok taşınır kültür varlığı bağlamlarından kopartılmış, binlerce kilometrelerce öteye taşınmış ve bu toprakların kültürüne yabancı kişilerin koleksiyonlarına dahil edilmiştir. Uygulamada kaçak kazıları ve tarih eser kaçakçılığını tamamen koleksiyonculuğa bağlayan görüşler mevcuttur. Elbette bu durumun sorumlusu koleksiyoncular değildir. Ancak koleksiyonculara tanınan teşvik ve kolaylıkların, taşınır kültür varlıklarının yurt dışına çıkarılmalarını cesaretlendirmeyecek ölçüde olması gerekir. Ayrıca taşınır kültür varlıklarının devlet malı niteliğinde olması nedeniyle taşınır kültür varlığı koleksiyonlarının denetimlerinin gecikmeksizin ve gereği gibi yapılmasına dikkat edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ACUN, Barış, “İdare Hukuku Açısından Yazma Eser Kütüphanelerinin Yönetimi”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 2, Y. 2022, ss. 247-260.
- AKYILMAZ, Bahtiyar - SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2020.
- ASATEKİN, Nafia Gül, **Kültür ve Doğa Varlıklarımız Neyi, Niçin, Nasıl Korumalıyız?**, Ankara, Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü Yayınları, 2004.
- AYDOS, Oğuz Sadık, “Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 66, S. 4, Y. 2008, ss. 62-75.
- BULDUK, Bülent, “Müze Kavramı ve Modern Müze Örnekleri”, **Journal of Institute of Economic Development and Social Researches**, C. 4, S. 9, Y. 2018, ss. 162-169.
- CEYLAN, Ümit, “Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 32, 68)”, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2008.
- ÇALIKOĞLU, Levent, “Yeni Bir Dikkat Alanı: Koleksiyon - Koleksiyonerlik ve Müzecilik”, içinde **Koleksiyon, Koleksiyonerlik ve Müzecilik**, ed. Levent Çalıkoğlu, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2009, ss. 7-16.
- ÇOLAK, Nusret İlker, **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, Ankara, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- ERDOĞAN, İhsan, “Hukuki Açından Define”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, Y. 2013, ss. 513-533.
- ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990.
- ERSÖZ, Ahmet Kürşat, **Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- GERÇEK, Ferruh, **Türk Müzeciliği**, Ankara, Kültür Bakanlığı, 1999.
- GLARE, Peter Geoffrey William (ed.), **Oxford Latin Dictionary**, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt I, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2019.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Cilt II, 3. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2019.
- GÜLAN, Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tâbi Olduğu Hukukî Rejim**, İstanbul, Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1999.
- TEOMAN, Gültekin - ERON, Kamil, “İzmir’de Basılan İlk Aydınöğlü Dirhemi”, **Arkeoloji ve Sanat Dergisi**, İstanbul, S. 124, Y. 2007, s. 113-114.
- KANADOĞLU, Sabih, **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1998.

- KONUĞU, İrem, "Batıda ve Türkiye'de Sosyal Yaşam ile Şekillenen Koleksiyonlar ve Müzeciliğe Yansımaları", *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 23, Y. 2007, ss. 241-258.
- KÜÇÜKHASKÖYLÜ, Nurdan, "Dünyada Müzeciliğin Tarihsel Gelişimi", içinde *Müzecilik ve Sergileme*, ed. Erol ALTINSAPAN ve Nurdan KÜÇÜKHASKÖYLÜ, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi, 2013, ss. 22-47.
- ÖZAY, İl Han, *Günişğinde Yönetim*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- ÖZDOĞAN, Mehmet, *Arkeolojinin Politikası ve Politik Bir Araç Olarak Arkeoloji*, İstanbul, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, 2006.
- ÖZEL, Sibel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 1, Y. 2018, ss. 215-238.
- ÖZKAN, Süleyman, "Osmanlı Devleti'nde Eski Eser Koleksiyonculuğu", *Tarih İncelemeleri Dergisi*, C. 19, S. 2, Y. 2004, ss. 65-86.
- ÖZYILDIRIM, Mehmet Mert, "Taşınır Kültür Varlıklarının Hukuka Uygun Bir Biçimde Devredilebilmeleri Açısından Türk Hukukunda Kabul Edilen Yöntemler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, Y. 2022, ss. 393-423.
- ÖZKASIM, Hale, "Müze ve Müzecilik", içinde *Müzecilik ve Sergileme*, ed. Erol ALTINSAPAN ve Nurdan KÜÇÜKHASKÖYLÜ, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi, 2013, ss. 2-21.
- PEKSÖZ, Vildan, "Spor Kulüplerinin Özel Müzelerinde Yer Alan Kültür Varlığı Niteliğindeki Mallarının Haczi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 3, Y. 2020, ss. 941-964.
- SANCAKDAR, Oğuz - YAĞCI, Pınar - TAŞYILDIZ, Şükrü - ÇIRAK, Ezgi, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- ŞENOL, Barış, Türkiye'de Arkeolojik Eser Koleksiyonculuğu, *Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa, 2021.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, D. 23, C. 38, B. 48, 22.01.2009.
- UMAR, Bilge - ÇİLİNGİROĞLU, Altan, *Eski Eserler Hukuku*, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1990.
- UZUN AYDIN, Derya, "Koleksiyon Toplanmasından Müze Yapılarına Geçiş Aşamaları ve İlk Müze Okulu (İzzediniye) Açma Girişimi", *The Journal of International Lingual Social and Educational Sciences*, C. 6, S. 1, Y. 2020, ss. 82-91.
- ZÜLFİKAR, Ayşe Burcu - EDİZ, Özgür, "Değişen Müze ve Müzecilikte Sergilemenin Teknoloji Boyutunun İncelenmesi: Bursa Panorama Müzesi Örneği", *Lycus Dergisi*, S. 2, Y. 2020, ss. 82-91.

Elektronik Kaynaklar

BARDAKÇI, Murat, “Ünlü Koleksiyonculara Hapis Tehdidi”, Habertürk, 22.04.2007, <https://www.haberturk.com/kultur-sanat/haber/20850-unlu-koleksiyonculara-hapis-tehdidi>, (14.02.2023).

RÖZET, Derya Bayrak, Koleksiyoner [Televizyon Programı], 46. Bölüm, TRT 2, Ankara, <https://www.trtizle.com/programlar/koleksiyoner/koleksiyoner-46-bolum-3283033>, (04.05.2023).

RÖZET, Derya Bayrak, Koleksiyoner [Televizyon Programı], 47. Bölüm, TRT 2, Ankara, <https://www.trtizle.com/programlar/koleksiyoner/koleksiyoner-47-bolum-3369398>, (04.05.2023).

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/14470>, (08.05.2023).

<https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-44048/koleksiyonculuk.html> (03.11.2022).

<https://teftis.ktb.gov.tr/yazdir?C3E505114905B7B7E36F6950507E65CA> (12.02.2023).

<https://www.milliyet.com.tr/pembenar/alamadik-affedelim-888907> (15.02.2023).

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

JANDARMA BİRLİKLERİNDE MEYDANA GELEN VÜCUT DOKUNULMAZLIĞI ZARARLARINDA BİRLİK KOMUTANININ HUKUKİ SORUMLULUĞU^(*)

Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI^(**)
Aytaç ÇETİNKAYA^(***)

Öz

Bu çalışma ile Jandarma Genel Komutanlığı bünyesinde meydana gelen kaza ve olaylarda, birlik komutanının hangi şartlar altında sorumlu olacağı, bu sorumluluğun hukuki niteliğinin ne olduğu ve hangi hallerde bu sorumluluğun kalkacağı veya azalacağı araştırılması amaçlanmıştır.

Araştırmada mevzuat hükümleri ile Danıştay ve Yargıtayın verdiği kararlar üzerinde değerlendirme yapılmıştır.

Birlik komutanının görev kusuru ve hizmet ile ilişkilendirilen kişisel kusurunun varlığı halinde idare tarafından açılan rücu davası ve birlik komutanının salt kişisel kusurunun varlığı halinde doğrudan kendisine yöneltilen tazminat davaları Türk Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde “haksız fiil” esaslarına göre karara bağlanacaktır. Her ne kadar birlik komutanı idarenin bir ajanı olsa da idarenin kusursuz sorumlu olduğu hallerini

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 17.01.2023.

Atıf Şekli: Ertuğrul Yuvalı - Aytaç Çetinkaya, “Jandarma Birliklerinde Meydana Gelen Vücut Dokunulmazlığı Zararlarında Birlik Komutanının Hukuki Sorumluluğu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 345-389.

DOI: 10.52273/sduhfd..1216880.

^(**) Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı, Kayseri, Türkiye.

E-posta: eyuvali@erciyes.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-7272-0897>.

^(***) Jandarma Hukuk Kıdemli Yüzbaşı, Jandarma Genel Komutanlığı, Hukuk Hizmetleri Başkanlığı, Ankara, Türkiye.

E-posta: acetinkaya2@jandarma.gov.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-0592-0952>.



sarfinazar edersek; birlik komutanının hukuki sorumluluğunun şartları ile hukuki sorumluluğunu azaltan veya kaldıran haller özel hukuk kurallarına göre belirlenmektedir. Mağdur kişilerin zararlarını tazmin etmek maksadıyla açacakları tazminat davaları ile idarenin yapmış olduğu giderleri telafi etmek amacıyla açacağı rücu davaları adli yargıda karara bağlanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Görev Kusuru, Salt Kişisel Kusur, Haksız Fiil Sorumluluğu, Müterafik Kusur, Mücbir Sebep.

LEGAL RESPONSIBILITY OF THE UNIT COMMANDER IN CASE OF BODILY IMMUNITY DAMAGES IN THE GENDARMERIE UNITS

Abstract

In this study, it is aimed to investigate the conditions under which the unit commander will be responsible in accidents and incidents that occur within the Gendarmerie General Command, what the legal nature of this responsibility is and in which cases this responsibility will be removed or reduced.

In the research, an evaluation was made on the provisions of the legislation and the decisions of the Council of State and the Supreme Court.

The recourse lawsuit filed by the administration in the presence of the unit commander's fault of duty and personal fault associated with the service, and the compensation cases directed directly to the unit commander in case of purely personal fault of the unit commander, will be decided on the principles of "tort" within the framework of the Turkish Code of Obligations.

Keywords

Fault of Duty, Mere Personal Fault, Tort Liability, Defect Together, Force Majeure.

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Jandarması, “emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin verdiği görevleri yerine getiren silahlı genel kolluk kuvvetidir.” (2803 sayılı Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Kanunu madde (md.) 3)

1839 yılında kurulan Jandarma Genel Komutanlığı (JGK) emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak, terörle mücadele etmek, yaklaşık 200 yıllık kurumsal yapısını muhafaza etmek, devamlılık ile kurum içerisinde uygulama birliğini sağlamak ve işleyişteki riskleri minimize etmek maksadıyla kanunların ve diğer mevzuatların uygulanması için yönerge, direktif, konsept, devamlı emir, talimname, prensip vb. düzenlemeleri hayata geçirmiştir.¹ Belli bir emir komuta sisteminde görevini icra ederken bazen tim denilebilecek kadar küçük bazen de daha büyük seviyede teşkilatlanmalarla faaliyette bulunmaktadır.² JGK bu görevlerini yerine getirirken merkez ve taşra teşkilatı olarak konuşlanan Jandarma birim ve birlikleri³ ile vatandaşla hizmet etmektedir.

Kahraman jandarma personeli bu görevleri yerine getirirken tehlike ve yüksek risk altında çalışmaktadır.⁴ Maalesef bu risk istenmeyen, üzücü olayların meydana gelmesini tetiklemektedir. Meydana gelen bu üzücü olaylar neticesinde personel yaşamını yitirebilmekte veya vücut bütünlüğü zedelenmektedir.⁵

JGK da iş kazalarını, kaza ve olayları engelleyici tedbirler Emniyet ve Kaza Önleme Sistemi (EKÖS) adı altında toplanmakta ve çok eskiye dayanmaktadır. Bu kurumsal yapı ve mevzuat düzenlemeleri 1960’lı yıllardan beri mevcuttur.⁶ JGK bu riskleri azaltıcı tedbirleri almakta ve sürekli kendisini güncellemektedir.

¹ Olgun Altundaş, “Fransız Jandarma Teşkilatı ve Türk Jandarma Teşkilatının Gelişimine Amil Olan Etkenler”, *Türk Jandarmasında Reform Süreci: Yüzbaşı Sarrou’nun Hatıratını Anlamak*, Ed.: Tekin Avaner, Turgut Atasoy, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021, s. 1-40.

² Erdem Özgür, *Devlet ve Jandarma Güvenlik ve Kolluk Perspektifinde Jandarma Personel Sistemi*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 107-116.

³ Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği md. 5’de “merkez ve taşra teşkilatı ile doğrudan merkeze bağlı birimlerin” ne olduğu gösterilmiştir.

⁴ Özgür, Devlet ve Jandarma Güvenlik ve Kolluk Perspektifinde Jandarma Personel Sistemi, s. 142.

⁵ Tekin Avaner - Barış Övgün, *Genel Olarak İç Güvenlik Yönetimi*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 155.

⁶ Turabi Karadağ - Habip Dayıoğlu, “Askeri Birliklerde Soğuk Kış Şartlarında Görev Yapan Personelin İş Sağlığı Güvenliği ile İlgili Alınacak Önlemleri ve Çözüm Önerileri”, *Afet ve Risk Der-gisi*, 2021, C. 4, S. 1, s. 100.

Son çıkarılan Emniyet ve Kaza Önleme Yönergesi de 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu referans alınarak 2015 yılında hazırlanmıştır.⁷

İşyerlerinde iş kazası sonucu meydana gelen ölüm ve yaralanma olaylarında işverenin bazı şartlar altında hukuki sorumluluğu gündeme gelmektedir.⁸ Jandarma birliklerinde meydana gelen ve iş kazası olarak değerlendirilebilen, personelin vücut bütünlüğü zararına yol açan kaza veya olaylar sonucu birlik komutanlarının da hukuki sorumluluğu doğacaktır.

Çalışma ile jandarma teşkilatındaki birlik komutanlarının görevini icra ederken kanun, yönetmelik, yönergeler ile işveren gibi astlarını gözetme, emniyet ve kaza tedbirlerini gözden geçirme ve alma sorumluluğu olduğu ve bu mevzuat hükümlerine aykırı hareket edilmesi durumunda işveren gibi sorumlu olacağına ortaya konulması amaçlanmıştır.

Çalışmada bu sorumluluk türünün ne olduğu, hangi şartlarda birlik komutanına rücu edilebileceği veya idare aleyhine dava açmadan doğrudan ilgili birlik komutanının tazmin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği mevzuat ve yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Jandarma birliklerinde meydana gelen kaza ve olaylar sonucu birlik komutanlarının idari, cezai ve hukuki sorumlulukları gündeme gelecektir.⁹ Çalışmada meydana gelen bu olaylar sonucu vücut dokunulmazlığı ihlali ile sonuçlanan zararlar üzerinde durulacak olup diğer kamu zararları çalışmanın konusunu oluşturmamaktadır. Ayrıca çalışmada kamu görevlisi olan birlik komutanının cezai ve idari sorumluluğuna değinilmemiştir. Çalışmanın konusu hukuki (mali) sorumluluk ile sınırlıdır.

Meydana gelen zararlar sonucu verilen Yargıtay ve Danıştay kararlarından istifade edilerek çalışma oluşturulmuştur. Ayrıca ceza mahkemesi kararları da gözden geçirilmiştir. Çünkü tazminat hukuku ceza hukukundan bağımsız düşünölemeyecektir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulaması ve öğretilerdeki genel kabule göre, "maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini" bağlamaktadır.¹⁰ Bir başka ifadeyle ceza mahkemesinde maddi olayın varlığı

⁷ Uğur Özmen, "Emniyet ve Kaza Önleme Kültürü", *Jandarma Dergisi*, 2020, S. 156, s. 21.

⁸ Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 214.

⁹ Hasan Nuri Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2008, C. 66, S. 1 s. 206.

¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.04.2014 tarihli ve E. 2013/4-1008 K. 2014/490 sayılı kararı.

veya yokluğu hakkında kesinleşmiş kabule rağmen, aynı hususta hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı olmayıp daha önce ceza mahkemesinde tespit edilen kusur, hukuk mahkemesi hâkimini bağlamaktadır.

I. KUSUR KAVRAMI

Eski Borçlar Kanununda olduğu gibi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) da kusur, sorumluluğun temelini oluşturmaktadır. Ancak her iki kanunda da kusurun tanımı yapılmamıştır. Kusur; hukuka aykırı bir davranış olarak tanımlanabilir. Öğreti ve uygulamadaki hâkim görüşe göre kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeni ve ahlak tarafından kınanan bir davranış ya da davranış eksikliği şeklindedir.¹¹

Yargıtaya göre kusur;

“hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istememiş olmakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır. Kast, kusurun en ağır derecesidir. Failin hukuka aykırı fiili sonucun bilincinde olduğunu ve bu sonucu istediğini ifade eder. İhmal, hukuka aykırı sonucu arzu etmemesine rağmen bu sonucun meydana gelmesi için iradesini yeter derecede kullanmamak, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemeyi”

ifade etmektedir.¹²

İdarenin sorumluluğu hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk esaslarına dayandırılmaktadır.

İdarenin kusur sorumluluğu “hizmet kusuru ve görev kusuru” olarak ikiye ayrılmaktadır. Kusursuz sorumluluğu ise “risk sorumluluğu¹³ ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinden kaynaklanan sorumluluk¹⁴” olarak yine ikiye ayırmak mümkündür.¹⁵

¹¹ Habip Oğuz, “Sorumluluk Hukukunda Kusur”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, C. 7, S. 28, s. 276.

¹² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 06.07.2018 tarihli ve E. 2017/5 K. 2018/7 sayılı kararı.

¹³ Fatma Ebru Gündüz, “Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğunda Görevli Yargı Yeri Meselesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 20, S. 32, s. 100.

¹⁴ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, TODAİE, Ankara, 1974, s. 11.

¹⁵ Ramazan Yıldırım- Serkan Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri II*, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s. 294.

Hizmet kusuruyla alakalı doktrinde birçok tanım ve yargı kararı mevcuttur ancak en geniş tanım¹⁶ “*idarenin yerine getirmekle yükümlü olduğu herhangi bir kamu hizmetinin kuruluşunda, düzenlenmesinde veya teşkilatında, yapısında, personelinde ya da işleyişinde gereken emir, direktif ve talimatın verilmesi, gözetim, denetim ve teftişin icra olunmaması, hizmete tahsis olunan araçların yetersiz, elverişsiz, kötü olması, gereken tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi şeklinde ortaya çıkan bir takım aksaklık, aykırılık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik, sakatlıktır*” şeklindedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kamu görevlisinin görevini icra ederken düzenlenmiş normlara aykırı hareket etmesi, beklenen özeni göstermemesi, idarenin kamu görevlisini eğitmemesi, amir pozisyonundakinin astını denetlemesi vb. haller hukuka aykırılık oluşturacak ve hizmet kusuru gündeme gelecektir.¹⁷

Hizmet kusuru “*hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi*” hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin sorumluluğunu doğurmaktadır.¹⁸

Görev kusuru ise kamu görevlisinin kamu görevini icra ettiği sırada zarar doğurucu tutum ve davranışta bulunmasıdır. Görev kusurunun gündeme gelebilmesi için kamu görevlisi tarafından, resmi yetkisine dayanarak idari işlem veya eylem tesis edilirken hukuka aykırı davranması ve bunun sonucunda bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir.¹⁹ Görev kusuru nedeniyle idare sorumlu tutulmaktadır.

Danıştay kararlarında²⁰ “*hizmeti yürüten personelin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere dair kişisel kusurunun hizmet kusuru oluşturacağı ve idarenin de bu zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelere rindendir*” tespitini sıklıkla yapmakta ve kamu görevlisinin kişisel kusurunu görev kusuru, hizmet kusuru gibi yorumlamaktadır. Bir başka ifadeyle Danıştaya göre kamu görevlisinin görevini yerine getirirken oluşan kişisel kusurlarından da idare sorumludur. Bu sebeple idarenin kusurlu sorumluluk hali kamu personelinin kişisel sorumluluğu kapsamında genişlemektedir.²¹

¹⁶ Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. 15, S. 4, s. 858.

¹⁷ Murat Yaman, *İdari Yargı Dava Rehberi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s. 228.

¹⁸ Danıştay 10. Dairesinin 30.09.2021 tarihli ve E. 2019/6893 K. 2021/4427 sayılı kararı.

¹⁹ Danıştay 10. Dairesinin 22.03.2021 tarihli ve E. 2020/4598 K. 2021/1276 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 05.04.2021 tarihli ve E. 2016/1313 K. 2021/1563 sayılı kararı.

²⁰ Danıştay 10. Dairesinin 08.06.2021 tarihli ve E. 2016/758 K. 2021/3168 sayılı kararı.

²¹ Yıldırım - Çınarlı, *Türk İdare Hukuku Dersleri II*, s. 294.

Anayasa Mahkemesi, kişisel kusuru da hizmetle birleştirerek, hizmet esnasındaki bazı kusurların kişisel kusur niteliğinde olabileceğini değerlendirmektedir.²² İlgili kararda;

“kamu görevlilerinin kişisel kusurundan söz edilebilmesi, kişisel kusuru doğuran eylemin resmi çalışma ve görevin yerine getirilmesi maksadıyla görev sırasında veya görev dolayısıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Şu yönü açıklamak gerekir ki, uzaktan veya yakından, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi olmayan eylem ve işlemler, o personelin bireysel hareket ve tasarruflarından ibaret olur ki, her vatandaş gibi bunların sonuçlarından da kendilerinin sorumlu tutulması doğaldır. Bundan dolayı bu tür eylemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar. O halde kamu görevlisinin kişisel eylem ve kusuru da hizmet ve görevle ikili ve ilişkili olarak ortaya çıkar”

ifadelerine yer vermek suretiyle görevle ilişkili çıkan kişisel kusuru da hizmet kusur kapsamında değerlendirmiştir.²³

Anayasa Mahkemesi de Danıştay ile paralel değerlendirerek kişisel kusurun hizmetle ilişkisi olması durumunda idareyi hizmet kusuru kapsamında sorumlu tutmaktadır.

Yargıtay kamu görevlisinin kişisel kusurunu;

“idare ajanının izrar kastıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerde kişisel kusurunun bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak kişisel kusurlar sayılan bu davranışlar ve benzerlerinden ibaret değildir. İdare adına işlem yapan kamu görevlisinin bunlar dışında, emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumları, suç teşkil eden davranışları”

şeklinde anlatmıştır.²⁴

²² M. Ayhan Tekinsoy, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, S. 1, s. 36.

²³ Anayasa Mahkemesinin E. 1974/42 ve K. 1975/62 sayılı, 25.03.1975 tarihli kararı.

²⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 22.10.1979 tarihli ve E. 1978/7 K. 1979/2 sayılı kararı.

Yargıtay²⁵ başka bir kararında;

“davalı polis memuru ...’in sevk ve idaresindeki resmi araçla alkolün etkisiyle gerçekleştirdiği trafik kazasının, davalı kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan kaynaklandığı, kazanın oluşumuna kamu görevlisi davalının suç niteliğindeki eyleminin sebebiyet verdiği, idarenin hizmet kusuru niteliğinde bir durumun söz konusu olmadığı, kamu görevlisinin suç oluşturan eylemi nedeniyle idarenin sorumluluğu bulunmadığı, bu nedenlerle eldeki davanın adli yargıda görülmesi gerektiği, davalıya husumet yöneltmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır...”

ifadelerine yer vererek idare ajanının alkollü araç kullanmasını salt kişisel kusur kapsamında değerlendirmiştir.

Kişisel kusur kavramı doktrinde ve yargı kararlarında bazen eş değer kullanılmaktadır. Bu iki kavram birbirinden farklı olup kamu görevlilerinin görevlerini icra ederken görevi ve yetkisi ile bağdaşmayan, hizmete ilişkin olmayan, idari yetkilerinden tamamen bağımsız ve suç oluşturan davranışları salt kişisel kusur olarak adlandırılmaktadır. Salt kişisel kusuru hizmetten ayrılabilen kişisel kusur, kişisel kusuru da hizmete ilişkin kişisel kusur olarak adlandırmak mümkündür.

II. KAZA - OLAY KAVRAMI

Kaza kavramı personelin veya devlet malının düşmanın etkisi olmadan zarar görmesine neden olan, planlanmamış olan her türlü olaya denilmektedir.

İş yerinde meydana gelen iş kazaları gibi jandarma birliklerinde de bazı kaza ve olaylar meydana gelmektedir. Meydana gelen bu kazaların sebepleri; göreve yönelik gerekli eğitimlerin tam yapılmaması veya eksik yapılması, kuralara aykırı hareket edilmesi, personelin bilinçsiz davranması, dikkatsizlik, dalgınlık, yorgunluk, psikolojik rahatsızlıklar, çevresel faktörler, bilgi, kontrol ve denetim eksiklikleri, disiplin zafiyetleri, tecrübesizlik, malzeme, araç-gereç hataları, talimatlandırma eksiklikleri ve çevresel faktörler olabileceği gibi kasıtlı davranışlar da olabilir.

JGK bünyesinde meydana gelen bir kaza veya olaydan bahsedebilmek için bazı unsurları/şartları bünyesinde barındırması gerekmektedir.

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.04.2019 tarihli ve E. 2017/17-1394 K. 2019/494 sayılı kararı.

Bu unsurlar;

- *Kazaya uğrayan kişi JGK personeli olması,*
- *JGK personelinin görev sınırları içerisinde bir kaza veya olaya maruz kalması,*
- *JGK personeli kaza sonucu bedence veya ruhen zarara uğraması,*
- *Kaza ve zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır* diyebiliriz.

JGK bünyesinde meydana gelen personelin vücut bütünlüğü ihlal edilen kaza ve olaylara; “personelin roketatarın patlaması neticesinde yaralanması²⁶, görev içerisinde trafik kazası geçirmesi²⁷, görev esnasında kalp krizi sonucunda vefat etmesi²⁸, terör örgütü mensupları ile çatışma sonucunda yaralanması²⁹, karakol çevre aydınlatma sisteminin yenilenmesi sırasında elektrik çarpması sonucu vefat etmesi³⁰, yol kontrolü esnasında araç çarpması³¹, su getirilmesi faaliyetinin emniyeti için görevli bulunduğu sırada tankerin dolup dolmadığını kontrol ederken sol ayağını şaft miline kaptırmak suretiyle yaralanması³², kayak tesisinde görevini icra ederken kaza yapması sonucu yaralanması³³, birlik envanterinde bulunan el bombasının patlaması sonucu yaralanması³⁴, silah kazası sonucunda yaralanması³⁵, pusu görevini icra ederken yıldırım düşmesi sonucu vücudunun değişik yerlerinden yaralanması³⁶, birlik içerisinde kazan patlaması sonucu yaralanması³⁷” örnek teşkil etmektedir.

²⁶ Danıştay 11.Dairesinin 05.05.2015 tarihli ve E. 2013/3615 K. 2015/1920 sayılı kararı; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesinin 24.11.2011 tarihli ve E. 2011/1732 K. 2011/2387 sayılı kararı.

²⁷ Danıştay 12. Dairesinin 23.12.2020 tarihli ve E. 2018/2840 K. 2020/4632 sayılı kararı; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesinin 08.01.2009 tarihli ve E. 2008/652 K. 2009/7 sayılı kararı.

²⁸ Danıştay 12. Dairesinin 23.02.2021 tarihli ve E. 2020/4765 K. 2021/863 sayılı kararı.

²⁹ Danıştay 12. Dairesinin 16.12.2020 tarihli ve E. 2020/5075 K. 2020/4354 sayılı kararı; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesinin 15.10.2009 tarihli ve E. 2009/1198 K. 2009/1100 sayılı kararı.

³⁰ Danıştay 11. Dairesinin 17.01.2017 tarihli ve E. 2015/4075 K. 2017/41 sayılı kararı.

³¹ Danıştay 10. Dairesinin 26.10.2020 tarihli ve E. 2019/8720 K. 2020/4175 sayılı kararı.

³² Danıştay 12. Dairesinin 20.01.2020 tarihli ve E. 2018/5383 K. 2020/297 sayılı kararı.

³³ Danıştay 12. Dairesinin 28.12.2020 tarihli ve E. 2018/2844 K. 2020/4823 sayılı kararı.

³⁴ Danıştay 11. Dairesinin 30.01.2013 tarihli ve E. 2009/5631 K. 2013/756 sayılı kararı.

³⁵ Danıştay 11. Dairesinin 14.02.2018 tarihli ve E. 2016/480 K. 2018/859 sayılı kararı.

³⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 21.10.2020 tarihli ve E. 2020/912 K. 2020/1901 sayılı kararı.

³⁷ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10. İdari Dava Dairesinin 19.12.2017 tarihli ve E. 2017/1326 K. 2017/1254 sayılı kararı.

Personelin görev içerisinde kaza ve olaya maruz kalması;

2330 sayılı Kanun md. 2'ye göre “iç güvenlik ve asayişin korunması veya kaçakçılığın men, takip ve tahkiki veya trafik ve yol güvenliğini sağlamak konularında”, 2935 sayılı Kanun md. 2'e göre “olağanüstü hal ilanına tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde ilan edilen olağanüstü hallerde”, 4536 sayılı Kanun md. 2'e göre “iç sularımızda, kara sularımızda, uluslararası hukuk kuralları uyarınca egemenlik ve denetimimiz altında bulunan deniz alanlarında ve bunları etkileyebilecek bir yerde veya yurt yüzeyinde görülecek yahut ele geçirilecek, patlayıcı madde ve her türlü şüpheli cisimlerin incelenmesi, muhafazası, nakli, imha edilmesi ve zararsız hale getirilmesi işlemlerinde”, 2453 sayılı Kanun md. 1'e göre “Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca ya da 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun ek 10 uncu maddesi gereğince görevlendirilenler ile yabancı ülkeler veya uluslararası sahalarda yapılan eğitim, tatbikat, manevra veya harekât maksatlı”, 2566 sayılı Kanun md. 1'e göre “güven ve asayiş ihlal eden eylemler nedeniyle yakalanan gözaltına alınan, tutuklanan veya hükümlü bulunanların muayene ve tedavileri ile görevlendirilen, kaçakçılığın men, takip ve tahkiki maksadıyla mayınlanmış sahaların temizlenmesinde”, 2629 sayılı Kanun md. 1'e göre “pilot, silah sistem subayı, seyrüsefer subayı, taktik koordine subayı, uçuş ekibi personeli, görev ekibi personeli, paraşütçü, denizaltıcı, atmosferik dalış sistemi pilotu, dalgıç ve kurbağa adamlar ve bunların adayları ile hava ve deniz vasıtaları içinde bulunmak veya bu maksatla”, 2937 sayılı Kanun md. 2'ye göre “MİT Bünyesinde hizmet etmek maksadıyla”, 3497 sayılı Kanun md. 1'e göre “Türkiye Cumhuriyeti kara sınırlarının korunması ve güvenliğinin sağlanması maksadıyla”, 7179 sayılı Kanun md. 47'ye göre “askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek maksadıyla”, 3713 sayılı Kanun kapsamında “terörle mücadele etmek maksadıyla” görevlendirmeleri sebebiyle ve 5510 sayılı Kanun md. 47'ye göre “vazifelerini yaptıkları sırada veya vazifeleri dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken bu işlerden veya kurumlarının menfaatini korumak maksadıyla bir iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde görev yapması”

esnasında meydana gelen vücut bütünlüğü ihlalleridir.

Bir başka ifadeyle ilgili kanunlarda belirtilen hizmete ilişkin görevin icrası, bu görevler maksadıyla iş yerinde bulunulması esnasında veya bu maksatla işyerine giderken meydana gelen kazalar olduğu ifade edilebilir. Meydana gelen kazanın görev esnasında olması yeterli olup personelin kendi işini yaparken

kazaya uğraması şart değildir.³⁸ Daha net bir ifadeyle görev tanımı içinde olmayan bir işi yaparken de kazaya uğrayabilir bu durum da hizmetin içinde sayılmaktadır.

III. BİRLİK KOMUTANININ HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN NİTELİĞİ

Jandarma ve Sahil Güvenlik Personelinin Hizmet Esasları Hakkında Yönetmelik md. 4'e göre birlik, "görevin yapılması için teşkil edilen ve bir emir komuta altında toplanan taktik ve idari birimlerdir." Birlik Komutanı ise yukarıda tanımı yapılan birliği yöneten, emir komuta zinciri altında kendisine bağlı unsuru olan kişiye denilmektedir. Bir başka ifadeyle tim/manga seviyesinde görev icra eden bir devriye komutanından başlayıp Jandarma Genel Komutanı'na kadar sıralı tüm amirleri kapsamaktadır.³⁹

Hukuki sorumluluk; meydana gelmiş olan zararın kim tarafından tazmin edileceğinin, bir başka ifadeyle kimin yükümlü olduğunun belirlendiği kurallar bütünüdür. Genel olarak belirlenmiş kurallara uymamak veya kötü bir fiilin sonuçlarına katlanma olarak da tanımlamak mümkündür.⁴⁰ Danıştay da⁴¹ birçok kararında idarenin hukuki sorumluluğunu "kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkenlerden dolayı bireylerin uğradığı zararın tazmin edilmesini sağlayan hukuksal kurumdur..." şeklinde tanımlamıştır.

Meydana gelen ve personelin vücut bütünlüğü ihlal edilen bu kaza ve olaylara; silah kazaları, araç kazaları, elektrik kazaları, düşme, gıda zehirlenmeleri, çığ düşmesi, yangın vb. haller örnek gösterilebilir.⁴²

Meydana gelen bu kaza ve olaylarda birlik komutanının hukuki sorumluluğunun niteliğine değinmeden önce idarenin hukuki sorumluluğunun niteliğine

³⁸ Rabiye Yaman, "Vazife Malullüğü", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 96, s. 104.

³⁹ Alper Bilgiç, *Düzenli Karmaşa: İç Güvenlik Yapılanmasında Çoklu Kolluk Sistemi*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 160-162.

⁴⁰ Mehmet Yaşar Şahin, *Vücut Bütünlüğü İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 19.

⁴¹ Danıştay 10. Dairesinin 14.09.2021 tarihli ve E. 2016/15108 K. 2021/4054 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 10.02.2021 tarihli ve E. 2016/169 K. 2021/362 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 17.12.2020 tarihli ve E. 2015/1993 K. 2020/6518 sayılı kararı.

⁴² Turabi Karadağ, "Askeri Birliklerde İş Sağlığı Güvenliğinin Verimliliğe Etkisi ve Çözüm Önerileri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2021, s. 45-74.

değirmekte yarar görülmektedir. İdarenin işlemi veya eylemi ile meydana gelen zararın tazmini “hukuk devleti ve sosyal devlet” ilkesinin bir kuralıdır.⁴³ Anayasa md. 125’e göre “*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle*” yükümlüdür. Bu hükme göre idarenin kusur veya kusursuz sorumluluğu çerçevesinde mağdurun maddi, manevi ve destekten yoksun kalma zararları tam yargı davası açılarak tazmin edilebilmektedir.⁴⁴

İdarenin hukuki sorumluluğu tek başına bireylerin zararlarının karşılanması manasına gelmemektedir.⁴⁵ İdari yargı kararlarının uygulanmasının belli bir süreye tabi kılınması ve meydana gelen zararların ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi bir nevi hukuki sorumluluğun tekrarının engellenmesine hizmet etmektedir.⁴⁶

Açılan tam yargı davalarında Danıştay genel olarak;

“Anayasanın 125 inci maddesine göre idare kendi eylem ve işlemlerinde doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Bu açıdan idarenin sorumluluğu Anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir. Ancak Anayasada idarenin sorumluluğunun hangi esaslara göre belirleneceği belirtilmemiş olup bu sorunun çözümü öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Genel kabule göre idarenin sorumluluğu hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk esaslarına dayandırılmaktadır...”

ifadelerine yer verip idarenin sorumluluğunun hizmet kusuru⁴⁷ veya kusursuz sorumluluk⁴⁸ türünün hangisine girdiğini somut olaylara göre değerlendirmektedir.⁴⁹

⁴³ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 349- 350; A. Şeref Gözübüyük- Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 646; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 341.

⁴⁴ Nazım Taha Koçak, *Tam Yargı Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020, s. 22-26.

⁴⁵ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, s. 12.

⁴⁶ Yaşar, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, s. 206.

⁴⁷ Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 367; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 634.

⁴⁸ Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1082; Özlem Erol, “İdari Yargı Kararları Işığında İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Sosyal Risk İlkesi”, *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Trabzon 2013, s. 74.

⁴⁹ Danıştay 10. Dairesinin 06.12.2021 tarihli ve E. 2017/3884 K. 2021/6023 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 05.04.2021 tarihli ve E. 2019/5890 K. 2021/1587 sayılı kararı.

Danıştay tarafından;

Uşak Güre Jandarma Karakol Komutanlığında jandarma er olarak askerlik vazifesini ifa etmekte iken, devriye görevi esnasında araçtan kendini atmak suretiyle yaralanan ve kaldırıldığı hastanede beyin kanaması nedeniyle vefat etmesi olayında “*idarenin hizmet kusuru bulunduğu...*”⁵⁰, Bornova Jandarma Tugay Komutanlığı emrinde astsubay olarak görev yapan davacının yurtdışında yürütülen askeri operasyonda yaralanması sonucu açılan davada “*kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarece tazmin edilmesi...*”⁵¹, Diyarbakır Cezaevi Jandarma Bölük Komutanlığında uzman jandarma çavuş olarak görev yapan davacının, görevini yürütmekte iken söz konusu birlikte görev yapan erbaş ve erlerin kaldığı ve davalı idare tarafından inşa edilen müstemilat niteliğindeki koğuştta bulunan askerleri toplamak için çıktığı yapıdan indiği sırada demir merdivenlerden düşerek ayağını kırması olayında, “*demir merdivenlerin tekniğe aykırı inşa edilmesi sebebiyle idarenin kusurlu bulunduğu...*”⁵², Ankara İl Jandarma Komutanlığı emrinde askerlik görevini yapmakta iken önleyici kolluk devriyesi esnasında, ... tarafından ateşli silahla vurulması sonucu bir personelin yaralanması olayında “*idarenin kusursuz sorumlu olduğu...*”⁵³, davacının ceza infaz kurumunda kamu hizmeti niteliğinde nokta nöbeti yaparken, nöbet yeri ve saatini terk eden ve kamu hizmetiyle görevli başka bir jandarma er tarafından idarece kendisine zimmet edilen silahla vurulması olayında, “*idarenin Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği, Jandarma Genel Komutanlığı Nöbet Hizmetleri Yönergesi kapsamında liyakatli nöbetçi er seçiminde bulunmadığı, nöbetçi erin yeterince denetlenemediği göz önüne alındığında, olayın vuku bulmasında idarenin hizmet kusuru olduğu...*”⁵⁴

sonuçlarına varılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki birlik komutanının hukuki sorumluluğundan bahsedebilmek için idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olmaması gerekmektedir.⁵⁵ Başka bir ifadeyle idarenin kusurlu sorumlu olduğu durumlar-

⁵⁰ Danıştay 10. Dairesinin 16.11.2021 tarihli ve E. 2021/4227 K. 2021/5563 sayılı kararı.

⁵¹ Danıştay 10. Dairesinin 28.04.2021 tarihli ve E. 2020/6946 K. 2021/2058 sayılı kararı.

⁵² Danıştay 10. Dairesinin 17.02.2021 tarihli ve E. 2016/732 K. 2021/545 sayılı kararı.

⁵³ Danıştay 10. Dairesinin 19.01.2021 tarihli ve E. 2016/800 K. 2021/78 sayılı kararı.

⁵⁴ Danıştay 10. Dairesinin 19.01.2021 tarihli ve E. 2016/873 K. 2021/71 sayılı kararı.

⁵⁵ Mahmut Ceylan, *İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 110.

da, diğer şartların varlığı halinde birlik komutanının sorumluluğuna gidilebilmektedir.

Anayasa md. 129'a göre "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine" açılabilir.

Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Personel Yönetmeliği md. 24 ile Devlet Memurları Kanunu (DMK) md. 13 aynı şekilde düzenlenmiş ve;

"kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır... Bu maddeye göre kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak kişilerin uğradıkları zararların nevi ve miktarlarının tespiti, takibi, amirlerin sorumlulukları, yapılacak işlemlerle ilgili 27/6/1983 tarihli ve 83/6510 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik hükümleri uygulanır"

şeklindedir.

Adı geçen yönetmelik md. 5 hükümlerine göre memurlarca tazmin edilecek zararlar "kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle idarenin veya kişilerin uğradığı zararlar..." şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere birlik komutanının kastı, ihmali veya tedbirsizliği sebebiyle bir zarar doğduğunda Anayasa md. 129'a ve yukarıda izah edilen düzenlemelere göre önce idare aleyhine dava açılacak bu davanın sonunda da idare tarafından rücu davası gündeme gelecektir.⁵⁶

DMK ve Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Personel Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere birlik komutanının sorumluluğunun doğabilmesi için "hukuka aykırı fiilinin" bulunması gerekmektedir.⁵⁷ Bir başka ifadeyle

⁵⁶ Günday, İdare Hukuku, s. 376; İsmet Girittli vd., *İdare Hukuku*, Der Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 789.

⁵⁷ Bahtiyar Akyılmaz- Murat Sezginer- Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 790.

le birlik komutanının hukuki sorumluluğu haksız fiil esaslarına dayanmaktadır.⁵⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun (YHGK) 2008/240. sayılı kararında⁵⁹ “devlet memurları görevlerini dikkat ve itina ile yerine getirmek zorundadır. Görevleri nedeniyle idareye verdikleri zarardan ötürü Borçlar Kanunu’nun haksız fiil hükümleri gereği sorumlu tutulurlar” ifadelerine yer vererek aynı yönde değerlendirmeye yapmaktadır.

Bu bölümde değinilmesi gereken bir husus da birlik komutanının hizmetten ayrılabilen kişisel kusurları ile meydana gelen vücut dokunulmazlığı ihlalinin kaynaklanan hukuki sorumluluğudur.

YHGK kararında⁶⁰;

“Anayasa’nın 129/5. maddesiyle 657 Sayılı Kanunu’nun 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri sebebiyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır...”, benzer bir kararında “memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da kanunlardaki açık hükümler dışına çıkarak ve bunlara aykırı olarak suç sayılan eylemiyle verdiği zararlarda eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağının varlığından söz edilemez. Bu gibi hallerin 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesinin hukuksal alanı dışında tutulduğunda şüphe olmamalıdır...”

ifadelerine yer vermiştir.

YHGK⁶¹, kendisine karşı psikolojik baskı ve mobbing yapıldığı ve bu sebeple açılan manevi tazminat davasında;

“davaya konu eylemlerin hizmet kusuru mu yoksa hizmetten ayrılabilen kişisel kusur mu olduğu, varılacak sonuca göre davanın Anayasa’nın 129/5 ve 657 Sayılı Kanun’un 13. maddesi uyarınca husumet yokluğu sebebiyle reddinin

⁵⁸ Çınar Can Evren- İsmail Uçar, *Kamu Görevlileri Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 216.

⁵⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.03.2008 tarihli ve E. 2008/4-248 K. 2008/240 sayılı kararı.

⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.04.2016 tarihli ve E. 2014/4-1067 K. 2016/512 sayılı kararı.

⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.11.2015 tarihli ve E. 2014/4-110 K. 2015/2600 sayılı kararı.

gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Anayasa'nın 129/5. maddesiyle 657 Sayılı Kanun'un 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri sebebiyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Davacı, dayandırdığı bu maddi olgulardan, davalı dekanın göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır. Anayasanın 129/5. maddesi gereğince memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken meydana gelen zararlara dair davaların idare aleyhine dava açılabilmesinin, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanmış olması koşuluna bağlı bulunması karşısında; dava dilekçesinde sıralanan maddi olgularda davalının salt kişisel kusuruna dayanılması sebebiyle davanın adli yargı yerinde çözümlenmesi gerekir...”, farklı yönde bir kararda ise “davaya konu edilen olayda, davalının bölüm başkanı, davacının ise aynı bölümde öğretim üyesi olduğu, davalının, görevi sırasında ve görevinden dolayı davacıyı zarara uğrattığı ileri sürülmektedir. Anayasa'nın 129/5 maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13/1 maddesi gereğince; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri sebebiyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen koşullara uygun olarak, idare aleyhine açılabilmesine göre; davalıya husumet tevcih edilmesi doğru değildir...”

şeklinde değerlendirme yapmıştır.⁶²

Danıştay ise işkence edilen bir mağdurun açtığı tam yargı davasında;

“memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilmesi şeklinde emredici bir kurala yer verilmiştir. Anayasanın sözü edilen maddesindeki kendilerine rücu edilmek kaydıyla ibaresinin; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idareye karşı açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisin-

⁶² Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 29.03.2018 tarihli ve E. 2016/6844 K. 2018/2431 sayılı kararı.

den tahsil etmeyi amaçladığında kuşkuyla yer bulunmamaktadır. Bu hüküm karşısında, gözaltında bulunduğu sürece davacıya kötü muamelede bulunan ve işkence yapan ilgililerin kişisel kusuru bulunduğu açık olduğundan, hükmedilen tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan ilgili kişi veya kişilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa hükmü gereği bulunmaktadır...”

şeklinde karar vermiştir.⁶³

Aynı yönde bir başka kararında;

“idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargı yerlerinde açılan tam yargı davalarında, husumetin kamu idarelerine yöneltilmesi gerekmekte olup, idari yargı yerlerinde istisnai durumlar hariç olmak üzere gerçek kişiler aleyhine açılan davaların görülmesine olanak bulunmadığı, böyle bir durumda, zarar gören kişilerin, idarenin personeline karşı değil, onları çalıştıran idareye karşı dava açmaları gerektiği...”

şeklinde değerlendirme yapmıştır.⁶⁴

Yukarıda verilen yargı kararlarında görüldüğü üzere salt kişisel kusuru veya suç niteliği taşıyan davranışları Anayasa md. 129 ve DMK md. 13’ü kapsam dışında bırakmıştır.⁶⁵

Yargıtayın değerlendirmelerinde uygulama birliği mevcut olmayıp genel olarak; salt kişisel kusur bir başka ifadeyle hizmetten ayrılabilen kişisel kusur halinde idareye değil doğrudan ilgili kamu görevlisine dava açılacaktır.⁶⁶

Danıştayın değerlendirmeleri daha istikrarlı olup kamu görevlisinin kusuru halinde açılacak davalarda husumetin idareye yöneltilmesi gerektiği şeklindedir.

Gerek doktrinde gerekse yargı kararlarında görev kusuru, kişisel kusur, salt kişisel kusur ayrımı tam olarak yapılamamaktadır. Bu maksatla DMK md. 13 ve

⁶³ Danıştay 10. Dairesinin 06.02.2009 tarihli ve E. 2006/1212 K. 2009/652 sayılı kararı.

⁶⁴ Danıştay 10. Dairesinin 28.03.2016 tarihli ve E. 2016/1886 ve K. 2016/2092 sayılı kararı.

⁶⁵ Aynı Yönde; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.2021 tarihli ve E. 2017/4 ve 1425 K. 2021/1174 sayılı kararı.

⁶⁶ Çağdaş Artantaş, “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Hukuki Sorumluluğu”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 7, S. 1, s. 382.

kamu görevlilerini ilgilendiren diğer mevzuatların uygulanmasında birbirleriyle çelişen fikir ve yargı kararları olduğundan kanun koyucunun düzenleme yapmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.⁶⁷

Salt kişisel kusur görev haricinde işlenen ve hizmetle hiçbir bağı olmayan, resmi görev ve sıfattan ayrılabilen, tamamen kamu görevlisine ait kusurlar için kullanılmasının daha doğru olduğu değerlendirilmektedir.⁶⁸

Kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu kapsamında salt kişisel kusurdan dolayı bizzat sorumlu tutulması, daha dikkatli davranmasına yol açacaktır. Ancak kişisel kusuru hizmet kusurundan tamamen ayırmak, bir başka ifadeyle idarenin sorumlu tutulmaması “zarara uğrayan kişilerin ödeme gücü zayıf olan kamu görevlisi karşısında mağdur olmasına sebebiyet vereceği” gibi kamu görevlisinin de sürekli tazminat tehdidi altında görev yapmasını zora sokacak ve kamusal hizmetlerin sekteye uğramasına sebebiyet verecektir.⁶⁹

Yargı kararları ve doktrindeki değerlendirmeler ışığında birlik komutanının salt kişisel kusuru, bir başka ifadeyle hizmetten ayrılabilen kişisel kusurun varlığı halinde meydana gelen vücut dokunulmazlığı ihlalleri halinde⁷⁰ açılacak davalar adli yargıda genel hükümlere göre çözümlenecektir.⁷¹

Meydana gelmiş ve vücut bütünlüğü ihlal edilmiş hizmet kusuru olarak değerlendirilmiş bir kaza veya olayda idare ödemiş olduğu tazminat ve nakdi giderleri kusuru oranında ilgili birlik komutanına rücu edebilecektir. İdare ajanına, idarece tespit edilecek kusuru oranındaki rücu aslında bir takdir yetkisi olmayıp bağlı yetkidir.⁷²

⁶⁷ Buket Deniz, “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, S. 153, s. 232; Yasin Yerebasmaz, “Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2012, s. 239.

⁶⁸ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 1699.

⁶⁹ Yasin Söyler, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 14, S. 2, s. 567.

⁷⁰ Şahin, Vücut Bütünlüğü İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı, s. 19.

⁷¹ Mert Dönmez, “İdarenin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kamu Görevlisine Rücu”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2019, s. 54; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.10.2018 tarihli ve E. 2017/4-1355 K. 2018/1553 sayılı kararı.

⁷² Danıştay 5. Dairesinin 03.06.2008 tarihli ve E. 2007/7369 K. 2008/3234 sayılı kararı.

Rücu hakkı kanundan doğan bir haktır.⁷³ Rücu hakkı idare tarafından adli yargıda ilgili personel aleyhine rücu davası açılması suretiyle yerine getirilecektir. Rücu davası da TBK hükümlerine göre karara bağlanacaktır.⁷⁴

TBK md. 61 dış ilişkiyi düzenlemiştir. Dış ilişkide idare tam yargı davası veya nakdi tazminat ile sorumlu olacaktır. İdari yargılama usulünde idarenin rücu hakkının yerine getirilmesi ile ilgili olarak kusuru olan kamu görevlisine mevcut davayı ihbar sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durum kusuru olan kamu görevlisinin adil yargılanma hakkını zedelemektedir.

İç ilişki ise TBK md. 62'de "tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu hüküm gereği idare kusuru tespit edilen kamu görevlisine kusuru oranında ödediği tazminatı rücu hakkı saklıdır.⁷⁵

Kamu görevlisinin kişisel kusurunun tespit edilmesi; meydana gelmiş zararın kim tarafından tazmin edileceğinin ve yargı yerinin tespiti açısından önem arz etmektedir.⁷⁶ Bir başka ifadeyle hizmetle ilişkisi olmayan kişisel kusur (salt kişisel kusur) haksız fiil sorumluluğu kapsamında özel hukuk kurallarına tabi iken, görev ile bağlantısı olması halinde idare tarafından tazmin ve rücu kurallarına tabi olmaktadır.⁷⁷

Sonuç olarak salt kişisel kusurun varlığı halinde birlik komutanına doğrudan dava açılabilir, görev kusuru ve hizmete ilişkin kişisel kusurun⁷⁸ varlığı halinde ise dava daha sonra ilgili birlik komutanına rücu edilmek kaydıyla ida-

⁷³ Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 300.

⁷⁴ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10.06.2019 tarihli ve E. 2019/1282 K. 2019/3250 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 06.04.2015 tarihli ve E. 2014/6047 K. 2015/4153 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14.01.2015 tarihli ve E. 2014/3412 K. 2015/142 sayılı kararı.

⁷⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 20.01.2020 tarihli ve E. 2019/1625 K. 2020/165 sayılı kararı.

⁷⁶ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 646.

⁷⁷ Necdet Özdemir, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Ankara, 1963, s. 11.

⁷⁸ Hasan Petek, "Kamu Tüzel Kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluğu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 16, Özel Sayı, s. 3303.

reye açılacaktır. Açılacak bu iki dava türü de adli yargıda TBK hükümleri çerçevesinde karara bağlanacaktır.⁷⁹ Bu sebeplerle birlik komutanının sorumluluğunun hukuki niteliği TBK md. 49 “haksız fiil esasına dayanan kusur sorumluluğudur.”

IV. BİRLİK KOMUTANININ HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Birlik komutanının hukuki sorumluluğunun şartlarına değinmeden önce idarenin sorumluluğunun şartlarına değinmekte yarar görülmektedir. Çünkü kamu görevlilerinin görevlerini icra ederken kişilere vereceği zarar görev kusuruna dayanıyorsa idare hukuku kurallarına, hizmetten ayrılabilen kişisel kusura dayanıyorsa borçlar hukuku kurallarına göre çözülecektir.⁸⁰

İdare icra etmesi gereken kamusal faaliyetleri yerine getirirken kişilere zarar verebilmektedir. İdarenin vermiş olduğu bu zarar idarenin kusurundan kaynaklanabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki idarenin kusursuz olduğu halde de kişilerin uğradığı zararı tazmin etmektedir.⁸¹ Meydana gelen bu zararın idare tarafından tazmin edilmesi gerekmektedir ve bu duruma genel anlamda idarenin hukuki sorumluluğu denilmektedir.⁸²

İdarenin hizmet kusuru kapsamında tazmin etmesi gereken bir sorumluluğu olabilmesi için, idarenin eylem veya işlem niteliğinde bir davranışı, kusur, zarar ve illiyet bağı mevcut olmalıdır.⁸³

İdarenin tesis etmiş olduğu işlem ve eylemlerde idarenin kusuru olmasa dahi meydana gelen zarardan sorumlu olması en genel tanımla idarenin kusursuz sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluk asli değil ikincil sorumluluktur⁸⁴ denilebilir. Bir başka ifadeyle kusur sorumluluğu kusursuz sorumluluktan önce gün-

⁷⁹ Ayşe Ledün Akdeniz, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2014, C. LXXII, S. 2, s. 5.

⁸⁰ Lütfi İnciroğlu, *Kamu İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınları, Ankara, 2017, s. 102.

⁸¹ Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, s. 351.

⁸² Müzeyyen Eroğlu Durkal, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 23, S. 1, s. 160.

⁸³ Aysema Pelin Şaşmaz, “İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış”, *Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 2016, C. 2, S. 2, s. 222.

⁸⁴ “...idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusur yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi...” Danıştay 10. Dairesinin 29.06.2021 tarihli, E. 2016/13375 ve K. 2021/3716 sayılı kararı.

deme gelmektedir. İdarenin kusur sorumluluğunun temeli “*hukuk devleti*” ilkesine, kusursuz sorumluluğun temeli ise “*sosyal devlet ilkesine*” dayanmaktadır.⁸⁵

İdare hukukundaki kusursuz sorumluluk borçlar hukukundaki kusursuz sorumluluk halleri ile benzerlikler göstermektedir.⁸⁶ Borçlar hukukundaki kusursuz sorumluluk⁸⁷ halleri kanunda belirtilen haller olup sınırlı sayıdadır.⁸⁸ Ancak idare hukukunda kusursuz sorumluluk halleri yargı kararlarıyla biraz daha geniş uygulanmaktadır. Kusursuz sorumluluk “anormal ve özel nitelikteki zararların” tazmin edilmesi için gereken bir sorumluluk türüdür. Meydana gelen zararın çok büyük ve geniş kapsamlı olmasına gerek olmayıp zarar gören mağdur açısından olağan dışı olması kâfidir.⁸⁹

İdarenin kamu görevlilerinin davranışlarından dolayı vermiş olduğu zararın tazmin edilebilmesi için ilk olarak idarenin zarar verici bir davranışının bulunması gerekmektedir.⁹⁰ Bu davranış icrai bir davranış olabileceği gibi ihmali bir davranış şeklinde de cereyan edebilir.⁹¹ İdarenin hukuki sorumluluğu için gerekli ikinci şart ise bu davranışın kusurlu olması gerekmektedir. Ancak belirtmekte yarar var idarenin kusursuz sorumluluk hali için kusura gerek yoktur.⁹² Üçüncü şart idarenin bu davranışı sonucu bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Bu zarar maddi bir zarar olabileceği gibi manevi zararlar da olabilmektedir. İdarenin tazmin borcunun doğabilmesi için zarar gerçekleşmeli ve zarar özel olmalıdır. Genel nitelikte olan ve kamu külfeti şeklinde ortaya çıkan zararın tazmini idareden istenememektedir.⁹³ Son şart ise nedensellik bağının bulun-

⁸⁵ Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri II, s. 341.

⁸⁶ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 447-458; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 245; Oğuz Sadık Aydos, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 100.

⁸⁷ Cevdet Yavuz, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2008, C. 14, S. 4, s. 45.

⁸⁸ Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 139.

⁸⁹ Serkan Uslu, “İdarenin Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Biri Olan Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Hukuki Niteliği”, *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya 2019, s. 16.

⁹⁰ Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri II, s. 367.

⁹¹ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 376.

⁹² Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, s. 14.

⁹³ Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri II, s. 370.

masıdır.⁹⁴ Zarar ile idarenin davranışı arasında sebep sonuç ilişkisinin kurulamadığı bir durumda idarenin sorumluluğu tazmin etme yükümlülüğü doğmayacaktır.⁹⁵

Kamu görevlisinin görevini icra ederken vermiş olduğu zararlardan sorumluluğunun kaynağı Anayasa md. 129, DMK md. 13 ve bu maddelerin uygulanması için çıkarılan “Devlete ve Kişilere Memurlarca Verilen Zararların Nevi ve Miktarlarının Tespiti, Takibi, Amirlerin Sorumlulukları, Yapılacak Diğer İşlemler Hakkında Yönetmelik” hükümleridir. İlgili mevzuat hükümlerine göre kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunun doğması için kamu görevlisinin bir eylemi olmalı, bu eylem hukuka aykırı veya kusurlu olmalı, bu hukuka aykırı eylem sonucu idare veya üçüncü kişiler zarara uğramalı ve kamu görevlisinin bu eylemi ile zarar arasında uygun illiyet bağı kurulabilmelidir.⁹⁶ İlgili yönetmeliğin 6. maddesine göre de “*memurların zararları tazmin mükellefiyetinin doğması için; zararın mevcut olması, zararın doğrudan doğruya memurun fiilinden doğması, zararın mücbir sebepten hâsıl olmaması*” gerekmektedir. İlgili hüküm mücbir sebebi de ekleyerek illiyet bağının kurulamamasını menfi şekilde düzenlemiştir.

Kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için ilk şart *kamu görevlisinin bir eylemi* olmalıdır. Bu eylem yapma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi yapmama şeklinde de vücut bulabilir.⁹⁷ Zarar kamu görevlisinin davranışı sonucu meydana gelmelidir. Kamu görevlisinin davranışından bağımsız idarenin kusurundan kaynaklandığı durumda kamu görevlisinin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Yargıtay bir kararında, davacı “*idarenin kusurlu olduğunun belirtildiği, bu nedenle atış alanının yanlış belirlenmesi ve çevresinin yasak bölge ilan edilmemesinden dolayı davacı idarenin de müterafik kusurunun olduğu anlaşılmaktadır...*” ifadelerine yer vererek kamu görevlisinin davranışı haricindeki kusurundan idarenin, kamu görevlisini sorumlu tutamayacağına karar vermiştir.⁹⁸

Kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunun ikinci şartı bu *davranışın kusurlu veya hukuka aykırı olması* gerekmektedir. İlgili yönetmelik md. 5 “*kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile belirlenmiş görevlerini kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle idarenin veya kişilerin uğradığı*

⁹⁴ Hayrettin Yıldız, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2015, S. 116, s. 150.

⁹⁵ Danıştay 10. Dairesinin 06.07.2021 tarihli ve E. 2020/5574 K. 2021/3858 sayılı kararı.

⁹⁶ Akyılmaz- Sezginer- Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 790.

⁹⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11.04.1989 tarihli ve E. 1989/2654 K. 1989/3367 sayılı kararı.

⁹⁸ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 17.11.2020 tarihli ve E. 2019/1097 K. 2020/3991 sayılı kararı.

zararlar..." şeklinde düzenlenerek kasıt, ihmal ve tedbirsiz davranışı sorumluluğun koşulu olarak düzenlemiştir. Hizmet kusurunun oluşmasına sebebiyet veren kamu görevlisinin görev kusuru ile görevini icra ederken kişisel kusuru hallerinde kamu görevlisinin idareye karşı rücu sorumluluğu doğacaktır. Bir başka ifadeyle idarenin her tazminat ödediği durumda kamu görevlisine rücu etmesi mümkün olmayıp, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatın idare ajanının görev kusurundan veya hizmetle ilişkili kişisel kusurundan ortaya çıkması gerekmektedir.⁹⁹

Birlik komutanının kusurlu bulunduğu bir olayda;

"davacı, davalının Şehitkamil İlçe Jandarma Komutanlığında jandarma ast-subay olarak görev yaparken Atatürk'ü anma töreninde Türk Bayrağının yarıya indirilmesi sırasında, bayrak direğindeki ipin direğin tepesindeki markardan çıkması ve sıkışması sebebiyle jandarma ...'nın direğe tırmanmasına izin verdiğini, direğe tırmanan askerin direğin tepesine yaklaştığı sırada birden kayarak yere düşmesi ve başını mermere çarpması sonucu öldüğünü, ölenin mirasçılarında Askeri Yüksek İdare Mahkemesince hüküm altına alınan tazminatı ödediğini belirterek, ödenen miktarın kusurlu bulunan davalıdan rücu tahsiline..."

karar verilmiştir.¹⁰⁰

Kamu görevlisinin kusurunun bulunmadığı durumda kendisine herhangi bir tazmin yükümlülüğüne gidilemeyecektir.¹⁰¹ Bir başka ifadeyle idarenin kusursuz sorumlu olduğu, hizmet veya kişisel kusurun oluşmadığına hallerde birlik komutanının sorumluluğu doğmayacaktır.

Bu bölümde değinilmesi gereken bir husus da salt kişisel kusurdur. Kamu görevlisinin görev veya hizmete ilişkin kişisel kusurunun varlığı halinde zararın tazmini maksadıyla davalar daha sonra kamu görevlisine rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine tam yargı davası şeklinde açılacaktır.¹⁰² Ancak kamu görevlisinin salt kişisel kusurunun varlığı halinde ise dava doğrudan kendisine açılabilir.¹⁰³

⁹⁹ Harun Sağlam, "Türk Hukukunda Kamu Görevlisinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlilerine Rücu Edilmesi", *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 2010, s. 50.

¹⁰⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 08.05.2017 tarihli ve E. 2017/1363 K. 2017/2603 sayılı kararı.

¹⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.02.2009 tarihli ve E. 2009/4-48 K. 2009/84 sayılı kararı.

¹⁰² Örnek kararlar için bkz. Koçak, Tam Yargı Davaları, s. 318-322.

¹⁰³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.03.2016 tarihli ve E. 2014/4-828 K. 2016/313 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 19.03.2014 tarihli ve E. 2014/3432 K. 2014/4712 sayılı kararı.

Bazı yargı kararlarında Danıştay 10. Dairesinin 1989 tarihli kararına atıf yapılarak;

“öte yandan bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku’nun bilinen ilkelerindedir”

denilmek suretiyle “kin, düşmanlık ve benzeri duyguların etkisi altında” gerçekleşen eylemler hatta suç hali dahi kamu görevlisinin hizmetle alakalı kişisel kusuru olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁴

Danıştay yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında ise, emrinde görevli bir polis tarafından vurularak şehit edilen emniyet amiri için;

“yasalarla kendilerine verilen kamu hizmetinin işlemlerini sağlayacak örgütü kurmak, personel ve araç gereci hizmet gereklerine uygun şekilde hazırlamakla yükümlü olan idarenin, hizmeti yürüten personelinin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusurunu oluşturacağı ve zararın tazmini ile sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Emniyet Amiri olan davacılar yakınının görev sırasında ve yargı kararıyla da kabul edildiği üzere vazifeden kaynaklı olarak aynı yerde görevli polis memurunun silahla ateş etmesi sonucu hayatını kaybettiği, bu halde genel güvenliğin sağlanmasına ilişkin kamu hizmetini yürüten davalı idarenin bu hizmetin gereği gibi yürütülmesini sağlayacak personelin kişisel kusuru sonucu uğranılan maddi ve manevi zararın tazmin sorumluluğunun bulunduğu açıktır. Bu itibarla, davanın reddi yönündeki idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”

demek suretiyle idare ajanının kasten öldürme fiilini idarenin hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁵

YHGK’nın aksi yöndeki kararları ise 2001 tarihli YHGK kararına dayanarak;

“gerçekte de Anayasa’nın 125 /son fıkrasında İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür, denilmekte, yine Anayasa’nın 137. maddesinde ... konusu suç olan emri yerine getiren kimsenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa’da ka-

¹⁰⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.11.2016 tarihli ve E. 2014/1334 K. 2016/1067 sayılı kararı; Danıştay 2. Dairesinin 25.02.2005 tarihli ve E. 2004/619 K. 2005/751 sayılı kararı.

¹⁰⁵ Danıştay 10. Dairesinin 08.06.2021 tarihli ve E. 2016/758 K. 2021/3168 sayılı kararı.

mu personelinin kanuna aykırı eylem ve işlemlerinden şahsen sorumlu tutulacağı ilkesinin de ayrıca kabul edildiği çok açıktır. Diğer yandan memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da yasalardaki açık hükümler dışına çıkararak ve bunlara aykırı olarak suç sayılan eylemiyle verdiği zararlarda eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağıının varlığından söz edilemez. Bu gibi hallerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin hukuksal alanı dışında tutulduğunda şüphe olmamalıdır”

denilerek kamu görevlisinin suç oluşturan davranışları açısından doğrudan kendisine dava açılabilirliğine karar vermektedir.¹⁰⁶

Uyuşmazlık Mahkemesi¹⁰⁷ ise;

“Öğretide, görevden ayrılabilir kusur halinin varlığı halinde (yani idare ajanının kast, garez, kin ve husumetle hareket ederek bir zarara yol açması durumunda), bu nedenle zarar gören ilgilinin idare aleyhine değil, doğrudan kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açabilmesi gerektiği yönünde bir takım görüşler mevcutsa da; adli yargı uygulamasında bu hallerin çok açık ve somut biçimde belli olduğu hallerde (örneğin kamu görevlisinin ilgiliye karşı işlediği bir suç nedeniyle mahkûmiyetinin bulunması durumunda), uğranılan zararın tazmini için doğrudan adli yargıda dava açılabilirliği, bunun dışındaki hallerde husumetin idareye yöneltmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Belgelenmemiş, bir yargı ilâmına dayanmayan soyut iddiaların varlığı halinde görevle kamu görevlisi arasındaki illiyet bağı kesilmiş sayılmayacağından; iddialara dayalı bir davanın öncelikle idari yargı yerince incelenmesi gerekecektir. Somut davada da, davacı tarafından, kamu görevlilerinin görevlerinden kaynaklanan yetkilerini suistimal suretiyle psikolojik taciz (mobbing) halinin mevcudiyeti öne sürüldüğünden; gerçekte görev kusuru teşkil edebilecek kusur iddialarına dayalı bir davanın tam yargı davası mahiyetini taşıdığı ve bu davanın idari yargı yerinde ikame edilmesi gerektiği kabul edilmelidir”

ifadelerine yer vermiştir.

¹⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.01.2020 tarihli ve E. 2017/4-1322 K. 2020/11 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.04.2019 tarihli ve E. 2017/17-1394 K. 2019/494 sayılı kararı.

¹⁰⁷ Uyuşmazlık Mahkemesinin 10.04.2017 tarihli ve E. 2016/417 K. 2017/200 sayılı kararı.

Yukarıda verilen yargı kararları ışığında idare ajanının görevini yerine getirirken, bir başka ifadeyle hizmetle ilişkili suç işlemesi durumunda husumetin idareye, hizmetten ayrılabilen, hizmet ile ilişkilendirilemeyen eylemlerinde ise davanın doğrudan kendisine yöneltilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Bir başka ifadeyle somut olayın özelliklerine göre hizmet kusuru, kamu görevlisinin görev kusuru ve hizmete ilişkin kişisel kusuru hallerinde husumet idareye, salt kişisel kusur bir başka ifadeyle hizmetten ayrılabilen kişisel kusur halinde husumet doğrudan kendisine yöneltilebilecektir.

Kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunun üçüncü şartı *üçüncü kişiler veya idarenin zarara uğramasıdır*.¹⁰⁸ Vücut bütünlüğü ihlalinde zarar; gerçekleşmiş, kesin, maddi ve manevi de olsa parayla ölçülebilir nitelikte ve hukuken korunan bir menfaate yönelik olmalıdır.¹⁰⁹ Bu zararlar TBK md. 53-54 kapsamındaki zararlardır.¹¹⁰ Ölüm halinde TBK md. 53 gereğince *“cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar”* olup yaralanma halinde ise TBK md. 54 gereğince *“tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır.”* Meydana gelmiş olan zararın sosyal sigorta yardımı alacak nitelik ve ağırlıkta olması gerekmektedir.¹¹¹ Basit sıyrıklar, küçük yaralanmalar zarar kapsamında değerlendirilmeyecektir. Vazife Malullüklerinin Nevileri ile Dereceleri Hakkında Nizamname’de belirtilen zararların varlığı gerekmektedir.¹¹²

Kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunun son şartı meydana gelen *zarar ile kamu görevlisinin davranışı arasında illiyet bağı* bulunmasıdır. Kamu görevlisinin davranışı sebep, zarar ise sonuç olmalıdır. Aksi halde birlik komutanının sorumluluğu doğmayacaktır.¹¹³

¹⁰⁸ Şenel Sarsıkoğlu, “İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 65, S. 4, s. 2394.

¹⁰⁹ Canan Yavuz, “Yargı Kararlarında İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Edirne 2019, s. 67.

¹¹⁰ Nihat Seyhun Alp, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 72; Yusuf Alper, *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku*, Dora Yayınları, Bursa, 2018, s. 298.

¹¹¹ Mehmet Zahid Yener- Burak Karakoç, “5434 ve 5510 sayılı Kanun Hükümlerine Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyet Türleri”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 3, S. 2, s. 486.

¹¹² Danıştay 10. Dairesinin 18.02.2021 tarihli ve E. 2019/9504 K. 2021/635 sayılı kararı.

¹¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.02.2014 tarihli ve E. 2013/417 K. 2014/81 sayılı kararı.

Birlik komutanının hukuki bir sorumluluğunun doğması için salt kişisel, kişisel veya görev kusuru kapsamında bir davranışı neticesinde kişilerin vücut bütünlüğünün ihlal edilmiş olması ve bu zarar ile davranış arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Kişisel veya görev kusuru kanun, yönetmelik, yönergelerde belirtilen yükümlülüklerini ihmal etmesi sonucu veya suç niteliğindeki davranışları olabilecektir. Görevi ihmal etme hali; Türk Ceza Kanunu md. 257’de tanımlanan “ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma” suçu şeklinde¹¹⁴, suç olmayan disiplin hukuku kapsamında değerlendirilebilecek ihmaller¹¹⁵ veya bu kapsamlara girmeyen ihmaller de olabilmektedir.

Yargıtay;

“müteveffanın ölüm sebebinin araç yıkama makinesine güç sağlayan elektrik panosunda yanlış bağlantı sebebiyle şalter kapalı konumda olsa bile, bir faz elektriğin kaçak olarak araç yıkama tabancasına gelmesi, müteveffanın da araç yıkama makinesini tuttuğu sırada tabancadaki kaçak elektrik akımına kapılması sebebiyle vefat ettiğinin belirtildiğini, uzman jandarma çavuş ...’nın ihmal suretiyle görevi kötüye kullanmak suçundan mahkum olduğunu, diğer davalı ...’nin ise elektrik ustası olup taksirle ölüme sebep olmak suçundan mahkumiyetine karar verildiğini belirterek...”

ilgili personeli görev kusuru kapsamında sorumlu tutmuştur.¹¹⁶

Yargıtay başka bir kararında;

“davalı polis memuru ...’in sevk ve idaresindeki resmi araçla alkolün etkisiyle gerçekleştirdiği trafik kazasının, davalı kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurundan kaynaklandığı, kazanın oluşumuna kamu görevlisi davalının suç niteliğindeki eyleminin sebebiyet verdiği, idarenin hizmet kusuru niteliğinde bir durumun söz konusu olmadığı, kamu görevlisinin suç oluşturan eylemi nedeniyle idarenin sorumluluğu bulunmadığı, bu nedenlerle eldeki davanın adli yargıda görülmesi gerektiği, davalıya husumet yöneltmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır...”

ifadelerine yer vermek suretiyle idare ajanını salt kişisel kusur kapsamında adli yargıda kendisine yöneltilen tazminat davasında sorumlu tutmuştur.¹¹⁷

¹¹⁴ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 11.06.2015 tarihli ve E. 2014/18301 K. 2015/10439 sayılı kararı.

¹¹⁵ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesinin 09.09.2020 tarihli ve E. 2019/1647 K. 2020/849 sayılı kararı.

¹¹⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22.01.2018 tarihli ve E. 2016/4930 K. 2018/285 sayılı kararı.

V. BİRLİK KOMUTANININ HUKUKİ SORUMLULUĞUNU AZALTAN VEYA KALDIRAN HALLER

Yargıtay¹¹⁸ kararlarında genellikle;

“bilindiği gibi, görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılmayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka deyişle, kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir. Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem sayılmamış, kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir...”

ifadelerine yer vererek salt kişisel kusur halinde ilgili kamu görevlisine zarar görenlerin tazminat davası açılabileceğini vurgulamaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM)¹¹⁹ salt kişisel kusur halinde açılan tam yargı davalarında;

“idare ajanları hukuka aykırı yetki kullanımı kin, garez, öç alma, zarar verme vs. saik nedenlere dayalı ise bu takdirde bir salt kişisel kusurun varlığı ve kişisel sorumluluk hali de söz konusu olacaktır ve bu takdirde de artık... Anayasa'nın 125 nci maddesinin son fıkrasının koruma alanından çıkarak, kamu görevlisi sıfatını sağladığı Devlete idareye analize edilmiş sorumluluktan yararlanma imkanını yitirerek, doğrudan ve ferden sorumluluk yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır...”

¹¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.04.2019 tarihli ve E. 2017/17-1394, K. 2019/494 sayılı kararı.

¹¹⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.10.2018 tarihli ve E. 2017/4-1355, K. 2018/1553 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.01.2020 tarihli ve E. 2017/4-1322, K. 2020/11 sayılı kararı.

¹¹⁹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesinin 19.09.1997 tarihli ve E. 1997/183, K. 1997/564 sayılı kararı; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 27.01.1993 tarihli ve E. 1992/546, K. 1993/114 sayılı kararı.

ifadelerine yer vererek açılan tam yargı davalarını reddetmiş ve adli yargıyı işaret etmiştir.

Yukarıda yargı kararlarında da belirtildiği üzere birlik komutanının hukuki sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran halleri hizmet kusuru veya hizmete ilişkin kişisel kusur halinde ortaya çıkan sorumluluk ile salt kişisel kusur hali varlığındaki hukuki sorumluluk halini farklı değerlendirmek gerekmektedir. Bu yüzden farklı başlıklar altında değerlendirme yapılacaktır.

A. Hizmet Kusuru veya Hizmete İlişkin Kişisel Kusur Halinde

Kamu görevlileri yetkilerini kullanırken veya kamusal faaliyetleri icra ederken kişilere vermiş olduğu zararlar daha sonradan ilgili görevliye rücu edilmek kaydıyla idare aleyhine açılmalıdır. Bir başka ifadeyle birlik komutanının görev kusuru veya kişisel kusurunun varlığı halinde kişilere vermiş olduğu zararlar sebebiyle dava idare aleyhine açılacaktır. İdarenin meydana gelen vücut dokunulmazlığı ihlalden tazmin sorumluluğu doğması için *“ister hizmet kusuru isterse kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılın, genel olarak idarenin tazmin borcunun doğabilmesi için bir zararın mevcudiyeti, zarara yol açan eylemin veya işlemin idareye yüklenebilir nitelikte olması ve zarar ile eylem veya işlem arasında illiyet bağının bulunması”* zorunludur.¹²⁰ İdarenin bu esaslar çerçevesinde sorumlu olmaması durumunda ilgili birlik komutanının sorumluluğu doğmayacaktır.¹²¹

Danıştaya göre;

“öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas olduğundan, olayın oluşumu ve zararın niteliğinin irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin ya da daha ayrı bir anlayış ve amaçtan kaynaklanan sosyal risk ilkesinin uygulanıp, uygulanmayacağına belirlenmesi, tazminata hükmedilirken de herhalde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi”

gerekmektedir.¹²²

¹²⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 24.02.2011 tarihli ve E. 2007/1884 K. 2011/88 sayılı kararı; Danıştay 6. Dairesinin 15.06.2021 tarihli ve E. 2021/1944 K. 2021/8268 sayılı kararı; Danıştay 6. Dairesinin 25.05.2021 tarihli ve E. 2020/11339 K. 2021/6870 sayılı kararı.

¹²¹ Artantaş, “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Hukuki Sorumluluğu”, s. 374.

¹²² Danıştay 6. Dairesinin 23.03.2021 tarihli ve E. 2020/11349 K. 2021/4352 sayılı kararı; Danıştay 15. Dairesinin 22.04.2016 tarihli ve E. 2013/4226 K. 2016/2798 sayılı kararı.

Bir başka ifadeyle idareye hem kusur hem de kusursuz sorumluluk yüklenemeyeceği, eğer önce varsa kusur sorumluluğuna, eğer bu vücut bulmamışsa gerekli şartları taşıması halinde kusursuz sorumluluk esaslarına dayandırılması gerekmektedir.

İdarenin sorumluluğu, ister kusur ister kusursuz sorumluluk esasına dayansın uygun illiyet bağının kurulması halinde sorumluluk doğacaktır. İlliyet bağının kurulmaması veya kesilmesi durumunda sorumluluk doğmayacaktır. İlliyet bağını kesen sebepler “*mücbir sebep, üçüncü kişinin kusuru ve zarar görenin kusuru*” olup, idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan diğer bir sebep, beklenmeyen haldir. İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan sebeplere tazmini gerek olmayan zarar hali ile zarar görenin kendi rızasını ekleyen yazarlar da mevcuttur.¹²³

1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep “*idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen, öngörülmesi ve karşı konulması imkânsız olan*” bir olaydır. Yıldırım düşmesi, deprem, sel gibi doğa olayları, savaş gibi sosyal bir olay veya ithal yasağı, kamulaştırma gibi hukuki bir olay olabilir.¹²⁴ Bu haller kaçınılması imkânsız, karşı konulması güç, önceden tahmin edilmesi zor ve olağanın dışındaki olaylardır.¹²⁵ Mücbir sebep sayılan hallerde özel hukukta olduğu gibi idarenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak açılan idari davalarda mücbir sebep mutlak illiyet bağını kesen sebep olarak görülmemekte, yargı kararlarında meydana gelen olaya göre değerlendirme yapılmakta, mücbir hal sayılan bazı durumlarda dahi idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Danıştay meydana gelen bazı deprem olaylarında idarenin tazmin sorumluluğuna karar vermiştir.¹²⁶ Afetler önceki yıllarda mücbir sebep olarak görülmekteyken son yıllarda mücbir sebep olarak görülmemesi, idarenin afet öncesi ve sonrası yapması gerekenlerde olumsuz eylemlerinden dolayı sorumluluğuna gidilebileceği görüşü ağırlık kazanmıştır.¹²⁷ Mey-

¹²³ Yıldırım- Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri II, s. 313.

¹²⁴ Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 52.

¹²⁵ Çınar Can Evren, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. 14, S. 1, s. 264.

¹²⁶ Danıştay 11. Dairesinin 30.04.2004 tarihli ve E. 2001/4552 K. 2004/2026 sayılı kararı; Danıştay 6. Dairesinin 04.10.2010 tarihli ve E. 2008/10614 K. 2010/8631 sayılı kararı.

¹²⁷ Gülcan Azimli Çilingir, “İdarenin Sorumluluğu İlkesi Kapsamında Afetlerin Değerlendirilmesi”, *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 4, S. 8, s. 167-193.

dana gelen bir heyelan olayında aynı şekilde zarar kusursuz sorumluluk olarak idareye yüklenmiştir.¹²⁸

2. Beklenmeyen Hâl

Umulmayan hal, kamusal faaliyetler içinde gerçekleşen, ancak öngörülemez ve önlenemeyen olaylardır. Mücbir sebepten farkı içsellik unsurudur. Mücbir sebep idarenin faaliyet alanı dışarısında gerçekleşirken; beklenmeyen hal idari faaliyet içerisinde meydana gelmekte ve idareye atfedilebilmektedir.¹²⁹ Cephaneliğin patlaması, jandarma araçlarının lastiğinin patlaması, helikopterin motor veya kanat aksamına kuş sürüsünün çarpması, jandarma birliklerinde yangın çıkması, mühimmat arızası sonucu patlama gibi haller jandarma birliklerinde meydana gelen beklenmeyen hallerine örnek gösterilebilir. Beklenmeyen hal idarenin sorumluluğunu etkilemektedir. Ancak bağlanan sonuç mücbir sebepte olduğu gibi olmayıp kusursuz sorumluluk halini ortadan kaldırmamaktadır. İdare tehlike veya fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uyarınca sorumlu tutulabilmektedir.¹³⁰

AYİM¹³¹ birçok kararında;

“devletin terör hareketlerine karşı giriştiği faaliyet savaş hali sayılmadığı ve dolayısıyla mücbir sebep olarak nitelendirilmediğinden, bu faaliyetler sırasında teröristlerin eylemlerinden zarara uğrayanların bu zararı, tüm ülkede değil ülkenin bir kısmında terör örgütleri tarafından yaratılan bir zarar olduğundan, savaş halinde olduğu gibi tüm toplumun katlanmak durumunda olduğu bir kamu külfeti olarak değerlendirilmemiş, özel ve olağan dışı nitelik taşıyan kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince idarece tazmini gereken bir zarar olarak kabul edilmiştir”

ifadelerine yer vererek “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi gereğince kusursuz sorumluluk” olarak zararı idareye yüklemiştir.

¹²⁸ Evren, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, s. 276; Yıldırım-Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri II, s. 316.

¹²⁹ Celal Işıklar, “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, C. 4, S. 1, s. 138.

¹³⁰ Danıştay 10. Dairesinin 10.06.2021 tarihli ve E. 2019/1770 K. 2021/3253 sayılı kararı; Danıştay 10. Dairesinin 17.05.2021 tarihli ve E. 2018/3785, K. 2021/2277 sayılı kararı.

¹³¹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 10.12.1997 tarihli ve E. 1997/233 K. 1997/1032 sayılı kararı; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 12.06.1996 tarihli ve E. 1995/85 K. 1996/599 sayılı kararı; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 26.02.1997 tarihli ve E. 1995/385 K. 1997/189 sayılı kararı.

3. Üçüncü Kişinin Kusuru

Meydana gelen zarar sırf üçüncü kişinin davranışından kaynaklanıyorsa idare sorumlu olmayacaktır. Ancak üçüncü kişinin davranışı zararı artırmışsa kendi kusuru oranında idarenin sorumluluğunu azaltacaktır.¹³² Yargı kararları da bu yöndedir.¹³³ Kusursuz sorumluluk hallerinde ise idare zararı tazmin ettikten sonra rücu maksadıyla üçüncü kişiye başvurabilecektir.

Danıştay bir kararında¹³⁴;

“olayda, insanların sürekli kullanımında ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış el bombasının bulunmasında, davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunmaktadır; ancak meydana gelen zarar, davacı ve arkadaşının kişisel kusurlarından kaynaklandığından, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurunun olaya katılması, idarenin kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağıni kesmektedir. Zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağıni bulunmadığı olayda, idarenin tazmin sorumluluğundan da söz edilemeyecektir...”

ifadelerine yer vermek suretiyle el bombası patlaması sonucu ölen bir vandaşın olayında zararın üçüncü kişinin davranışından kaynaklandığı gerekçeyle idareyi sorumlu tutmamıştır.

Bu bölümde değinilmesi gereken bir başka husus, bu üçüncü kişi idare ajanıysa ne olacaktır? İdarenin sorumluluğunu azaltan veya kaldıran bir hal olan üçüncü kişi idareden tamamen bağışik bir kişi olmalıdır. Eğer bu üçüncü kişi idarenin ajanıysa idare denetim ve gözetimi tam sağlamadığı için hizmet kusuru kapsamında sorumlu olacaktır.¹³⁵

4. Zarar Görenin Kusuru

Meydana gelen zarara, zarar görenin davranışı sebebiyet vermişse idarenin hem kusur hem de kusursuz sorumluluğu ortadan kalkacaktır.¹³⁶ Ancak zarar görenin kusuru zararı arttırmışsa, bir başka ifadeyle idarenin davranışı ile zarar görenin

¹³² Atay, İdare Hukuku, s. 393.

¹³³ Danıştay 10. Dairesinin 08.02.2012 tarihli ve E. 2008/5366 K. 2012/423 sayılı kararı.

¹³⁴ Danıştay 10. Dairesinin 18.09.2007 tarihli ve E. 2005/4493 K. 2007/4199 sayılı kararı.

¹³⁵ Yıldırım- Çınarlı, Türk İdare Hukuku Dersleri II, s. 314.

¹³⁶ Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri II, s. 373.

davranışı zarara birlikte sebebiyet vermişse müterafik kusur hükümleri uygulanacaktır.¹³⁷ Bu durumda üçüncü kişinin kusurunda olduğu gibi kendi kusuru oranında idarenin sorumluluğunu azaltacaktır. Eğer kusursuz sorumluluk hali mevcutsa da hakim tazminat miktarını belirlerken bu durumu göz önünde bulunduracaktır.

Danıştay bir kararında;

“dosyanın incelenmesinden; davacıların dava konusu zararlarının meydana gelmesinde yasadışı ... terör örgütünün sözde Adalet Divanı olarak adlandırılan mahkemesine gitmeleri nedeniyle yaşandığı; davacıların yasadışı bu yola her ne şekilde olursa olsun tevessül etmeleri nedeniyle varsa meydana gelen zarara kendilerinin sebep olmaları da göz önünde tutularak hiç kimsenin kendi kusuru ile sebep olduğu bir zararın karşılanmasını hele de incelediğimiz dava konusu olay gibi idarenin sosyal risk ilkesi gereği tazmin ettiği zararlar açısından beklemenin yukarıda belirtilen 5233 Sayılı Kanun’un 8. maddesine aykırı olacağı açıktır. Bu durumda, davacıların kendi kusurlarıyla zarara sebep olmaları nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekmekte...”

demek suretiyle zarara zarar görenin davranışı sebep olduğu için idareyi sorumlu tutmamıştır.¹³⁸

Danıştay başka bir kararında¹³⁹;

“kamuya açık bir alanda mühimmat bulunmasında ve sonrasında meydana gelen patlamada, güvenlik hizmetinin yeterince işlememesi sebebiyle ortaya çıkan hizmet kusurunun neden ve tesirinin bulunduğu, dolayısıyla, davacının zararının hizmet kusuru ilkesine göre tazmini gerektiği açıktır. Öte yandan, anti-tank roketine sert bir cisimle veya mühimmatı sert bir yüzeye vuran ve olay tarihinde on yedi yaşında olan davacılarından ...’ın gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek olayın meydana gelmesinde müterafik kusuru bulunduğu...” ifadelerine yer vererek müterafik kusur varlığında tazminatın kusur oranlarına göre belirlenmesi, idarenin sorumluluğunun bu oranda azalmasına karar vermiştir. JGK’nın davalı olduğu bir başka kararında *“patlayan cismin görüldüğü yerin askeri amaçlı eğitim ve atış alanı olarak kullanılması, köy yaya yolu ve hayvan otlatılabilen bir yerde bulunması, zararın doğmasına neden olan/olabileceği açık olan mühimmatın, in-*

¹³⁷ Şahin, Vücut Bütünlüğü İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı, s. 100.

¹³⁸ Danıştay 15. Dairesinin 18.12.2018 tarihli ve E. 2016/5577 K. 2018/8343 sayılı kararı.

¹³⁹ Danıştay 10. Dairesinin 26.10.2015 tarihli ve E. 2012/3275 K. 2015/4623 sayılı kararı.

sanların sürekli kullanımına açık bir bölgede bulunması, alana girişi engelleyici herhangi bir tel veya çitin bulunmaması, alanın etrafında sadece askeri bölge olduğunu gösteren levhaların olması, olay günü Silvan Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan keşifte de askeriye ait patlamamış mühimmatların tespit edilmesi dikkate alındığında; atış eğitimi sırasında ve sonrasında gerekli güvenlik tedbirlerini almadığı anlaşılan davalı idarenin olayda hizmet kusurunun bulunduğu açıktır. Bununla beraber olay tarihinde 13 yaşında olan davacının patlayan mühimmatın yıkıcı ve tahrip edici özelliğini bilememesi nedeniyle kendisine hiç kusur atfedilmemesinin kabulü mümkün değildir. Yaralanmasında, kendi dikkatsiz ve tedbirsiz davranışı nedeniyle, müterafik kusuru bulunduğu kabulü gerekmektedir”

diyerek benzer şekilde değerlendirme yapmış ve idarenin sorumluluğunu mağdurun kusuru oranında azaltmıştır.¹⁴⁰

Görüldüğü üzere zarar görenin davranışı zararın doğmasına sebebiyet veren asli unsurda illiyet bağı kesildiği için idare sorumlu olmamaktadır. Ancak zarar görenin davranışı yardımcı faktör, bir başka ifadeyle olaya katkı sağlayan bir davranışsa müterafik kusur varlığından dolayı tazminatta kusur oranında indirim yapılmaktadır.

Bu bölümde değinilmesi gereken bir husus da jandarma birliklerinde meydana gelen intihar vakalarıdır.

5510 sayılı Kanun md. 47’ye göre zarar gören personelin vazife malullüğü veya harp malullüğü hükümlerinden yararlanabilmesi için bu zararın;

“keyif verici içki ve her çeşit maddeler kullanmaktan, mevzuat ve emir dışında hareket etmiş olmaktan, yasak fiilleri yapmaktan, intihara teşebbüs-ten, her ne suretle olursa olsun kendisine veya başkalarına menfaat sağlama veya zarar verme amacından” kaynaklanmaması gerekmektedir.

2330 sayılı Kanunun uygulanması maksadıyla çıkarılan Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik md. 19’a göre;

“ölüm, engelli hale gelme ve yaralanmanın görevli kişinin kendi kastı sonucu meydana geldiğinin idarece saptanması halinde”

2330 sayılı Kanun kapsamındaki haklarından yararlanamamaktadır.

¹⁴⁰ Danıştay 10. Dairesinin 11.03.2019 tarihli ve E. 2018/4000 K. 2019/1895 sayılı kararı.

7179 sayılı Kanun md. 47'ye göre de;

“tazminata konu durumun gerçekleştiği tarihte bakaya, firar, hava değişimi/fizin tecavüzünde bulunanlar ile kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile yapmak suçundan hüküm giyenlerin, suça konu eylemleri sonucu ölüm ve sakatlanma nedeniyle ve intihar sonucu meydana gelen ölüm ve sakatlanma olaylarında”

bu haklardan yararlanamamaktadır.

İlgili mevzuatlarda intihar eylemine karışan kişi ve yakınları bu haklardan yararlanamamaktadır. Ancak her ne kadar intihar olayında zarar görenin davranışı olaya sebebiyet vermiş olsa da, açılan tazminat davalarında, idare ajanlarının görev kusuruna dayanan hizmet kusuru kapsamında idarenin sorumluluğuna gidilmektedir.¹⁴¹

B. Rücu ve Salt Kişisel Kusur Hallerinde

Meydana gelmiş ve vücut bütünlüğü ihlal edilmiş bir kaza ve olayda idare ödemiş olduğu tazminat ve nakdi giderleri kusuru oranında ilgili birlik komutanına rücu edebilecektir.

İdareye açılmış bir tam yargı davası sonucunda idare ödemiş olduğu tazminat miktarını kusurlu personele kusuru oranında rücu davası açmak suretiyle telafi edecektir. İdare ödediği tazminatın miktarı ile kusuru olan kamu görevlisinin tespiti için bir inceleme yapması gerekmektedir.¹⁴² Her ne kadar yönetmelik md. 5'e göre “kasıt, ihmal veya tedbirsizlik sonucu gerekli dikkat ve itina ile yapmamaları sebebiyle” rücu yapılabilenekteyse de kasten ve ağır ihmalleri sebebiyle ilgili kamu görevlisine rücu edilmesinde yarar vardır. Rücu edebilmesi için ilgili kamu görevlisinin kusurlu olması gerekmektedir.

Yargıtay¹⁴³ rücu maksatlı açılan bir davada;

“asıl tazminat davasında alınan kusur raporu benimsenerek karar verilmiş olması doğru değildir. Şu halde yapılacak iş, davalının kusurlu olup olmadığına

¹⁴¹ Hasan Kara, B. No: 2015/17126, 27/06/2018; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 11.02.2015 tarihli ve E. 2013/1614 K. 2015/339 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 05.11.2013 tarihli ve E. 2013/8627 K. 2013/16997 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 23.06.2021 tarihli ve E. 2019/782 K. 2021/3578 sayılı kararı.

¹⁴² Evren- Uçar, Kamu Görevlileri Hukuku, s. 222.

¹⁴³ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 06.04.2015 tarihli ve E. 2014/6047 K. 2015/4153 sayılı kararı.

kusurlu ise hangi oranda kusurlu olduğuna yönelik yeniden rapor alınarak oluşacak sonuca göre karar vermektir. Eksik inceleme ile yazılı biçimde karar verilmiş olması doğru değildir. Bu sebeple karar bozmayı gerektirmiştir...”

ifadelerine yer vererek kamu görevlisinin kusur oranının tam tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁴⁴

Benzer bir kararda¹⁴⁵ da;

“kusur, kapsam belirlemede etkin ise de hakkaniyet de onunla birlikte değerlendirilmesi gereken önemli öğelerdendir...”

demek suretiyle TBK'nın hükümleri çerçevesinde hakimın rücu da takdir yetkisine değinmiştir.¹⁴⁶

Rücu davaları adli yargıda TBK'nın “haksız fiil sorumluluğuna” ilişkin hükümlere göre çözülecek olup, yargı kararları da bu yöndedir.¹⁴⁷ İdare ajanına, idarece tespit edilecek kusuru oranındaki rücu aslında bir takdir yetkisi olmayıp bağlı yetkidir.¹⁴⁸ Ancak uygulamada farklı saikler ile kusuru olan kamu görevlisine rücu edilmeme durumları mevcuttur.

Salt kişisel kusurun varlığı halinde de yine haksız fiil sorumluluğu kapsamında dava adli yargıda ilgili birlik komutanına açılabilecektir.

Yargıtay¹⁴⁹;

“uyuşmazlığın Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerektiğinin benimsendiği, bu benimsemeye bağlı olarak görevin adli yargıya ait bulunduğu sonucuna varıldığı ve adli yargı yerlerince verilen görevsizlik kararlarının bu gerekçeyle kaldırıldığı görülmektedir...”

¹⁴⁴ Aynı yönde karar; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14.01.2015 tarihli ve E. 2014/3412 K. 2015/142 sayılı kararı.

¹⁴⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10.06.2019 tarihli ve E. 2019/1282 K. 2019/3250 sayılı kararı.

¹⁴⁶ Aynı yönde kararlar; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 23.09.2020 tarihli ve E. 2020/462 K. 2020/2940 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11.12.2019 tarihli ve E. 2018/5266 K. 2019/5909 sayılı kararı.

¹⁴⁷ Danıştay 5. Dairesinin 08.05.1979 tarihli ve E. 1975/9257 K. 1979/1132 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.04.2012 tarihli ve E. 2012/4-65 K. 2012/284 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 31.05.2006 tarihli ve E. 2006/4-310 K. 2006/330 sayılı kararı.

¹⁴⁸ Mehmet Güneş- Mustafa Gündüz, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2015, C. 4, S. 7, s. 11.

¹⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 31.05.2006 tarihli ve E. 2006/4-310 K. 2006/330 sayılı kararı.

ifadesine yer vererek salt kişisel kusur halinde uyuşmazlığın TBK hükümlerine göre karara bağlanabileceğini vurgulamıştır.

TBK md. 52;

“zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir”, TBK md. 63; *“kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz”*

şeklinde düzenlenmiştir. Hem rücu davalarında hem de salt kişisel kusur halinde açılacak davalarda TBK md. 52 ve md. 63 hükümleri sorumluluğu kaldırان veya azaltan haller olarak uygulanabilecektir.

Vücut dokunulmazlığının ihlalini doğuran bir kaza veya olayda birlik komutanı, kendisine yöneltilmiş bir hukuk davasında, “zarara zarar görenin kusurunun sebebiyet verdiğini, kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiilin varlığını, daha üstün bir özel veya kamusal yararın olduğunu, meşru savunma halini ve mücbir sebep” hallerini göstererek sorumluluğunu azaltma veya kaldırma yoluna gidebilecektir. Ancak belirtmekte yarar var ilgili hükümde her ne kadar “zarar görenin rızası” hukuka aykırılığı kaldırır dese de vücut dokunulmazlığını ihlal hallerinde bu hüküm uygulanamayacaktır.¹⁵⁰

TBK md. 52’ye göre zarar gören “zarar doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise” hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Yargıtay rücu maksatlı kamu görevlisine açılan bir davada TBK md. 52 kapsamında hakkaniyet indirimi yapılmaması sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.¹⁵¹

¹⁵⁰ Huriye Karataş, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 72.

¹⁵¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22.03.2018 tarihli ve E. 2017/3889 K. 2018/2175 sayılı kararı.

Benzer bir kararında;

“askerlik hizmeti sırasında elektrik çarpması sonucu vefat eden jandarma er ...’ın yakınlarına davacı idarece tazminat ödenmiştir. Davalıların kusurundan kaynaklanan bu ödeme sebebiyle davacının davalıların kusuru oranında rücu hakkı var ise de, davalılardan ...’nın zırhlı araç unsur komutanı olduğu, asli görevi olmadan sözlü emir ile araç yıkama makinesinin düzenli kullanılmasının sağlanmasıyla sorumlu tutulduğu nazara alındığında, hakkaniyet ilkeleri de gözetilerek BK 43-44 (TBK 51-52) maddeleri gereği hesaplanan tazminattan uygun miktarda indirim yapılması gerekirken bu durumun göz ardı edilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir”

demek suretiyle TBK md. 52’yi uygulamayan ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır.¹⁵²

Belirtmek gerekir ki TBK md. 63 kapsamında “hukuki sorumluluğu azaltan veya kaldıran hallerin” vücut dokunulmazlığını ihlal hallerinde uygulama alanı oldukça kısıtlıdır.

SONUÇ

Birlik komutanları, tüm görevleri mevzuata uygun, zamanında ve eksiksiz yapmak ve yaptırmak, tüm görevlerde disiplini tesis ve idame etmek, maiyetini yetiştirmek, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmek, maiyetinin sağlık, özlük ve sosyal haklarını sürekli gözetmek, moral ve motivasyonunu yüksek tutmak, astlarına, doğruluğa sevk edici öğütler vermek ve onları muhtemel tehlikelerden uzak tutmaya yönelik tedbirler almak ile mükelleftir. (Jandarma ve Sahil Güvenlik Personelinin Hizmet Esasları Hakkında Yönetmelik md. 9) Bu hususlar ile emniyet ve kaza önleme ile ilgili tedbirlerin alınması bir komutanlık sorumluluğu olup, her seviyedeki amir, kaza ve olayları engellemek maksadıyla, tedbir almaktan, eksiksiz uygulamaktan ve etkili bir kontrolle devamlılığını sağlamaktan sorumludur. Öngörü ve ilginin olduğu yerde, kaza ve olay olmayacağı bilinmelidir.

İş yerlerinde olan ölüm ve yaralanma olaylarında nasıl işverenin bazı şartlar altında hukuki sorumluluğu varsa, jandarma teşkilatındaki birlik komutanlarının da görevini icra ederken kanun, yönetmelik, yönergeler ile aynı işveren

¹⁵² Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 22.01.2018 tarihli ve E. 2016/4930 K. 2018/285 sayılı kararı.

gibi astlarını gözetme, emniyet ve kaza önleme tedbirlerini gözden geçirme ve alma sorumluluğu mevcuttur.

Jandarma birliklerinde meydana gelen kaza ve olayların kaynağı alınacak önlemler açısından “2803 sayılı Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ve Yönetmeliği, Emniyet ve Kaza Önleme Yönergesi, Risk Yönetim Kılavuzu, Birlik Eğitim Yönergesi vd.”, kaza sonucu tazmin edilecek zarar açısından ise “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu, 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 2453 sayılı Yurt Dışında Görevli Personele Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 2566 sayılı Bazı Kamu Görevlilerine Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, 3497 sayılı Kara Sınırlarının Korunması ve Güvenliği Hakkında Kanun, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 4536 sayılı Denizlerde ve Yurt Yüzeyinde Görülen Patlayıcı Madde ve Şüpheli Cisimlere Uygulanacak Esaslara İlişkin Kanun, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve 7179 Sayılı Asker Alma Kanunu” ile bu mevzuat dışında kalanlar açısından Türk Borçlar Kanunu hükümleridir. Meydana gelen kazalar sonucu yukarıda belirtilen kanunlar kapsamındaki sosyal haklardan yararlanamayan veya yararlanmış olunan haklar zararını, yeterli seviyede tazmin etmemesi durumunda zarar gören, zararının tazmini için dava açabilecektir.

İdare 2330 sayılı Kanun kapsamında ödemiş olduğu nakdi tazminatı ve aleyhine tam yargı davası açıldığında ödemiş olduğu tazminatları kusuru oranında ilgili birlik komutanına rücu edecektir. İdare ajanına, idarece tespit edilecek kusuru oranındaki rücu aslında bir takdir yetkisi olmayıp bağlı yetkidir. Ancak uygulamada farklı saikler ile kusuru olan kamu görevlisine rücu edilmeme durumları oldukça fazladır. Birlik komutanının salt kişisel kusuru olması halinde de zarar gören zararını tazmin edebilmek için doğrudan birlik komutanına dava açabilecektir. Bu iki dava türü de bir başka ifadeyle idare tarafından açılacak rücu davaları ile birlik komutanına doğrudan açılacak tazminat davaları adli yargıda TBK hükümleri çerçevesinde göre karara bağlanacaktır. Görüldüğü üzere birlik komutanının kusuru ister görev kusuru isterse salt kişisel kusur kapsamında değerlendirilsin bağlanan hukuki sonuç değişmeyecektir. İlk etapta görev kusuru sayılan hallerde Anayasa md. 129 kapsamında idare üçüncü kişileri mağdur etmemek için ödeme gücü zayıf olan kamu görevlisini muhatap etmiyor olsa da idare yapmış olduğu masrafları daha önce ifade edildiği üzere rücu edecektir. Bu sebeple de birlik komutanının hukuki sorumluluğunun niteliği

“haksız fiil” esasına dayanan kusur sorumluluğudur. Her ne kadar birlik komutanı idarenin bir ajanı olsa da idarenin kusursuz sorumlu olduğu halleri sarfınazar edersek; birlik komutanının hukuki sorumluluğunun şartları ile hukuki sorumluluğunu azaltan veya kaldıran haller özel hukuk kurallarına göre belirlenmekte ve adli yargıda tazmin edilmektedir.

Doktrinde ve yargı kararlarında görev kusuru, kişisel kusur ve salt kişisel kusur ayrımı tam olarak yapılamamaktadır. DMK md. 13 ve Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Personel Yönetmeliği md. 24’ün uygulanmasında birbirleriyle çelişen fikir ve yargı kararları olduğundan kanun koyucunun düzenleme yapmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKDENİZ, Ayşe Ledün, “İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXII, S. 2, 2014, ss. 3-30.
- AKYILMAZ, Bahtiyar- SEZGİNER, Murat- KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- ALP, Nihat Seyhun, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.
- ALPER, Yusuf, *Türk Sosyal Güvenlik Sistemi ve Sosyal Sigortalar Hukuku*, Bursa, Dora Yayınları, 2018.
- ALTUNDAŞ, Olgun, “Fransız Jandarma Teşkilatı ve Türk Jandarma Teşkilatının Gelişimine Amil Olan Etkenler”, *Türk Jandarmasında Reform Süreci: Yüzbaşı Sarrou'nun Hatıratını Anlamak*, Ed.: Tekin Avaner, Turgut Atasoy, Ankara, Gazi Kitabevi, 2021, ss. 1-40.
- ARICI, Kadir, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2015.
- ARTANTAŞ, Çağdaş, “Türk Hukukunda Kamu Personelinin Hukuki Sorumluluğu”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2017, ss. 365-396.
- ATAY, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.
- AVANER, Tekin - ÖVGÜN, Barış, *Genel Olarak İç Güvenlik Yönetimi*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019.
- AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.
- AYDOS, Oğuz Sadık, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- BİLGİÇ, Alper, *Düzenli Karmaşa: İç Güvenlik Yapılanmasında Çoklu Kolluk Sistemi*, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019.
- CEYLAN, Mahmut, *İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- ÇİLİNGİR, Gülcan Azimli, “İdarenin Sorumluluğu İlkesi Kapsamında Afetlerin Değerlendirilmesi”, *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 8, 2019, ss. 167-193.
- DENİZ, Buket, “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 153, 2021, ss. 188-234.
- DÖNMEZ, Mert, “İdarenin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kamu Görevlisine Rücu”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2019.
- DURAN, Lütfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, Ankara, TODAİE, 1974.

- DURKAL, Müzeyyen Eroğlu, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2019, ss. 159-189.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- EREN, Fikret, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- EROL, Özlem, “İdari Yargı Kararları Işığında İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Sosyal Risk İlkesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2013.
- EVREN, Çınar Can - UÇAR, İsmail, **Kamu Görevlileri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.
- EVREN, Çınar Can, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 1, 2010, ss. 263-297.
- GİRİTLİ, İsmet vd., **İdare Hukuku**, İstanbul, Der Kitabevi, 2011.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013.
- GÜNDÜZ, Fatma Ebru, “Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğunda Görevli Yargı Yeri Meselesi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 32, 2015, ss. 97-119.
- GÜNEŞ, Mehmet - GÜNDÜZ, Mustafa, “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, **Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 4, S. 7, 2015, ss. 7-19.
- İŞIKLAR, Celal, “Danıştay Kararlarında İdarenin Kusursuz Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Haller”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 4, S. 1, 2019, ss. 115-158.
- İNÇİROĞLU, Lütfi, **Kamu İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınları, 2017.
- KALABALIK, Halil, **İdare Hukuku Dersleri II**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- KARADAĞ, Turabi, “Askeri Birliklerde İş Sağlığı Güvenliğinin Verimliliğe Etkisi ve Çözüm Önerileri”, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İstanbul, 2021.
- KARADAĞ, Turabi- DAYIOĞLU Habip, “Askeri Birliklerde Soğuk Kış Şartlarında Görev Yapan Personelin İş Sağlığı Güvenliği ile İlgili Alınacak Önlemleri ve Çözüm Önerileri”. **Afet ve Risk Dergisi**, C. 4, S. 1, 2021, ss. 99-106.
- KARATAŞ, Huriye, **İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.

- KOÇAK, Nazım Taha, **Tam Yargı Davaları**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.
- OĞUZ, Habip, "Sorumluluk Hukukunda Kusur", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 7, S. 28, 2016, ss. 273-286.
- ÖNAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966.
- ÖZDEMİR, Necdet, **Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu**, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, 1963.
- ÖZGÜR, Erdem, **Devlet ve Jandarma Güvenlik ve Kolluk Perspektifinde Jandarma Personel Sistemi**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2019.
- ÖZMEN, Uğur, "Emniyet ve Kaza Önleme Kültürü", **Jandarma Dergisi**, S. 156, 2020, ss. 20-24.
- PETEK, Hasan, "Kamu Tüzel Kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Hukuki Sorumluluğu", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, 2015, ss. 3287-3342.
- SAĞLAM, Harun, "Türk Hukukunda Kamu Görevlisinin Kişisel Kusurlarından Kaynaklanan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu ve Kamu Görevlilerine Rücu Edilmesi". (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2010.
- SARICA, Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 15, S. 4, 2011, ss. 858-895.
- SARSIKOĞLU, Şenel, "İdarenin Mali Sorumluluğu Açısından Zarar Kavramı". **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, ss. 2389-2422.
- SÖYLER, Yasin, "Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2010, ss. 555-592.
- SÜMER, Haluk Hadi, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- ŞAHİN, Mehmet Yaşar, **Vücut Bütünlüğü İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesasabı**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.
- ŞAŞMAZ, Aysema Pelin, "İdarenin Sorumluluğu ve Danıştay Kararlarındaki Görünümüne Genel Bakış", **Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi**, C. 2, S. 2, 2016, ss. 211-235.
- TANDOĞAN, Haluk, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1981.
- TEKİNSOY, M. Ayhan, "Anayasa Mahkemesinin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 2013, ss. 19-55.
- USLU, Serkan, "İdarenin Kusursuz Sorumluluk Hallerinden Biri Olan Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Hukuki Niteliği", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2019.

- ÜNLÜTEPE, Mustafa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- YAMAN, Murat, **İdari Yargı Dava Rehberi**, Ankara, Adalet Yayınları, 2019.
- YAMAN, Rabiye, “Vazife Malullüğü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 96, 2014, ss. 101-113.
- YAŞAR, Hasan Nuri, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 66, S. 1, 2008, ss. 201-220.
- YAVUZ, Canan, “Yargı Kararlarında İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2019.
- YAVUZ, Cevdet, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri”, **MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 14, S. 4, 2008, ss. 29-61.
- YENER, Mehmet Zahid - KARAKOÇ Burak, “5434 ve 5510 sayılı Kanun Hükümlerine Göre Kamu Görevlilerinin Maluliyet Türleri”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 2, 2021, ss. 458-500.
- YEREBASMAZ, Yasin, “Yargı Kararları Işığında Hizmet Kusuru Kişisel Kusur Ayrımı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2012.
- YILDIRIM, Ramazan- ÇINARLI, Serkan, **Türk İdare Hukuku Dersleri II**, Ankara, Astana Yayınları, 2019.
- YILDIZ, Hayrettin, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Bağı Meselesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 116, ss. 135-178.

Elektronik Kaynaklar

- <https://karararama.danistay.gov.tr/>.
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>.
- <https://www.kazanci.com.tr/>.
- <https://www.lexpera.com.tr/>.

SAĞLIKÇILARA YÖNELİK ULUSLARARASI HUKUK EĞİTİMİNİN GEREKLİLİĞİ: UKRAYNA-RUSYA SAVAŞI ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME(*)

Dr. Öğr. Üyesi Sezai ÇAĞLAYAN(**)

Öz

Uluslararası krizlerin uluslararası toplumun sağlığını olumsuz etkilemesi, sağlıkla ilgili kural, kurum ve süreçleri düzenleyen uluslararası hukuku *ipso facto* tartışmanın bir parçası haline getirmiştir. Sağlık ile uluslararası hukuk arasındaki bu ilişkinin sağlık profesyonellerince bilinmesi de haliyle bir ihtiyaca dönüşmüştür. Bu ihtiyacın giderilmesi sağlıkçılara yönelik uluslararası hukuk eğitimleriyle mümkün olur. Bu konudaki ilk girişimler 1980'lerde başlatılmış, takip eden yıllarda bu alandaki yaklaşımlar şekillenmiştir. Batılı bazı üniversiteler lisans müfredatlarını düzenlemek suretiyle sağlıkçıların uluslararası hukuk eğitimi almalarını sağlamıştır. Bazı kurumlar da bu doğrultuda kurslar düzenlemektedir. Bu çalışmada, Ukrayna-Rusya savaşı sürecinde faaliyet gösteren sağlıkçıların uluslararası hukuk yeterlilikleri ele alınmıştır. Ukrayna'da faaliyet gösteren uluslararası sivil toplum kuruluşları ile Ukrayna sağlık sisteminin çalışanları bahse konu sağlık profesyonellerini oluşturmaktadır. Sivil toplum kuruluşlarında çalışan sağlıkçıların, misyonları gereği, uluslararası hukuka vakıf oldukları bir gerçektir. Ukraynalı sağlıkçıların uluslararası hukuka yönelik eğitimlerinde ise sistematik bir eksiklik vardır. Savaşın başlamasından sonra planlanan *ad hoc* eğitimler, bu eksikliğin giderilmesine bir nebze katkı sağlamıştır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk, Uluslararası İnsancıl Hukuk, Uluslararası Hukuk Eğitimi, Sağlık, Ukrayna-Rusya Savaşı.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 01.01.2023.

Atıf Şekli: Sezai Çağlayan, "Sağlıkçılara Yönelik Uluslararası Hukuk Eğitiminin Gerekliliği: Ukrayna-Rusya Savaşı Üzerinden Bir Değerlendirme", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 391-415.

DOI: 10.52273/sduhfd..1214503.

(**) Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Samsun, Türkiye.

E-posta: sezai.caglayan@omu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8101-4660>.



THE NECESSITY OF INTERNATIONAL LAW EDUCATION FOR HEALTHCARE PROFESSIONALS: AN ASSESSMENT ON THE UKRAINE-RUSSIA WAR

Abstract

The negative impact of international crises on the health of the international community has made international law, which includes rules, institutions and processes related to health, *ipso facto* a part of the discussion. It has become a necessity for health professionals to know this mutual relationship between health and international law. This can be possible through training. The initial attempts to provide international law education to healthcare professionals date back to the 1980s, and the development of approaches in this field has become possible in the following years. Some western universities enabled healthcare professionals to receive such training by arranging their tertiary curriculums. Some institutions also offer courses in this direction. This article discusses the competencies of healthcare professionals, who are trying to solve the health crisis caused by the Ukraine-Russia war, regarding international law. In this context, healthcare professionals of the international non-governmental organisations operating in Ukraine and the Ukrainian health system constitute the aforementioned healthcare professionals. It is a fact that those working on behalf of non-governmental organisations are familiar with international law due to their mission. On the other hand, there is a systematic deficiency in the training of Ukrainian healthcare professionals on international law. The *ad hoc* training planned after the start of the war contributes to a certain extent to the elimination of this deficiency.

Keywords

International Law, International Humanitarian Law, International Law Education, Health, Ukraine-Russia War.

GİRİŞ

21. Yüzyılın ilk çeyreğinin sonuna doğru küresel çatışma durumlarının endişe verici bir şekilde arttığı görülmektedir.¹ Çatışmalarda meydana gelen bu artış, uluslararası hukuk kurallarına uymanın gerekliliğini hatırlatmaktadır. Nitekim her bir tikel uluslararası hukuk normu uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına hizmet eder. Bu denli hayati kuralların uygulanması ise bu konuda bilgi sahibi olunmasına bağlıdır. Özellikle, çatışma ortamlarındaki aktörlerin uluslararası hukuk kurallarını bilmesi ve bu kurallara riayet etmesi gerekir. Bu aktörlerden biri de hiç şüphesiz sağlıkçılardır. Çatışmalardaki sivil ve askeri unsurlara sağlık hizmeti veren sağlıkçılar, çatışmalarda geçerli olan insancıl hukuk kurallarının en azından kendileri ile ilgili olanlarını bilmelidirler. Sağlıkçıların bu yönde bilgi sahibi olmaları, başta kendileri olmak üzere, sağlık hizmetlerinin ve bu hizmete ihtiyacı olanların güvenliğini sağlamaya yardımcı olacaktır. Lakin bu alandaki girişimler çok yeni olmakla birlikte hali hazırda uluslararası hukuk eğitimi alan sağlıkçı sayısı da oldukça azdır.

Bu çalışmanın amacı, sağlıkçılara yönelik uluslararası hukuk eğitiminin önemini Ukrayna-Rusya savaşı özelinde incelemektir. Çatışma bölgesindeki sağlıkçıların gerekli uluslararası hukuk bilgisine sahip olup olmadıkları ve bu doğrultuda amaca özgü uluslararası hukuk eğitimlerinin verilip verilmediği çalışma boyunca sorgulanmıştır. Öyle görünüyor ki çatışma bölgesinde faaliyet gösteren Ukrayna ulusal sağlık çalışanlarına yönelik gerekli uluslararası hukuk eğitimi noktasında eksiklikler bulunmaktadır. Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, uluslararası hukuk-sağlık ilişkisi, sağlıkçıların uluslararası krizlerdeki rolleri ve sağlıkçılara yönelik ilgili eğitimlerin verilme durumları değerlendirilmiştir. İkinci bölümde, Ukrayna-Rusya savaşı özelinde sağlıkçıların rolü ve sağlıkçılara yönelik amaca özgü uluslararası hukuk eğitimlerinin mahiyeti incelenmiştir.

I. ULUSLARARASI HUKUK VE SAĞLIK İLİŞKİSİ

Uluslararası hukuk, uluslararası toplumun düzenini sağlama adına varolan bir hukuk sistemidir. Uluslararası toplumda meydana gelen değişimler de tabiiyle uluslararası hukuk sistemini etkilemekte ve şekillendirmektedir. Klasik dönemde sadece devletlerarası ilişkilere odaklanan uluslararası hukukun, dev-

¹ Council on Foreign Relations, "Global Conflict Tracker", <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker>, (13.11.2022).

letdiği aktörlerin önem kazanması ile gelişmesi bu gerçeğin bir sonucudur.² Buna bağlı olarak yeni aktörler ortaya çıkmış, yeni tematik konular da uluslararası hukuk sistemini etkiler hale gelmiştir.

Sağlık, uluslararası hukukun radarına giren tematik konuların başında gelir. Uluslararası toplumu etkileyebilecek düzeyde sağlık krizlerinin ortaya çıkması, bu krizlere karşı kolektif çabanın gelişmesine imkan tanımıştır. BM bünyesinde faaliyet gösteren uzmanlık kuruluğu olan Dünya Sağlık Örgütü'nün (World Health Organisation-WHO) Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nü (International Health Regulation-IHR) hazırlaması bu serüvenin en somut gelişmesidir.³ Özellikle, uluslararası nitelikteki bulaşıcı hastalıklara odaklanan IHR, Sars-Cov pandemisinin de etkisiyle 2005 yılında güncellenerek son şeklini almıştır. IHR'de yer alan Uluslararası Halk Sağlığı Acil Durumu (Public Health Emergency of International Concern-PHEIC),⁴ salgın hastalıkların pandemi ilan edilmesi noktasında önemli bir ölçüt olarak belirlenmiştir. Son örnekleri Covid-19 ve Smallpox'ta görüldüğü üzere, WHO tarafından kurulan IHR Acil Komiteleri,⁵ her bir pandemi özelinde faaliyet göstermekte, uluslararası hukuk sisteminin sağlık krizlerini bertaraf etmesi için kullanılmaktadır.

Uluslararası hukuk ve sağlık ilişkisi yalnız pandemi niteliğindeki sağlık krizleri ile sınırlı değildir. Birleşmiş Milletler'in (BM) temel amacı olan "uluslararası barış ve güvenliği" tehdit eden konvansiyonel ve konvansiyonel olmayan tehdit durumlarının uluslararası kamu sağlığını tehdit etmesi,⁶ BM'yi sağlık konusunun muhatabı haline getirmiştir. Başka bir ifadeyle, uluslararası hukuk-sağlık ilişkisi yalnızca WHO'yu ilgilendirmekten çıkmış, tüm BM sistemi bu bağlamda sorumluluk sahibi olmuştur. Özellikle, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından sorumlu özel yetkili BM organı olan Güvenlik Konseyi, sağlık konusunda ayrı bir konuma sahip olmuştur.⁷

² Malcolm N Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, s. 36-56.

³ WHO, "International Health Regulations", <https://www.who.int/publications/i/item/9789241580496>, (09.11.2022).

⁴ WHO, "International Health Regulations", <https://www.who.int/publications/i/item/9789241580410>, (15.11.2022).

⁵ WHO, "IHR Emergency Committees", <https://www.who.int/teams/ihr/ihr-emergency-committees>, (10.11.2022).

⁶ Detaylı tartışma için bkz. Hikaru Yamashita, "Reading "Threats to International Peace and Security", 1946-2005", *Diplomacy & Statecraft*, 2007, C. 18, S. 3, s. 553-567.

⁷ Güvenlik Konseyi'nin sağlık krizlerine ilişkin tüm kararları için bkz. UNSC, <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/health-crisis/>, (10.11.2022).

Devletlerarasında vuku bulan uluslararası silahlı çatışmalarla (bkz. savaşlar) devlet dışı aktörlerin taraf olduğu uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar (bkz. iç savaşlar) kamu sağlığına doğrudan zarar vermektedir. Çatışmaların sona erdirilmesi ve barışın tesisi için BM Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilen barış misyonları, askeri tasarruflara ilave olarak çatışma bölgesindeki sağlık alt yapısının geliştirilmesine de katkı sağlamaktadır.⁸ Öyle ki, barış misyonları, görevleri esnasında meydana gelen yeni kriz durumlarında sağlık hizmetinin verilmesini ve sağlık alt yapısının geliştirilmesini de sağlar. BM Güvenlik Konseyi'nin 1542 sayılı Rezolüsyonuna⁹ dayanarak Haiti'deki geçiş hükümetinin desteklenmesi için 2004'te kurulan MINUSTAH (United Nations Stabilisation Mission in Haiti) barış gücünün,¹⁰ 2010 yılında meydana gelen ve 220 bin kişinin ölümüyle sonuçlanan depremin yarattığı sağlık krizlerini çözebilme adına gerçekleştirdiği tasarruflar, sağlık ve uluslararası hukuk ilişkisinin önemini hatırlatır.¹¹ Konsey tasarruflarına konu örnekler MINUSTAH ile sınırlı değildir. Konsey yetkilendirilmesi ile kurulan çoğu misyon, kamu sağlığına ilişkin faaliyetler gerçekleştirmektedir.¹² Bu ilişkinin geliştirilmesinde ise, aşağıda ele alınacağı üzere, sağlıkçıların önemli bir rolü vardır.

A. Uluslararası Krizlere Müdahalede Sağlıkçıların Rolü, Önemi ve Eksiklikleri

Uluslararası nitelikteki krizlerin bir şekilde kamu sağlığına etki ettiği açıktır. Bu krizlerin başlangıç noktası, uluslararası toplumun son üç yıldır tecrübe ettiği Covid-19 benzeri bir sağlık sorunu olabilmektedir.¹³ Diğer taraftan, belirli bir coğrafyada görülen savaşlar, iç savaşlar, depremler, tsunami ve diğer doğal afetler uluslararası bir krize dönüşebilir ve neticesinde sağlık sorunlarına yol açabilir. Hülasa, herhangi bir gerekçeyle uluslararasılaşan bir kriz herhangi bir aşamada sağlık sorunu haline gelebilir. Bu da kaçınılmaz olarak sağlık krizini bertaraf edebilecek bilgi ve tecrübeye sahip sağlık profesyonellerinin sürece dahilini gerekli kılar.

⁸ UN, "What We Do", <https://peacekeeping.un.org/en/what-we-do>, (10.11.2022).

⁹ UNSC, "Resolution 1542", <https://digitallibrary.un.org/record/520532>, (05.11.2022).

¹⁰ UN, "MINUSTAH", <https://peacekeeping.un.org/en/mission/minustah>, (10.11.2022).

¹¹ UN, "MINUSTAH", <https://peacekeeping.un.org/en/mission/minustah>, (10.11.2022).

¹² Sara E Davies - Simon Rushton, "Healing or Harming? United Nations Peacekeeping and Health", <https://www.ipinst.org/2015/03/healing-or-harming-united-nations-peacekeeping-and-health>, (13.11.2022).

¹³ Kasım 2019'da ortaya çıkan COVID-19 dünya genelinde toplamda 630 milyondan fazla vaka ve 7 milyona yakın can kaybına neden olmuştur. Detaylar için bkz. WHO, "WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard", <https://covid19.who.int>, (10.11.2022).

Uluslararası toplum, uluslararası bir sağlık krizine müdahale adına oluşturulmuş bir sağlık sistemine ve dolayısıyla da sağlık profesyonellerine sahip değildir. Uluslararası toplumun bileşenlerini yöneten ve yönlendiren merkezi bir uluslararası hukuk sisteminin olmaması bu durumun sebeplerinden biridir. Lakin bu eksikliklere rağmen, BM bünyesinde faaliyet gösteren uzmanlık kuruluşu olarak WHO, uluslararası sağlık krizleri ile mücadelede önemli bir aktördür. Dünya genelinde 8 bini aşkın bir ekiple uluslararası krizlere müdahale eden WHO, 194 üye ülkedeki ofisleri vasıtasıyla dünyanın herhangi bir yerinde vuku bulan krizlere müdahale etmeye çalışmaktadır.¹⁴ WHO'nun kurmuş olduğu bu küresel ağ sağlık krizleri ile mücadele adına olumlu bir gelişme olmakla birlikte, Örgüt'ün sağlıkla ilgili her bir konuya dair ayrı ekipler oluşturulması, mevcut eforun bölünmesine neden olmaktadır. WHO'nun yetersiz kaldığı noktalarda sivil toplum örgütleri de sağlık krizlerine karşı faaliyet göstermektedir. 1971'de Paris'te kurulan ve yaklaşık 63 bin gönüllüsü bulunan Sınır Tanımayan Doktorlar (Doctors Without Borders/Médecins Sans Frontières-MSF) söz konusu sivil toplum örgütlerinin en önemlilerindedir.¹⁵ WHO'nun çalışma prensibine benzer şekilde hareket eden MSF, çatışma, salgın hastalık, doğal afet durumlarında vuku bulan sağlık krizlerinin yanı sıra gelişmemiş ülkelerdeki rutin tıbbi tedariğin sağlanması ve tedavilerin gerçekleştirilmesi için de çalışmaktadır.¹⁶ WHO ve MSF dışında uluslararası sağlık krizlerine ilişkin faaliyet gösteren başkaca aktörler mevcut olmakla birlikte, rakamlar ne yazık ki tatmin edicilikten uzaktır.

Sağlık profesyonelleri sağlık yönü bulunan her türlü krizde etkin bir şekilde rol alırlar. Sağlıkçıların sahip olduğu bu potansiyelin farkına varılması bu alanda yeni girişimlerin başlatılmasını sağlamıştır. Pan Amerikan Sağlık Örgütü'nün (Pan American Health Organization-PAHO) 1980'lerde sağlığı barış köprüsü olarak tanımladığı "Health as a Bridge for Peace-HBP" konsepti,¹⁷ konuya dair ilk örnek olarak kabul edilebilir. Bu konsept, sağlıkçıların mobilitesinin yüksek olmasının, çatışma bölgelerinde bir barış koridoru oluşturulabilmesi için önemli olduğunu savunur.¹⁸ Bu sayede çarpışan tarafların bir araya getirilebilmesinin

¹⁴ WHO, "Who We Are", <https://www.who.int/about/who-we-are>, (10.11.2022).

¹⁵ MSF, "Who We Are", <https://www.doctorswithoutborders.org/who-we-are>, (10.11.2022).

¹⁶ MSF, "What We Do", <https://www.doctorswithoutborders.org/what-we-do>, (10.11.2022).

¹⁷ Ahmed Al Mandhari, Abdul Ghaffar - Carissa F Etienne, "Health is a Bridge for Peace: Let Us Make Use of It", *BMJ Global Health*, 2022, C. 7, S. 8, s. 1.

¹⁸ Natalie J Grove - Anthony B Zwi, "Beyond the Log Frame: A New Tool for Examining Health and Peacebuilding Initiatives", *Development in Practice*, 2008, C. 18, S. 1, s. 69.

daha kolay olabileceği düşünülmüştür. Konsept, 1980'lerden itibaren dünyanın farklı bölgelerindeki bölgesel örgütlerce çatışmaların şiddetinin azaltılması için kullanılmıştır. PAHO, bu konsepti Latin Amerika'daki gerillalar ile hükümetler arasındaki gerilimi azaltmak için ilk defa olarak kullanmıştır.¹⁹ Bu doğrultuda, 1985'te Meksika'da başlatılan çocuk felci aşılama kampanyası etkili sonuçlar vermiştir.²⁰ PAHO'nun geliştirdiği ve kullandığı bu konsept, WHO tarafından 1997'de resmi olarak benimsenmiştir.²¹ Böylece sağlıkçılar, çatışma toplumlarında gerçekleştirdikleri faaliyetler sayesinde, çatışmaların çözümü noktasında önemli aktörler olarak kabul edilmeye başlamıştır.

Sağlıkçıların kriz dönemlerindeki önemlerinin artması, HBP konseptinin konjonktürel gelişmelere bağlı olarak güncellenmesini sağlamıştır. WHO'nun konuya dair en güncel girişimi olan Barış İçin Küresel Sağlık Girişimi (Global Health for Peace Initiative-GHPI) kapsamında gerçekleşen sağlık müdahaleleri, sağlıkçıların barışı sağlama aktörleri olarak kabul edildiği önemli bir inisiyatifdir.²² 2016'da Sri Lanka'daki barış inşa süreçlerinde WHO tarafından kadınlara, çocuklara ve çatışma kaynaklı engeli olan kimselere psikolojik destek verilmesi GHPI'nin uygulama örneklerindedir.²³ Benzer bir çalışma, entegrasyon sürecindeki Kolombiya'da eski Kolombiya Devrimci Silahlı Güçleri (FARC) üyesi gençlerin tıp eğitimi verilerek göreve başlatılması, toplumsal barışın sağlıkçılar vasıtasıyla sağlanmaya çalışılmasının başka bir örneğidir.²⁴ Son olarak, devrim sonrasında toplum içindeki güvenin sağlanmaya çalışıldığı Tunus'ta yeni bir ulusal sağlık sistemi kurulmak suretiyle sağlıkçılar üzerinden barışın sağlanmaya çalışıldığına şahit olunmuştur.²⁵

Uluslararası sağlık krizlerine müdahalede sağlıkçılar tarafından başlatılan inisiyatifler hayati öneme sahip olmakla birlikte bu inisiyatiflerin gerçekleştirilmesi noktasında bazı eksiklikler bulunmaktadır. Uluslararası toplumun doğasına dair var olan ve yukarıda ifade edilen sebepler nedeniyle her yeni krizin *ad*

¹⁹ Ciro A de Quadros - Daniel Epstein, "Health as a Bridge for Peace: PAHO's Experience", *The Lancet*, 2002, C. 360, s. 25.

²⁰ Quadros-Epstein, "Health as a Bridge for Peace: PAHO's Experience", s. 25.

²¹ Mandhari vd., "Health is a Bridge for Peace: Let Us Make Use of It", s. 1.

²² WHO, "Global Health for Peace Initiative", <https://www.who.int/initiatives/who-health-and-peace-initiative> (10.11.2022).

²³ WHO, "Global Health for Peace Initiative".

²⁴ WHO, "Global Health for Peace Initiative".

²⁵ WHO, "Global Health for Peace Initiative".

hoc yöntemlerle çözülmeye çalışılması, bu alandaki mevcut aktörlerin işini zorlaştırmaktadır. Kronikleşen bu soruna ilave olarak, sağlık krizlerinin yaşandığı bölgelerin büyük oranda çatışma bölgeleri olması, bölgeye intikal eden sağlıkçıların karşısına yeni sorunlar çıkarmaktadır. Bunların ilki mevcut çatışma ortamında sağlık hizmetinin verilebilmesi için gerekli sağlık alt yapısının yetersiz olması veya zarar görmesidir. Alt yapı eksikliği sınırlı sayıda insana ulaşılabilmesine neden olur. Sağlık alt yapısının kurulması veya iyileştirilmesi sağlıkçıların tek başlarına kotarabileceği bir husus değildir. İdari, askeri, ekonomik ve teknik desteğin bu noktada varlığı elzemdir. İkincisi, sağlıkçıların çatışma ve kriz ortamlarında nasıl davranmaları gerektiğine dair yeterli bilgi ve eğitime sahip olmamalarıdır. Bu sorun, bir öncekine kıyasla görece daha kolay bir şekilde çözüme kavuşturulabilecek niteliktedir. Bunun nasıl olacağı ise takip eden başlık altında ele alınacaktır.

B. Eksikliğin Giderilmesine Yönelik Çabalar: Sağlıkçılara Yönelik Amaca Özgü Uluslararası Hukuk Eğitimi

Sağlık profesyonelleri, yukarıda ifade edildiği üzere, sağlık yönü bulunan her türlü krizde etkin bir şekilde rol alırlar. Lakin çatışma bölgesindeki duruma vakıf olmamaları,²⁶ sağlıkçıların sağlık hizmeti vermelerine engel teşkil eder. Öyle ki çatışma ortamına dair bilgi yetersizliği sağlıkçıların zarar görmesi ile sonuçlanabilmektedir. Bunun önüne geçilebilmesi ise sağlıkçıların çatışma ortamlarına duyarlı şekilde eğitilmeleri ile mümkün olur.

Çatışma bölgesindeki sağlıkçıların eğitilmesine dair ilk girişimler 1980'li yıllarda ortaya çıkmıştır. PAHO tarafından başlatılan ve WHO'ca desteklenen HBP politikası bu konudaki ilham kaynağıdır.²⁷ Buna müteakip, Kanada'daki McMaster Üniversitesinden araştırmacılar bu politikaları baz alarak Sağlık Vasıtasıyla Barış (Peace through Health-PtH) adında teorik bir çerçeveyi 1990'larda geliştirmiş ve uygulamaya geçirmişlerdir.²⁸ Araştırmacılar, kriz dönemlerinin önemli aktörleri olarak Uluslararası Kızılhaç Örgütü ve daha pek çok insani yardım kuruluşunun bu alandaki çalışmalarını özellikle Afganistan ve Irak savaşı özelinde inceleyerek, the Lancet Dergisi ile birlikte sağlıkçıların çatışma durumlarına dair

²⁶ Grove - Zwi, "Beyond the Log Frame: A New Tool for Examining Health and Peacebuilding Initiatives", s. 68.

²⁷ Bkz. Mandhari vd., "Health is a Bridge for Peace: Let Us Make Use of It".

²⁸ Neil Arya, "Approaching Peace Through Health with a Critical Eye", *Peace Review*, 2019, C. 31, S. 2, s. 131.

donanımlı hale getirilmesi adına eğitim materyalleri hazırlamışlardır.²⁹ PtH konseptinin ve bu doğrultudaki eğitim faaliyetlerinin Dünya Sağlık Asamblesi'nin (World Health Assembly-WHA) 1998 tarihli "21. Yüzyılda Herkes İçin Sağlık" politikasına dahil edilmesi,³⁰ bu alandaki çalışmalara normatif bir zemin kazandırmıştır. Dünya Tabipler Birliği'nin (World Medical Association-WMA) 1999'da gerçekleştirdiği 51. Yıllık toplantısında da hekimlere yönelik zorunlu etik ve insan hakları eğitimi verilmesinin gerekliliği üzerinde durulmuştur.³¹

Çatışma bölgesindeki sağlıkçıların eğitilmelerinin gerekliliği hususunda bir konsensusun varlığı açıktır. Lakin buradaki asıl soru bu eğitimlerin nasıl gerçekleştirileceğidir. Başka bir ifadeyle, bu eğitimlerin içeriğinde ne olmalı, eğitimler hangi aşamalarda ve hangi periyotlarda verilmelidir?

Sağlıkçıların eğitimlerine dair ilk ve en önemli husus eğitimlerin içeriğidir. PtH konsepti ekseninde çalışanlar, barış çalışmalarının sağlık eğitimine dahil edilmesinin elzem olduğunu ileri sürmektedirler.³² Bu yönde atılacak adımların nihai evrede şiddetin azalmasına ve barışın gerçekleşmesine katkı sağlayacağı açıktır. Norveçli sosyolog Galtung'un ünlü barış tanımı dikkate alındığında bu önermenin isabetli olduğu görülür.³³ Galtung'a göre barış, şiddet üzerinden tanımlanabilecek bir fenomendir.³⁴ Her türlü şiddetin yokluğunu barış olarak ifade eden Galtung,³⁵ böylece barışın nasıl elde edilebileceğine dair pratik bir formül geliştirmiştir. Bu barış formülü üzerinden sağlık-barış ilişkisini anlamak da kolaylaşmaktadır. İnsanı ruhsal, bedensel ve sosyal açıdan kötüleştiren sorunların sağlıkla ilgili olduğu açıktır. Bu sorunlar Galtung'un formülüne göre bir nevi şiddettir. Dolayısıyla sağlık sektörü ve aparatları ile bu sorunların aşılması şiddeti azaltarak, nihayetinde barışın tesisini sağlayacaktır. Bu nedenle, sağlığa

²⁹ Arya, "Approaching Peace Through Health with a Critical Eye".

³⁰ Arya, "Approaching Peace Through Health with a Critical Eye".

³¹ "WMA - The World Medical Association-51st Annual General Assembly of the World Medical Association", <https://www.wma.net/news-post/51st-annual-general-assembly-of-the-world-medical-association/>, (10.11.2022).

³² Neil Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", Barry S Levy - Victor W Sidel (eds), *War and Public Health*, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 441-449.

³³ Neil Arya, "Peace through Health?", <https://www.neilarya.com/wp-content/uploads/2012/01/AryaPeacethroughHealthWebelndGaltungchap24.pdf>, (10.11.2022); Johan Galtung, "Violence, Peace, and Peace Research", *Journal of Peace Research*, 1969, C. 6, S. 3, s. 167.

³⁴ Galtung, "Violence, Peace, and Peace Research", s. 168.

³⁵ Galtung, "Violence, Peace, and Peace Research", s. 168.

dair mevcut ve muhtemel sorunların tanımlanması ve onlara müdahale edilmesi aşamasında sağlıkçıların barış çalışmalarından istifade edebilecekleri söylenebilir.³⁶

Daha önce belirtildiği üzere sağlıkçılar herhangi bir nedenle oluşan uluslararası krizlerde sağlık hizmeti verirler. Bu noktada, krizin çıkış nedenine, fiziksel ortama, çatışmanın şiddetine ve ihtiyaç duyulan medikal destek ile buna yanıt verebilme kapasitesine bağlı olarak sağlıkçıların vakıf olmaları gereken bilgiler de çeşitlenebilmektedir. İhtiyaç duyulan bilginin çeşitlenmesi, verilmesi gereken eğitime hangi disiplinlerin dahil olacağını belirler. Bu doğrultuda farklı yaklaşımların olduğu görülmektedir. PtH konsepti kapsamında barış-sağlık eksenli yaklaşım bunun en belirgin örneğidir. Ayrıca, "Uluslararası Sağlık", "Tıp ve İnsan Hakları", "Sağlık ve İnsan Hakları" ve "Küresel Sağlık" bu yaklaşımlardan bazılarıdır.³⁷ Örneğin, "Tıp ve İnsan Hakları" ile bu bağlamda görece daha geniş olan "Sağlık ve İnsan Hakları" yaklaşımı, işkence ve diğer insan hakları ihlalleri konularında sağlıkçıların eğitilmelerini önerir.³⁸ Diğer taraftan, "Küresel Sağlık" yaklaşımı ise sağlığı etkileyen sosyo-ekonomik ve politik faktörlerin öğretilmesine odaklanmaktadır.³⁹ Bu son yaklaşım özelinde, daha ayrıntılı içeriklere sahip olan "Sosyal Tıp Yaklaşımı" ile "Ekosistem Sağlık Yaklaşımı"larının bulunduğu görülmektedir.⁴⁰

Bahse konu yaklaşımlar sağlığın birden çok disiplinle etkileşime açık olduğunu gösterir. Bu çalışma özelinde önemli olan ise sağlık-uluslararası hukuk ekseninde hangi yaklaşım ve eğitim içeriğinin uygun olacağını sorgulanmasıdır. Her şeyden evvel bu iki alan arasındaki ilişkinin varlığı yalnız sağlık alanındaki uluslararası normatif düzenlemelere (bkz. IHR) indirgenmemelidir. Sağlıkçıların çatışma ortamında nasıl davranılması gerektiğini bilmemeleri, iki disiplin arasındaki ilişkinin daha özel bir açıdan ele alınmasını gerektirir. Bilindiği üzere, uygulanan uluslararası hukukta çatışma çözümleri genellikle BM'nin belirlediği usullere göre ve yine onun tayin ettiği aparatlarca gerçekleştirilir. BM barışı

³⁶ PtH konseptinin geliştirilmesi aşamasında McMaster Üniversitesi ve the Lancet Dergisi'nin ortaklaşa düzenlediği konferansa Johan Galtung'un davetli konuşmacı olarak çağrılması, sağlık eğitiminde barış çalışmalarının önemli bir yere sahip olduğunu gösterir. Bkz. Vic Neufeld - Salim Yusuf, "The McMaster-Lancet Health and Peace Conferences", *The Lancet*, 2004, C. 364, S. 9431, s. 311.

³⁷ Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 444.

³⁸ Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 444.

³⁹ Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 444.

⁴⁰ Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 444.

koruma uygulamaları ise 1948'den beri kullanılan aparatlardır.⁴¹ BM barışı koruma uygulamalarının çeşitlerine ilişkin değerlendirmeler bir kenara bırakıldığında,⁴² çatışma süreçlerinde BM misyonlarınca sağlık hizmeti verilmesi önemli tartışma konularından biridir. Bu tartışmanın başlama nedeni ise misyonlarca verilen sağlık hizmetlerinin barışı koruma prensiplerine zarar vermesinden ileri gelmektedir. Bu noktada ihlal edildiği ileri sürülen temel ilke tarafsızlık (impartiality) ilkesidir.⁴³ Bu ilkenin ihlaline dair var olan endişe, askeri nitelikteki barış misyonlarında yerel halka doğrudan sağlık hizmeti verilmesinden kaynaklanır.⁴⁴ Askeri nitelikteki misyonlardaki sağlık personelinin, özellikle acil olmayan durumlarda yerel halka sağlık hizmeti vermesi, tarafsızlığın ihlaline neden olabilmektedir.⁴⁵ Davies ve Rushton'a göre, olağanüstü bir aciliyet durumu dışında, misyonlardaki sağlıkçıların sivil halk ile etkileşime girmesi tarafsızlık ilkesine ciddi zarar vermektedir.⁴⁶ Fildişi Sahili'nde görevli UNOCI (United Nations Operation in Côte d'Ivoire) misyonunun acil olmayan sağlık hizmetlerini vermesi, tarafsızlık ilkesinin ihlaline zemin hazırlama adına önemli örneklerden biridir.⁴⁷

Genel prensipler dışında kriz ortamlarında çalışan sağlıkçıların vakıf olmaları gereken insancıl hukuk kuralları da vardır. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek Protokolleri bu bakımdan önemli bir yere sahiptir. Sağlık tesisleri, sağlık hizmetleri ve sağlık personelinin yapabilecekleri söz konusu normatif metinlerde tanımlanmıştır.⁴⁸ Adı geçen Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolle-

⁴¹ UN, "United Nations Peacekeeping", <https://peacekeeping.un.org/en/node>, (13.11.2022).

⁴² BM barış misyonları BM Şartı'nda yer almayan, uygulamada şekillenen operasyonlardır. Bu operasyonların farkları ve hukuki dayanaklarına ilişkin en bilinen söylem ise eski BM Genel Sekreteri Dag Hammarskjöld'a aittir. Bkz. Miltiadis Sarigiannidis, "Legal Discourses on Peacemaking/Peacekeeping/Peacebuilding: International Law as a New Topos for Human Security", *International Journal*, 2007, C. 62, S. 3, s. 520.

⁴³ UN, "What is Peacekeeping", <https://peacekeeping.un.org/en/what-is-peacekeeping>, (13.11.2022).

⁴⁴ Sara E Davies - Simon Rushton, "Public Health Emergencies: A New Peacekeeping Mission? Insights from UNMIL's Role in the Liberia Ebola Outbreak", *Third World Quarterly*, 2016, C. 37, S. 3, s. 419.

⁴⁵ Davies - Rushton, "Public Health Emergencies: A New Peacekeeping Mission? Insights from UNMIL's Role in the Liberia Ebola Outbreak", s. 419.

⁴⁶ Davies - Rushton, "Public Health Emergencies: A New Peacekeeping Mission? Insights from UNMIL's Role in the Liberia Ebola Outbreak", s. 419.

⁴⁷ Davies - Rushton, "Healing or Harming? United Nations Peacekeeping and Health", s. 24.

⁴⁸ "Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi", <https://www.icrc.org/en/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>, bölüm 3, (12.11.2022); Bkz. "Uluslara-

ri'ne göre sağlık personelinin görevi dışında faaliyetlerde bulunması, kendilerine sağlanan koruma kalkanının ortadan kalkmasına neden olabilir. Dahası, bu durum sağlıkçılara yönelik saldırıların gerçekleşmesine zemin hazırlayabilir. Tüm bunlar dikkate alındığında, sağlık personelinin insancıl hukuk eksenli bir yaklaşımla eğitilmesi yerinde bir uygulama olacaktır. Washington Üniversitesi'ndeki "Savaş ve Sağlık", McMaster Üniversitesi'ndeki "Barış İnşaa ve Sağlık Girişimleri" ile IPPNW (International Physicians for the Prevention of Nuclear War) tarafından geliştirilen "Sağlık ve Savaş" başlıklı eğitim modülleri, sağlık uluslararası hukuk bağlamında sağlıkçılara verilebilecek eğitimlerdir.⁴⁹

Sağlıkçıların eğitimlerine dair diğer bir husus bu eğitimlerin hangi aşamada verileceğidir. Bu konudaki genel eğilim, bu eğitimlerin lisans düzeyinde verilmesi gerektiği yönündedir. Konuyla ilgili mevcut literatürün şekillenmesinde büyük katkısı olan Arya, tıp eğitimi alan öğrencilerin uluslararası hukuk eksenli tematik konulara ilgi duyduklarını, lakin okul müfredatlarının bu konuda yetersiz olduğunu ifade etmiştir.⁵⁰ Mevcut eksikliğin giderilmesi için harekete geçen Arya ve ekibi 2004'te kendi üniversiteleri olan McMaster'daki müfredatı düzenlemeye başlamışlardır.⁵¹ Bundan bir yıl sonra Norveç'teki Tromsø Üniversitesi Tıp Fakültesi de kendi öğrencilerine yönelik müfredat düzenlemeleri yaparak uluslararası hukuk eksenli tematik dersleri okutmaya başlamıştır.⁵² Akabinde, Amerika, İngiltere, İsveç, İspanya, Hollanda, Norveç, İtalya ve Kosova'daki bazı yüksek öğretim kurumlarının da bu trendi takip ettikleri görülmüştür.⁵³ Bu ülkelerdeki tıp fakülteleri ve sağlıkla ilgili eğitim veren okullar dışında müfredat önerisinde bulunan kurumlar da mevcuttur. ICBMEC (The International Competency-Based Medical Education Collaborators), RCPSC (Royal College of Physicians and Surgeons of Canada) ve IFMSA (The International Federation of Medical Students Associations) bu bağlamda sağlıkçıların eğitimlerine dair müfre-

rası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü", <https://www.icrc.org/en/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>, madde 8, (8.11.2022).

⁴⁹ Erfan Taherifard vd., "Peace through Health and Medical Education: First Steps in Inclination of Healthcare Workers Toward Conflict-Preventive Activities", *Archives of Iranian Medicine*, 2020, C. 23, s. 31.

⁵⁰ Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 440.

⁵¹ Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 447.

⁵² Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 445.

⁵³ Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 444-445.; Taherifard vd., "Peace through Health and Medical Education: First Steps in Inclination of Healthcare Workers Toward Conflict-Preventive Activities", s. 31.

dat önerisinde bulunan uzmanlık kuruluşlarıdır.⁵⁴ Buna ilave olarak, lisans düzeyindeki doktor adaylarının da bu konuya dair kendi önerileri olabilmektedir. Tıbbi beşerî bilimler, önerilen müfredat modülleri arasında yer almaktadır.⁵⁵

Sağlıkçıların eğitilmelerine dair geliştirilen teorik konseptler ve modüller, hiç şüphesiz, uluslararası krizlerin bertaraf edilmesinde büyük paya sahiptir. Lakin dünyanın herhangi bir köşesindeki bir krize müdahaleye gelen sağlıkçıların yeknesak bir eğitime tabi tutulması veya yükseköğretim düzeyinde her bir tıp fakültesinde bu eğitimlerin verilmesini beklemek, en azından kısa vadede, mümkün değildir. Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin 1986'da başlattığı ve halen birçok ülkede özerk bir şekilde devam ettirdiği Geniş Toplumlardaki Sağlık Aciliyetleri (Health Emergencies in Large Populations-HELP) programı *ad hoc* eğitimlerin iyi bir örneğidir.⁵⁶ HELP kursu afetlerde, çatışmalarda ve diğer krizlerde insani yardım operasyonlarını yönetmek için çok disiplinli bir eğitim kursudur.⁵⁷ WHO ve Cenevre Üniversitesi işbirliği ile yürütülen kurs yılda bir kez ve iki hafta sürecek şekilde tasarlanmıştır.⁵⁸ Kriz çözümlerine dair içeriğe sahip olan kursta, uluslararası insancıl hukuk, sağlık aciliyet durumları, planlama gibi temel içerikler bulunmaktadır.⁵⁹ Ayrıca, yerel ihtiyaçlar doğrultusunda kitle zayıat yönetimi, kayıp yönetimi, pandemiler, nükleer, radyolojik, biyolojik ve kimyasal tehditlere verilebilecek yanıtlara dair eğitimlere yer verilmektedir.⁶⁰ Benzer şekilde, MSF'nin mülteci kamplarına gönderilenlere verdiği cinsiyet temelli şiddet önleme eğitimleri ile WMA'nın insan hakları ve etik eğitimleri aynı amaca hizmet eden eğitim faaliyetleridir.⁶¹

Uluslararası krizlerle mücadelede sağlıkçıların eğitime dair buraya kadar geçen tartışma, uzun vadeli çözüm planlarını kapsamaktadır. Bu eğitimleri alan

⁵⁴ Mitra Amini - Neil Arya, "Rethinking Medical Education: Introducing Peace Curricula in Medical Schools", *Medicine, Conflict and Survival*, 2019, C. 35, S. 2, s. 125; IFMSA, "Home", <https://ifmsa.org/>, (10.11.2022).

⁵⁵ Mitra Amini vd., "Educating Health Science Students About Peace through Health Topic; A Panel Discussion" *Archives of Iranian Medicine*, 2020, C. 23, s. 60.

⁵⁶ ICRC, "HELP: Training Course for Managing Relief Operations in Humanitarian Crises", <https://www.icrc.org/en/document/helpcourse>, (10.11.2022).

⁵⁷ ICRC, "HELP: Training Course for Managing Relief Operations in Humanitarian Crises".

⁵⁸ ICRC, "HELP: Training Course for Managing Relief Operations in Humanitarian Crises".

⁵⁹ ICRC, "HELP: Training Course for Managing Relief Operations in Humanitarian Crises".

⁶⁰ ICRC, "HELP: Training Course for Managing Relief Operations in Humanitarian Crises".

⁶¹ Neil Arya vd., "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", s. 445.

sağlıkçıların kendi ülkelerindeki krizlerde başarı oranları yüksek olacaktır. Lakin eğitimlerin verilmediği ve hali hazırda sağlık krizlerinin yaşandığı yerlerdeki sağlıkçılar için daha pratik çözümlere ihtiyaç duyulur. Diğer bir söylemle, sağlıkçılara lisans düzeyinde verilecek eğitimler ile bazı kurumlarca verilen periyodik kurslar son dakika krizlerin çözümünde operasyonel olmayabilir. Bahse konu eğitimin daha kompakt bir şekilde ve doğrudan sahadaki sağlıkçılara verilmesi gerekir. Bu noktada, WHO ve diğer insancıl aktörler tarafından verilen kısa süreli eğitimler büyük önem taşır. Takip eden bölümde, Ukrayna-Rusya savaşı sürecinde bu aktörler tarafından verilen eğitimler üzerinde durulacaktır.

II. UKRAYNA-RUSYA SAVAŞI ÜZERİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

A. Savaşın Arka Planı

Ukrayna ve Rusya arasında 24 Şubat 2022'den bu yana devam eden durum,⁶² uluslararası hukuka göre teknik olarak bir savaştır. 2014'te Rusya'nın Kırım'ı ilhaki ile başlayan süreç son merhalede iki devletin karşı karşıya gelmesine neden olmuştur. Savaş nedeniyle Batı destekli Ukrayna'da büyük insani sorunlar yaşanmış ve yaşanmaya devam etmektedir. İlk etapta savaş bölgesinden kaçan siviller, başta Avrupa olmak üzere pek çok devletin mülteci krizi ile yüzleşmesine neden olmuştur.⁶³ Ülke içinde yerinden edilmiş kimselerin olması, Rusya vetosu nedeniyle BM Güvenlik Konseyi'nin işletilememesi,⁶⁴ Rusya'nın Batı'ya olan doğalgaz akışını kesmesiyle birlikte baş gösteren küresel enerji krizi⁶⁵ savaşın neden olduğu uluslararası hukuk sorunlarından yalnızca bir kaçıdır.

Savaş sürecindeki sorunlardan biri de Rusya'nın insancıl hukuka aykırı bir şekilde asker-sivil ayrımı yapmaması ve neticesinde ortaya çıkan sağlık krizidir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights-OHCHR) verilerine göre, 24 Şubat'tan Eylül 2022 sonuna kadar geçen altı aylık süreçte Rusya saldırıları sonucu hayatını kaybe-

⁶² Reuters, "Timeline: The Events Leading up to Russia's Invasion of Ukraine", <https://www.reuters.com/world/europe/events-leading-up-russias-invasion-ukraine-2022-02-28/>, (10.11.2022).

⁶³ Omer Karasapan, "Ukrainian Refugees: Challenges in a Welcoming Europe", <https://www.brookings.edu/blog/future-development/2022/10/14/ukrainian-refugees-challenges-in-a-welcoming-europe/>, (10.11.2022).

⁶⁴ UN News, "Russia Vetoes Security Council Resolution Condemning Attempted Annexation of Ukraine Regions", <https://news.un.org/en/story/2022/09/1129102>, (10.11.2022).

⁶⁵ BBC News Türkçe, "Avrupa'da Enerji Krizi: Rusya Kuzey Akımı'nı Kesti, AB Ne Yapacak?", <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-62971871>, (10.11.2022).

den sivil sayısı 6 bine, yaralı sayısı ise 9 bine yaklaşmıştır.⁶⁶ Rusya'nın neden olduğu bu yıkımın önüne geçilmesi için askeri misyon oluşturulması gerektiğine dair öneriler gündeme gelmiştir. Çekya, BM nezdinde bir misyonun hazırlanması gerektiğini savunurken, Polonya ise adı geçen misyonun NATO bünyesinde hareket etmesinin daha isabetli olacağını ileri sürmüştür.⁶⁷ Ukrayna krizi özelinde misyon gereklilikleri Kırım'ın ilhakından bu yana farklı platformlarda dile getirilmektedir.⁶⁸ Barış misyonlarının uluslararası krizleri çözmeye önemli aparatlar olduğu söylenebilir. Lakin Gowan'ın da belirttiği üzere,⁶⁹ taraflardan birinin Rusya olması nedeniyle çatışmanın daha geniş bir alana yayılmaması adına temkinli olunması gerekir.

Savaşın Ukrayna'yı her açıdan olumsuz etkilediği açıktır. Bunlardan en önemlisi Ukrayna sağlık sisteminin durumudur. Hali hazırda çarpışan askerlerin ihtiyaçlarını gidermesi gereken Ukrayna sağlık sistemi, Rusya'nın sivillere saldırması neticesinde ilave bir külfetin altına girmiştir. Ayrıca, çatışma bölgelerinde faaliyet gösteren sağlık çalışanlarının gerek insancıl hukuk kurallarına gerekse *de facto* gelişmelere karşı bilinçlendirilmesi elzemdir. Çalışmanın devamında sırasıyla, Ukrayna'da faaliyet gösteren ulusal ve uluslararası sağlık çalışanlarının rolleri ve bu çalışanlara yönelik amaca özgü uluslararası hukuk eğitiminin mahiyeti üzerinde durulacaktır.

B. Savaşta Sağlıkçılar

Sağlık profesyonelleri savaşın önemli aktörleridir. Ukraynalı sağlıkçıları yetiştiren Ukrayna ulusal sağlık sistemi, savaş öncesinde Avrupa standartlarında sağlık profesyoneli bulunduran bir konuma sahipti. Kırım krizinden bu yana veri güncellemesi olmamakla birlikte, Dünya Bankasının o dönemki verileri de bu savı kanıtlar niteliktedir.⁷⁰ Savaşın başlamasıyla birlikte Ukraynalı sağlıkçıların iş

⁶⁶ OHCHR, "Ukraine: Civilian Casualty Update 26 September 2022", <https://www.ohchr.org/en/news/2022/09/ukraine-civilian-casualty-update-26-september-2022>, (10.11.2022).

⁶⁷ Richard Gowan, "A Tentative First Look at Options for Peace Operations in Ukraine", <https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/eastern-europe/ukraine/tentative-first-look-options-peace-operations-ukraine>, (10.11.2022).

⁶⁸ Tetyana Malyarenko, "Why a UN Peacekeeping Mission in Ukraine is Doomed to Fail", <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/why-un-peacekeeping-mission-ukraine-doomed-fail-32116>, (10.11.2022).

⁶⁹ Richard Gowan, "A Tentative First Look at Options for Peace Operations in Ukraine".

⁷⁰ World Bank, "Physicians (per 1,000 People)", <https://data.worldbank.org/indicator/SH.MED.PHYS.ZS>, (10.11.2022).

yüklerinin ciddi oranda artması⁷¹ ve sağlık tesislerine yönelik saldırılar Ukraynalı sağlıkçıların bir kısmının zarar görmesine neden olmuştur. WHO verilerine göre, Ekim 2022 sonuna kadar ülkede sağlıkçılara ve sağlık tesislerine yönelik toplamda 631 saldırı gerçekleşmiş, 129 sağlıkçı yaralanırken 100 kadar sağlıkçı da hayatını kaybetmiştir.⁷² Yaşanan bu gelişmeler ise sağlıkçıların başka ülkelere göç etmelerine neden olmuştur.⁷³

Savaşta sağlık hizmeti veren sağlık profesyonelleri, Ukraynalı sağlıkçılarla sınırlı değildir. Farklı coğrafyalardan sağlıkçılar savaştan zarar gören Ukraynalı siviller için bir araya gelmiştir. Sağlık yardımı için Ukrayna'ya gelen yabancı sağlık ekipleri ile sivil toplum örgütlerine mensup sağlıkçıların mobilizasyonu kritik bir mevzu haline gelmiştir. BM İnsani Yardım Koordinasyon Ofisi (UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs-OCHA) ve BM Kurumlar Arası Daimî Komite (Inter-Agency Standing Committee-IASC) yardım kuruluşlarını bir araya getirip ülkedeki sağlık yardımlarını mobilize etme görevini üstlenmiştir.⁷⁴ BM kurumları ve BM dışı kurumlararası koordinasyonu sağlayan IASC'nin küresel aciliyet durumları ile ilgili oluşturduğu Küme Yaklaşımına (Cluster Approach) göre sağlık, aciliyet durumlardan biri olarak tanımlanmıştır.⁷⁵ Bu yaklaşım, Ukrayna özelinde sağlık yardımlarının mobilize edilmesine yardımcı olmuştur.

Bu yaklaşım doğrultusunda 15 milyon civarında insanın yardıma ihtiyacı olduğu saptanmış, bunların yaklaşık 10 milyonuna yardım götürülmesi planlanmış ve bu hedefin de %80'i gerçekleştirilmiştir.⁷⁶ Bu denli kapsamlı bir çalışmanın çok sayıda aktörce yerine getirildiği açıktır. WHO verilerine göre,

⁷¹ EURACTIV's Health Hub and Giedre Peseckyte, "Health Brief: The Burden of War on Ukrainian Doctors", <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/health-brief-the-burden-of-war-on-ukrainian-doctors/>, (10.11.2022).

⁷² WHO, "Surveillance System for Attacks on Health Care (SSA)", https://extranet.who.int/ssa/LeftMenu/Index.aspx?utm_source=Stopping%20attacks%20on%20health%20care%20andA&utm_medium=link&utm_campaign=Link_who, (10.11.2022).

⁷³ Sarah Smellie, "Ukrainian Doctors in N.L. Who Fled the War Say They are Frustrated with Province", <https://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/ukrainian-doctors-in-nl-1.6523980>, (10.11.2022).

⁷⁴ OCHA, "General Information for NGOs Responding to Ukraine", <https://reliefweb.int/report/ukraine/general-information-ngos-responding-ukraine-last-updated-24-march-2022-enuk>, (10.11.2022).

⁷⁵ IASC, "The Global Cluster Coordination Group", <https://interagencystandingcommittee.org/the-global-cluster-coordination-group>, (10.11.2022).

⁷⁶ OCHA, "Humanitarian Response", <https://www.humanitarianresponse.info/en/operations/ukraine/health>, (10.11.2022).

100'den fazla sağlık paydaşı Ukrayna'da faaliyet göstermektedir.⁷⁷ Ulusal ve uluslararası sivil toplum örgütleri, BM ajansları, uluslararası organizasyonlar, ulusal kuruluşlar ve daha birçok farklı paydaş bu çalışmalara katılım göstermiştir.⁷⁸ Ukrayna'daki bu aktörlerin sağladığı sağlık yardımları da çeşitlilik göstermektedir. Kitlesele kayıpların azaltılması, mental sağlık sorunlarının giderilmesi, bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan hastalıklara karşı korunma, palyatif bakım ve travmalara karşı koruma, söz konusu aktörlerin gerçekleştirdikleri faaliyetleri oluşturmaktadır.⁷⁹

Savaş sürecinde sahadaki aktörlere verilen salgın izleme, aşılama, psikolojik destek gibi sağlık hizmetleri kıymetli olmakla birlikte, saldırılarda yaralananların durumu ivedi olarak müdahale edilmesi gereken sağlık sorunlarıdır. MSF'nin bu bağlamda gerçekleştirdiği faaliyetler ulusal çaplı ihtiyacın önemli bir bölümüne yanıt vermektedir. Savaşın başlamasını müteakiben 31 Mart'ta harekete geçen MSF, Luhansk ve Donetsk gibi çatışmanın yoğun olduğu bölgelerdeki yaralıların tahliyesi için tam donanımlı bir sağlık trenini bölgeye göndermiştir.⁸⁰ Ukrayna Sağlık Bakanlığı ve Ulusal Demiryolları MSF'ye destek vermektedir.⁸¹ İlk etapta hasta nakli gerçekleştiren trene süreç içerisinde yoğun bakım üniteleri eklenmiştir.⁸² Tren, 20-30 saatlik mesafedeki güvenli bölgeler olan Lviv, Ternopil ve Uzhhorod'deki büyük hastanelere sevk gerçekleştirmektedir.⁸³ MSF'nin gönüllü doktor ve hemşirelerinin çalıştığı tren ilk iki aylık sürede 653 hastanın naklini gerçekleştirmiştir.⁸⁴

MSF'nin Ukrayna'daki faaliyetleri üzerinden durum değerlendirmesi yapıldığında, doğrudan çatışma sahasında faaliyet gösteren sağlıkçıların çatışma durumlarına dair bilgi sahibilerinin gerekliliği teyit edilmiştir. Bu gerçek çatışma bölgesindeki sağlıkçıların her bir faaliyeti için geçerlidir. Her şeyden önce, çatışma

⁷⁷ WHO, "Emergency Appeal - Ukraine & Refugee Receiving and Hosting Countries", <https://www.who.int/publications/m/item/emergency-appeal---ukraine-an-refugee-receiving-and-hosting-countries>, (10.11.2022).

⁷⁸ OCHA, "Humanitarian Response".

⁷⁹ OCHA, "Humanitarian Response".

⁸⁰ MSF, "No Mercy for Civilians in Ukraine War", <https://www.msf.org/no-mercy-civilians-ukraine-war>, (10.11.2022).

⁸¹ MSF, "No Mercy for Civilians in Ukraine War".

⁸² MSF, "No Mercy for Civilians in Ukraine War".

⁸³ MSF, "No Mercy for Civilians in Ukraine War".

⁸⁴ MSF, "No Mercy for Civilians in Ukraine War", s. 11.

bölgesindeki tıbbi müdahaleler normal zamanlardakinden oldukça farklıdır. Harp cerrahisinin konvansiyonel cerrahi uygulamalarından farklı olması bunun en bariz örneğidir. Buna koşut olarak sağlıkçıların insancıl müdahale koşullarına ve kural-larına da vakıf olmaları gerekir. MSF treninde görevli bir acil doktorunun ifadesi-ne göre, tren aktarma noktasına vardığında binlerce sivilin tahliye beklediğine şahit olunmuştur.⁸⁵ Bu durumdaki bir doktor binlerce kişi arasından nasıl bir se-çim yapmalıdır? Hekimlik mesleğine münhasır ilke ve prensipler çatışma bölge-sindeki doktorlar için yeterli midir? Ukrayna özelinde, çatışma bölgesinde faaliyet gösteren sağlıkçıların eğitimleri takip eden başlık altında ele alınacaktır.

C. Sağlıkçılara Yönelik Uluslararası Hukuk Eğitimi

Ukrayna, 100'den fazla insani yardım aktörü bünyesindeki sağlıkçının sağlık hizmeti verdiği bir bölgedir. MSF örneğinde olduğu gibi, hali hazırda insani yar-dım amaçlı sınır dışı faaliyetlerde bulunan sağlıkçılar, tıbbi yardıma ilave olarak çatışma bölgelerinde nasıl davranacaklarını da bilmektedir. Bu konuda sistema-tik bir eğitim almayan ve dolayısıyla da eğitime ihtiyaç duyanlar Ukrayna sağlık sisteminin kendi çalışanlarıdır.

Ukrayna'daki mevcut çatışmalar hali hazırda sahada faaliyet gösteren Uk-raynalı sağlıkçıların hayatlarını tehlikeye atmakta ve bu da çatışma mağduru sivillerin tedavilerinin idame ettirilmesini zorlaştırmaktadır. Mevcut sağlık per-sonelinin çatışma ortamında zarar görmeden faaliyet gösterebilmesi de bu konuda ayrı bir eğitim almaları ile mümkün hale gelebilir. Bu sebeple, Ukraynalı sağlıkçıların çatışma ortamında etkin olabilmesi için gerekli eğitimin verilip verilmediği evleiyetle dikkate alınması gereken bir husustur. Çalışmanın ilk bölümünde açıklandığı üzere, sağlıkçıların uluslararası kriz dönemlerine göre eğitilmeleri için başlatılan trend bazı ülkelerde takip edilmektedir. Ukrayna, ne yazık ki, bu trendi takip eden ülkelerden değildir. Başka bir söylemle, McMaster Üniversitesi öncülüğünde hekimlerin kriz dönemlerine hazırlanmalarına yönelik PtH konsepti kapsamında başlatılan müfredat değişikliğine ilişkin girişimler Ukrayna'daki üniversitelerce dikkate alınmamıştır. Bu noktada, Ukrayna'daki bazı fakülte müfredatlarının hekimleri kriz dönemlerine hazırlayıcı eğitim mo-düllerine sahip olduğunu ileri sürüp buradaki savımıza muhalefet edenler olabi-lir. Lakin durum böyle olsa da geliştirilebilecek itiraza gerekçe olabilecek okul müfredatlarının sistematik bir şekilde ve en önemlisi bu alandaki mevcut kon-

⁸⁵ MSF, "No Mercy for Civilians in Ukraine War", s. 5.

septler üzerinden geliştirilmediği açıktır. Hülasa, Ukraynalı sağlıkçıların çatışma dönemlerine dair almaları gereken eğitimin konvansiyonel bir şekilde lisans düzeyinde verilmediği görülmektedir.

Ukraynalı sağlıkçıların çatışma ortamları için eğitilmelerine dair mevcut tek seçenek yoğunlaştırılmış kurslardır. WHO'nun periyodik kursları bu alandaki eksikliğin giderilmesine yardımcı olmaktadır.⁸⁶ WHO tarafından binlerce Ukraynalı sağlıkçıya iki hafta da bir verilen kurslar, toplu kayıpların önüne geçilmesi adına çatışma ortamında kan nakilleri, acil hemşireliği ve travmatik uzuv yaralanmaları konularına odaklanmıştır.⁸⁷ Bu eğitimlerin harp cerrahisi ile ilgili olduğu düşünülebilir. Lakin çatışma ortamında sağlık hizmetinin verilmesine dair eğitimler, çatışma ortamı ve bu ortamda geçerli olan kurallara dair de sağlıkçıların bilgilenmesini sağlamaktadır. Ayrıca, WHO tarafından koordine edilen 70'ten fazla acil tıbbi ekip de yerelde hizmet veren Ukraynalı sağlıkçılara ilgili eğitimleri sağlamaktadır.⁸⁸ 35 sağlık çalışanının katıldığı başka bir WHO eğitiminde ise kimyasal, biyolojik, radyolojik ve nükleer hazırlık ve müdahale eğitimleri verilmiştir.⁸⁹ Bunlara ilave olarak, WHO'nun çevrimiçi eğitim platformu olan openWHO.org üzerinden eğitim videoları paylaşılmaktadır.⁹⁰ Dil ve kültürel engellerin aşılması adına dil kurslarının da verildiği platforma, Eylül 2022 itibarıyla Ukrayna'dan 10 300 kayıt gerçekleşmiştir.⁹¹

WHO'nun Ukrayna'da verdiği eğitimlere ilişkin gelişmeler WHO Ukrayna ofisinin aylık durum raporlarına yansımaktadır. Raporlara kümülatif olarak baktığımızda, ulusal sağlık ekiplerine yönelik kriz yönetimine dair verilen eğitimlerin devamlılık arz ettiği görülmektedir. Sonuncusu 2 Kasım 2022'de yayımlanan raporda, Vinnytsya bölgesindeki üç ayrı sağlık tesisinde 120'den fazla sağlıkçıya toplu kayıp yönetimi eğitimi verildiği görülmektedir.⁹² Kriz yönetimine dair verilen eğitimlerin, travma yönetimi ve bulaşıcı hastalıkları önlemeye yönelik eğitimlere kıyasla artan bir öneme ve orana sahip olduğu anlaşılmaktadır.

⁸⁶ WHO, "Emergency Appeal - Ukraine & Refugee Receiving and Hosting Countries", s. 4.

⁸⁷ WHO, "Emergency Appeal - Ukraine & Refugee Receiving and Hosting Countries".

⁸⁸ WHO, "Emergency Appeal - Ukraine & Refugee Receiving and Hosting Countries", s. 5.

⁸⁹ WHO, "War in Ukraine: Situation Report from WHO Ukraine Country Office", <https://www.who.int/europe/publications/i/item/WHO-EURO-2022-5319-45083-66020>, (10.11.2022).

⁹⁰ WHO, "Courses", <https://openwho.org/courses>, (10.11.2022); WHO, "War in Ukraine: Situation Report from WHO Ukraine Country Office", s. 7.

⁹¹ WHO, "War in Ukraine: Situation Report from WHO Ukraine Country Office", s. 7.

⁹² WHO, "War in Ukraine: Situation Report from WHO Ukraine Country Office", <https://www.who.int/europe/publications/i/item/WHO-EURO-2022-5319-45083-67125>, (10.11.2022).

Ukraynalı sağlıkçıların çatışma ortamlarına uyumları için eğitim programları düzenleyen tek aktör WHO değildir. Küresel insani krizlere müdahale eden sağlıkçıların desteklenmesi için 60 yıldır faaliyet gösteren Project Hope da Ukraynalı sağlıkçılara yönelik eğitim programları hazırlamıştır. Savaşın başlangıcından bu yana ilaç ve diğer medikal ekipmanın tedariki noktasında yardımlarda bulunan Project Hope, travma eğitimine dair de kurslar vermektedir.⁹³ Söz konusu bu travma eğitimleri, beş farklı sağlık tesisinde 1200 sağlık çalışanına verilmiştir.⁹⁴ Benzer şekilde, Kızılhaç Örgütü'nün de Ukrayna'da faaliyet gösteren sağlıkçılara psikolojik destek eğitimleri verdiği bilinmektedir.⁹⁵ Buradaki temel fark, Kızılhaç'ın vermiş olduğu eğitimler, Ukrayna Kızılhaç'a bağlı olarak çalışan sağlıkçılara yönelik olmasıdır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sağlık profesyonelleri dünyanın herhangi bir köşesinde meydana gelen krizlerin sağlıkla ilgili yönlerine müdahale edebilmektedir. Burada bahsi geçen sağlık profesyonelleri krizin yaşandığı devlet ülkesindekiler olabileceği gibi başka ülkelerin sağlıkçıları veya uluslararası bir sivil toplum kuruluşunun gönüllüleri de olabilir. Sağlıkçıların sahip olduğu bu mobilitenin arkasında uluslararası hukukun sağladığı avantajlar bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, uluslararası hukuk sistemi vasıtasıyla kurulan mekanizmalar sağlıkçıların mobilizasyonunu artırmakta, artan bu mobilizasyon da uluslararası hukuk krizlerinin çözümünde faydalı olmaktadır. Bu sebeple, sağlık ve uluslararası hukuk arasındaki karşılıklı bu ilişkinin geliştirilmesi uluslararası toplumun barış ve güvenliği adına hayati bir öneme sahiptir. Bu noktada, sağlık profesyonellerinin uluslararası hukuk kural ve mekanizmalarına aşina olması gerekir. Özellikle kendileri ile ilgili olan uluslararası hukuk süreçleri, sağlıkçıları tarafından evleviyetle bilinmesi gereken hususlardır.

Uluslararası hukuk ile sağlık arasındaki bu ilişki, bu çalışmada, Ukrayna-Rusya savaşı özelinde irdelenmiştir. Ukrayna'da faaliyet gösteren sağlık profesyonellerinin, kendilerini ilgilendiren uluslararası hukuk kural, kurum ve süreçlerine ne düzeyde vakıf oldukları sorgulanmıştır. Gelinek noktada, iki farklı sağlık-

⁹³ Scott Latta, "Crisis in Ukraine: How to Help", <https://www.projecthope.org/crisis-in-ukraine-how-to-help/04/2022/>, (10.11.2022).

⁹⁴ Scott Latta, "Crisis in Ukraine: How to Help".

⁹⁵ ICRC, "Humanitarian Crisis in Ukraine and Neighbouring Countries", <https://www.icrc.org/en/humanitarian-crisis-ukraine>, (11.11.2022).

çı grubunun uluslararası hukuk kurallarına aşinalığından bahsedilebilmektedir. Birinci gruptakiler, MSF gönüllüleri gibi hali hazırda krizlere müdahale eden ve bu bağlamda periyodik eğitimleri kendi kurumları içerisinde alan sağlıkçılardır. İkinci gruptakiler ise Ukrayna'nın kendi sağlık profesyonelleridir. Ukrayna ulusal sağlık çalışanlarına yönelik, uluslararası hukuka dair bilgi sahibi olmalarına imkân tanıyan sistematik bir eğitimin verilmediği görülmüştür. Başta tıp fakülteleri olmak üzere ülkedeki sağlık eğitimi veren diğer eğitim kurumlarında, sağlıkçılara yönelik amaca özgü bir uluslararası hukuk eğitimi verilmemektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken, Ukrayna'daki her bir sağlık kurumunun müfredatları tek tek incelemeye tabi tutulmamıştır. Lakin sağlıkçıların kriz dönemlerine göre yetiştirilmesini amaçlayan, başta PtH olmak üzere diğer eğitim yaklaşımlarının, Ukrayna özelinde dikkate alınmaması bu çıkarımın yapılmasının temel dayanağını oluşturur. Benzer şekilde, Uluslararası Kızılhaç Örgütü'nün planlı yıllık eğitimlerinin daha önce Ukrayna'da gerçekleşmemiş olması, Ukrayna ulusal sağlık çalışanlarının amaca özgü bir uluslararası hukuk eğitimi alamadıklarına dair değerlendirme yapılmasına neden olmuştur.

Ukrayna-Rusya savaşı sürecinde sağlıkçılara yönelik amaca özgü uluslararası hukuk eğitimi verilmesine dair tek olumlu gelişme, savaş başladıktan sonra WHO, Uluslararası Kızılhaç Örgütü ve Project Hope'nin vermiş olduğu kurslardır. Esasen bu kurs içeriklerinin doğrudan uluslararası hukukla ilgili olduğu da söylenemez. Lakin kriz yönetimi ve toplu kayıpların önlenmesine dair eğitim içerikleri bu bakımdan uluslararası hukuk ile ilişkilendirilebilir. Bu kursların daha faydalı olabilmesi adına, sağlıkçıların insancıl hukuk sorumlulukları, sağlık hizmetinin sınırları, çatışma ortamına hâkim olan tarafsızlık ilkesinin gereklilikleri gibi içeriklerin kurslara ilave edilmesi yerinde bir uygulama olabilir.

Bunlar, savaş sürecinde, yani kısa vadede sağlıkçıların çatışma ortamına duyarlı hale getirilmesi için gereklidir. Olması gereken ise ülkedeki sağlık eğitimi veren yüksek öğretim kurumlarının müfredat revizyonuna gitmesidir. Yukarıda adı geçen örneklerde olduğu gibi PtH kapsamında barış-sağlık odaklı bir yaklaşımın benimsenmesi veya daha öznel bir şekilde insancıl hukuk eksenli eğitim modüllerinin mevcut müfredatlara dahil edilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- AMINI, Mitra - ARYA, Neil, "Rethinking Medical Education: Introducing Peace Curricula in Medical Schools", *Medicine, Conflict and Survival*, 2019, C. 35, S. 2, ss. 124-132.
- AMINI, Mitra - SHAMS, Mesbah - Mohammad Bagher Khosravi - Anneli Milen - Neil Arya, "Educating Health Science Students About Peace through Health Topic; A Panel Discussion" *Archives of Iranian Medicine*, 2020, C. 23, ss. 60-61.
- ARYA, Neil - BUHMANN, BÖCK, Caecilie - MELF, Klaus, "Educating Health Professionals on Peace and Human Rights", *War and Public Health*, Ed.: Barry S Levy, Victor W Sidel, Oxford, Oxford University Press, 2008, ss. 440-451.
- ARYA, Neil, "Approaching Peace Through Health with a Critical Eye", *Peace Review*, 2019, C. 31, S. 2, ss. 131-138.
- DAVIES, Sara E - RUSHTON, Simon, "Public Health Emergencies: A New Peacekeeping Mission? Insights from UNMIL's Role in the Liberia Ebola Outbreak", *Third World Quarterly*, 2016, C. 37, S. 3, ss. 419-435.
- GALTUNG, Johan, "Violence, Peace, and Peace Research", *Journal of Peace Research*, 1969, C. 6, S. 3, ss. 167-191.
- GROVE, Natalie J - ZWI, Anthony B, "Beyond the Log Frame: A New Tool for Examining Health and Peacebuilding Initiatives", *Development in Practice*, 2008, C. 18, S. 1, ss. 66-81.
- MANDHARI, Ahmed Al - GHAFAR Abdul - ETIENNE, Carissa F, "Health is a Bridge for Peace: Let Us Make Use of It", *BMJ Global Health*, 2022, C. 7, S. 8, ss. 1-2.
- NEUFELD, Vic, YUSUF, Salim, "The McMaster-Lancet Health and Peace Conferences", *The Lancet*, 2004, C. 364, S. 9431, ss. 311-312.
- QUADROS, Ciro A de - EPSTEIN, Daniel, "Health as a Bridge for Peace: PAHO's Experience", *The Lancet*, 2002, C. 360, ss. 25-26.
- SARIGIANNIDIS, Miltiadis, "Legal Discourses on Peacemaking/Peacekeeping/Peacebuilding: International Law as a New Topos for Human Security", *International Journal*, 2007, C. 62, S. 3, ss. 519-537.
- SHAW, Malcolm N, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- TAHERIFARD, Erfan - VARDANJANI, Hossein Molavi - ARYA, Neil - SALEHI, Alireza, "Peace through Health and Medical Education: First Steps in Inclination of Healthcare Workers Toward Conflict-Preventive Activities", *Archives of Iranian Medicine*, 2020, C. 23, s. 27-32.
- YAMASHITA, Hikaru, "Reading "Threats to International Peace and Security", 1946-2005", *Diplomacy & Statecraft*, 2007, C. 18, S. 3, ss. 551-572.

Elektronik Kaynaklar

- “Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü”, <https://www.icrc.org/en/doc/war-and-law/treaties-customary-law/genevaconventions/overview-geneva-conventions.htm>, (8.11.2022).
- “WMA - The World Medical Association-51st Annual General Assembly of the World Medical Association”, <https://www.wma.net/news-post/51st-annual-general-assembly-of-the-world-medical-association/>, (10.11.2022).
- “Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarınin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi”, <https://www.icrc.org/en/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>, (12.11.2022).
- ARYA, Neil, “Peace through Health?”, <https://www.neilarya.com/wp-content/uploads/2012/01/AryaPeacethroughHealthWebelandGaltungchap24.pdf>, (10.11.2022).
- BBC News Türkçe, “Avrupa’da Enerji Krizi: Rusya Kuzey Akımı’nı Kesti, AB Ne Yapacak?”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-62971871>, (10.11.2022).
- Council on Foreign Relations, “Global Conflict Tracker”, <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker>, (13.11.2022).
- DAVIES, Sara E - RUSHTON, Simon, “Healing or Harming? United Nations Peacekeeping and Health”, <https://www.ipinst.org/2015/03/healing-or-harming-united-nations-peacekeeping-and-health>, (13.11.2022), ss. 1-29.
- EURACTIV’s Health Hub and Giedre Peseckyte, “Health Brief: The Burden of War on Ukrainian Doctors”, <https://www.euractiv.com/section/health-consumers/news/health-brief-the-burden-of-war-on-ukrainian-doctors/>, (10.11.2022).
- GOWAN, Richard, “A Tentative First Look at Options for Peace Operations in Ukraine”, <https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/eastern-europe/ukraine/tentative-first-look-options-peace-operations-ukraine>, (10.11.2022).
- IASC, “The Global Cluster Coordination Group”, <https://interagencystandingcommittee.org/the-global-cluster-coordination-group>, (10.11.2022).
- ICRC, “HELP: Training Course for Managing Relief Operations in Humanitarian Crises”, <https://www.icrc.org/en/document/helpcourse>, (10.11.2022).
- ICRC, “Humanitarian Crisis in Ukraine and Neighbouring Countries”, <https://www.icrc.org/en/humanitarian-crisis-ukraine>, (11.11.2022).
- IFMSA, “Home”, <https://ifmsa.org/>, (10.11.2022).
- KARASAPAN, Omer, “Ukrainian Refugees: Challenges in a Welcoming Europe”, <https://www.brookings.edu/blog/future-development/2022/10/14/ukrainian-refugees-challenges-in-a-welcoming-europe/>, (10.11.2022).

- LATTA, Scott, "Crisis in Ukraine: How to Help", <https://www.projecthope.org/crisis-in-ukraine-how-to-help/04/2022/>, (10.11.2022).
- MALYARENKO, Tetyana, "Why a UN Peacekeeping Mission in Ukraine is Doomed to Fail", <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/why-un-peacekeeping-mission-ukraine-doomed-fail-32116>, (10.11.2022).
- MSF, "No Mercy for Civilians in Ukraine War", <https://www.msf.org/no-mercy-civilians-ukraine-war>, (10.11.2022), ss. 1-14.
- MSF, "What We Do", <https://www.doctorswithoutborders.org/what-we-do>, (10.11.2022).
- MSF, "Who We Are", <https://www.doctorswithoutborders.org/who-we-are>, (10.11.2022).
- OCHA, "General Information for NGOs Responding to Ukraine", <https://reliefweb.int/report/ukraine/general-information-ngos-responding-ukraine-last-updated-24-march-2022-enuk>, (10.11.2022).
- OCHA, "Humanitarian Response", <https://www.humanitarianresponse.info/en/operations/ukraine/health>, (10.11.2022).
- OHCHR, "Ukraine: Civilian Casualty Update 26 September 2022", <https://www.ohchr.org/en/news/2022/09/ukraine-civilian-casualty-update-26-september-2022>, (10.11.2022).
- Reuters, "Timeline: The Events Leading up to Russia's Invasion of Ukraine", <https://www.reuters.com/world/europe/events-leading-up-russias-invasion-ukraine-2022-02-28/>, (10.11.2022).
- SMELLIE, Sarah, "Ukrainian Doctors in N.L. Who Fled the War Say They are Frustrated with Province", <https://www.cbc.ca/news/canada/newfoundland-labrador/ukrainian-doctors-in-nl-1.6523980>, (10.11.2022).
- UN News, "Russia Vetoes Security Council Resolution Condemning Attempted Annexation of Ukraine Regions", <https://news.un.org/en/story/2022/09/1129102>, (10.11.2022).
- UN, "MINUSTAH", <https://peacekeeping.un.org/en/mission/minustah>, (10.11.2022).
- UN, "United Nations Peacekeeping", <https://peacekeeping.un.org/en/node>, (13.11.2022).
- UN, "What is Peacekeeping", <https://peacekeeping.un.org/en/what-is-peacekeeping>, (13.11.2022).
- UN, "What We Do", <https://peacekeeping.un.org/en/what-we-do>, (10.11.2022).
- UNSC, "Resolution 1542", <https://digitallibrary.un.org/record/520532>, (05.11.2022).
- UNSC, <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/health-crises/>, (10.11.2022).
- WHO, "Courses", <https://openwho.org/courses>, (10.11.2022).
- WHO, "Emergency Appeal - Ukraine & Refugee Receiving and Hosting Countries", <https://www.who.int/publications/m/item/emergency-appeal---ukraine-an-refugee-receiving-and-hosting-countries>, (10.11.2022), ss. 1-11.

- WHO, "Global Health for Peace Initiative", <https://www.who.int/initiatives/who-health-and-peace-initiative> (10.11.2022).
- WHO, "Surveillance System for Attacks on Health Care (SSA)", https://extranet.who.int/ssa/LeftMenu/Index.aspx?utm_source=Stopping%20attacks%20on%20health%20care%20QandA&utm_medium=link&utm_campaign=Link_who, (10.11.2022).
- WHO, "War in Ukraine: Situation Report from WHO Ukraine Country Office", <https://www.who.int/europe/publications/i/item/WHO-EURO-2022-5319-45083-66020>, (10.11.2022), ss. 1-12.
- WHO, "War in Ukraine: Situation Report from WHO Ukraine Country Office", <https://www.who.int/europe/publications/i/item/WHO-EURO-2022-5319-45083-67125>, (10.11.2022).
- WHO, "Who We Are", <https://www.who.int/about/who-we-are>, (10.11.2022).
- WHO, "International Health Regulations", <https://www.who.int/publications/i/item/9789241580496>, (09.11.2022). WHO, "IHR Emergency Committees", <https://www.who.int/teams/ihr/ihr-emergency-committees>, (10.11.2022).
- WHO, "International Health Regulations", <https://www.who.int/publications/i/item/9789241580410>, (15.11.2022).
- WHO, "WHO Coronavirus (COVID-19) Dashboard", <https://covid19.who.int>, (10.11.2022)
- World Bank, "Physicians (per 1,000 People)", <https://data.worldbank.org/indicator/SH.MED.PHYS.ZS>, (10.11.2022).

NÜKLEER ENERJİ ALANINDA ÜÇÜNCÜ ŞAHIS SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN 1960 TARİHLİ PARİS SÖZLEŞMESİ'Nİ DEĞİŞTİREN 2004 PROTOKOLÜ İLE 7381 SAYILI NÜKLEER DÜZENLEME KANUNU'NUN MUKAYESE VE DEĞERLENDİRİLMESİ^(*)

Arş. Gör. Zehra KORKMAZ^(**)

Öz

Bu çalışmada öncelikle uluslararası nükleer sorumluluk rejimlerine duyulan ihtiyaç, uluslararası nükleer sorumluluk hukuku rejimleri, ilgili sözleşmeler, Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi ve ilgili protokolleri ile 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu hakkında bilgi verilmiştir. Uluslararası nükleer sorumluluk hukukuna hakim olan temel ilkeler bağlamında Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü ve 7381 Sayılı Kanun mukayese edilmiştir. Bu çerçevede münhasır sorumluluk, kusursuz sorumluluk, sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılması, zorunlu malî güvence, sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılması, yargılama yetkisi, uygulanacak hukuk ve kararların icrası ile ayrımcılık yapmama temel ilkeleri izah edilerek mukayese ve değerlendirmelerde bulunulmuştur. Sonunda da buna ilişkin kapsamlı bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Nükleer Enerji Hukuku, Paris Sözleşmesi, 2004 Protokolü, 7381 Sayılı Kanun, Uluslararası Nükleer Sorumluluk Hukukuna Hakim Olan İlkeler, Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğu.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.05.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 31.05.2023.

Atıf Şekli: Zehra Korkmaz, "Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü ile 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu'nun Mukayese ve Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 417-500.

DOI: 10.52273/sduhfd..1298643.

^(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye; Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, İstanbul, Türkiye.

E-posta: zehrakorkmaz@sdu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9015-5457>.

COMPARISON AND ASSESSMENT OF 1960 PARIS CONVENTION ON THE THIRD PARTY LIABILITY IN THE FIELD OF NUCLEAR ENERGY AS AMENDED BY THE PROTOCOL OF 2004 AND THE NUCLEAR REGULATORY ACT NO. 7381

Abstract

In this article, information about the need for international nuclear liability regimes, the law of international nuclear liability regimes, related conventions, 1960 Paris Convention on the Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and its relevant protocols and the Nuclear Regulatory Act No. 7381 are given. 1960 Paris Convention on the Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy as amended by the Protocol of 2004 and Act No. 7381 have been compared in the context of the basic principles in international nuclear liability law. In this context, the principles of exclusive liability, strict liability, liability limits: amount, compulsory financial security, liability limits: time, jurisdiction, applicable law, enforcement of judgments and non-discrimination were explained. At the end, comparisons and a comprehensive assessments were made in the context of these principles.

Keywords

Nuclear Energy Law, Paris Convention, The Protocol of 2004, The Act No. 7381, Basic Principles In International Nuclear Liability Law, The Third Party Liability In the Field of Nuclear Energy.

GİRİŞ

Dünya üzerinde enerjiye olan talep her geçen gün artmaktadır ve bu talebi karşılamak için devletler yeni enerji kaynaklarına ihtiyaç duymaktadır. Yenilenebilir olmayan enerji kaynaklarının sınırlı oluşu, çevreye verdiği zararlar vs. göz önüne alındığında; yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelimin arttığı söylenebilmektedir. Yenilenebilir olmayan enerji kaynakları içerisinde de maksimum enerji elde etme yönteminin nükleer enerji olduğu ve dünyada zaman zaman sekteye uğrasa da nükleer enerjiye yönelik bir talebin olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir.

Devletler hem artan enerji ihtiyaçlarını karşılayabilmek hem de enerji dışı bağımlılıklarını en aza indirmek gayesiyle nükleer enerji yatırımları yapma ya da söz konusu yatırımlarını artırma yolunu seçmektedir. Nükleer bir kaza gerçekleşme riskinin her ne kadar az olduğu ifade edilse de nükleer bir kaza yaşanması halinde bu kazanın sebep olduğu zararlar çok büyük çapta olabilmekte ve sınırlar aşabilmektedir. Bu sebeple, uluslararası nükleer sorumluluk konusu oldukça önemlidir. Nitekim bu alanda uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmeleri ihdas edilmiştir.

Dünya üzerinde uluslararası nükleer sorumluluk hukuku alanında Paris ve Viyana Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokolü ayrı bir rejim olarak saymaz isek; esas itibarıyla üç temel rejimin var olduğu görülmektedir. Bu düzenlemeler; 1960 Tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi, 1963 Tarihli Nükleer Zararlar Hakkında Hukuki Sorumluluğa İlişkin Viyana Sözleşmesi ve son olarak 2015 yılında yürürlüğe giren Nükleer Zararların Ek Tazminine İlişkin Sözleşme'dir. Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 tarihli Paris Sözleşmesi, 1964 Ek Protokolü, 1982 Protokolü ve son olarak 2004 Protokolü ile değişikliklere uğramıştır.

Türkiye açısından durumu değerlendirdiğimizde de hem komşu ülkelerinin nükleer santrale sahip olması hem de hali hazırda kendi nükleer santral projelerine sahip olması sebebiyle uluslararası nükleer sorumluluk konusu Türkiye için de çok daha önemli hale gelmiştir. Türkiye, 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi'ne, 1964 ve 1982 tarihli Ek Protokoller ile Ortak Protokol'e taraftır. Son olarak 2004 Protokolü'ne de taraf olmuştur. Anayasa madde 90/V'e göre "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir...*" hükmü gereğince söz konusu anlaşma Türk hukuku açısından kanun hükmündedir. 08.03.2022 tarihine kadar Türk iç hukukunda bu konuda özel bir kanuni

düzenleme bulunmamaktaydı. Bu konuda ciddi bir ihtiyaç var olsa da doğrudan uygulanabilir hükümlere sahip olması sebebiyle Paris Sözleşmesi, Türk hukuku açısından nükleer sorumluluk hukukunun temelini teşkil etmekteydi. 08.03.2022 tarihinde nükleer sorumluluğu hüküm altına alan kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte Türkiye açısından Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu nükleer sorumluluk hukukunun temel dayanaklarını oluşturmaktadır.

Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü 01.01.2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu protokolün yürürlüğe girmesiyle birlikte Paris Sözleşmesi'nin yürürlükte olan son hali bu halidir. Nükleer Düzenleme Kanunu ise, 08.03.2022 tarihli ve 31772 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu'nun "Nükleer Zararlara İlişkin Hukuki Sorumluluk" başlıklı beşinci bölümünde nükleer zararlardan kaynaklanan hukuki sorumluluk hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmada 2004 Protokolü ile Paris Sözleşmesi'nin almış olduğu son hali ve 7381 sayılı Kanun'un nükleer zararlara ilişkin hukuki sorumluluğu ele alan hükümleri uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmelerinin dayandığı temel ilkeler bağlamında¹ mukayese edilecek ve bu açıdan değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Bu kapsamda öncelikle uluslararası nükleer sorumluluk rejimlerine neden ihtiyaç duyulduğuna değinilecektir. Akabinde uluslararası nükleer sorumluluk hukuku rejimleri hakkında genel bilgiler verilecektir. Sonrasında uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmeleri ve Paris Sözleşmesi ile 7381 Sayılı Kanun'a ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Bu sözleşmelerin dayandığı temel ilkeler ele alınacaktır. Aynı başlık altında 2004 Protokolü² ve 7381 Sayılı Kanun mün-

¹ Temel ilkeler tüm nükleer sorumluluk sözleşmelerinde aynı şekilde yer almaktadır. Her bir maddenin ayrıntılı bir şekilde ele alınması hem makalenin hacmini genişletecek hem konunun anlaşılmasını zorlaştıracak hem de çalışmanın kapsamını aşacaktır. Bu sebeple çalışmada temel ilkeler bağlamında bir değerlendirme yapılması amaçlanmıştır.

² Paris Sözleşmesinin 1960 tarihli ilk haline, 1964 Ek Protokolü ve 1982 Protokolü ile sözleşmede yapılmış olan değişikliklerine konunun anlaşılabilirliğinin sağlanması adına dipnotta yer verilmesi uygun görülmüştür. Sözleşme hükümlerinin ve sözleşmenin gerekçesi olarak ifade edebileceğimiz "Expose des Motifs"inin çevirileri tarafımızca yapılmıştır. Ancak, 2004 Protokolü ile önemli ölçüde değişikliğe uğramış ilkeler açısından değişikliklerin tam olarak görülebilmesi adına Paris Sözleşmesi hükümleri ele alınırken 1982 ve 2004 Protokolü başlıklandırılması yapılması tercih edilmiştir. 1982 Protokolü'ndeki düzenlemeler ele alınırken -miş ya da -di'li ifade kullanmanın akıcılığa zarar vereceği düşünüldüğünden geniş zaman ifadesi kullanılması tercih edilmiştir.

hasır sorumluluk, kusursuz sorumluluk, sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılması, zorunlu malî güvence, sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılması, yargılama yetkisi, uygulanacak hukuk ve kararların icrası ve ayrımcılık yapmama ilkeleri açısından mukayese edilecek ve buna ilişkin değerlendirmeler sonuç bölümünde yapılacaktır.

I. ULUSLARARASI NÜKLEER SORUMLULUK HUKUKU REJİMLERİNE DUYULAN İHTİYAÇ

Nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla üretimi ve kullanımı³, özel nitelikte riskler içermektedir ve etki alanı geniş zararlar meydana getirme potansiyeline sahiptir. Nükleer enerji üretimi ve kullanımı alanında yüksek seviyede güvenlik önlemleri elde edilmiştir. Bu güvenlik önlemleri neticesinde bir nükleer hadisenin gerçekleşme olasılığı oldukça düşük de olsa; hem büyük çapta zararların meydana gelmesine sebep olabilecek hadiselerin vuku bulma olasılığı⁴ hem de radyoaktif sızıntı riski göz ardı edilmemelidir. Bir zamanlar nükleer teknoloji ile ilgili tek deneyim İkinci Dünya Savaşı'nda yaşananlara dayanmaktaydı. Ve bu durumun doğal sonucu olarak ilk ticari nükleer reaktörler ortaya çıkar çıkmaz, ciddi bir nükleer kazanın olası etkilerinden ve bu tür bir kazanın üçüncü şahıslara yönelik sonuçlarından kimin sorumlu olacağı konusunda endişeler ortaya çıkmıştı.⁵ Nükleer Enerji Ajansı Hukuk İşleri eski başkanı Julia Schwartz'ın da ifade ettiği gibi nükleer enerjiye direniş büyük ölçüde bir nükleer santralde ya da nükleer nakliye işlemleri sırasında meydana gelen bir kazanın ardından halkın zarar görme korkusundan kaynaklanmaktadır⁶ ve bu korku bugün dahi varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle hem bu yeni ve gelecek vaad eden endüstriyi

³ 1982 Protokolü'ne ait Expose des Motifs'in girişinin ilk paragrafında "nükleer enerji üretimi ve kullanımı" ifadesi yer alırken, 2004 Protokolü'ne ait Expose des Motifs'de "barışçıl amaçlarla nükleer enerjinin üretimi ve kullanılması" ifadesi yer almaktadır. Her ne kadar 1982 Protokolü'ne ait Expose des motifs'de de bu şekilde ifade kullanılarak kastedilenin "barış amaçlarla" nükleer enerji üretimi ve kullanımı olduğu anlaşılrsa da bu ifadenin açıkça yer alması Sözleşme'nin ruhuna daha uygundur. Bu nedenle, burada 2004'te yer alan ifadenin kullanılması uygun bulunmuştur.

⁴ Expose des motifs (16.11.1982 tarihinde OECD Konseyi tarafından onaylanan Paris Sözleşmesi'nin Expose des Motifs'inin gözden geçirilmiş metni), Giriş, Paragraf 1. https://www.oecdnea.org/law/nlparis_motif.html (10.03.2023).

⁵ Alain Quéré, "Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third Party Liability Regime", *Nuclear Law Bulletin*, 2014, S. 94, s. 79.

⁶ Julia Schwartz, "Liability and Compensation for Nuclear Damage", *International School of Nuclear Law, NEA and University of Montpellier 1*, 2012, aktaran Quéré, s. 79.

geliştirmek hem de halkın korunmasını sağlamak için bir çözümün bulunmasına ihtiyaç duyulmuştur.⁷

1950’li yıllarda nükleer endüstrinin gelişmesini teşvik eden devletler, nükleer bir kazanın etkilerinin siyasi ya da coğrafi sınırlarda durmayabileceğinin farkına varmışlardır. Komşu bir ülkede meydana gelen nükleer bir hadise neticesinde zarara uğrayan ülkedeki mağdurlara yeterli tazminatın sağlanması bu alanda uluslararası düzenlemelerin kabul edilmesi gerektiği anlamına geliyordu. Bu durum özellikle dünyadaki reaktörlerin ve ilgili tesislerin büyük bir bölümünün bulunduğu ya da yapım aşamasında olduğu Batı Avrupa için elzem görülmüştü. Bu ülkeler arasındaki anlaşma düzenlemeleri, nükleer zarar tazminat taleplerini ele almak için hangi ülkenin mahkemelerinin yetkili olacağı, hangi ülkenin yasalarının uygulanacağı ve bu kararların mağdurların faydalarına olacak şekilde nasıl icra edileceği gibi karmaşık soruları çözüme kavuşturacaktı.⁸ Ayrıca, nükleer bir hadisenin muhtemel büyüklüğü, ulusal sigorta havuzları arasında uluslararası işbirliğini gerektiriyordu.⁹ Olası tazminat taleplerini karşılamak için yeterli malî güvence ancak, uluslararası sigorta piyasasının kaynaklarının koasürans ve reasürans¹⁰ yoluyla etkili bir şekilde düzenlenmesiyle sağlanabilirdi. Sigortacılar tarafından uluslararası düzeyde bir iş birliği sağlanması, uluslararası düzeyde tek tip üçüncü şahıs sorumluluk kuralları oluşturulmasını da zorunlu hale getirecek idi. Sonuç olarak, üçüncü şahıs sorumluluğu nükleer enerjinin barışçıl kullanımından sorumlu olan tüm uluslararası örgütlerde¹¹ tartışma konusu haline gelmişti.¹²

⁷ Quéré, “Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third Party Liability Regime”, s. 79.

⁸ Julia, Schwartz, “Liability and Compensation for Third Party Damage Resulting from a Nuclear Incident” içerisinde *International Law: History, Evolution and Outlook*, OECD Publications, 2010, s. 313-314.

⁹ Ulusal nükleer sigorta havuzları genellikle yeterli kapasiteyi elde etmek için uluslararası nükleer sigorta piyasasına başvurur. Bkz. Schwartz, 2010, s. 314.

¹⁰ Koasürans, birkaç sigortacının belirli bir riski, bireysel hisselerinin toplamının %100’ü olacak şekilde müştereken sigortalaması anlamına gelmektedir. Reasürans ise, bir sigortacının ya da müşterek sigortacının üstlendiği riskin bir kısmını, esasen kendisinin sigortaladığı riski sigortalamak üzere prim ödediği başka bir sigortacıya devretmesi olarak tanımlanmaktadır. Schwartz, 2010, s. 314.

¹¹ Bu örgütler, Avrupa Ekonomik İş Birliği Örgütü (OEEC, daha sonra Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Örgütü adını almış ve kısaltması, OECD olmuştur.), Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu (EURATOM)’dur. Schwartz, 2010, s. 314.

¹² Schwartz, 2010, s. 313.314.

Ulusal hukukları uyumlu hale getirmenin hukuki kesinlik oluşturacağı, mağdurlar arasında ayırım yapma ihtimalini ortadan kaldıracığı ve uyumlaştırılmış mevzuata sahip ülkelerdeki davacıların kazanın ya da zararın meydana geldiği yer dikkate alınmaksızın davalarının benzer hükümlerle muhakeme edilmesini sağlayacağı ifade edilmiştir.¹³ Olası mağdurlar için nükleer maddelerin bir ülkeden diğerine nakliyesinden kaynaklanan zararlar için sorumluluğu tayin etmek ve tazminat taleplerini ele almak için hangi ülke mahkemelerinin yargı yetkisine sahip olacağı, bu taleplere hangi ülke kanunlarının uygulanacağı gibi karmaşık soruları çözen sınır ötesi faaliyetlere ilişkin ortak bir kurallar dizisi belirlemek oldukça önemli olmuştur.¹⁴

Devletler, halkın nükleer enerji üretiminden kaynaklanan özel nitelikteki risklerden¹⁵ korunması gerektiği konusunda hemfikirdiler. Bu korumayı sağlarken de bir yandan nükleer enerji endüstrisinin gelişiminin sağlanmasına bir yandan da bu endüstriden elde edilecek ekonomik menfaatler ile yatırımcılara ve tedarikçilere yönelik yıkıcı tazminat talepleri arasında bir denge kurulmasına ihtiyaç duyulduğunu fark etmişlerdir.¹⁶ Nükleer enerji endüstrisinin gelişimine yönelik hukuki ve malî engellerin ortadan kaldırılmasına yönelik atılan adımlar, masum üçüncü kişilerin maruz kalacağı olası zararların tazmininin garanti altına alınması ihtiyacını doğurmuştur. Bu durum da nükleer kaza durumunda hangi kuralların uygulanması gerektiği meselesini gündeme getirmiştir. Haksız fiil hukukuna ilişkin kuralların nükleer kazalara uygulanması, olası mağdurların zararlarını tazmin etmekte sorun yaşamalarına neden olabilecektir. Mağdurlar, olası bir kaza durumunda nükleer kazaya karışan kişilerden hangisi ya da hangilerinin hukuki olarak zarardan sorumlu olacaklarını tespit etme noktasında zorluk yaşayacaklardır. Zira, bu alanda karmaşık teknolojik ayrıntılar bulunmaktadır. Tesisi dizayn eden mi, inşa eden mi, tesisin tedarikçisi mi, tesisi işleten mi zarardan sorumlu olacaktır? Ayrıca haksız fiil hukukuna ilişkin kurallar uygulandığı takdirde, mağdurların kazaya ilişkin faillerin biri ya da birkaçının fiilleri ile kaza arasında bir illiyet bağı kurmaları da gerekecektir. Tüm bu durumlar dikkate alınarak, haksız fiil kuralları yerine nükleer enerji üretiminde yer alan özel

¹³ International Atomic Energy Agency, *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage Explanatory Texts*, IAEA Publications, 2017, s. 5.

¹⁴ Schwartz, 2010, s. 314.

¹⁵ Carlton Stoiber - Alec Baer - Norbert Pelzer - Wolfram Tonhauser, *Handbook on Nuclear Law*, International Atomic Energy Agency, Vienna, 2003, s. 107.

¹⁶ Raphael J. Heffron - Stephen F. Ashley - William J. Nuttall, "The Global Nuclear Liability Regime Post Fukushima Daiichi", *Progress in Nuclear Energy*, 2016, S. 90, s. 1.

nitelikteki risklerin dikkate alındığı özel bir rejimin formüle edilmesi gerektiği ortaya çıkmıştır. Ve bu rejim, günümüzde birçok sanayileşmiş ülkede kabul gören uluslararası nükleer sorumluluk hukukunun temelini oluşturmuştur.¹⁷

Nükleer faaliyetlerde bulunan tüm devletlerin geleneksel haksız fiil hukukunun nükleer enerjinin ihtiva ettiği özel risklere uygun bir araç olmadığı sonucuna ulaşmasıyla birlikte¹⁸ birkaç yıl içerisinde nükleer zararlardan kaynaklanan hukuki sorumluluğu ele alan iki ana sözleşme ortaya çıkmıştır.¹⁹ 1960 yılında, Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahısların Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi, OEEC²⁰'nin önderliğinde Batı Avrupa üye ülkeleri tarafından kabul edilmiştir. Ancak, uluslararası bir rejime olan ihtiyacı önceden gören yalnızca bu bölgesel uluslar grubu olmamıştır. Bundan yalnızca 3 yıl sonra 1963 yılında, Orta ve Güney Amerika, Afrika, Asya Pasifik ve Doğu Avrupa'dan IAEA²¹ üyesi olan bazı devletler, Paris Sözleşmesi'nde belirtilenlerle aynı temel ilkelere sahip olan ikinci bir uluslararası düzenlemeyi kabul etmiştir. Bu hukuki düzenleme, Nükleer Zararlardan Hukuki Sorumluluğa İlişkin Viyana Sözleşmesi olmuştur.

II. GENEL OLARAK ULUSLARARASI NÜKLEER SORUMLULUK HUKUKU REJİMLERİ

1950'li yıllarda nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla üretimi ve kullanımı geliştirilince, hem nükleer bir kazadan kaynaklanan kişilere ve mallara verilen zararların yeterli bir şekilde tazmininin sağlanması hem de sektörü, nükleer teknolojinin geliştirilmesine ve belirsiz ve yıkıcı olma potansiyeline sahip sorumluluk yüklerine maruz bırakmadan sorumluluk üstlenmeye teşvik etmek için üçüncü şahısların nükleer sorumluluğunu ele alan özel bir hukuki çerçeve oluşturulmuştur.²² Uluslararası ve ulusal düzeylerde yüksek seviyede güvenlik, emniyet ve koruma elde

¹⁷ Schwartz, 2010, s. 307-308, Ayşe Aslıhan Erbaşı Çuhadar, "Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 6, S. 3, s. 343-344.

¹⁸ Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 107, Schwartz, 2010, s. 307-308, Serdar Demirci, "Nuclear Energy and Insurance Problematic of Turkey", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, S. 2, s. 262.

¹⁹ Simon Carroll, "Perspective on the Pros and Cons of a Pooling-type Approach to Nuclear Third Party Liability", *Nuclear Law Bulletin*, 2008/1, S. 81, s. 76.

²⁰ Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü, şimdiki adı OECD (Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü)'dir.

²¹ Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı.

²² Norbert Pelzer, "Focus on the Future Nuclear Liability Law", *Journal of Energy&Natural Resources Law*, 1999, C. 17, S. 4, s. 332.

etmek için güçlü programların geliştirilmesine anlaşılır bir şekilde büyük bir özen gösterilmektedir. Yüksek güvenlik seviyelerine ulaşma çabalarına rağmen, nükleer bir tesiste (yani, yalnızca nükleer enerji santrali değil aynı zamanda içerisinde nükleer yakıt, nükleer maddeler, radyoaktif ürün ya da atık bulunan herhangi bir tesis) veya nükleer maddelerin nükleer bir tesise ya da tesisten nakliyesi sırasında kazaların meydana gelebilme olasılığı devam etmektedir. 1979'da Üç Mil Adası, 1986'da Çernobil ve 2011'de Fukushima Daiichi kazalarından edinilen tecrübeler, ciddi kazaların hem insanları hem de malları etkileyen çeşitli ve geniş kapsamlı sonuçları olabileceğini göstermiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, olağan haksız fiil hukukuna ilişkin kuralların klasik riskler için uygun olduğu ancak, bu kuralların nükleer zarar mağdurlarının yeterli ve zamanında tazminat elde etmelerine yardımcı olmaktan ziyade buna engel olacağı görüşü nükleer sorumluluk rejimlerinin gelişimin dayanak noktasını oluşturmuştur.²³ Bu nedenlerle çeşitli uluslararası nükleer sorumluluk düzenlemeleri oluşturulmuş ve kabul edilmiştir. Bu düzenlemeler, uluslararası nükleer sorumluluk hukukunun temel dayanaklarını oluşturmaktadır.

1960'ların başından itibaren oluşturulan uluslararası nükleer sorumluluk hukuku rejimleri dört temel amaca hizmet etmektedir. Bu amaçlar, nükleer güvenliği güçlendirerek ve nükleer hadiseleri önleyerek halkı korumak, nükleer zarar mağdurlarının zararlarını tazmin etmek, nükleer endüstrinin ve özellikle nükleer güvenlik gereçleri ve teknolojisi tedarikçilerinin varlığını sürdürmesini muhafaza etmek ve bu rejime katılan ülkelerin mevzuatlarını uyumlu hale getirmektir. Böylece, ortak ilkeler aracılığıyla nükleer enerji kullanımının daha güvenli gelişmesi sağlanacaktır.²⁴ Şu anda bu temel amaçları ihtiva eden altı²⁵ uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmesi mevcuttur.²⁶ Bu sözleşmeler şu şekilde sıralanmaktadır²⁷;

²³ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31319/nuclear-liability (14.05.2023).

²⁴ Jeffrey A. Miller, "Putting the Cart Before the Horse - The Case Against a New Regime Covering Radioactive Incidents During Transport", *Nuclear Law Bulletin*, 2004/1, S. 73, s. 9.

²⁵ Miller, "Putting the Cart Before the Horse - The Case Against a New Regime Covering Radioactive Incidents During Transport", s. 9-10.

²⁶ Miller, "Putting the Cart Before the Horse - The Case Against a New Regime Covering Radioactive Incidents During Transport", s. 8-11, Steven McIntosh, "Nuclear Liability and Post-Fukushima Developments", içinde *Nuclear Law: The Global Debate*, Asser Press, Vienna, 2022, s. 250, Mohamed El Baradei - Edwin Nwogugu - John Rames, "International Law and Nuclear Energy: Overview of the Legal Framework", *IAEA Bulletin*, 1995, S. 3, s. 19.

²⁷ Sözleşmeler hakkında bilgiler ilerleyen dipnotlarda ve "Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimlerine İlişkin Sözleşmeler" başlığı altında yer almaktadır. Paris ve Brüksel rejimi hakkında ayrıntılı bilgilere "Paris Sözleşmesi ve 7381 Sayılı Kanun" başlığı altında ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Burada kısaca zikredilmiştir.

- 1) Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 tarihli Paris Sözleşmesi²⁸ ve 1964, 1982 ve 2004 Protokolleri ve Paris Sözleşmesi'ne Ek 1963 tarihli Brüksel Ek Sözleşmesi²⁹ ve 1964, 1982 ve 2004 Protokolleri,
- 2) Nükleer Zararlardan Hukuki Sorumluluğa İlişkin 1963 tarihli Viyana Sözleşmesi³⁰ ve 1997 Protokolü³¹,
- 3) Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin 1988 tarihli Ortak Protokol³²,

²⁸ The Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (Paris Convention - PC). Sözleşme, 1960 yılında OECD öncülüğünde Paris'te imzaya açılmıştır. Kısaca Paris Sözleşmesi.

²⁹ The Convention Supplementary to the Paris Convention (Brussels Supplementary Convention - BSC). 1963 yılında Brüksel'de imzaya açılmıştır. Kısaca Brüksel Ek Sözleşmesi.

³⁰ The Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (Vienna Convention - VC). Kısaca Viyana Sözleşmesi. Nükleer Zararlar Hakkında Hukuki Sorumluluğa İlişkin Viyana Sözleşmesi, 21.05.1963 tarihinde imzaya açılmış ve 12.11.1977'de yürürlüğe girmiştir. Sekreteryası IAEA tarafından yürütülmektedir. Arjantin, Ermenistan, Belarus, Benin, Bolivya, Bosna Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Kamerun, Şili, Hırvatistan, Küba, Çek Cumhuriyeti, Mısır, Estonya, Gana, Macaristan, Ürdün, Kazakistan, Letonya, Lübnan, Litvanya, Morityus, Meksika, Karadağ, Fas, Nijer, Nijerya, Kuzey Makedonya, Peru, Filipinler, Polonya, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu, Ruanda, Saint Vincent ve Grenadine Adaları, Suudi Arabistan, Senegal, Sırbistan, Slovakya, Trinidad ve Tobago, Ukrayna ve Uruguay Viyana Sözleşmesi'ne taraftır. Kolombiya, İsrail, İspanya ve Birleşik Krallık sözleşmeyi imzalamışlar ancak onaylamamışlardır. Bkz. https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/liability_status.pdf (14.05.2023).

³¹ 12.09.1997 yılında revize edilen Viyana Sözleşmesi'nin revize hali 04.10.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sekreteryası IAEA tarafından yürütülmektedir. Arjantin, Belarus, Benin, Bosna Hersek, Gana, Ürdün, Kazakistan, Letonya, Karadağ, Fas, Nijer, Polonya, Romanya Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri 1997 Protokolü'ne taraftır. Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Endonezya, İtalya, Lübnan, Litvanya, Peru, Filipinler ve Ukrayna sözleşmeyi imzalamışlar ancak onaylamamışlardır. Bkz. https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/protamend_status.pdf (14.05.2023).

³² The Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention (Joint Protocol). Kısaca Ortak Protokol. Paris Sözleşmesi ve Viyana Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol, 21.09.1988 tarihinde imzaya açılmış ve gerekli onay prosedürlerinin tamamlanmasıyla 27.04.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sekreteryası IAEA tarafından yürütülen protokole, otuz üç ülke taraftır. Taraf olan ülkeler şunlardır; Benin(VC), Bulgaristan(VC)*, Kamerun(VC), Şili(VC), Hırvatistan(VC), Çek Cumhuriyeti(VC)*, Danimarka(PC), Mısır(VC), Estonya(VC), Finlandiya(PC)*, Fransa(PC)*, Almanya(PC)*, Gana(VC), Yunanistan(PC), Macaristan(VC)*, İtalya(PC), Letonya(VC), Litvanya(VC), Karadağ(VC), Fas(VC), Hollanda(PC)*, Norveç(PC), Polonya(VC), Romanya(VC)*, Saint Vincent ve Grenadinler(VC), Slovakya(VC)*, Slovenya(VC)*, İsveç(PC)*, İsviçre(PC)*, Türkiye(PC), Ukrayna(VC)*, Birleşik Arap Emirlikleri(VC)* ve Uruguay(VC)'dir. * işareti ile gösterilen ülkeler, halihazırda işletilmekte olan en az bir nükleer santrale sahip ülkeler olarak protokole taraf olan devletlerin yer aldığı listede belirtilmiştir. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_29284/joint-protocol

- 4) Nükleer Zararların Ek Tazminine İlişkin Sözleşme³³,
- 5) Nükleer Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Hukuki Sorumluluğa Dair 1971 tarihli Brüksel Sözleşmesi³⁴ ve
- 6) Nükleer Gemi İşletenlerinin Sorumluluğuna İlişkin Brüksel Sözleşmesi.³⁵

relating-to-the-application-of-the-vienna-convention-and-the-paris-convention-joint-protocol (14.05.2023). Ortak Protokol, Paris ve Viyana Sözleşmeleri arasında bir köprü görevi görmektedir ve bir sözleşmenin ülkesinde bulunan mağdurlara sağlamış olduğu faydalardan diğer sözleşmeye katılmış olanların da etkin bir şekilde yararlanmalarını sağlayacak şekilde uygulama alanını genişletmektedir. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_29284/joint-protocol-relating-to-the-application-of-the-vienna-convention-and-the-paris-convention-joint-protocol (14.05.2023).

³³ The Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage (CSC). Kısaca Ek Tazmin Sözleşmesi. Ek Tazminat Sözleşmesi, 12.09.1997 tarihinde imzaya açılmış ve 15.04.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Arjantin (V), Benin (V), Kanada (A), Gana (V), Hindistan (A), Japonya (A), Karadağ (V), Fas (V), Romanya (V), Birleşik Arap Emirlikleri (V) ve Amerika Birleşik Devletleri (A) sözleşmeye taraf olmuştur. Avustralya, Çek Cumhuriyeti (V), Endonezya, İtalya (P), Lübnan (V), Litvanya (V), Morityus (V), Peru (V), Filipinler (V), Senegal (V) ve Ukrayna (V) sözleşmeyi imzalamış olmalarına rağmen, onay belgelerini tevdi etmemişlerdir. Bkz. https://www-legacy.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/supcomp_status.pdf (14.05.2023). “V”, Nükleer Zararların Ek Tazmini Sözleşmesi’nde I/a maddesinde tanımlandığı şekliyle “Viyana Sözleşmesi’ne taraf devleti ifade etmektedir. “A”, ulusal/iç hukukunun Sözleşme Eki hükümlerine uygun olduğunu beyan eden devleti ifade etmektedir. “P”, Nükleer Zararların Ek Tazmini Sözleşmesi’nde I/b maddesinde tanımlandığı şekliyle “Paris Sözleşmesi’ne taraf devleti ifade etmektedir. Bkz. https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/supcomp_status.pdf (14.05.2023).

³⁴ Convention Relating to Civil Liability in the Field of Maritime Carriage of Nuclear Material (The Maritime Convention). Kısaca 1971 Brüksel Sözleşmesi. Kısaca Denizcilik Sözleşmesi. 17.12.1971’de imzaya açılan sözleşme, 15.07.1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sekreteryası, Uluslararası Denizcilik Örgütü tarafından yürütülmektedir. [Orijinal adı Hükümetlerarası Denizcilik Danışma Örgütü (IMCO- Inter-Governmental Maritime Consultative Organization) idi ancak, 1982 yılında Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO-International Maritime Organization) olarak değiştirildi. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.imo.org/en/About/History/Of-IMO/Pages/Default.aspx> (14.05.2023). Sözleşme’nin tarafları; Arjantin, Belçika, Bulgaristan, Danimarka, Dominik, Almanya Federal Cumhuriyeti, Finlandiya, Fransa, Gabon, İtalya, Letonya, Liberya, Hollanda, Norveç, İspanya, İsveç ve Yemen’dir. Bkz. [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Convention-relating-to-Civil-Liability-in-the-Field-of-Maritime-Carriage-of-Nuclear-Material-\(NUCLEAR\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/Convention-relating-to-Civil-Liability-in-the-Field-of-Maritime-Carriage-of-Nuclear-Material-(NUCLEAR).aspx) (14.05.2023).

³⁵ Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships. 25.05.1962’de imzaya açılmıştır. Bu alanda yasal ve düzenleyici bir çerçeve oluşturma ihtiyacı kendinden tahrikli gemi teknolojisi yeterli kârlılık seviyesine ulaşamadığından ve talep görmediğinden durmuştur. 1962 tarihli Nükleer Gemi İşletenlerinin Sorumluluğuna İlişkin Brüksel Sözleşmesi, hiçbir nükleer gemi sahibi devlet tarafından imzalanmadığı için yürürlüğe girmemiştir. Bkz. Andrey Popov, “Russian Vision of the Problems and Prospects of the International Legal Framework in the Context of Small Modular Reactors and Transportable Nuclear Power Units” içinde **Nuclear Law the Global Debate**, Asser Press, Vienna, 2022, s. 47.

Esasen birçok kaynakta uluslararası nükleer sorumluluk rejiminin Paris Sözleşmesi, Viyana Sözleşmesi ve Nükleer Zararların Ek Tazmini Sözleşmesi'nden teşekkül ettiği ifade edilmektedir.³⁶ Ortak Protokol ayrı bir rejim olarak değerlendirilmemiştir. Oldukça az sayıda kaynak beşinci ve altıncı maddelerde yer alan sözleşmelere de yer vermektedir. Tüm uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmelerinin bir bütün halinde görülmesi adına çalışmamızda tüm bu sözleşmelerin zikredilmesi uygun görülmüştür.

III. ULUSLARARASI NÜKLEER SORUMLULUK HUKUKU REJİMLERİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

1986 yılındaki yaşanan Çernobil felaketi, 1963 yılında Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı öncülüğünde kabul edilen Nükleer Zarardan Hukuki Sorumluluğa İlişkin Viyana Sözleşmesi'nin tabiri yerindeyse "güzellik uykusundan uyanması-na"³⁷ neden olmuştur. Yukarıda ifade edildiği üzere, Viyana Sözleşmesi, 1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesi'nden 3 yıl sonra kabul edilmiş ve nükleer zarara ilişkin hukuki sorumluluğu Paris Sözleşmesi ile aynı kavramsal temelde düzenlemiştir.³⁸ İki sözleşme arasında hükümlerinden kaynaklananlar³⁹ haricindeki temel fark, Paris Sözleş-

³⁶ Andrea Gioia, "Damage Giving Rise to Compensation Under the International Nuclear Liability Regime", içinde *Nuclear Law Institute a Collective View on a Decade of Capacity Building and Development in Nuclear Law*, International Atomic Energy Agency, Vienna, 2022, s. 140, Helen Cook, Helen, *The Law of Nuclear Energy*, Second Edition, Thomson Reuters/Sweet&Maxwell, London, 2018, s. 40, Raphael J. Heffron - Ashley - Nuttall, "The Global Nuclear Liability Regime Post Fukushima Daiichi", s. 2.

³⁷ Vanda Lamm, "The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention", *Nuclear Law Bulletin*, 1998, S. 61, s. 7.

³⁸ Lamm, "The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention", s. 7, Jakob Handrlica, "European Nuclear Liability Law: Reflecting the Most Recent Developments", *Common Law Review*, 2012, S. 12, s. 37, Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 108, Julia A. Schwartz, "Liability and Compensation for Third Party Damage Resulting From a Nuclear Incident", *Principles and Practice of International Nuclear Law*, Nuclear Energy Agency, 2022, s. 425.

³⁹ Örneğin; Viyana Sözleşmesi yalnızca 5 milyon USD tutarında bir asgarî sorumluluk limiti öngörmekteydi. Hükmün bu şekilde kaleme alınması taraf devletlere daha yüksek bir azamî sorumluluk tutarı belirleme imkanı verdiği gibi hiç limit koymamasına imkan sağlıyordu. Yine, işleten tarafından sağlanacak mali teminatın tutarı taraf devletin takdirine bırakılmıştı. Nükleer hasar kavramına Viyana Sözleşmesi'nde yer verilmişti ve işletenin sorumluluğu açıkça mutlak sorumluluk olarak düzenlenmişti. Ve işletenin mali teminatı zararları karşılayamadığı durumlarda devletin tazminat ödemesini garanti altına almasına açıkça şart koşmaktaydı. Son Protokollerin yürürlüğü girmesi ile bu farklar giderek kapanmıştır. Bu örnekler 2004 Protokolü'nün yürürlüğe girmesinden önceki dönem için geçerlidir. Bkz. Schwartz, 2022, s. 425.

mesi'nin tümü Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü üyesi olan bir devletler grubu tarafından imzalanmış olması, Viyana Sözleşmesi'nin ise, dünya çapında bir nükleer sorumluluk meselesini ele almayı amaçlamasıdır.⁴⁰

1960'ların ortalarından itibaren iki sözleşme oldukça farklı şekilde gelişim göstermiştir. 1960'lar ve 1970'ler boyunca Paris Sözleşmesi gelişmeye devam etmiş, giderek daha fazla devletin sözleşmeye katılmasıyla ve birçok kez sorumluluk sınırının yükseltilmesiyle güncelliğini korumuştur.⁴¹ 1963 yılında Paris Sözleşmesi uyarınca ödenmesi gereken tazminat miktarına ek olarak kamu fonlarından tazminat sağlanması için Paris Sözleşmesi'ne Ek Brüksel Sözleşmesi kabul edilmiştir.⁴² Brüksel Ek Sözleşmesi'nin amacı, Paris Sözleşmesi kapsamındaki tazminatın zararın tümünü karşılamaya yetmediği durumlarda ulusal ve uluslararası kamu fonları aracılığıyla ek tazminat sağlamaktır.⁴³

Paris Sözleşmesi'nde yaşanan bu gelişmelere karşın, Viyana Sözleşmesi'nin yürürlüğe girebilmesi için en az 5 devlet tarafından onaylanmış olması gerekmesine rağmen, 15 yıla yakın bir süre yürürlüğe girememiştir. Bu kadar yıl sonra Viyana Sözleşmesi yürürlüğe girdiği zaman da bazı hükümlerinin gözden geçirilmesi için çağrıda bulunulmuştur. 1980'lerin sonuna gelindiğinde yalnızca 11 devletin taraf olmuş olmasının sözleşmenin “işlevsiz/uyuyan” durumunu bir kez daha ortaya koyduğu ifade edilmiştir.⁴⁴

Çernobil felaketi, nükleer bir kazanın yalnızca tesis devletinde değil, binlerce km uzakta da büyük zararlara neden olabileceğini açıkça göstermiştir.⁴⁵ Bu kaza-

⁴⁰ Lamm, “The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention”, s. 7, International Atomic Energy Agency *The 1988 Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention - Explanatory Text*, IAEA International Law Series No. 5, IAEA Publications, Vienna, 2013, s. 2.

⁴¹ Lamm, “The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention”, s. 7-8.

⁴² Carroll, “Perspective on the Pros and Cons of a Pooling-type Approach to Nuclear Third Party Liability”, s. 76, Andrea Gioia, “Maritime Zones and the New Provisions on Jurisdiction in the 1997 Vienna Protocol and in the 1997 Convention on Supplementary Compensation”, *Nuclear Law Bulletin*, 1999/1, S. 63, s. 26.

⁴³ Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 108.

⁴⁴ Lamm, “The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention”, s. 7-8.

⁴⁵ Norbert Pelzer, “Safer Nuclear Energy through a Higher Degree of Internationalisation? International Involvement Versus National Sovereignty”, *Nuclear Law Bulletin*, 2013/1, S. 91, s. 44-45, Arda İnal, “An Analysis and Discussion on the Concepts of State Responsibility and State Liability in the Context of a Nuclear Accident or Radiological Emergency with Transboundary Effects”, *International School of Nuclear Law*, Montpellier, 2016, s. 6, M. P. Ram Mohan, *Nuclear Energy and Liability in South Asia Institutions, Legal Frameworks and Risk*

dan sonra işlevsiz/uykuda olarak addedilen Viyana Sözleşmesi'nin benzer davalarda yabancı mağdurların tazminat taleplerini çözmek için uygun bir hukuki düzenleme olacağı düşünülmüştür. Son 25 yıldaki teknolojik gelişmelere cevap vermek için Viyana Sözleşmesi hükümlerinin revize edilmesinin mutlak gerekliliğinin farkına varılmıştır.⁴⁶ Ayrıca, bu kaza uluslararası toplumun mevcut diğer uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmeleri ve bunların iyileştirilmesi noktasında kapsamlı bir çalışmaya başlamasını sağlamıştır.⁴⁷ Çernobil kazasından sonra, Sovyetler Birliği'nin yabancı mağdurlara tazminat ödemeyi reddettiği bilinmektedir. Eğer Sovyetler Birliği Viyana Sözleşmesi'ne taraf olsaydı⁴⁸, yabancı mağdurların en azından bir miktar tazminat alma şansına sahip olacağını dile getiren görüşler olmuştur. Viyana Sözleşmesi uyarınca ödenmesi gereken nihaî tazminat miktarının kazanın boyutuna kıyasla tazminat taleplerinin küçük bir kısmı dışında herhangi bir şeyi karşılamak için yeterli olup olmayacağı ise, ayrı bir konu olmuştur.⁴⁹

Gerek Viyana gerekse de Paris/Brüksel Sözleşmeleri tarafından kurulan sorumluluk rejimi özellikle Çernobil kazasından sonra ciddi bir şekilde eleştirilmiş ve açıkları ortaya konulmaya çalışılmıştır.⁵⁰ Çernobil kazasının neden olduğu zararın boyutu ile mukayese edildiğinde bu sözleşmelerdeki sorumluluk ve tazminat

Assessment Within SAARC, Springer, India, 2015, s. 2, Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 107, Anthony Thomas, Raphael J. Heffron, "Third Party Nuclear Liability: The Case of a Supplier in the United Kingdom", **University of Cambridge Electricity Policy Research Group: EPGR No: 1205**, 2012, s. 2.

⁴⁶ Lamm, "The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention", s. 8.

⁴⁷ Ben Mcrae, "Entry into force of the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage: Opening the Umbrella", **Nuclear Law Bulletin**, 2015/1, S. 95 s. 8, Carroll, "Perspective on the Pros and Cons of a Pooling-type Approach to Nuclear Third Party Liability", s. 77-78.

⁴⁸ Sovyetler Birliği o zamanlar nükleer sorumluluğa ilişkin uluslararası sözleşmelerin hiçbirine taraf değildi ve bu nedenle bu kapsamda tazminat ödenmesi için yasal gereklilikler bulunmamaktaydı. Ayrıca o dönemde devlet sorumluluğuna ilişkin uluslararası anlaşma bulunmamaktaydı. Bu alanda örf ve adet hukukuna ilişkin ilkeler devletleri eylemlerinden sorumlu kılacak şekilde gelişmiştir ve Trail Smelter Tahkimi ve Korfu Kanalı Davası bunu temsil eden iki önemli vakadır. Ancak, SSCB o dönem UAD'nin yargı yetkisine rıza göstermemiştir. UAD kararlarının uygulanmasına ilişkin tek yaptırımın da Güvenlik Konseyi kararı olduğu ve SSCB'nin 5 dâimi üyeden biri olduğu dikkate alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mohan, 2015, s. 35-36. Rusya'nın argümanları için bkz. Stephen G. Kaplan, "Compensating Damage Arising from Global Nuclear Accidents: The Chernobyl Situation", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, 1988, S. 10, s. 246.

⁴⁹ Lamm, "The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention", s. 8.

⁵⁰ Norbert, Pelzer, "Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability - Progress and Standstill" içinde **International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook**, OECD NEA, 2010, s. 355.

tutarların oldukça düşük olduğu görülmüştür. Yine, her iki sözleşmeye göre zarar kapsamının Çernobil kazasının neden olduğu en ciddi zarar türlerini karşılamak için yetersiz olduğu anlaşılmıştır. Kazayla birlikte ekonomik kayıpların, önleyici tedbirlerin maliyetlerinin, bozulan çevreyi eski hale getirme tedbirlerinin ve bu tür bozulmuş bir çevreden kaynaklanan diğer bazı kayıpların nükleer bir hadiseden kaynaklanan zararların büyük bir kısmını oluşturmasının olası olduğu ortaya çıkmıştır. Yine, tazminat taleplerinin ileri sürülebileceği zaman sınırlamaları, talep usulleri ve hangi mahkemelerin davaları ele alma yetkisine sahip olduğunun belirlenmesine ilişkin kurallarda da sorunlar olduğu görülmüştür.⁵¹

Çernobil kazasından sonra hem Paris hem de Viyana Sözleşmesi tarafları öncelikle sorumluluk rejimlerinin sınırlı coğrafi kapsamını ele almak için bir adım atmışlar⁵² ve Viyana ve Paris Sözleşmesi arasında bir köprü kuran Ortak Protokol'ü 1988'de imzalamışlardır. Ortak Protokol, bir sözleşmenin sağlamış olduğu faydaların diğer sözleşmenin taraflarını da kapsayacak şekilde genişletilmesini sağlamak amacıyla Paris ve Viyana Sözleşmeleri arasında bağlantı kurmaktadır.⁵³ Ve her iki sözleşmenin nükleer bir hadiseye birlikte uygulanmasından kaynaklanacak uyumsuzlukları bertaraf etmeyi amaçlamaktadır.⁵⁴ Bir nükleer hadiseye diğerini hariç tutacak şekilde ya Viyana Sözleşmesi ya da Paris Sözleşmesi uygulanacaktır. Nükleer bir tesiste nükleer bir hadise meydana geldiğinde uygulanacak sözleşme, bu nükleer tesisin ülkesinde bulunduğu devletin taraf olduğu sözleşme olacaktır. Bir nükleer tesisin dışında ve nükleer maddelerin nakliyesi sırasında nükleer bir hadise meydana geldiğinde uygulanacak sözleşme ise, bu nükleer tesisin ülkesinde bulunduğu ve işletenin Viyana Sözleşmesi ya da Paris Sözleşmesi uyarınca sorumlu olduğu devletin taraf olduğu sözleşme olacaktır.⁵⁵

IAEA'da Viyana Sözleşmesi'nin gözden geçirilmesi meselesi ele alınmıştır. Nitekim yapılan çalışmalar ve müzakereler neticesinde, 8-12.09.1997 tarihlerinde Viyana'da 1963 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin gözden geçirilmesi için bir

⁵¹ Carroll, "Perspective on the Pros and Cons of a Pooling-type Approach to Nuclear Third Party Liability", s. 77, Mohan, 2015, s. 4.

⁵² Carroll, "Perspective on the Pros and Cons of a Pooling-type Approach to Nuclear Third Party Liability", s. 77.

⁵³ Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 108.

⁵⁴ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31813/joint-protocol-relating-to-the-application-of-the-vienna-convention-and-the-paris-convention-full-text?histstate=1 (14.05.2023).

⁵⁵ Ortak Protokol madde 3. Bkz. <https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc402.pdf> (14.05.2023).

konferans düzenlenmiştir. Delegeler, Nükleer Zararlardan Hukuki Sorumluluğa İlişkin Viyana Sözleşmesi'ni Değiştiren Protokol ve Nükleer Zararların Ek Tazmine İlişkin Sözleşme olmak üzere iki sözleşmeyi kabul etmiştir.⁵⁶

Halihazırda işletilmekte ve işletilmesi askıya alınmış olan 439 nükleer reaktör bulunmaktadır.⁵⁷ Paris Sözleşmesi (98)⁵⁸, Viyana Sözleşmesi(79)⁵⁹ ve son olarak Nükleer Zararların Ek Tazmini Sözleşmesi (167)⁶⁰ 'nin yürürlüğe girmesiyle uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmeleri kapsamına giren reaktör sayısı 342'ye yükselmiştir.⁶¹ Nükleer Zararların Ek Tazmini Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi, küresel bir sorumluluk rejimi kurulması adına önemli bir adım olmuştur.⁶² Tüm bu sözleşmelerin amacı, nükleer tesiste ya da nükleer maddelerin bu tür bir tesise ya da tesisten nakliyesi sırasında meydana gelen nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlardan hukuki sorumluluk için yeknesak kurallar bütünü oluşturmaktır.⁶³

IV. GENEL OLARAK PARİS SÖZLEŞMESİ ve 7381 SAYILI NÜKLEER DÜZENLEME KANUNU

Uluslararası düzeyde oluşturulan ilk nükleer hukuki sorumluluk belgesi olan Paris Sözleşmesi, sonraki nükleer üçüncü şahıs sorumluluk sözleşmelerine ve birçok ülkenin ulusal hukuklarına emsal teşkil etmiştir.⁶⁴ 1963'te Viyana Sözleşmesi'nin kabul edildiği sıralarda Paris Sözleşmesi devletleri, belirlenmiş olan

⁵⁶ Lamm, "The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention", s. 9, McRae, "Entry into force of the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage: Opening the Umbrella", s. 8-9.

⁵⁷ Bkz. <https://pris.iaea.org/PRIS/WorldStatistics/OperationalReactorsByCountry.aspx> (05.04.2023).

⁵⁸ Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798 (05.04.2023).

⁵⁹ Bkz. https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/liability_status.pdf (05.04.2023).

⁶⁰ Arjantin (3), Romanya (2) ve Birleşik Arap Emirlikleri (3)'nin dahil edilmesiyle Nükleer Zararların Ek Tazmini Sözleşmesi kapsamında yer alan toplam sayı 158'dir. Bu üç devletin Viyana Sözleşmesi ya da 1997 Protokolü'ne taraf olmalarından ötürü uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmelerinin kapsamına giren toplam sayıya bu 8 reaktör tekrar dahil edilmemiştir. Bkz. https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/supcomp_status.pdf (05.04.2023).

⁶¹ Bkz. https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/supcomp_status.pdf (05.04.2023).

⁶² McRae, "Entry into force of the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage: Opening the Umbrella", s. 8.

⁶³ Gioia, "Damage Giving Rise to Compensation Under the International Nuclear Liability Regime", s. 140.

⁶⁴ Schwartz, 2022, s. 418, Thomas - Heffron, "Third Party Nuclear Liability: The Case of a Supplier in the United Kingdom", s. 3.

sorumluluk miktarının ciddi bir nükleer kaza durumunda maruz kalınan zararı karşılamak için yeterli olmayabileceğinin farkına varmıştır. Bu eksikliği gidermek için bu devletlerin çoğu, 1963 Brüksel Ek Sözleşmesi olarak bilinen, üç aşamalı bir sistemin kurulmasıyla mağdurlara Paris Sözleşmesi uyarınca sağlanana ek tazminat sağlanması adına, bu rejimi güçlendiren Paris Sözleşmesi'ne ek bir uluslararası belgeyi kabul etmiştir.⁶⁵ İlk aşama, işletenin Paris Sözleşmesi uyarınca sağlaması gereken sigorta ya da malî güvence yükümlülüğünden oluşmaktadır. İkinci aşama, sorumlu işletenin bulunduğu devlet tarafından oluşturulan kamu fonlarından, üçüncü aşama ise, Brüksel Sözleşmesi'ne taraf olan tüm devletler tarafından oluşturulmuş olan fondan oluşmaktadır.⁶⁶ Bu sözleşme, yalnızca taraf devletlerden birinde meydana gelen hadiselerle ve yalnızca Paris Sözleşmesi devleti işletenin sorumlu olduğu zararlara uygulanmaktadır. Hem Paris Sözleşmesi hem de Brüksel Ek Sözleşmesi 1964, 1982 ve 2004 yıllarında değişikliğe uğramıştır. Paris Sözleşmesi, 1968 yılında, Brüksel Ek Sözleşmesi ise, 1974 yılında yürürlüğe girmiştir.⁶⁷

Paris Sözleşmesi, basit katılım yoluyla OECD'nin bütün üye ülkelerine ve tüm Paris Sözleşmesi taraflarının oybirliği ile kabul etmesi halinde OECD üyesi olmayan herkese açık bir uluslararası sözleşme⁶⁸ olmasına rağmen, esasında Avrupa ülkesi olmayan ülkelerin çeşitli nedenlerle katılmadığı, bölgesel bir Avrupa Anlaşması olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenlerin başında, Avrupa'dan coğrafi uzaklık gelmektedir.⁶⁹

Paris Sözleşmesi'nin sekreteryası OECD tarafından yürütülmektedir. Taraflarının tamamı Batı Avrupa ülkelerinden oluşan Paris Sözleşmesi⁷⁰, nükleer tesislerin işletilmesi ya da nükleer maddelerin nakliyesi sırasında, o ülkede ya da diğer taraf ülkelerde bulunan üçüncü şahısların zarar görmesi halinde, bu zararların tazmin edilmesini amaçlayan uluslararası bir sistem kurmak amacıyla ih-

⁶⁵ Miller, "Putting the Cart Before the Horse - The Case Against a New Regime Covering Radioactive Incidents During Transport", s. 13, Schwartz, 2022, s. 418.

⁶⁶ Marcus Radetzki, "Limitation of Third Party Liability: Causes, Implications and Future Possibilities", *Nuclear Law Bulletin*, 1999/1, S. 63, s. 8.

⁶⁷ Schwartz, 2022, s. 418.

⁶⁸ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20196/paris-convention-on-third-party-liability-in-the-field-of-nuclear-energy-paris-convention-or-pc (15.05.2023).

⁶⁹ Schwartz, 2022, s. 419.

⁷⁰ Thomas - Heffron, "Third Party Nuclear Liability: The Case of a Supplier in the United Kingdom", s. 3.

das edilmiştir.⁷¹ Brüksel Sözleşmesi ise, nükleer hadise söz konusu olduğunda sigorta teminatını artırmayı amaçlamaktadır. Yukarıda da zikredildiği üzere Brüksel Sözleşmesi, talep edilen tazminat miktarı Paris Sözleşmesi'nde belirlenmiş olan tutarı aştığı takdirde; mağdurların zararlarının karşılanması için ek kamu fonlarının oluşturulmasını ve bu fonların kullanıma sunulmasını hüküm altına almaktadır.⁷²

Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin 29 Temmuz 1960 Tarihli Paris Sözleşmesi⁷³ Paris'te imzaya açılmış⁷⁴ ve sözleşme 1 Nisan 1968 tarihinde gerekli onay prosedürlerinin⁷⁵ tamamlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. 1964 Ek Protokolü⁷⁶, 1982 Protokolü⁷⁷ ve son olarak 2004 Proto-

⁷¹ Agâh Kürşat Karauz, "Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu", *Nevşehir Barosu Dergisi*, 2014, C. 1, S. 1, s. 15.

⁷² Thomas - Heffron, "Third Party Nuclear Liability: The Case of a Supplier in the United Kingdom", s. 8, Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 108.

⁷³ Bundan sonra metinde Paris Sözleşmesi şeklinde kullanılmıştır.

⁷⁴ Lüksemburg ve Avusturya hem 1960 Paris Sözleşmesi'ni hem de 1964 ve 1982 protokollerini imzalamalarına rağmen, onay prosedürlerini tamamlamamışlardır. Bkz. <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (15.05.2023).

⁷⁵ Paris Sözleşmesi madde 19/b'de zikredildiği üzere, bu sözleşme en az beş imzacı devletin onay belgelerini depozitere tevdi etmesiyle yürürlüğe girecektir. Söz konusu hüküm gereği, sözleşme 1 Nisan 1968 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Uluslararası anlaşmaların yapılış aşamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1.Kitap*, 15. bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 107-216, Yusuf Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-1*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. bs., Cilt: 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 124- 140.

⁷⁶ Bu ek protokol, 28 Ocak 1964 tarihinde imzaya açılmış ve 1960 Paris Sözleşmesi'nin ilk haliyle birlikte 1 Nisan 1968'de yürürlüğe girmiştir. Belçika, Danimarka, Finlandiya (16 Temmuz 1972 tarihinde katılma yolu ile taraf olmuştur), Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz, Slovenya (16 Ekim 2001 tarihinde katılma yolu ile taraf olmuştur), İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye ve Birleşik Krallık bu protokolün taraflarıdır. Sözleşmeye taraf devletlerin yer aldığı tabloda İsviçre her ne kadar sözleşmenin tarafları arasında zikredilse de İsviçre açısından, 2004 Protokolü'nün yürürlüğe girmesinin ardından, diğer sözleşmeler ile birlikte Paris Sözleşmesi yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış ve 2004 Protokolü 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (15.05.2023).

⁷⁷ Bu protokol, 16 Kasım 1982 tarihinde imzaya açılmış ve 7 Ekim 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Belçika, Danimarka, Finlandiya (22 Aralık 1989 tarihinde katılma yolu ile taraf olmuştur), Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz, Slovenya (16 Ekim 2001 tarihinde katılma yolu ile taraf olmuştur), İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye ve Birleşik Krallık bu protokolün taraflarıdır. Sözleşmeye taraf devletlerin yer aldığı tabloda İsviçre her ne kadar sözleşmenin tarafları arasında zikredilse de İsviçre açısından ise; 2004 Protokolü'nün yürürlüğe girmesinin ardından, diğer sözleşmeler ile birlikte Paris Sözleşmesi yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmış ve 2004 Protokolü 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (15.05.2023).

kolü⁷⁸ ile de Paris Sözleşmesi'nde değişiklikler yapılmıştır. Sekreteryası OECD tarafından yürütülen Paris Sözleşmesi'ne taraf olan ülkeler; Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Birleşik Krallık, Almanya, Yunanistan, Hollanda, Norveç, Portekiz, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre⁷⁹, Türkiye⁸⁰ ve İtalya'dır.⁸¹

⁷⁸ Bu protokol, 12 Şubat 2004 tarihinde imzaya açılmış ve 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Hollanda, Norveç, Portekiz, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye ve Birleşik Krallık bu protokolün taraflarıdır. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798/paris-convention-latest-status-of-ratifications-or-accession (15.05.2023). Sözleşmenin 20. maddesi uyarınca sözleşmede yapılan değişikliklerin yürürlüğe girmesi için âkit tarafların üçte ikisinin onayı gerekmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu, Paris Sözleşmesine taraf üye ülkelerin 2004 Ek Protokolü'nün onay belgelerinin OECD'ye tevdi konusunda müşterek hareket edecekleri yönünde bir karar almıştır. (Bkz. 8 Mart 2004 tarihli ve 2004/294/EC sayılı karar.) 19 Haziran 2015 tarihinde düzenlenen "Paris Sözleşmesi Taraf Ülkeler Konferansı"nda (The Contracting Parties to the Paris Convention- CPPC) İngiltere ve İtalya dışında Paris Sözleşmesi'ne taraf AB üyesi ülkelerin iç hukuklarına ilişkin onay işlemlerini tamamladıkları ifade edilmiştir. 01.01.2022 tarihine kadar sadece Norveç ve İsviçre onay belgelerini tevdi etmişlerdi. İngiltere ve İtalya'nın da 2004 Ek Protokolünü onaylamalarının ardından tüm AB ülkeleri onay belgelerini OECD'ye tevdi etmiş ve bu şekilde yeter sayı sağlanarak Protokol yürürlüğe girmiştir. Bkz. Burak Hekim, "Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 67, S. 2, s. 361.

⁷⁹ İsviçre, 1960 Paris Sözleşmesi'ni, Paris Sözleşmesi'ni tadil eden 1964 Ek Protokolü'nü, 1982 Protokolü'nü ve 2004 Protokolü'nü imzalamıştır. Gerekli onay prosedürlerini tamamlayarak, 9 Mart 2009 tarihinde 1964, 1982 ve 2004 Protokolleri tarafından tadil edilen 1960 Paris Sözleşmesi'ne ilişkin onay belgelerini depozitere tevdi etmiştir. Bu onay, yalnızca üç protokolün tümü tarafından tadil edilen 1960 tarihli Paris Sözleşmesi'ne ilişkindir. Bu sebeple, tadil edilmiş haliyle Paris Sözleşmesi'nin İsviçre için yürürlüğe girmesi, ancak, Paris Sözleşmesi'ni tadil eden 2004 Protokolü'nün kendisi yürürlüğe girdiğinde söz konusu olacaktır. Yani; 2004 Protokolü'nün yürürlüğe girmesinin ardından, diğer sözleşmeler de İsviçre açısından yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (15.05.2023).

⁸⁰ Türkiye bu sözleşmeyi, 28 Ekim 1960 [İlgili Resmî Gazete'de Türkiye'nin anlaşmayı imzalama tarihi 28.10.1960 olarak belirtilmiştir. Öncesinde TAEK'in şimdi NDK'nın sitesinde (TAEK için bkz. <https://www.tenmak.gov.tr/uluslararası/anlasmalar.html> (15.05.2023)), NDK için bkz. <https://www.ndk.gov.tr/uluslararası-sozlesme-ve-anlasmalar> (15.03.2023) ve bu alanda yazılan bazı yayınlarda Türkiye'nin anlaşmayı imzalama tarihi 29.07.1960 olarak hatalı belirtilmiştir.] tarihinde imzalamıştır. Sözleşme, 8 Mayıs 1961 tarihinde 299 sayılı Kanun ve 13 Mayıs 1961 tarih ve 10806 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanarak [1961 Anayasası, 9 Temmuz 1961 tarih ve 344 sayılı Kanun ile kabul edilerek, 20 Temmuz 1961 tarih ve 10859 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Paris Sözleşmesi bu tarihten önce akdedildiği için, uygun bulma kanunu bulunmamaktadır. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (12.07.2021)] iç hukuk prosedürü tamamlanmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10806.pdf> (15.05.2023). Türkiye onay belgesini 10 Ekim 1961 tarihinde depozitere tevdi etmiştir. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (15.05.2023). Türkiye, 28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokolü, 10 Nisan 1964 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin 1 Haziran 1967 tarihinde 878 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur. 13 Haziran 1967 tarih ve 12620 sayılı Resmî Gazete'de uygun bulma kanunu yayımlanmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr>

29 Temmuz 1960'ta imzaya açılan, 1964'te bazı değişiklikler⁸² yapılarak 1 Nisan 1968'te yürürlüğe giren ve 1982 yılında tekrar revize edilen Paris Sözleşmesi'nin şu an yürürlükte olan son hali, 01.01.2022 tarihine kadar 1982 Protokolü ile revize edilmiş olan hali idi. Ve sözleşme, OECD Nükleer Enerji Ajansı⁸³ web site-

gov.tr/arsiv/12620.pdf (15.05.2023). 2 Kasım 1967 tarihinde 6/9003 Karar Sayısı ile Bakanlar Kurulu'nca kararlaştırılarak ve 29 Kasım 1967 tarih ve 12763 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylanarak iç hukuk prosedürü tamamlanmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12763.pdf> (15.05.2023). Türkiye, onay belgesini 5 Nisan 1968 tarihinde depozitere tevdi etmiştir. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (15.05.2023). Türkiye tarafından 16 Kasım 1982 Tarihli Ek Protokol'ün onaylanması, 24 Ekim 1984 tarihinde 3062 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. 2 Kasım 1984 tarih ve 18563 sayılı Resmî Gazete'de uygun bulma kanunu yayımlanmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18563.pdf> (15.05.2023). 25 Mart 1986 tarihinde 86/10513 Karar Sayısı ile Bakanlar Kurulu'nca kararlaştırılarak ve 23 Mayıs 1986 tarih ve 19115 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile onaylayarak iç hukuk prosedürü tamamlanmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19115.pdf> (15.05.2023). Türkiye, onay belgesini 21 Ocak 1986 tarihinde depozitere tevdi etmiştir. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (15.05.2023). Türkiye, Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Sözleşmeyi Değiştiren 2004 Protokolü'nün onaylanması 16.10.2021 tarihinde 7337 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur. 17.10.2021 tarih ve 31631 sayılı Resmî Gazete'de uygun bulma kanunu yayımlanmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/10/20211017-6.htm> (15.05.2023). 09.12.2021 tarihinde 4918 Karar Sayısı ile 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. ve 3. maddeleri gereğince onaylanmasına karar verilmiş ve 10.12.2021 tarih ve 31685 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak iç hukuk prosedürü tamamlanmıştır. Bkz. <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html> (15.05.2023). Türkiye onay belgesini 04.01.2022 tarihinde depozitere tevdi etmiştir. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798/paris-convention-latest-status-of-ratifications-or-accession (15.05.2023).

⁸¹ Sözleşme taraflarından Belçika, Finlandiya, Fransa, Almanya, Hollanda, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre ve Birleşik Krallık, işletilmekte olan en az bir nükleer santrale sahip ülkeler olarak taraf ülkelerin yer aldığı tabloda zikredilmektedir. İşletilmekte olan en az bir nükleer santrale sahip taraf ülkeler ve tüm taraf nükleer için bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/paris-convention-third-party-liability.html> (15.05.2023).

⁸² 29 Temmuz 1960 tarihinde kabul edilen ve imzaya açılan Sözleşme bu haliyle yürürlüğe girmeden, 28 Ocak 1964 tarihinde yapılan ek protokol ile değişikliğe uğramış ve 1 Nisan 1968 tarihinde bu haliyle yürürlüğe girmiştir. (Gerek 1960 tarihli Paris Sözleşmesi'ne gerekse de 1964 Ek Protokolü'ne taraf olan ülkeler aynı olduğu için bu sonuca ulaşılmıştır.) Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/paris-convention-third-party-liability.html> (10.03.2023).

⁸³ OECD Nükleer Enerji Ajansı kısaca (NEA), nükleer güvenlik, teknoloji, bilim, çevre ve hukuk alanlarında üstün başarı sağlamak için gelişmiş nükleer teknoloji altyapılarına sahip ülkeler arasında iş birliğini sağlayan hükümetlerarası bir kuruluştur. NEA, OECD çerçevesinde faaliyet göstermektedir ve Paris'te bulunmaktadır. Amacı, uluslararası iş birliği yoluyla nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla güvenli, çevreye duyarlı ve ekonomik kullanımı için gerekli bilimsel, teknolojik ve hukuki temellerin korunması ve geliştirilmesi hususunda üye devletlere yardımcı olmaktır. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/tro_5705/about-us (07.03.2023).

sinde mevcut olan 1982'de kabul edilmiş bir Expose des Motifs⁸⁴'e sahipti. İhtiyaçlar ve değişen şartlar ışığında 1999 yılında yeni bir revizyon çalışması başlatılmıştır. Bu çalışma 2003 yılının başında sonuçlanmış ve protokol metni 12 Şubat 2004 tarihinde tüm taraf ülkelerce imzalanmıştır. 18.11.2016 tarihinde Paris Sözleşmesi akit tarafları, açıklayıcı mahiyette olan 2004 Protokolü tarafından değişikliğe uğrayan Paris Sözleşmesi'nin Expose des Motifs'ini kabul etmiştir.⁸⁵ 01.01.2022 tarihi itibarıyla yürürlükte olan Paris Sözleşmesi'nin yeni revize halinde özetle; zarar tanımı genişletilmiş, tazminat miktarları artırılmış ve tazmin sistemi ağırlıklı olarak işleticiye sorumluluk yükleyecek şekilde genişletilmiştir.⁸⁶

Paris Sözleşmesi (PS⁸⁷), bir yandan nükleer enerjiden kaynaklanan hukuki sorumluluğa ilişkin hükümlerin yeknesaklaştırılmasını sağlamayı gaye edinirken, bir yandan da akit taraflara iç hukukları açısından gerekli gördükleri düzenlemeleri yapabilmeleri noktasında takdir hakkı tanımaktadır. Sözleşme, bu itibarla bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.⁸⁸ Sözleşmenin maddi hukuk hükümlerinin üç kategoriye ayrılarak incelenmesi mümkündür. İlk kategori açısından sözleşme, nükleer sorumluluk rejiminin uygulama alanını kesin bir şekilde düzenlerken taraf devletlere hareket alanı bırakmamaktadır. İkinci kategori açısından sözleşme, içleri taraf devletler tarafından doldurulmak üzere temel prensiplerin çerçevesini çizmektedir. Üçüncü kategoride ise, taraf devletlerin Paris Sözleşmesi'ne taraf olmaktan doğan yükümlülükleri çerçevesinde iç hukuklarında ihdas etmesi gereken kurallara yer vermektedir.⁸⁹ Dolayısıyla, her ne kadar doğrudan uygulanabilir hükümlere sahip olsa da Paris Sözleşmesi'ne salt taraf olmak,

⁸⁴ Bu kavramı, açıklayıcı metin, şerh, yorum şeklinde anlamlandırabiliriz. 2004 Protokolü'ne ilişkin Expose des Motifs'in ön kısmında 12.02.2004 tarihinde Paris Sözleşmesi akit taraflarının Paris Sözleşmesi Değişiklik Protokolünü imzaladığı ve 18.11.2016 tarihinde ise aynı akit tarafların açıklayıcı mahiyette olan 2004 Protokolü ile değişikliğe uğrayan Paris Sözleşmesi Expose des Motifs'ini kabul ettikleri ifade edilmektedir. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-as-amended-by-the-2004-protocol-nea/nlc/doc-2020-1/final (07.03.2023).

⁸⁵ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-as-amended-by-the-2004-protocol-nea/nlc/doc-2020-1/final (03.10.2021).

⁸⁶ <https://www.taek.gov.tr/tr/uluslararası-cok-tarafli-anlasmalar-sozlesmeler/1099-nukleer-enerji-alanında-ucuncu-sahislara-karsi-hukuki-sorumluluğa-iliskin-paris-sozlesmesi.html> (28.02.2020).

⁸⁷ Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, İngilizce metinlerde kısaca Paris Convention ya da PC olarak kullanılmaktadır.

⁸⁸ Gülin Güneysu, "Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1990, C. 41, S. 1, s. 214.

⁸⁹ Hekim, "Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk", s. 361.

nükleer sorumluluk hukuku açısından yeterli olmamakta, devletlerin iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmalarına da ihtiyaç duyulmaktadır.

31 Ocak 1963 tarihinde, Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi'ne Ek Brüksel Sözleşmesi⁹⁰ Brüksel'de imzaya açılmış ve 4 Aralık 1974 tarihinde gerekli onay prosedürlerinin tamamlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Sekreteryası Belçika Hükümeti tarafından yürütülen bu sözleşme, yalnızca Paris Sözleşmesi taraflarına açıktır ve Paris Sözleşmesi yürürlükte kaldığı sürece yürürlükte olacaktır. 1964 Ek Protokolü⁹¹, 1982 Protokolü⁹² ve son olarak 2004 Protokolü⁹³ ile Brüksel Ek Sözleşmesi⁹⁴nde de değişiklikler yapılmıştır.⁹⁵ Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Norveç, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre⁹⁶ ve Birleşik Krallık Brüksel Ek Sözleşmesi

⁹⁰ Lüksemburg ve Avustralya Brüksel Ek Sözleşmesi'ni de imzalamalarına rağmen onay prosedürlerini tamamlamamışlardır. Türkiye, Yunanistan ve Portekiz Brüksel Ek Sözleşmesi'ne taraf olmamıştır. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/brussels-supp-convention-third-party-liability.html> (16.05.2023).

⁹¹ 1964 Ek Protokolü, 28 Ocak - 29 Nisan 1964 tarihinde imzaya açılmış ve 1963 Brüksel Ek Sözleşmesi ile birlikte 4 Aralık 1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Belçika, Danimarka, Finlandiya (14 Ocak 1977 tarihinde katılma yolu ile taraf olmuştur), Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Norveç, Slovenya (5 Haziran 2003 tarihinde katılma yolu ile taraf olmuştur), İspanya, İsveç, İsviçre ve Birleşik Krallık bu protokolün taraflarıdır. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/brussels-supp-convention-third-party-liability.html> (16.05.2023).

⁹² 1982 Protokolü, 16 Kasım 1982 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Ağustos 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Belçika, Danimarka, Finlandiya (15 Ocak 1990 tarihinde katılma yolu ile taraf olmuştur), Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Norveç, Slovenya (5 Haziran 2003 tarihinde katılma yolu ile taraf olmuştur), İspanya, İsveç, İsviçre ve Birleşik Krallık bu protokolün taraflarıdır. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/brussels-supp-convention-third-party-liability.html> (16.05.2023).

⁹³ 2004 Protokolü, 12 Şubat 2004 tarihinde imzaya açılmış ve 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Norveç, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre ve Birleşik Krallık bu protokolün taraflarıdır. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/brussels-supp-convention-third-party-liability.html> (16.05.2023).

⁹⁴ Bundan sonra kısaca bu şekilde zikredilmiştir.

⁹⁵ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20318/brussels-supplementary-convention-to-the-paris-convention-brussels-supplementary-convention-or-bsc (10.03.2023).

⁹⁶ İsviçre 1963 Brüksel Ek Sözleşmesi'ni ve onu tadil eden 1964 Ek Protokolü'nü, 1982 ve 2004 Protokolleri'ni imzalamıştır. Gerekli onay prosedürlerini tamamlayarak, 11 Mart 2009 tarihinde 1964, 1982 ve 2004 Protokolleri tarafından tadil edilen 1963 Brüksel Ek Sözleşmesi'ne ilişkin onay belgelerini depozitere tevdi etmiştir. Bu onay, yalnızca üç protokolün tümü tarafından tadil edilen 1963 tarihli Brüksel Ek Sözleşmesi'ne ilişkin olduğundan, tadil edilmiş haliyle Brüksel Ek Sözleşmesi'nin İsviçre için yürürlüğe girmesi, ancak, Brüksel Ek Sözleşmesi'ni

taraflarıdır.⁹⁷ Paris Sözleşmesi'ne taraf olan ülkelerden yalnızca Türkiye, Yunanistan ve Portekiz Brüksel Ek Sözleşmesi'ni onaylamamıştır.

Brüksel Ek Sözleşmesi (BES⁹⁸), Paris Sözleşmesi fonlarının yetersiz kalabileceği bir nükleer hadise yaşanması durumunda meydana gelen zararı tazmin etmek için ek fonlar sağlamak üzere ihdas edilmiştir. Brüksel Ek Sözleşmesi, hem sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu devlet tarafından hem de Brüksel Ek Sözleşmesi'nin tüm taraflarının katkılarıyla meydana gelen zararın tazminini gerçekleştirmek amacıyla kamu fonları sağlanmasını şart koşturmaktadır. Buradan hareketle, Brüksel Ek Sözleşmesi'nin tarafları arasında güçlü bir malî dayanışma anlayışının temel alındığını söylemek mümkündür. Brüksel Ek Sözleşmesi; nükleer hadise, nükleer tesis, nükleer maddeler ve nükleer zarar kavramlarını tanımlayan hükümler de dahil olmak üzere Paris Sözleşmesi'nde yer alan hükümlere tabidir.⁹⁹ Brüksel Ek Sözleşmesi madde 1'de de ifade edildiği üzere bu sözleşme, Paris Sözleşmesi'nin tamamlayıcısıdır ve Paris Sözleşmesi hükümlerine tabidir.

Genel olarak Paris Sözleşmesi, taraf ülkelerin hukuki yetkisi altında bulunan gerek nükleer tesislerin işletilmesi gerekse de nükleer maddelerin nakliyesi sırasında mevcut ülkedeki ya da diğer taraf ülkelerdeki "üçüncü şahısların" zarar görmesi halinde hem zararların ortaya çıkmasının önlenmesini hem de bu zararların tazmin edilmesini sağlayan uluslararası bir rejim kurmayı hedeflemektedir.

Sözleşmenin giriş kısmında da zikredildiği üzere; OECD¹⁰⁰ bünyesinde oluşturulan Nükleer Enerji Ajansı¹⁰¹, özellikle üçüncü şahıs sorumluluğu ve nükleer

tadil eden 2004 Protokolü'nün kendisi yürürlüğe girdiğinde söz konusu olacaktır. Yani; 2004 Protokolü'nün yürürlüğe girmesinin ardından, diğer sözleşmeler ile birlikte Brüksel Ek Sözleşmesi de İsviçre için yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/brussels-supp-convention-third-party-liability.html> (16.05.2023).

⁹⁷ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31514/brussels-supplementary-convention-latest-status-of-ratifications-or-accessions (16.05.2023).

⁹⁸ Brussels Supplementary Convention kısaca "BSC" olarak kullanılmaktadır.

⁹⁹ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20318/brussels-supplementary-convention-to-the-paris-convention-brussels-supplementary-convention-or-bsc (16.05.2023).

¹⁰⁰ 29 Temmuz 1960 Tarihli Sözleşme'nin başlangıç kısmında ve 28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokol'ün başlangıç kısmında belirtildiği üzere; Avrupa Ekonomik İşbirliği Örgütü (OEEC) olarak geçmektedir, 1972 yılında değiştirilen bu ad, 16 Kasım 1982 Ek Protokol'ün başlangıç kısmında da ifade edilerek Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) olarak yer almıştır. Bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201519/volume-1519-I-13706-English.pdf> (16.05.2023).

¹⁰¹ 29 Temmuz 1960 Tarihli Sözleşme'nin başlangıç kısmında ve 28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokol'ün başlangıç kısmında belirtildiği üzere Avrupa Nükleer Enerji Ajansı olarak geçmektedir, 1972 yılında

risklere karşı sigorta açısından üye ülkelerin nükleer enerji ile ilgili mevzuatlarının düzenlenmesini ve yeknesak hale getirilmesini teşvik etmektedir. Bir yandan taraf ülkelere, nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla üretiminin ve kullanımının geliştirilmesini diğer yandan da yaşanan ya da yaşanacak nükleer hadiselerden barışçıl amaçlı nükleer enerji üretiminin ve kullanımının etkilenmemesini sağlayacak gerekli adımları atmalarını tavsiye etmektedir. Ayrıca, nükleer hadiseden kaynaklanan zararlardan dolayı mağdur olan kişilere de yeterli ve hakkaniyete uygun bir tazminatın sağlanması gerektiğine vurgu yapmaktadır.¹⁰²

Sözleşme üye ülkeleri ulusal bazda uygun gördükleri bütün ek tedbirleri alma ve iç hukuklarında kamu fonları aracılığıyla ek tazminat¹⁰³ sağlayabilme hususunda serbest bırakmaktadır.¹⁰⁴

Türkiye Nükleer Enerji Alanındaki Üçüncü Şahıs Sorumluluğuna İlişkin 1960 tarihli Paris Sözleşmesi'ne taraftır. Türkiye 1964 ve 1982 Protokolleri'ni de imzalamış ve onaylamıştır. 2004 Protokolü'nü de 12.02.2004 tarihinde imzalamış ve onay belgesini 04.01.2022 tarihinde depozitere tevdi etmiştir.¹⁰⁵

7381 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce bu alanda özel bir ulusal mevzuat taslağı hazırlıkları yapılmıştır. O dönemde Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'na ilişkin mevzuat dışında Türkiye'de genel bir nükleer enerji kanunu bulunmamaktaydı.¹⁰⁶ İlgili mevzuat, esas olarak iyonlaştırıcı radyasyondan ko-

değiştirilen adı düzeltilerek; 16 Kasım 1982 Ek Protokol'ün başlangıç kısmında da belirtildiği üzere; şimdiki adı Nükleer Enerji Ajansı'dır. Bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201519/volume-1519-I-13706-English.pdf> (16.05.2023).

¹⁰² Sözleşmenin önsözü için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201519/volume-1519-I-13706-English.pdf> (16.05.2023). Ayrıca bkz. Quere, "Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third Party Liability Regime", s. 79.

¹⁰³ "28 Ocak 1964 Tarihli Ek Protokol ve 16 Kasım 1982 Tarihli Protokol (Brüksel Ek Sözleşmesi) ile değişikliğe uğrayan 31 Ocak 1963 Tarihli Paris Sözleşmesi'ne Ek Sözleşme (Brüksel Sözleşmesi) tarafından kamu fonları aracılığıyla uluslararası bir ek tazminat sistemi tesis edilmiştir. Bu sistem, hiçbir şekilde; ülkelerin tek tek kendi mevzuatlarında, kendi ulusal tazminat limitlerini artırmalarını engellemez." Bkz. Exposé des Motifs 'Note 1.' https://www.oecd-nea.org/law/nlparis_motif.html (10.03.2023).

¹⁰⁴ Bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201519/volume-1519-I-13706-English.pdf> (16.05.2023).

¹⁰⁵ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798/paris-convention-latest-status-of-ratifications-or-accession (30.03.2023).

¹⁰⁶ Bu durum ve nükleer enerji süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İstanbul Milletvekili Mahmut Tanal'ın 7-1446 esas numaralı soru önermesine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı'nın cevabı, <https://www.tbmm.gov.tr/denetim/GecmisDonemYaziliSoruOnergesi/193476> (13.01.2023).

runma ve nükleer tesislerin lisanslanmasına ilişkindi.¹⁰⁷ O günkü TAEK¹⁰⁸ bugün TENMAK¹⁰⁹ bünyesinde, Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN başkanlığında, bakanlık ve ilgili kuruluş temsilcilerinden oluşan bir komisyon tarafından 1986 yılında nükleer enerji alanında hukuki sorumluluk kanunu öntasarısı hazırlanmış¹¹⁰ ancak yasalaşmamıştır. Tasarının hazırlanmasında hem Paris Sözleşmesi hükümleri hem de Sözleşme'ye taraf olan ya da olmayan ülkelerin iç hukuk düzenlemeleri göz önünde bulundurulmuş¹¹¹ ve 1983 tarihli İsviçre Nükleer Enerji Alanında Sorumluluk Kanunu hükümleri ağırlıklı olarak temel alınmıştır.¹¹² 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu madde 71'de ise, tehlike sorumluluğu genel bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından uygun bulunan 19.12.1983 tarihli ve 83/74045 sayılı Kararname, nükleer tesis işletenin Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından uygun bulunan sigorta ya da diğer malî güvence çeşitlerine sahip olmasını şart koşmaktaydı.¹¹³ Halihazırda 05.03.2022 kabul tarihli ve 7381 sayılı Nükleer Düzenleme Yasası ise, 08.03.2022 tarihli ve 31772 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak¹¹⁴ yürürlüğe girmiştir.¹¹⁵ Bu kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, Türki-

Nükleer enerjiye ilişkin diğer yazılı soru önergeleri ve cevapları için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.tutanak_sonuc?v_meclis=&v_donem=&v_yas_ama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasluk=YAZILI%20SORU%20%20NERGELER%20%20VE%20CEVAPLARI&v_altbaslik=ENERJ%20&v_mv=&v_sb=&v_ozet=n%20klear&v_bastarih=&v_bittarih=&v_kayit_sayisi=15&v_kullanici_id=19167228&v_gelecek_sayfa=1 (13.01.2023).

¹⁰⁷ Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries - Türkiye, s. 3. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_24246/nuclear-legislation-in-oecd-and-nea-countries-turkey-2008-update (16.05.2023).

¹⁰⁸ Türkiye Atom Enerjisi Kurumu.

¹⁰⁹ Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumu.

¹¹⁰ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 20, Cilt: 52, Yasama Yılı: 3, 85. Birleşim, 05.05.1998. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem20/yil3/bas/b085m.htm> (31.05.2021).

¹¹¹ M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 17. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022, s. 249-251, İlhan Uluhan, "Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukukî Mesuliyet", *Prof. Dr. Halit Kemal Elbir'e Armağan*, 1996, s. 554-555, Demet Özkahraman - Nazlı Gürbüz, "Türk Hukukunda Nükleer Santral İşletenin Sorumluluğu", *GSİ ARTICLETTER*, 2018, s. 31.

¹¹² Murat Aydoğdu, *Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 203.

¹¹³ Nuclear Legislation in OECD and NEA Countries - Türkiye, s. 6. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_24246/nuclear-legislation-in-oecd-and-nea-countries-turkey-2008-update (16.05.2023).

¹¹⁴ Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/03/20220308-1.htm> (16.05.2023).

¹¹⁵ NDK m. 28. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/03/20220308-1.htm> (16.05.2023).

ye'ye yöneltilen en önemli eleştirilerden birisi olan bu alanda sadece Paris Sözleşmesi'ne atıf yapmanın yeterli olmadığı ve özel bir yasaya sahip olunması gerektiği eleştirisinin sona erdiği söylenebilecektir. Bundan sonraki tartışmaların söz konusu yasanın Paris Sözleşmesi'ne uygunluğu ve etkinliği üzerine yoğunlaşacağını söylemek hatalı olmasa gerektir.

Nükleer Düzenleme Kanunu, “barışçıl kullanım ilkesi esas alınarak, nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin iyonlaştırıcı radyasyonun olası zararlı etkilerinden korunmasına yönelik uygulanması gereken ilke ve esaslar ile tarafların sorumluluklarını, bu faaliyetler üzerinde düzenleyici kontrol yetkisini haiz Nükleer Düzenleme Kurumunun yetki ve sorumluluklarını ve nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkındaki hukuki sorumluluğu belirlemek” amacıyla çıkarılmıştır.¹¹⁶ Nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetler ve bu faaliyetlerle ilgili kişi, tesis, cihaz ve maddeler bu kanun kapsamındadır.¹¹⁷ Kanun dokuz bölümden¹¹⁸ oluşmaktadır. Nükleer zararlara ilişkin hukuki sorumluluk hükümleri kanunun beşinci bölümünde madde 12 ile madde 20 hükümleri arasında yer almaktadır. Nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında bu kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Paris Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.¹¹⁹ Bir nükleer tesis dışında ve üretiminin son aşamasına gelmiş endüstriyel, ticarî, ziraî, tıbbî, bilimsel ya da eğitimsel amaçlarla kullanılan veya kullanılacak olan radyoizotoplardan veya Paris Sözleşmesi çerçevesinde belirlenen sınırların altındaki miktar ve aktivitedeki nükleer maddelerden kaynaklanan zararların bu bölümün kapsamı dışında olduğu hüküm altına alınmıştır.¹²⁰

¹¹⁶ NDK, m. 1/1.

¹¹⁷ NDK, m. 1/2.

¹¹⁸ Birinci bölüm, amaç kapsam ve tanımlar; ikinci bölüm, genel ilkeler; üçüncü bölüm, yetkilendirme ve denetim; dördüncü bölüm, radyoaktif atıklar, kullanılmış yakıtlar ve özel hesaplar; beşinci bölüm, nükleer zararlara ilişkin hukuki sorumluluk; altıncı bölüm, Nükleer Düzenleme Kurumu; yedinci bölüm Nüted Nükleer Teknik Destek Anonim Şirketi; sekizinci bölüm, ceza hükümleri ve idari yaptırımlar; dokuzuncu bölüm, çeşitli ve son hükümler.

¹¹⁹ NDK, m. 12/1.

¹²⁰ NDK, m. 12/2.

V. ULUSLARARASI NÜKLEER SORUMLULUK SÖZLEŞMELERİNİN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER BAĞLAMINDA 2004 PROTOKOLÜ İLE 7381 SAYILI KANUN'UN MUKAYESESİ

Üçüncü şahıs sorumluluğu meselesinin özü, nükleer hadiseden kaynaklanan zararlar için hukuki sorumluluğun kime, hangi oranda ve hangi şartlar altında yükleneceğidir. Bu meselenin çözümü, çeşitli çıkarların uzlaştırılmasını beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda uzlaştırılması gereken çıkarlar yukarıda da izah edildiği üzere mağdurların zararlarının mümkün olduğu ölçüde tamamen karşılanması, işletenin sorumluluğunun sınırlandırılması (ki yatırım teşvik edilebilsin) ve diğer tüm kişilerin sorumluluktan muaf tutulmasıdır (ki mağdurlar, vakit kaybetmeden hukuki yollara başvurabilsin).¹²¹

Nükleer enerji alanında hukuki sorumluluğa ilişkin ilk düzenleme 1946 tarihli Amerikan Atom Enerjisi Yasası olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²² Söz konusu kanunda, sorumluluğun nükleer tesis işletenine ait olduğu, sorumluluğun sigorta ettirilmesi gerektiği, sorumluluk miktarının sınırlı olarak belirlendiği görülmektedir.¹²³ Sorumluluk üst sınırı 1989 yılında yapılan değişiklik ile 700 milyon dolar olarak belirlenmiş ve 200 milyon dolarlık kısmın sigorta, geriye kalan kısmın ise devlet tarafından karşılanması hüküm altına alınmıştır. Sorumluluk, tehlike sorumluluğu şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler, hem Paris ve Viyana Sözleşmeleri'ne hem de diğer ülke iç hukuklarına kaynak teşkil etmiştir.¹²⁴ Buradan hareketle nükleer üçüncü şahıs¹²⁵ sorumluluğuna ve tazminat rejimine ilişkin hem ulusal hem de uluslararası düzeyde kabul edilmiş yedi temel ilke bulunmaktadır.¹²⁶ Bu ilkeler, münhasır sorumluluk, kusursuz sorumluluk, sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılması, zorunlu malî güvence,

¹²¹ Expose des motifs paragraf 5.

¹²² Heffron - Ashley - Nuttall, "The Global Nuclear Liability Regime Post Fukushima Daiichi", s. 2.

¹²³ Pelzer, "Focus on the Future of Nuclear Liability Law", s. 332.

¹²⁴ Aydoğdu, 2009, s. 338.

¹²⁵ Burada yer alan "üçüncü şahıs" kavramı, nükleer tesiste ya da nakliye sırasında kazanın meydana geldiği nükleer tesisin işleteni ya da bu nükleer tesis ile bağlantılı olarak kullanılacak mal, hizmet ve teknoloji tedarikçisi dışındaki herhangi bir kişiyi nitelemektedir. Üçüncü şahıs, nükleer tesisin içinde ya da dışında olabilir ve bu itibarla bu kavram, kazanın meydana geldiği nükleer tesisin işleteninin çalışanlarını da kapsamaktadır. Bkz. Schwartz, 2010, s. 309.

¹²⁶ Denizcilik Sözleşmesi bu ilkeleri açıkça içermemektedir. Bkz. Miller, "Putting the Cart Before the Horse - The Case Against a New Regime Covering Radioactive Incidents During Transport", s. 10-11, Schwartz, 2010, s. 309, International Atomic Energy Agency, 2013, s. 1, Thomas - Heffron, "Third Party Nuclear Liability: The Case of a Supplier in the United Kingdom", s. 3.

sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılması, yargılama yetkisi, uygulanacak hukuk ve kararların icrası ile ayrımcılık yapmama şeklinde sıralanmaktadır.¹²⁷ Bu ilkeler 29.07.1960 tarihli Paris Sözleşmesi'nin kabul edilmesinden bu yana uluslararası nükleer sorumluluk hukukunun esasını oluşturmaktadır.¹²⁸ Paris Sözleşmesi de bu önemli ilkelere dayanan özel bir rejim oluşturmaktadır. Bu ilkelerin Paris Sözleşmesi'ndeki görünüşleri şu şekildedir;

- 1) Nükleer tesisin işleteni, tesisinde ya da nükleer maddelerin tesisine veya tesisinden nakliyesi sırasında meydana gelen kazalardan kaynaklanan zararlardan münhasıran sorumlu olacaktır.
- 2) Bu sorumluluk, kusur ya da ihmale dayalı genel haksız fiil hukukunun aksine mutlaktır. Paris Sözleşmesi uyarınca nükleer bir tesisin işleteni, kusurun tespit edilip edilmediğinden bağımsız bir şekilde sorumlu olacaktır.
- 3) Nükleer tesis işleteninin asgarî sorumluluk tutarı, 700 milyon Euro'dur. Ayrıca, sınırsız sorumluluk rejimine sahip devletler de Paris Sözleşmesi ile tesis edilmiş olan sorumluluk rejimine katılabilecektir. Paris Sözleşmesi akit tarafları, düşük riskli nükleer tesisler ve nakliye faaliyetleri için daha düşük bir sorumluluk tutarı belirleyebilmektedir. Bu tutar düşük riskli tesisler için asgarî 70 milyon Euro ve düşük riskli nakliye faaliyetleri için asgarî 80 milyon Euro olarak belirlenmiştir.
- 4) Nükleer tesis işleteni, sorumluluğuna eşdeğer bir malî güvenceye sahip olmalıdır. Sınırsız sorumluluk rejimine sahip olan Paris Sözleşmesi akit tarafları için bu güvence, 700 milyon Euro ya da düşük sorumluluk tutarından hangisi uygulanacak ise, ona eşdeğer olmalıdır. Paris Sözleşmesi akit taraflarının ayrıca, işletenin malî güvencesinin mevcut olmadığı ya da yetersiz kaldığı durumlarda, sözleşmede belirlenmiş olan sorumluluk tutarına kadar nükleer zarar taleplerinin ödenmesini sağlamaları gerekmektedir.

¹²⁷ Miller, "Putting the Cart Before the Horse - The Case Against a New Regime Covering Radioactive Incidents During Transport", s. 10-11, Schwartz, 2010, s. 309, Roland Dussart Desart, "The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention an Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions", *Nuclear Law Bulletin*, 2005/1, S. 75, s. 7-8, Mohan, 2015, s. 3, Pelzer, "Focus on the Future of Liability Law", s. 334, Heffron - Ashley - Nuttall, "The Global Nuclear Liability Regime Post Fukushima Daiichi", s. 3.

¹²⁸ Miller, "Putting the Cart Before the Horse - The Case Against a New Regime Covering Radioactive Incidents During Transport", s. 11, Mohan, 2015, s. 3.

- 5) Tazminat hakkı, can kaybına ve bedensel zararlara ilişkin nükleer zararlar için nükleer kazadan itibaren 30 yıl ve diğer nükleer zararlar için 10 yıl içinde hukuki işlemler başlatılmaz ise, sona ermektedir. Belirli şartlar altında daha uzun süreler belirlenmesi mümkündür.
- 6) Paris Sözleşmesi, uyruğa, ikametgaha ya da mutad meskene dayalı herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanacaktır.
- 7) Kural olarak, nükleer hadisenin meydana geldiği devletin mahkemeleri tazminat taleplerini ele alacaktır.¹²⁹

Bu başlık altında öncelikle temel ilkeler hakkında genel bilgilendirmeler yer almaktadır. Ardından kusursuz sorumluluk, münhasır sorumluluk, sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılması, zorunlu malî güvence, sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılması, yargılama yetkisi, uygulanacak hukuk ve kararların icrası ve ayrımcılık yapmama ilkeleri bağlamında 2004 Protokolü ile 7381 sayılı Kanun mukayese edilmiş ve buna ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuştur.

A. Münhasır Sorumluluk

Zararların tazminine yönelik genel uluslararası sözleşmelerin aksine nükleer sorumluluk sözleşmeleri devletlerin doğrudan ve münhasır uluslararası sorumluluğuna dayanmamaktadır.¹³⁰ Nükleer sorumluluk sözleşmeleri açısından münhasır sorumluluk, hadisenin gerçek nedeninin kimin eyleminden ya da ihmalden kaynaklandığına bakılmaksızın bu tür zararlardan hukuken sorumlu tek varlığın nükleer tesisin işleteni olması esasına dayanmaktadır.¹³¹ Nükleer sorumluluk sözleşmelerinde işleten, tesisin bulunduğu devlet tarafından bir nükleer tesisin işleteni olarak atanan ya da tanınan kişi anlamına gelmektedir.

¹²⁹ https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20196/paris-convention-on-third-party-liability-in-the-field-of-nuclear-energy-paris-convention-or-pc (16.05.2023).

¹³⁰ Marianna Novotna - Peter Varga, "International and Supranational Aspects of Nuclear Liability", *Faculty of Law of Trnava University in Trnava Law Review*, 2017, s. 42. Uluslararası Sorumluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakkı Hakan ERKİNER, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

¹³¹ International Atomic Energy Agency, (2017), *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage - Explanatory Texts IAEA International Law Series No. 3 (Revised)*, IAEA Publications, Vienna, 2017, s. 1, Patrick Reyners, "The International Nuclear Energy Law Framework: An Outlook", *German Yearbook of International Law*, 2013, S. 56, s. 269, Heffron - Ashley - Nuttall, "The Global Nuclear Liability Regime Post Fukushima Daiichi", s. 3.

Bu sözleşmeler kapsamında kişi kavramından murad edilen; gerçek bir kişi, tüzel kişiliğe sahip herhangi bir özel kuruluş ya da kamu kuruluşudur.¹³²

Bu ilke özellikle nükleer faaliyetler için ihdas edilmiştir.¹³³ Örneğin, kusurlu mal tedarikçisi, işleten ile yapmış olduğu tedarik sözleşmesinin hükümleri uyarınca nükleer sorumluluğu kabul etmiş olmadıkça; ihmali ya da kusuru bulunsa dahi, bu esas uyarınca üçüncü şahıslara verilen nükleer zararlardan sorumlu tutulamaz. Ancak, bu durumda işleten tedarikçiye karşı rüçû hakkına sahip olmaktadır. Tabiki tedarikçiler, sözleşmeler ya da ulusal hukuk uyarınca işlete- ne ya da üçüncü şahıslara vermiş oldukları nükleer olmayan zararlar için sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Yine, işletenin zarar verme kastıyla hareket eden bir kişiye karşı da rüçû hakkına sahip olduğu durumlar bulunmaktadır. Sabotaj durumu buna örnek olarak verilebilir. Tüm bu durumlarda dahi, rüçû hakkından bağımsız olarak, işleten üçüncü şahıs mağdurlarına karşı münhasıran sorumlu olmaya devam etmektedir. Sorumluluğun münhasıran işletene yöneltilmesi, mağdurlar için meydana gelen kazadan potansiyel olarak sorumlu olabilecek tüm davalıları belirleme ve onlara dava açma ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Tedarikçi ve yüklenicilere sağlanan faydalar ise, nükleer maddelerin paketlenmesinden ya da muhafaza edilmesinden genel olarak sorumlu olmayan ve doğal olarak bunların nasıl kullanılacağına dair özel malumatı bulunmayan taşıyanlara kadar uzanmaktadır. Çünkü; aksi bir durumun kabulü, onların risk limitini karşılamak için özel ve maliyetli üçüncü şahıs sorumluluk sigortası satın almalarını gerektirecektir. Bu nedenle üçüncü şahıs zararlarının sorumluluğu, sorumluluk gönderen işleten tarafından başka bir işletene devredilinceye ya da başka bir işleten sevkiyatın sorumluluğunu üstleninceye kadar maddeleri gönderen nükleer tesisin işletenine ait olacaktır. Ayrıca sorumluluğun işletene yöneltilmesi, ulusal hukuk kapsamındaki halk sağlığı sigortası, sosyal güvenlik, işçi tazminatı ya da iş kazaları ya da meslek hastalıklarıyla ilgili plan ve sistemler uyarınca sahip olunan herhangi bir hakkı etkilememektedir. Bir mağdurun diğer mevzuatlar uyarınca zararının tazmin edilmesi halinde, bu tür bir tazmin için fonları harcayan kuruluşlar, belirli durumlarda işletene karşı rüçû hakkına sahip olabilecektir.¹³⁴

¹³² Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 110.

¹³³ Pelzer, "Focus on the Future of Liability Law", s. 335, Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 112.

¹³⁴ Schwartz, 2022, s. 412-413, Quere, "Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third Party Liability Regime", s. 80.

Münhasır sorumluluk, benzersiz bir düzenleme olarak nitelendirilmektedir. Bu kavramın aleyhine pek çok hukuki argümanın sıralanabileceği ancak, bu ilke olmadan hiçbir tedarikçinin¹³⁵ nükleer bir tesise tedarik sağlamayacağı, güvenliği artırmak adına bir donanım sağlamayacağı, kimsenin yakıt dahi teslim etmeyeceği ve nükleer bir tesiste çalışmaya hazır olmayacağı ifade edilmektedir. Mağdurlar için de taleplerini ileri sürmek için avantajlar sağlayan bu ilke, evrensel çapta kabul görmüştür ve uluslararası uyumlaştırmanın mihenk taşı kabul edilmektedir.¹³⁶

Paris Sözleşmesi uyarınca nükleer bir hadisenin neden olduğu zarardan dolayı tazminat hakkı, yalnızca zarardan sorumlu işletene karşı kullanılabilir. Ancak, madde 10 uyarınca gerekli güvenceyi sağlayan sigortacı ya da diğer malî garantörlere karşı iç hukukta doğrudan bir dava açma hakkı tanınmış ise, sigortacı ya da diğer malî garantörlere karşı da bu hak kullanılabilir.¹³⁷ Bu madde de aksi öngörülmediği takdirde¹³⁸, nükleer bir hadiseden kaynaklanan zararlardan diğer kişiler sorumlu tutulmayacaktır. Fakat, bu hüküm, bu sözleşmenin kabul edildiği tarihte (29.07.1960) nakliye alanında yürürlükte olan, imzaya açılan, onaylanan ya da katılınan herhangi bir uluslararası anlaşmanın uygulanmasını etkilemeyecektir.¹³⁹ Bir nükleer tesis ile ilgili olarak “işleten”, yetkili resmî makam tarafından o nükleer tesisin işleteni olarak atanmış veya tanınmış kişi anlamına gelmektedir.¹⁴⁰ Burada işletenin atanma ya da tanınması usulünün iç hukuka tabi olduğu hüküm altına alınmıştır.

¹³⁵ Tedarik zincirinde hizmet, ekipman ya da teknoloji sağlayan tüm taraflar anlamına gelmektedir. Örneğin; reaktör satıcısı, mal sahibi mühendis, inşaat mühendisi, hizmetten çıkarma birimi vb. Bkz. Thomas - Heffron, “Third Party Nuclear Liability: The Case of a Supplier in the United Kingdom”, s. 1.

¹³⁶ Pelzer, “Focus on the Future of Liability Law”, s. 335, Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 112.

¹³⁷ Paris Sözleşmesi m. 6/a. Sözleşmeye göre tazminat davaları nükleer tesislerde ya da nükleer tesisler ile bağlantılı olarak veya nakliye sırasında meydana gelen nükleer hadiselerden kaynaklansa da kural olarak, sadece işletene karşı açılabilir. Sigortacıya ya da diğer malî güvence sağlayan kişilere karşı dava açma hakkı ya işletene alternatif ya da ona ek olarak, yargı yetkisine sahip olan mahkemenin iç hukukunun böyle bir durumda doğrudan dava hakkı verdiği durumlarda mevcuttur. Bkz. Expose des motifs paragraf 38.

¹³⁸ Bu ibare 1960 tarihli ilk sözleşmede yer almamaktadır, madde metnine 1964 Ek Protokolü ile ilave edilmiştir.

¹³⁹ Paris Sözleşmesi m. 6/b.

¹⁴⁰ 1982 Paris Sözleşmesi m. 1/a(vi).

Kural olarak sözleşmeye göre tüm sorumluluk¹⁴¹ tek bir kişiye yöneltilmektedir. Yukarıda da zikredildiği üzere bu kişi nükleer hadise meydana geldiği anda nükleer tesisin işleteni olan kişidir. Sözleşme uyarınca işleten -ve yalnızca işleten- nükleer tesislerdeki ve nükleer tesislerden çıkan nükleer maddelerin neden olduğu nükleer hadiselerden kaynaklanan zararlardan sorumludur. Diğer kişiler sorumlu olmamaktadır. Bir nükleer tesisin işleteni, yetkili resmi makam tarafından o nükleer tesisin işleteni olarak atanmış ya da tanınmış kişidir. Akit taraflarda, lisanslama ya da izin (yetki verme) sisteminin mevcut olduğu durumlarda, doğal olarak, lisans ya da izin (yetki) sahibi işleten olarak atanmakta ya da tanınmaktadır. Genellikle lisans sahibi, aynı zamanda Paris Sözleşmesi kapsamında işleten olmakla birlikte bir devlet başka bir kuruluşu işleten olarak atayabilmekte ya da tanıyabilmektedir. Diğer tüm durumlarda sorumlu kişi, yetkili resmi makam tarafından sözleşme hükümlerine göre üçüncü şahıs sorumluluk risklerini karşılamak için gerekli malî güvenceyi sağlaması gereken kişi olmaktadır. Örnek vermek gerekirse; ilk çalıştırma denemesi için bir reaktörün reaktörü tedarik etmek isteyen kişiye tesliminden önce tedarikçi tarafından deneme amaçlı çalıştırma aşamasında sorumlu kişi, yetkili resmi makam tarafından gereğine uygun olarak atanacaktır. Nükleer zararlara ilişkin tazminat davası açılması halinde mahkeme, nükleer tesisin bulunduğu ülkenin yetkili kamu kurumu tarafından bu tesisin işleteni olarak addedilen kişiyi, işleten olarak telakki etmekle yükümlüdür.¹⁴²

Olağan haksız fiil hukukundaki durumdan farklı olarak tüm sorumluluğun işletene yöneltilmesiyle, hukuki olarak sorumlu olan kişiyi belirlemek amacıyla karmaşık ve uzun davaların ve karşı davaların önüne geçilmesi arzu edilmektedir. Bu şekilde işletenin kendisi dışında, bir nükleer tesise tedarik sağlanması, bir nükleer tesisin inşası, işletilmesi ya da hizmetten çıkarılması ile ilgili olabilecek herkesin her hâlükârda üçüncü şahıslara karşı sorumluluk risklerine ilişkin sigorta yaptırma zorunluluğunun bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır. Ve böylece, mevcut sigorta kapasitesinin yalnızca işleten lehine yoğunlaşmasına izin verilmektedir.¹⁴³ Bu ilkenin varlığı nükleer inşanın teknik zorlukları göz önünde bulundurularak tartışılmış ve sorumluluğun tüm diğer kişilerin saf dışı bırakılmasıyla bir kişi üzerinde yoğunlaştı-

¹⁴¹ Burada "tüm sorumluluk" kavramından kastedilenin hukuki sorumluluk olduğu aşikâr olmakla birlikte, bu hususun tekrar belirtilmesinde fayda görülmektedir. Cezai sorumluluk Paris Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalmakta ve akit taraflarca iç hukuklarının düzenleme konusunu teşkil etmektedir.

¹⁴² Expose des motifs 15, Expose des motifs 2004 paragraf 24.

¹⁴³ Expose des motifs 15, Expose des motifs 2004 paragraf 25.

rılmasının haklı çıkarılmasının zor olduğu şeklinde görüşler ifade edilmiştir. Ancak, yukarıda zikredilen durumlar göz önünde bulundurularak bu ilke uluslararası nükleer sorumluluk hukukunun yeknesak hale getirilmesinde temel bir ilke haline gelmiştir. Tüm menfaat sahipleri için fayda sağladığından ilkenin varlığını sürdürmesi gerektiği ve kapsamı iyi belirlenmiş ve oldukça sınırlı durumlarda işletenin rücu hakkının genişletilmesinin düşünülebileceği ifade edilmiştir.¹⁴⁴

7381 sayılı Kanunu incelediğimizde işletenin münhasır sorumluluğunun madde 12/4'te düzenlendiğini görmekteyiz. “İşleten, nükleer zararlardan ve tazminatların ödenmesinden ... sorumludur.” Bu ifade aynı madde de yer alan diğer fıkralarla birlikte münhasır sorumluluğun kanunda düzenlendiğine ilişkin bir anlam ifade etmektedir. Nitekim işletenin sorumluluğu başlığını taşıyan madde 12'nin ilk fıkrasında, “Nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Paris Sözleşmesi hükümleri uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Madde 12/3'te kusursuz sorumluluk başlığı altında ifade edileceği üzere işleten tanımı yer almaktadır. Madde 12/5'te işletenin doğrudan bir silahlı çatışma, hasmane hareketler, iç savaş ya da ayaklanmadan dolayı meydana gelen bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarardan sorumlu olmadığı ve madde 12/8'de işletenin, nükleer zarara neden olan nükleer hadisenin, nükleer zarar gören kişinin kastından ya da ağır ihmalden meydana geldiğini ispat etmesi hâlinde; işletenin sadece nükleer zarar gören bu kişiye karşı yetkili mahkemenin kararıyla kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabileceği hüküm altına alınmıştır. Tüm bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde işletenin münhasır sorumluluğuna ilişkin ilkenin 7381 sayılı Kanun'da yer aldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, bu ilkenin Paris Sözleşmesi madde 10'da ifade edilmiş olan “Paris Sözleşmesi uyarınca nükleer bir hadisenin neden olduğu zarardan dolayı tazminat hakkı, yalnızca zarardan sorumlu işletene karşı kullanılır.” şeklinde yer almasının daha doğru bir ifade tarzı olacağı düşünülmektedir. Her ne kadar Nükleer Zararın Tazmini başlığını taşıyan NDK m. 16'da “Nükleer zararın tazmininin şekli ve tutarı kusursuz ve münhasır sorumluluk ilkesi esas alınarak, 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tayin edilecektir.”¹⁴⁵ hükmü yer alsada münhasır sorumluluğun işletenin sorumluluğunun düzenlendiği madde de açıkça hüküm altına alınması doğru bir ifade tarzı olacaktır.

¹⁴⁴ Norbert Pelzer, “Nuclear New Build - New Nuclear Law?”, *Nuclear Law Bulletin*, 2009/2, S. 84, s. 17.

¹⁴⁵ NDK m. 16.

B. Kusursuz Sorumluluk

Nükleer tesis işletenin gerek nükleer tesisinde gerekse de o tesise gelen ya da o tesisten gönderilen nükleer maddelerin nakliyesi sırasında meydana gelebilecek nükleer hadiselerden kaynaklanan zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu olması, tüm ulusal ve uluslararası düzenlemelerde genel bir ilke olarak kabul edilmiştir.¹⁴⁶ Bu durum, nükleer enerji alanındaki hukuki sorumluluk rejimlerinin kusursuz/mutlak sorumluluk (strict/absolute liability) üzerine kurulmuş olmasının doğal sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴⁷ Kusursuz/Mutlak sorumluluk, mağduru işletenin kusur ya da ihmali ispat etme külfetinden kurtarmaktadır.¹⁴⁸ Mağdurun yalnızca maruz kalınan zarar ve nükleer kaza arasında nedensellik bağı kurması gerekmektedir. Bu kavram, birçok farklı alanda uygulanmıştır ancak, en yaygın olarak, tehlikeli ya da kusurlu ürünler, tehlikeli hayvanlar ve çok istisnaî nitelikteki tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanan zarar durumlarıyla ilişkilendirilmiştir.¹⁴⁹

Köklü bir yasama faaliyeti ve kazaî yorum geleneği neticesinde Batı Avrupa'da birkaç istisna dışında; bir kişinin tehlikeli faaliyette bulunması durumunda artan riski de üstlenmesi gerektiğine ilişkin bir sorumluluk karinesi mevcuttur. Sözleşme kapsamında yer alan faaliyetlere özgü tehlikeler ve nükleer enerji üretim ve kullanımındaki teknik karmaşıklık göz önüne alındığında; kusuru ispat etmenin zorluğundan dolayı bu karine nükleer sorumluluk için de kabul edilmiştir. Kusursuz sorumluluk, bu nedenle kuraldır. Sorumluluk, kusurdan bağımsız olarak riskten kaynaklanmaktadır. Ancak, bu demek değildir ki; salt nükleer bir faaliyette bulunmak veya nükleer maddeleri taşımak başlı başına bir kusur karinesi olarak değerlendirilecektir. Fakat; bir hadise meydana geldiğinde ilgili nükleer tesisin işletenin sorumluluğu mutlak olacaktır.¹⁵⁰ Paris Sözleşmesi şüphesiz ki sadece hukuki sorumlu-

¹⁴⁶ International Atomic Energy Agency, *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage - Explanatory Texts*, s. 1, Reyners, "The International Nuclear Energy Law Framework: An Outlook", s. 268-269, Pelzer, "Focus on the Future of Nuclear Liability Law", s. 334. Aydoğdu, 2009, s. 338.

¹⁴⁷ Hekim, "Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk", s. 367, Novotna - Varga, "International and Supranational Aspects of Nuclear Liability", s. 43.

¹⁴⁸ Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 111.

¹⁴⁹ Schwartz, 2022, s. 411-412, Quéré, "Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third Party Liability Regime", s. 80, Pelzer, "Focus on the Future of Nuclear Liability Law", s. 334.

¹⁵⁰ Expose des motifs paragraf 14, Expose des motifs 2004 paragraf 23.

luğru ele almaktadır.¹⁵¹ Kusurun ispatı gerekli değildir.¹⁵² İşletenin sözleşme kapsamındaki sorumluluğunun kusursuz, sınırlı ve münhasır nitelikte bir özel hukuk sorumluluğu olarak düzenlendiğini söylemek mümkündür.¹⁵³

7381 sayılı Kanun madde 12/4'te de bu durumun aynı şekilde hüküm altına alındığı görülmektedir. İşleten, nükleer zararlardan ve tazminatların ödenmesinden, nükleer hadisenin meydana gelmesinde kendisinin, personelinin ve tesisle ilgili teknoloji, mal ve hizmet sağlayanların herhangi bir kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın sorumludur.¹⁵⁴ İşletenin sorumluluğu söz konusu kanun uyarınca kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenmiştir. Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından veya ülkesindeki makamlar tarafından bir nükleer tesisi işletmek üzere yetkilendirilmiş tüzel kişi, nükleer tesis işletmek için verilecek lisans alınmadan önceki dönemde nükleer tesisi kuran tüzel kişi, nükleer tesisi işletmek için verilen lisans iptalinden sonra yeni bir işleten belirlenene kadar olan dönemde lisansı iptal edilen tüzel kişi nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar açısından işleten olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Nükleer tesis ise, söz konusu kanunda nükleer madde¹⁵⁶ çıkarmak, üretmek, işlemek, kullanmak, bulundurmak, yeniden işlemek veya depolamak amacıyla kurulmakta olan veya işletilen tesis olarak tanımlanmaktadır.¹⁵⁷

C. Sorumluluğun Miktar Bakımından Sınırlandırılması

Olağan haksız fiil hukuku kurallarına göre, bir kazanın neden olduğu zarar için ödenmesi gereken tazminat miktarı açısından bir sınır bulunmamaktadır. Zarardan sorumlu olan kişi, herhangi bir hüküm ya da uzlaşma tutarının tamamını ödemek zorundadır.¹⁵⁸ Ancak, nükleer endüstrilerini geliştirmek, genişlet-

¹⁵¹ Expose des motifs paragraf 15.

¹⁵² Expose des motifs 2004 paragraf 23.

¹⁵³ Arda İnal, "Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü'nün Türk Hukukuna Uygulanması", *Türkiye Atom Enerjisi Kurumu*, (Uzmanlık Tezi), Ankara, 2017, s. 83.

¹⁵⁴ NDK, m. 12/4.

¹⁵⁵ NDK, m. 12/3.

¹⁵⁶ NDK, m. 2/1(k) "Nükleer madde, uranyum, toryum, plütonyum ile diğer bölünebilir maddelerin Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından belirlenen izotopları ile fiziksel ve kimyasal formlarını ifade etmektedir".

¹⁵⁷ NDK, 2/1(l).

¹⁵⁸ Schwartz, 2022, s. 415, Reyners, "The International Nuclear Energy Law Framework: An Outlook", s. 270.

mek ya da sürdürmek isteyen çoğu ülkede işletenleri fahiş sorumluluk taleplerinin yükünden kurtarmak temel bir zorunluluk haline gelmektedir. Ve bu nedenle çoğu ülke işletenin üçüncü şahıs zararları için sorumlu tutulabileceği miktara bir sınır koymaktadır.¹⁵⁹ Özel sigorta, işletenler tarafından sorumluluklarını malî güvence altına almak için en çok kullanılan yöntem olduğundan¹⁶⁰, sınır genellikle bu amaç için piyasada mevcut olan özel sigorta teminatı miktarına tekabül etmektedir. Bazı ülkeler ise, sınırsız bir sorumluluk öngörmektedir. (Örneğin; Almanya, Japonya ve İsviçre)¹⁶¹

Sınır, fiiliyatta maruz kalınan ya da talep edilen zararın tutarına bakılmaksızın üçüncü şahıslara verilen nükleer zarar için işletenin toplam sorumluluğunu oluşturmaktadır. Bu şekilde bir sınır olmaz ise, işleten malî güvence tutarını aşan tüm hükmedilen tazminat kararlarını kendi malvarlığından ödemek zorunda kalacaktı. Bu işletenler için malî yıkım anlamına gelecekti. Ve fiiliyatta, mağdurlar özellikle hadise, işletenin “tek” esas malvarlığı değilse de malvarlıklarından birisi olan nükleer tesisin yok olmasıyla sonuçlanmış ise; sigorta teminatı kapsamında halihazırda mevcut olandan çok daha fazla bir tutarı alamayabilecekti. Bu ilkenin nükleer işletene kusursuz ve münhasır sorumluluk yüklenmesi neticesinde nükleer zarar mağdurlarına sağlanmış olan faydalar için alınan bir karşılık/quid pro quo olduğu ifade edilmektedir.¹⁶²

Sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılması Paris Sözleşmesi’nde 2004 Protokolü ile yapılmış olan en önemli değişikliklerden biri olduğundan Paris Sözleşmesi ele alınırken ikili bir başlıklandırma yapılması tercih edilmiştir. Bu şekilde 2004 Protokolü ile yapılmış olan değişikliklerin net bir şekilde görülmesi arzu edilmiştir. Bu başlık altında Paris Sözleşmesi ile belirlenmiş olan sorumluluk tutarına ek fon sağlanması için ihdas edilmiş olan Brüksel Sözleşmesi’ne ve 2004 Protokolü ile Brüksel Ek Sözleşmesi’nde yapılmış olan değişikliklere de sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılması ilkesi ile ilişkili olması nedeniyle yer verilmiştir.

¹⁵⁹ Carroll, “Perspective on the Pros and Cons of a Pooling-type Approach to Nuclear Third Party Liability”, s. 84, Novotna - Varga, “International and Supranational Aspects of Nuclear Liability”, s. 45, Pelzer, “Focus on the Future of Liability Law”, s. 337.

¹⁶⁰ Marija Ampovska, “Nuclear Insurance Pools Worldwide: The Role in Nuclear Law”, *Balkan Social Science Review*, 2017, S. 9, s. 16.

¹⁶¹ Schwartz, 2022, s. 415.

¹⁶² Schwartz, 2022 s. 415-416.

1. 1982 Protokolü ve Brüksel Ek Sözleşmesi

Bu başlık altında sorumluluğun sınırlandırılması ilkesi 1982 Protokolü ve Brüksel Ek Sözleşmesi açısından ele alınmıştır.

a. 1982 Protokolü

Nükleer hadiseden kaynaklanan zararlara ilişkin olarak ödenmesi gereken tazminatın toplamı, madde 7 uyarınca belirlenmiş olan azamî sorumluluk tutarını aşamaz.¹⁶³

Sözleşmede azamî ve asgarî sorumluluk tutarlarına yer verilmiştir. Nükleer bir hadiseden kaynaklanan zararlara ilişkin olarak işletenin sorumluluk birimi, Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından belirlenmiş olan ve kendi faaliyet ve işlemleri için kullandığı Special Drawing Rights (SDR)¹⁶⁴ (Özel Çekme Hakkı)'dır.¹⁶⁵ [Bundan böyle SDR olarak zikredilecektir.] Sözleşme tarafından hesap birimi olarak SDR'nin kullanılmasının rekabetçi develüasyon risklerine karşı bir dereceye kadar istikrar ve hepsi kendi para birimine sahip olan taraf devletler için tarafsızlık sağlama avantajı taşıdığı ifade edilmiştir.¹⁶⁶

¹⁶³ Paris Sözleşmesi m. 7/a.

¹⁶⁴ Yetmişli yıllarda SDR, Uluslararası Para Fonu (IMF)'nun malî hesap birimi olarak geliştirilmiş ve birçok uluslararası sözleşmedeki altın temelli eski hesap biriminin yerini almıştır. SDR'nin değeri, en önemli dünya ticaret para birimlerinin bir "sepet" i cinsinden ifade edilmektedir. Sözleşme'nin atıfta bulunduğu SDR, "değişken" SDR'dir, bir başka deyişle IMF tarafından mevcut işlemler ve ticari faaliyetler için kullanılan birimdir. İlgili ulusal para birimlerine karşı değeri, IMF tarafından günlük olarak hesaplanmakta ve yayınlanmaktadır. Bkz. Expose des motifs dipnot 8. Para sepeti kavramı, "Fiziki varlığı olmayan, hesap birimi olarak görev yapmak üzere oluşturulan birleşik bir paradır. Para sepeti tekniğinin uygulanmasındaki amaç, değeri sabit bir para birimi oluşturmaktır. Para sepeti, çeşitli ülke paralarının belirli miktarlarının bir araya getirilmesi ile oluşturulur. Böylece 'sepet'in değeri, onu oluşturan paraların herhangi bir andaki piyasa değerlerinin toplamına eşit olur. Sepette yer alan bir veya birkaç paranın değerinin yükselmesi, diğerlerinin düşmesi demek olduğundan sepetin değerinde fazla bir değişmeye yol açmaz. Bu paralar, değerleri nispeten sabit olduğu için, uluslararası borç, alacak ve öteki malî işlemlerde değer standardı rolü oynayabilirler." Bkz. <https://www.nedir.com/para-sepeti> (27.03.2023). 1 SDR; 26.5515 TL, 1.2327 Euro ve 1.3427 Dolar'dır. (16.05.2023).

¹⁶⁵ Gerek 1960 tarihli sözleşmede gerekse de 1964 Ek Protokolü'nde "Special Drawing Rights" yerine "European Monetary Agreement" ifadesi yer almaktadır. Ayrıca "European Monetary Agreement" hesap birimi sözleşme tarihinde belirlenen 15 milyon hesap birimidir. 1982 Ek Protokolü ile madde metni değişikliğe uğramıştır.

¹⁶⁶ Elena Mihai, "International Civil Liability Regimes for Nuclear, Oil Transport and Industrial Activities", *University of Calgary Faculty of Law*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Calgary, 2010, s. 148-149.

Sözleşme tarafından hüküm altına alınan azamî sorumluluk tutarı 15 milyon SDR'dir. Ancak, belirlenecek miktarın hiçbir şekilde 5 milyon SDR'den daha az olmaması koşuluyla; her akit taraf, işletenin madde 10 uyarınca gereken sigorta ya da diğer malî güvenceyi temin edebilme olanaklarını göz önünde bulundurarak iç hukukunda daha yüksek ya da düşük bir miktar belirleyebilecektir.¹⁶⁷ Aynı şekilde belirlenecek miktarın hiçbir şekilde 5 milyon SDR'den daha az olmaması koşuluyla; her akit taraf, nükleer tesisin ya da ilgili nükleer maddelerin niteliğini ve bu sebepten kaynaklanan bir hadisenin olası sonuçlarını dikkate alarak daha düşük bir miktar belirleyebilecektir.¹⁶⁸ Burada zikredilen tutarlar, yuvarlak hesap ile ulusal para birimine çevirilebilecektir.¹⁶⁹

Gerek nükleer bir tesiste ya da nükleer bir tesis ile bağlantılı olarak gerekse de nükleer maddelerin nakliyesi sırasında meydana gelen her bir nükleer hadiseye ilişkin¹⁷⁰ azamî sorumluluk, 15 milyon SDR olarak belirlenmiştir. Ancak; yukarıda da ifade edildiği üzere bu miktarı azaltmak iki şekilde mümkündür. Bu yollardan ilki, bir akit tarafın işletenin sözleşmeye göre (madde 10) kural olarak gerekli olan seviyeye kadar sigorta ya da diğer malî güvenceleri temin etme olanaklarını dikkate alarak iç hukukunda 15 milyon SDR'den daha yüksek ya da 5 milyon SDR'den daha düşük olmamak üzere daha düşük bir tutar belirleyebilmesi halidir.¹⁷¹ İkincisi ise; bir akit tarafın nükleer tesisin ya da nakliye sırasındaki ilgili nükleer maddelerin söz konusu akit taraf tarafından sözleşmede

¹⁶⁷ Paris Sözleşmesi m. 7/b(i). Gerek 1960 tarihli sözleşmede gerekse de 1964 Ek Protokolü'nde b fıkrasında yer alan bu hüküm, 1982 Ek Protokolü ile b fıkrasının (i) bendi olarak yeniden adlandırılmıştır.

¹⁶⁸ Paris Sözleşmesi m. 7/b(ii). Bu hüküm gerek 1960 tarihli Sözleşme'de gerekse de 1964 Ek Protokolü'nde yer almamaktadır. 1982 Ek Protokolü ile b fıkrasının (ii) bendi olarak hüküm altına alınmıştır.

¹⁶⁹ Paris Sözleşmesi m. 7/b.

¹⁷⁰ Aydoğdu, 2009, s. 270'te "Sorumluluk işletenin işlettiği işletme başına söz konusudur. (m. 7/b)" şeklinde bir ifade kullanmıştır. Sözleşmede sorumluluk miktarının işleten açısından her bir nükleer hadise için belirlenmiş olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca işletenin aynı sahadaki bulunan tesislerinin tek bir tesis olarak mütalaa edilebileceği hükmü de göz önüne alındığında bu şekilde bir çevirinin hatalı olduğu kanaatindeyiz. Kaldı ki her bir tesis açısından söz konusu sorumluluk miktarının ayrı ayrı temin edilmesinin ve sigorta ettirilecek olmasının da sözleşmenin hem katılımcıları teşvik etmek hem de zarar görebilecek olan kişilerin menfaatlerini korumayı temin edecek olma gayesiyle bağdaşmayacağı söylenebilmektedir. Zaten işletenin her bir nükleer hadise için sorumlu olduğu miktarı muhafaza etmesi gerektiği de sözleşmede hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla ifadenin "işletme başına" olarak çevrilmesinin hatalı olduğu düşünülmektedir.

¹⁷¹ Expose des motifs paragraf 43.

zikedilen diğer nükleer tesis ve nakliye araçlarına nazaran (örneğin; bazı küçük araştırma reaktörleri ve laboratuvarlar) büyük zararlara neden olma olasılığının bulunmadığını göz önünde bulundurarak, 15 milyon SDR'den daha az bir sorumluluk tutarı belirleyebilmesi halidir. Bu seçme hakkının amacı, gereksiz sigorta ya da malî güvence giderleriyle ilgili olarak nükleer işletenlere külfet yüklemekten kaçınmaktır.¹⁷² Ancak bu hakkın kullanımı, bu şekilde belirlen indirilmiş tutarın 5 milyon SDR'den düşük olmaması koşuluna tabidir.¹⁷³

Bu sözleşme kapsamındaki tazminat davalarında bir mahkeme tarafından hükmedilen tüm faiz ve masraflar, bu sözleşmenin amaçladığı anlamda tazminat olarak addedilemez. Bu madde gereğince işletenin sorumlu olduğu tüm tutara ek olarak işleten tarafından ödenecektir.¹⁷⁴ Yani madde 7'ye göre azamî sorumluluk için belirlenmiş olan tutar, tazminat davalarında bir mahkeme tarafından hükmedilen faiz ve masrafları içermez. Söz konusu faiz ve masrafların işletenin madde 7'ye göre sorumlu olduğu tüm tutara ek olarak işleten tarafından ödenmesi gerekmektedir.¹⁷⁵

20.04.1990 tarihinde Nükleer Enerji Ajansı¹⁷⁶ Yönetim Kurulu, sigorta piyasaasının teminat sağlama kapasitesindeki gelişmelere paralel şekilde iç hukuk kapsamında sorumluluk seviyelerini uyumlu hale getirmeyi amaçlayan bir tav-

¹⁷² OECD Yönetim Kurulu tarafından 16 Kasım 1982 yılında kabul edilen bir tavsiye kararında, bu tür bir seçme hakkı için yasal düzenleme yapmış olan akit tarafların bu daha düşük miktarda geçen tüm tazminat taleplerinin karşılanmasını sağlamak için genel itibarıyla nükleer işletenlerin sorumluluk miktarının toplamına kadar girişimlerde bulunmaları gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Expose des motifs dipnot 9.

¹⁷³ Expose des motifs paragraf 43.

¹⁷⁴ Paris Sözleşmesi m. 7/g. Madde metninde geçen "*shall be payable*" ifadesi sözleşmenin Resmî Gazete'de yayımlanan tüm çevirilerinde "*ödenebilir*" olarak çevirilmiştir. "*able*" ifadesinden dolayı böyle bir çeviri yapılabilir olsa da, başta yer alan "*shall be*" ifadesinin gözden kaçırılmış olduğu düşünülmektedir. Kaldı ki "*ödenebilir*" şeklinde bir çeviriden işletene bu konuda bir inisiyatif verilmiş olabileceği şeklinde bir mana çıkmaktadır, açıkça görülmektedir ki böyle bir mana, ilk cümle de yer alan hükümdeki kesin ifade ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, şüpheye mahal bırakmamak açısından; buradaki olması gereken çevirinin "*ödenecektir*" şeklinde olması yerinde görülmektedir.

¹⁷⁵ Expose des motifs paragraf 46.

¹⁷⁶ OECD Nükleer Enerji Ajansı kısaca (NEA), nükleer güvenlik, teknoloji, bilim, çevre ve hukuk alanlarında üstün başarı sağlamak için gelişmiş nükleer teknoloji altyapılarına sahip ülkeler arasında iş birliğini sağlayan hükümetlerarası bir kuruluştur. NEA, OECD çerçevesinde faaliyet göstermektedir ve Paris'te bulunmaktadır. Amacı, uluslararası iş birliği yoluyla nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla güvenli, çevreye duyarlı ve ekonomik kullanımı için gerekli bilimsel, teknolojik ve hukuki temellerin korunması ve geliştirilmesi hususunda üye devletlere yardımcı olmaktır. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/tro_5705/about-us (07.03.2023).

siye kararı almıştır. Söz konusu kararda, Paris Sözleşmesi Akit Tarafları'nın mümkün olduğu ölçüde, nükleer işletenin azamî sorumluluğunun 150 milyon SDR'den daha az olmayacak şekilde belirlenmesinin bir hedef olarak kabul edilmesi tavsiye edilmiştir. Aynı şekilde, söz konusu kararda madde 7/b(ii) uyarınca akit taraflar tarafından belirlenebilecek olan asgarî sınırdan daha yüksek bir sorumluluk tutarı belirlenmesi tavsiye edilmiştir.¹⁷⁷

b. Brüksel Ek Sözleşmesi

Brüksel Ek Sözleşmesi ile tesis edilmiş olan sistem, Paris Sözleşmesi ile kurulmuş olan sistemin tamamlayıcısıdır ve Paris Sözleşmesi hükümlerine tabidir.¹⁷⁸ Bu sözleşmenin sistemi, tamamen bu sözleşmeye taraf olmayan bir devletin ülkesinde meydana gelenler dışında nükleer hadiselerden kaynaklanan zararlara uygulanacaktır.¹⁷⁹ Sözleşme ile tüm akit taraflara kendi ülkesinde bulunan ve Paris Sözleşmesi madde 1'de ki tanım kapsamına giren barışçıl amaçlarla kullanılan tüm nükleer tesislerin güncel tutulan listede yer almasını sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir.¹⁸⁰

Bu sözleşme ile kurulmuş olan tazminat sistemi madde 3'te hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, akit taraflar nükleer bir hadiseden kaynaklanan zararla ilgili olarak, hadise başına 300 milyon SDR tutarına kadar tazminat sağlanacağını taahhüt etmektedir.¹⁸¹ Sözleşmede bu tazminat tutarının sağlanması için 3 kademeli bir sistem öngörülmektedir. Birinci kademe en az 5 milyon SDR tutarına kadar sigorta ya da diğer malî güvenceler tarafından sağlanan fonlardan oluşmakta ve bu tutarın sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit tarafın iç hukukunca belirleneceği hüküm altına alınmaktadır. [madde 3/b(i)] İkinci kademe olarak nitelendirilen yukarıda zikredilen tutar ile 175 milyon SDR arasındaki tutar, sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit tarafça sağlanan kamu fonlarından oluşmaktadır. [madde 3/b(ii)] Üçüncü kademeyi oluşturan 175 ve 300 milyon SDR arasındaki tutar, madde 12'de zikredilen katkı formülü uyarınca akit taraflarca sağlanan

¹⁷⁷ Raising and Harmonizing Liability Amounts Recommendation of the Steering Committee of 20.04.1990 [NE/M(90)1], bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_79235/paris-convention-decisions-recommendations-interpretations-1990?details=true&id=pl_79235&preview=true (16.05.2023).

¹⁷⁸ Brüksel Ek Sözleşmesi m. 1.

¹⁷⁹ Brüksel Ek Sözleşmesi m. 2/a.

¹⁸⁰ Brüksel Sözleşmesi m. 13/a.

¹⁸¹ Brüksel Sözleşmesi m. 3/a.

kamu fonlarından oluşmaktadır. [(madde 3/b(iii)] Bu amaçla, her bir akit taraf ya Paris Sözleşmesi madde 7 uyarınca işletenin azamî sorumluluğunu en az 300 milyon SDR olarak belirleyecek ve söz konusu sorumluluğun yukarıda zikredilen kademeli sistemdeki tüm fonlarla karşılanmasını sağlayacak¹⁸² ya da her bir akit taraf en az bu maddenin b(i) fıkrası uyarınca belirlenmiş olan tutara (en az 5 milyon SDR) eşit bir tutarda işletenin sorumluluk tutarını belirleyecek, bu tutarı aşan ve 300 milyon SDR'ye kadar olan bu maddenin b(ii) ve (iii) fıkralarında zikredilen kamu fonlarının işletenin sorumluluğuna yönelik teminattan başka yollarla mevcut hale getirilmesini sağlayacaktır. Ancak, bu sözleşmede yer alan esas ve usul kuralları bundan etkilenmeyecektir.¹⁸³

Paris Sözleşmesi madde 7/g'de zikredilen faiz ve giderler yukarıda zikredilen tutarlara ek olarak ödenecektir ve asgarî 5 milyon SDR'ye kadar olan kısma ilişkin olanlar sorumlu işleten tarafından, bu miktar ve 175 milyon SDR arasındaki kısma ilişkin olanlar o işletenin ülkesinde bulunduğu akit tarafça ve 175 milyon ve 300 milyon SDR arasındaki kısma ilişkin olanlar tüm akit taraflarca yukarıda zikredilen fonlardan tazminat olarak ödemesi gerektiğine hükmedilen tutar nispetinde karşılanacaktır. (madde 3/f)¹⁸⁴

Bu sözleşmenin amaçları açısından "Özel Çekme Hakkı (SDR)" Uluslararası Para Fonu tarafından tanımlanmış olan Özel Çekme Hakkı (SDR) anlamına gelmektedir. Bu sözleşmede zikredilen tutarlar, akit taraflar arasında akdedilmiş olan anlaşma ile belirli bir hadise için başka bir tarih belirlenmiş olmadıkça; o para biriminin hadise tarihindeki değerine göre bir akit tarafın ulusal para birimine çevirilebilecektir. Bir akit tarafın ulusal para biriminin Özel Çekme Hakkı (SDR) karşılığı, söz konusu tarihte Uluslararası Para Fonu'nun kendi işlemleri için uygulamış olduğu değer biçme yöntemine göre hesaplanacaktır.¹⁸⁵

Yukarıda zikredilen tutarlar için gerekli olan kamu fonlarının mevcut hale getirileceği ödeme sistemi, mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafınki olacaktır.¹⁸⁶ Ayrıca, her akit taraf zarar gören kişilerin söz konusu tazminat için

¹⁸² Brüksel Sözleşmesi m. 3/c(i).

¹⁸³ Brüksel Sözleşmesi m. 3/c(ii).

¹⁸⁴ Bu başlık altında diğer başlıklardır farklı olarak madde numaralarına metin içinde yer verilmiştir. Bu şekilde konunun anlaşılması adına her seferinde tekrara düşülmesinin önüne geçilmek istenmiştir.

¹⁸⁵ Brüksel Sözleşmesi m. 3/g.

¹⁸⁶ Brüksel Sözleşmesi m. 9/a.

sağlanan fonların kaynağına göre ayrı ayrı adli işlem başlatmak zorunda kalmaksızın tazminat haklarını kullanabilmelerini sağlayacaktır.¹⁸⁷ Ve tazmin sisteminin ilk basamağında yer alan fonlar mevcut olduğu sürece, hiçbir akit tarafın ikinci ve üçüncü basamakta yer alan kamu fonlarını kullanıma sunması gerekmeyecektir.¹⁸⁸

Mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafın nükleer bir hadiseden kaynaklanan zararın 175 milyon SDR'yi aşması ya da aşacağı belli halinde diğer akit taraflara nükleer hadise ve hadisenin detayları hakkında bilgi vermesi gerekmektedir.¹⁸⁹ Yalnızca mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit taraf, diğer akit taraflardan madde 3/b(iii)'de zikredilen 175-300 milyon SDR tutarı ve madde 3/f'de zikredilen faiz ve masraflar için gerekli olan kamu fonlarını sağlamalarını talep etme hakkına ve söz konusu fonların dağıtım noktasında münhasır yetkiye haiz olacaktır.¹⁹⁰ Söz konusu akit taraf, gerektiğinde madde 3/b(iii) ve madde 3/f uyarınca kamu fonlarını sağlayan diğer akit taraflar adına madde 5'te zikredilen rüçü hakkını kullanacaktır.¹⁹¹ Sorumlu işletenin Paris Sözleşmesi madde 6/f¹⁹² uyarınca rüçü hakkına sahip olduğu durumlarda; o işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit taraf, madde 3/b(ii), 3/b(iii) ve 3/f uyarınca kamu fonlarının sağlandığı ölçüde hem o akit tarafın hem de diğer akit tarafların bu rüçü hakkından yararlanmasını sağlamak için gerekli yasal tedbirleri alacaktır.¹⁹³ Söz konusu mevzuat zararın işletenin kendi kusurundan kaynaklanması durumunda madde 3/b(ii), madde 3/b(iii) ve madde 3/f uyarınca sağlanan kamu fonlarının söz konusu işletenden geri alınmasını da sağlayabilecektir.¹⁹⁴

Yukarıda üç kademeli sistemin üçüncü kademesini oluşturan 175-300 milyon SDR arasındaki tutarın madde 12'de zikredilen katkı formülü uyarınca akit

¹⁸⁷ Brüksel Sözleşmesi m. 9/b.

¹⁸⁸ Brüksel Sözleşmesi m. 9/c.

¹⁸⁹ Brüksel Sözleşmesi m. 10/a.

¹⁹⁰ Brüksel Sözleşmesi m. 10/b.

¹⁹¹ Brüksel Sözleşmesi m. 10/c.

¹⁹² Paris Sözleşmesi madde 6/f "*İşleten yalnızca nükleer bir hadiseden kaynaklanan zararın zarar verme kastıyla yapılan icraî ya da ihmali bir eylemden kaynaklanması halinde bu amaçla icraî ya da ihmali harekette bulunan kişiye karşı ve anlaşmada açıkça belirtilmesi koşuluyla belirtilen ölçüde rüçü hakkına haizdir.*" Rüçü hakkı ayrı bir çalışma konusu teşkil ettiğinden bu kadar bilgi verilmekle yetinilmiştir.

¹⁹³ Brüksel Sözleşmesi m. 5/a.

¹⁹⁴ Brüksel Sözleşmesi m. 5/b.

tarafarca sağlanacağı ifade edilmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, %50'ye kadar OECD tarafından yayınlanan resmî istatistiklerde gösterildiği üzere her bir akit tarafın cari fiyatları üzerinden gayrisafi milli hasılları ile tüm akit tarafların cari fiyatları üzerinden gayrisafi milli hasıllarının toplamı arasındaki oran esas alınarak¹⁹⁵; %50'si de her bir akit tarafın ülkesinde bulunan reaktörlerin ısı gücü ile tüm akit tarafların ülkesinde bulunan reaktörlerin ısı güçlerinin toplamı arasındaki oran esas alınarak belirlenecektir. Bu hesaplama madde 2/a uyarınca akit tarafların kendi ülkesinde bulunan ve Paris Sözleşmesi madde 1'de yer alan tanım kapsamına giren barışçıl amaçlarla kullanılan tüm nükleer tesislerinin tutulduğu listede nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihteki reaktörlerin ısı gücü esas alınarak yapılacaktır. Ancak, o reaktörün bu hesaplamanın amaçları doğrultusunda yalnızca kritikliğe ilk ulaştığı tarihten itibaren nazara alınması gerekmektedir.¹⁹⁶ Bu sözleşmenin amaçları doğrultusunda ısı güç kavramından ne anlaşılması gerektiği madde 12/b'de hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca ısı güç, nihaî işletme lisansı verilmeden önceki planlanan ve söz konusu lisansın verilmesinden sonra yetkili ulusal kuruluşlar tarafından yetkili kılınan ısı güç anlamlarına gelmektedir.¹⁹⁷

2. 2004 Protokolü ve Brüksel Ek Sözleşmesi

Bu başlık altında sorumluluğun sınırlandırılması ilkesi 2004 Protokolü ve Brüksel Ek Sözleşmesi açısından ele alınmıştır.

a. 2004 Protokolü

Her akit taraf, her bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararlar ile ilgili olarak işletenin sorumluluğunun 700 milyon Euro'dan aşağı olmamasını iç hukukunda sağlayacaktır.¹⁹⁸

Bir nükleer işletenin gerek bir nükleer tesiste ya da nükleer tesisle bağlantılı olarak gerekse de nükleer maddelerin nakliyesi sırasında meydana gelen her bir nükleer hadiseye ilişkin sorumluluğu, 700 milyon Euro¹⁹⁹dan daha az olma-

¹⁹⁵ Brüksel Sözleşmesi m. 12/a(i).

¹⁹⁶ Brüksel Sözleşmesi m. 12/a(ii).

¹⁹⁷ Brüksel Sözleşmesi m. 12/b.

¹⁹⁸ 2004 Protokolü m. 7/a.

¹⁹⁹ Paris Sözleşmesi'ni değiştiren 12 Şubat 2004 tarihli Protokol, Sözleşme'nin hesap birimini Uluslararası Para Fonu'nun Özel Çekme Hakkı (SDR)'ndan Protokol'ün kabul edildiği sırada Avusturya, Belçika, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg,

yacak şekilde belirlenmiştir.²⁰⁰ Sözleşmeye katılmak isteyen ancak, işletmelerinin sözleşmeye katıldıkları andan itibaren sözleşme gereği belirlenmiş olan asgarî 700 milyon Euro sorumluluk tutarına kadar malî güvence sağlayamayacağı devletler olabileceği öngörülmüştür. Ve bu tür devletlerin sözleşmeye taraf olma cesaretlerini kırmamak için kademeli bir hüküm olarak, onların 2004 Protokolü kabul edildiği tarihten itibaren 5 yıldan fazla olmamak üzere, yani 12.02.2004'ten itibaren 5 yıl, her bir nükleer hadise için işletmelerinin sorumluluk tutarını 350 milyon Euro ile sınırlandırmalarına izin verilmiştir. Bu hükmün yalnızca 1 Ocak 1999 tarihinden sonra sözleşmeye katılan devletler için geçerli olacağı ifade edilmiştir.²⁰¹ Henüz sözleşmeyi imzalamamış bir devlet, 01.01.1999 tarihinden sonra katılacağına, işletmelerinin sorumluluk tutarının saptanmasına ilişkin olarak, madde 21/c'de yer alan "kademeli" hükümden yararlanabilecektir. Sonrasında, söz konusu devlet, sözleşme madde 7 uyarınca gerekli tutara kadar işletmelerinin sorumluluk tutarını artırmak zorundadır.²⁰²

Madde 7/a ve madde 21/c hükümleri saklı kalmak kaydıyla her bir akit taraf, ilgili nükleer tesisin niteliğini ve bundan kaynaklanan nükleer bir hadisenin olası sonuçlarını göz önüne alarak belirlemiş olduğu tutarın hiçbir şekilde 70 milyon Euro'dan daha az olmaması şartıyla, söz konusu tesis için daha düşük bir sorumluluk tutarı belirleyebilecektir. Ve her bir akit taraf, ilgili nükleer maddelerin niteliğini ve bundan kaynaklanan nükleer bir hadisenin olası sonuçlarını göz önüne alarak belirlemiş olduğu tutarın hiçbir şekilde 80 milyon Euro'dan daha az olmaması şartıyla, nükleer maddelerin nakliyesi için daha düşük bir sorumluluk tutarı belirleyebilecektir.²⁰³ Yani, bir akit taraf, nükleer tesisdeki ya

Hollanda, Portekiz ve İspanya olarak adlandırılan 12 Avrupa Birliği devletinin para birimi olan Euro'ya çevirdi. OECD Konseyi'nin hesap birimine ilişkin 16.11.1982 tarihli ve [C(82)128] tarihli tavsiye kararı, Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 12.02.2004 (Expose des motifs 2004, dipnot 23'te tarih olarak yanlışlıkla 16.11.1982 yazıldığı tespit edilmiş ve doğrusu ile değiştirilmiştir.) tarihli Protokol'ün tüm akit taraflar için yürürlüğe girmesi ile birlikte hükmünü yitireceği ve iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine, Nükleer Enerji Yönetim Kurulu'nun 20.04.1990 tarihli ve [NE/M(90)1] sayılı akit tarafların sorumluluk miktarlarında artışa ve uyumlaştırmaya davet ettiği tavsiye kararı, Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 12.02.2004 tarihli Protokol'ün tüm akit taraflar için yürürlüğe girdiğinde hükmünü yitireceği ve iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Expose des motifs 2004, paragraf 23. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-as-amended-by-the-2004-protocol-nea/nlc/doc-2020-1/final (16.05.2023).

²⁰⁰ Expose des motifs 2004 paragraf 65.

²⁰¹ 2004 Protokolü m. 21/c, Expose des motifs 2004 paragraf 66.

²⁰² Expose des motifs 2004 paragraf 109.

²⁰³ 2004 Protokolü m. 7/b.

da nakliye durumundaki nükleer maddelerin sözleşmede belirtilen diğer nükleer tesislere ve nakliyelere nazaran önemli bir zarara neden olma ihtimali bulunmadığı takdirde daha düşük bir sorumluluk tutarı belirleyebilecektir. Bu duruma bazı küçük araştırma reaktörlerini ve laboratuvarlarını örnek olarak göstermek mümkündür. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu takdir hakkının amacı, ilgili nükleer işletenlere gereksiz sigorta ya da malî güvence giderleri yüklemekten kaçınmaktır. Bununla birlikte, bu tür daha düşük tutarların belirlenmesi, indirilmiş tutarın nükleer tesise ilişkin olması halinde 70 milyon Euro'dan ve nükleer maddelerin nakliyesine ilişkin olması halinde 80 milyon Euro'dan az olmaması koşullarına bağlıdır.²⁰⁴

Bir akit taraf madde 7/b kapsamında nükleer bir işleten için daha düşük bir sorumluluk tutarı belirlemişse; bu akit taraf, ancak belirli bir sınıra kadar bu daha düşük tutarı aşan nükleer bir hadiseden kaynaklanan nükleer zararlar için tazminat sağlamakla yükümlü olacaktır. Bu sınır, olayın koşullarına göre hangisi uygulanabilecek ise, madde 7/a ya da madde 21/c'de belirtilenlerden daha az olmayan bir tutar olacaktır. Böylece, bir akit taraf, küçük bir araştırma reaktörü için bir işletenin sorumluluk tutarını 70 milyon Euro olarak belirlerse ve bu tür bir tesisten kaynaklanan nükleer zarar bu miktarı aşarsa; bu akit tarafın maruz kalınan mevcut nükleer zarar için tazminat sağlaması gerekecektir. Ancak, sağlamak zorunda olduğu tutar halin icabına göre²⁰⁵ yalnızca 700 ya da 350 milyon Euro'dan az olmayan bir miktara kadar olacaktır.²⁰⁶

²⁰⁴ Exposé des motifs 2004 paragraf 68.

²⁰⁵ 16.11.1982 tarihli ve [C(82)181] sayılı OECD Konseyi'nin azaltılmış bir sorumluluk tutarı belirlenmesine ilişkin tavsiye kararı, geçerliliğini yitireceği ve 12.02.2004 tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren Protokol tüm akit taraflar için yürürlüğe girdiğinde iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Exposé des motifs 2004, dipnot 24. Söz konusu karar uyarınca OECD Konseyi, "mevzu bahis nükleer tesis ya da nükleer maddelerin niteliğini ve bunların karıştığı/dahil olduğu nükleer bir hadisenin olası sonuçlarını göz önüne alarak Paris Sözleşmesi'nin herhangi bir akit tarafının sözleşmede zikredilen madde 7/b(ii)'ye binaen, bazı nükleer işletenlerin sorumluluğunu genel olarak nükleer işletenler için belirlenmiş olandan daha düşük bir miktarda belirleyebileceğini, belirlenmiş olan söz konusu daha düşük miktarı aşan herhangi bir tazminat talebini karşılamak için genel olarak nükleer işletenler için belirlenmiş olan toplam tazminat tutarına kadar mevcut kamu fonlarını kullanılabilir hale getirmek için adımlar atması gerektiğini" tavsiye etmektedir. Madde 7/b(ii), büyük zarara yol açmayacağı düşünülen bazı nükleer tesisler ya da nakliye ile ilgili olarak sözleşmede belirtilmiş olan atfedilen sınırdan daha düşük bir sorumluluk tutarı belirlenmesine olanak tanır. Bu hükmün amacı, ilgili işletenlere haksız sigorta ya da mali güvence maliyeti yüklenmesinden kaçınmaktır. Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_79235/paris-convention-decisions-recommendations-interpretations-1990?details=true&id=pl_79235&preview=true (16.05.2023).

²⁰⁶ Exposé des motifs 2004 paragraf 69.

Bu sözleşmeye göre tazminat davalarında, bir mahkeme tarafından hükmedilen tüm faiz ve yargılama giderleri, bu sözleşmenin amaçları açısından tazminat olarak addedilmez. Bu tutarların işleyen tarafından bu madde uyarınca sorumlu olunan tüm tutara ek olarak ödenmesi gerekmektedir.²⁰⁷ Madde 7 uyarınca belirlenmiş olan sorumluluk tutarına, tazminat davalarında mahkeme tarafından kararlaştırılan faiz ve masraflar dahil değildir. Bu faizler ve masraflar, madde 7'ye göre sorumlu olduğu toplam tutara ek olarak işleyen tarafından ödenecektir.²⁰⁸ Bu madde de zikredilen ödemeler, yuvarlak hesap ile ulusal para birimine çevirilebilecektir.²⁰⁹

Akit tarafların büyük bir bölümü, para birimi olarak Euro'yu kabul ettiği için sözleşmenin hesap birimi olarak artık Euro seçilmiştir. Bu şekilde ABD Doları ya da Japon Yeni gibi Avrupa dışı para birimi unsurlarının değerindeki dalgalanmalardan dolayı Özel Çekme Hakkı/SDR gibi uluslararası hesap birimlerinin değerindeki meydana gelen dalgalanmalar, sözleşme kapsamında mağdurlara sağlanmış olan tazminat tutarı üzerinde hiçbir etkiye sahip olmayacaktır. Aynı zamanda bu tür dalgalanmaların riskini azaltmak ya da bertaraf etmek daha yüksek işleyen sorumluluk tutarları için sigorta teminatının ya da diğer malî güvencelerin daha kolay elde edilebileceği anlamına gelmektedir. Euro'yu ulusal para birimi olarak kabul etmemiş olan akit taraflar, bu tutarların sözleşmede Euro olarak ifade edilmiş olan sorumluluk tutarının altına düşmemesini teminat altına almak için ulusal sorumluluk tutarlarına bir "ihtiyat payı" eklemeyi isteyebilirler. Euro'yu ulusal para birimi olarak kabul etmemiş akit tarafların sözleşme kapsamındaki nükleer işleyen sorumluluk tutarlarını belirtilmiş olan Euro tutarına eşdeğer ulusal para birimi cinsinden ifade etmelerini engelleyebilecek bir neden yoktur.²¹⁰

Son olarak bu başlık altında ifade etmek gerekir ki, madde 7/j uyarınca her bir akit taraf, zarar gören kişilerin bu tür bir tazminat için sağlanan fonların kaynağına göre ayrı yasal işlemler başlatmasına gerek olmaksızın tazminat hak-

²⁰⁷ 2004 Protokolü m. 7/h.

²⁰⁸ Expose des motifs paragraf 46, Expose des motifs 2004 paragraf 73.

²⁰⁹ 2004 Protokolü m. 7/i.

²¹⁰ Expose des motifs 2004 paragraf 71/a, Dussart Desart, "The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention an Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions", s. 18, Eleni, "International Civil Liability Regimes for Nuclear, Oil Transport and Industrial Activities", s. 152-153.

larını icra edebilmelerini sağlayacaktır.²¹¹ Bu hüküm uyarınca, nükleer zarara maruz kalan kişiler, sağlanmış olan fonların kaynağına göre ayrı bir dava açmak zorunda kalmadan tazminat haklarını kullanabileceklerdir. Bu durum, mağdurları (örneğin, nükleer maddelerin nakliyesi sırasında meydana gelen bir nükleer hadiseden zarara uğrayan ve işletenin sorumluluk tutarının azaltılmış olduğu durumlarda) bir yandan işletene ve diğer yandan işletenin sorumluluk tutarını aşan zararlar için ülkesinde işletenin tesisinin bulunduğu akit tarafa karşı²¹² dava açmaya zorlayarak mağdurların karşılaşılabilecekleri engellerin üstesinden gelmelerine olanak tanımaktadır.²¹³

Sözleşme, asgarî olarak işletenin sorumluluk tutarını belirtmektedir. Bazı akit taraflar sorumluluk açısından nükleer işletenlerinin sorumluluğunun miktar bakımından sınırlı olmadığını ve işletenlerin bu sorumluluk ile ilgili olarak sınırlı bir sigorta ya da diğer malî güvence tutarı sağlamasının gerekli olduğunu iç hukuklarında kabul etmişlerdir. Bu nedenle, işletenin sorumluluğu, azamî miktardan ziyade asgarî olarak ifade edilmiştir.²¹⁴ 2004 Protokolü ile madde 7 metni tamamen değiştirilmiştir.

b. Brüksel Ek Sözleşmesi

Akit taraflar Paris Sözleşmesi'nde 2004 Protokolü ile yapılan değişiklikler neticesinde 28.01.1964 tarihli Ek Protokol ve 16.11.1982 tarihli Protokol ile değişikliğe uğrayan 29.07.1960 tarihli Paris Sözleşmesi'ne Ek 31.01.1963 tarihli Sözleşme'de de değişiklik yapılması gerektiğini dikkate almışlardır ve Brüksel Ek Sözleşmesi'nde de değişiklikler yapılmıştır.²¹⁵

Bu başlık altında konu ile ilgisi nispetinde 1982 Protokolü'nde yer vermiş olduğumuz hükümlerde yapılan değişiklikler üzerinde durulmuştur. Bu anlamda

²¹¹ 2004 Protokolü m. 7/j.

²¹² 16.11.1982 tarihli ve [C(82)181 sayılı bir OECD Konseyi tavsiye kararı, bir akit tarafın nakliye ya da düşük riskli tesislerle ilgili olarak atfedilen sorumluluk tutarından daha düşük bir işleten sorumluluk tutarı belirlemesi halinde, bu daha düşük tutarı aşan herhangi bir tazminat talebini karşılamak için atfedilen tutara kadar, mevcut kamu fonlarını kullanması gerektiğini tavsiye etmektedir. 12.02.2004 tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren Protokol tüm akit taraflar için yürürlüğe girdiğinde, bu tavsiye kararı hükmünü yitireceği ve iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Expose des motifs 2004, dipnot 25.

²¹³ Expose des motifs 2004 paragraf 71/b.

²¹⁴ Expose des motifs 2004, paragraf 64.

²¹⁵ Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20467/2004-protocol-to-amend-the-brussels-supplementary-convention (16.05.2023).

değineceğimiz en önemli değişiklik yukarıda zikredilen sözleşmenin kurmuş olduğu madde 3'te yer alan kademeli tazmin sistemi olacaktır. 1982 Protokolü ana başlığı altında zikrettiğimiz madde 3 hükmü tümüyle değişikliğe uğramıştır. Bu sözleşme tarafından belirlenen koşullar uyarınca, akit taraflar bu sözleşmenin akit taraflarından birinin ülkesinde bulunan ve barışçıl amaçlarla kullanılan nükleer bir tesisinin işleteninin sorumlu olduğu nükleer zararlarla ilgili olarak nükleer hadise başına 1.500 milyon Euro²¹⁶ tutarına kadar tazminat sağlanacağını taahhüt etmektedir. (madde 3/a) Bu tazminat yine yukarıda da zikrettiğimiz gibi üç kademeli bir tazmin sistemi ile sağlanacaktır. Birinci kademe, en az 700 milyon Euro tutara kadar, sigorta ya da diğer malî güvence tarafından sağlanan fonlardan veya Paris Sözleşmesi madde 10/c uyarınca sağlanan kamu fonlarından oluşmaktadır. Bu tutarın Paris Sözleşmesi uyarınca 700 milyon Euro'ya kadar sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit tarafın mevzuatı tarafından belirleneceği ve paylaştırılacağı hüküm altına alınmıştır. [madde 3/b(i)] İkinci kademe olarak nitelendirilen yukarıda zikredilen tutar ile 1.200 milyon Euro arasındaki tutar, sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit tarafça sağlanan kamu fonlarından oluşmaktadır. [madde 3/b(ii)] Üçüncü kademeyi oluşturan 1.200 milyon Euro ile 1.500 milyon Euro arasındaki tutar, madde 12'de zikredilen katkı formülü uyarınca, akit taraflarca sağlanan kamu fonlarından oluşmaktadır. [madde 3/b(iii)] Bu amaçla her bir akit taraf ya işletenin sorumluluğunun bu maddenin a fıkrasında zikredilen tutardan az olmayacağını iç hukukunda tesis edecek ve söz konusu sorumluluğun bu maddenin b fıkrasında zikredilen tüm fonlardan karşılanmasını sağlayacak²¹⁷ ya da en az bu maddenin b(i) fıkrası ya da Paris Sözleşmesi madde 7/b uyarınca belirlenmiş olan tutara eşit bir tutarda işletenin sorumluluğunu iç hukukunda tesis edecek ve bu tutarı aşan ve bu maddenin a fıkrasında zikredilen tutara kadar olan bu maddenin b(i), (ii) ve (iii) fıkralarında zikredilen kamu fonlarının işletenin sorumluluğuna yönelik teminattan başka yollarla mevcut hale getirilmesini sağlayacaktır. Ancak, bu sözleşmede yer alan esas ve usul kuralları bundan etkilenmeyecektir.²¹⁸

²¹⁶ Değiştirilen Paris/Brüksel rejimi; daha önceki 300 milyon SDR'ye (yaklaşık 372 milyon Euro) eşdeğer olan en az 1,5 milyar Euro tazminat sağlayacaktır. Bkz. https://www.oecd-neo.org/jcms/pl_63006/new-treaties-to-strengthen-rights-of-people-affected-by-nuclear-accidents (03.01.2023).

²¹⁷ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 3/c(i).

²¹⁸ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 3/c(ii).

Paris Sözleşmesi madde 7/h'de zikredilen faiz ve giderler yukarıda zikredilen tutarlara ek olarak ödenecektir. Asgarî 700 milyon Euro'ya kadar olan kısma ilişkin olanlar sorumlu işleten tarafından, bu miktar ve 1.200 milyon Euro arasındaki kısma ilişkin olanlar o akit tarafça sağlanan fonlar ölçüsünde sorumlu işletenin tesisinin ülkesinde bulunduğu akit tarafça ve 1.200 milyon Euro ve 1.500 milyon Euro arasındaki kısma ilişkin olanlar akit taraflarca birlikte yukarıda zikredilen fonlardan tazminat olarak ödenmesi gerektiğine hükmedilen tutar nispetinde karşılanacaktır.²¹⁹

Bu sözleşmede zikredilen tutarlar, akit taraflar arasında anlaşma ile belirli bir hadise için başka bir tarih belirlenmedikçe, o para biriminin hadise tarihindeki değerine göre mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafın ulusal para birimine çevirilecektir.²²⁰

Bu sözleşme uyarınca gerekli olan kamu fonlarının mevcut hale getirileceği ödeme sistemi, mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafınki olacaktır.²²¹ Değişiklikten önceki madde metninde madde 3/b(ii), (iii) ve (f) fıkraları uyarınca gerekli olan kamu fonları için ödeme sisteminin mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafınki olacağı hüküm altına alınmıştı. Değişiklikle birlikte *"bu sözleşme uyarınca gerekli olan kamu fonları"* için ödeme sisteminin kime ait olduğu hüküm altına alınmıştır. 2004 değişikliği ile kamu fonlarının madde 3/b(i)'de de yer alması üzerine maddenin tamamını kapsar şekilde böyle bir ifadeye yer verildiği düşünülmektedir.

Her akit taraf nükleer zarara maruz kalan kişilerin söz konusu tazminat için sağlanan fonların kaynağına göre ayrı ayrı adli işlem başlatmak zorunda kalmadan tazminat haklarını kullanabilmelerini sağlayacaktır.²²² Bu fıkrada yapılan tek değişiklik *"nükleer zarar"* kavramının sözleşmeye eklenmesinden kaynaklanmaktadır. Önceki düzenleme de yalnızca *"zarar gören"* ifadesi yer alırken, değişiklikle birlikte *"nükleer zarara maruz kalan kişiler"* şeklinde bu ifade madde metninde yerini almıştır.

Bir akit tarafın bu sözleşme kapsamındaki ödemesi gereken tazminat tutarı, madde 3/b(i) ve (ii)'de zikredilen tutarların toplamına ulaştığında işleten

²¹⁹ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 3/g.

²²⁰ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 3/h.

²²¹ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 9/a.

²²² Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 9/b.

tarafından sağlanacak fonların mevcut olup olmadığına ya da işletenin sorumluluğunun miktar bakımından sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına bakılmaksızın madde 3/b(iii)'de zikredilen fonları kullanıma sunması gerekecektir.²²³ Daha önce de ifade edildiği üzere değişiklikten önce bu fıkrada tazmin sisteminin ilk basamağında yer alan fonlar mevcut olduğu sürece hiçbir akit tarafın ikinci ve üçüncü basamakta yer alan kamu fonlarını kullanıma sunması gerekmeyeceği hükmü yer almakta idi. Değişiklikle birlikte tazminat tutarının madde 3/b(i) ve (ii)'de zikredilen tutara ulaşması halinde; ister işleten tarafından aşan tutar sağlanacak olsun ister o akit tarafta işletenin sorumluluğu sınırsız sorumluluk olarak belirlenmiş olsun akit taraf madde 3/b(iii)'deki fonları kullanıma sunmakla yükümlü kılınmıştır. Bu düzenleme ile birlikte nükleer zarar mağdurlarına zararlarının tazmin edilebilmesi için daha etkili bir koruma sağlandığını söylemek mümkün görünmektedir.

Yukarıda mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafın nükleer bir hadiseden kaynaklanan zararın “175 milyon SDR”yi aşması ya da aşacağı belli olması halinde diğer akit taraflara nükleer hadise ve hadisenin detayları hakkında bilgi vermesi gerektiğini ifade etmiştik. Bu hüküm de yapılmış olan değişiklik yalnızca kademeli tazmin sisteminde yer alan tutarların değişmesinden kaynaklanmıştır. Yani, yeni düzenleme ile birlikte mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafa “madde 3/b(i) ve (ii) uyarınca sağlanacak tutarların” aşılması ya da aşılacağı muhtemel olması halinde diğer akit taraflara bilgilendirmede bulunma yükümlülüğü yüklenmiştir.²²⁴ Yine önceki düzenleme de yalnızca mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafın diğer akit taraflardan madde 3/b(iii)'de zikredilen 175-300 milyon Özel Çekme Hakkı tutar ve madde 3/f'de zikredilen faiz ve masraflar için gerekli olan kamu fonlarını sağlamalarını talep etme hakkına sahip olduğu ve söz konusu fonların dağıtılması noktasında münhasır yetkiye haiz olacağı hüküm altına alınmıştı. Bu hükümde yapılan değişiklik faiz ve masraflara dair hükmün değişiklikte birlikte artık sözleşmenin 3. maddesinin g fıkrasında yer almasından kaynaklanmaktadır. Mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit tarafın kamu fonlarını dağıtma noktasında “münhasır” yetkiye sahip olduğu ifadesi değişiklik metninde yer almaktadır.²²⁵ “Münhasır” kelimesinin madde metninden çıkarılmasını, kural olarak dağıtma yetkisinin mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit taraf olduğu

²²³ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 9/c.

²²⁴ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 10/a.

²²⁵ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 10/b.

ancak, taraflara da bu hususta aksine düzenleme yapabilme olanağı tanındığı şeklinde yorumlamak mümkün görünmektedir. Söz konusu akit tarafın gerektiğinde madde 3/b(iii) ve madde 3/f uyarınca kamu fonlarını sağlayan diğer akit taraflar adına madde 5'te zikredilen rüçû hakkını kullanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu hükümde yapılan değişiklik faiz ve masraflara dair hükmün değişikliğinde birlikte artık sözleşmenin 3. maddesinin g fıkrasında yer almasından kaynaklanmaktadır.²²⁶ Madde 5'te yapılan değişiklikle birlikte diğer akit tarafların bu madde de hüküm altına alınan rüçû hakkı daha yalın bir ifadeye kavuşmuştur. Söz konusu hüküm uyarınca sorumlu işletenin Paris Sözleşmesi madde 6/f uyarınca rüçû hakkına sahip olduğu durumlarda; bu sözleşmenin akit tarafları madde 3/b ve 3/g uyarınca kamu fonlarının kullanıma sunulduğu ölçüde aynı rüçû hakkına haiz olacaktır.²²⁷ Madde 5'te hüküm altına alınan zararların işletenin kendi kusurundan kaynaklanması durumunda sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit tarafça yapılacak yasal düzenleme ile madde 3/b(ii), madde 3/b(iii) ve madde 3/f uyarınca sağlanan kamu fonlarının söz konusu işletenden geri alınmasının sağlanabileceğine dair hüküm madde metninde yer almamaktadır.

Yukarıda üç kademeli sistemin üçüncü kademesini oluşturan 1.200-1.500 milyon Euro arasındaki tutarın madde 12'de zikredilen katkı formülü uyarınca akit taraflarca sağlanacağı ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca %35'e kadar OECD tarafından yayınlanan resmî istatistiklerde gösterildiği üzere her bir akit tarafın cari fiyatları üzerinden gayrisafi milli hasılları ile tüm akit tarafların cari fiyatları üzerinden gayrisafi milli hasıllarının toplamı arasındaki oran esas alınarak²²⁸; %65'si de her bir akit tarafın ülkesinde bulunan reaktörlerin ısı gücü ile tüm akit tarafların ülkesinde bulunan reaktörlerin ısı güçlerinin toplamı arasındaki oran esas alınarak belirlenecektir. Bu hesaplama madde 13/a²²⁹ uyarınca akit tarafların kendi ülkesinde bulunan ve Paris Sözleşmesi madde 1'de yer alan tanım kapsamına giren barışçıl amaçlarla kullanılan tüm nükleer tesislerinin bulunduğu listede nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihteki reaktörlerin ısı gücü esas alınarak yapılacaktır. Ancak, bu hesaplamanın amaçları doğrultusunda bir

²²⁶ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 10/c.

²²⁷ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 5.

²²⁸ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 12/a(i).

²²⁹ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 13/a, "Her akit taraf, kendi ülkesinde bulunan ve Paris Sözleşmesi madde 1'deki tanım kapsamına giren barışçıl amaçlarla kullanılan tüm nükleer tesislerin bir listede görünmesini sağlayacaktır".

reaktör yalnızca kritikliğe ilk ulaştığı tarihten itibaren nazara alınacak ve bir reaktör nükleer yakıtın tamamı reaktör çekirdeğinden kalıcı olarak çıkarıldığında ve onay prosedürlerine uygun olarak güvenli bir şekilde depolandığında hesaplama-
dan çıkarılacaktır.²³⁰ Bu hükümde yapılan en önemli değişiklik, akit tarafların katkı oranları olmuştur. Önceki düzenleme de %50-%50 olarak belirlenen oran değişiklikle birlikte %35-%65 olmuştur. Bu şekilde bir değişiklik yapılmasının herhangi bir nükleer tesise sahip olmayan devletleri de sözleşmenin kurmuş olduğu sisteme dahil etme amacıyla yapıldığı düşünülmektedir. Akit taraflara nükleer tesisler için liste tutma yükümlülüğü yükleyen hüküm aynı şekilde madde 13/a'da hüküm altına alınmıştır. Ve madde 12/a(ii) fıkrasında önceki düzenlemede olduğu gibi bu katkı payının hesaplanmasında akit tarafta bulunan nükleer reaktörlerin ısı güçlerinin ne zamandan itibaren dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer düzenlemeden farklı olarak ne zaman bu dikkate alınmanın sona ereceğine ilişkin bir hüküm eklenmiştir. Bu şekilde bir hükmün sözleşmede açıkça yer alması yerinde olmuştur. Madde 12/b'de tanımlanan ısı güç kavramı önceki düzenleme ile aynı şekilde hüküm altına alınmıştır, bu nedenle bu başlık altında bu kavrama ayrıca yer verilmemiştir.

3. 7381 Sayılı Kanun

İşletenin sorumluluğu miktar bakımından sınırlandırılmıştır. Bu hususa ilişkin hüküm NDK madde 13'te düzenlenmektedir. NDK madde 13/1 uyarınca, "*Bu Bölüm kapsamında her bir nükleer hadise için işletenin sorumluluk miktarları;*

a) Termal gücü on megavatın üzerinde olan nükleer reaktörler ile Kurum tarafından nükleer tesis işletmek için verilecek lisans öncesi yapılacak değerlendirme ile belirlenecek diğer nükleer tesisler için yedi yüz milyon avro,

b) (a) bendi kapsamına girmeyen nükleer tesisler için yetmiş milyon avro,

c) Nükleer maddelerin taşınması için seksen milyon avro,

ç) Nükleer maddelerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde yapılacak transit geçişleri için yedi yüz milyon avro, ile sınırlıdır." Ancak, bu belirlenmiş olan sorumluluk miktarları diğer ülkelerde meydana gelen zararlar ile ilgili olarak karşılıklılık ilkesi çerçevesinde o ülkede nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararlar için uygulanan sorumluluk miktarı ile sınırlı olarak uygulanacaktır.²³¹

²³⁰ Brüksel Sözleşmesi 2004 Protokolü m. 12/a(ii).

²³¹ NDK m. 13/2.

Bu başlık altında sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılmasına ve müteakabiliyet ilkesine ilişkin yapılan düzenlemeler Paris Sözleşmesi ilke ve hükümlerine uygundur. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti, 29 Temmuz 1960 tarihli Paris Sözleşmesi'nin 18. maddesi uyarınca, 2. maddenin a paragrafının (ii) bendinde yer alan hükümlere hâlel getirmeksizin, Türkiye Cumhuriyeti'nden başka bir devletin ülkesinde ya da uluslararası hukuka göre belirlenmiş deniz yetki alanlarında ya da iş bu devlet adına kayıtlı olan bir gemide veya hava aracında meydana gelen nükleer zararlar için, iş bu devletin eşdeğer miktarda karşılıklı fayda sağlamadığı ölçüde, 7. maddenin a paragrafında belirtilen asgarî miktardan daha düşük bir sorumluluk tutarı belirleme hakkını saklı tutmuştur.²³² Bu şekilde bir saklı tutma yerindedir. Türkiye halihazırda Paris Sözleşmesi'nde zikredilen asgarî tutar nispetinde bir sorumluluk tutarı sınırı belirlemiştir. Paris Sözleşmesi açısından durumu değerlendirdiğimizde bu şekilde bir saklı tutma, sorumluluk miktarını asgarî tutarın üzerinde belirleyen ülkeler için daha anlamlı görünmektedir. Türkiye'nin sorumluluk tutarı sınırını artırma durumu söz konusu olmasına karşılık bu şekilde bir çekince koyduğu ve o takdirde Paris Sözleşmesi'ne taraf devletler için bu durumun bir anlam ifade edeceği düşünülmektedir. Diğer yandan Türkiye Paris Sözleşmesi/Ortak Protokol tarafı bir devlettir. Ortak Protokol madde 3 uyarınca²³³ Paris Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulacağı bir nükleer hadise neticesinde Viyana Sözleşmesi/Ortak Protokol tarafı olan bir devlette uğranılan zararlar açısından durumu değerlendirdiğimizde ise, gerek Viyana Sözleşmesi'nde gerekse 1997 Protokolü'nde çok daha düşük asgarî sorumluluk tutarları²³⁴ belirlenmiş olduğundan bu çekincenin bu durumlar bakımından Türkiye'nin lehine olacağı düşünülmektedir.

²³² Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211210-10.pdf> (30.03.2023).

²³³ Ortak Protokol m. 3 “Bir nükleer hadiseye diğerini hariç tutacak şekilde ya Viyana Sözleşmesi ya da Paris Sözleşmesi uygulanacaktır. Nükleer bir tesiste nükleer bir hadise meydana geldiğinde uygulanacak sözleşme, bu nükleer tesisin ülkesinde bulunduğu devletin taraf olduğu sözleşme olacaktır. Bir nükleer tesisin dışında ve nükleer maddelerin nakliyesi sırasında nükleer bir hadise meydana geldiğinde uygulanacak sözleşme ise, bu nükleer tesisin ülkesinde bulunduğu ve işletenin Viyana Sözleşmesi [Bkz. m. 2/1(b) ve(c)] ya da Paris Sözleşmesi (Bkz. m. 4/a ve b) uyarınca sorumlu olduğu devletin taraf olduğu sözleşme olacaktır.” Bkz. <https://www.iaea.org/sites/default/files/infirc402.pdf> (14.05.2023).

²³⁴ Viyana Sözleşmesi m. 5/1 uyarınca işletenin sorumluluğu her bir nükleer hadise için en az 5 milyon USD olarak belirlenmişti, bu tutar 1997 Protokolü ile en az 300 milyon SDR olarak belirlenmiştir. Bkz. Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, s. 113, Schwartz, 2022, s. 427.

D. Zorunlu Malî Güvence

İhtiyaç olduğunda mağdurların tazminat taleplerini ödemek için fonların fiili olarak kullanıma hazır olmasını sağlaması adına, nükleer işletenlerin sorumluluklarını malî olarak güvence altına almaları gerekmektedir.²³⁵ Bu ilke, bir yandan mağdurlara alacaklarının ödenebileceğine bir yandan da işletenlerin yıkıcı tazminat talepleriyle karşı karşıya kalmalarına karşı bir güvence oluşturmaktadır.²³⁶ Bu nedenle zorunlu malî güvence de nükleer sorumluluk hukukunun temel ilkelerinden birini teşkil etmektedir.²³⁷ Malî güvence, genel olarak özel sigorta piyasası tarafından sağlanmaktadır.²³⁸ Bunun yanı sıra malî güvence banka teminatı, işleten havuzlama sistemleri, kendi kendini sigorta etme²³⁹ ve hatta özel sigortanın bulunmadığı durumlarda işletenin tesisinin bulunduğu devlet tarafından sağlanan bir güvence gibi başka şekillerde de olabilmektedir.²⁴⁰

Bu başlık altında da önceki başlıkta olduğu gibi Paris Sözleşmesi ele alınırken 1982 ve 2004 Protokolü başlıklandırılması yapılması uygun görülmüştür. Zorunlu malî güvenceye ilişkin değişiklikler esas itibarıyla sorumluluk tutarının miktar bakımından sınırlandırılmasından kaynaklansa da zorunlu malî güvencenin ele alındığı madde 10 hükmünde yapılan değişikliklerin tam olarak görülebilmesi adına bu şekilde bir usul takip edilmiştir.

1. 1982 Protokolü

Nükleer enerji alanında sigortalanması gereken iki tür sorumluluk karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, santralde meydana gelebilecek maddi hasarların, ikincisi de nükleer hadise neticesinde üçüncü şahısların vücut bütünlüğüne ya da malvarlığına yönelik zararların karşılanmasına ilişkindir. Üçüncü şahıs

²³⁵ Norbert Pelzer, "International Pooling of Operators' Funds: An Option to Increase the Amount of Financial Security to Cover Nuclear Liability?", *Nuclear Law Bulletin*, 2007/1, S. 79, s. 38, Reyners, "The International Nuclear Energy Law Framework: An Outlook", s. 270.

²³⁶ Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 114.

²³⁷ Pelzer, "Focus on the Future of Liability Law", s. 339.

²³⁸ Carroll, "Perspective on the Pros and Cons of a Pooling-type Approach to Nuclear Third Party Liability", s. 84.

²³⁹ Kendi kendini sigortaya genellikle sadece bir devletin sahip olduğu ya da bir devlet tarafından işletilen nükleer tesisler ile ilgili olarak izin verilmektedir. Bkz. Schwartz, 2022, s. 413.

²⁴⁰ Schwartz, 2022, s. 413, Quéré, "Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third Party Liability Regime", s. 81.

sorumluluğunun malî güvence altına alınması hukuki açıdan zorunludur.²⁴¹ Bu hususa ilişkin düzenleme sözleşmenin 10. maddesinde²⁴² yer almaktadır. Bu sözleşme kapsamındaki sorumluluğun teminat altına alınması için işletenin madde 7 uyarınca belirlenmiş olan miktarda ve yetkili kamu kurumunun belirleyeceği tür de ve şartlar da sigorta ya da diğer malî güvenceye sahip olması ve bunu muhafaza etmesi gerekmektedir.²⁴³

Mağdurlara yönelik sorumluluğun karşılanması için işletenin sözleşme madde 7 çerçevesinde belirlenmiş olan azamî tutara kadar malî güvenceye sahip olması ve bunu muhafaza etmesi gerekmektedir. Malî güvence, genellikle sigorta teminatı olsa da klasik malî teminatlar ya da alışılabilen likit mal varlıkları (kolayca paraya dönüştürülebilen varlıklar) gibi çeşitli şekillerde de olabilmektedir. Sigorta birleşmesi, diğer malî güvence ve devlet güvencesi olarak kabul edilmektedir. Bir işleten, azamî miktarı muhafaza etmek şartıyla, sigorta ya da diğer malî güvencede değişiklik yapabilecektir.²⁴⁴

İşletenin her bir nükleer hadise için kullanıma hazır malî güvenceye sahip olması gerekmesine rağmen, uygulamada sigorta teminatının tek bir olaya ilişkin olmaktan ziyade yalnızca her bir tesis başına belirli bir zaman dilimi için mevcut olması öngörülmektedir. Sözleşmede daha sonraki nükleer hadiseler için gerekli miktarın mevcut olmasını sağlamak için uygun önlemler alınarak ilk nükleer hadise neticesinde gerekli malî güvence tutarının azalmamasını ya da tükenmemesini sağlamak koşuluyla, bunu engelleyen bir hüküm yer almamaktadır.²⁴⁵

İşletenin muhafaza etmesi gereken sigortanın ya da diğer malî güvencenin türünü ve şartlarını belirlemek yetkili kamu kurumunun görevidir. Bu öngörülen tür ve şartlar, sigorta faaliyetlerinin üzerinde bu tür bir kurum tarafından kontrolün mevcut olmadığı ülkelerde sigorta alanında denetleyici bir kurumun kurulması anlamına gelmemektedir. Buradaki denetim yalnızca sözleşmeye uygunluğun sağlanması için gerekli olan denetimi ifade etmektedir. Bu nedenle

²⁴¹ Evelyne Ameye - Iñigo Igartua Arregui, "National Nuclear Third Party Insurance Pools Revisited from a European Union Competition Law Perspective", *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2012, C. 30, S. 3, s. 265-266, Hekim, s. 384.

²⁴² Bu hüküm 1960 tarihli Paris Sözleşmesi'nden bu yana hiçbir değişikliğe uğramamıştır.

²⁴³ Paris Sözleşmesi m. 10/a.

²⁴⁴ Expose des motifs paragraf 49, Quéré, "Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third Party Liability Regime", s. 84-87.

²⁴⁵ Expose des motifs 2004 paragraf 82, Expose des motifs paragraf 49.

yetkili kamu kurumu, sigorta poliçelerinin (örneğin, sigortacı ya da diğer malî garantörlerin primlerin ödenmemesi nedeniyle malî güvenceyi hükümsüz kılmalarına izin verecek hükümler gibi) kendilerini hükümsüz hale getirebilecek hükümler ihtiva etmemeleri açısından yeterli olmalarını sağlamalıdır. Yani, sigortacının ya da diğer malî garantörün tazminat talebinde bulunan kişilere karşı primlerin ödenmemesi gibi herhangi bir defa öne sürememesi gibi.²⁴⁶

Yetkili kamu kurumu tarafından belirlenmiş şartlar ne olursa olsun, malî garantörün iflas etmesi ya da sigortanın her tesis için belirli bir süre için olduğu ve ilk olan hadise sonrasında işletenin azamî sorumluluğa ulaşmak için malî güvenceyi eski haline getirmesinin imkânsız olduğu durumlar gibi istenmeyen bazı durumlar yaşanabilecektir. Bunların işletenin madde 10 kapsamındaki yükümlülüğünü ya da işletenin azamî sorumluluğa kadar malî güvenceyi daima muhafaza etmesini sağlaması gereken devletin yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle, akit taraflar, uluslararası sorumluluklarının söz konusu olmasını önlemek için böyle bir duruma müdahale edebileceklerdir. Aynı şekilde, bir işletenin aynı sahada iki ya da daha fazla reaktör veya diğer nükleer tesisleri işlettiği ve ilgili akit tarafın madde 1(a)(ii)'ye göre, bunların tek bir nükleer tesis olarak muamele görmesi gerektiğini kararlaştırmadığı durumlarda; akit tarafın yine de işletenin nükleer tesislerin her biri ya da bir bütün olarak sahanın tamamı için sigorta ya da diğer malî güvenceye sahip olup olmaması ve bunu muhafaza edip etmemesi gerektiğine karar vermesi gerektir.²⁴⁷

Nükleer tesislerin lisanslanması ve sigortalanmasına ilişkin olarak yetkili kamu kuruluşu tarafından hangi sistem kabul edilmiş olursa olsun malî güvence için temel ilke, her bir nükleer hadise için madde 7'ye göre belirlenmiş olan miktarın mevcut olması gerektiğidir. İşleten, sigortacı ya da diğer malî garantörler arasındaki ilişkiler, örneğin; bu kişiler tarafından işletene karşı rücu haklarına ilişkin olanlar, her bir devlet tarafından çözüme kavuşturulacaktır.²⁴⁸

2. 2004 Protokolü

Bu sözleşme kapsamındaki sorumluluğun teminat altına alınması için işletenin, madde 7/a, 7/b ya da 21/c uyarınca belirlenmiş olan miktarda ve yetkili

²⁴⁶ Expose des motifs 2004 paragraf 83, Expose des motifs paragraf 49.

²⁴⁷ Expose des motifs 49.

²⁴⁸ Expose des motifs 49.

kamu kurumunun ayrıntıları ile belirleyeceği tür ve şartlar da sigorta ya da diğer malî güvenceye sahip olması ve bunu muhafaza etmesi gerekmektedir.²⁴⁹ Yani, mağdurlara karşı sorumluluk yükümlülüğünü yerine getirmek için aşağıdakilerden hangisinin uygulanması söz konusu olacak ise; işletenin,

- (i) madde 7/a ya da 7/b uyarınca belirlenmiş olan sorumluluk tutarına,
- (ii) sınırlı miktarda sorumlu olmayan işletenler için madde 10/b kapsamında belirlenmiş olan malî güvence sınırına ya da
- (iii) madde 21/c uyarınca izin verilen kademeli sorumluluk tutarına denk malî güvenceye sahip olması ve bunları muhafaza etmesi gerekmektedir.²⁵⁰

Görüldüğü üzere, 1982 Protokolü madde 10/a'da "*madde 7*" şeklinde zikredilen ifade, 2004 Protokolü madde 10/a'da "*madde 7/a, 7/b ya da 21/c*" şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki farklılık tazminat miktarlarının artırılmasından kaynaklanmaktadır. 2004 Protokolü ile sözleşme metnine eklenen madde 21/c'de de 01.01.1999 tarihinden sonra sözleşmeyi imzalayan devletlere tanınmış olan kademeli sorumluluk tutarından bahsedilmektedir. Bu nedenle madde 10/a'da, bu maddeye de yer verilmesi yerinde olmuştur. Bu hususlar hakkında sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılması başlığı altında ayrıntılı bilgilendirme yapıldığından burada yalnızca bu kadar bilgilendirme yapmakla yetinilmiştir.

İşletenin sorumluluğunun miktar açısından sınırlanmadığı durumlarda sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit taraf, sorumlu işletenin malî güvencesi açısından bir sınır koyacaktır. Ancak; bu şekilde koyulmuş olan sınırın madde 7/a ya da 7/b'de zikredilen miktardan daha az olmaması şarttır.²⁵¹ Yani, işletenin sorumluluğunun miktar bakımından sınırlı olmadığı durumlarda işletenin tesisinin ülkesinde bulunduğu akit taraf, işletenin malî güvencesini ya madde 7/a'da belirtildiği üzere 700 milyon Euro'dan daha az olmayacak şekilde ya da madde 7/b'de belirtildiği üzere hangi tutar uygulanacaksa, 70 milyon Euro ya da 80 milyon Euro'dan daha az olmayacak şekilde belirlemelidir.²⁵² Bu hüküm yukarıda da ifade edildiği üzere 2004 Protokolü ile madde 10/b'de yerini almıştır. Bu hüküm ile sınırsız sorumluluğu benimseyen

²⁴⁹ 2004 Protokolü m. 10/a.

²⁵⁰ Expose des motifs 2004 paragraf 81.

²⁵¹ 2004 Protokolü m. 10/b.

²⁵² Expose des motifs 2004 paragraf 81.

akit taraflardan malî güvence için bir sınır belirlemeleri istenmiştir. Bu şekilde sigortacıların bu miktarları sigorta edebilmelerine olanak tanınmıştır. Nitekim sınırsız sorumluluğu benimsemiş ülkelerin 2004 Protokol'ü yürürlüğe girmeden önce de bu şekilde hareket ettiği görülecektir. Yani, sorumluluk sınırsız, malî güvence ise sınırlı miktardadır.

Sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit taraf, bu tür talepleri karşılamak için sigorta ya da diğer malî güvencenin bulunmadığı ya da yetersiz kaldığı durumlarda, madde 7/a ya da 21/c'de zikredilen tutardan daha az olmayan bir tutara kadar gerekli fonları sağlayarak işletene karşı nükleer zararlardan kaynaklanan mevcut tazminat taleplerinin ödenmesini sağlayacaktır.²⁵³

Yetkili kamu kurumu tarafından belirlenmiş şartlar ne olursa olsun, işleten tarafından muhafaza edilmesi gereken malî güvencenin nükleer bir hadiseden kaynaklanan nükleer zarar tazminat taleplerini karşılamak için mevcut olmadığı ya da yetersiz kaldığı durumlar yaşanabilmektedir. Örneğin, malî garantörün iflas ettiği, düşük riskli bir tesis için azaltılmış sorumluluk tutarına karşılık gelen malî güvencenin bu tesisteki bir hadiseden kaynaklanan tüm nükleer zarar tazminat taleplerini karşılamak için yetersiz kaldığı ya da sigortanın her bir tesis için belirli süreliğine yapılmış olduğu ve ilk nükleer hadiseden sonra malî güvenceyi gereken tutara kadar eski hale getirmenin imkansız olduğu durumlar meydana gelebilmektedir. Bu koşullar altında, ülkesinde sorumlu işletenin tesisi bulunan akit tarafın nükleer zararlar için tazminat ödenmesini sağlamak için hangisi uygulanacaksa, yalnızca madde 7/a kapsamında zikredilen sorumluluk tutarına kadar ya da madde 21/c kapsamında belirlenmiş olan kademeli tutara kadar gerekli fonları sağlaması gerekmektedir. Nükleer tesislere lisans verilmesine ve nükleer tesislerin sigortalanmasına ilişkin yetkili kamu kurumu tarafından hangi sistem kabul edilmiş olursa olsun, malî güvence açısından her bir nükleer hadise için sözleşme uyarınca belirlenmiş olan tutarın mevcut olması temel bir ilkedir.²⁵⁴ 1982 Protokolü madde 10 metninde yer almayan ancak, 1982 Protokolü Expose des motifs'inde yer verilmiş olan bu kurala, hem 2004 Protokolü madde metninde hem de 2004 Protokolü Expose des motifs'inde açıkça yer verilmiştir. Madde 10 metnine bu hükmün açıkça eklenmesi bağlayıcılık açısından yerinde olmuştur. Diğer hükümler ile birlikte değerlendirme

²⁵³ 2004 Protokolü m. 10/c.

²⁵⁴ Expose des motifs 2004 paragraf 84, Expose des motifs paragraf 49.

yapıldığında bu sonuca ulaşmak mümkün gibi görünse de açıkça bu hükmün sözleşmede düzenlenmiş olması yerindedir. Böylece hem olası mağdurlara hem de nükleer tesis işletenlerine güvence sağlanmıştır.

Bir işletenin aynı sahada bulunan birden fazla nükleer tesis işletmesi halinde, bu tesislerin tek bir nükleer tesis olarak muamele görmesine ilişkin bir karar alınabilecektir. Bu şekilde bir karar alınmış olması durumunda, sigorta ya da malî güvencenin her bir hadise için muhafaza edilmesi gerektiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak, bir işletenin aynı sahada iki ya da daha fazla nükleer tesisi işlettiği ve akit tarafın madde 1/a(ii) uyarınca bunların tek bir nükleer tesis olarak muamele görmesi gerektiğine ilişkin karar vermemiş olduğu durumlarda; işleten, işletmiş olduğu nükleer tesislerden her biri için sigorta ya da diğer malî güvenceyi muhafaza etmelidir.²⁵⁵

İşleten ve sigortacısı ya da diğer malî garantörü arasındaki ilişkiler, öncekinin sonrakine karşı rüçû haklarına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, her devletin iç hukuku uyarınca karara bağlanacaktır.²⁵⁶

3. 7381 Sayılı Kanun

İşletenler, her bir nükleer tesis veya taşıma faaliyeti için madde 13'te belirlenen üst sınır tutarında ve Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından belirlenen zamanda ve şartlara uygun sigorta yaptırmak veya başkaca bir teminat göstermek zorundadırlar.²⁵⁷ Nükleer maddelerin Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik alanında yapılacak transit geçişlerinde işleten, 80 milyon avro tutarında sigorta yaptırmak veya teminat göstermek zorundadır.²⁵⁸ İşleten sigorta sözleşmeleri ya da teminata ilişkin ibraz ettiği belgeler Kurum tarafından uygun bulunmadan ilgili faaliyetlere başlayamaz.²⁵⁹ Yaptırılan sigorta ya da gösterilen teminat sadece bir nükleer hadise durumunda nükleer zararların tazmini için kullanılacaktır.²⁶⁰

İşleten, süresi sona erecek sigorta veya teminat yerine, bu sigorta veya teminatın sona erme tarihinden önce yeni bir sigorta yaptıracak veya teminatı-

²⁵⁵ Expose des motifs 2004 paragraf 85.

²⁵⁶ Expose des motifs 2004 paragraf 86, Expose des motifs paragraf 49.

²⁵⁷ NDK, m. 14/1.

²⁵⁸ NDK, m. 14/2.

²⁵⁹ NDK, m. 14/3.

²⁶⁰ NDK, m. 14/6.

nı yenileyecektir. Yenilenen sigorta veya teminat kuruma (Nükleer Düzenleme Kurumu) bildirilecektir. İşletenin bu kapsamdaki yükümlülüklerinin sona ermesine ilişkin koşullar kurum tarafından belirlenecektir.²⁶¹ Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen bu sigorta ya da teminat, kuruma yazılı olarak en az iki ay önce sigorta şirketi veya nükleer sigorta havuzu ya da teminat veren tarafından bildirimde bulunulmadan askıya alınamaz veya iptal edilemez. Söz konusu sigorta ya da teminatın nükleer maddelerin taşınmasına ilişkin olması hâlinde sigorta ya da teminat taşıma sırasında askıya alınamaz veya iptal edilemez.²⁶² İşletenin 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu uyarınca merkezî yönetim kapsamındaki kamu idaresi olması ya da sermayesinin tamamının kamuya ait olması hâlinde, işleten sigorta yaptırma veya teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulabilecektir. Bu durumda nükleer hadise sonucu meydana gelen nükleer zararın devlet tarafından ne şekilde taahhüt edileceğine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı kararı ile belirlenecektir.²⁶³ Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Nükleer Düzenleme Kurumu ile Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından müştereken hazırlanacak yönetmelikle belirlenecektir.²⁶⁴

Bu başlık altında sorumluluğun malî güvence altına alınması yükümlülüğüne ilişkin yapılan düzenlemeler Paris Sözleşmesi ilke ve hükümlerine uygundur.

İşletenin bu bölümde belirlenen yükümlülüklerine sigorta sağlanabilmesi amacıyla bir nükleer sigorta havuzu kurulacaktır. Nükleer sigorta havuzunun işleyişine ilişkin usul ve esaslar Bakanlık²⁶⁵ ve Nükleer Düzenleme Kurumu görüşü alınarak Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından yönetmelikle belirlenecektir.²⁶⁶ İşleten bu bölümde belirlenen sigorta ya da teminat yükümlülüklerini yurt içinden veya uluslararası piyasalardan kısmen veya tamamen sağlayabileceği gibi nükleer sigorta havuzundan da sigorta yapılmasını talep edebilecektir.²⁶⁷

²⁶¹ NDK, m. 14/4.

²⁶² NDK, m. 14/5.

²⁶³ NDK, m. 14/7.

²⁶⁴ NDK, m. 14/8.

²⁶⁵ NDK m. 2/a "Bakanlık: Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığını" ifade etmektedir.

²⁶⁶ NDK, m. 15/1.

²⁶⁷ NDK, m. 15/2.

İşletenin sigorta ya da teminat bulamaması veya işleten tarafından sunulan sigorta ya da teminatın madde 13'te belirlenen miktarlardan az olması durumunda eksik kalan miktar Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre karşılanacaktır.²⁶⁸ Bir nükleer hadise sonrasında mevcut sigorta ya da teminatın madde 13'te belirlenen miktarları karşılamaması durumunda eksik kalan miktar Cumhurbaşkanı tarafından belirlenecek usul ve esaslar uyarınca karşılanacak ve işletene rüçü edilecektir.²⁶⁹

Bu başlık altında nükleer sigorta havuzu ve bu kapsamda karşılanamayan miktarın devlet güvencesi altına alınmasına ilişkin yapılan düzenlemeler Paris Sözleşmesi ilke ve hükümlerine uygundur.

E. Sorumluluğun Zaman Bakımından Sınırlandırılması

Alacakların zamanaşımına uğraması tüm hukuk sistemlerinde bilinen bir araçtır. Bu durum bir kişiye karşı dava hakkının sonsuza kadar devam ettirilmemesi ve hukuki barışın yeniden tesis edilebilmesi için belirli bir süre sonra sona ermesi gerektiği fikrine dayanmaktadır. Ve bu sebepten ötürü zaman sınırlamaları adaletin bir unsuru olarak addedilmektedir.²⁷⁰

Özel sigorta şirketleri, teminatlarını genellikle nükleer hadise tarihinden itibaren on yıldan fazla olmayacak şekilde sınırlandırmışlardır. Zira, sigorta şirketleri (ve bu husustaki diğer malî garantörler) kural olarak uzun süreler boyunca potansiyel olarak büyük miktarda sorumluluklar için süresi dolmuş ya da ödenmemiş poliçelere karşı rezervler muhafaza etmek istememektedir. Ayrıca, sigorta şirketleri örneğin, bir nükleer kaza meydana geldikten 20, 25 ya da 30 sene sonra başlayan radyasyonun neden olduğu kanserler ile ilgili talepleri savunmada karşılaşacakları zorlukların farkındadırlar. Çünkü; nükleer hadisenin mi yoksa başka diğer faktör ya da faktörlerin mi gerçekten kansere neden olduğunu ispat etmek oldukça zor olacaktır. Bu ilke, aynı zamanda mağdurlara işletenin kusursuz ve münhasır sorumluluğundan dolayı sağlanan faydalar için bir karşılık olarak gösterilebilmektedir. Bu nedenlerle, çoğu ülke tarihsel olarak taleplerin sunulması için olan sürenin nükleer bir kazadan itibaren azamî 10

²⁶⁸ NDK, m. 15/3.

²⁶⁹ NDK, m. 15/4.

²⁷⁰ Pelzer, "Focus on the Future of Liability Law", s. 336. Uluslararası sorumluluk ve adalet alanında ayrıntılı bilgi için bkz. Süleyman Dost, *Temel Kavramlar, Metinler ve Kararlar Bağlamında Uluslararası Hukukta Adalet*, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.

yıllık bir zaman dilimi ile sınırlı olduğu nükleer sorumluluk yasalarını kabul etmişlerdi.²⁷¹ Ancak, nükleer endüstri geliştikçe ve özel sigorta piyasası sürekli olarak daha yüksek sorumluluk tutarını desteklemek için kapasitesini artırdıkça hem hükümetler hem de halk tarafından yaralanma ya da ölüm ile ilgili taleplerde bulunmak için azamî süre sınırını nükleer hadise tarihinden itibaren 30 yıla uzatma konusu gündeme gelmiştir. Mala verilen zararlar ya da diğer kabul edilen herhangi bir zarar açısından talepte bulunmak için zaman sınırı ise, 10 yıl olarak kalacaktır. Asgarî süre açısından ise, uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmelerinde ve çoğu hukuk düzeninde genel olarak zararın ve sorumlu nükleer işletenin kim olduğunun öğrenilmesinden itibaren 2 ya da 3 yıl içerisinde tazminat talebinde bulunulması gerektiğine ilişkin bir kural bulunmaktadır.²⁷²

Sözleşme sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılmasına ilişkin asgarî ve azamî süreler belirlemektedir. 2004 Protokolü ile Paris Sözleşmesi'nde yapılan en önemli değişikliklerden bir diğeri de sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılmasına ilişkindir. Bu değişikliklerin tam olarak görülebilmesi adına bu başlık altında da Paris Sözleşmesi ele alınırken 1982 Protokolü ve 2004 Protokolü şeklinde ikili bir başlıklandırma yapılmasının uygun olduğu düşünülmüştür.

1. 1982 Protokolü

Sözleşmenin zaman bakımından uygulama alanı ile ilgili olarak bize yol gösterecek hüküm madde 8'de yer almaktadır. Bu sözleşme uyarınca tazminat hakkı nükleer hadise tarihinden itibaren 10 yıl içinde bir dava açılmazsa sona erecektir.²⁷³ Bununla birlikte, sorumlu işletenin nükleer tesisinin ülkesinde bulunduğu akit tarafça 10 yıllık sürenin sona ermesinden sonra ve söz konusu daha uzun süre zarfında açılan tüm tazminat davaları ile ilgili olarak o işletenin sorumluluğunu karşılamak için önlemler alınmışsa; iç hukukta 10 yıldan daha uzun bir süre belirlenebilecektir.²⁷⁴ Ancak sona erme süresinin uzatılmasının 10 yıllık sürenin sona ermesinden önce ölüme ya da kişiye verilen zararlara ilişkin

²⁷¹ Schwartz, 2022, s. 416, Reyners, "The International Nuclear Energy Law Framework: An Outlook", s. 270.

²⁷² Schwartz, 2022, s. 416.

²⁷³ Paris Sözleşmesi m. 8/a.

²⁷⁴ Bu düzenleme 1960 tarihli ilk sözleşmede c fıkrasında düzenlenmiş, 1964 değişikliği ile a fıkrasında yerini almıştır.

olarak işletene karşı dava açmış olan herhangi bir kişinin bu sözleşme uyarınca sahip olduğu tazminat hakkını hiçbir şekilde etkilememesi şarttır.²⁷⁵

Öncelikli olarak, burada zikredilen 10 yıllık sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olduğu cevaplanması gereken bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerek madde 8/a'da gerekse de sözleşmenin Expose des motifs'inde²⁷⁶ nükleer hadise tarihinden itibaren 10 yıllık bir sürenin tesis edilmiş olduğu ve bu süre geçtikten sonra daha önce yetkili bir mahkemede dava açılmamışsa tazminat hakkının sona ereceği belirtilmiştir. Bu ifadeden 10 yıllık süreden murad edilenin hak düşürücü süre olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, aynı fıkarda hüküm altına alındığı üzere 10 yıllık süre sona erdikten sonra da yargısal işlemler yapılabilmektedir. Bunun yapılabilmesi için iç hukukta sorumluluk için daha uzun bir süre belirlenmiş olması ve akit tarafın iç hukuku tarafından belirlenen süreyi kapsayacak şekilde tazminatların karşılanması için gerekli önlemlerin alınmış olması gerekmektedir. Bu takdirde zarar görenler, 10 yıllık sürenin geçmesinden sonra da belirlenen süre içerisinde yargısal işlemler yapabilecektir. Ancak sürenin bu şekilde uzatılması, 10 yıllık süre içerisinde işletene karşı ölüm ya da kişiye verilen zararlar ile ilgili dava açan kişilerin sözleşme kapsamındaki tazminat haklarını etkilemeyecektir.²⁷⁷

Nükleer hadiselerin gecikmiş zararlarının söz konusu olabilme ihtimali dikkate alındığında yukarıda zikredilen 10 yıllık sürenin kısa olduğu ve daha uzun sürelerin belirlenmesinin zarar görenler açısından fayda sağlayacağını söylemek mümkündür. Zira 10 yıllık sürenin sigorta ya da diğer malî güvenceler göz önünde bulundurularak belirlendiği ifade edilse de, uluslararası sigorta havuzu ya da topluluklarının ilerleyen zamanlar için ne kadar uzun süreleri malî güvence altına alabileceklerini değerlendirmeleri gerekmektedir.²⁷⁸ Nitekim birçok ülkede de bu hususta farklı süreler belirlenmiştir. Bunları üç ana grupta toplamak mümkündür. İlk grupta, 10 yılı aşan süreler için sadece kişiye verilen zararların tazmini açısından devletin sorumluluğunun kabul edildiği ülkeler yer al-

²⁷⁵ Bu şart, 1960 tarihli ilk sözleşmede yer almamaktadır, 1964 değişikliği ile 8. maddenin a fıkrasına eklenmiştir.

²⁷⁶ Expose des motifs paragraf 47.

²⁷⁷ Expose des motifs paragraf 47.

²⁷⁸ Norbert Pelzer, "On Modernising the Paris Convention", *Nuclear Law Bulletin*, 1973, S. 12, s. 57, İnal, Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü'nün Türk Hukukuna Uygulanması, s. 103.

maktadır. Bu ülkelere örnek olarak Danimarka, İsveç ve İspanya verilebilir. İkinci grupta, nükleer sigortacıların 30 yıl gibi süreleri karşılama noktasındaki olumsuz tutumları sebebiyle 10 yıllık süreler aynen kabul edilmiştir. Fakat, 10-30 yıl arasındaki süreler için hem kişiye hem de mala verilen zararların tazmini açısından devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu ülkelere İngiltere ve Avusturya örnek olarak gösterilebilir. Ve son grupta ise, 10 yıllık süreleri aşan zararların tazmini açısından özel bir fon ya da devlet fonu oluşturularak zararların tazmin edilmesi öngörülen ülkeler yer almaktadır. Bu ülkelere ise, İtalya'yı ve İsviçre'yi örnek olarak göstermek mümkündür.²⁷⁹

Nükleer zararların öngörülen ya da öngörülemeyen etkilerinin uzun zaman sonra ortaya çıkabilme ihtimali ve uzun vadede çıkan etkilerin nükleer hadise sonucu gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinin zorluğu göz önüne alındığında gerek Paris Sözleşmesi'ndeki gerekse de Paris Sözleşmesi'nde yapılan değişiklik olmasa dahi yukarıda zikredilen uygulanmakta olan 10 yıllık süreler açısından devletlerin azamî ve asgarî sürelerin uzatılması yönünde adım atmaları oldukça yerinde olacaktır.²⁸⁰ Nitekim, Almanya, İsviçre ve Avusturya'da üst süre 30 yıl olarak belirlenmiştir.²⁸¹ Devletler tarafından işleten tarafından karşılanmayan ya da karşılanamayacak zararların tazmini açısından sorumluluğun üstlenilmesi ve bu alanda kamu-özel sektör eliyle zarar gerçekleşmeden önce sözleşme dışında da fonlar oluşturulması oldukça isabetli olacaktır. Aksi bir durum zarar görenlerin çoğu zaman mağduriyetlerinin daha da artmasına neden olabilecektir.

Sözleşme uyarınca, akit taraflarca iç hukukta madde 8/a uyarınca belirlenen sürenin aşılmamış olması şartıyla; zarar görenin zararı ve sorumlu işleteni öğrendiği ya da makul olarak öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren 2 yıldan az

²⁷⁹ William E. Belser, "Untersuchung der in den nationalen Gesetzen und in internationalen Konventionen über die Haftung auf dem Gebiet der Atomenergie gegebenen Lösungen für die den Versicherern zur Deckung dieser Haftpflicht gestellten Probleme", *Colloque Europeen de Droit Nucleaire*, 1966, Bericht No. 4, s. 33-34 aktaran Aydoğdu, s. 272, İnal, Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü'nün Türk Hukukuna Uygulanması, s. 104.

²⁸⁰ İnal, Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü'nün Türk Hukukuna Uygulanması, s. 104.

²⁸¹ Belser, "Untersuchung der in den nationalen Gesetzen und in internationalen Konventionen über die Haftung auf dem Gebiet der Atomenergie gegebenen Lösungen für die den Versicherern zur Deckung dieser Haftpflicht gestellten Probleme", s. 31, dipnot. 35-37 aktaran, Aydoğdu, s. 272.

olmayacak bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi belirlenebilecektir.²⁸²

Akit taraflar, 10 yıllık süreyi aşmamak şartıyla, zarar gören tarafından zararın ve sorumlu işletenin öğrenildiği ya da makul olarak öğrenilmesi gerektiği tarihten itibaren 2 yıldan az olmayan daha kısa bir süre belirleyebileceklerdir. Burada sözleşme süre açısından akit taraflara, 2 yıl ila 10 yıl arasında belirleyebilecekleri bir süre ve ayrıca belirleyecekleri bu sürenin hak düşürücü süre mi yoksa zamanaşımı süresi mi olacağına ilişkin bir takdir yetkisi tanıdığıdır. Akit taraflar isterlerse salt yargı dışı bir taleple dahi (bu kabul edilmişse) durdurulabilen ya da kesintiye uğratılabilen klasik bir zamanaşımı süresi belirleyebilirler. Ancak, belirlenen sürenin m. 8/a'da zikredilen 10 yılı aşan süreleri uzatma etkisinin olmaması şarttır. İsterlerse de tazminat hakkının sona ereceği mutlak bir süre belirleyebilirler.²⁸³

2. 2004 Protokolü

1982 Protokolü madde 8/a'da yer alan hükümler, uygun bir sıralama ile ifade edilecek olan çeşitli değişikliklerle birlikte; 2004 Protokolü'nün madde 8/a, b ve c bendlerinde yerini almıştır. Bu sözleşmeye göre tazminat hakkı, ölüm ve kişiye verilen zararlar açısından, nükleer hadisenin meydana geldiği tarihten itibaren 30 yıl içinde ve diğer nükleer zararlar açısından, nükleer hadisenin meydana geldiği tarihten itibaren 10 yıl içinde herhangi dava açılmazsa zamanaşımına uğrayacak ya da sona erecektir.²⁸⁴

Sözleşme, kişiye verilen zararlara ya da ölüme ilişkin davalar için nükleer hadise tarihinden itibaren 30 yıllık bir süre ve maruz kalınan diğer tüm nükleer zarar davaları için nükleer hadise tarihinden itibaren 10 yıllık bir süre belirlemektedir. Bu süreler geçtikten sonra, öncesinde yetkili bir mahkemede dava açılmamışsa tazminat hakkı zamanaşımına uğramakta ya da sona ermektedir.²⁸⁵

1982 Protokolü'nde zararlar arasında bir ayırım yapılmaksızın 10 yıl olarak belirlenmiş olan azamî süre; 2004 Protokolü'nde ölüm ve kişiye verilen zararlar

²⁸² Paris Sözleşmesi m. 8/c. Bu düzenleme 1960 tarihli ilk Sözleşme'nin a fıkrasında yer almaktadır, 1964 değişikliği ile fıkraların yer değiştirmesi nedeniyle, 1964 değişikliği neticesinde c fıkrası olarak madde metninde yer almış ve metin son halini almıştır.

²⁸³ Expose des motifs paragraf 47.

²⁸⁴ 2004 Protokolü m. 8/a.

²⁸⁵ Expose des motifs 2004 paragraf 75.

ile diğer zararlar şeklinde ayırım yapılarak, ölüm ve kişiye verilen zararlar açısından 30; diğer zararlar açısından ise, 10 yıl olarak belirlenmiştir. Mağdurlar açısından bedeni zararların çok sonraya kadar kendini göstermeyeceği göz önüne alınarak kişiye verilen zararlar için tazminat taleplerinin mala verilen zararlardan daha uzun bir zamanaşımı süresine sahip olması makul görülmektedir.²⁸⁶ Ayrıca, 1982 Protokolü'nde 10 yıllık sürenin hak düşürücü süre şeklinde kaleme alındığı ifade edilirken; buradaki sürenin zamanaşımı ya da hak düşürücü süre şeklinde belirlenebilmesi noktasında akit taraflara takdir hakkı tanınmıştır. Aşağıda da tekrar ifade edileceği üzere, 1982 Protokolü'nde bu takdir hakkının sadece asgarî süre için tanındığı görülmektedir. 2004 Protokolü ile hem asgarî hem de azamî süreler açısından akit tarafların sürelerin niteliğini zamanaşımı ya da hak düşürücü süre şeklinde belirmelerine olanak tanınmasının yerinde olduğu söylenebilmektedir.

Taraf devletlere gerekli şartları sağlamaları koşuluyla, sözleşmede belirlenmiş olan azamî süreden daha uzun bir süre belirleyebileceklerine ilişkin 1982 Protokolü madde 8/a'da yer alan hüküm, 2004 Protokolü'nde aynı maddenin b fıkrasında yerini almıştır. Sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu akit tarafça bu maddenin a fıkrasının (i) ya da (ii) bendlerinde belirtilen sürelerin sona ermesinden sonra ve bu fıkrada zikredilen daha uzun süre zarfında açılan tüm tazminat davalarına ilişkin olarak işletenin sorumluluğunu karşılamak için önlemler alındığı takdirde; iç hukukta bu maddenin a fıkrasının (i) ve (ii) bendlerinde belirlenmiş olandan daha uzun bir süre belirlenebilecektir.²⁸⁷ Söz konusu hükümdede yapılmış olan değişikliğin 2004 Protokolü'nün a fıkrasında zikredilen 10 ve 30 yıllık sürelerden kaynaklandığı görülmektedir. Taraf devletler 1982 Protokolü'nde olduğu gibi belirlenecek daha uzun bir süre için gerekli teminatları sağlayarak bu sürelerden daha uzun bir süre belirlemek hususunda takdir hakkına sahiptir. Yukarıda 1982 Protokolü madde 8/a'da ve 2004 Protokolü madde 8/b'de zikredildiği üzere, akit taraflar bu hükümlere istinaden daha uzun bir süre ihdas etmişlerse; bu süre zarfında açılmış olan bir tazminat davası, kişiye verilen zararlar veya ölümle ilgili olarak 30 yıl içerisinde ve diğer tüm nükleer zararlarla ilgili olarak 10 yıl içerisinde işletene karşı dava açmış olan herhangi bir kişinin bu sözleşme kapsamındaki tazminat hakkını hiçbir şekilde etkilemeyecektir.²⁸⁸

²⁸⁶ Expose des motifs 2004 paragraf 74. Bu cümle haricinde Expose des Motifs 47'de yer alan ifadeler aynı şekilde bu paragrafta da yer almaktadır.

²⁸⁷ 2004 Protokolü m. 8/b.

²⁸⁸ 2004 Protokolü m. 8/c.

Yukarıda zikredildiği üzere 1982 Protokolü'nde akit tarafça gerekli şartları sağlayarak daha uzun bir azamî süre yani, 10 yıldan fazla bir süre belirlenmiş olması durumunda; bu süre içerisinde açılmış olan tazminat davasının 10 yıllık süre zarfında kişiye verilen zararlar ya da ölüme ilişkin olarak dava açmış olan herhangi bir kişinin bu sözleşmeye istinaden sahip olduğu tazminat hakkını etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yani, bu hüküm ile 10 yıllık süre içerisinde kişiye verilen zararlara istinaden dava açmış olan kişilerin tazminat hakları, iç hukukta belirlenmiş olan daha uzun süre zarfında hem kişiye hem de mala verilen zararlara istinaden dava açmış olan kişilerin tazminat haklarından öncelikli hale getirilmiştir. 2004 Protokolü'nde ise, sözleşmede belirlenmiş olan 10 ve 30 yıllık süreler zarfında hem kişiye hem de mala verilen zararlara istinaden dava açmış olan kişilerin tazminat hakları, iç hukukta söz konusu zararlar için belirlenmiş olan daha uzun süre zarfında gerek kişiye gerekse de mala verilen zararlara istinaden dava açmış olan kişilerin tazminat haklarından öncelikli hale getirilmiştir. Sözleşme bu düzenleme ile bir yandan burada belirlenmiş olan süreler zarfında hak aranmasını teşvik ederken bir yandan da akit taraflara daha uzun bir süre tesis etmelerini salık vererek mümkün merteye tüm mağdurların zararlarının karşılanmasını arzu ettiğini dile getirmektedir. Buradaki öncelik mevzusunun, meydana gelecek zararın büyüklüğü nispetinde eldeki mevcut teminatın sınırlı olabileceği ihtimaline karşı mağdurları koruma isteğinden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Nitekim, sözleşmede zikredilen süre zarfında açılan davalar açısından nükleer hadise ile nükleer zarar arasında nedensellik bağının kurulmasının da nispeten daha kolay olacağı düşünülmektedir.

Sözleşme uyarınca, akit taraflarca iç hukukta bu maddenin a ve b fıkraları uyarınca belirlenen sürelerin aşılması şartıyla; zarar gören kişinin hem nükleer zararı ve hem de sorumlu işleteni öğrendiği ya da makul olarak öğrenmesi gerektiği tarihten itibaren sözleşmedeki tazminat hakları için 3 yıldan az olmayacak bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi belirlenebilecektir.²⁸⁹

Devletler, zarar ve sorumlu işletenin mağdur tarafından öğrenildiği ya da makul olarak öğrenilmesi gerektiği tarihten itibaren 3 yıldan daha az olmaması kaydıyla ve madde 8/a'ya göre belirlenmiş olan 10 ve 30 yıllık sürelerin de aşılması şartıyla; tazminat haklarının zamanaşımına uğraması ya da sona ermesi açısından 3 yıldan az olmayan daha kısa bir süre belirleyebilecektir. Bu

²⁸⁹ 2004 Protokolü m. 8/d.

daha kısa süre, durumun gereklerine göre, salt yargı dışı bir taleple (bu kabul edilmiş ise), durdurulabilen ya da kesintiye uğratılabilen klasik bir zamanaşımı süresi olarak belirlenebilecektir. Ancak, söz konusu durdurma ya da kesintinin süreyi 10 ya da 30 yıldan daha fazla uzatma etkisine sahip olmaması şarttır. Diğer yandan bu daha kısa süre, sonrasında tazminat hakkının sona erdiği mutlak bir süre de olabilecektir.²⁹⁰

Yukarıda da zikredildiği üzere bu hüküm 1982 Protokolü'nde madde 8/c'de yer almaktaydı. 1982 Protokolü'nde asgarî süre kural olarak en az 2, en fazla 10 yıl olarak belirlenebilecekken; 2004 Protokolü'nde ise, kural olarak en az 3, nükleer zararın türüne göre de en fazla 10 ya da 30 yıl olarak belirlenebilecektir. Bu konuda devletler takdir hakkına sahiptir. Tabiki b fıkrası uyarınca daha uzun süreler için gerekli teminatı sağlayarak daha uzun sona erme ya da zamanaşımı süreleri belirleyen devletler açısından asgarî süreler en fazla belirlenmiş olan bu süreler kadar olabilecektir.

3. 7381 Sayılı Kanun

İşletenin sorumluluğu zaman bakımından sınırlandırılmıştır. Nükleer zararların karşılandığı hâller hariç, bu bölümde belirlenen sorumluluğa ilişkin tazminat talepleri nükleer zarar gören kişinin zararı ve sorumlu kişiyi öğrendiği tarihten itibaren azamî zamanaşımı süresi henüz tamamlanmamışsa, 3 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır.²⁹¹ Can kaybı ile kişilerin sağlığına verilen zararlarla ilgili tazminat talepleri her hâlde nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren 30 yılın, diğer nükleer zararlarla ilgili tazminat talepleri nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır.²⁹²

Bu başlık altında sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılmasına ilişkin yapılan düzenlemeler Paris Sözleşmesi ilke ve hükümlerine uygundur.

F. Yargılama Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Kararların İcrası

Nükleer sorumluluk hukukunda genellikle davacıya davasını açmak için yargı yeri seçimine imkân veren geleneksel hukuk kurallarından farklı olarak tek bir yetkili mahkemenin belirlenmesinin tercih edildiği görülmektedir.²⁹³ Ulusla-

²⁹⁰ Expose des motifs 2004 paragraf 76.

²⁹¹ NDK, m. 19/3.

²⁹² NDK, m. 19/4.

²⁹³ Reyners, "The International Nuclear Energy Law Framework: An Outlook", s. 271.

rarası nükleer sorumluluk hukuku düzenlemeleri kabul edilirken cevaplanması gereken ilk soru, “Sınıraşan zararlar sonuçlanan bir kaza halinde nükleer zarar tazminat taleplerini yargılamak ve karara bağlamak için yargılama yetkisi hangi ülkenin mahkemelerine ait olacaktır?” sorusu olmuştur. Bu soruyu hem Paris Sözleşmesi hem de Viyana Sözleşmesi yalnızca kazanın meydana geldiği ülkenin mahkemelerinin nükleer zarar tazminat taleplerini yargılama yetkisine sahip olduğu; kazanın taraf olmayan bir devlette meydana gelmesi halinde de yargılama yetkisinin sorumlu işletenin nükleer tesisinin bulunduğu devletin mahkemelerine ait olduğu şeklinde cevaplamaktadır.²⁹⁴ Yetkili mahkemeler, tazminat taleplerinin karara bağlanmasında ilgili sözleşmeleri ve kendi ulusal hukukunu uygulayacaktır. Ve bu mahkemeler tarafından verilen kararlar aynı sözleşmeye taraf olan tüm diğer akit taraflarda icra edilebilir olacaktır.²⁹⁵

İlkenin yargılama yetkisi, uygulanacak hukuk ve kararların icrası olmak üzere üç ayrı alt başlık altında ele alınması uygun görülmüştür. 7381 Sayılı Kanun’da yalnızca yargılama yetkisi hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeye ilgili alt başlık altında yer verilmiştir. Kanunda uygulanacak hukuk ve kararların icrasına karşılık gelecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum bir eksiklik teşkil etmemektedir. Kaldı ki madde 12/1’de de hüküm altına alındığı üzere nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Paris Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

1. Yargılama Yetkisi

Madde 13’te aksi belirtilmedikçe, madde 3, 4 ve 6/a kapsamındaki davalar için yargı yetkisi, sadece ülkesinde nükleer hadisenin meydana geldiği akit taraf mahkemelerine aittir.²⁹⁶ Bu sözleşmeye göre mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit taraf, her bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararların tazmininde mahkemelerinden sadece birinin yetkili olmasını sağlayacaktır ve bu mahkemenin seçimi açısından kriterler söz konusu akit tarafın iç hukuku tarafından belirlenecektir.²⁹⁷ Brüksel Ek Sözleşmesi madde 9/b’ye göre akit taraflar,

²⁹⁴ A. Cherf, “The NLI Curriculum: A Comprehensive Programme on Nuclear Law”, içinde **Nuclear Law Institute a Collective View on a Decade of Capacity Building and Development in Nuclear Law**, International Atomic Energy Agency, 2022, s. 19.

²⁹⁵ Schwartz, 2022, s. 417-418, Reyners, “The International Nuclear Energy Law Framework: An Outlook”, s. 271.

²⁹⁶ Paris Sözleşmesi m. 13/a.

²⁹⁷ Paris Sözleşmesi m. 13/h.

madde 3'te yer alan fonlar açısından zarar görenlerin tazminat talepleri için ayrı yargısal usuller belirleyememektedir. Yani, akit taraflar birinci kademe sorumluluk miktarına kadar olan talepler için adli yargı yoluna, ikinci ve üçüncü kademelerdeki sorumluluk miktarlarına kadar olan talepler için idari yargı yoluna başvurulması şeklinde düzenlemeler yapamayacaklardır.²⁹⁸ Yani burada ilk kademe için adli yargının yetkili olacağı düşünüldüğünden devlete yönelik talepler için de yine adli yargı yetkili olacaktır denilebilmektedir.

Yetkili mahkeme, hem doğrudan zarar gören kişiler tarafından işletene karşı açılacak davaları hem de nakliye alanındaki uluslararası sözleşmelere ya da taraf olmayan bir devletin iç hukukuna göre nükleer zarar için tazminat ödemiş ve bu şekilde tazmin etmiş olduğu kişinin haklarını halefiyet yoluyla elde etmiş olan sorumlu olabilecek kişiler tarafından işletene karşı açılacak davaları ele alacaktır. Yetkili mahkemenin yargı yetkisine sahip mahkemenin iç hukukunun böyle bir durum için doğrudan bir dava hakkı tanımış olduğu durumlarda ya işletene alternatif ya da ona ek olarak sigortacıya veya malî güvence sağlayan diğer kişilere karşı açılacak olan tüm davaları ele alması amaçlanmıştır. Ancak, sözleşmede madde 6/f'ye göre bir işletenin rücu hakkına ya da müşterek ve müteselsil sorumluluk halinde bir işleten tarafından diğer işletenlere karşı açılan katkı payına ilişkin davalar için sözleşmede mahkeme tayin edilmemiştir. Bu durumlar ulusal hukuk tarafından karara bağlanacaktır.²⁹⁹

Genel kural, yukarıda da zikredildiği üzere nükleer zarar tazminat taleplerini yargılamak için yalnızca ülkesinde nükleer hadisenin meydana geldiği akit taraf mahkemelerinin yargı yetkisine sahip olmasıdır. Ayrıca, mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan akit taraf, her bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarar tazminat talepleri hakkında mahkemelerinden yalnızca birinin yargı yetkisine sahip olmasını ve söz konusu akit tarafın ulusal hukuku tarafından hangi kriterlere göre o tek mahkemenin seçileceğinin³⁰⁰ belirlenmesini sağlama-

²⁹⁸ Necip Kağan Kocaoğlu, "Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2010, s. 103, dipnot 360.

²⁹⁹ Expose des motifs paragraf 57, Expose des motifs 2004 paragraf 97.

³⁰⁰ 03.10.1990 tarihinde Nükleer Enerji Yönetim Kurulu "Akit taraflar, ulusal mevzuatlarını revize ederken, her nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarar için Paris Sözleşmesi'ne göre tazminat konusunda karar vermek için tek bir yetkili mahkeme sağlanmasını, bu tespit için kriterlerin ulusal mevzuat tarafından kararlaştırılması gerektiğini" tavsiye eden [NE/M(90)2] sayılı tavsiye kararını kabul etti. Bu tavsiye kararı, 12.02.2004 tarihli Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren Protokol tüm akit taraflar için yürürlüğe girdiği zaman hükümsüz kalacağı ve iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Expose des motifs 2004 dipnot 26.

lıdır.³⁰¹ 2004 Protokolü ile madde 13'e eklenen yeni bir h fıkrası ile ülkesinde nükleer hadise meydana gelen akit tarafın mahkemelerinden birinin yargı yetkisine sahip olmasının sağlanması ve bu mahkemenin nasıl seçileceğinin ulusal hukukça hüküm altına alınması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu düzenleme, 1982 Protokolü'nde yer almamaktadır. Yalnızca, kararların yeknesaklığının ve tazminatın adil dağılımının sağlanmasına istinaden NEA Yönetim Kurulu'nun almış olduğu 03.10.1990 tarihli ve NE/M(90)2 sayılı tavsiye kararı³⁰² bulunmaktadır. Bu kararda da Yönetim Kurulu, akit taraflara ülke içinde tek bir yetkili mahkemenin tespitini önermiştir.³⁰³ 2004 Protokolü ile bu hüküm, sözleşme metninde de yerini almış ve artık akit taraflar açısından bağlayıcılık kazanmıştır.

7381 Sayılı Kanun'da yetkili mahkeme madde 20'de hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti egemenlik alanında gerçekleşen bir nükleer hadise ile ilgili olarak veya Paris Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu 21.09.1988 tarihli Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol uyarınca Türk mahkemelerinin yargılama yetkisinin söz konusu olduğu hâllerde, sadece Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri yetkilidir.³⁰⁴ Bu hüküm uyarınca Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin yetkili olması hâlinde Ankara mahkemeleri kesin yetkilidir.³⁰⁵ 7381 Sayılı Kanun'da yetkili mahkemenin tespitine ilişkin yapılan düzenlemeler Paris Sözleşmesi ilke ve hükümlerine uygundur.

³⁰¹ Expose des motifs 2004 paragraf 93.

³⁰² "Yönetim Kurulu, Paris Sözleşmesi akit taraflarına, ulusal mevzuatlarını gözden geçirirken, her bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarar için Paris Sözleşmesi kapsamında tazminata karar vermeye yetkili olacak tek mahkeme belirlenmesini tavsiye eder, bu belirleme için kriterler, ulusal mevzuat tarafından kararlaştırılmalıdır. Paris Sözleşmesi m. 13/a her bir nükleer hadiseyle ilişkin tazminat davaları ile ilgili yargı yetkisinin bir akit tarafın mahkemelerine ait olmasını öngörmesine rağmen, o akit tarafın mahkemelerinden yalnızca birisinin yargı yetkisine sahip olmasını ayrıca zorunlu kılmaz. Expose des motifs, bu hükmün tazminat fonlarının adil taksimini kolaylaştırmak için kabul edilmiş olduğunu ifade eder. Bu tavsiye kararı, bu meselenin ulusal düzeyde ortaya çıktığını kabul ederek, bu amacı gerçekleştirmeyi amaçlar" Bkz. https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_79235/paris-convention-decisions-recommendations-interpretations-1990?details=true&id=pl_79235&preview=true (16.05.2022).

³⁰³ Schwartz, 2010, s. 321, Hekim, "Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk", s. 391.

³⁰⁴ NDK, m. 20/1.

³⁰⁵ NDK, m. 20/2.

2. Uygulanacak Hukuk

Bu Sözleşme; uyuşma, ikamete ya da mutad meskene dayalı hiçbir ayırım yapılmaksızın uygulanacaktır.³⁰⁶ “Ulusal/iç hukuk” ve “ulusal mevzuat”, bu sözleşme uyarınca nükleer bir hadiseden kaynaklanan talepler ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralları hariç olmak üzere³⁰⁷, yargı yetkisine sahip olan mahkemenin hukuku ya da ulusal mevzuatı anlamına gelmektedir. Bu hukuk ya da mevzuat, bu sözleşme tarafından özel olarak düzenlenmeyen hem esasa ve hem de usule ilişkin bütün meselelere tatbik edilecektir.³⁰⁸ Bu hukuk ve mevzuat; uyuşma, ikamete ya da mutad meskene dayalı hiçbir ayırım yapılmaksızın uygulanacaktır.³⁰⁹

Ulusal/iç hukuk ve ulusal mevzuat, bu tür taleplere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları hariç olmak üzere, sırasıyla nükleer zarar tazminat talepleri hakkında yargı yetkisine sahip mahkemenin hukuku ve mevzuatı anlamında sözleşmede tanımlanmış olan kavramlardır. Kanunlar ihtilafı kurallarının hariç tutulması, yetkili mahkemeyi uluslararası özel hukuk meselelerini tespit etme hakkından mahrum etmez. Ancak, bu hariç tutma mahkemenin yalnızca sözleşmede hüküm altına alınmamış meselelere uluslararası özel hukuk kurallarını uygulama yetkisine sahip olduğunu açıkça teyit etmekte ve önemle belirtmektedir.³¹⁰

3. Kararların İcrası

Mahkeme kararlarının tenfizi m. 13/i’de hüküm altına alınmaktadır. Bu hüküm uyarınca yetkili mahkeme tarafından vicahen ya da gıyaben alınan kararlar, bu mahkeme tarafından uygulanan hukuk kurallarına göre icra edilebilir

³⁰⁶ Paris Sözleşmesi m. 14/a.

³⁰⁷ 1982 Protokolü’nde bu fıkra şu şekilde yer almaktaydı; “Ulusal/iç hukuk” ve “ulusal mevzuat”, nükleer bir hadiseden kaynaklanan talepler ile ilgili, bu sözleşme uyarınca yargılama yetkisine haiz mahkemenin ulusal/iç hukuku ya da ulusal mevzuatı anlamına gelmektedir. Ve söz konusu hukuk ya da mevzuat, iş bu sözleşme ile özel olarak hüküm altına alınmamış hem esasa hem de usule ilişkin bütün meselelere tatbik edilecektir.” 1982 Protokolü’nde madde metninde sözleşmede yapılmış olan ulusal hukuk ve ulusal mevzuat tanımında herhangi bir istisani duruma yer verilmezken; 2004 Protokolü’nde bu kavramlar tanımlanırken kanunlar ihtilafı kurallarının bu tanımlar dahilinde olmadığı hüküm altına alınmıştır. 1982 tarihli Exposé des motifs’de “sözleşmeye aykırı olmayan milletlerarası özel hukuk kuralları da dahil olmak üzere” ifadesine yer verilmişti, 2004 Protokolü’nde madde metninde kanunlar ihtilafı kuralları ulusal/iç hukuk ve ulusal mevzuatı tanımından hariç tutulmuştur.

³⁰⁸ Paris Sözleşmesi m. 14/b.

³⁰⁹ Paris Sözleşmesi m. 14/c. Bu hüküm, hiçbir değişikliğe uğramamıştır. Ayrıca bkz. Exposé des motifs paragraf 60, Exposé des motifs 2004 paragraf 102.

³¹⁰ Exposé des motifs 2004 paragraf 103.

hale geldiğinde ve ilgili akit taraf tarafından gerekli görülen işlemler tamamlanır tamamlanmaz tüm diğer akit taraf ülkelerinde icra edilebilir olacaktır. Davanın esasları, yeniden yargılamanın konusu yapılamaz. Yukarıdaki zikredilen hükümler ara kararlara uygulanmaz.³¹¹

Tek bir mahkeme kavramı, bu mahkemede verilen nihaî kararların esasa ilişkin yeniden incelenmesine gerek olmaksızın tanınması ve diğer ülkelerde icra edilebilmesinin sağlanması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Bundan dolayı, söz konusu nihaî kararlar, gerekli formaliteler yerine getirilir getirilmez diğer akit tarafların tümünde icra edilebilecektir.³¹²

G. Ayrımcılık Yapmama

Mağdurların nükleer zarar taleplerinin karara bağlanması için mahkemeleri yargı yetkisine sahip olan devletin, taraf olduğu uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmelerini ve kendi ulusal hukukunu mağdurların uyuşuna, ikametgahına ya da mutad meskenine dayalı bir ayırım yapmaksızın uygulaması gerektiği kabul edilmiştir.³¹³ Bu şekilde bir hükmün herhangi bir ülkenin iç hukukunda bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.³¹⁴ Bu ilke, kazanın meydana geldiği devlet dışındaki devletlerde bulunan mağdurlar ile kazanın meydana geldiği devlette bulunan mağdurlara aynı şekilde muamele edilmesini sağlamaktadır.³¹⁵

Bu ilke yukarıda uygulanacak hukuk başlığında da ifade edildiği üzere m. 14/c'de hüküm altına alınmaktadır. "Ulusal hukuk/iç hukuk ya da ulusal mevzuat uyuşuğa, ikamete ya da mutad meskene dayalı hiçbir ayırım yapılmaksızın uygulanacaktır.³¹⁶ Yetkili mahkeme; uyruk, ikamet ya da mutad meskene dayalı herhangi bir ayırım yapmaksızın sözleşme hükümlerini uygulamalıdır. Aynı şekilde, sözleşmede özel olarak düzenlenmeyen tüm esasa ve usule ilişkin meselelere uygulanan ulusal/iç hukuk ya da mevzuat da uyruk, ikamet ya da mutad meskene dayalı herhangi bir ayırım yapılmaksızın uygulanmalıdır.³¹⁷

³¹¹ Bu hüküm bu haliyle 1960 tarihli Sözleşme'de madde 13/e'de yer almaktadır. 1964 Ek Protokolü ile aynı maddenin d fıkrası şeklinde sözleşme metninde yerini almıştır.

³¹² Expose des motifs paragraf 58, Expose des motifs 2004 paragraf 99.

³¹³ Cherf, 2022, s. 19.

³¹⁴ Schwartz, 2022, s. 418.

³¹⁵ Stoiber - Baer - Pelzer - Tonhauser, 2003, s. 115.

³¹⁶ Paris Sözleşmesi m. 14/c. Bu hüküm, hiçbir değişikliğe uğramamıştır.

³¹⁷ Expose des motifs paragraf 60, Expose des motifs 2004 paragraf 102.

7381 Sayılı Kanun'da bu ilkeye karşılık gelecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum bir eksiklik teşkil etmemektedir. Kaldı ki m. 12/1'de de hüküm altına alındığı üzere nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Paris Sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır.

SONUÇ

Nükleer enerjinin barışçıl amaçlarla kullanımı kendine özgü riskler ihtiva etmektedir. Nükleer bir hadise yaşandığında büyük çapta zararlar meydana gelebilmekte ve bu hadiselerin sınıraşan etkileri söz konusu olmaktadır. Nükleer endüstrinin gelişmesinin ve sınırın her iki tarafında yer alan mağdurların etkili ve eşit bir şekilde korunmasının sağlanması için bir çözüm bulunmasına ihtiyaç duyulmuştur. Çözüm bulunması gereken bir başka durum maruz kalınan nükleer zararlardan dolayı tazminat taleplerini ele almak için hangi ülke mahkemelerinin yetkili olacağı, bunlara hangi ülke hukukunun uygulanacağıdır. Malî güvence sağlanması için uluslararası sigorta şirketleri arasında iş birliğine ihtiyaç duyulmuştur. Bu nedenlerle uluslararası nükleer sorumluluk rejimi oluşturulmuştur.

Uluslararası nükleer sorumluluğun temelini, esasen Paris Sözleşmesi, Viyana Sözleşmesi ve Nükleer Zararların Ek Tazmini Sözleşmesi oluşturmaktadır. Sözleşmeler yapılan protokollerle değişikliklere uğramıştır. Brüksel Ek Sözleşmesi'de Paris Sözleşmesi kapsamında sağlanması gereken tazminat tutarına ek fonlar sağlamak üzere ihdas edilmiştir.

Uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmeleri 7 temel ilkeye dayanmaktadır. Bu ilkeler, münhasır sorumluluk, kusursuz sorumluluk, zorunlu malî güvence, sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılması, sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılması, yargılama yetkisi, uygulanacak hukuk ve kararların icrası ile ayrımcılık yapmama şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkeler Paris Sözleşmesi'nin kabul edilmesinden bu yana tüm uluslararası nükleer sorumluluk sözleşmelerinde yer almıştır. Sözleşmenin amacı, taraf ülkelerde bulunan nükleer tesislerin işletilmesi ve nükleer maddelerin nakliyesi sırasında zararların ortaya çıkmasının önlenmesi ve mevcut ülkedeki ve diğer ülkelerdeki üçüncü şahısların zarar görmesi halinde bu zararların tazmin edilmesini sağlayan uluslararası bir rejim kurmaktır. "Üçüncü şahıs" kavramı, nükleer tesiste ya da nakliye sırasında kazanın meydana geldiği nükleer tesisin işleteni ya da nükleer tesis ile bağlantılı olarak kullanılacak mal, hizmet ve teknoloji tedarikçisi

dışındaki herhangi bir kişiyi nitelemektedir. Üçüncü şahıs, nükleer tesisin içinde ya da dışında olabilir ve bu itibarla bu kavram, kazanın meydana geldiği nükleer tesisin işleteninin çalışanlarını da kapsamaktadır.

Paris Sözleşmesi uyarınca nükleer tesisin işleteni, tesisinde ya da nükleer maddelerin nakliyesi sırasında meydana gelen hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlardan münhasıran sorumludur.

İşleten, yetkili resmî makam tarafından nükleer bir tesisin işleteni olarak atanmış ya da tanınmış kişidir. İşletenin atanma ya da tanınması usulü iç hukuka tabidir. Paris Sözleşmesi uyarınca, nükleer bir tesis işleteni kusurlu olup olmadığının bakılmaksızın meydana gelen nükleer zararlardan sorumludur.

Paris Sözleşmesi uyarınca, nükleer tesis işleteninin sorumluluğu miktar bakımından sınırlandırılmıştır. İşletenin asgarî sorumluluk tutarı 700 milyon Euro'dur. Akit taraflar, düşük riskli nükleer tesisler ve nakliye faaliyetleri için daha düşük bir sorumluluk tutarı belirleyebilecektir. Bu tutar, düşük riskli tesisler için asgarî 70 milyon Euro ve düşük riskli nakliye faaliyetleri için ise, asgarî 80 milyon Euro'dur. İşletenin bu tutarlara eşdeğer bir malî güvence sağlaması ve bunu muhafaza etmesi gerekmektedir. Bazı akit taraflar sorumluluğu miktar bakımından sınırlandırmamışlardır. Sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılmadığı akit taraflar için de sınırlı malî güvence sağlanması gerekmektedir. Bu devletler açısından malî güvence tutarı asgarî 700 milyon Euro ya da düşük riskli tesis ve faaliyetler için belirlenen asgarî tutarlar kadar olmaktadır. Paris Sözleşmesi akit taraflarının işletenin malî güvencesinin bulunmadığı ya da yetersiz kaldığı durumlarda belirlenmiş olan sorumluluk tutarına kadar nükleer zarar taleplerini karşılaması gerekmektedir. Bu taleplerin karşılanması için ek fonlar sağlanması ve sözleşme kapsamına girmeyen zarar taleplerinin de sözleşme kapsamına alınarak bu zararların da ek fonlardan karşılanması noktasında devletlerin takdir hakkı bulunmaktadır. Devletler tarafından bu yönde adımlar atılması mağdurların zararlarının zamanında ve etkili bir şekilde karşılanması adına yerinde olacaktır.

Nükleer bir hadiseden kaynaklanan nükleer zararlardan işleten her bir nükleer hadise için asgarî 700 milyon Euro tutarına kadar kusuruna bakılmaksızın sorumludur ve bu sorumluluğu teminat altına almak için malî güvence sağlamalı ve bu güvenceyi muhafaza etmelidir.

Paris Sözleşmesi uyarınca yargı yetkisi, nükleer hadisenin meydana geldiği akit taraf mahkemelerine aittir. Söz konusu akit taraf, nükleer hadiseden kay-

naklanan nükleer zararların tazmini için mahkemelerinden yalnızca birinin yetkili olmasını sağlayacaktır. Bu mahkemenin seçiminin nasıl yapılacağı bu akit tarafın iç hukuku tarafından belirlenecektir. 1982 Protokolü'nde tek bir yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Kararların yeknesaklığının ve tazminatın adil dağılımının sağlanması için Yönetim Kurulu'nun bu yönde bir tavsiye kararı bulunmaktaydı. Bu açıdan bu hükmün açıkça sözleşme metninde yer alması yerinde olmuştur. Sözleşme, uyruğa, ikametgaha ya da mutad meskene dayalı hiçbir ayırım yapılmaksızın uygulanacaktır. Yetkili mahkemenin hukuku, bu sözleşmede hüküm altına alınmamış esasa ve usule ilişkin tüm meselelere tatbik edilecektir. Yetkili mahkeme tarafından alınan kararlar kesinleştikten sonra diğer tüm akit taraflarda icra edilebilir olacaktır.

Sözleşmenin dayandığı temel ilkeler çerçevesinde Türkiye açısından değerlendirmelerde bulunacak olur isek, 08.03.2022 tarihine kadar Türkiye'nin nükleer zararlardan hukuki sorumluluğu ele alan müstakil bir kanunu bulunmamaktaydı. Bu durum haklı olarak Türkiye'ye yöneltilmiş en büyük eleştirilerden birini teşkil etmekteydi. 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun m. 5/5'te "*Nükleer yakıt, radyoaktif madde veya radyoaktif atık taşınırken veya santralde bir kaza olması durumunda 29.07.1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Kanuni Sorumluluk Hakkındaki Paris Sözleşmesi ve ek değişiklikleri ile diğer ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri uygulanır.*" hükmü yer almaktaydı. Anayasa madde 90/V uyarınca "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir...*" hükmü gereğince söz konusu anlaşma Türk Hukuku açısından kanun hükmünde olsa ve Paris Sözleşmesi doğrudan uygulanabilir hükümlere haiz olsa da madde 5/5'te yer alan hüküm bu meseleye ilişkin bir çözüm sağlamamaktaydı. Zira, Paris Sözleşmesi'nin bazı hükümleri doğrudan uygulanabilir olsa da bazı hükümleri taraf devletlere takdir hakkı tanımaktadır ve bu alanda yapılmış iç hukuk düzenlemelerine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle bu konuda müstakil bir kanunî düzenleme yapılması elzemdi. Nitekim, 05.03.2022 kabul tarihli 7381 Sayılı Nükleer Düzenleme Kanunu, 08.03.2022 tarihinde 31772 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun beşinci bölümünde nükleer zararlara ilişkin hukuki sorumluluk düzenlenmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte nitekim bu alandaki eksiklik giderilmiştir.

7381 sayılı Kanun uyarınca, işleten nükleer zararlardan ve tazminatların ödenmesinden, nükleer hadisenin meydana gelmesinde kendisinin, personelinin ve tesisle ilgili teknoloji, mal ve hizmet sağlayanların kusuru bulunup bulunmadığına bakılmaksızın sorumludur. Sözleşmeye paralel olarak ve söz konu-

su kanun uyarınca sorumluluk yalnızca işletene yöneltilmiş ve kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşme uyarınca işletenin atanma ya da tanınması usulü iç hukuka tabidir. Bu hüküm uyarınca, nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında; Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından veya ülkesindeki makamlar tarafından bir nükleer tesisi işletmek üzere yetkilendirilmiş tüzel kişi, nükleer tesis işletmek için verilecek lisans alınmadan önceki dönemde nükleer tesisi kuran tüzel kişi, nükleer tesisi işletmek için verilen lisans iptalinden sonra yeni bir işleten belirlenene kadar olan dönemde lisansı iptal edilen tüzel kişinin işleten olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır.

Sözleşmeye paralel şekilde nükleer zararın tazmininin şeklinin ve tutarının kusursuz ve münhasır sorumluluk ilkesi esas alınarak, 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tayin edileceği hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme ile paralel bir şekilde 7183 sayılı Kanun uyarınca işletenin sorumluluk tutarı, her bir nükleer hadise için 700 milyon Euro olarak belirlenmiştir. Düşük riskli nükleer tesisler için 70 milyon Euro, nakliye faaliyetleri için 80 milyon Euro olarak belirlenmiştir. Türkiye, sözleşmeye taraf birçok ülkenin yaptığı gibi bu sorumluluk tutarlarının müteakibiyle ilkesi uyarınca diğer devletlerde uğranılan zararlar için belirlenmiş olan tutarlarla sınırlı olarak uygulama hakkını saklı tutmaktadır. İşleten her bir nükleer tesis ya da nakliye faaliyeti için bu tutarlarda Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından belirlenen zamanda sigorta ya da başka bir teminat göstermek zorundadır. İşletenin sorumlu olduğu tutar için sigorta sağlanabilmesi adına nükleer sigorta havuzu kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Sözleşmeye paralel şekilde işletenin sigorta ya da teminat bulamaması veya işleten tarafından sunulan sigorta ya da teminatın belirlenen miktarlardan az olması durumunda eksik kalan miktarın Cumhurbaşkanınca belirlenecek usul ve esaslara göre karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde nükleer bir hadise sonrasında mevcut sigorta ya da belirlenen miktarların nükleer zararı karşılamaması durumunda eksik kalan miktar, Cumhurbaşkanınca belirlenecek usul ve esaslar uyarınca karşılanacak ve işletene rücu edilecektir. Nükleer zararın belirlenen sorumluluk tutarlarını aşmasının beklendiği durumlarda nükleer hadisenin meydana geldiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde Cumhurbaşkanı tarafından nükleer hadise sonucu meydana gelen nükleer zararların tazmini için yapılacak başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Nükleer Zarar Tespit Komisyonu kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Sözleşme bu şekilde bir komisyon kurulmasına izin vermektedir.

Sorumluluğun miktar bakımından sınırlandırılmasına ilişkin kanunda yer alan hükümler sözleşmede yer alan hükümlere uygundur. Nükleer zararların karşılanması için işletenin sorumluluk tutarı yanında devlet desteği sunulması da yine sözleşme hükümleri ile paraleldir ve bu destek hem işletenler hem de nükleer zarar mağdurları için elzemdendir. Ancak, sorumluluk tutarı sözleşmede belirlenmiş olan asgarî tutar kadar belirlenmiştir. Bu tutar nükleer bir zarar meydana geldiği takdirde oldukça az olacaktır. Birçok devlet bu miktarın üzerinde sorumluluk tutarı belirlemiştir. Her ne kadar bu tutarın nükleer zararı karşılamaya yetmemesi halinde devlet desteği sağlanacağı hüküm altına alınmışsa da işletene yüklenen sorumluluk tutarının artırılması gerekmektedir. Ayrıca, devlet tarafından belirlenecek katkı payları ile işletenler tarafından sorumluluk tutarına ek bir fon oluşturulması yerinde olacaktır. Türkiye Brüksel Ek Sözleşmesi'ne halihazırda taraf değildir. Olası bir nükleer hadise durumunda bu sözleşme kapsamındaki fonlardan yararlanabilmek nükleer zarar mağduru devlet açısından önemli olacaktır. 7381 sayılı Kanun ile belirlemiş olduğu sorumluluk tutarı da dikkate alınarak (700 milyon Euro) Türkiye'nin Brüksel Ek Sözleşmesi'ne taraf olmasının yerinde olacağı kanaati hasıl olmuştur.

İşletenin sorumluluğuna ilişkin tazminat talepleri için asgarî zaman aşımı süresi, nükleer zarara uğrayan kişinin zararı ve sorumlu kişiyi öğrendiği tarihten itibaren 3 yıl; azamî süre ise, ölüm ve kişiye verilen zararlar açısından nükleer hadise tarihinden itibaren 30 yıl, diğer zararlar için 10 yıl olarak belirlenmiştir. Buradaki süreler de sözleşmede yer alan sorumluluğun zaman bakımından sınırlandırılması hükümlerine uygun şekilde hüküm altına alınmıştır. Devletler daha uzun tazmin süreleri belirlemek hususunda takdir hakkına sahiptir. Ancak, kanunda buna ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Kanunda belirlenmiş olan süreleri aşan zarar taleplerinin bir süre belirtilerek devlet tarafından karşılanacağına dair bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Yetkili mahkeme, sözleşmede yer alan hükümlere paralel şekilde hüküm altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti egemenlik alanında gerçekleşen bir nükleer hadise ile ilgili olarak veya Paris Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin tarafı olduğu 21.09.1988 tarihli Viyana ve Paris Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol uyarınca Türk mahkemelerinin yargılama yetkisinin söz konusu olduğu hâllerde sadece Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri yetkilidir. Tek bir yetkili mahkemenin belirlenmesi uyarınca; Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin yetkili olması hâlinde Ankara mahkemelerinin kesin yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

KAYNAKÇA

- AKSAR, Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. bs., Cilt: 1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- AMEYE, Evelyne, ARREGUÍ - Iñigo Igartua, "National Nuclear Third Party Insurance Pools Revisited from a European Union Competition Law Perspective", **Journal of Energy & Natural Resources Law**, C. 30, S. 3, 2012, ss. 265-300.
- AMPOVSKA, Marija, "Nuclear Insurance Pools Worldwide: The Role in Nuclear Law", **Balkan Social Science Review**, S. 9, 2017, ss. 7-21.
- AYDOĞDU, Murat, **Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- BELSER, William E., "Untersuchung der in den nationalen Gesetzen und in internationalen Konventionen über die Haftung auf dem Gebiet der Atomenergie gegebenen Lösungen für die den Versicherern zur Deckung dieser Haftpflicht gestellten Probleme", **Colloque Europeen de Droit Nucleaire**, Bericht No. 4, 1966.
- CARROLL, Simon, "Perspective on the Pros and Cons of a Pooling-type Approach to Nuclear Third Party Liability", **Nuclear Law Bulletin**, S. 81, 2018/1, ss. 75-97.
- CHERF, A., "The NLI Curriculum: A Comprehensive Programme on Nuclear Law", içinde **Nuclear Law Institute a Collective View on a Decade of Capacity Building and Development in Nuclear Law**, Vienna, International Atomic Energy Agency, 2022.
- COOK, Helen, **The Law of Nuclear Energy**, Second Edition, London, Thomson Reuters/Sweet&Maxwell, 2018.
- DEMİRCİ, Serdar, "Nuclear Energy and Insurance Problematic of Turkey", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2019, ss. 260-302.
- DOST, Süleyman, **Temel Kavramlar, Metinler ve Kararlar Bağlamında Uluslararası Hukukta Adalet**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019.
- DUSSART DESART, Roland, "The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention an Overview of the Main Features of the Modernisation of the Two Conventions", **Nuclear Law Bulletin**, S. 75, 2005/1, ss. 7-33.
- EL BARADEİ, Mohamed - NWOUGUGU, Edwin - RAMES, John, "International Law and Nuclear Energy: Overview of the Legal Framework", **IAEA Bulletin**, S. 3, 1995, ss. 16-25.
- ERBAŞI ÇUHADAR, Ayşe Aslıhan, "Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, S. 3, 2015, ss. 341-378.
- ERKİNER, Hakkı Hakan, **Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010.

- GIÖİA, Andrea, "Maritime Zones and the New Provisions on Jurisdiction in the 1997 Vienna Protocol and in the 1997 Convention on Supplementary Compensation", *Nuclear Law Bulletin*, S. 63, 1999/1, ss. 25-38.
- GIÖİA, Andrea, "Damage Giving Rise to Compensation Under the International Nuclear Liability Regime", içinde *Nuclear Law Institute a Collective View on a Decade of Capacity Building and Development in Nuclear Law*, Vienna, International Atomic Energy Agency, 2022, ss. 140-155.
- GÜNEYSU, Gülin, "Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 41, S. 1, 1990, ss. 207-223.
- HANDRLİCA, Jakob, "European Nuclear Liability Law: Reflecting the Most Recent Developments", *Common Law Review*, S. 12, 2012, ss. 37-46.
- HEFFRON, Raphael J. - ASHLEY, Stephen F. - NUTTALL, William J., "The Global Nuclear Liability Regime Post Fukushima Daiichi", *Progress in Nuclear Energy*, S. 90, 2016, ss. 1-10.
- HEKİM, Burak, "Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67, S. 2, 2018, ss. 355-414.
- INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY, *The 1988 Joint Protocol Relating to the Application of the Vienna Convention and the Paris Convention - Explanatory Text*, IAEA International Law Series No. 5, Vienna, IAEA Publications, 2013.
- INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY, *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage Explanatory Texts*, IAEA Publications, 2017.
- INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY, *The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage - Explanatory Texts* IAEA International Law Series No. 3 (Revised), Vienna, IAEA Publications, 2017.
- İNAL, Arda, "An Analysis and Discussion on the Concepts of State Responsibility and State Liability in the Context of a Nuclear Accident or Radiological Emergency with Transboundary Effects", *International School of Nuclear Law*, Montpellier, 2016.
- İNAL, Arda, "Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi'ni Değiştiren 2004 Protokolü'nün Türk Hukukuna Uygulanması", *Türkiye Atom Enerjisi Kurumu*, (Uzmanlık Tezi), Ankara, 2017.
- KAPLAN, Stephen G., "Compensating Damage Arising from Global Nuclear Accidents: The Chernobyl Situation", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, S. 10, 1988, ss. 241-269.
- KARAUZ, Agah Kürşat, "Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu", *Nevşehir Barosu Dergisi*, C. 1, S. 1, 2014, ss. 1-42.
- LAMM, Vanda, "The Protocol Amending the 1963 Vienna Convention", *Nuclear Law Bulletin*, S. 61, 1998, ss. 7-24.

- MCINTOSH, Steven, "Nuclear Liability and Post-Fukushima Developments", içinde ***Nuclear Law: The Global Debate***, Vienna, Asser Press, 2022, ss. 311-335.
- MCRAE, Ben, "Entry into force of the Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage: Opening the Umbrella", ***Nuclear Law Bulletin***, S. 95, 2015/1, ss. 7-25.
- MİHAİ, Elena, "International Civil Liability Regimes for Nuclear, Oil Transport and Industrial Activities", ***University of Calgary Faculty of Law***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Calgary, 2010.
- MOHAN, M.P. Ram, ***Nuclear Energy and Liability in South Asia Institutions, Legal Frameworks and Risk Assessment Within SAARC***, India, Springer, 2015.
- NOVOTNA, Marianna - VARGA, Peter, "International and Supranational Aspects of Nuclear Liability", ***Faculty of Law of Trnava University in Trnava Law Review***, C. 1, S. 15, 2017, ss. 38-60.
- OĞUZMAN, M. Kemal - ÖZ, M. Turgut, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II***, 17. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2022.
- ÖZKAHRAMAN, Demet - GÜRBÜZ, Nazlı, "Türk Hukukunda Nükleer Santral İşletenin Sorumluluğu", ***GSI ARTICLETER***, 2018, ss. 21-40.
- PAZARCI, Hüseyin, ***Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap***, 15. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.
- PELZER, Norbert, "On Modernising the Paris Convention", ***Nuclear Law Bulletin***, S. 12, 1973, ss. 46-59.
- PELZER, Norbert, "Focus on the Future Nuclear Liability Law", ***Journal of Energy&Natural Resources Law***, C. 17, S. 4, 1999, ss. 332-353.
- PELZER, Norbert, "International Pooling of Operators' Funds: An Option to Increase the Amount of Financial Security to Cover Nuclear Liability?", ***Nuclear Law Bulletin***, S. 79, 2007/1, ss. 37-55.
- PELZER, Norbert, "Nuclear New Build - New Nuclear Law?", ***Nuclear Law Bulletin***, S. 84, 2009/2, ss. 5-21.
- PELZER, Norbert, "Main Features of the Revised International Regime Governing Nuclear Liability - Progress and Standstill" içinde ***International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook***, OECD NEA, 2010, ss. 355-386.
- PELZER, Norbert, "Safer Nuclear Energy through a Higher Degree of Internationalisation? International Involvement Versus National Sovereignty", ***Nuclear Law Bulletin***, S. 91, 2013/1, ss. 43-88.
- POPOV, Andrey, "Russian Vision of the Problems and Prospects of the International Legal Framework in the Context of Small Modular Reactors and Transportable Nuclear Power Units" içinde ***Nuclear Law the Global Debate***, Vienna, Asser Press, 2022, ss. 57-68.

- QUÉRÉ, Alain, “Challenges Facing the Insurance Industry since the Modernisation of the International Nuclear Third Party Liability Regime”, *Nuclear Law Bulletin*, S. 94, 2014, ss. 77-104.
- RADEZKÍ, Marcus, “Limitation of Third Party Liability: Causes, Implications and Future Possibilities”, *Nuclear Law Bulletin*, S. 63, 1999/1, ss. 7-24.
- REYNERS, Patrick, “The International Nuclear Energy Law Framework: An Outlook”, *German Yearbook of International Law*, S. 56, 2013, ss. 227-280.
- SCHWARTZ, Julia, “Liability and Compensation for Third Party Damage Resulting from a Nuclear Incident” içerisinde *International Law: History, Evolution and Outlook*, OECD Publications, 2010, ss. 307-355.
- SCHWARTZ, Julia A., “Liability and Compensation for Third Party Damage Resulting From a Nuclear Incident”, içerisinde *Principles and Practice of International Nuclear Law*, Nuclear Energy Agency, 2022, ss. 409-444.
- STOİBER, Carlton - BAER, Alec - PELZER, Norbert - TONHAUSER, Wolfram, *Handbook on Nuclear Law*, Vienna, International Atomic Energy Agency, 2003.
- THOMAS, Anthony - HEFFRON, Raphael J., “Third Party Nuclear Liability: The Case of a Supplier in the United Kingdom”, *University of Cambridge Electricity Policy Research Group*: EPGR No: 1205, 2012, ss. 1-41.
- ULUSAN, İlhan, “Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukukî Mesuliyet”, *Prof. Dr. Halit Kemal Elbir’e Armağan*, 1996, ss. 55.

Elektronik Kaynaklar

- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31319/nuclear-liability.
- https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/liability_status.pdf.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_29284/joint-protocol-relating-to-the-application-of-the-vienna-convention-and-the-paris-convention-joint-protocol.
- https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/supcomp_status.pdf.
- <https://pris.iaea.org/PRIS/WorldStatistics/OperationalReactorsByCountry.aspx>.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798.
- https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/liability_status.pdf.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20196/paris-convention-on-third-party-liability-in-the-field-of-nuclear-energy-paris-convention-or-pc.
- <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html>.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798/paris-convention-latest-status-of-ratifications-or-accession.
- <https://www.tenmak.gov.tr/uluslararasi/anlasmalar.html>.

- <https://www.ndk.gov.tr/uluslararasi-sozlesme-ve-anlasmalar>.
- <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10806.pdf>.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12620.pdf>.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12763.pdf>.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18563.pdf>.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19115.pdf>.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/10/20211017-6.htm>.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798/paris-convention-latest-status-of-ratifications-or-accession.
- <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/paris-convention-third-party-liability.html>.
- <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/paris-convention-third-party-liability.html>.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/tro_5705/about-us.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-as-amended-by-the-2004-protocol-nea/nlc/doc-2020-1/final.
- <https://www.oecd-nea.org/law/multilateral-agreements/brussels-supp-convention-third-party-liability.html>.
- <https://www.taek.gov.tr/tr/uluslararasi-cok-terafli-anlasmalar-sozlesmeler/1099-nukleer-enerji-alaninda-ucuncu-sahislara-karsi-hukuki-sorumluluga-iliskin-paris-sozlesmesi.html>.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20318/brussels-supplementary-convention-to-the-paris-convention-brussels-supplementary-convention-or-bsc.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31514/brussels-supplementary-convention-latest-status-of-ratifications-or-accessions.
- <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201519/volume-1519-I-13706-English.pdf>.
- https://www.oecd-nea.org/law/nlparis_motif.html.
- https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31798/paris-convention-latest-status-of-ratifications-or-accession.
- <https://www.tbmm.gov.tr/denetim/GecmisDonemYaziliSoruOnergisi/193476>.
- https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/td_v2.tutanak_sonuc?v_meclis=&v_donem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabaslik=YAZILI%20SORU%20%20NERGELER%20%20VE%20CEVAPLARI&v_altbaslik=ENERJ%20&v_mv=&v_sb=&v_ozet=n%20kleeer&v_bastarih=&v_bittarih=&v_kayit_sayisi=15&v_kullanici_id=19167228&v_gelecek_sayfa=1.

https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_24246/nuclear-legislation-in-oecd-and-nea-countries-turkey-2008-update.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem20/yil3/bas/b085m.htm>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/03/20220308-1.htm>.

<https://www.nedir.com/para-sepeti>.

https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_79235/paris-convention-decisions-recommendations-interpretations-1990?details=true&id=pl_79235&preview=true.

https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_24771/expose-des-motifs-of-the-paris-convention-as-amended-by-the-2004-protocol-nea/nlc/doc-2020-1/final.

https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20467/2004-protocol-to-amend-the-brussels-supplementary-convention.

https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_63006/new-treaties-to-strengthen-rights-of-people-affected-by-nuclear-accidents.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211210-10.pdf>.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5710.pdf>.

https://www.oecd-nea.org/jcms/tro_5705/about-us.

https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31813/joint-protocol-relating-to-the-application-of-the-vienna-convention-and-the-paris-convention-full-text?histstate=1.

<https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc402.pdf>.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

SORUMLULUK HUKUKUNDA KUSUR KAVRAMI VE KUSURUN TESPİTİNE İLİŞKİN BİR ÖNERİ^(*)

Doç. Dr. Alper UYUMAZ^(**)

Öz

Birçok hukuk dalında olduğu gibi sorumluluk hukukunda da kusur kavramı önemli bir yere sahiptir. Gerçekten, kusursuz sorumluluğa ilişkin istisnalar bir yana bırakılırsa kusur olmaksızın sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak ifade edilebilir. Bu çalışmada, sorumluluk hukuku açısından önemi dikkate alınarak kusur kavramı tüm yönleri ile incelenmeye çalışılmıştır. Özellikle, son yıllarda Türk-İsviçre öğretisi ve uygulamasında kabul gören objektifleştirilmiş kusur teorisinin eleştirilmeye başlanması ile sübjektif kusur teorisine yaklaşan bir teorisinin benimsenmesi önerilmektedir. Aslında hem sübjektif teori hem de objektifleştirilmiş kusur teorisini bazı yönlerden eleştiriye açıktır. Somut olay adaletini sağlamak için olması gereken hukuk açısından haksız fiil için objektif kusur teorisinin sözleşmesel sorumluluk bakımından sübjektif kusur teorisinin uygulanması daha isabetli görünmektedir. Zira, kusura dayanan sorumluluğun en önemli şartı fiilin işlenmesinde zarar verenin kusurlu olmasıdır. İstisnalar bir kenara bırakılırsa ister sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından ister haksız fiilden doğan sorumluluk bakımından kusur olmaksızın sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler

Kusur, Kusurun Belirlenmesi, Objektif Kusur Teorisi, Sübjektif Kusur Teorisi, Sorumluluk.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.04.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 06.06.2023.

Atıf Şekli: Alper Uyumaz, "Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 503-546.

DOI: 10.52273/sduhfd..1277798.

^(**) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, Konya, Türkiye.

E-posta: alperuyumaz@gmail.com; alperuyumaz@selcuk.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8479-4642>.



THE NOTION OF FAULT IN THE LIABILITY LAW AND A SUGGESTION FOR THE DETERMINATION OF FAULT

Abstract

As in many branches of law, the notion of fault has a vital place in Liability law. Indeed, there would be no liability without fault aside from the exceptions to strict liability. In this respect, fault can be expressed as the founding element of responsibility. In this study, the concept of the fault has been tried to be examined with all its aspects, taking into account its importance in terms of Liability law. In particular, it is suggested to adopt a theory that approaches the subjective fault theory with the criticism of the objectified fault theory, which has been accepted in Turkish-Swiss doctrine and practice in recent years. Both the subjective fault theory and the objectified fault theory are open to criticism in some ways. It seems more appropriate to apply the objective fault theory for tortious acts and the subjective fault theory for contractual liability in terms of law, which must be to ensure concrete event justice. Because the most important condition of liability based on fault is that the person who caused the damage is at fault for committing the act. Leaving aside the exceptions, it is not possible to talk about liability without fault, either in terms of contractual liability or liability arising from tort.

Keywords

Fault, Determining of Fault, Objective Fault Theory, Subjective Fault Theory, Liability.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin ilk hükmü olan 49'uncu maddesi, *kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*, şeklindedir. Bu hüküm, haksız fiil bakımından, zarar verenin sorumluluğunu öngören en temel hukuk kuralıdır. TBK m. 49'da haksız fiil sorumluluğu bakımından sorumluluğun unsurlardan biri olarak düzenlenen kusur, sadece haksız fiil sorumluluğunun değil sözleşmesel sorumluluğun da kurucu unsurudur (TBK m. 112). Öte yandan, Türk kanunkoyucusu, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu'nda da kusurun tanımına ve kusuru belirleyici bir ölçüte yer vermemeyi uygun görmüştür. Bu tercih son derece yerindedir. Zira, kusurun, ana hatları benzer olsa da ülkeden ülkeye farklı şekilde tanımlandığı ve farklı yöntemlerle derecelendirildiği, hatta aynı ülkede bile belirli zaman dilimlerinde kusur konusunda farklı tanım, tespit yöntemi ve derecelendirmelerin söz konusu olabileceği tüm tartışmalardan uzaktır.

Aslında, kusur, toplumun ahlâk anlayışı ile de yakından ilgili bir kavram olup toplumsal gelişme ve değişimler kusura yüklenen anlamı da değiştirmektedir. Bu sebeple, kanunkoyucu bir tanıma ve ölçüte yer vermek suretiyle kusur kavramının sınırlarını çizmek istememiştir. Kanunkoyucunun bu tutumu sonucunda, kusurun tanımı, varlığı ve derecesinin tespiti hususları öğreti ve uygulama tarafından çözümlenmesi gereken sorunlar arasına girmiştir. Fakat ne mehz İsviçre ne de Türk öğreti ve uygulamasında kusur konusunda fikir birliği yoktur. Öğretide, objektifleştirilmiş kusur teorisi çoğunluk tarafından kabul görmekte ise de azımsanamayacak bir çoğunluk sübjektif kusur teorisini savunmaktadır. Yargı uygulaması da az sayıda aksi yöndeki örneğe rağmen objektifleştirilmiş kusur teorisini benimsemiş görünmektedir.

Öğreti ve uygulamadaki bu duruma rağmen hem haksız fiilde hem de sözleşmesel sorumlulukta sorumluluğun doğumu, kapsamının belirlenmesi ve sorumlular arasında paylaşılması konusunda kusuru belirlemek bakımından, şu anda kabul edilen ölçütlerden yalnızca birinin tercih edilmesi ve kullanılması yeterli değildir. Zira, aşağıda da ifade edileceği üzere sübjektif kusur teorisi zarar verenin iradesine dayanmakta iken objektif kusur teorisi zarar verenin davranışını esas almaktadır. Bu bakımdan, kusuru ispat yükünün zarar görende olduğu haksız fiil sorumluluğunda, sübjektif kusur teorisinin uygulanması uygun düşmez. Zira, kusuru ispat yükü kendisinde olan zarar gören karşı tarafın iradesini bilemeyeceği için zarar görenin korumak ve kusuru belirlemek bakımından objektif bir davranış normuna ihtiyaç vardır. Bu sebeple, haksız fiil sorumlulu-

ğunda öğretide çoğunluğun da savunduğu gibi objektifleştirilmiş kusur teorisini esas almak daha tutarlı olabilir. Öte yandan, sözleşmesel sorumluluk bakımından kusursuzluğunu ispat yükünün zarar verende olması, iradeyi esas alan sübjektif kusur teorisini tercih etmeyi daha tutarlı kılmaktadır. Aşağıda, *Teorilerin Değerlendirilmesi* başlığında bu husus kapsamlı olarak ele alınmıştır.

Şüphesiz, son derece karmaşık bir kavram olan kusuru tanımlamak ve belli bir somut ölçüte bağlayıp buna göre ölçmek mümkün değildir. Ancak, kusur kavramını olabildiği ölçüde netleştirmeden bu hususta ilerleme kaydetmek mümkün değildir. Bu sebeple, bu çalışmada, sorumluluk hukukunun kurucu unsuru olan kusur kavramının tüm yönleri ile irdelenmesine ve özellikle kusurun tespiti bakımından benimsenen ölçütler konusunda değerlendirme yapılmaya çalışılmıştır. Bu değerlendirme, mümkün olduğu ölçüde konu hakkında önem arz eden eski ve yeni kaynaklar incelenerek, uygulamadaki durumu görmek bakımından Yargıtay içtihatları analiz edilerek yapılmaya çalışılmıştır. Kusur ile ilgili mevzuat hükümleri hukukî yorum tekniklerine uygun olarak değerlendirilmek suretiyle yorumlanmaya çalışılmıştır. Özellikle, kusur teorileri üzerinde durularak ve olması gereken hukuk açısından kusurun özü olan taraf iradesi de nazara alınarak ancak modern hayatın getirdiği ihtiyaçlar da göz ardı edilmeden somut olay adaletini sağlamaya en uygun olan teorinin tercih edilmesi gerektiği ifade edilmelidir. Bu tercihin nasıl yapılacağı teorilerin değerlendirilmesi kısmında ifade edilmeye çalışılmıştır.

I. GENEL OLARAK KUSUR KAVRAMI

A. Kavram

Başta medenî hukuk olmak üzere ceza hukuku, idare Hukuku gibi özel hukuk dışındaki hukuk dallarında da kusur kavramı sorumluluğun kurucu unsurunu teşkil etmektedir¹. Özellikle, hukukî sorumluluk açısından kusuru olmayan

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, 24. bs., Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 643; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku*, Ankara, Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1984, s. 265; Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısmı*, C. 1-2, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 377; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. 1, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1967, s. 339; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. V/ 1, 2, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 68; O. Sabri Güven, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri I", *Yargıtay Dergisi*, 1981, C. 7, S. 4, ss. 572-588, s. 573; Cevdet Yavuz, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", *MÜHFAD*, 2008, C. 14, S. 4, ss. 29-61, s. 31; Fırat Korkmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi*, 1. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 51; Cengiz Koçhisarlıoğlu, *Haksız Eylem Kusuru*, 1. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 58.

birini meydana gelmiş olan zarardan sorumlu tutmak, ancak kanunda belirlenmiş istisnaî durumlarda mümkündür².

TBK m. 49/ 1, kusur sorumluluğunda, kusuru, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlemiştir. Ancak, bu maddede kanunkoyucu kusur kavramını tanımlamayı uygun görmemiştir. Kusurun tanımı, öğretisi ve uygulamaya bırakılmıştır. Öğretideki hâkim görüşe göre, kusur, en yalın hâliyle hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış olarak tanımlanabilir³. Diğer bir ifadeyle kusur, zarar verenin, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmamasıdır⁴. Birinci durumda kasıtlı davranış, ikinci durumda ise ihmali davranış suretiyle kusur varlığını göstermektedir. Örneğin, yolda hasmını gören birinin silah çekerek vurması durumunda kusuru, kast olarak ortaya çıkarken; trafik lambalarına dikkat etmeden kırmızı ışıkta geçerek bir yayaya çarpan araç sürücüsünün kusuru ise ihmal şeklinde ortaya çıkar.

Ağırılık dereceleri farklı olmakla beraber her iki davranış da hukuk düzeni tarafından kınanan ve kusurlu sayılan birer davranıştır⁵. Bu sebeple, kusurlu

² İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 68.

³ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 1, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 439; M. Kemal Oğuzman-Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 54; Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 17. bs., Beta Basım, İstanbul, 2020, s. 178; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 171; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 23. bs., Turhan Kitapevi, Ankara 2019, s. 407; Andreas Fuhrer- Markus Muller Chen-Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 364; İhsan Erdoğan, "Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1990, C. 3, S. 1, ss. 109-124, s. 117; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 13. bs., Sayram Basım, Konya, 2022, s. 246-247; Özge Tuçe Gökcalp, "Özel Hukukta Kusur Halleri", *Sosyal ve Beşerî Bilimlerde Güncel Araştırmalar - I*, Ed.: Erdil Durukan, Burak Alkan, Sema Sağlık, Gece Publishing, Ankara, 2022, ss. 151-166, s. 152-153; Yusuf Şen, "İslam Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", *Ekev Akademi Dergisi*, 2016, C. 20, S. 68, ss. 383-413, s. 399; Kerem Cem Sanlı, *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, 1. bs., Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2007, s. 218; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 67; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 641; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 574; Korkmaz, s. 59-60.

⁴ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 54; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 439; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 641. Aslında hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumlulukta kusurlu ve hukuka aykırı bir davranışın zararlı sonuçlarına yaptırım öngörmek; herkesi davranışlarında daha dikkatli olmaya, başkalarına zarar vermemek için gerekli özeni göstermeye sevk eder. Bkz, Günhan Gönül Koşar, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, 1.bs, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 7; Günhan Gönül Koşar, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", *AÜHFĐ*, 2020, C. 69 S. 3, ss. 1437-1473, s. 1450.

⁵ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 55.

olan her davranış hukuka aykırı bir davranış olarak vücut bulur. Yani, kusurlu bir davranışın hukuka aykırı olmaması mümkün değildir⁶. Bu bakımdan, hukuk düzeni hukuka aykırı davranışları kınar ve hukuka uygun davranan kişiyi olumlu karşılarken esasında toplumsal düzenin belirli bir uyum içerisinde götürülmesini amaçlamaktadır. Bu davranışlar sosyal çevrede birlikte yaşayan insanların birbirlerine zarar vermeden düzen içinde yaşamaları için göstermek zorunda oldukları özen ve çabadan oluşan ortalama, örnek bir davranış modelidir. Hukuk düzeni, toplumdaki herkesten bu davranış biçimine göre yaşamasını, hareketlerini buna uydurmasını bekler⁷. Hukuk düzeni, kusura dayalı sorumluluk bakımından benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden benzer davranışları sergilemesini ister. Beklenen bu davranış biçimine uymayanlar, belirli bir davranış kalıbından sapmalar kınanır. Kısacası, hukuk düzeni tarafından bu davranış kalıbından ayrılan davranışlar kusurlu olarak nitelendirilir⁸.

Günlük hayatta kusur kavramı ile karıştırılan bazı kavramlar da vardır. Örneğin, kusur ile hata kavramı günlük hayatta eş anlamlı olarak kullanılmakta olduklarından sıklıkla birbirlerine karıştırılmaktadırlar. Oysa bu iki kavram birbirinden tamamen farklı olup hata, Türk Borçlar Kanunu'na göre yanılma, bir irade bozukluğu hâlidir ve teknik bir terim olarak sözleşmenin kurulması için gerekli olan irade unsuru ile ilgilidir. Kusur ise, bu bakımdan sözleşmenin kurulması ile ilgili değil, sorumluluk ile ilgili bir kavramdır. Bu açıdan hem haksız fiilde hem de sözleşmeye aykırılık hâllerinde doğan zararlardan sorumluluk için, kişinin hatası değil kusuru aranmaktadır⁹.

Benzer şekilde, kusur ve hukuka aykırılık kavramları da birbirine karıştırılmamalıdır. Türk Borçlar Kanunu, bu iki kavramı, haksız fiilin iki ayrı unsuru olarak kabul etmek suretiyle bu karışıklığı ortadan kaldırmıştır¹⁰. Hukuka aykırılık

⁶ Eren, Borçlar Hukuku, s. 641. Ayrıca bkz, Hasan İba, "Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır" Önermesinin Doğruluk Değeri", *NEÜHFD*, 2022, C. 5, S. 2, ss. 762-787.

⁷ Hukuk düzeni, hukuka aykırı davranışı sadece tazminat ile cezalandırmakla kalmaz, kişinin kendine ve başkalarına saygılı olması esasına dayanan, sosyal bir topluluk içinde insan onurunun geliştirilmesi olarak tanımlanabilecek ahlâkî bir gayeyi gerçekleştirmeyi de amaçlar. Örneğin haksız fiilin yaptırımı sadece tazminat değildir. Haksız fiilin insan onurunu korumak bakımından da büyük bir etkisi vardır. Bkz, Val Corbett, "The Promotion of Human Dignity: A Theory of Tort Law", *Irish Jurist*, New Series, 2017, Vol. 58, pp. 121-152, p. 122, 132.

⁸ Eren, Borçlar Hukuku, s. 641; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 67; Habip Oğuz, "Sorumluluk Hukukunda Kusur", *TAAD*, 2016, C. 7, S. 28, ss. 273-286, s. 276.

⁹ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 407; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 577.

¹⁰ Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 339; Eren, Borçlar Hukuku, s. 641.

bir fiilin bir hukuk normuna aykırılığına işaret ederken; kusur, bu hukuk normuna aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle zarar verenin davranışının kınanan bir davranış olmasını ifade eder¹¹. Esasında kusur sübjektif yönü ağır basan bir kavramdır. Oysa, hukuka aykırılık tamamen objektiftir¹².

B. Kusur Teorileri

Türk Borçlar Kanunu'nda bir tercihte bulunulmuş olmamakla birlikte, öğretilerde, kusur kavramı açıklamaya çalışan iki temel kusur teorisi bulunmaktadır. Bunlar sübjektif ve objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorileridir. Bu çalışmada yer verilen kusurun tanımına ve kusura ilişkin tespitler, Türk hukukunda objektif (objektifleştirilmiş) kusur teorisi öğretisi ve uygulamada kabul görmekte olduğundan bu teoriden hareketle yapılmıştır. Ancak, kusur kavramını daha iyi izah edebilmek, sorumluluk hukukunda kusur kavramı doğru anlayabilmek için öncelikle bu teorileri ele almak gerekmektedir. Aşağıda, bu teorilerin incelenmesinden sonra Türk hukukunda kabul gören objektifleştirilmiş kusur teorisinin her zaman ve tek başına esas alınmayacağı ifade edilmiş, olması gereken hukuk açısından hangi teorisinin hangi durumlarda kabul edilmesinin gerektiği de izah edilmeye çalışılmıştır.

1. Sübjektif Kusur Teorisi

Sübjektif kusur teorisine göre, insan özgür bir varlıktır. Bu sebeple, özgürce verdiği kararlardan ve davranışlarından sorumlu olmalıdır. Ancak, insanın kişinin özgürce karar verebilmesi, özgür iradesi ile aldığı karar ve davranışlarından sorumlu olabilmesi için her şeyden önce ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Öte yandan, özgür irade ürünü olan bir fiilden kişiyi sorumlu tutabilmek için yalnızca ayırt etme gücüne sahip olmak yeterli değildir. Ayrıca, fiilin kişiye somut olarak yüklenebilmesi de gerekmektedir¹³.

¹¹ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 55; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 81. Ayrıca bkz, Gökçe Kurtulan, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", *MÜHFAD*, 2019, C. 23, S. 1, ss. 465-503.

¹² Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 438; İnan, Borçlar Hukuku, s. 265; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 339; Henri Deschenaux-Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku*, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, s. 49; Kurtulan, s. 470. Türk-İsviçre Hukukunda kabul edilen objektif hukuka aykırılık teorisi, eleştirisi ve yeni bir öneri olarak ileri sürülen *üçüncü hukuka aykırılık teorisi* hakkında bkz, Kurtulan s. 477-480.

¹³ Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 143; Gönül Koşar, Kusur, s. 72.

Sübjektif kusur teorisine göre, kusur, zarar verende bulunan bir irade zayıflığı, bir irade eksikliğidir¹⁴. Bu teori, zarar verenin psikolojik ruh hâline ve moral durumuna değer vermektedir. Bir davranışın zarar verene kusur olarak yükletilebilmesi için onun fiilî işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fikrî şartları, kişisel yetenekleri, yetiştirme, eğitim-öğrenim düzeyi, fizikî gücü, meslekî becerileri göz önünde tutulmalıdır¹⁵. Yani, zarar verici davranış onun iradî ve fikrî yapısıyla ilgilidir. Bir davranış, zarar verene kusur olarak yükletilirken onun kişisel nitelik ve yeteneklerinden soyutlanamaz. Kusur, bireydeki davranış hatasıdır ve bu davranış hatası, kınanabilir bir tutumdur.

Zarara sebep olan kişi, davranışın zararlı sonuçlarını önceden görüp bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken gerekli iradî çabayı sarf edip bunu gerçekleştirmediği için kusurlu kabul edilmektedir¹⁶. Bir örnek tip belirlemek suretiyle onun model davranışına uygun hareket etmesi gerektiğinin bilincinde olmayan birini, bu davranışa uygun hareket etmediği için kusurlu görmek kabul edilemez. Zira, örnek davranıştan sapma, ancak bunun bilincinde olan kişiler için belirleyici ölçüt olabilir. Somut olaydaki gerçek zarar vereni yok sayarak hangi kritere göre belirlenirse belirlensin varsayımsal olarak soyut bir modele göre öngörülen özen ölçüsü kusur sorumluluğunun özünden vazgeçilmesi anlamına gelir¹⁷.

Hukuk düzeni, kusurlu davranıştan kaçınabilme yeteneğine ve yeterliliğine sahip kişilerin somut durumda bunu yapmamalarını kınamaktadır. Öyleyse, kusurun isnadı somut bir kritere dayanmalıdır. Bir sebeple, bu bahsedilen yeterliliğe¹⁸ sahip olmayan kişiler, model tip belirlenerek kusurun tespit edilmesi durumunda haksızlığa uğramış olurlar.

¹⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 595; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 72; Gönül Koşar, Kusur, s. 72; Oğuz, s. 277; Gökalp, s. 155; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Zafer Saka, "Kusur Kavramı", *Adalet Dergisi*, 1973, S. 6, s. 442; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 313.

¹⁵ Erman Benli, "İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü", *MÜHFHAD*, C. 26, S. 1, 2020, ss. 300-316, s. 305.

¹⁶ Eren, Borçlar Hukuku, s. 642; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 72; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 313; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Korkmaz, s. 84, 85.

¹⁷ Gönül Koşar, Kusur, s. 73; Korkmaz, s. 87.

¹⁸ Bu yeterliliğin belirlenmesinde *kişiselleştirilmiş özen ölçüsü* kullanılabilir. Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü, geniş anlamda sübjektif bir ölçüdür. Bu ölçünün hareket noktası, zarar verenin bizzat kendisi ve davranışlarıdır. Her somut olayda, zarar verenin kendine özgü özen standardı belirlenir. Bu bağlamda, zarar verenin risk yaratma eğilimi ve bunu azaltma becerisi dikkate alınır. Örneğin, son iki yılda otomobilinin periyodik bakımlarını yaptırmayan bir sürücü, riskli bir sürücüdür. Bir hekimin, geçmişteki ameliyatlarında ne sıklıkla hekim hatasına se-

Bu teori ışığında kusur, zarar verenin bireysel özelliklerine, kişisel yeteneklerine, meslekî tecrübe ve becerilerine göre somut olayda bir yönüyle davranışın zararlı sonuçlarını önceden görebilmeyi; diğer yönüyle bundan kaçınabilmeyi gerektirmektedir¹⁹. Kısaca, sübjektif kusur teorisi gereğince kusur, zarar verenin bireysel özellikleri, kişisel yetenekleri ve meslekî becerilerine göre mümkün olan özeni göstererek somut olayda davranışının zararlı sonuçlarını öngörüp bundan kaçınabileceken kaçınmamış olması sebebi ile zararlı sonuca sebebiyet vermesidir²⁰.

2. Objektif (Objektifleştirilmiş) Kusur Teorisi

Objektif kusur teorisinin savunucuları da tıpkı sübjektif kusuru teorisinin savunucuları gibi davranışın ancak özgür bir iradenin varlığı hâlinde söz konusu olabileceğini ileri sürerler. Teoriye göre, kişiler, yalnızca iradelerinin ürünü olan davranışlarından sorumlu tutulmalıdır. Bu sebeple, ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin kusur ehliyetleri yoktur²¹.

Bu teoriye göre ise, kusurun tespitinde örnek alınacak objektif ölçülerde model bir tip belirlenir. Bu model, zarar verenin üyesi olduğu sosyal grup içerisinde onunla aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan figürüdür. Bu model insan davranışı örnek davranış olarak ele alınmakta ve bununla zarar verenin davranışı kıyaslanarak karşılaştırma sonucunda kusur tespitine gidilmektedir²². Teoriye göre kusur, benzer durum ve şartlar altında bulunan makul, dürüst ve güvenilir bir insandan beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan davranış biçimidir²³.

bebiyet verdiği dair veri, o hekimin kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün tespitinde kullanılacak bir veridir. Sigorta şirketlerinin prim miktarını belirlemek ve risk hesaplamak için başvurduğu aktüerya ve risk yönetimi bilimleri, kişiselleştirilmiş özen ölçüsünün hesaplanmasında önemli bir başvuru kaynaklarıdır. Bkz, Benli, s. 307.

¹⁹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 595.

²⁰ Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 144; Gönül Koşar, Kusur, s. 76.

²¹ Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 174; Gönül Koşar, Kusur, s. 79.

²² Eren, Borçlar Hukuku, s. 642; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 72; İnan, Borçlar Hukuku, s. 265; Gönül Koşar, Kusur, s. 79; Korkmaz, s. 76; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 09/10/1980 tarihli ve E. 1980/9386, K. 1980/11399 sayılı kararı (Karahasan, s. 337-338); Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin, 17/05/1993 tarihli ve E. 1993/3224, K. 1993/3814 sayılı kararı (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 2.6.2023).

²³ Eren, Borçlar Hukuku, s. 643; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 72; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 314; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 177; Gönül Koşar, Kusur, s. 79; Oğuz, s. 277-278; Gökalp, s. 155; Benli, s. 304. Roma hukukunda, kusurun tespitinde, iki ölçüt bulunmaktaydı. Bunlardan birincisi, özenli ve dikkatli bir aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen (*diligentia bonus pater familias*), diğeri ise borçlunun kendi işlerini idare eder-

Eğer, zarar verenin davranışı, bu örnek davranıştan sapıyor, ona uymuyorsa bu sapma kusur olarak nitelendirilmektedir²⁴. O hâlde, bu teoriye göre zarar verenin kişisel durumu, bireysel yetenekleri, fizikî gücü, meslekî becerileri yerine benzer şartlar altında aynı sosyal grup içinde yaşayan makul bir insan esas alınarak somut olaydaki zarar verenin değil de bu örnek tipin yetenek, meslekî beceri ve fizikî özellikleri esas alınmalıdır.

Bu teorinin ortaya atılmasının çeşitli sebepleri vardır. Bunlardan ilki, insanların irade, yetenek, zekâ gibi çeşitli özelliklerinin tam olarak tespit edilmesinin mümkün olmamasıdır. İkinci olarak, objektifleştirilmiş kusur, insanların toplu ve birbirine bağlı hâlde yaşamalarının bir sonucudur²⁵. Ayrıca, kusur ilkesinin mutlak uygulanması zararın tazmini bakımından tatmin edici olmaktan uzak sonuçlar verebilir ve zarar göreni pek çok durumda zararla başa başa bırakabilir²⁶.

Gerçekten, toplumsal yaşamın gereklilikleri ve insanların kendilerini güvende hissetme ihtiyaçları toplumda yaşayan herkesin belirli bir olgunlukta olmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, hukuk düzeni, toplumu oluşturan her bireyden ilke olarak bu aranan düzeyde davranmalarını beklemektedir. Kişiler kendilerinden beklenen bu düzeyde davranmadıklarında, onların davranışı objektif ortalama davranışın altında kalacağından kusur gerçekleşmiş olacaktır. Bu sebeple, belli bir toplumda yaşayan kişi, o toplumdaki objektif tipin davranışını bileceğine göre, zararlı sonucu önceden görülebilirdir. Kusur, bu önceden görülebilme unsuru sebebi ile bundan kaçınma yeterliliğini ifade etmektedir²⁷. Bu beceriye sahip olmayan ya da bunu bilinçli olarak yapmayan kişiler kusurlu kabul edilecektir.

ken göstermiş olduğu dikkat ve özen (*diligentia quam in suis*) idi. *Diligentia bonus pater familias* ile namuslu, dürüst ve dikkatli bir kişi olarak kendi işlerini yürüten, makul bir Roma vatandaşı kastedilmektedir. Günlük olağan işlerde vasat bir Roma vatandaşı ölçüt olarak alınırken bir meslek içerisindeki yetkinliği tespit etmek için de ilgili meslekte, ortalama yetkinliğe sahip olan kişi örnek alınmaktaydı. Bkz, Abdurrahman Savaş, "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2022, C. 80, S. 2, s. 537-582, s. 25; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247, dn. 467; Gönül Koşar, Kusur, s. 80. Sorumluluğun şartları, kusur kavramı, kusurun türleri ve dereceleri, birlikte kusur, haksız fiil ehliyeti, kusursuz sorumluluk hâlleri, zarar kavramı ve türleri gibi pek çok kavramın birtakım değişikliklerle günümüze kadar gelen Roma hukuku kaynaklı kavramlar olduğunu yönünde bkz, Fulya İlçin Gönenc, "Haksız Fiil Sorumluluğu'nun Tarihsel Gelişimi", *MÜHFAD.*, 2008, C. 14, S. 4, ss. 13-28.

²⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 643.

²⁵ Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 178.

²⁶ Korkmaz, s. 75.

²⁷ Eren, Borçlar Hukuku, s. 643.

Zarar verenin sübjektif birtakım özelliklerinin belirli bir ölçüde objektifleştirilerek dikkate alındığı objektifleştirilmiş kusur teorisi, Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüştür²⁸.

3. Teorilerin Değerlendirilmesi

İleri sürülen iki teori arasında bir tercihte bulunabilmek için ya da öğretilerde var olan görüşlere alternatif bir öneri ileri sürebilmek için öncelikle bu teorilere yöneltilen eleştirileri ayrı ayrı ele almak ve bunları değerlendirmek gerekir. Öncelikle öğretilerde baskın olan objektif kusur teorisi ele alınırsa, kusurun objektifleştirilmesi açısından belki de en büyük sorun, ortalama davranışın ve model tipin nasıl belirleneceğidir. Şüphesiz, bu tespitin ilgili coğrafyada yaşayan insanların değer yargısına uygun şekilde yapılması gerekir. Her somut olayın gerektirdiği özenli davranışın nasıl belirleneceği hususunda yol gösterici ölçütler bulunmamakta²⁹ ise de bu konuda değerler hiyerarşisinin doğru biçimde kurulması şarttır. Her şeyden önce, bu tespitin yapılmasında, evrensel geçerliliği olan hukukun temel ilkeleri nazara alınmalıdır. Örneğin, objektifleştirmede esas alınacak değerler arasında, temel insan hakları, kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, özgürlükleri en önce gelmelidir³⁰.

Bir eleştiriye göre, objektifleştirilmiş kusur teorisinin açıklarından biri, model davranışa uygun hareket edemeyeceğinin bilincinde olmayan bir kişinin, model davranışa uygun hareket edememesinin nasıl hukuken kınanacak bir durum olduğudur. Model tipin davranış biçiminden ayrılan davranış, ancak bunun bilincinde olanlar bakımından kusurlu kabul edilmelidir. TBK m. 49/1 ve 112, kusuru, sorumluluk hukukun bakımından kurucu unsur olarak kabul ettiğine göre kusuru objektifleştirmek kanunun sistematığına uygun düşmemektedir³¹. Ayrıca, Türk hukukunda ayırt etme gücü bulunmayanların haksız fiillerin-

²⁸ Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 172, 175; Gönül Koşar, Kusur, s. 78; Sanlı, s. 219; Korkmaz, s. 83. İş kazasında kusur bakımından işverenin kusurunun objektifleştirilmiş kusur olduğu yönünde bkz, Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 02/03/2021 tarihli ve E. 2020/7886 K. 2021/2444 sayılı kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 08.09.2020 tarihli ve E. 2017/3125 K. 2020/2665 sayılı kararı; Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 08/10/2019 tarihli ve E. 2019/1049 K. 2019/5929 sayılı kararı (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 2.6.2023). Yargıtay'ın bazı kararlarında davalının sübjektif kusurundan bahsettiği de görülmektedir. Bkz, Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 28/06/2006 tarihli ve E. 2006/6051 K. 2006/7724 sayılı kararı; Yargıtay 14. Hukuk Dairesinin 15/02/2012 tarihli ve E. 2012/1016 K. 2012/2058 sayılı kararı (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 2.6.2023).

²⁹ Sanlı, s. 231.

³⁰ Gönül Koşar, Kusur, s. 82.

³¹ Nomer, Borçlar Hukuku, s. 178-179; Gönül Koşar, Kusur, s. 82'de yer alan yazarlar.

den sorumlu olmayacağını kabul edilmiş olması ile sözleşme yapma ve borç altına girme ehliyetlerinin olmaması, borçlar hukuku anlamında kusurun objektifleştirilmesinin kabul edilmediği anlamına gelir. Kusurun objektifleştirilmesi iradi bir kavram olan kusur kavramı ile de örtüşmez³².

Objektifleştirilmiş kusur teorisi, model tip için aranan bilgi ve niteliklere sahip kişilerin göstermek zorunda oldukları özenin ölçüsü bakımından değerlidir. Bu teoriye göre, bir kişi, ancak kendisi ile benzer durumda olan biri gibi ortak bilgi ve tecrübeleri taşıyan bir başka kişiden farklı davranmak suretiyle gereken objektif özeni göstermediğinde kusurlu sayılabilir. Ancak, herkesten istenilen özenin ölçüsü aynı değildir, olamaz da. Bu sebeple, kusurun tespitinde soyut bir ölçüye başvurmak kusur kavramının özüne uygun düşmez³³. Özen ölçüsünün bu şekilde objektif bir ölçüt ile belirlenmesi, kişisel özellikleri bakımından belirlenen ortalama ve makul insandan daha aşağı düzeyde olan kişiler açısından dezavantajlıdır. Zira, bu kişiler sahip oldukları özelliklere göre gereken özeni gösterebilirler dahi kusurlu sayılabileceklerdir. Tüm çabayı sarf etseydi de özen göstermesi mümkün olmayan birini, varsayımsal olarak belirlenen bir ölçüt ile gereken özeni göstermediği için sorumlu tutmak, adil olmadığı kadar kusura dayalı haksız fiil hukuku teorisi açısından da tutarsızdır³⁴.

Objektifleştirilmiş kusur teorisi esas alındığında, zarar verenin kişisel özellikleri ortalama kabul edilen model tipin üzerinde ise bu sefer model tip de bu üstün özelliklere göre belirlenecektir. Örneğin, sıradan bir genel cerrahın yaptığı operasyon bakımından onun kusuru, ortalama bir cerrah esas alınarak belirlenecekken; ülkede sayılı genel cerrahlardan olan ve pek çok iyi cerrahi yetiştirmiş akademisyen bir cerrah için model tip, ortalama cerrah kabul edilemez. Zira, onun için model tip kendisi gibi kendisi kadar fizikî ve fikrî beceriye sahip bir cerrahdır. Bu durumda, tıp fakültesini vasat bir öğrenci olarak bitiren ve uzmanlığını zar zor tamamlayan bir cerrah için objektifleştirilmiş kusur teorisi çerçevesinde model tip ortalama bir genel cerrah iken; cerrahların hocası konumunda olan hekim için model tip, böyle biri ülkede olmadığı için yine kendisidir³⁵. Bu tespit, aslında objektifleştirilmiş kusur teorisinin bir noktada subjektif

³² Oğuzman-Öz, C. 2, s. 60; Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 190.

³³ Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, 1. bs., Kazancı Hukuk Yayınevi, Ankara, 2007, s. 29-30; Gönül Koşar, *Kusur*, s. 82; Sanlı, s. 229.

³⁴ Sanlı, s. 228.

³⁵ Gönül Koşar, *Kusur*, s. 83 ve dn. 396.

kusur teorisine döndüğünü ve bu teorinin somut olay adaletini sağlamak için her zaman yeterli olamayacağını düşündürmektedir. Kusur ilkesine, onun temel mantık ve felsefesine sadık kalınırsa, sübjektif kusur teorisinin kabul edilmesi gerekir. Aslında, olması gereken sübjektif teorisinin kabul edilmesi ise de pratikte ortaya çıkan birtakım sakıncalar özellikle toplumsal yaşamın gereklilikleri öğretiyi kusuru objektifleştirmeye itmiştir³⁶.

Sübjektif kusur teorisine yönelik eleştirilere gelince, toplu hâlde yaşamının doğal bir sonucu olarak insanlar birbirlerine zarar vermemek üzere ortalama bir davranış tarzı benimsemelidirler. Toplumsal yaşamda güven düşüncesi, kişisel yeteneklere bakılmaksızın herkesten davranışlarında belli bir ölçüde özenli olmasını beklemeyi haklı kılmaktadır. İnsanlar, diğerlerine ahlâkî, fikrî ve fizikî nitelikler ile cismanî becerileri, meslekî ve teknik yeteneklerinin ortalama bir toplamını garanti etmek zorundadır³⁷. Ayrıca, hukuk düzeni, bir ülkedeki tüm vatandaşların farklı özelliklerini ayrı ayrı dikkate alarak davranış kuralı ön-göremez. Model bir davranış kuralının uygun şekilde belirlenmesi sayesinde insanların uymak zorunda olduklarını bilecekleri standart bir ölçü kabul edilecektir. Bu ölçü, toplum içinde yaşamakta olan bireylerin büyük çoğunluğu için geçerli bir ölçü olmalı, bu ölçünün tespiti ile tedbir ve özen kurallarının belirlenmesinde tüm insanların ortak yetersizlikleri dikkate alınmalıdır. Bu şekilde belirlenen kuralların ihlali durumunda kusurun varlığından söz etmek son derece kolay olacaktır³⁸.

Sübjektif kusur teorisine yönelik bir başka eleştiriye göre, kusurun tespitinde sübjektif ölçünün kullanılması imkânsızdır. Mahkemeler de dâhil olmak üzere hiç kimse, bir başka kişi ya da kişinin fiilleri hakkında ahlâkî bir değer yargısı belirleme ve buna aykırı davranışı kusurlu görme yetkisine sahip değildir. Ayrıca sübjektif kusur, keyfi değerlendirme ve dolayısıyla hukuk güvenliğini ve eşitlik ilkesini zedeleme riski barındırır³⁹. Sübjektif kusur teorisinin kabul edilmesi durumunda, belirli bir davranış normundan habersiz biri tarafından zarara uğratılan zarar gören, bu konuda yeterli olan biri tarafından zarara uğratılan birine kıyasla hiçbir gerekçesi olmadığı hâlde iyi bir durumda olacaktır.

³⁶ Korkmaz, s. 89. Benli, bu durumu *objektif özen ölçüsünün esnekleştirilmesi* olarak ifade etmektedir. Bkz, Benli, s. 308.

³⁷ Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 152; Gönül Koşar, Kusur, s. 76.

³⁸ Gönül Koşar, Kusur, s. 76-77.

³⁹ Koçhisarlıoğlu, Haksız Eylem, s. 167; Gönül Koşar, Kusur, s. 77.

Yalnızca uğranılan zararın tazmini amacını güden haksız fiil sorumluluğunda böyle farklı bir sonuç kabul edilemez⁴⁰.

Görüldüğü gibi, iki teorinin de kendine göre haklı ve tutarlı yönleri olduğu kadar zayıf yönleri de vardır. Kusuru, bu teorilerden yalnızca birine hasretmek, her somut olayda kusur tespitini bu teoriden yalnızca biri ile belirlemeye çalışmak onun bir tarafını eksik bırakmaya, yersiz tahlillerle yanlış teşhislere neden olabilir. Kusurun tespitinde kanunkoyucunun kurguladığı sistemi esas alarak her iki teoriden somut olaya uygun olanın kullanılması en doğru olandır. Yani, kanunkoyucunun, haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk bakımından kusurun ispatını farklı şekilde düzenlenmiş olmasının bilinçli bir tercih olduğunu savunarak, haksız fiilde kusurun tespiti bakımından objektif kusur teorisini, sözleşmesel sorumlulukta ise sübjektif kusur teorisini uygulamak gerekecektir. Zira, haksız fiilde taraflar arasında daha önceden bir sözleşme ilişkisi olmadığı için zarar gören, zarar vereni değerlendirme ve bilinçli bir tercihle seçme imkânına sahip değildir. Bu sebeple, onun haklı olarak toplumsal ilişkiler çerçevesinde nerede ve ne zaman karşılaşacağını bilmediği birinin sübjektif iradesini ve durumunu öngörmesi, buna göre zararı ispatlamaya çalışması kabul edilebilir değildir. Zarar görenin karşısındaki insandan ortalama bir davranış biçiminde bulunmasını beklemesi ve bundan sapan davranışlar sebebi ile onu sorumlu tutabilmesi, davranışın model davranıştan sapmasını ölçüt olarak kullanarak kusuru ispat edebilmesi mümkün olur. Yani, zarar gören aleyhine kusuru ispat etmek zorunda kalması sebebi ile yaratılan dezavantajlı durum, beklenen model davranış kalıbının esas alınması suretiyle, bir diğer ifade ile objektif kusur teorisinde giderilebilir. Öte yandan, sözleşmesel sorumlulukta, haksız fiilin aksine sözleşme yapacağı kişiyi seçebilecek olan zarar gören, bir de ispat yükünün zarar verende olması sebebiyle zaten avantajlı durumdadır. Bu ihtimalde, sübjektif teoriyi uygulamak suretiyle ispat yükü kendisinde olan zarar verenin kendi iradesinden yola çıkarak neye dayanarak kusurlu olmadığını iddia ve ispat etmesi daha kolay olacaktır. Öyleyse, haksız fiil bakımından zarar görene, zarar verenin iradesinden hareketle kusuru ispat külfeti yüklenemeyeceği gibi sözleşmesel sorumlulukta da zarar verenin, kendi iradesindeki yetersizliği ortalama tipi esas alarak açıklamasını beklemek uygun düşmez.

Çok sevdiği bir yakını kaybeden bir cerrahın bir süredir stresten kaçmak için alkol alması ve alkollü olarak girdiği operasyonda hastaya zarar vermesinde

⁴⁰ Gönül Koşar, Kusur, s. 77.

cerrahın yakınıni yeni kaybetmesi kusurunu azaltmamalı, hatta alkollü olması ağır ihmal belki dolaylı kast kabul edilmelidir. Ancak, personel yetersizliği sebebi ile yakınıni kaybetmesine rağmen çalışmaya ara veremeyen bir cerrahın bu durumu ile günde bir insandan beklenmeyecek şekilde uzun saatler çalışması ve bu sebeplerle hastasına zarar vermiş olması kusurun tespitinde nazara alınmalıdır. Somut olay adaleti bakımından, bu ikinci örnekteki cerrahın içinde bulunduğu sübjektif durum, kusura belli ölçüde daha az hükmedilmesini sağlamalıdır⁴¹. En azından sübjektif teori esas alınarak ona, kendi iradesinden yola çıkarak bunu ispat etme imkânı verilmelidir. Aynı örnek üzerinden konu, haksız fiil sorumluluğu bakımından değerlendirilirse, aynı cerrahın çok çalıştığı ve mesaiye kaldığı bir gece evine aracı ile dönerken dikkatsizliği ve yorgunluğu sebebi ile yaya geçidinde çarptığı yaya bakımından kusurun tespitinde objektif teori esas alınmalıdır. Zira, zarar gören yayanın yaya geçidini kullandığı için birinin kendisine çarpmayacağını umması ve buna göre davranması modern toplumsal hayatın bir gereğidir. Kaldı ki, yaya kendisine çarpan cerrahın iradesine göre belirlenecek bir kusur tespit yöntemi ile onun kusurunu ispat edemez. Zarar gören yayanın, kendisine çarpan kişinin herkesçe bilindiği varsayılan trafik kurallarına aykırı olarak kendisine yaya geçidinde çarpıldığını ispatlaması yeterli sayılmalıdır.

İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 41/1'e göre, kasten veya ihmalem hukuka aykırı şekilde birine zarar veren, bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Görüldüğü üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun mehası olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda da kusura ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Kanunda, kusurun ölçütü hususunda bir tercih yapılmamakla birlikte İsviçre'de de öğreti ve uygulamada objektifleştirilmiş kusur teorisi hâkim görüştür⁴².

Konu mehas Kanundaki güncel gelişmeler bakımından değerlendirilirse, henüz yasalaşmamış olsa da İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler (OR 2020)

⁴¹ Kişiselleştirilmiş özen ölçüsü ile bu sonuca varmak çok daha kolaydır. Bunun gibi, uyuyamama sorunu olan bir cerrah, böyle bir sorunu olmayan cerraha göre, ağır psikiyatrik ilaçlar kullanan bir polis, kullanmayan bir polise göre daha risklidir, bu sebeple bu kişilerin kusurlarının tespiti bakımından özen ölçüsü farklıdır. Büyükşehirdeki bir özel hastane için öngörülen tıbbî özen ölçüsü, küçük bir ildeki özel hastane ile aynı olamaz. Zira, küçük ildeki özel hastane, büyükşehirdeki özel hastanenin aldığı tedbirin maliyetlerini karşılayamaz. Büyükşehirdeki özel hastane, çok daha gelişmiş tıbbî cihazlar alabilirken, ildeki özel hastanede bu cihazların temini maddî sebeplerle diğer kadar kolay temin edemez. Dolayısıyla, ildeki özel hastanenin tıbbî özen ölçüsü büyükşehirdeki özel hastaneye nazaran daha düşük olmalıdır. Bkz, Benli, s. 311-313.

⁴² Gönül Koşar, Kusur, s. 72.

Tasarısı'na da değinmek gerekir. OR 2020 Tasarısı'nın TBK m. 49'a karşılık gelen hükmü madde 46'dır. Hükme göre, *Bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın genel davranış yükümlülüğünün ihlali sebebi ile bir zarara neden olan kişi, bu zararı tazmin etmekte yükümlüdür*. Hükümde önem arz eden husus, genel davranış yükümlülüğünün ihlali ifadesidir. Bu ifade, yazılı bir hukuk kuralının ihlali ya da zarar veren ile aynı şartlar altında bulunan makul bir kişinin göstereceği özenin gösterilmemesi anlamına gelir. Bu bakımdan genel davranış yükümlülüğünün ihlali, objektif ve somut olarak öngörülebilir bir zararın meydana gelmemesi için gerekli ve makul önlemlerin alınmamasıdır⁴³. OR 2020 Tasarısı'nda, haksız fiil bakımından hukuka aykırılık ve kusur unsurları birleştirilmiş görünmektedir. Bu durum, İsviçre öğretisinin kusur ve hukuka aykırılık unsurlarına ayrı ayrı yer veren Romanist hukuk geleneğinden (ABGB §1295, BGB §823) ayrılmak arzusunda olduğunu, hukuka aykırılık ve kusur kavramlarını bileştiren Fransız Medenî Kanunu'ndaki ilkeyi benimsemek istediğini düşündürmektedir⁴⁴.

OR 2020 Tasarısı'nın kabul ettiği sistem uyarınca, özen yükümlülüğünün ihlali, genel davranış yükümlülüğünün ihlalinin tespitinde, bir diğer deyişle hukuka aykırılık unsuru bakımından araştırılacak, kusur sadece sübjektif unsuru ile, bir diğer deyişle, ayırt etme gücü ile sınırlı olarak değerlendirilecektir⁴⁵. Tasarıda, kusur miktarının tazminat belirlenmesinde dikkate alınacağına dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Tasarının 54'üncü maddesine göre, hâkim tazminatın biçimini ve kapsamını, somut olayın tüm şartlarını nazara alarak belirler. Bu hükme göre, hâkim, tazminatın belirlenmesinde, genel davranış yükümlülüğünün ağırlığı da dâhil olmak üzere somut olayın tüm koşullarını dikkate almak zorundadır⁴⁶.

C. Kusurun Objektif ve Sübjektif Yönü

Sorumluluk Hukuku açısından kusurun tespitinde kullanılan iki teoriden farklı olarak, kusurun objektif ve sübjektif yönü olmak üzere iki yönünün olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Kusurun objektif yönü, zarar verenin davranışının aynı şartlar altında örnek kişiden beklenen davranış tipinden sapmasına, zararı önceden bilip bunu engellemek için çaba sarf edilmemesini ifade eder. Yani, kusu-

⁴³ Gönül Koşar, *Kusur*, s. 53-54.

⁴⁴ Gönül Koşar, *Kusur*, s. 54.

⁴⁵ Gönül Koşar, *Kusur*, s. 54.

⁴⁶ Gönül Koşar, *Kusur*, s. 55.

⁴⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 644; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365.

ru objektif yönü, model davranışta sapan kasıtlı ya da ihmali davranıştır⁴⁸. Burada, zarar verenin üyesi olduğu sosyal çevrede bulunan makul, dürüst ve orta zekâ seviyesine sahip bir insanın davranış biçimi örnek davranış olarak benimsenir⁴⁹. Bir diğer ifade ile zararın objektif yönü, zarar verenin, eylemini önceden planlaması ve zararlı sonucu öngörerek bunu önlemek için göstereceği özenle ilgilidir. Bu özenin ihlali, kast veya ihmali olarak ifade edilmektedir.

Kusurun sübjektif yönü ise, zarar verenin sorumlu olabilme ehliyeti ile ilgilidir. Kusur sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran eylemin zarar verene yüklenilebilmesi için zarar veren ile eylemi arasında sübjektif bir bağ kurulması gerekir. İşte buna sorumluluk ehliyeti denir⁵⁰. Sorumluluk ehliyeti, zarar verenin ayırt etme gücü ile ilgili olduğundan ayırt etme gücü olmayan kişinin davranışı kusurlu kabul edilmez. Bu ilke, Türk Medenî Kanunu'nda açıkça kabul edilmiştir. Gerçekten, TMK m. 15/1 hükmü gereğince, istisnalar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin eylemleri hukukî sonuç doğurmaz.

Kusurun bu iki yönü sayesinde zarar verenin mevcut bir zarardan kusuru nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için örnek tipin ortalama davranışından saptaması yanında ayırt etme gücüne sahip olması da gereklidir⁵¹. Objektifleştirilmiş olarak nitelenen kusur anlayışında, ayırt etme gücünün varlığının somut yöntemle araştırılması gerekir. Eğer bu yapılmazsa, objektifleştirilmiş kusur değil de tamamen objektif kusur söz konusu olur⁵².

⁴⁸ Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Gönül Koşar, Kusur, s. 156; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Oğuz, s. 279.

⁴⁹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Gönül Koşar, Kusur, s. 156.

⁵⁰ Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 247; Oğuz, s. 279-280; Gönül Koşar, Kusur, s. 148; Korkmaz, s. 93. Beklenen davranış normu ve bu norma aykırılığın saptanmasında objektif ölçütlere dayanılmakta ise de ayırt etme gücünün varlığı ve derecesinin belirlenmesinde sübjektif ölçütlere dayanılması gerekir. Bkz, Cengiz Koçhisarlıoğlu, "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", *AÜHFD*, 2004, C. 53, S. 4, ss. 1-17, s. 4.

⁵¹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 314. Objektifleştirilmiş kusur anlayışı kabul edilirse insanlar arasındaki zihni, manevi ve ruhi farklılıklar kusurun belirlenmesinde etkili olmaz. Kusur, herkes için aynı ağırlıkta olacak, kişilerin bireysel özelliklerine göre değişkenlik göstermeyecektir. Ancak, bu tespitin istisnaları da söz konusu olmalıdır. Öğretideki bir fikre göre, ayırt etme gücünü derecelendirmek suretiyle kusuru da derecelendirmek mümkündür. Böylece, kusurun sonuçları, yani sorumluluğun ve tazminat yükünün de derecelendirilmesi söz konusu olabilir. Bkz, Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 4.

⁵² Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 4.

D. Sorumluluk Hukukunda Kusurun Yeri

Kusura dayanan sorumluluğun en önemli şartı fiilin işlenmesinde zarar verenin kusurlu olmasıdır. İstisnalar bir kenara bırakılırsa ister sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından ister haksız fiilden doğan sorumluluk bakımından⁵³ kusur olmaksızın sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir (TBK m. 49, m. 112)⁵⁴.

Kusur, illiyet bağı ve hukuka aykırılık kavramlarından bağımsız bir kavram olarak sorumluluk hukukundaki yerini almıştır⁵⁵. Fransız Hukuku'nun aksine Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında kusur kavramı özellikle hukuka aykırılık kavramından belirgin şekilde ayrılmaktadır⁵⁶. Oysa Fransız Hukukunda kusur kavramı bağımsız bir niteliğe sahip olmak yerine hukuka aykırılık kavramı ile iç içe yer alır ve onun objektif unsurunu oluşturur⁵⁷.

Kusurun sorumluluk hukukunda sorumluluğu kurucu etkisinden başka diğer bir etkisi de kusur oranına göre tazminat miktarının belirlenmesinde gözlemlenir. Bu anlamda kusur, sorumluluğu sınırlayabilen bir özelliğe de sahiptir⁵⁸. Buna karşılık, kusursuz sorumluluk olarak bilinen sebep sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru değildir⁵⁹. Ancak, somut olayda kusurun varlığı,

⁵³ Kusursuz sorumluluk kavramı, teknik gelişmeler karşısında kusurlu sorumluluk kavramının yetersiz kalması ve ispatının zorlaşması nedeniyle hakkaniyet, hâkimiyet altında bulundurma ve tehlikelilik gibi olgulara dayalı olarak ortaya atılmış bir telafi mekanizmasıdır. Bu tür bir sorumluluk için kusur aranmamakta, olayla zarar arasındaki illiyet bağı sorumluluğu doğurmaya yetmektedir. Bkz, Mustafa Kılıçoğlu "Haksız Fiillerde İlliyet Bağı", *Yargıtay Dergisi*, 2004, C. 30, S. 1-2, ss. 27-44; Yavuz, s. 35 vd.

⁵⁴ Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 577; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 532.

⁵⁵ İlliyet bağı hakkında bkz, Kübra Yıldız, "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi", *SÜHFD*, 2022, C. 30, S. 3, ss. 1115-1158.

⁵⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 644; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşim M. Atamer, *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 20 vd., s. 31 vd. Ayrıca bkz, Yıldız, s. 1136, 1154. Alman Hukuku açısından, sorumluluğun kurulması aşamasında hukuka aykırılık ve kusurun yanı sıra normun koruma amacı da zararın isnadının vazgeçilmez bir koşuludur. Bkz, Yıldız Abik, "Normun Koruma Amacı Teorisi", *AÜHFD*, 2010, C. 59, S. 3, ss. 345-448, s. 425.

⁵⁷ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 438; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 644.

⁵⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 644; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 69; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 364; Oğuz, s. 278; O. Gökhan Antalya, "Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler", *MÜHFAD*, 2008, C. 14, S. 4, ss. 63-83, s. 68.

⁵⁹ Bu tür sorumluluk için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında mutlak suretle illiyet bağı bulunmalıdır. İlliyet bağı koptuğu anda sorumluluk ortadan kalkar.

zarar gören ve zarar veren kişiler açısından bazı etkiler doğurur. Kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğunda kusur sorumluluğun şartı olarak aranmasa da bu hâllerde dahi zarar verenin kusurunun bulunması, onun sorumluluktan kurtulmasını engelleyecektir⁶⁰. Kusurlu zarar veren sorumlu olacak, mücbir sebebin, üçüncü şahsın veya zarar görenin kusurunun onun sorumluluğuna etkisi ortadan kalkacaktır. Zira, zarar verenin kusuru illiyet bağının, mücbir sebep, üçüncü kişinin ya da zarar görenin ağır kusuru sebebi ile kesilmesini engeller. Ayrıca, birden çok sorumlu varsa bunların birbirlerine rücu etmelerinde kusurun etkisi gündeme gelecektir⁶¹.

Zarar verenin kusuru, ek (munzam) kusur olarak nitelendirilir ve varsa zarar görenin kusurunu ek kusur oranında azaltır⁶². Zararlı sonuç, sebep sorumluluğunda zarar verenin ve zarar görenin kusurlu davranışları⁶³ sebebiyle meydana gelmişse, ek kusur oranında zarar görenin kişisel kusuru ortadan kaldıracığından ek kusur, zarar verenin tazminatta indirim talebini engellenecek ve zarar gören daha yüksek bir tazminata hak kazanacaktır. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, kusursuz olsaydı bile sorumlu olacak zarar veren, üstüne bir de kusurlu ise onun sorumluluğunu ağırlaştırmak hakkaniyete de uygun düşer⁶⁴.

Ek kusurun yukarıda bahsi geçen tazminatı artıran fonksiyonu, umulmayan hâl ve zarar görenin bünyevi istidadı gibi diğer indirim sebepleri yönünden de söz konusu olacaktır. Kısacası, ek kusur, kusursuz sorumluluk hâllerinde de tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınması gereken önemli bir sorumluluk unsuru olarak sorumluluk hukukunda yerini almıştır⁶⁵.

⁶⁰ Eren, Borçlar Hukuku, s. 644.

⁶¹ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 54; Eren, Borçlar Hukuku, s. 644; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 69; Oğuz, s. 282.

⁶² Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 119; Eren, Borçlar Hukuku, s. 644; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 364; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, s. 326; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 578; Oğuz, s. 283.

⁶³ Yargıtay'a göre, zarar görenin ortak (müterafik) kusuru tespit edilirken, aynen zarar verenin kusurunda olduğu gibi objektif kusur kriterlerine başvurulmalı, yani objektifleştirilmiş kusur kavramı esas alınmalıdır. Bkz, Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 08/09/2020 tarihli ve E. 2017/3125 K. 2020/2665 tarihli kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 20/9/2022 tarihli ve E. 2022/1035 K. 2022/6756 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26/04/2022 tarihli ve E. 2019/127 K. 2022/615 sayılı kararı (lexpera.com.tr, erişim tarihi: 2.6.2023).

⁶⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 644.

⁶⁵ Eren, Borçlar Hukuku, s. 644.

Bir zarardan birden fazla kişi sebep sorumluluğu çerçevesinde sorumlu iseler, zarar, zarar veren bu kimseler arasında onların kusuru oranında dağıtılacaktır. Kusuru olmadığı hâlde müteselsil sorumluluk sebebiyle zararı daha önce tazmin etmek zorunda kalmış olan kimse ödediği tazminat miktarını kusurlu olandan isteme hakkına sahip olacaktır (TBK m. 61-62)⁶⁶. Burada kusur, dış ilişkide etkili değilse de iç ilişkide zarardan sorumlu tutulanlar arasında etkisini göstererek sebep sorumluluğu sebebi ile tazminat ödemekten kurtulamayan kusursuz sorumluları, kusurlu sorumlular karşısında koruma amacına hizmet etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, kusurlu davranışın özellik arz ettiği iki müessese vardır. Bunlardan ilki, haksız fiil yani TBK m. 49 ve devamı hükümleridir. İkincisi ise borçların ifa edilememesi, yani TBK m. 112 ve devamı hükümleridir. Kusurun bu iki müessese için oynadığı rol, farklı uygulama kurallarını beraberinde getirmiştir⁶⁷.

Kusurun bu iki kurum arasında doğurduğu farklı uygulamalardan ilki, kusuru ispatı bakımından ortaya çıkar. Gerçekten, haksız fiil sorumluluğu bakımından kusuru ispat yükü, zarar verenin hukuka aykırı ve kusurlu fiili sebebi ile zarara uğradığını iddia eden zarar görene düşer (TBK m. 50). Sözleşmesel sorumlulukta ise zarar gören açısından kusurun ispatına lüzum yoktur. Zira, borçlu kusuru olmadığını ispatlamadıkça bundan doğacak zararı tazmin etmek zorundadır (TBK m. 112). Görüldüğü gibi, burada ispat külfeti zarar görenden, zarar verene nakledilmektedir⁶⁸.

Kurumlar arası ikinci farklılık, kusurun derecesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Zarar veren, haksız fiilde kusurunun derecesi ne olursa olsun sorumlu tutulabilecekken, sözleşmesel sorumlulukta taraflar, hafif kusur hâlinde sorumlu olmayacaklarını sözleşmeye sorumsuzluk kaydı olarak ekleyebilirler (TBK m. 115). Tarafların yapacakları anlaşma ile borçlunun sorumluluğunu daraltabildikleri bu anlaşmaya *sorumsuzluk anlaşması* denir⁶⁹. Bu anlaşma ile taraflar sözleşmede sorumluluğun ağır ihmal ve kasta özgü olmasını sağlayabilirler (TBK m.

⁶⁶ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 579.

⁶⁷ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 579.

⁶⁸ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 580.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz, Galip Sermet Akman, *Sorumsuzluk Anlaşması*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 7 vd.; Ali Erten, *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, Olgaç Kitapları, Ankara, 1977, s. 38; Nilgün Başalp, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 17.

115/1). Oysa haksız fiilde böyle bir durum söz konusu olamaz⁷⁰. Zira, taraflar arasındaki borç, bir sözleşme ilişkisine dayanmaz.

Zamanaşımı bakımından da iki kurum arasındaki fark vardır. Haksız fiilde zamaşaşımının kural olarak iki ve on yıl olduđu⁷¹; sözleşmesel sorumlulukta ise bu sürenin ilke olarak on yıl olarak düzenlendiği söylenebilir⁷². Gerçekten, TBK m. 72 hükmüne göre, tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamaşaşımına uğrar. Oysa, TBK m. 146 gereğince, Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamaşaşımına tâbidir.

Adam çalıştırmanın sorumluluğu ve yardımcı kişinin eylemlerinden doğan sorumluluk bakımından haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluk arasında da farklar bulunmaktadır. Adam çalıştırmanın, çalıştırdığı kişinin işin icrası sırasında, başkasına verdiği zarardan adam çalıştırıcı kusursuz sorumlu olacaktır. Ancak, bu zarar bir haksız fiil teşkil ediyorsa adam çalıştırıcı gereken hassasiyeti ve dikkati sarf ettiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir⁷³. Oysa, sözleşmesel sorumlulukta zarar, sözleşme konusu edimin ifasının gereği gibi yapılamamış olmasından ileri gelmekteyse yardımcı kullanan kişi, kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır (TBK m. 116)⁷⁴.

⁷⁰ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 580.

⁷¹ Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamaşaşımı öngördüğu cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamaşaşımı uygulanır. Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamaşaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir (TBK m. 72/1, c. 2 ve 72/2).

⁷² TBK m. 147'ye göre, "Aşağıdaki alacaklar için beş yıllık zamaşaşımı uygulanır: 1. Kira bedelleri, anapara faizleri ve ücret gibi diğer dönemsel edimler. 2. Otel, motel, pansiyon ve tatil köyü gibi yerlerdeki konaklama bedelleri ile lokanta ve benzeri yerlerdeki yeme içme bedelleri. 3. Küçük sanat işlerinden ve küçük çapta perakende satışlardan doğan alacaklar. 4. Bir ortaklıkta, ortaklık sözleşmesinden doğan ve ortakların birbirleri veya kendileri ile ortaklık arasındaki; bir ortaklığın müdürleri, temsilcileri, denetçileri ile ortaklık veya ortaklar arasındaki alacaklar. 5. Vekâlet, komisyon ve acentalık sözleşmelerinden, ticari simsarlık ücreti alacağı dışında, simsarlık sözleşmesinden doğan alacaklar. 6. Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar".

⁷³ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 580.

⁷⁴ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 580.

II. KUSURUN DERECEİ VE ÇEŞİTLERİ

A. Kusurun Derecesi

Zarar verenin davranışının ne zaman kınanması gereken bir davranış olduğu, yani zarar verenin hukuka aykırı davranıştan kaçınmak amacıyla iradesini yeterli derecede kullanıp kullanmadığı çoğu zaman kesin ölçülerle belirlenemez. İnsan davranışının temelde ne ölçüde özgür irade ürünü ve ne ölçüde şartların zorunlu sonucu olduğu konusu felsefî bir sorundur. Felsefe ve psikoloji bilimleri açısından tartışılan bu konuda hukukun adaleti gerçekleştirme amacı en uygun olan ortalama ve adil bir çözümün kabulü aranmalıdır⁷⁵.

Sorumluluk hukukunda kusurun derecelendirilmesi, her davranış biçimi bakımından farklılık göstermektedir. Kişinin sergilediği davranışın her somut olay açısından kusurlu olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, davranışın niteliğine göre değişkenlik arz eder. Örneğin, silah çekerek birini yaralayanın, operasyon esnasında yanlış teknik kullanarak hastasına zarar veren hekimin, zimmetine para geçiren memurun, alkollü araç kullanarak birini yaralayan araç sürücüsünün davranışlarının aynı nitelikte ve aynı kusurluluk derecesinde olduğunu kabul etmek hakkaniyete aykırı olduğu kadar akla ve mantığa da ters düşer⁷⁶. Şüphesiz, bu örneklerdeki her davranış bakımından failerin kusurluluk derecesi farklıdır ve her davranışın sorumluluk hukuku bakımından farklı şekildedir (tazminat) ile karşılaşacağı ifade edilebilir.

Sorumluluk hukukunda kusurluluğun derecesi, sorumluluğun doğması açısından önem taşımaz. Zarar veren ister kasten ister ihmali olarak bir zarara sebebiyet versin, tazminat borcuyla yükümlüdür. Bu bakımdan, en hafif ihmali bile sorumluluğa yol açabilir. Bunun istisnası, TBK m. 49/2 hükmüdür. Hüküm gereğince bir başkasına genel ahlâka aykırı olarak verilen zarardan, zarar verenin sorumlu tutulabilmesi, bu zararın kasıtlı olarak verilmiş olmasına bağlıdır. Bunun gibi, sözleşme sorumluluğunda da bazı hâllerde kanun sorumluluk için kasıtlı veya ağır kusurlu hareket etmeyi aramaktadır⁷⁷. Örneğin, bağışlamada bağışlayan, ancak kasit ve ağır kusuru varsa sorumlu olacaktır (TBK m. 294/1).

⁷⁵ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 55-56.

⁷⁶ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 408.

⁷⁷ Eren, Borçlar Hukuku, s. 535; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 585.

B. Kusurun Çeşitleri

Sorumluluk Hukukunda kusurun, kast ve ihmal olmak üzere iki çeşidi vardır. Ancak bu ayırım diğer hukuk dallarında, örneğin Ceza hukukunda olduğu kadar sorumluluk hukukunda önemli bir fonksiyona sahip değildir. Ceza hukukundan farklı olarak⁷⁸ sorumluluk hukukunda kusurun ağırlığı sadece ödenecek tazminatın hesaplanmasında etkili olacaktır (TBK m. 51/1). Yoksa zarar veren zarar görene karşı her türlü kusurundan sorumludur⁷⁹.

1. Kast

a. Kavram

Kast, kusurun en ağır derecesidir. Hukuka aykırı sonucun zarar veren tarafindan bilinerek istenmesine kast denir⁸⁰. Başka bir deyişle kast, hukuk kuralına bilerek aykırı hareket etme isteğidir. Zarar veren, uymakla yükümlü olduğu model insan davranışından bilinçli olarak ayrılmaktadır. Yani zarar veren sözleşme ya da kanunun kendisine yasakladığı bir şeyi istemekte, başkasının hakkını veya kanun hükmünü ihlal niyetini taşımakta ise kasten hareket etmiş sayılmaktadır⁸¹.

Kastta zarar verenin iradesi hukuka aykırı sonuca yönelmiştir. Burada hukuk sisteminin koruduğu bir değer istenerek ihlal edilmektedir. Kast, model insan tipinin sergileyeceği davranış tipinden sapan davranış olarak ifade edilebilirse de zarar veren, yüksek bilgi ve yeteneğe sahip toplumca elit kesime mensup biri olarak benimsenmişse artık onun için kıstas ortalama davranış biçimi olarak kabul edilmeyecektir. Bunun aksinin kabulü toplumda belirli özellikleri taşıyan kimselere ayrıcalık tanınması anlamına gelir⁸².

⁷⁸ Bkz, Mehmet Cemil Ozansü, "Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007.

⁷⁹ İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 265-266; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 119; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 339; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 643; Deschenaux-Tercier, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, s. 54; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 584-585; Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 124; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 314; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 408.

⁸⁰ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 56; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 647; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 74; Nomer, *Borçlar Hukuku*, s. 178; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 444; Akıncı, *Borçlar Hukuku*, s. 248; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 409; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 172; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 315; Gökalp, s. 156; Sanlı, s. 221; Korkmaz, s. 63; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08/07/1966 tarihli ve E. 1966/8467, K. 1966/ 7421 sayılı kararı (İstanbul Barosu Dergisi, 1967, S. 34, s. 156).

⁸¹ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441.

⁸² Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 647.

Yukarıdaki tanımlamadan hareketle kastın iki unsurdan oluştuğu söylenebilir. Bunlardan ilki, zarar verenin hukuka aykırı sonucu önceden tasavvur etmesi, yani tasarlamasıdır. İkinci unsur ise zarar verenin bu sonucu gerçekten istemesi, diğer anlamıyla iradesinin bu yönde olmasıdır⁸³. Böylece zarar veren, kasten bir fiili işlerken hem davranışı hem de hukuka aykırı sonucu istemektedir. Hatta onun hukuka aykırı sonucu arzu etmesi şart değildir. Bunun, zarar veren tarafından tasvip ve kabul edilmesi, göze alınması dahi yeterlidir⁸⁴. Yani, zarar verenin istediği zararlar dışında başkaca zararlar da doğmuşsa bu zararlar açısından onun kastı yine söz konusudur. Zira, zarar veren, arzu etmediğini ileri sürse dahi kasıtlı davranışının doğurabileceğini öngördüğü, öngörmesi gereken diğer tüm zararlardan sorumludur.

b. Çeşitleri

Kast sonucunda hukuka aykırı sonucu isteme iki şekilde ortaya çıkmaktadır ve bunlar kastın çeşitlerini oluşturmaktadır. Doğrudan doğruya kastta (vasitasız kast), zarar veren hukuka aykırı sonucu tasavvur etmiş, hem de onu gerçekten istemiştir⁸⁵. Örneğin, silahını çekip hasmını vuran bir kişinin kastı doğrudan doğruya kasttır.

Kastın diğer çeşidi olan dolaylı (ihmali) kastta ise, zarar veren meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber onu göze almakta, kabul etmektedir⁸⁶. Örneğin, kalabalık bir caddeye son süratle giren bir sürücünün, müşterilerinin zehirleneceğini tahmin eden ama yine de bozuk yemekleri vermeye devam eden restoran sahibinin davranışları dolaylı kasta örnektir. Aynı şekilde, operasyona alkollü şekilde giren hekimin durumu da dolaylı kasta ör-

⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 647; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 585.

⁸⁴ Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 586. Cinsel yolla bulaşan bir hastalık taşıdığını birlikte olduğu kişiden gizlemenin kasten kişilik bütünlüğüne zarar verme olduğu yönünde bkz, Kenneth W. Simons, "A Restatement (Third) of Intentional Torts?", *Arizona Law Review*, 2006, Vol. 48, pp. 1061-1102, p. 1073.

⁸⁵ İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 266; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 340; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 56; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 648; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 76; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 409; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 172; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 446; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 315-316; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 586; Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 125-126.

⁸⁶ İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 266; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441; Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 340; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 56; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 648; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365; Antalya, *Borçlar Hukuku*, s. 76; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 172; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 446; Ayan, *Borçlar Hukuku*, s. 316; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri I*, s. 586. Ayrıca bkz, Simons, p. 1063.

nek verilebilir⁸⁷. Zira, zarar veren, sonucu gerçekten istemiş olmasa dahi böyle bir tedbirsizlikten o sonucun meydana geleceğini ihtimal dairesinde düşünmüş, ön-görmüş olacağından zarar verenin sorumluluğuna kast nedeniyle gidilecektir⁸⁸.

Kastın varlığı için hukuka aykırı sonucun istenmesi yeterlidir, ayrıca illiyet bağına bağlı bütün sonuçların, tazmini gereken tüm zararların önceden istenmesi gerekmez. Bunun istisnası, TBK m. 49/2 hükmünde yer almaktadır. Burada kanun, sadece ahlâka aykırı sonucu bilmeyi yeterli görmemekte, aynı zamanda da zarara uğratma arzusunu aramaktadır. Eğer davranış sırf bir zararlı sonuca ulaşmak amacıyla gerçekleştirilmişse bu durumda salt zarar verme kastının⁸⁹ olduğu kabul edilmektedir. Salt zarar verme kastında, fiilin gerçekleştirilmesindeki asıl amaç bir başkasına zarar vermektir. Hükmün mehzabı olan *Absicht*⁹⁰ ifadesinin yer aldığı İsviçre Borçlar Kanunu m. 41'deki bu ifadenin kanunkoyucu tarafından bilinçli olarak seçildiği, TBK m. 49/2'nin uygulanması için doğrudan kastın yeterli olmadığı, salt zarar verme kastının da aranacağını ifade edilmelidir⁹¹.

Sorumluluk doğması bakımından doğrudan doğruya kast ile dolaylı kast arasında bu yukarıda bahsedilen istisnai hüküm (TBK m. 49/2) dışında bir fark

⁸⁷ Simons, p. 1075.

⁸⁸ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri I, s. 587; Eren, Borçlar Hukuku, s. 648. Amerikan hukukunda, kişiyi darp, araziye ve mülke tecavüz, bir taşınıra zarar verme veya şeklini değiştirme kasten işlenmiş haksız fiillere örnektir. Bkz, Simons, p. 1063-1064.

⁸⁹ *Salt zarar verme kastı* olarak da ifade edilen kavram, Almanca *Absicht* teriminden çevrilmiştir. Bkz, Gönül Koşar, s. 179. *Absicht* ifadesi Türkçe'ye *salt zarar verme kastı* dışında *özel kast* olarak da çevrilebilir. *Absicht* terimi'nin Türkçe karşılığı olarak öğretide *yalın kast* ve *art niyetli kasıt* ifadeleri de kullanılmaktadır. Bkz, Meliha Sermin Paksoy, Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018, s. 133; Kadir Berk, Kapancı, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 II), 1. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 29.

⁹⁰ BGB §826'da zararın kasten verilmesi gerektiğini ifade etmek için İsviçre Borçlar Kanunu 41/2'de kullanılan *Absicht* ifadesi yerine *Vorsatz* ifadesi kullanılmıştır. Öğretide, bu iki hukuk sistemi arasında yer alan ifade farklılığının bilinçli bir tercihe dayanıp dayanmadığı tartışmalıdır. BGB §826'da kaynağını alan 41/2 hükmünün yazımında, aksi görüşte olan azınlıktaki yazarlara rağmen çoğunlukta olan yazarlar tarafından bunun bilinçli bir tercih olmadığı belirtilmektedir. Bkz., Pinar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 371-372.

⁹¹ Bu düşünceye katılmayan Paksoy'a göre, İsviçre Borçlar Kanunu m. 41/2'nin amacı, 41/1'deki hukuka aykırılık unsurunun zoraki bir şekilde çok geniş yorumlanmasını engellemektir. Amaç, ilk fıkra çerçevesinde tazmin edilemeyen zararlar için alternatif bir sorumluluk kaynağı oluşturmaktır. Amaç bu olduğu için, ilgili fıkradaki kasıt unsurunun art niyetli kasıt ile sınırlanmaması gerekir. Aksi takdirde kanunkoyucunun m. 41/2 ile tazminini mümkün kılmak istediği belirli salt malvarlığı zararları kanunkoyucunun iradesinin aksine kapsam dışında kalacaktır. Bkz, Paksoy, s. 132. Aynı yönde bkz, Çağlayan Aksoy, s. 372; Gönül Koşar, s. 179-180.

yoktur. Kastın iki türünde de zarar veren ağır kusurlu sayılarak doğan zarardan tamamen sorumlu olur⁹².

Sonuç olarak denilebilir ki, kastın varlığını kabul için, zarar verenin hukuka aykırı bir sonucu önceden görmesi ve doğrudan doğruya kast için sonucu istemesi, dolaylı kast için sonucu istememekle beraber göze alması gerekli ve yeterlidir.

2. İhmal

a. Kavram

Hukuka aykırı sonucu istememekle beraber böyle bir sonucun ortaya çıkması için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemiş olmasına ihmal denir. Diğer bir ifadeyle ihmal, ortaya çıkacak zararlar sonuçlanacak durumu önlemek için hukuk düzenince yüklenmiş ödevde aykırı hareket etmek, gerekli tedbirleri almamaktır⁹³. Zarar veren ihmalde hukuka aykırı sonucu istememekle beraber sezileri yardımıyla öngörebilmektedir. Bu anlamda, ihmal aynı şartlara sahip bireylerin, eşit statüdeki kişilerin iş hayatının gerçekleri karşısında gösterdikleri özenin gösterilememesi anlamında bir özen eksikliğidir. İhmalin temeli, bu bakımdan hukuk düzeninin koymuş olduğu özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmektir⁹⁴.

İhmal, olumlu bir davranıştan kaynaklanabilir ve bu anlamda bir eylemin sonucu olarak doğabilir. Ancak olumsuz bir durum olan bir şeyi yapmama hâli de ihmale neden olabilecektir. Örneğin, hekimin hastasını, hastanın kişisel durumuna özgü tedbirleri almadan ameliyat etmesi ve hastanın bu sebeple geç iyileşmesi durumunda olumlu bir davranış sebebi ile ihmal söz konusudur⁹⁵.

⁹² Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 126; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 317.

⁹³ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 57; Eren, Borçlar Hukuku, s. 649; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 77; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 178; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 409; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 172; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 248; Saka, Kusur Kavramı, s. 446; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 317; Gökalp, s. 157; Sanlı, s. 223; Korkmaz, s. 69; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 24/09/1984 tarihli ve E. 1984/6927, K. 1984/6856 sayılı kararı (Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 335); Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 126; O. Sabri Güven, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri II", *Yargıtay Dergisi*, 1982, C. 8, S. 4, s. 154.

⁹⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 649; İnan, Borçlar Hukuku, s. 270; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 443; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 317; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 154.

⁹⁵ İrlanda'da akne tedavisi için verilen bir ilacın yan etkisi sebebi ile genç bir çocuk intihar etmiştir. Yine on sekiz yaşındaki genç bir anne, hekimin rıza dışı ve gereksiz (simfizyotomi) müdahalesi sonucu zarar görmüştür. İrlanda Yüksek Mahkemesi, hekimin ihmali ile ilgili olarak

Hekimin ameliyat ettiği hastasını kontrole çağırması sebebi ile hastanın geç iyileşmesinde ise yapmama sebebi ile ihmâl söz konusudur⁹⁶.

İhmalin ölçüsü objektiftir. Ceza hukuku öğretisinin aksine sorumluluk hukukunda ihmâl objektif ölçüler nazarıyla ele alınır ve kişinin sübjektif durumu, kişisel yetenekleri ilke olarak göz önünde tutulmaz. Objektifleştirilmiş kusur teorisi çerçevesinde orta seviyede, akli başında, makul hareket edebilen bir kişinin, somut olayda durumun özellik ve gereklerine göre alması gerekli tedbirlere, göstereceği özene, harca-yacağı çabaya göre ihmâl değerlendirilmelidir. Bu yüzden, somut bir olayda ihmalin var olup olmadığını değerlendirecek olan hâkim, önüne gelen uyumsuzluğu çözerken zarar verenin fizikî, fikrî, ahlâkî güç ve eğilimlerini, teknik ve meslekî becerilerini göz önünde tutmak zorundadır⁹⁷. Bu tahlil sonucu hâkim, zarar verenin, makul örnek modelin yetenek ve becerileri gibi olmayan, ondan sapan her davranışı ihmâl olarak değerlendirecektir. Her ne kadar bu sonuç, zarar veren için ağır bir sorumluluk gibi gözükse de toplum hayatı, toplumsal güvenlik açısından bireylere bir takım objektif yeterlilik şartlarının getirilmesi gereklilik arz etmektedir. Böylece, toplumsal hayatın gerekleri, her bireyi makul bir kişi gibi davranmaya, ahlâkî, fikrî ve ruhî yeteneklere, bedenî becerilere sahip olmaya, yaptıkları meslekte ilgili ilmî ve teknik becerileri edinmeye zorlayarak bireylerin bu vasıfları edinmelerini sağlayacaktır⁹⁸.

Önceki Borçlar Kanunu'nun⁹⁹ 41'inci maddesinde geçen ihmâl teriminin yanında "teseyyüp ve tedbirsizlik" terimlerine de yer verilmişti. Teseyyüp, özen göstermeme, kayıtsız kalma nedeniyle ihmâle işaret ederken; tedbirsizlik ise bir

kararında, Anayasa'nın her insana korunması ve savunulması gereken haklar tanıdığını, bu haklar arasında insan onuru, vücut bütünlüğü ve özerklik yani kişinin kendi sağlığını etkileyen bilinçli kararlar verme hakkının bulunduğunu, bu hakları koruma görevinin her sağlık çalışanı yüklediğini, mahkemenin tespiti ihmâle dayanmakta ise de bu olaylarda güvene ihanetin söz konusu olduğunu belirtmiş, bunun sayılan insan haklarının en vahim şekilde ihlali anlamına geldiğini ifade etmiştir. Bkz, Corbett, p. 132-133.

⁹⁶ Sıklıkla karşılaşılan ve *hayalet cerrah* olarak ifade edilen durumda, hekim hastayı kendisinin ameliyat edeceğini söyleyerek hastadan olur olmakta, ancak operasyonu hastanın bilgisi dışında bir başka hekim yapmaktadır. Amerikan hukukunda bu eylem bakımından kusurun türü kast olarak görülmektedir. Bkz, Simons, p. 1073. Türk hukuku açısından da rıza dışı müdahalenin söz konusu olduğu böyle bir durumda, her iki hekimi de aynı şekilde kusurlu ve müteselsil sorumlu kabul etmek uygun olur.

⁹⁷ Eren, Borçlar Hukuku, s. 649-650; Deschenaux-Tercier, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, s. 53; Oğuzman-Öz, s. 58; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 10/06/1975 tarihli ve E. 1975/3284, K. 1975/7394 sayılı kararı (Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 154).

⁹⁸ Eren, Borçlar Hukuku, s. 650; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 09/10/1980 tarihli ve E. 1980/9386, K. 1980/11399 sayılı kararı (Karahasan, Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 337-338).

⁹⁹ RG, 29.04.1926, S. 359.

tedbiri almada ihmalkâr davranmayı ifade etmektedir¹⁰⁰. Türk Borçlar Kanunu ise bu maddeyi karşılayan 49'uncu maddesinde sadece *kusur* terimine yer vermiştir. Kanunkoyucunun kusur terimini tercih etmesi, kast ve ihmali de içine alan daha üst bir kavram ile kusurun tüm türlerini kastettiği anlamına gelir.

Aslında ihmal kavramı, kusurun objektifleştirilmesia sonucu daha derin bir içeriğe kavuşmuştur. Bu yaklaşım kusur sorumluluğunu belirli bir ölçüde kusursuz sorumluluğuna yaklaştırmış, tazminat ve sorumluluk hukukunun sübjektif ve ahlâkî unsurunu arka plana atmıştır¹⁰¹. Ancak, her ne kadar kusurun objektifleştirilmesi model tip gibi davranma zorunluluğu getiriyorsa da ihmalin tespitinde esas alınan ölçü, değişmez, kesin ve mutlak bir ölçü değildir. Burada, somut olayın şartları, zarar verenin yaşı, cinsiyeti, eğitimi, mesleği¹⁰², sosyal çevresi objektif ölçütle birlikte değerlendirilecektir¹⁰³. Bu yüzden, zarar verenin davranışı ile kıyaslanacak örnek kişinin davranışının tamamen soyutlanıp genel lenmesi söz konusu değildir¹⁰⁴.

Gösterilecek özenin derecesinin tespitinde söz konusu işin, meslek ve faaliyetin zorluğu, arz ettiği tehlikelilik de göz önünde tutulmalıdır. Kimyasal madde üretim tesisi ya da nükleer enerji üretim tesisinde gösterilecek özen yükümlülüğü ile tekstil sektöründeki özen yükümlülüğü arasında önemli bir farkın olduğu değerlendirmede nazara alınmalıdır. Şüphesiz, tehlikeliliğin derecesi hâliyle risk arttıkça özen borcu da artacaktır¹⁰⁵.

Kasıtta olduğu gibi ihmalin tespitinde de zarar verenin, bilgi ve yetenekleri objektif ölçüte göre belirlenen model tipten daha üst düzeyde ise bu durum, kusurun tespitinde model tipe olan bağıllığı zayıflatacak ve zarar verenin özen

¹⁰⁰ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 441.

¹⁰¹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 650; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365.

¹⁰² Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 10/06/2014 tarihli ve E. 2014/9957, K. 2014/9254 sayılı kararı. Kararda, noterin kamu hizmeti ifa ettiği, sorumluluğunun belirlenmesinde normal bir insanın göstereceği özenli davranışın değil, aynı işi üstlenen noterlik mesleğinde çalışan bir kişinin göstermesi gereken objektif davranışın esas alınacağı, zira toplum içinde bazı iş ve meslekleri icra edenlere daha ağır bir sorumluluk yüklendiği ifade edilmiştir (Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 367). Aynı şekilde, avukatın yargı uygulamasında söz konusu olan son içtihatları bilmediğini ileri sürmesi de onun objektifleştirilmiş özen borcunu ve kusurunu ortadan kaldırmayacaktır. Bkz, Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 366-367.

¹⁰³ Eren, Borçlar Hukuku, s. 650; Deschenaux-Tercier, s. 53-54; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 156-157; Saka, Kusur Kavramı, s. 449-450.

¹⁰⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 650.

¹⁰⁵ Eren, Borçlar Hukuku, s. 651; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 159.

borcunun derecesini artıracaktır. Bir diğer ifade ile böyle bir durumda, model tipin özen yükümlülüğü, dolayısıyla davranışı ihmalin derecesinin belirlenmesinde tek başına esas alınamaz¹⁰⁶. Örneğin, oldukça iyi eğitim almış alanında uzman, ülkedeki sayılı mühendislerden birinin kusurunun tespitinde ortalama bir mühendisin davranış kalıbını esas almak mümkün olmayacaktır.

Sorumluluk hukukunda kanun, tüzük ve yönetmeliklerde yer alan hükümler ile teknik kurallar ve öngörülen tedbirlerin büyük bir önemi vardır. Zira, bu hükümler aracılığıyla kanunkoyucu burada izaha çalışılan objektifleştirilmiş özen borcunun sınırlarını somutlaştırmak amacındadır¹⁰⁷. Bu hüküm ve tedbirler bir nevi özen borcunun kodifikasyonu olarak kabul edilebilirler¹⁰⁸.

b. Çeşitleri

İhmal ağırlık derecesine ve sübjektif olarak zarar verenin iradesine verilen değere göre farklı sınıflandırmalara tâbi tutulabilir. Ancak, kusur sorumluluğunda kusurun her derecesinin zarar verenin sorumluluğunun ortaya çıkması için yeterli olduğunu unutmamak gereklidir (TBK m. 49/1, m. 114/1)¹⁰⁹.

İhmal ağırlık derecesine göre, hafif ihmal ve ağır ihmal olarak ikiye ayrılır. Bu ayrıma esas olan kusurun niteliğinden çok niceliğidir. Burada yalnızca bir kusur değerlendirmesi söz konusudur¹¹⁰.

Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan, aynı statüdeki, makul, güvenilir ve dürüst her insanın alması gerekli en basit tedbirin alınmamış olması olarak izah

¹⁰⁶ Eren, Borçlar Hukuku, s. 651; Saka, Kusur Kavramı, s. 450-451.

¹⁰⁷ Buna örnek olarak trafik kuralları gösterilebilir. Yaya geçidi olan bir yerde yayalara öncelik vermeyen veya okul bölgesinde hızını azaltmayan bir sürücünün ihmalkâr davrandığı tartışmasızdır ve artık onun kusurlu olup olmadığı değil kusurunun derecesi tartışılmalıdır. Bunun gibi, iş güvenliği amacıyla alınması gereken tedbirler de özen borcuna örnek kuraldandır.

¹⁰⁸ Eren, Borçlar Hukuku, s. 652; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 73; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 367; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 160.

¹⁰⁹ Ancak, haksız fiil sorumluluğunda ve sözleşmesel sorumlulukta bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Haksız fiil açısından TBK m. 49/2'de kanun özel olarak kasıtlı olmayı (salt zarar verme kastını) aramakta iken; sözleşmeden doğan borçlar açısından TBK m. 294 gibi, m. 220, m. 225, m. 115/1 ve 115/2 hükümleri de bu kuralın istisnalarını teşkil etmektedir.

¹¹⁰ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 444; İnan, Borçlar Hukuku, s. 268-269; Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 410; Saka, Kusur Kavramı, s. 448; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 318; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 128.

edilebilir¹¹¹. Bir hekim veya hemşirenin penisilin testi yapmadan hastaya iğne yapması ve hastanın şoka girmesine sebep olması¹¹², sürücünün frenlerinin bozuk olduğunu bildiği arabayı kullanarak kazaya sebebiyet vermesi¹¹³, bir sirkteki aslanların kafes kapısının açık bırakılması ve seyircilerin yaralanmasına sebep olunması¹¹⁴ ağır ihmale örnek gösterilebilir.

Hafif ihmal ise, ancak dikkatli kişilerden beklenen özenin gösterilmemesidir¹¹⁵. Ev sahibinin aşağı bakmadan pencereden aşağı bir şeyler atması¹¹⁶, çok başarılı bir ameliyata rağmen doktorun atması gereken dikişleri eksik bırakması¹¹⁷ hafif ihmale örnek gösterilebilir.

Öğreti¹¹⁸ ve yargı içtihatlarında¹¹⁹ ağır ve hafif ihmal dışında bir de orta ihmalden söz edilmektedir. Orta ihmal, kişinin ortalama dikkat ve özeni göster-

¹¹¹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 83-84; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 178; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 367; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 444; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 341; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 410; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173; Saka, Kusur Kavramı, s. 448; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 318; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161; Korkmaz, s. 71; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 248; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 128.

¹¹² Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58.

¹¹³ İnan, Borçlar Hukuku, s. 269; Saka, Kusur Kavramı, s. 448; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173.

¹¹⁴ Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 341; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161.

¹¹⁵ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 444; Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 368; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 178; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 83; İnan, Borçlar Hukuku, s. 269; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 342; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 410; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 161; Akıncı, Borçlar Hukuku, s. 248; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 319; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 128; Korkmaz, s. 71-72.

¹¹⁶ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 58.

¹¹⁷ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 410.

¹¹⁸ Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 368.

¹¹⁹ BGE 100 II 332. Karara konu olayda, dokuz yaşındaki iki çocuk girdikleri ahırda kibritle oynarken yangına sebebiyet vermişler, çıkan yangında ahır ve çevredeki mülklerin büyük bir kısmı zarar görmüştür. Kanton mahkemesi çocukların kusurunu ağır ihmal olarak değerlendirse de Federal Mahkeme kusurun orta ihmal düzeyinde kaldığına karar vermiştir. Anlaşıldığı kadarıyla Federal Mahkemeye göre, çocukların dokuz yaşında olmaları ve ayırt etme gücüne bir yetişkin kadar sahip olmamaları, eylemdeki kusuru, ağır ihmalden orta ihmal seviyesine indirmiştir. Bkz, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-100-II-332> (02.04.2023). Gerçekten, İsviçre'de, çocukların kusuru, ayırt etme gücüne sahip olsalar bile bu güce tam olarak sahip yetişkinlerin kusuruna oranla daha ılımlı değerlendirilmekte ve aynı eylemi gerçekleştirmiş bir yetişkine göre daha bir hafif görülmektedir. Bkz, Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 2.

memesidir. Burada zarar veren ağır ihmaldeki kadar kusurlu değildir, zira gerekli ve en basit tedbirleri bile ihmal etmiş değildir. Ancak, hafif ihmalde kabul edilen ölçüden daha fazla kusurludur. İhmal düzeyinde olan kusurun miktarının daha iyi tespit edilebilmesi bakımından orta ihmalin bir ihmal çeşidi olarak kabul edilmesi isabetlidir¹²⁰. Zira, kimi zaman zarar verenin eylemi ne ağır ne de hafif ihmal düzeyindedir. İşte bu gibi durumlarda, orta ihmalin kabulü ile hak-kaniyete daha uygun bir kusur derecelendirilmesi yapılmış olur.

İhmal, başka bir açıdan zarar verenin hukuka aykırılığı tasavvur edip edememesine göre bilinçli (şuurlu) ihmal ve bilinçsiz (şuursuz) ihmal olarak da ayırırma tâbi tutulabilir. Ancak, bu ayırım uygulamada pratik bir değere sahip olmayan teorik bir ayırımdan ibarettir¹²¹. Bilinçli ihmalde, zarar veren gerçekleştirdiği eylemin hukuka aykırı sonucu yaratabileceğini bilmekte ama bu sonucu oluşmayacağı ümidiyle hareket etmekte, gereken tedbiri almamaktadır¹²². Bilinçli ihmal ve dolaylı kast birbirlerine benzetmekle beraber aralarında önemli bir fark vardır. Bu fark, bilinçli ihmalde zarar verenin sonucu istememesi ve zararı önleyebileceği ümidiyle davranması iken, dolaylı kastta dolaylı da olsa zarar veren hukuka aykırı sonucu göze almaktadır¹²³.

Bilinçsiz ihmalde ise, zarar veren, fiilinin hukuka aykırı olduğunu ve hukuka aykırı sonuçlara sebebiyet vereceğini dikkatsizliği yüzünden hiç bilememekte, öngörememektedir¹²⁴. Örneğin, hekim ameliyat sırasında hastanın karnında bir tampon unutmuşsa bilinçsiz ihmalin olduğu söylenebilir.

Bilinçli ve bilinçsiz ihmalin farkı, hukuka aykırılığın önceden tasavvur edilmesinden kaynaklanmaktadır¹²⁵. Önceden hukuka aykırı sonuç tasavvur edilmiş

¹²⁰ Gönül Koşar, s. 203; Eren, Borçlar Hukuku, s. 653; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 367.

¹²¹ Eren, Borçlar Hukuku, s. 653-654; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 84-85.

¹²² Eren, Borçlar Hukuku, s. 654; İnan, Borçlar Hukuku, s. 268; Deschenaux-Tercier, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, s. 53; Saka, Kusur Kavramı, s. 448; Korkmaz, s. 70; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 155; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 342; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 127; Ayan, Borçlar Hukuku, s. 319.

¹²³ Deschenaux-Tercier, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, s. 53; Eren, Borçlar Hukuku, s. 654; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 85; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 127.

¹²⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 654; İnan, Borçlar Hukuku, s. 265. Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, s. 342; Saka, Kusur Kavramı, s. 449; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 156; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 127; Korkmaz, s. 70.

¹²⁵ İnan, Borçlar Hukuku, s. 268; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 84-85; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 156; Saka, Kusur Kavramı, s. 449.

ve fakat yeterli tedbir alınmamışsa bilinçli ihmal; hukuka aykırılık önceden tasavvur edilmemiş ama bu tasavvur yokluğu kişinin dikkatsizliğinden ileri gelmişse bilinçsiz ihmal söz konusu olur¹²⁶.

III. KUSUR EHLİYETİ

A. Genel Olarak

İradenin hukuka aykırı bir sonuca yönelmesi veya hukuka aykırı bir sonucun önlenmesi konusunda gerekli iradenin sarf edilmemesi hâllerinde doğan zarardan sorumlu tutulabilme ehliyetine; başka bir deyişle, hukuka aykırı fiillerden sorumlu tutulabilme ehliyetine kusur ehliyeti denir¹²⁷. Kusur, hukukla çelişen bir iradenin sonucu ise kişiyi kusurlu davranışlardan sorumlu tutabilmek için kişinin bir irade yeterliliğine sahip olması gereklidir. Kusurlu eylem ve davranışlarda bulunabilme yeterliliği anlamına gelen kusur ehliyeti, medenî hukuk anlamında fiil ehliyetinin bir türüdür¹²⁸.

Bedenî ve fikrî bir olgunluğu ifade eden kusur ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetinin bir türü olup sadece ayırt etme gücünün varlığına ihtiyaç duyar¹²⁹. Genel itibarıyla gerçek kişiler için geçerli olan bu durum tüzel kişiler için ayrıca incelenmelidir.

Kusur ehliyeti prensip olarak hukukî işlem ehliyetinden farklıdır ve tek şart olarak ayırt etme gücüne ihtiyaç duyduğundan istisnalar haricinde (TBK m. 65/1) kusur ehliyeti olmayan ayırt etme gücünden yoksun kişiler, davranışları sebebi ile sorumluluk altına girmeyecektir. Zira, kişinin bedenî ve fikrî olgunluğa erişemediği ve ayırt etme gücünden yoksun olduğu bir durumda kusurundan söz edilemez¹³⁰. Gerçekten, TMK m. 15/1'e göre, ayırt etme gücüne sahip ol-

¹²⁶ Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 128.

¹²⁷ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 163.

¹²⁸ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 439; İnan, Borçlar Hukuku, s. 270; Saka, Kusur Kavramı, s. 452; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 412.

¹²⁹ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 61; İnan, Borçlar Hukuku, s. s. 270; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 439; Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 70; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s. 173; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 164; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 118.

¹³⁰ İnan, Borçlar Hukuku, s. 271; Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 413; Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, Borçlar Hukuku, s. 365; Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 8.

mayanların davranışı hukukî sonuç doğurmaz¹³¹. Bu bakımdan, bir kişinin kusurlu sorumluluk hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi için, onun davranışının hukuk düzeninin uyulmasını beklediği davranış kalıbından sapmış olması ve ayrıca onun ayırt etme gücüne sahip olması şarttır¹³².

Kusur değişik derecelerde var olabilir, fakat ayırt etme gücü derecelendirilemez. Zira, ayırt etme gücü sadece haksız fiilden doğan sorumluluğun değil, aynı zamanda sözleşmeden doğan sorumluluğun vazgeçilmez bir şartıdır. Bu yüzden, tıpkı hukukî işlem alanında olduğu gibi, haksız fiil alanında da kusurun gerek varlığı gerek derecesi, haksız fiil ehliyeti ve haksız fiil sorumluluğunun varlığı tespit edildikten sonra incelenebilir. Bu aşamada davranışta bulunanın şahsî, zihnî, manevî ve ruhî durumu örneğin yaşının küçüklüğü, çok yaşlı olması, bunalımda olması vb. göz önüne alınarak, bu gibi özellikleri kusurunun derecesinin belirlenmesinde hafifletici etken olarak dikkate alınabilir¹³³.

Kusur ehliyeti, gerçek kişilerin kusur ehliyeti ve tüzel kişilerin kusur ehliyeti olarak iki başlık altında incelenebilir.

B. Gerçek Kişilerin Kusur Ehliyeti

Gerçek kişiler açısından kusur ehliyetinin varlığı için ayırt etme gücü aranır. Yani bir kişinin kusurlu sayılabilmesi için makul suretle hareket edebilme yeteneği, iyiyi kötüden, doğruyu yanlıştan ayırt edebilme becerisi olmalıdır (TMK m. 15). Ayırt etme gücünün, kusur ehliyetinin tek şartı olması, haksız fiil ehliyeti olarak da belirtilebilecek olan kusur ehliyetini, hukukî işlem ehliyetinden ayırmaktadır. Bununla beraber, ayırt etme gücünden yoksun olan kişiler, eylemleri ile verdikleri zararlardan hakkaniyet gerektirmedikçe (TBK m. 65) sorumlu olmayacaklardır¹³⁴.

Hemen belirtmek gerekir ki, ayırt etme gücü olmayan bir kişi kural olarak ne sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden ne de haksız fiilden doğan zararlardan sorumludur. Ancak, bu kuralın istisnaları da vardır. Bu ana kuralın

¹³¹ İnan, Borçlar Hukuku, s. 271; Eren, Borçlar Hukuku, s. 645.

¹³² Eren, Borçlar Hukuku, s. 646.

¹³³ Koçhisarlıoğlu, Kusur İşleme Ehliyeti, s. 5. Ayrıca bkz, BGE 124 III 182, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-124-III-182> (02.04.2023).

¹³⁴ Bu sonuç, TMK m. 16/ 2 hükmünün "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar" şeklindeki ifadesinin karşıt anlamından çıkarılabilir. Hakkaniyet sorumluluğu hakkında bkz, Serdar Nart, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)*, 1. bs., Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

dayanak noktası, kişinin sorumluluğunu, eylemlerine hâkim olmasına ve bunların sonuçlarını değerlendirip kavrama yeteneğine bağlamak mantığına dayanır. Bu yüzden, kanunkoyucu, biyolojik olarak ya da kendi rızası dışında ayırt etme gücünün ortadan kaldıran bir durumun varlığında, kişi yaptıklarını bilme, anlama ve sezme yeteneğinden yoksun olacağından, onu sorumlu tutmamayı hakkaniyetin gereği olarak görmüştür¹³⁵. Kanunkoyucu bu kuralı koyarken ayırt etme gücü olmayan kişinin ancak kanunun öngördüğü özel hâllerde sorumlu kılınabileceği de düzenlemek suretiyle birtakım haksızlıkların önüne geçmeyi de ihmal etmemiştir (TMK m. 15 ve TBK m. 65). Bunun gibi, kusursuz sorumlulukta kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olmadığından zarar verenin sorumlu olması için kanunun öngördüğü şartların gerçekleşmesi yeterli olur. Bir diğer ifade ile kusursuz sorumluluk hâllerinde, zarar veren ayırt etme gücüne sahip olsa da olmasa da zarardan sorumlu olur. Bu yüzden, kusursuz sorumluluk hâllerinde kusur ve dolayısıyla kusur ehliyeti sorumluluğun doğması bakımından söz konusu olmaz¹³⁶.

Kanunda, kusur sorumluluğunun belirleyici kuralı olan ayırt etme gücü olumsuz bir ifade kullanılmak suretiyle tanımlanmıştır. Gerçekten, TMK m. 13 hükmünde kanunkoyucu, ayırt etme gücünü, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun bir şekilde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin sahip olduğu bir yetenek olarak ifade etmeyi uygun bulmuştur.

Bu tanımlamadan hareketle ayırt etme gücü nisbî bir kavram olduğundan her somut olayda birbirinden ayrı değerlendirilmelidir¹³⁷. Bu bağlamda, bir olayda zarar verenin ayırt etme gücünün varlığı açıkça kabul edilirken bir başka olayda bundan bahsetmek mümkün olmayabilir.

Bu tespit bir kenara bırakılarak fiil ehliyeti bakımından kişi grupları, tam fiil ehliyetine sahip kişilerin kusur ehliyeti, sınırlı ehliyetliler ve sınırlı ehliyetsizler ile tam ehliyetsizlerin kusur ehliyeti başlıklarında incelenebilir¹³⁸. Tam fiil ehliyetine

¹³⁵ Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 164; Yavuz, s. 47.

¹³⁶ Eren, Borçlar Hukuku, s. 645; Şen, s. 400-401; Antalya, Yeni Gelişmeler, s. 69.

¹³⁷ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, s. 440; Antalya, Borçlar Hukuku, s. 70; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 119; Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 164.

¹³⁸ Kemal Oğuzman-Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022, s. 84 vd.; Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 5. bs., İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 47-48.

sahip biri, tam anlamıyla kusur ehliyetine de sahiptir. Çünkü o, ayırt etme gücü yanında ergin olduğu gibi kısıtlı da değildir. Kusur ehliyeti yanında kendisini borç altına sokacak hukukî işlemleri tek başına yapma ehliyetine de sahiptir.

Sınırlı ehliyetli kişiler ise, kendilerine yasal danışman atanmış kişilerdir (TMK m. 439). Bu kişiler, sadece TMK m. 429/1’de yer alan dokuz bende sayılmış işlemleri yapmak için yasal danışmanın görüşünü almak zorundadırlar¹³⁹. Ayırt etme gücüne sahip olan sınırlı ehliyetlilerin kusur ehliyeti de tamdır.

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip ergin kısıtlılardır. Sınırlı ehliyetsizlerin ayırt etme gücünün varlığı onları kusur ehliyeti bakımından yeterli kılmaktadır¹⁴⁰.

Tam ehliyetsizler olarak belirtilen son ehliyet grubu ise, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden oluşur. Bu kişiler ergin dahi olsalar ayırt etme gücünün olmaması nedeniyle kusur ehliyetinden yoksundurlar. Ancak, bu hususta iki istisnaî durum söz konusudur (TBK m. 59, 65).

Bu istisnalardan ilki, ayırt etme gücünden tam olarak yoksun olanların durumuna ilişkindir. Hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, ayırt etme gücünden yoksun kişiyi, verdiği zarardan dolayı tamamen veya kısmen tazminata mahkûm edebilir¹⁴¹. Verilen zararın tamamen veya kısmen tazmininin gerekip gerekmediği sorunu özellikle tarafların karar zamanındaki mâli durumları ve zararın üçüncü bir şahsa ödetilip ödetilemeyeceği göz önünde bulundurularak araştırılır¹⁴². Ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hakkaniyet icabı zararın tazminine mahkûm edilmesi, zarara sebep olan fiilin, ayırt etme gücü mevcut olsaydı zarar verenin kusurlu sayılmasını gerektirecek bir nitelik taşımasına bağlıdır¹⁴³.

¹³⁹ Oğuzman-Seliçi-Oktay, *Kişiler Hukuku*, s. 114.

¹⁴⁰ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 173; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 412.

¹⁴¹ Ayırt etme gücünden yoksun kimse, meydana gelmesine sebep olduğu maddî zarar yanında manevî zararları da ödemeye mahkûm edilebilir. Manevî zararın tespiti ve hesaplanması hususunda bkz, O. Gökhan Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, *MÜHFAD*, Cevdet Yavuz’a Armağan, 2016, C. 22, Sayı 3, ss. 221-250.

¹⁴² Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 440; Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 646; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 173-174; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri II*, s. 166; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 452-453.

¹⁴³ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 174. Hakkaniyet gereği tazminata hükmedilmesi hâkimin takdirine bağlı ise de tazminata hükmetmek için çeşitli faktörlerin dikkate alınması gerekir. İlgilerin mali ve ekonomik durumları, sigortanın varlığı, model davranıştan önemli ölçüde sapılması bu faktörler arasında sayılabilir. Bkz, BGE 103 II 330 (Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365).

İkinci istisna, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişilerin kusur ehliyetine ilişkindir. Ayırt etme kabiliyetini geçici olarak kaybeden kimse, bu hâlde iken vermiş olduğu zararı tazmine mecburdur. Şu kadar ki, kendi kusuru olmak-sızın bu duruma düştüğünü ispat ederse sorumlu olmaz (TBK m. 59/2)¹⁴⁴.

TBK m. 59'da yer alan sorumluluk önceden işlenmiş kusura dayanan bir sorumluluktur¹⁴⁵. Geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kimse ayırt etme gücünü kaybetmede kusursuz olduğunu, örneğin kendisine zorla verilen ilaç ya da uyuşturucu maddenin etkisiyle zararı vermiş olduğunu ispat edebilirse verdiği zarardan sorumlu tutulmaz¹⁴⁶. Burada da hakkaniyete ilişkin tazmin borcunu düzenleyen TBK m. 65 hükmü saklıdır¹⁴⁷.

Sözleşmeden doğan borçlarda borçlunun edimini gereği gibi ifa etmemesi onun sorumluluğunu gerektirir; ancak borçlu ifa etmeme konusunda kusurunun bulunmadığını ispat edebilirse sorumluluktan kurtulur (TBK m. 112). Burada alacaklının, borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükümlülüğü yoktur. Oysa haksız fiil sorumluluğunda, kusur sorumluluğun kurucu unsuru olduğu için kusurun varlığını ispat borcu alacaklı durumundaki zarar görene düşer¹⁴⁸. Böyle bir ispat külfetini yerine getirmek oldukça zor olduğu için, bu bakımdan zarar verenin kusur ehliyetine sahip olduğuna ilişkin bazı kanunî karineler vardır. Örneğin, ergin olan birinin kusur ehliyetinin olduğu aksi ispatlanana dek karineten kabul edilmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Fuhrer-Muller Chen-Çetiner, *Borçlar Hukuku*, s. 365; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 174; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 453; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 413.

¹⁴⁵ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 413. Buradaki sorumlulukta kusur aranmadığından bunun bir kusursuz sorumluluk hâli olduğu yönünde bkz, Eren, s. *Borçlar Hukuku*, 647.

¹⁴⁶ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 441; Eren, *Borçlar Hukuku* s. 646; İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 273; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri II*, s. 167; Saka, *Kusur Kavramı*, s. 454.

¹⁴⁷ Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 174.

¹⁴⁸ İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 273; Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 120. Zarar görenin kusurun yanında illiyet bağına da ispat etmesi gerekir. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi, zarar verenin ihmâl ettiği davranışın yerine getirilmesi durumunda, genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre zarar görenin meydana gelen zararının önlenmiş olacağına muhtemel olduğu durumlarda, illiyet bağına var olduğunu kabul etmiştir. Bkz, BGE 121 III 358, <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-121-III-358> (02.04.2023). Ayrıca bkz, Kılıçoğlu, *İlliyet Bağı*, s. 42.

¹⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24/04/1970 tarihli ve E. 1970/968, K. 1970/2-260/222 sayılı kararı (Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 120, dn. 46); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 27/01/2016 tarihli ve E. 2014/44464, K. 2016/1847 sayılı kararı; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 01/07/2013, E. 2013/8911, K. 2013/12574 sayılı kararı.

C. Tüzel kişilerin kusur ehliyeti

Kusur ehliyetine sahip olabilmenin en temel şartı olan ayırt etme gücünü ifade eden irade unsuru, insana özgü bir zihinsel yeterlilik durumudur. Hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş ve insan dışı kişilik izafe edilmiş varlıkların iradesi sorunu, tüzel kişilerin kusur ehliyeti ile doğrudan bağlantılı bir sorundur. Tüzel kişilerin kolektif olarak doğmuş olan iradeleri aynı zamanda onların faaliyetlerine de yansımaktadır. Tüzel kişilerin kolektif nitelikteki iradeleri organları vasıtasıyla ortaya çıkar ki, bu irade organın değil tüzel kişinin iradesini ifade eder¹⁵⁰.

Genellikle tüzel kişilerin örgüt içindeki organları arasındaki iş bölümü ve organların görevi kanunda, ilgili tüzel kişiliğin kuruluş belgesinde (dernek tüzüğünde veya vakıf senedinde) belirtilmiştir¹⁵¹. Tüzel kişilerin ehliyeti hakkında TMK m. 50, özel bir hükümdür. Tüzel kişilerin organlarının kusurlu davranışları, tüzel kişilere isnat edilir¹⁵².

Tüzel kişilerin sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce kusur sorumluluğuna ilişkin şartların organ tarafından gerçekleştirilmiş olması aranır. Tüzel kişinin yetkili organı, haksız fiil ya da sözleşme çerçevesinde karşı tarafa bir zarar vermişse bu zarar bakımından kusurlu olmalıdır¹⁵³. Zira, TMK m. 50/ 2'ye göre, organların her türlü fiili tüzel kişiyi bağlar. Öyleyse, tüzel kişinin organa izafe edilemeyen kusurları, TMK m. 50'ye göre tüzel kişilerin sorumluluğu sorumluluğunu doğurmaz¹⁵⁴.

Tüzel kişilerin organlarının faaliyetlerinden doğan kusurlu davranışların tüzel kişilik açısından bir kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu hususu tartışmalıdır. Bu konuda, tüzel kişiliğe gerçek kişilik vasfı yüklen-

¹⁵⁰ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 62; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 119; Fahri Erdem Kaşak, "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *MÜHFAD*, 2020, C. 26, S. 2, ss. 1242-1263, s. 1247.

¹⁵¹ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 62.

¹⁵² Eren, Borçlar Hukuku, s. 646; Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 62; Deschenaux-Tercier, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, s. 51; Erdoğan, Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru, s. 119; Kaşak, 1246-1247.

¹⁵³ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 63; Eren, Borçlar Hukuku, s. 646.

¹⁵⁴ Eren, Borçlar Hukuku, s. 646. Bu konuda açıkça organ olarak belirtilmemekle birlikte dernek tüzüğü ya da vakıf senedi hükümlerine göre kendisine organa özgü yetki ve görevler verilmiş kişilerin, tüzel kişiye sorumluluk yüklemeleri de mümkündür. Bkz, Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, s. 63.

yen görüş, bu sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olarak kabul eder¹⁵⁵. Buna karşılık, tüzel kişilerin insanlar gibi bir iradeye sahip olmadığını kabul eden görüş ise, bu sorumluluk türünü kusursuz sorumluluk olarak görmektedir¹⁵⁶. Konu ile doğrudan ilgili olmayan bu teorik tartışmanın ayrıntısına girmeden tüzel kişiliğe bağlı olarak faaliyet gösteren ve üçüncü kişilere zarar veren ancak tüzel kişiliğin organı olmayan çalıştırılan ve ifa yardımcılarının sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmek gerekir (TBK m. 66 ve m. 116)¹⁵⁷.

Tüzel kişiliğin organının, görevini yerine getirirken dolaylı bir fiil ile göreviy-le ilişkisi olmadan kendi kişisel davranışı sonucu kusurlu olarak zarara neden olması hâlinde tüzel kişilik sorumlu tutulamaz. Bunu gibi, organın iradesinden tüzel kişiliğin sorumlu olması için organın fiilinin tüzel kişiliğin faaliyet alanı ile ilgili olması gerekir¹⁵⁸. Öte yandan, eğer organın irade açıklamasında kişisel bir kusuru varsa, organ ve tüzel kişilik birlikte sorumlu olacaktır¹⁵⁹.

IV. KUSURUN İSPATI

Hatırlanacağı gibi, TBK m. 112 gereğince, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Yani, sözleşme sebebi ile sorumluluğun söz konusu olması için alacaklı borçlunun kusurunu değil, sorumluluktan kurtulmak için borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır. Oysa haksız fiil sorumluluğunda tazminat talebinde bulunan taraf, zarar verenin kusurunu ispat ederek onun sorumlu olmasını sağlayabilir¹⁶⁰. Bununla beraber, haksız fiil, zarar verenin kusurlu olduğuna karine teşkil edecek bir nitelik taşıyorsa ayrıca kusurun ispatı gerekmez¹⁶¹. Örneğin, otomobiliyle kaldırımında duran birine çarpan sürücünün kusurlu olduğu karineten kabul edilir. Bu durumda, zarar veren kusursuz olduğu iddiasında ise bu iddiasını ispatlamak zorunda

¹⁵⁵ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 63.

¹⁵⁶ Oğuzman-Öz, *Kusur Kavramı*, s. 64.

¹⁵⁷ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 64.

¹⁵⁸ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku*, s. 64; Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 119.

¹⁵⁹ Erdoğan, *Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru*, s. 119.

¹⁶⁰ İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 273; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 445; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri II*, s. 169; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 174.

¹⁶¹ İnan, *Borçlar Hukuku*, s. 273; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s. 445; Güven, *Kusur Kavramı ve Çeşitleri II*, s. 170; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 174.

kalacaktır. Ayrıca, ispat yükü üzerinde olan zarar gören, hukuka aykırı fiilin varlığını, zarar verenin kusurlu davranışını, zararı ve illiyet bağının varlığını ispat etmek mecburiyetindedir¹⁶².

SONUÇ

Türk Hukukunda kusur kavramı, başta Ceza hukuku olmak üzere hukukun birçok dalında ve elbette sorumluluk hukukunda, sorumluluğu kurucu bir özelliğe sahiptir. Kusurun varlığı söz konusu ise kusurun derecesi sorumluluğu kurmak için önem arz etmez ancak tazminat miktarının belirlenmesinde önemli bir değere sahiptir. Ancak, kusurun varlığını tespit bakımından ileri sürülmüş olan teorilerden, objektifleştirilmiş kusur teorisi ve sübjektif kusur teorisinden birini kesin ve tek ölçüt olarak kabul etmek doğru bir tercih değildir. Esasında kusur, objektifleştirilmiş insan davranışından ziyade, zarar verene ait içsel özellikleri de yansıtan özgün bir sorumluluk hukuku terimidir. Bu bakımdan, kusurun tespitinde sübjektif kusur teorisi ağır basıyor gibi görünse de toplumsal hayat kusurun objektifleştirilmesini gerektirmiştir.

Kanun koyucunun haksız fiilde ve sözleşmesel sorumlulukta kusurun ispatını farklı şekilde düzenlemiş olması bu iki tür sorumluluk bakımından farklı teorilerin tercih edilmesini gerektirecektir. Bu sebeple, öğretide ve uygulamadaki hem haksız fiil sorumluluğunda hem sözleşmesel sorumlulukta sorumluluğun doğumu, kapsamının belirlenmesi ve sorumlular arasında paylaşılması konusunda kusuru belirlemek bakımından, öğretide tarafından ileri sürülen ölçütlerden yalnızca birinin tercih edilmesi uygun olmayacaktır. Zira, sübjektif kusur teorisi zarar verenin iradesine dayanmakta iken objektif kusur teorisi zarar verenin davranışını esas almaktadır. Bu bakımdan, kusuru ispat yükünün zarar görende olduğu haksız fiil sorumluluğunda, objektif kusur teorisinin uygulanması gerekir. Kusuru ispat yükü kendisinde olan zarar gören karşı tarafın iradesini bilemeyeceği için zarar görenin korumak ve kusuru belirlemek bakımından objektif bir davranış normuna ihtiyaç duyulmuştur. Bu sebeple, haksız fiil sorumluluğunda öğretide çoğunluğun da savunduğu gibi objektifleştirilmiş kusur teorisini esas almak daha tutarlıdır. Öte yandan, sözleşmesel sorumluluk bakımından kusuru ispat yükünün zarar veren borçluda olması, iradeyi esas alan sübjektif kusur teorisini tercih etmeyi daha tutarlı kılmaktadır.

¹⁶² Güven, Kusur Kavramı ve Çeşitleri II, s. 170.

Sorumluluk hukuku bağlamında kusur, hata ve hukuka aykırılık terimlerinden farklı ve özgün bir anlama sahiptir. Kusur ne hata gibi sözleşmenin kurulması ile ilgili bir kavramdır ne de farklı hukuk sistemlerinde böyle kabul edilse de hukuka aykırılığın sübjektif yönü ile ilgilidir.

Kusurun, ihmal ve kast olmak üzere iki türü vardır. Ancak, bu ayırım, daha çok tazminatın miktarı bakımında anlam ifade eder. İhmali ya da kasti bir davranış sonucunda ortaya çıkan sorumluluğun kapsamı, bir diğer ifadeyle tazminatın miktarı kusur oranına göre belirlenir.

Hukuka aykırı fiillerden sorumlu olma ehliyeti, bir diğer ifade ile kusur ehliyeti, hukuk sistemimizde iki tür kişi bulunduğu için gerçek kişilerin kusur ehliyeti ve tüzel kişilerin kusur ehliyeti olarak ikiye ayrılır. Her iki fiil ehliyeti açısından aranan ölçüt, organ ya da kişinin hukukun aradığı anlamda bir iradeye sahip olmasıdır.

Kusurun ispatı, haksız fiil sorumluluğu ve sözleşmeden doğan sorumluluk açısından farklılık arz eder. Haksız fiil sorumluluğunda zarar görenin zarara olan yakınlığı ispatı kolaylaştır düşüncesi ile ispat yükü zarar gören üzerinde bırakılmıştır. Haksız fiil sorumluluğunda, kusuru ispat yükü zarar görende ise de; sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından kusuru ispat külfeti borçluya yüklenmiştir.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, *AÜHFD*, C. 59, S. 3, 2010, ss. 345-448.
- AKINCI, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi*, 13. bs., Konya, Sayram Basım, 2022.
- AKMAN, Galip Sermet, *Sorumsuzluk Anlaşması*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- ANTALYA, O. Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi”, *MÜHFHAD*, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, Sayı 3, 2016, ss. 221-250 (Manevi Tazminat).
- ANTALYA, O. Gökhan, “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *MÜHFHAD*, C. 14, S. 4, 2008, ss. 63-83 (Yeni Gelişmeler).
- ANTALYA, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. V/ 1, 2, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARAL, Fahrettin, *Kötü İfa*, 1. bs., Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- ATAMER, Yeşim M., *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*, 1. bs., Ankara, Beta Yayıncılık, 1996.
- AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 12. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- BAŞALP, Nilgün, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.
- BENLİ, Erman, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü”, *MÜHFHAD*, C. 26, S. 1, 2020, ss. 300-316.
- CORBETT, Val, “The Promotion of Human Dignity: A Theory of Tort Law”, *Irish Jurist*, New Series, Vol. 58, 2017, pp. 121-152.
- ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- DESCHENAUX, Henri-TERCIER, Pierre, *Sorumluluk Hukuku*, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983.
- ERDOĞAN, İhsan, “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, *SÜHFD*, C. 3, S. 1, 1990, ss. 109-124.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24. bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2019 (Borçlar Hukuku).
- EREN, Fikret, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975 (İlliyet Bağı).
- ERTEN, Ali, *Türk Sorumluluk Hukukunda Sorumsuzluk Şartları*, Ankara, Olgaç Kitapları, 1977.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, C. 1, 1. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1969.

- FUHRER, Andreas-MULLER-Chen Markus-ÇETİNER, Bilgehan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- GÖKALP, Özge Tuçe, "Özel Hukukta Kusur Halleri", *Sosyal ve Beşerî Bilimlerde Güncel Araştırmalar - I*, Ed.: Erdil Durukan, Burak Alkan, Sema Sağlık, Ankara, Gece Publishing, 2022, ss. 151-166.
- GÖNENÇ, Fulya İlçin, "Haksız Fiil Sorumluluğu'nun Tarihsel Gelişimi", *MÜHFAD.*, C. 14, S. 4, 2008, ss. 13-28.
- GÖNÜL KOŞAR, Günhan, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", *AÜHFD*, C. 69 S. 3, 2020, ss. 1437-1473.
- GÖNÜL KOŞAR, Günhan, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi*, 1. bs, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- GÜVEN, O. Sabri, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri I", *Yargıtay Dergisi*, C. 7, S. 4, 1981, ss. 570-588.
- GÜVEN, O. Sabri, "Kusur Kavramı ve Çeşitleri II", *Yargıtay Dergisi*, C. 8, S. 4, 1982, s. 154-186.
- İBA, Hasan, "Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırır" Önermesinin Doğruluk Değeri", *NEÜHFD*, C. 5, S. 2, 2022, ss. 762-787.
- İNAN, Ali Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- KANETİ, Selim, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, 1. bs., Ankara, Kazancı Hukuk Yayınevi, 2007.
- KAPANCI, Kadir Berk, *Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK m. 49 II)*, 1. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, *Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, 1. bs., Ankara, Beta Basım, 1995.
- KAŞAK, Fahri Erdem, "Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması", *MÜHFAD*, C. 26, S. 2, 2020, ss. 1242-1263.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 23. bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2019 (Borçlar).
- KILIÇOĞLU, Mustafa, "Haksız Fiillerde İlliyet Bağı", *Yargıtay Dergisi*, C. 30, S. 1-2, 2004, ss. 27-44 (İlliyet Bağı).
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, "Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi", *AÜHFD*, C. 53, S. 4, 2004, ss. 1-17.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, "Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi", *AÜHFD*, C. 53, S. 3, 2004, ss. 1-17.

- KOÇHİSARLIOĞLU, **Cengiz, Haksız Eylem Kusuru**, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022 (Haksız Eylem).
- KORKMAZ, Fırat, **Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi**, 1. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- KURTULAN, Gökçe, "Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru", **MÜHFAD**, C. 23, S. 1, 2019, ss. 465-503.
- NART, Serdar, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)**, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2014.
- NOMER, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 17. bs., İstanbul, Beta Basım, 2020.
- OĞUZ, Habip, "Sorumluluk Hukukunda Kusur", **TAAD**, C. 7, S. 28, 2016, ss. 273-286.
- OĞUZMAN, M. Kemal-SELİÇİ, Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C. 1, 18. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2022.
- OĞUZMAN, M. Kemal-Seliçi, Özer-Oktay Saibe, **Kişiler Hukuku**, 21. bs., İstanbul, Filiz Kitapevi, 2022.
- OZANSÜ, Mehmet Cemil, "Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007.
- ÖZSUNAY, Ergun, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. bs., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- PAKSOY, Meliha Sermin, **Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme**, 1. bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2018.
- REİSOĞLU, Safa, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 25. bs., Ankara, Beta Yayınları, 2014.
- SAKA, Zafer, "Kusur Kavramı", **Adalet Dergisi**, S. 6, 1973, ss. 441-455.
- SANLI, Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, 1. bs., İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2007.
- SARI, Onur, "Yapay Zekânın Sebep Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk", **TBB Dergisi**, S. 147, 2020, ss. 251-312.
- SAVAŞ, Abdurrahman, "Roma Hukukunda Kusursuz Sorumluluğun Kusur Sorumluluğuna Dönüşüm Süreci ve Bu Dönüşümün Modern Hukuka Etkisi", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 80, S. 2, 2022, s. 537-582.
- SIMONS, Kenneth W., "A Restatement (Third) of Intentional Torts?", **Arizona Law Review**, 2006, Vol. 48, pp. 1061-1102.
- ŞEN, Yusuf: "İslam Hukuku ve Modern Hukuk Bağlamında Tazmin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", **Ekev Akademi Dergisi**, C. 20, S. 68, 2016, ss. 383-413.

- TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 1, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- VON TUHR, Andreas, *Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısmı*, C. 1-2, 2. bs., Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983.
- YAVUZ, Cevdet, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri", *MÜHFAD*, C. 14, S. 4, 2008, ss. 29-61.
- YILDIZ, Kübra, "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi", *SÜHFD*, C. 30, S. 3, 2022, ss. 1115-1158.

ADİ KONKORDATO HÜKÜMLERİ UYARINCA ÜÇÜNCÜ KİŞİ REHİNİLE GÜVENCEYE ALINMIŞ ALACAĞIN HUKUKİ DURUMU ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER^(*)

Doç. Dr. Levent BÖRÜ^(**)
Dr. Öğr. Üyesi Şafak PARLAK BÖRÜ^(***)
Arş. Gör. Emine BİLGİÇ EROĞLU^(****)

Öz

Konkordato projesinin kabulü için oylamaya katılacak alacaklılar, konkordato projesinden etkilenen alacaklılardır. Rehinli alacakların teminatsız kalan kısmı projeye dâhil edilecektir. Rehin hakkı, konkordato hukuku bakımından ayrıca incelenmelidir. Zira rehinin kim tarafından verildiği oylamaya katılacak alacaklıların belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Borçlu borcuna karşılık kendisi rehin gösterebileceği gibi üçüncü bir kişi de borçlunun borcuna karşılık rehin gösterebilir. Konkordato hukuku bakımından da rehin konusu malın malikinin üçüncü kişi olması halinde alacağın, adi

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.03.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 12.04.2023.

Atıf Şekli: Levent Börü - Şafak Parlak Börü - Emine Bilgiç Eroğlu, "Adi Konkordato Hükümleri Uyarınca Üçüncü Kişi Rehiniyle Güvenceye Alınmış Alacağın Hukuki Durumu Üzerine Değerlendirmeler", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 547-575.

DOI: 10.52273/sduhfd..1265855.

(**) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: leventboru@hacettepe.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3043-3467>.

(***) Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: safakparlak@yahoo.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-9843-6034>.

(****) Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: emine.bilgic@hacettepe.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6098-4919>.

alacak mı rehinli alacak mı olduğu tartışmalar arasındadır. Bu çalışmada İcra ve İflas Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümleri, doktrin ve Yargı kararları ışığında üçüncü kişi rehniyle temin edilen alacağın konkordatodaki hukuki durumu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Konkordato, Üçüncü Kişi Rehni, Adi Alacak, Rehinli Alacak.

EVALUATIONS ON THE LEGAL STATUS OF THE RECEIVABLE SECURED THROUGH THIRD PARTY PLEDGE ACCORDING TO THE PROVISIONS OF ORDINARY CONCORDAT

Abstract

The creditors who will participate in the voting concordat project are the creditors affected by the concordat project. The unsecured part of the pledged receivables will be included in the project. The right of pledge should be examined further in concordat law. It is important in terms of determine the creditors who have right to participate in the voting by whom the pledge is given. The debtor can pledge return for his debt or a third party can pledge against the debt of the debtor. In concordat law, if the owner of the pledged property is a third party, it is among the discussion whether the receivable is ordinary or pledged. In this study, in the light of the provisions of İİK, doctrinal views and judicial decisions, legal status of the receivable provided by third party pledge in the concordat were examined.

Keywords

Concordat, Third Party Pledge, Ordinary Receivable, Pledged Receivable.

GİRİŞ

Konkordato İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bununla birlikte konkordatoya ilişkin hükümlerde rehlin açıkça bir tanımı yapılmamış olmasına karşın, İİK'nın konkordatonun hükme bağlandığı çeşitli maddelerinde rehlin hakkına ilişkin düzenlemeler (m. 297, 298, 302, 303, 307, 308/h) bulunmaktadır.

Konkordato kurumu, 7101 sayılı Kanunla getirilen değişikliklerle Türk hukukunda yaygın bir uygulama alanı bulmuştur. Bununla birlikte bu değişiklikler birtakım güncel tartışmaları beraberinde getirmiştir. Özellikle bu değişikliklerden sonra konkordato hükümlerinde yer alan rehlin kavramının kapsamı içerisinde borçlu tarafından verilen rehlinin dışında ayrıca üçüncü kişiler tarafından verilenlerin dahil olup olmadığı doktrinde ve Yargı kararlarında tartışma konusu olmuştur. Nitekim uygulamada sıklıkla borcun teminatı için üçüncü kişilerin kendi mallarını rehlinle güvence verdiği görülmektedir. Bu çalışmamızda rehlin hakkı kavramının konkordato hukuku bakımından kapsamının belirlenmesinden sonra, üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınmış alacağın konkordatodaki hukuki durumu incelenecektir.

I. GENEL OLARAK KONKORDATO VE AMACI

Bir borçlu borçlarını, vadesi gelmesine rağmen ödeyemiyorsa veya vadesinde ödeyememe riski ile karşı karşıyaysa, konkordato ile vade verilmesi ya da indirim yapılması suretiyle teklif ettiği projenin Kanunda aranan nitelikli çoğunluğu oluşturan alacaklının kabul etmesi ve mahkemenin tasdik etmesi sonucunda, yeniden yapılandırılan borçlarını ödeyebilme imkanına sahiptir¹.

Borçlu ile tüm alacaklıları konkordato sayesinde bir araya getirilerek, anlaşma çerçevesinde borçların toplu şekilde ödenmesi suretiyle borçlunun malvarlığının korunması amaçlanmıştır². Zira konkordatoda iflasın aksine, imtiyaz-

¹ Konkordatonun farklı tanımları için bkz. Selçuk Öztekin, "İİK m. 285", *Yeni Konkordato Hukuku*, Ed.: Selçuk Öztekin, 2. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 134; Sümer Altay- Ali Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 16; Timuçin Muşul, *28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanunla İcra İflas Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemeye göre; İflas ve Konkordato Hukuku Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılanma*, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 347 vd.; Hakan Pekcanitez- Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 4 vd.; M.Serhat Sarısözen, *Konkordato*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 102 vd.; İlhan Postacıoğlu, *Konkordato*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965, s. 11 vd.

² Bkz. Daniel Hunkeler, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands*, Universitätsverlag, Freiburg, 1996, s. 14 vd.

sız alacaklar da konkordato projesinde eşitlik anlayışı sebebiyle dahil edilmiştir³. Alacaklılar ile borçlu arasındaki bu anlaşma sayesinde taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar da giderilmiş olmaktadır; bu yönüyle konkordato toplumsal barışa da hizmet eder⁴.

7101 sayılı Kanunla yapılan iflas dışı konkordatoya ilişkin değişikliklere bakıldığında temel amacın, mali durumu bozulan borçlunun mali durumunu yeniden yapılandırarak, iyileşmesine imkân sağlamak olduğu görülmektedir⁵. İflasa tabi olan ya da olmayan mali durumu bozulan ve borçlarını ödeyememe riski ile karşı karşıya bulunan bir borçlu, alacaklılarının çoğunluğunun ve mahkemenin ödeme teklifini kabul etmesiyle icra hukukuna tabi tüm borçlarını ödeyerek borcundan tamamen konkordato yardımıyla kurtulmaktadır⁶. Bu anlamda konkordato, salt bir tasfiye yöntemi olmayıp, borçlunun yeniden yapılanmasını sağlayan bir kurumdur⁷. Başka bir deyişle konkordato bu yönüyle işletmeleri iyileştirici bir amaç edinmiştir⁸. Buna karşılık malvarlığının terki suretiyle konkordatoda ise piyasada faaliyetini sürdürebilecek olan işletmelerin başka firmalara devriyle ve tasfiyesiyle faaliyette kalmalarının sağlanması amaçlanmıştır⁹.

II. İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA REHİN KAVRAMI

A. Genel Olarak Rehin Hakkı Kavramı ve Çeşitleri

Rehin hakkı, alacağın ifası için malvarlığı değerinin güvence oluşturduğu, borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda hak sahibinin bu değerini

³ “Konkordato projesinde alacaklılar arasında eşitlik bozacak şekilde ödeme planı yapılamaz.” Bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 02.03.2021 tarihli ve E. 2021/1209, K. 2021/569 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (27.12.2022).

⁴ Emsalgül Doğan, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1-2.

⁵ Serdar KALE, “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato”, *İstanbul Medipol Üniversitesi HFD*, 2018, C. 5, S. 1, s. 214; Murat Atalı-İbrahim Ermenek-Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 627.

⁶ Doğan, 2020, s. 7-8.

⁷ Hans Hurter, *Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung*, Keller&Co AG, 1988, s. 34 vd.; Mahmut Coşkun, *Konkordato ve İflas*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 35-36; Ayrıca iflasta alacaklı ve borçlunun haklarına ilişkin farklı bir örnek olarak bkz. Mustafa Serdar Özbek, “Amerika Birleşik Devletleri İflas Hukuku Sisteminde Alacaklılara ve Borçlulara Ait Haklar”, *TBB*, 2002, S. 2, s. 21 vd.

⁸ Hunkeler, 1996, s. 23 vd.; Pekcanitez-Erdönmez, 2018, s. 5.

⁹ Thomas Bauer-Daniel Staehelin, “Art 293”, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuld-betreibung und Konkurs Ergänzungsband*, Ed.: Thomas Bauer, Daniel Staehelin, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2017, (Bearb: Bauer T) N 13e.

paraya çevrilmesini talep etmesiyle elde edilen tutardan alacağını alabilmesini sağlayan aynı bir haktır¹⁰. Başka bir deyişle (maddi-medeni hukuktaki) rehin hakkı, borcun yerine getirilmemesi halinde alacaklıya rehin konusu hakkın veya malın icra organları eliyle satılması sonucunda satış tutarından alacağını öncelikle elde etme hakkı veren ferî nitelikte aynı haktır¹¹. Buna göre rehin hakkı borçlunun alacaklıya göstermiş olduğu sadakatinin göstergesidir; şöyle ki borçlu rehin vermekle borcunu ödeme konusundaki iyi niyetini ortaya koymakta, borcunu ödeyememesi durumunda da alacaklının bu yolla güvenini sağlamaktadır¹².

Bir mal üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olan kimse, o mal üzerinde “kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma” yetkilerine de sahiptir. Malikin, mülkiyet hakkının içeriğini oluşturan bu yetkilerin bazılarını (kullanma ve yararlanma) bir hak olarak özgülemesi halinde ise “sınırlı aynı hak” ortaya çıkmaktadır; bu anlamda niteliğinden de anlaşılacağı üzere sınırlı aynı haklar, sahibine mülkiyet hakkının sağladığı tam ve geniş yetkileri değil, sınırlı yetkileri sağlayan aynı haklardır¹³. Sınırlı aynı haklar; başlıca “irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin hakkı” olarak üçe ayrılmaktadır (TMK m. 779 vd.).

Bütün aynı haklardaki gibi rehin haklarında da “numerus clausus” (sınırlı sayı) ilkesi uygulanır; Kanunda sayılanlar dışında bir rehin hakkı ortaya çıkmaz¹⁴. Rehlin hakları, TMK’nın 850-973’üncü maddeleri arasında ve çeşitli kanun hükümleriyle¹⁵ düzenlenmiştir. Rehlin hakları, TMK’da “taşınır rehni” ve “taşınmaz rehni” şeklinde ikiye ayrılmıştır:

¹⁰ Bkz. M. Kemal Oğuzman- Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 29; Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 1; Mehmet Akçaal, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021, s. 664.

¹¹ Erdal Özsunar, “Roma Hukukunda Rehlin Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, 2005, S. 2, s. 137.

¹² A. Lale Sirmen, *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 1.

¹³ A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 559; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 41.

¹⁴ Burhan Gürdoğan, *Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehlin Paraya Çevrilmesi*, Ajans-Türk, 1967, s. 3-4; Turhan Esener-Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 467 vd.; Oğuzman-Seliçi-Oktay Özdemir, 2021, s. 34; Serozan, 2014, s. 40.

¹⁵ Diğer kanuni düzenlemelere ilişkin bkz. TİRK, Numarası: 1447, K.T.: 21.7.1971, RG 28.7.1971/13909; TTK, Numarası: 6102, K.T.: 13.1.2011, RG 14.2.2011/27846; Türk Sivil Havacılık Kanunu, Numarası: 2920, K.T.: 14.10.1983, RG 19.10.1983/18196; AATUHK, Numarası: 6183, K.T.: 21.7.1953, RG 28.7.1953/8469; Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu, Numarası: 1581, K.T.: 18.4.1972, RG 28.4.1972/14172; Maden Kanunu, Numarası: 3213, K.T.: 4.6.1985, RG 15.6.1985/18785.

Taşınır rehni, TMK'nın 939 ile 972'nci maddeleri arasında eşya hukuku kitabında sınırlı aynî haklar bölümünde düzenlenmiştir. Kanunda, taşınır rehninin tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte taşınır rehninin kapsamı, taşınır mülkiyetinden (TMK m. 762) daha geniştir. Zira paraya çevrilebilen ve devredilebilen veya teslimli ya da teslimsiz olmak şartıyla taşınmaz niteliğinde olmayan bütün eşya ve haklar, taşınır rehninin konusu olabilir¹⁶. TMK'nın taşınır rehni bölümünde rehne ilişkin; “teslime bağlı rehin (TMK m. 939-949), hayvanların rehin konusu olabilmesi (TMK m. 940, I), bir sicile tescili zorunlu olan taşınır malların rehnedilmesi (TMK m. 940, II), hapis hakkı (TMK m. 950-953), alacaklar ve diğer haklar üzerinde tesis edilebilecek rehin (TMK m. 954-961), rehin karşılığında ödünç verme işi ile uğraşanlar (TMK m. 962-969) ve rehinli tahvil (TMK m. 970-972)” düzenlenmeleri getirilmiştir.

Taşınmaz rehni, TMK'nın 850-938 maddeleri ile düzenlenmiştir. Taşınmaz rehni; ipotek, irat senedi ile ipotekli borç senedi olarak üçe ayrılmakta olup sınırlı sayıdadır (TMK m. 850). Çalışmanın konusu bakımından da ipotek, uygulamada en sık karşılaşılan taşınmaz rehni türüdür. “Mevcut veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya muhtemel bulunan bir alacak”, ipotekle teminat altına alınabilir (TMK m. 881, I). İpoteğin konusu olacak taşınmazın mülkiyetinin borçlunun olması da gerekmez (TMK m. 881, II).

Rehin kuruluşu sırasında alacağın miktarı belli ve bu miktar tapu siciline tescil edilmişse, anapara ipoteği; ipoteğin kurulduğu anda alacak tutarı belli değilse, rehin kurulduğu anda henüz doğmamış olan veya ileride doğduğu takdirde, miktarının ne olacağı bilinmeyen alacaklar söz konusu ise üst sınır ipoteği söz konusu olacaktır¹⁷. Aşağıda açıklanacağı üzere¹⁸, borç tutarının belli olduğu anapara ipoteği ile üst sınır ipoteklerinin konkordato nisabına etkisi bakımından ayırt edilmesi gerekir¹⁹.

Rehin çoğunlukla güvence altına alındığı alacağın borçlusu tarafından verilir; böylelikle borçlu bu sıfatıyla borcu ödemekle, rehin veren sıfatıyla da rehin konusu malın paraya çevrilmesine ve satış bedelinden rehinle güvence altına

¹⁶ Esener-Güven, 2015, s. 527 vd.; Ayrıca aynı alacağa birden fazla rehin gösterilebilmesine ilişkin bkz. Azim Öncü, *Türk Hukukunda Taşınmazların Toplu Rehni*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 29 vd.; Bahar Öcal Apaydın, “6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Aynı Alacağa Teminat Teşkil Etmek Üzere Birden Çok Taşınırın Rehin Hakkına Konu Olması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 11, S. 1, s. 272 vd.

¹⁷ Sirmen, 2021, s. 637.

¹⁸ Aşa III, A.

¹⁹ Altay-Eskiocak, 2018, s. 218.

alınmış olan alacağın karşılanmasına katlanmakla yükümlüdür²⁰. Buna göre, borçlunun rehin vermesi durumunda, borçlu ve rehin veren sıfatı birleşir ve borçlu sıfatı ortaya çıkar; bu sebeple borcun satış bedeli ile karşılanamayan bölümü için borçlunun sorumluluğu devam eder²¹. Dolayısıyla rehinli alacaklar rehinli malın değeri kadar rüçhanlıdır; rehinli malın değerinin üzerindeki alacak rehin teminatından yararlanamayacak; bu değeri aşan bölüm için borçlunun adi alacak niteliğiyle sorumluluğu devam edecektir²².

Rehin, borçlu dışında üçüncü kişi tarafından da verilebilir; üçüncü kişi bir başkasının borcuna güvence sağlamak amacıyla alacaklı lehine rehin hakkı kuraabilir. Rehlin veren üçüncü kişi bu sıfatıyla rehinle güvence altına alınmış olan alacağı ödemekle yükümlü değildir; aksine rehin konusu malın paraya çevrilmekle rehinle güvence altına alınmış olan alacağın, rehin konusu malın satış bedeli ile karşılanmasından rehin veren üçüncü kişi yükümlüdür. Dolayısıyla rehin konusu malın paraya çevrilmesi ile elde edilen meblağ alacağı karşılamaya yetmezse, borcun geri kalan kısmından üçüncü kişi sorumlu değildir. Başka bir deyişle, rehin veren üçüncü kişinin sorumluluğu rehin konusu malla sınırlıdır²³. Çalışmamızda esas itibarıyla üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınmış alacağın konkordatodaki durumu tespit edilmeye çalışılacaktır.

B. Rehlin Hakkının Konkordato Hukuku Yönünden İrdelenmesi

Maddi (medeni) hukuktaki rehin, yukarıda da ifade edildiği üzere²⁴, sınırlı aynı hak olup ilişkin olduğu maldan, hak sahibine alacağını tercihli bir şekilde elde etmek imkânı verir. İcra ve iflas hukukundaki rehin kavramı ise maddi hukuktakinden daha geniş kapsamlıdır; örneğin hapis hakkı İİK m. 23 kapsamında rehin hakkı olarak değerlendirilmektedir²⁵. Bununla birlikte rehin hakkının konkordato hukuku yönünden ayrıca incelenmesinde yarar vardır.

²⁰ Sirmen, 2021, s. 633.

²¹ Burcu Karakuş Erbaş, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehlin Alacaklısının Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 28.

²² Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 87; İbrahim Özbay-Ferhat Çelik, "İcra ve İflas Hukukunda Rehlin Açığı Belgesi", *TAAD*, 2018, Y. 9, S. 34, s. 13.

²³ Sirmen, 2021, s. 633; Teminat altına alınmak istenen alacağın kapsamı için ise bkz. Kemal Şenocak vd., *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, Yetkin Yayınları, 2019, s. 60-62.

²⁴ Bkz. yuk. II, A.

²⁵ Gürdoğan, 1967, s. 4; İbrahim Aşık vd., *İcra ve İflas Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 36.

İİK'nın konkordatonun hükme bağlandığı çeşitli maddelerinde rehnin açıkça bir tanımı yapılmamış olmasına karşın, rehin hakkına ilişkin düzenlemeler (m. 295, 297, 298, 302, 303, 307, 308/h) bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin, özellikle 2018 tarihli 7101 sayılı kanunla İİK'da yapılan değişikliklerle birlikte doktrinde ve Yargı kararlarında borçlu tarafından verilen rehinler yanında üçüncü kişiler tarafından verilen rehinler bakımından da uygulanacak olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bu sebeple rehin hakkı kavramının konkordato hukuku bakımından kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Zira yukarıda da açıklandığı üzere, borçlu tarafından verilen rehin ile üçüncü kişi tarafından verilen rehnin hüküm ve sonuçları birbirinden farklıdır.

Doktrindeki bir görüşe²⁶ göre, konkordatonun rehin ile ilgili hükümlerinin yorumlanmasında İİK m. 23'ün dikkate alınması gerekir, çünkü Kanun bakımından rehin hakkından ne anlaşılması gerektiği açıkça m. 23'te hükme bağlanmıştır. Bu görüşte olanlara göre, İİK bakımından rehin hakkı kavramı, TMK'dan daha geniş olarak anlaşılmalıdır ve rehin hakkının kim tarafından kurulduğuna bağlı bir ayırım yapılmamaktadır.

Doktrindeki diğer bir görüşe²⁷ göre ise cebri icrada rehinli alacaklılar bakımından öngörülen hükümlerin gözetilmesiyle, konkordato hukuku için de sonuç çıkarılması yerinde değildir; çünkü, rehinli alacaklılar karşısında borçlu ile üçüncü kişinin hukuki durumu, cebri icra ve konkordato bakımından birbirinden farklı özellikler gösterir; özellikle cebri icrada tek bir alacaklı takip başlatmakta ve bu takip ile doğan sonuç dikkate alınmakta iken, konkordatoda borçlunun karşısında tüm alacaklıları bulunmaktadır ve konkordato mühletinin sonuçları rehinle temin edilmeyen bütün alacaklılar bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, konkordatoya ilişkin hükümlerin (örneğin İİK m. 23) cebri icraya dair hükümlerle birlikte değerlendirilmektense, borçlunun bütün malvarlığının tasfiyesini esas alan iflasa ilişkin hükümlerle birlikte dikkate alınması gerekir.

²⁶ Oğuz Atalay-Murat Atalı-Ersin Erdoğan, "Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi", <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-verdigi-rehinle-teminat-altina-alinan-alacak-konkordato-nisabinin-hesabina-dahil-edilmeli-midir/>, Başlık I, III (27.12.2022).

²⁷ Hakan Pekcanitez-Güray Erdönmez, "Üçüncü Kişinin Verdiği Rehinle Teminat Altına Alınan Alacak Konkordato Nisabının Hesabına Dahil Edilmeli Midir?", <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-verdigi-rehinle-teminat-altina-alinan-alacak-konkordato-nisabinin-hesabina-dahil-edilmeli-midir/>, Başlık III (27.12.2022).

Kanaatimizce, rehin kavramı ile ilk kastedilen borçlu tarafından verilenlerdir; bununla birlikte, İİK'nın konkordatonun hükme bağlandığı rehin hakkına ilişkin düzenlemelerin her birinin (m. 295, 297, 298, 302, 303, 307, 308/h) ayrı ayrı kendine münhasır özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesinde yarar vardır. Aşağıda bu hususa ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır:

III. ADİ KONKORDATO HÜKÜMLERİ UYARINCA ÜÇÜNCÜ KİŞİ REHİNİLE GÜVENCEYE ALINMIŞ ALACAĞIN HUKUKİ DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Alacaklılar Toplantısındaki Oy Nisabında Durumu (m. 302)

Konkordatoya ilişkin alacaklılar toplantısı, İİK'nın 301-302'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, konkordato komiserinin yaptığı ilanda (m. 301) gösterilen yer, gün ve saatte, alacaklı olduğunu iddia eden her alacaklının bir araya gelmesi konkordatoya ilişkin alacaklılar toplantısıdır (m. 302)²⁸. Alacaklılar toplantısı yapılmasındaki asıl amaç, konkordato projesine muvafakat verilip verilmemesine ilişkindir. Zira alacaklılar toplantısında, borçlunun konkordato teklifi, konkordato süreci ve borçlunun mali durumu irdelenmek suretiyle görüşülür ve alacaklıların konkordato projesi hakkında karar almaları sağlanır²⁹.

Konkordato projesi, "kaydedilen alacaklıların dörtte birini ve alacakların üçte ikisini veya kaydedilen alacaklıların ve alacakların yarısını aşan bir çoğunluğun" imzalamasıyla kabul edilir (m. 302, III). Yalnızca "*konkordato projesinden etkilenen alacaklılar*" oylamada oy kullanabilecektir (m. 302, IV).

"İİK m. 206'nın birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacakların alacaklıları" ve "borçlunun eşi ve çocuğu" ile "kendisinin ve evlilik bağı ortadan kalkmış olsa bile eşinin anası, babası ve kardeşi," alacaklı ve alacak çoğunluğuna dahil edilmez (m. 302, IV). Rehinle güvence altına alınmış alacak, İİK m. 298'e göre kıymetinin takdir edilmesiyle, teminatsız kalan kısmı bakımından hesaba dahil

²⁸ Konkordatodaki alacaklılar toplantısı, iflastaki alacaklılar toplantısından farklıdır; konkordatodaki alacaklılar toplantısı, iflastakinden farklı olarak alacaklılar hakkında çeşitli kararlar alınan bir icra organı değildir. Alacaklılar toplantısı, iflas alacaklılarının ortak iradesini yansıtan icra mahkemesinin gözetimi altında tasfiyeyi yönlendiren ve resmi ya da resmi olmayan diğer iflas organlarıyla birlikte faaliyet gösteren özel bir iflas organı olarak tanımlanabilir. Bkz. Güray Erdönmez, *İflasta Alacaklılar Toplanmasının Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 27.

²⁹ Süha Tanrıver, "İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları", *MİHBİR 13.Antalya Toplantısı*, 2015, s. 264.

edilir (m. 302, V). Çekişmeli ya da geciktirici koşula bağlı veya belirsiz vadeli alacakların hesaba dahil edilip edilmemesine ve hangi oranda dahil edileceğine ise mahkeme karar verir (m. 302, VI).

Rehnin, anapara ipoteği veya üst sınır ipoteği olmasının toplantı nisabına etkisi bakımından da ayırt edilmesi gerekir. Anapara ipoteği içerdiği borç miktarı belirli olduğu için rehinli alacaklı nisap hesabına dahil edilmemelidir³⁰. Alacağı üst sınır ipoteği ile temin edilmiş olan alacaklının ise, alacağın ipotek limiti dışında kalan kısım için alacak ve alacaklı çoğunluğu nisabında hesaba katılması gerekir³¹.

Rehinli alacaklı yalnızca rehinli alacağının teminatla karşılanamayan kısmı için konkordato projesine dahil edilecektir (m. 302, V). Üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde rehin kurulmasıyla güvence altına alınan bir alacak söz konusu ise, konkordato açısından bu alacağın rehinli alacak mı, adi alacak mı olduğunun tespit edilmesi gerekir. Başka bir deyişle konkordato nisabının hesabında rehinli alacaklıların alacak bildirimini, borçlunun malvarlığı üzerinde kurulan rehinler ve üçüncü kişilerin malvarlığı üzerinde kurulan rehinler olarak ikiye ayrılarak incelenmelidir³².

Üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacağın konkordato nisabının hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusu, konkordatoya ilişkin güncel tartışmalar arasındadır. Söz konusu tartışma, İİK'da 7101 sayılı Kanunla değişiklik yapılması sonucu ortaya çıkmıştır. 7101 sayılı Kanunun yürürlüğü öncesinde alacağı üçüncü kişinin verdiği rehniyle güvenceye alınan rehinli alacaklının alacağını, adi alacak olarak kaydettirmesi ve bu alacağın, nisap hesaplanırken dikkate alınması konusunda doktrin görüşleri³³ ve Yargıtay kararları³⁴ aynı yöndeydi. Kanunun

³⁰ Altay-Eskiocak, 2018, s. 218.

³¹ Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 1484; Serdar Kale, *Sorularla Konkordato*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 57.

³² Gürdoğan, 1967, s. 108 vd.; Levent Börü, "Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi", *İnönü Üniversitesi HFD*, 2019, C. 10, S. 1, s. 180.

³³ M. Necmeddin Berkin, *İflas Hukuku*, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 566; Kale, 2017, s. 246, 247; Kuru, 2013, s. 1485; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt IV*, 3. Bası, Alfa Yayınları, Ankara, 1997, s. 3705-3706, 3798; Postacıoğlu, 1965, s. 26-27; Süha Tanrıver-Adnan Deynekli, *Konkordatonun Tasdiki*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 99; Gürdoğan, 1967, s. 110; Altay-Eskiocak, 2018, s. 366; Coşkun, 2019, s. 204.

³⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 19.10.2000 tarihli ve E. 2000/6141, K. 2000/6939 sayılı kararı, (YKD 2001/9, s. 1385-1386); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 08.11.1991 tarihli ve E. 1991/6992, K. 1991/5896 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.06.1971 tarihli ve

yürürlüğe girmesiyle birlikte doktrinde aksi yönde görüşler³⁵ ileri sürülmüş ve bazı Bölge Adliye Mahkemeleri de istinaf başvuruları üzerine verdikleri kararlarda³⁶, üçüncü kişinin tesis ettiği rehinle güvenceye alınan alacağın, konkordato projesinde adi alacak olarak yer almasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Yargıtay ise yakın tarihli bir kararında³⁷ üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacağın, konkordato nisabında adi alacak şeklinde yer alması gerektiği yönünde içtihadını devam ettirmiştir.

Konkordato hükümlerinde “rehinli alacak” bakımından rehin konusu malın borçluya veya üçüncü bir kişiye aidiyeti hakkında bir ayrıma gidilmemekle birlikte doktrinde bizim de katıldığımız hâkim görüş³⁸, konkordatoda, ancak borçlunun malvarlığı üzerinde tesis edilen rehinle güvenceye alınan alacakların rehinli alacak olabileceği, üçüncü kişinin malvarlığında yer alan bir mal ile güvence alınanların ise konkordato bakımından adi alacak olduğu yönündedir.

1970/Ic-İf 7/417 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01.12.1988 tarihli ve E. 1988/8456, K. 1988/7231 sayılı kararı. Yargıtay kararları için bkz. Kuru, 1997, s. 3706; Altay-Eskiocak, 2018, s. 255-257; Muşul, 2018, s. 419 (dn. 372).

³⁵ Selçuk Öztekin, “Adi Konkordatoda Üçüncü Kişi Rehinin Akıbeti Hakkında Bazı Düşünceler”, <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehinin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/>, Başlık 1 (27.12.2022); Atalay-Atalı-Erdoğan, “Konkordato Nisabında Dikatte Alınıp Alınmayacağı Meselesi”, Başlık III.

³⁶ İstanbul BAM, 17.HD, 24.12.2020, E. 2020/2109, K. 2020/2211, <https://www.lexpera.com.tr/>, (27.12.2022); Ankara BAM, 23.HD, 05.11.2020, E. 2020/1403, K. 2020/1401 (Yayımlanmamıştır).

³⁷ “Somut olayda ZHR Turizm A.Ş. ve Mehmet Akif İlci taşınmazları üzerine talep eden şirket lehine ipotek tesis edildiğinden bu ipoteklerle teminat altına alınan alacaklının nisapta adi alacak olarak göz önünde bulundurulmasını gerekirken yanılığılı gerekçeyle nisap dışında tutulması yerinde olmamıştır.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.02.2021 tarihli ve E. 2021/1389, K. 2021/275 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (27.12.2022).

³⁸ Kuru, 2013, s. 511; Altay-Eskiocak, 2018, s. 255, 366; Bilgehan Yeşilova, “İİK m. 295”, **Yeni Konkordato Hukuku**, Ed.: Selçuk Öztekin, 2. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 372, 373; Börü, “Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi”, s. 181; Müjgan Tunç Yücel, “Üçüncü Kişinin Mali Üzerindeki Rehinle Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu”, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu/>, Başlık II vd. (27.12.2022); Cenk Akil, **Sorularla Adi Konkordato**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 107; Pekcanitez-Erdönmez, “Konkordato Nisabının Hesabına Dahil Edilmeli Midir?”, Başlık I vd.; Benzer yönde iflasa ilişkin İİK m. 185 hükmünde de iflas masasına girecek mallar bakımından üçüncü kişiye ait rehinli malların iflas masasına dâhil edilmesi söz konusu değildir. Berkin, 1972, s. 566; Rukiye Duran, **Konkordato Mühlet ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 191 vd.; Ayhan Akyürek-Remziye Akyürek, **Konkordato Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 377; BÖRÜ, “Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi”, s. 181.

Doktrindeki azınlık görüşü³⁹ ise, söz konusu madde metinlerinde kanun koyucu tarafından borçlu ile üçüncü kişi arasında bir ayırım yapılmadığını; bu sebeple rehin konusu malın mülkiyetinin borçluya ya da üçüncü kişiye ait olmasının bir önemi olmaksızın bu alacakların da rehinli alacak olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Konkordatoda bir alacağın rehinli alacak olarak kabul edilebilmesi için, rehne konu malın konkordato borçlusunun malvarlığında yer alması gerektiği; alacak, üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde rehin kurularak güvenceye alınmış ise, bu alacağın adi alacak şeklinde nisaba dahil edilmesi gerektiğine ilişkin doktrindeki hâkim görüşteki bir kısım yazarların gerekçeleri şu şekildedir:

Berkin'in⁴⁰ 7101 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yapmış olduğu değerlendirmeye göre, rehin borçludan başka bir kimse tarafından verilmesi durumunda rehin veren üçüncü kişi, rehinin satılmasıyla kendisinden tahsil edilen miktar bakımından asıl borçluya (konkordato teklif eden borçluya) karşı rücu hakkına sahiptir; bu durumda rehin, borçlunun malvarlığında sayılmaz ve alacak için İİK'nın 297'nci maddesinin bu çerçevede uygulanması mümkün olmayıp konkordato nisabının hesabında alacağın tamamı göz önünde bulundurulmalıdır.

Kuru'nun⁴¹ 7101 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yapmış olduğu değerlendirmeye göre ise, rehin üçüncü kişi tarafından verilmiş olması ve borçlunun borçtan şahsen sorumluluğu halinde, rehinli alacaklı alacağının tamamını konkordatoya yazdırabilir; bu durumda, rehinli alacaklı, konkordato şartları uyarınca borçludan alacağının tamamı için pay alır, üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacak bakımından konkordato zorunludur; bununla birlikte, rehinli alacaklı, konkordato mühleti içerisinde rehni veren üçüncü kişiye ve konkordato borçlusuna karşı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir.

Tunç Yücel'e⁴² göre, mühlet içindeki borçluya karşı takip yasağı, rehinli alacaklıların takip başlatabilmesi, başlatmış oldukları takibe devam edebilmesi ve

³⁹ Öztekin, "Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti", Başlık 1; Atalay-Atalı -Erdoğan, "Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi", Başlık III; Çağatay Serdar Şahin, **Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 229.

⁴⁰ Berkin, 1972, s. 566.

⁴¹ Kuru, 2013, s. 1511; Kuru, 1997, s. 3798 vd.

⁴² Tunç Yücel, 2020, s. 48-49.

rehinli malın satışının yasaklanması kuralları ile konkordato borçlusunun malvarlığının korunması amaçlanır; rehinli malın üçüncü kişinin malvarlığında yer alması durumunda muhafaza tedbirleri alınabilir ve rehinli malın satışı yapılabilir; zira konkordato üçüncü kişinin malvarlığını korumayı amaçlamadığı gibi, rehinli mal konkordato borçlusunun malvarlığında da değildir.

Pekcanitez/Erdönmez'e⁴³ göre, konkordatonun temel amacı borçlunun malvarlığını korumak olduğundan konkordato hukukunun rehinli alacaklara ilişkin düzenlemelerinin sadece borçlu tarafından verilen rehinler bakımından uygulanması gerekir.

Altay/Eskiocak'a⁴⁴ göre, rehin veren üçüncü kişinin, rehin sebebiyle asıl borçlu olan konkordato borçlusunun borcunu ödemesi halinde, borçluya rücu etme hakkı bulunmaktadır; alacağı üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacaklı, konkordato nisabına dahil edilmezse, rehin veren üçüncü kişinin konkordato borçlusunun borcunu ödemesi halinde, halefiyet gereği, alacaklının yerine geçerek konkordato borçlusuna rücu etmesi zorlaşacaktır. Diğer yandan, bu alacaklı konkordato nisabına dahil edilmemesi sebebiyle teminat sağlayamayacağından (m. 305, I-d), rehin tesis eden üçüncü kişi rücu hakkının bu güvencesinden de yararlanamayacaktır.

Yukarıdaki görüşlerden de anlaşıldığı üzere, doktrindeki ağırlıklı görüşün temel gerekçesi, rehin veren üçüncü kişinin alacaklının yerine geçerek borçluya rücu edebilmesi ve konkordatonun amacının borçlunun malvarlığını koruma olduğu düşüncesidir.

Aksi yönde üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacağın konkordato nisabına dahil edilemeyeceğine ilişkin doktrindeki bir kısım görüşlerin gerekçeleri ise şu şekildedir:

Öztek⁴⁵, 4949 sayılı Kanun'la 2003 yılında Kanunda yapılan değişiklik öncesinde, rehin konusu malın üçüncü kişinin olması halinde, rehin sahibi alacaklının üçüncü kişi aleyhine rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceğini, rehin veren üçüncü kişinin konkordato borçlusuna rücu etme imkanının olacağını; 2003'teki değişiklikte birlikte bu imkan ortadan kalktığı için, rehin veren üçüncü kişinin konkordato mühleti boyunca rücu etme imkanının bulunmadığı-

⁴³ Pekcanitez-Erdönmez, "Konkordato Nisabının Hesabına Dahil Edilmeli Midir?", Başlık III.A.2.

⁴⁴ Altay-Eskiocak, 2018, s. 366 vd.

⁴⁵ Öztek, "Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti", Başlık 1.

nı, diğer yandan 7101 sayılı Kanun'la getirilen değişiklik sonrası, rehin veren üçüncü kişinin konkordato borçlusundan olan alacağının teminatsız kalmasının artık mümkün olmamasının da bu neticeyi desteklediğini ifade ederek, üçüncü kişi tarafından verilen rehinle güvenceye alınan alacağın m. 302 uyarınca adi alacak olarak görülemeyeceğini ifade etmiştir.

Atalay/Atalı/Erdoğan'a⁴⁶ göre, 7101 sayılı Kanun değişikliği öncesinde üçüncü kişinin konkordato borçlusuna karşı sahip olduğu rücu alacağının teminatsız kalacağı düşüncesi, aksi yönde ileri sürülen görüşlerin dayanağı olup değişiklikle birlikte bu düşüncenin pozitif temeli bulunmamaktadır; yazarlar mülkiyeti üçüncü kişinin olan bir malın rehin verilmesiyle temin edilmiş olan bir alacağı (ve alacaklıyı), adi alacak olarak kabul ederek konkordato projesinin oylamasına dahil etmenin (m. 302), diğer yandan bu alacağı rehinli alacak kabul ederek m. 308/h,III hükmündeki rehinli alacakların yapılandırılabilmesi amacıyla "2/3 şeklinde öngörülen nisaba" dahil etmenin açıkça bir çelişki oluşturacağını belirtmişlerdir; yine yazarlara göre konkordatonun tasdik edilip edilmemesine bağlı olmaksızın alacağına hangi sürede ve ne oranda kavuşacağı hususunda konkordato projesinden etkilenmeyecek bir rehinli alacaklının, konkordato projesinin oylamasına katılması yerinde değildir; ayrıca kanun koyucu rehni kim tarafından verildiği konusunda bir ayırım yapmamıştır.

Yazarların gerekçelerinin temelini 7101 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle birlikte konkordatonun kabulünde her alacak için artık teminat aranmadığından üçüncü kişinin rücu hakkını kullanmasının mümkün olmadığı yönündeki görüşlerin dayanaksız kaldığı ve kanun koyucunun konkordatoda rehin hükümlerine ilişkin borçlu ile üçüncü kişi arasında bir ayırım yapmadığı gerekçeleri oluşturmaktadır.

Konkordato projesi, borçlunun malvarlığı dikkate alınarak hazırlanır ve buna göre konkordatonun başarıya ulaşma ihtimali değerlendirilir. Üçüncü kişiye ait bir malın üçüncü kişinin ve borçlunun rızası olmaksızın konkordato projesine dahil edilmesi söz konusu değildir. Konkordato ile asıl amaçlanan borçlunun malvarlığının korunmasıdır; örneğin konkordato ile iflasa tabi bir borçlunun malvarlığı korunarak iflası engellenebilir⁴⁷. Konkordatoya ilişkin düzenlemelerin

⁴⁶ Atalay-Atalı-Erdogan, "Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi", Başlık III.

⁴⁷ Şanal Görgün-Levent Börü-Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 588; Pekcanitez-Erdönmez, "Konkordato Nisabının Hesabına Dahil Edilmesi Midir?", Başlık III.

hüküm ve sonuçları borçlu bakımından doğmaktadır. Aksinin kabulü konkordatonun ve kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır. Bu anlamda üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacağın, adi alacak kabul edilerek konkordato nisabına dahil edilmesi konkordatonun amacına uygun olacaktır⁴⁸.

Rehnin üçüncü kişi tarafından gösterildiği durumlarda alacaklının alacağı-
nın konkordato nisabının hesabında dikkate alınması gerektiği Yargıtay kararlarında da vurgulanmıştır⁴⁹. Doktrinde bir görüş⁵⁰, ipoteği sağlayan üçüncü kişinin konkordato teklif eden borçlu şirket ortağı olması ve fabrikanın kurulu bulunduğu taşınmazın mülkiyetinin bu ortağa ait olması halinde konkordatonun amacına ulaşmasında sorunlar ortaya çıkabileceğini belirterek aksi yöndeki görüşleri eleştirmiştir.

Konkordato ile amaçlanan yukarıda da ifade edildiği üzere borçlunun malvarlığının korunması olup konkordato projesinde de borçlunun malvarlığı değerleri dikkate alınmaktadır. Zira Yargıtay'a göre de kendi malvarlığı üzerinde rehin tesis eden üçüncü kişinin borçlu şirketin ortağı olması hâlinde de söz konusu rehinli alacak konkordato nisabında dikkate alınmalıdır⁵¹. Nitekim Yargıtay HGK yeni tarihli bir kararında⁵² da konkordato hükümlerinin sadece borçlu tarafından verilen rehinler hakkında uygulanacağını, borçlu için verilen mühletten üçüncü kişinin de yararlanacağını kabul edilmesi halinde, alacaklının üçüncü kişiden teminat istemesinin bir anlamının kalmayacağını, bu nedenlerle üçüncü kişinin verdiği rehinde, rehinli alacaklının alacağının tamamını konkordatoya yazdırmasının ve oy kullanma hakkının verilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir.

⁴⁸ Pekcanitez-Erdönmez, "Konkordato Nisabının Hesabına Dahil Edilmeli Midir?", Başlık III; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.02.2021 tarihli ve E. 2021/1389, K. 2021/275 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (27.12.2022); Yeşilova, 2019, s. 372, 373. Aksi yönde görüş için bkz. Hakan Pekcanitez vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 530.

⁴⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.02.2021 tarihli ve E. 2021/1389, K. 2021/275 sayılı kararı.

⁵⁰ Selçuk Öztekin, "Üçüncü Kişi Rehniyle Temin Edilmiş Bir Alacağın Adi Konkordato Nisabının Hesaplanmasındaki Hukuki Durum (Son Güncel Gelişmeler)", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, 16(47), 2020, s. 749; Öztekin, "Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti", Başlık 2.

⁵¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 08.11.1991 tarihli ve E. 1991/6992, K. 1991/5896 sayılı kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (27.12.2022).

⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.03.2022 tarihli ve E. 2021/(15)6-772, K. 2022/240 sayılı kararı (Yayımlanmamıştır.). Aynı yönde bkz. Görgün-Börü-Kodakoğlu, 2022, s. 612.

Konkordato hükümleri açısından İsviçre İİK, Kanunumuzun mehzarını teşkil etmektedir. Bu sebeple konuyla ilgili İsviçre hukukundaki gelişmeler ülkemiz hukuk sistemi için de önemlidir. İsviçre hukukunda gerek doktrinde⁵³ gerek Federal Temyiz Mahkemesi Kararlarında⁵⁴ üçüncü kişi rehniyle teminat altına alınan alacak (Drittpfand), konkordato projesi bakımından (iflas hukukunda olduğu gibi) adî alacak olarak nitelendirilmiştir ve konkordato nisabında bu alacağın tamamının toplantı nisabında dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıca İsviçre İflas Dairelerinin Yönetimi Hakkındaki Yönetmelik (Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter)⁵⁵ m. 61’de de alacağın tamamının veya bir kısmının üçüncü kişiye ait malın rehnedilmesi şeklinde teminat altına alındığı alacak iflas sıra cetvelinde adi alacak (ungesicherte Forderung) olarak kaydedileceği açıkça hükme bağlanmıştır.

B. Alacaklılar Kurulunun Oluşumundaki Durumu (m. 289)

İflas dışı konkordatodaki alacaklılar kurulu (iflas dışı) İİK m. 289, IV; m. 290, son fıkra; m. 292, III ve 30671 sayılı Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik’te hükme bağlanmıştır. Bu hükümler dikkate alındığında alacaklılar kurulu; kesin mühlet verilmesiyle birlikte veya bu sürede alacaklılar arasından belirli bir sayıyı geçmemek üzere konkordato komiserini denetleyen veya ona tavsiyelerde bulunan, oluşturulması kural olarak ihtiyari bazı halde ise zorunlu olan bir kontrol-danışma organıdır.⁵⁶

Alacaklılar kurulu, mahkeme tarafından kesin mühlet kararında ya da kesin mühlet içerisinde uygun bir vakitte oluşturulabilir (m. 289, IV; Yön. m. 22). “Alacaklı sayısı iki yüz elliyi yahut alacak miktarı yüz yirmi beş milyon Türk Lirası tutarını aşıyorsa ve en az üç alacaklı sınıfı bulunuyorsa”, alacaklılar kurulunun oluşturulması zorunludur (m. 289, IV; Yön m. 22, II). Alacaklılar kurulunu mah-

⁵³ Hans Ulrich Hardmeier, “Art 305 SchKG”, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Ed.: Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin, 2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010, N. 30; Hans Ulrich Hardmeier, “Art 310 SchKG”, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Ed.: Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin, 2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010, N. 11; Daniel Hunkeler- Georg J. Wohl, “Art 310”, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, Ed.: Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock, 4 th, Schulhess 2017, N. 8.

⁵⁴ BGE 87 III 117.

⁵⁵ Bkz. www.admin.ch, (27.12.2022).

⁵⁶ Levent Börü, “Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu”, *İnönü Üniversitesi HFD*, 2018, C. 9, S. 2, s. 343.

keme takdir edecektir. Mahkeme alacaklılar kurulunda hakkaniyete uygun şekilde alacaklıları, hukuki durumu bakımından birbirinden farklı alacaklı sınıflarını ve varsa rehinli alacaklıları oluşturmalıdır (m. 289, IV; Yön. m. 21).

Alacaklılar kurulunda rehinli alacaklıları temsil eden üyelerin seçiminde yalnızca mülkiyeti borçlu tarafından verilmiş rehinli alacaklılar dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla konkordato borçlusu için üçüncü kişi tarafından rehin tesis edilmişse rehinli alacaklılar sınıfından oluşturulan kurulun üyeleri kapsamında değerlendirmeye alınmamalıdır. Bununla birlikte bu tür alacaklı grupları adi alacaklıları temsil edecek şekilde kurul üyesi seçilmesine de bir engel oluşturmamalıdır.

C. Faizin Durması Bakımından Durumu (m. 294)

Tasdik edilen konkordato projesinde aksi belirtilmedikçe, rehinle temin edilmemiş her türlü alacak için kesin mühlet tarihinden itibaren faiz işlemesi durur (m. 294, III). Bu hükme göre adi alacaklılar ile rehinli alacaklar bakımından faizin işlemesi farklıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere⁵⁷, üçüncü kişinin maliyle rehnedilmiş alacaklar adi alacak olarak kabul edildikleri için kesin mühlete kadar faiz işlemeye devam etmelidir⁵⁸. Bu noktada doktrinde faizin başlangıcı yönünde bir tartışma bulunmaktadır.

Bizim de katıldığımız doktrindeki bir görüşe⁵⁹ göre, kanun metnindeki açık ifade sebebiyle, konkordato projesinde aksi belirtilmedikçe konkordatoya tabi adi alacaklar için faiz, konkordato kesin mühlet tarihine kadar işletilmelidir.

Doktrindeki diğer bir görüşe⁶⁰ ve Yargıtay'ın son zamanda vermiş olduğu bir Karara⁶¹ göre, İİK m. 294, III hükmü kesin mühlet tarihi itibarıyla, rehinle

⁵⁷ Bkz. yuk. III, B.

⁵⁸ Tunç Yücel, 2020, s. 185.

⁵⁹ Pekcanitez-Erdönmez, 2018, s. 55; Börü, "Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi", s. 178.

⁶⁰ Beşir Fatih Doğan, "Adi Konkordatoda Faize İlişkin Özellikli Durumlar", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2022, C. 8, S. 2, s. 380; Tunç Yücel, 2020, s. 185.

⁶¹ "İİK 288/1 maddesi uyarınca geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurur. İİK 294/3 maddesi ise *Tasdik edilen konkordato projesi aksine hüküm içermediği takdirde kesin mühlet tarihinden itibaren rehinle temin edilmemiş her türlü alacağa faiz işlemesi durur*. Hükmünü içermektedir. Somut olayda, konkordato talep eden davacının projesinde faize dair herhangi bir kabulünün bulunmadığı, yukarıda anılan kanun maddeleri gereğince kesin mühletin faize ilişkin düzenlemesi geçici mühleti de kapsayacağından konkordatoya tabi borçların geçici mühlet tarihinden itibaren faizsiz olarak ödenmesinin kararlaştırılması gerekir." Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 23.06.2021 tarihli ve E. 2021/2089, K. 2021/2943 sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/>, (27.12.2022).

güvenceye alınmamış alacaklara faiz işlemeyeceğine ilişkindir; fakat maddenin tamamını geçici mühletin sonuçlarına ilişkin m. 288 ile birlikte değerlendirmek gerekir; İİK m. 288, 1'e göre geçici mühletin kesin mühlet sonuçlarını doğurması sebebiyle geçici mühlet tarihinden itibaren konkordatoya tabi adi alacaklar için faizin durması gerekir.

D. Rehinli Alacaklıların İcra Takibi Yapabilmesi Yönüyle Durumu (m. 295)

Konkordato mühleti içerisinde borçlu aleyhine takip yasağı getirilmiştir (m. 294). Bununla birlikte m. 295'e göre, "konkordato mühleti içerisinde rehinle teminat altına alınmış alacaklar için rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılması ve başlayan takiplere de devam edilebilmesi mümkündür; fakat rehinli mala ilişkin muhafaza tedbiri uygulanamaz ve rehinli mal satılamaz".

Konkordato projesinde işletmenin rehinli malı kullanması öngörülmemiş veya rehinli malın kıymeti düşecek ya da muhafaza altına alınması masraflı olacak ise m. 297, II usul uyarınca satışı için izin verilebilir⁶². Satışla elde edilen tutardan rehinli alacaklıya rehin tutarı kadar ödeme yapılabilir (m. 295, II). Maddede sadece rehin ifadesi kullanıldığı için borçlunun bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini rehin kapsamında değerlendirmek gerekir⁶³.

Bir alacağın teminatı olarak gösterilen rehinli mal borçluya veya üçüncü kişiye ait olabilir (TMK m. 881/2). Çalışmanın konusu bakımından önem arz eden husus, üçüncü kişinin malvarlığında yer alan ve konkordato borçlusunun borcu için rehin verilen malın, konkordato mühleti içerisinde rehinin paraya çevrilmesi yoluyla satılıp satılamayacağıdır. Bu anlamda m. 295'te öngörülen yasağın kapsamına, üçüncü kişiye ait rehinli malların dâhil olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır⁶⁴ ve bu sebeple değerlendirilmelidir.

Konkordato hukuku ile yeniden yapılandırma yöntemi olarak benzerlik gösteren yürürlükten kaldırılan iflas erteleme kurumu için öngörülen m. 179/b uyarınca erteleme kararı sonrası rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapıla-

⁶² "Borçlu mahkemenin izni olmaksızın mühlet kararından itibaren rehin tesis edemez. İİK m. 297/2 borçlu tarafından verilen rehinlerin kural olarak yasak kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, borçlu lehine üçüncü bir kişinin rehin vermesine bir engel yoktur. Borçlunun yeni kredi talebinin temini için üçüncü bir kişinin rehin göstermesi durumunda mahkemenin izin alınması gerekmez". Bkz. Cemil Simil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 127.

⁶³ Simil, 2020, s. 127.

⁶⁴ Tunç Yücel, 2020, s. 88.

bilse de bu takip sebebiyle rehinli mal hakkında muhafaza tedbirlerinin alınması ve malın satılması yasaklanmıştır⁶⁵. Yargıtay 19. HD., iflasın ertelenmesi döneminde vermiş olduğu kararda kurumun amacını dikkate alarak, mülkiyeti üçüncü kişiye ait rehinli malın satılabileceğini belirtmişti⁶⁶.

Üçüncü kişiyle borçlu arasında mecburî takip arkadaşlığı gerekçesine dayanan Yargıtay 12. HD. ise rehin konusu malın satışı için söz konusu olan yasağı yalnızca mülkiyeti borçlunun olan rehinli mallar bakımından değil, mülkiyeti üçüncü kişinin olan rehinli mallar bakımından da kabul etmektedir⁶⁷. Yargıtay HGK da yakın tarihli bir kararında aynı sonuca ulaşmıştır⁶⁸.

Köroğlu⁶⁹ ve Şahin'e⁷⁰ göre, rehin borçlu yerine üçüncü kişi tarafından tesis edilmiş olsa dahi üçüncü kişiye ait mal satılamamalı ve mal hakkında muhafaza tedbiri alınamamalıdır.

Öztek⁷¹ rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte borçlu ve üçüncü kişi arasında şekli zorunlu takip arkadaşlığı (m. 149, m. 149/b) bulunduğunu, borçlu bakımından öngörülen tedbirlerin üçüncü kişiye de sirayet edeceğini ileri sürmektedir.

⁶⁵ Bkz. Öztek, "(Son Güncel Gelişmeler)", s. 754.

⁶⁶ "İİK'nın 179/6. maddesinin ikinci fıkrasında iflasın ertelenmesi kararının ipotekli takipler yönünden sonucu düzenlenmiştir. Kural olarak iflasın ertelenmesi kararı ipotekli takipleri durdurmaya ancak satış işlemi yapılamayacaktır. İflasın ertelenmesinin temel amacı erteleme süresince şirketin aktiflerinin korunması, çalıştırılması, bu şekilde pasiflerin azaltılmasıdır. İİK'nın 179/a maddesinde iflasın ertelenmesini talep eden şirketin malvarlığının korunması için mahkemeye her türlü tedbiri alma yetkisi tanınmıştır. Tedbirlerin erteleme talebinde bulunan şirket yönünden uygulanacağı kabul edildiğinden şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan kefil veya ipotekli taşınmaz maliklerinin hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilmesi mevcut düzenlemeye aykırıdır..." Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 07.04.2005 tarihli ve E. 2005/2033, K. 2005/3760 sayılı kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (27.12.2022).

⁶⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 05.07.2018 tarihli ve E. 2018/10525, K. 2018/7456 sayılı kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (27.12.2022); Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 22.11.2018 tarihli ve E. 2018/1612, K. 2018/11973 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (27.12.2022).

⁶⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.07.2019 tarihli ve E. 2017/12-760, K. 2019/838 sayılı kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/>, (27.12.2022).

⁶⁹ Anıl Köroğlu, "Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçerisinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m. 295)", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, C. 78, S. 1, 2020, s. 156.

⁷⁰ Şahin, 2020, s. 230.

⁷¹ Öztek, "(Son Güncel Gelişmeler)", s. 750; Öztek, "Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti", Başlık 1; Aynı yönde bkz. Sakarya BAM, 8.HD, 22.03.2019, E. 2019/188, K. 2019/258, (Öztek, "Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti"); Aynı yönde Akyürek-Akyürek, 2019, s. 388.

Yeşilova⁷² ve Tunç Yücel⁷³ ise, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki mecburî takip arkadaşlığının olmasının üçüncü kişiye ait rehinli malın konkordato mühletinde paraya çevrilmesine engel oluşturmayacağı düşüncesindedir; zira rehinli mal maliki üçüncü kişiyle borçlunun takipte beraber taraf olması şekli bir gerekliliktir ve üçüncü kişiyle borçlunun takipte birlikte hareket etme zorunluluğu yoktur.

Postacıoğlu'na⁷⁴ göre, rehin üçüncü kişi tarafından gösterilmiş ise, m. 295'teki prosedüre uygulanmak şartıyla alacağın tamamı konkordato kapsamında olacak ve alamadığı kısım için rehin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişebilecektir.

Yukarıda ifade edildiği üzere⁷⁵ üçüncü kişiye ait rehinli mal konkordato prosesine dahil edilmemelidir. Konkordato, borçlu bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurur. Rehinli mala ilişkin muhafaza ve satış yasağı, konkordato borçlusunun malvarlığını korumayı amaçlamaktadır. Konkordatonun, üçüncü kişinin malvarlığını koruma amacı bulunmamaktadır. Üçüncü kişinin malvarlığında yer alan rehinli malın satışının konkordato borçlusunun pasifini de arttırmaz⁷⁶. Bu anlamda üçüncü kişiye ait bir mal bakımından muhafaza ve satış yasağı söz konusu değildir ve üçüncü kişinin olan rehinli malın konkordato mühleti içerisinde rehin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip neticesinde satılabilmesi mümkündür⁷⁷.

Üçüncü kişinin verdiği rehinle güvenceye alınan alacak, adi alacak kabul edilerek nisaba dâhil edilse de bu alacak bakımından TMK ile İİK'daki rehin paraya çevrilmesi düzenlemeleri uyarınca rehinli alacak niteliği hala mevcut olduğundan, rehinli alacaklı üçüncü kişiye karşı rehin paraya çevrilmesi yoluna başvurabilecektir⁷⁸. Nitekim Yargıtay da yeni tarihli bir kararında⁷⁹ m. 295'in

⁷² Yeşilova, 2019, s. 373.

⁷³ Tunç Yücel, "Alacağın Konkordatodaki Durumu", Başlık VI.

⁷⁴ Postacıoğlu, 1965, s. 105.

⁷⁵ Bkz. Yuk. III, A.

⁷⁶ Tunç Yücel, "Alacağın Konkordatodaki Durumu", Başlık II; Pekcanitez-Erdönmez, "Konkordato Nisabının Hesabına Dahil Edilmeli Midir?", Başlık III, 2.

⁷⁷ Kuru, 2013, s. 1464; Akil, 2019, s. 142; Talih Uyar, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, TBB: 369, 2019, s. 95.

⁷⁸ Tunç Yücel, "Alacağın Konkordatodaki Durumu", Başlık VI; Levent Börü-Şafak Parlak Börü, "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, C. 78, S. 3, s. 1257; Duran, 2020, s. 199.

konkordatonun başarıya ulaşması için borçlunun malvarlığının korunması amacıyla doğru orantılı bir hüküm olduğunu, konkordato kapsamında üçüncü kişinin sağladığı rehlin, paraya çevrilmesinin durdurulmasının kanun koyucunun amaçladığı bir netice olmadığını belirtmiştir.

E. Konkordatonun Tasdiki Sonucunda Rehinli Malların Muhafaza ve Satışının Ertelenmesi (m. 307)

Konkordatonun tasdiki kararıyla birlikte rehinli alacaklılar, rehinli mala ilişkin muhafaza ve satış işlemlerini yapabilirler; konkordato projesinde konkordatonun tasdikinin kesinleşmesiyle bağlayıcı olacağı borçlu tarafından belirtilmediyse, rehinli malın paraya çevrilmesi için konkordatonun tasdikinin kesinleşmesi de gerekmez (m. 308/c, I).

Konkordatoyu tasdik edecek olan mahkeme, tasdik kararıyla birlikte, şartları varsa, rehin konusu malın muhafaza altına alınması ile satışının karar tarihi itibarıyla bir yıl süreye kadar ertelenmesine karar verebilir (m. 307). Mahkemenin rehinli mallar için erteleme kararını tasdik kararıyla aynı anda vermesi gerekir. Bu anlamda üçüncü kişiye ait rehinli bir mal bakımından da erteleme kararının kapsamı içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenmelidir.

İlgili maddenin (m. 307) alt komisyon gerekçesinde⁸⁰ “önergeyle, rehinli malın üçüncü kişiye ait olması durumunda da bu madde uyarınca erteleme kararı alınabilmesi sağlanmakta...” ifadeleri bulunmaktadır. Dolayısıyla madde alt komisyon gerekçesine göre, üçüncü kişiye ait rehinli mallar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Doktrindeki azınlık görüşüne göre⁸¹, konkordatonun tasdiki kararıyla rehinli malların satışının durdurulmasının sebebi, borçlu işletmenin faaliyetine devam edebilmesi bakımından zorunlu olan malların borçludan alınması önlenerek mahkemece tasdiklenen konkordato projesinin başarıya ulaşmasını sağlamaktır; buna göre m. 295 ile 307 arasındaki benzerlik rehinli malların kapsamı (İİK m. 23) bakımından da uyumludur; m. 307’de de m. 295’e paralel olarak bir ayırım yapılmaksızın tüm rehinli malların satışının ertelenmesi mümkündür.

⁷⁹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.02.2021 tarihli ve E. 2021/1389, K. 2021/275 sayılı kararı.

⁸⁰ Uyar, 2019, s. 136.

⁸¹ Köroğlu, “(İİK m. 295)”, s. 153-155.

Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe⁸² göre, konkordato borçlusunun borcuna üçüncü kişi rehin vermişse m. 307 kapsamında değerlendirmeye alınmamalıdır; çünkü bu maddeyle konkordatonun tasdikine kadar borçlunun elinde bulunan ve borçlunun işletme faaliyetinin devamı için zorunlu olan rehinli malların, konkordatonun tasdikinden sonra da borçlunun uhdesinde kalmasını sağlamak amaçlanmıştır.

F. Rehlinli Malların Kıymetinin Takdiri Bakımından Durumu (m. 298)

Komiser, görevlendirilmesinin ardından borçlunun malvarlığında yer alan bütün malların kaydını çıkarır ve bunların kıymetlerini takdir eder. Komiser, rehinli mallara ilişkin kıymet takdiri kararını alacaklılar tarafından incelenmesi için hazırlar ve bu kararı alacaklılar toplantısı öncesinde borçlu ile rehinli alacaklılara yazılı olarak bildirir (m. 298).

Konkordato komiseri, sadece mülkiyeti borçluya ait malların defterini tutmakta ve kıymetini takdir etmektedir. Borçlunun borcunu temin eden üçüncü kişiye ait malın ise m. 298 hükmünce kıymet takdirinin yapılmasına gerek yoktur. Üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacağın, rehinli alacak kabul edilmesi halinde rehin konusu malın kıymeti takdir edilmediğinden teminatsız kalan kısım belirlenemeyecektir⁸³.

Üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacağın adi alacak olarak kabulüyle konkordato nisabına dahil edilmesi gerek üçüncü kişi gerekse de alacaklının haklarını koruyacaktır. Rehlinli malın maliki borçtan rehinli malın değerince sorumlu iken, borçlu borçtan şahsen sorumludur. Alacaklı alacağının tamamını projeye yazdırır ve konkordato tasdik edilirse alacaklı proje kapsamında alacağını alabilecek ve rehin konusu malın maliki üçüncü kişinin rücu hakkı doğabilecektir⁸⁴.

G. Borçtan Birlikte Sorumlu Olanlara Karşı Haklar Yönüyle Durumu (m. 303)

Alacaklının borçtan birlikte sorumlu kişilere karşı sahip olduğu haklarla ilgili olarak m. 303'te düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede alacaklının konkordato projesine muvafakat edip etmemesine göre, birlikte borçlu olanlara karşı

⁸² Tunç Yücel, "Alacağın Konkordatodaki Durumu", Başlık VII; Ali Cem Budak-Serdar Kale, "İİK m. 307", *Yeni Konkordato Hukuku*, Ed.: Selçuk Öztek, 2. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 552; Pekcanitez-Erdönmez, 2018, s. 151; Pekcanitez-Erdönmez, "Konkordato Nisabının Hesabına Dahil Edilmeli Midir?", Başlık III, A, 3; Sarısözen, 2021, s. 529.

⁸³ Tunç Yücel, "Alacağın Konkordatodaki Durumu", Başlık V.

⁸⁴ Tunç Yücel, "Alacağın Konkordatodaki Durumu", Başlık V.

ileri sürebileceği haklarını tam olarak koruyabilmesi için yapması gerekenler hüküm altına alınmıştır. 7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu m. 303'te "müşterek borçlu, borçlunun kefilleri ve borcu tekeffül eden" yerine "borçtan birlikte sorumlu olanlar" ifadesi kullanılmıştır.

Borç ilişkisinin borçlu tarafında birden çok kişinin yer alması hali, "birlikte borçluluk" şeklinde ifade edilebilir; bu husus kanun hükmüyle, tarafların iradeleriyle ya da borç konusu olan edimden doğabilir. Bu halde aynı borç ilişkisinde sorumluluk, birden fazla kişide toplanmalıdır⁸⁵. Birlikte borçlu kavramına, borçlunun borcu için müteselsil ya da ikincil (tali) şekilde yükümlülük alan herkes dahildir; bu anlamda maddenin sınırlayıcı değil, örnekleyici bir düzenleme getirdiğini söyleyebiliriz⁸⁶. Buna göre konkordato borçlusunu yanında borçtan müteselsil sorumlu olanlar; rehin veren üçüncü kişi, garanti veren, kefil veya özel bir hukuki ilişki nedeniyle borcun tarafı olan kişiler olabilir⁸⁷.

Alacağı üçüncü kişi rehniyle temin edilmiş alacaklı da İİK m. 303 hükmü çerçevesinde hareket edebilecektir. İİK m. 303 uyarınca alacaklının konkordatoya muvafakat edip etmemesine göre bir sonuç bağlanmıştır. Üçüncü kişi rehniyle teminat altına alınan alacağın alacaklısının konkordato projesinde oy kullanmasının önemi, üçüncü kişinin rücu hakkı bakımından burada da ortaya çıkmaktadır. Zira borçlunun borcu için üçüncü kişinin rehin göstermesi durumunda borç ödenmez ve bu nedenle rehin paraya çevrilirse, rehin sahibi üçüncü kişi, borçluya rücu edebilecektir⁸⁸. Bu anlamda üçüncü kişi rehniyle güvenceye alınan alacağın alacaklısının konkordato projesine adi alacaklı olarak kaydedilerek oy hakkına sahip olduğunun kabulü, maddenin lafzı ve amacına da uygun olacaktır⁸⁹. Alacaklı rehlinli malın maliki üçüncü kişiye başvurmak için m. 303'te aranan şartları yerine getirmelidir.

Alacağı üçüncü kişi rehniyle teminat altına alınan alacaklı, konkordatoya süresi içerisinde kayıt yaptırmış olması kaydıyla rehin tesis eden üçüncü kişiye

⁸⁵ Nurcihan Dalcı Özdoğan, *Müteselsil Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 50.

⁸⁶ Alexander Vollmar, "Art 303 SchKG", *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Ed.: Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin, 2 Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010, N 7; BGE 121 III 191 E. 2.

⁸⁷ Börü-Parlak Börü, "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri", s. 1258; Tunç Yücel, "Alacağın Konkordatodaki Durumu", Başlık IV.

⁸⁸ Cenk Akil, "Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları", *TBB Dergisi*, S. 141, 2019, s. 245.

⁸⁹ Tunç Yücel, "Alacağın Konkordatodaki Durumu", Başlık IV.

karşı başvuru hakkını koruyacaktır. Aksi halde rehinli malın maliki üçüncü kişinin konkordato borçlusundan rücu alacağını elde etme imkânını zorlaştıracaktır⁹⁰. Nitekim Yargıtay da bir kararında⁹¹ üçüncü kişinin verdiği rehinle güvenceye alınan alacağın, adi alacak şeklinde nisaba dâhil edilmesini, rehin veren üçüncü kişi ile borçlunun m. 303'e göre hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir.

H. Rehlinli Alacaklılarla Müzakere ve Borçların Yapılandırılmasındaki Durumu (m. 308/h)

“Rehlinli alacaklılarla müzakere ve borçların yapılandırılması”, iflas dışı konkordatoyla ilişkili ancak ondan ayrı bir borçların yapılandırılması usulüdür. Başka bir deyişle iflas dışı konkordatoda borçlu, alacaklı lehine rehin verilmiş olan borçların yapılandırılmasını (ön) projede yer alması şartıyla m. 308/h gereği talep edebilecektir.

Rehlinli alacaklıların, alacak miktarı bakımından “üçte ikiyi aşan çoğunluğu” ile anlaşılmalıdır. İşte rehinli alacak miktarı nisabının hesaplanmasında borçlu tarafından verilen rehinler dikkate alınmalıdır. Başka bir deyişle rehinli alacaklılar arasında yapılan oylamaya (m. 308/h), sadece alacağı borçlu tarafından tesis edilen rehinle güvence altına alınan alacaklılar katılır; çünkü madde hükmü kapsamında üçüncü kişinin verdiği rehinle güvence altına alınan alacakların da dikkate alınacağına ilişkin ifade bulunmamaktadır⁹². Alacağı üçüncü kişinin verdiği rehinle güvenceye alınan alacaklı ise, adi alacaklılar arasındaki oylamada oy kullanacaktır (m. 302).

SONUÇ

İİK'da 7101 Sayılı Kanun'la getirilen değişiklikler sonrasında konkordato hükümlerinde yer alan rehin kavramının kapsamı içerisinde borçlu tarafından verilen rehinlerin dışında ayrıca üçüncü kişiler tarafından verilenlerin de dahil olup olmadığı doktrinde ve Yargı kararlarında tartışma konusu olmuştur. Özel-

⁹⁰ Aksi yönde görüş için bkz. Öztekin, “Üçüncü Kişi Rehminin Akıbeti”, Başlık 1; Öztekin, “(Son Güncel Gelişmeler)”, s. 749 vd.

⁹¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 16.02.2021 tarihli ve E. 2021/1389, K. 2021/275 sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (27.12.2022).

⁹² Baki Kuru-Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 513; Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 726; Tunç Yücel, “Alacağın Konkordatodaki Durumu”, Başlık VII; Pekcanitez-Erdönmez, “Konkordato Nisabının Hesabına Dahil Edilmeli Midir?”, Başlık III, 3; Atalay-Atalı-Erdoğan, “Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi”, Başlık III; Aksi yönde görüş için bkz. Pekcanitez vd., 2022, s. 530.

likle yapılan kanun değişikliği sonucu bütün alacaklar için aranan teminat koşulunun kalkmasıyla birlikte doktrinde alacağın üçüncü kişi rehniyle teminat alınması halinde de bu alacağın, konkordato rehinli alacak olarak kabul edilerek konkordato nisabına dâhil edilemeyeceği yönünde görüşler ortaya çıkmıştır.

Konkordatoya ilişkin İİK'nın rehin hükümlerinin, kanun koyucunun ve konkordatonun amacı doğrultusunda sadece borçlu tarafından verilen rehinler hakkında uygulanması yerinde olacaktır. Üçüncü kişiye ait bir mal kural olarak konkordato projesine dâhil edilmemekte; proje, borçlunun malvarlığı dikkate alınarak hazırlanmaktadır. Zira konkordato ile amaçlanan borçlunun malvarlığının korunmasıdır. Konkordatoya ilişkin düzenlemelerin hüküm ve sonuçları borçlu bakımından doğmaktadır. Aksinin kabulü konkordatonun ve kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır. Bu anlamda üçüncü kişi rehniyle teminat altına alınan alacak, adi alacaktır ve konkordato nisabına dâhil edilmelidir.

Rehinli mala ilişkin muhafaza ve satış yasağı (m. 295), konkordato borçlusunun malvarlığının korunması amacına hizmet etmektedir. Mülkiyeti üçüncü kişinin olan rehin konusu malın satışı, konkordato borçlusunun malvarlığının pasif kısmını da artırmayacağından, m. 295 uyarınca üçüncü kişiye ait bir mal bakımından muhafaza ve satış yasağı söz konusu değildir. Üçüncü kişinin rehinli malının konkordato mühleti içerisinde rehinin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip sonucunda muhafaza altına alınmasına ve satılmasına kanunen bir engel bulunmamaktadır.

Alacaklılar kurulunda rehinli alacaklıları temsil eden üyelerin seçiminde yalnızca mülkiyeti borçlu tarafından verilmiş rehinli alacaklılar dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla konkordato borçlusu için üçüncü kişi tarafından rehin tesis edilmişse rehinli alacaklılar sınıfından oluşturulan kurulun üyeleri bu kapsamda değerlendirmeye alınmamalıdır.

Üçüncü kişiye ait rehinli malın gerekçe uyarınca m. 307 kapsamında olduğu söylene dahi bu husus, üçüncü kişinin rehniyle güvenceye alınan alacağın adi alacak niteliğini etkilemez. Yine m. 308/h uyarınca rehinli alacaklılar arasındaki oylamaya, yalnızca alacağı, borçlu tarafından tesis edilen rehinle güvenceye alınan alacaklılar katılacağından, üçüncü kişi tarafından verilen rehinle güvenceye alınan alacağın alacaklısı, konkordato nisabına dâhil olup burada oy kullanacaktır.

Alacağı üçüncü kişinin rehniyle güvenceye alınan alacağın, adi alacak şeklinde nisaba dâhil edilmesi sonucu borçlu ile rehin veren üçüncü kişi m. 303 hükmü çerçevesinde hareket etmelidir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- AKÇAAL, Mehmet, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2021.
- AKİL, Cenk, “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)”, *TBBD*, S. 141, 2019, ss. 227-252.
- AKİL, Cenk, *Sorularla Adi Konkordato*, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019.
- AKYÜREK, Ayhan-AKYÜREK, Remziye, *Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ALTAY, Sümer-ESKİOCAK Ali, *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- ARSLAN, Ramazan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- AŞIK, İbrahim vd., *İcra ve İflas Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ATALI, Murat-ERMENEK, İbrahim-ERDOĞAN, Ersin, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- BAUER, Thomas-STAEHELİN, Daniel: “Art 293”, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Ergänzungsband*, Ed: Thomas Bauer, Daniel Staehelein, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2017, (Bearb: Bauer T).
- BERKİN, M. Necmeddin, *İflas Hukuku*, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- BÖRÜ, Levent, “Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu”, *İnönü Üniversitesi HFD*, C. 9, S. 2, 2018, ss. 341-372.
- BÖRÜ, Levent, “Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi”, *İnönü Üniversitesi HFD*, C. 10, S. 1, 2019, ss. 173-186.
- BÖRÜ, Levent-PARLAK BÖRÜ, Şafak, “Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkileri”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 3, 2020, ss. 1239-1277.
- BUDAK, Ali Cem-KALE, Serdar, “İİK m. 307”, *Yeni Konkordato Hukuku*, Ed.: Selçuk Özbek, 2. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019.
- COŞKUN, Mahmut, *Konkordato ve İflas*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan, *Müteselsil Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- DOĞAN, Beşir Fatih, “Adi Konkordatoda Faize İlişkin Özellikli Durumlar”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 2, 2022, ss. 375-384.
- DOĞAN, Emsalgül, *Konkordatonun Tasdiki Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- DURAN, Rukiye, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ERDÖNMEZ, Güray, *İflasta Alacaklılar Toplanması Yetkileri*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- ESENER, Turhan-GÜVEN, Kudret, *Eşya Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

- GÖRGÜN, Şanal-BÖRÜ, Levent-KODAKOĞLU, Mehmet, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- GÜRDOĞAN, Burhan, *Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi*, Ajans-Türk Yayınları, 1967.
- HARDMEIER, Hans Ulrich, "Art 305 SchKG", *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Ed.: Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin, 2. Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010.
- HARDMEIER, Hans Ulrich, "Art 310 SchKG", *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Ed.: Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin, 2. Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010.
- HUNKELER, Daniel, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG, Mit einer Darstellung der Rechtsordnungen der USA, Frankreichs und Deutschlands*, Universitätsverlag Freiburg, 1996.
- HUNKELER, Daniel-WOHL, Georg J., "Art 310", *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, Ed.: Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock, 4. th, Schulhess, 2017.
- HURTER, Hans, *Der Nachlassvertrag mit Gesellschaftsgründung*, Keller & Co AG, 1988.
- KALE, Serdar, "7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato", *İstanbul Medipol Üniversitesi HFD*, C. 5, S. 1, 2018, ss. 213-269.
- KALE, Serdar, *Sorularla Konkordato*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- KARAKUŞ ERBAŞ, Burcu, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni ve Rehin Alacaklısının Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- KÖROĞLU, Anıl, "Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçerisinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m. 295)", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 1, 2020, ss. 139-160.
- KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt IV*, 3. Bası, Alfa Yayıncılık, 1997.
- KURU, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KURU, Baki-AYDIN, Burak, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- MUŞUL, Timuçin, *28.02.2018 tarih ve 7101 sayılı Kanunla İcra İflas Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemeye göre; İflas ve Konkordato Hukuku Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılanma*, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, M. Kemal-SELİÇİ, Özer-OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar, "6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Aynı Alacağa Teminat Teşkil Etmek Üzere Birden Çok Taşınırın Rehin Hakkına Konu Olması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2020, ss. 271-286.
- ÖNCÜ, Azim, *Türk Hukukunda Taşınmazların Toplu Rehni*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.

- ÖZBAY, İbrahim-ÇELİK, Ferhat, “İcra ve İflas Hukukunda Rehin Açığı Belgesi”, *TAAD*, Y. 9, S. 34, 2018, ss. 1-36.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Amerika Birleşik Devletleri İflas Hukuku Sisteminde Alacaklılara ve Borçlulara Ait Haklar”, *TBB*, S. 2, 2002, ss. 21-64.
- ÖZSUNAR, Erdal, “Roma Hukukunda Rehin Hakkı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi HFD*, C. 7, S. 2, 2005, ss. 37-164.
- ÖZTEK, Selçuk, “İİK m. 285”, *Yeni Konkordato Hukuku*, Ed.: Selçuk Öztek, 2. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019.
- ÖZTEK, Selçuk, “Üçüncü Kişi Rehniyle Temin Edilmiş Bir Alacağın Adi Konkordato Nisabının Hesaplanmasındaki Hukuki Durum (Son Güncel Gelişmeler)”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 16, S. 47, 2020, ss. 739-766.
- PEKCANITEZ, Hakan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- PEKCANITEZ, Hakan-ERDÖNMEZ, Güray, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- POSTACIOĞLU, İlhan, *Konkordato*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1965.
- SARISÖZEN, M. Serhat, *Konkordato*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- SEROZAN, Rona, *Eşya Hukuku I*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- SİMİL, Cemil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- SİRMEN, A. Lale, *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1990.
- SİRMEN, A. Lale, *Eşya Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ŞAHİN, Çağatay Serdar, *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ŞENOCAK, Kemal vd., *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni*, Yetkin Yayınları, 2019.
- TANRIVER, Süha, “İflas Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Araışları”, *MİHBİR 13. Antalya Toplantısı*, 2015, ss. 247-268.
- TANRIVER, Süha-DEYNEKLİ, Adnan, *Konkordatonun Tasdiki*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- UYAR, Talih, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, TBB: 369, 2019.
- VOLLMAR, Alexander, ‘Art 303 SchKG’, *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Ed.: Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin, 2. Auflage Helbing Lichtenhahn, 2010.
- YEŞİLOVA, Bilgehan, “İİK m. 295”, *Yeni Konkordato Hukuku*, Ed.: Selçuk Öztek, 2. Bası, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2019.

CEBRÎ İHALE KESİNLEŞTİKTEN SONRA FAZLADAN ÖDENEN KATMA DEĞER VERGİSİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YARGI YOLUNA VE GÖREVLİ MAHKEMEYE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER^(*)

Doç. Dr. Efe DİRENİSA^(**)

Öz

İhale alıcısının lehine mevcut olan katma değer vergisi (KDV) istisnasının (KDVK m. 17) (veya muafiyetinin) ya da KDV indiriminin uygulanmaması, satış ilânında KDV'nin olduğundan fazla gösterilmesi veya başka bir hesaplama hatası sebebiyle ihale alıcısından fazla tutarda KDV tahsil edilebilmektedir. İhale alıcısından haksız olarak KDV alınması hâlinde, bu paranın iade edilmesi mümkün olmalıdır. Aksi takdirde cebrî icra faaliyetinin kanunîlik ilkesi uyarınca taşınması gereken mutlak belirlilik, öngörülebilirlik ve kesinlik zedelenir ve mülkiyet hakkına da doğrudan bir müdahale söz konusu olur. Hukukumuzda bazı uyuşmazlıklarla ilgili olarak adli yargı ile idarî arasındaki sınırın belirlenmesinde zorluk yaşanmaktadır. Bir yargı yoluna dâhil olan uyuşmazlık, başka bir yargı yoluna giren bir mahkemece incelenemez. Aksi hâlde birbirine aykırı (çelişen) kararların verilmesi sakıncası doğar. Bu çalışmada cebrî açık arttırmalar kapsamında tahsil edilen KDV'ye ilişkin olarak ihalenin kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıkların tâbi olduğu yargı yolu ve bu uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme konuları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Cebrî İhale, Cebrî İcra Takibi, Yargı Yolu, Görev, Katma Değer Vergisi, İcra ve İflâs Kanunu.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 10.05.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 25.05.2023.

Atıf Şekli: Efe Direnisa, "Cebrî İhale Kesinleştikten Sonra Fazladan Ödenen Katma Değer Vergisine İlişkin Uyuşmazlıklarda Yargı Yoluna ve Görevli Mahkemeye İlişkin Değerlendirmeler", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 577-624.

DOI: 10.52273/sduhfd..1295177.

^(**) Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: direnisa@tau.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2220-9468>.

EVALUATIONS ON THE JURISDICTION AND THE MATERIAL JURISDICTION IN DISPUTES RELATED TO OVERPAID VALUE ADDED TAX AFTER THE FINALIZATION OF A FORCED TENDER

Abstract

The tender buyer may be overcharged VAT due to the non-application of the VAT exemption (Art. 17 VAT Law) (or exemption) or VAT reduction available in favor of the tender buyer, overstatement of VAT in the sale announcement or due to another calculation error. It should be possible to refund this money if VAT has been unjustly charged to the tender buyer. Otherwise, the absolute certainty, foreseeability and certainty of the enforcement proceedings, which must be carried out in accordance with the principle of legality, will be undermined and there will be a direct interference with the right to property. In our law, there are difficulties in determining the boundary between judicial and administrative jurisdiction in relation to some disputes. A dispute under one jurisdiction cannot be examined by a court under another jurisdiction. Otherwise, contradictory (conflicting) decisions would be inconvenient. In this study, the jurisdiction for disputes arising after the finalization of the tender regarding the VAT collected within the scope of forced auctions and the material jurisdiction for these disputes are examined.

Keywords

Forced Tender, Enforcement Proceedings, Jurisdiction, Material Jurisdiction, Value Added Tax, Code of Enforcement and Bankruptcy.

GİRİŞ

Cebrî icra faaliyeti mutlak bir belirlilik, öngörülebilirlik ve kesinlik taşımalıdır. Zira cebrî icra faaliyetinin özelliği sebebiyle kişinin hâkimiyet alanına gerek kişilik gerekse malvarlığı yönünden doğrudan bir müdahaleyi gerektirmekte olup, bu müdahalenin ağır sonuçlar doğurma ihtimali mevcuttur. Cebrî icraya ilişkin yolların ve bu yollara ilişkin usûl ve esasların kanunîlik ilkesi gereğince kanuna dayanması ve baştan belirli olması gerekir.¹ Bu kapsamda icra hukuku alanındaki içtihat değişiklikleri hukukî güvenlik, belirlilik ilkeleri ile adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkına uygun olmalıdır. Adil yargılanma hakkı uyarınca içtihat değişikliği, sürpriz karar verme yasağına aykırı biçimde olmalıdır. Hayat ilişkilerinin dinamik olması, değişen ihtiyaçlar doğrultusunda farklı içtihatlar verilmesini gerektirebilir. Ancak bu durum sürpriz etki doğuracak ve tarafların öngöremeyeceği biçimde ortaya çıkmamalıdır. Yargı mercileri içtihat değişikliği yaptıkları takdirde bu hususu kararlarında açıkça belirtmeli ve tatmin edici şekilde gerekçelendirmelidir. Ne var ki bu zorunluluğa bazen uygun davranılmadığı görülmektedir. Aynı konuda herhangi bir ihtiyaç mevcut olmadan sık sık içtihat değişikliğine gidilmesi de hukukî güvenlik ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırıdır. Yürürlükte olan kurallara güvenerek mahkemeye başvuran kişinin, bu güveninin korunması ve hukukî güvenliğin sağlanması gerekir.

Cebrî açık arttırma kapsamında ihale alıcısından alınan katma değer vergisine (KDV'ye) ilişkin olarak bazı uyuşmazlıklar söz konusu olmaktadır. İhale alıcısının lehine mevcut olan KDV istisnasının (KDVK m. 17) (veya muafiyetinin) ya da KDV indiriminin uygulanmaması, satış ilânında KDV'nin olduğundan fazla gösterilmesi veya başka bir hesaplama hatası sebebiyle ihale alıcısından fazla tutarda KDV tahsil edilebilmektedir. Bu durum gerek taşınır ve gerekse taşınmazlar bakımından söz konusu olabilmektedir. KDV'nin yükümlüsü (mükellefi) icra dairesi ve ihale alıcısıdır. KDV oranını belirleyen ve uygulayan organ satış (paraya çevirme) işlemini gerçekleştiren icra dairesidir. Dolayısıyla ihale alıcısından haksız olarak KDV alınması hâlinde, bu paranın iade edilmesi mümkün olmalıdır. Aksi takdirde yukarıda belirttiğimiz, cebrî icra faaliyetinin kanunîlik

¹ Muhammet Özkes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınları, Ankara, 2009, s. 89-90; Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özkes- Meral Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 32; Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özkes- Meral Sungurtekin Özkan, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 90.

ilkesi uyarınca taşınması gereken mutlak belirlilik, öngörülebilirlik ve kesinlik zedelenir ve mülkiyet hakkına da doğrudan bir müdahale söz konusu olur.

Hukukumuzda bazı uyuşmazlıklarla ilgili olarak adli yargı ile idari arasındaki sınırın belirlenmesinde zorluk yaşanmaktadır. Medeni yargının diğer yargı yollarıyla farkının ve sınırlarının belirlenmesi oldukça önemlidir. Zira, bir yargı yoluna dâhil olan uyuşmazlık, başka bir yargı yoluna giren bir mahkemece incelenemez. Aksi hâlde birbirine aykırı (çelişen) kararların verilmesi sakıncası doğar. Bu çalışmada cebrî açık arttırmalar kapsamında tahsil edilen KDV'ye ilişkin olarak ihalenin kesinleşmesinden sonra ortaya çıkan uyuşmazlıkların tâbi olduğu yargı yolu ve bu uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme konuları incelenmiştir.

I. CEBRÎ İHALENİN KESİNLEŞMESİ ÜZERİNE KDV'NİN ÖDENMESİ

İhale işlemiyle, tasarruf işlemi yapılmadan ihale konusu malın mülkiyeti alıcıya geçer.² İhale alıcısı, ihalenin feshi talep edilmiş olsa dahi artırma sonuç tutanağının ilânından itibaren yedi gün içinde satış bedelini nakden ödemek zorundadır (İİK m. 118/1; 130). Yedi günlük süre içerisinde malın satış bedelinin ödenmesi zorunlu olup, KDV gibi kamu alacakları bu kapsamda değildir. KDV ihalenin kesinleşmesiyle birlikte ödenir. İhalenin feshi yoluna başvurulması hâlinde, ihale kesinleşmeyeceğinden, teslim ve tescil de gerçekleşmez ve KDV'nin yatırılması, işlemi ihalenin feshi yargılamasının sonuçlanması ve kararın kesinleşmesi üzerine söz konusu olur.

İhalenin kesinleşmesi üzerine taşınırın ihale alıcısına teslimi veya sicile kayıtlı malın (örneğin, taşınmazın) ihale alıcısı adına tescili, damga vergisi ve katma değer vergisinin yatırılmasından sonra gerçekleştirilir (İİK m. 114/8; 134/9; 135/1). Cebrî açık artırma yoluyla satışta verginin matrahını kesin satış bedeli oluşturur (KDVK m. 23; KDV Tebliği 6,1). İhale kesinleşmeden KDV ödeme borcu doğmaz.³ Satış işlemi gerçekleştiren icra dairesi ihalenin kesinleşmesi üzerine ihale alıcısına, KDV'yi ödemesi için bir yazı (muhtıra) gönderir ve süre ta-

² Ramazan Arslan, *İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 478, Ankara, 1984, s. 57; İbrahim Aşık-Yakup Oruç-Ozan Tok-Ömer Faruk Saçar, *İcra ve İflâs Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 246.

³ Mert Namli, *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 439; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin E. 2016/31042, K. 2017/8122 ve 25.05.2017 tarihli kararı: "[...] Satış kesinleşmeden, katma değer vergisi borcunu ödeme yükümlülüğü doğmaz [...]" (E-Uyar).

nır.⁴ İhale alıcısı ihalenin kesinleşmesi üzerine icra dairesine müracaatla katma değer vergisi beyannamesini düzenlemek zorundadır. İcra yoluyla yapılan satışlarda verginin mükellefi, satışı gerçekleştiren icra dairesi olduğundan, müzayede mahallinde yapılan satış nedeniyle hesaplanan KDV icra dairesince vergi dairesine beyan edilip ödenmelidir. İcra yoluyla yapılan satışlarda KDV'nin yükümlüsü (mükellefi), Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine ve Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin 6.2.1. maddesine göre, satışı gerçekleştiren icra dairesidir. KDV'nin mükellefi satışı yapan icra dairesi olmakla birlikte, KDV tutarı ihale satış bedeline eklenir ve ihale alıcısından tahsil edilir.

Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nin 6.2.1. maddesine göre, KDV'nin beyan edilmesi işlemi sırasında her bir satışa ait bilgileri içeren ve anılan Tebliğ'in ekinde örneği yer alan (EK: 1) 5 No.lu KDV Beyannamesi kullanılır. Bu beyanname, satışı gerçekleştiren icra dairesi yetkilisi tarafından imza, tarih ve mühür kullanılmak suretiyle onaylanır. Söz konusu beyannamenin düzenlenmesiyle, ihale alıcısının KDV'yi ilgili vergi dairesine yatırması sağlanır. Her bir satışa ait KDV'nin tahakkukuna esas olmak üzere düzenlenen bu belgenin bir örneği ile vergi dairesi makbuzu, mükellef tarafından Vergi Usûl Kanunu'nun⁵ muhafaza ve ibraz hükümleri çerçevesinde saklanır.

Katma değer vergisi ödenmeden malın alıcıya teslimi yapılmaz. Satışa ait KDV'nin bu süre içinde beyan edilerek ödenmemesi halinde, teslim gerçekleştirilmez. İcra dairesince ihalenin kesinleşmesinden sonra ihale alıcısına KDV'nin ödenmesi için ihtaren süre verilmesi zorunludur.⁶ İcra dairesince KDV'nin ödenmesi için verilecek süreye ilişkin olarak açık bir kanunî düzenleme mevcut olma-

⁴ Aşık-Oruç-Tok-Saçar, 2022, s. 246; Talih Uyar- Alper Uyar-Cüneyt Uyar, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. II*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 2166; Namlı, 2019, s. 439, 510; İbrahim Murat Haznedar, "Cebri İcra Yoluyla Taşınmaz Satışlarında Katma Değer Vergisi", *İBD*, C. 83, S. 2, Y. 2009, s. 803; Şükran Ekecik-Gülden Şişman, "Cebri Satışlarda Katma Değer Vergisi", *BATİDER*, C. 26, S. 3, Y. 2010, s. 69-80-81; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 686; Mehmet Kâmil Yıldırım- Nehvis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s. 274; Şanal Görgün-Levent Börü-Mehmet Kodakoğlu, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 259.

⁵ RG, 10.01.1961, S. 10703.

⁶ "Öte yandan, ihale ile vergiyi doğuran olay meydana gelmekle, kesin satış bedeli verginin matrahını teşkil eder. İhalenin kesinleşmesiyle damga vergisi, tellaliye harcı ve KDV borcunu ödeme yükümlülüğü doğar. İcra müdürlüğünce ihalenin kesinleşmesinden sonra ihale alıcısına anılan vergilerin ödenmesi için muhtıra gönderilmesi işlemi yasaya aykırılık olmadığı gibi, ihale alıcısı tarafından muhtırada belirtilen sürede KDV yatırıldığından satış memurunun 12.01.2015 tarihli ikinci kararı doğrudur." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 29.06.2015 tarihli ve 14458/18277 sayılı kararı (E-Uyar)).

yıp, Yargıtay bu sürenin “makul bir süre” olması gerektiğini içtihat etmiştir.⁷ Verilen bu süre içinde KDV ödenmezse, Yargıtay’ın 23.03.1955 tarih ve 1/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı⁸ uyarınca, ihalenin icra dairesince kaldırılmasına karar verilmelidir. İcra ve İflâs Kanunu’nun 115. maddesinin altıncı fıkrasındaki “ihalenin iptal edildiğini tutanakla tespit eder” hükmü nedeniyle ihale bedeli yatırılmadığı takdirde (ki KDV de bu kapsamdadır), ihaleyi iptal eder. İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usûlü Hakkında Yönetmelik’in⁹ 15. maddesinin beşinci fıkrasında da, en yüksek teklifi ileri süren kimsenin ihale bedelini ödememesi hâlinde ihalenin iptal edileceği öngörülmüştür. Aksi hâlde vergi mevzuatı kapsamında vergi cezası yaptırımları söz konusu olur.

II. VERGİ HATASI BAKIMINDAN ÖNGÖRÜLEN DÜZELTME VE ŞİKÂYET BAŞVURUSU İLE BUNUN ÜZERİNE İPTAL DAVASI AÇILMASI PROSEDÜRÜNÜN (VUK M. 122-126) CEBRÎ İHALE KAPSAMINDA TAHSİL EDİLEN HAKSIZ KDV BAKIMINDAN UYGULANMAYACAĞI

A. Vergi Hatası Kavramı

Vergi hatası temelde “hesap hataları” ve “vergilendirme hataları” olmak üzere ikiye ayrılır.¹⁰ Vergi hatası Vergi Usûl Kanunu’nun 116. maddesinde “vergiye müteallik hesaplarda veya vergilendirmede yapılan hatalar yüzünden haksız yere fazla veya eksik vergi istenmesi veya alınması” şeklinde tanımlanmıştır. Vergi Usûl Kanunu matrahta veya vergi miktarında yapılan hatalar ile mükerrer vergi tarhını hesap hatası olarak kabul etmiştir. Kanun’da vergilendirme hataları ise yükümlünün (mükellefin) şahsında hata, yükümlülükte (mükellefiyette) hata, konuda (mevzuda) hata ve vergilendirme yahut muafiyet döneminde hata şeklinde sayılmıştır (VUK m. 117, 118).

⁷ Örneğin, “[...] icra müdürlüğüne, KDV, damga vergisi ve tellaliye harcının yatırılması için makul bir süre verilip, muhtıra gönderilip tebliğ edilmeden sadece şartnamedeki matbu yazıya dayanılarak icra müdürlüğüne İİK’nın 133. maddesi uyarınca ihalenin feshine karar verilmesi doğru bulunmamaktadır. Mahkemece, ‘şikayetin kabulü’ yerine reddine karar verilmesi isabetsizdir.” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 16.05.2005, 6868/10768 (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 18.10.2004 tarihli ve 16358/21332 sayılı kararı (E-Uyar)). Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 27.10.2005 tarihli ve 17060/20995 sayılı kararı (E-Uyar).

⁸ RG, 25.06.1955, S. 9038.

⁹ RG, 08.03.2022, S. 31772.

¹⁰ Mustafa Balcı, Vergi Hataları ile Düzeltme-Şikayet Konusunda Uygulamada Yaşanan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 7 vd.; Mualla Öncel-Nami Çağan- Ahmet Kumrulu, Cenker Göker, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 189 vd.; Yusuf Ziya Taşkan, **Vergi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 175 vd.

İdarenin bu ret işlemleri de hiç şüphesiz yargı denetimine açıktır. Bu ret işlemine karşı ilgililer tabii ki dava açabilir. Ancak burada yargıya geçiş, özellikle dava açma süresi bakımından bazı özellikler taşımaktadır. Bu noktada önem taşıyan husus, hata ile sakat olduğu savı ile idareye yapılan başvurunun, başvuruya konu işleme karşı doğrudan dava açma süresi içerisinde yapılıp yapılmadığıdır. Örneğin, bir tarh işlemine karşı, bir başka deyişle tebliğ edilen vergi ceza ihbarnamesinin düzeltilmesi için yapılan başvurunun bu işleme karşı 30 günlük dava açma süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı, dava yolu ve dava açma süresinin belirlenmesinde önem taşımaktadır.

B. Vergi Hatası Düzeltme ve Şikâyet Başvurusu ile Bu Başvurulardan Sonra İptal Davası Açılması

Vergi Usûl Kanunu'nun 116. maddesinde öngörölmüş olan vergi hataları, tarh zamanasını süresi içerisinde belirli şartlarda iptal davasına konu edilmesi mümkün vergilendirme işlemlerindedir. Düzeltme ve şikâyet yolu (VUK m. 122-126), hatalı vergilendirme işlemlerinin iptali için öngörölmüş önemli bir hukukî çaredir. Bu idarî başvuru yoluna, dava süresi geçirilmiş olsa bile, belirli şartlarda başvurulabilir. Düzeltme ve şikâyet yollarına başvurduktan sonra, olumlu sonuç alınmadığı takdirde, vergi mahkemesinde iptal davası açılabilir.

Düzeltme ve şikâyet prosedüründe öncelikle vergi hatası bulunan işlemi yapan vergi dairesinden hatalı işlemin düzeltilmesi talebinde bulunulur (VUK m. 122). Yüklümlünün düzeltme talebi kabul edilir ve hatalı vergilendirme işlemi düzeltilirse, Hazine ve Maliye Bakanlığı'na şikâyet müracaatı yapılmasına gerek kalmaz. Vergi dairesi düzeltme talebini reddederse, bu takdirde düzeltme talebini reddeden işleme karşı Hazine ve Maliye Bakanlığı'na şikâyet başvurusunda bulunulur (VUK m. 124). Hazine ve Maliye Bakanlığı şikâyet talebini inceleyip bu talebi kabul edip, vergi dairesine vergi hatasının düzeltilmesi yönünde talimat verebilir. Hazine ve Maliye Bakanlığı şikâyet talebini reddedebilir. Şikâyet talebinin reddi halinde ise vergilendirme işlemine karşı idarî yargı yolunda faaliyet gösteren vergi mahkemesinde dava açma hakkı doğar.

C. Vergi Hatası Düzeltme ve Şikâyet Başvurusu ile Bu Başvurulardan Sonra İptal Davası Açılmasının Karmaşık ve Belirsiz Bir Yol Olması

1. Dava Açma Süresi İçerisinde Düzeltme ve Şikâyet Başvurusunda Bulunulması

Vergi hatasına ilişkin düzeltme başvurusu, 30 günlük dava açma süresi içerisinde yapılmış ise, vergi dairesinin ret işleminden sonra bu ret işleminin iptali için dava açılabilir. Vergi dairesine yapılan vergi hatasına ilişkin başvuru, dava

açma süresini durdurucu niteliktedir. Bu nedenle dava açma süresi, 30 günlük dava açma süresinden, idareye başvuru için geçen süre düşülerek hesaplanan süredir. Vergi dairesinin düzeltme başvurusuna 60 gün içerisinde cevap vermemesi hâlinde, dava açılması için kalan süre, bu söz konusu 60 günlük örtülü ret süresinin sona ermesinden itibaren başlar. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, dava konusunun hatalı vergilendirme işlemi değil (vergi hatası), vergi dairesinin düzeltme başvurusunun açık veya örtülü olarak reddi işlemidir. Vergi dairesinin işlemine karşı düzeltme başvurusunun reddi işleminin vergi mahkemesince iptal edilmesi üzerine vergi dairesinin yeni bir işlem yapması gerekir. Bu işlemin içeriğini büyük ölçüde vergi mahkemesinin kararı belirler. Vergi mahkemesi, vergilendirme işleminde hata olduğu ve düzeltilmesi gerekçesiyle esasa ilişkin sebeple iptal kararı vermişse, vergi dairesi vergilendirme işlemini vergi mahkemesinin kararı doğrultusunda düzeltir. Ancak vergi mahkemesi vergilendirme işlemini usûlî gerekçeyle (örneğin, yetkili memurun imzasının bulunmaması, gerekli incelemenin yapılmamış olduğu vb.) iptal etmişse, bu takdirde vergi dairesi düzeltme talebi hakkında usûlî eksiklikleri gidererek tekrar karar verecektir. Bu durumda vergi dairesi düzeltme talebini tekrar reddedebileceğinden, bu yeni ret işlemine karşı tekrar dava açmak gerekecektir.

2. Dava Açma Süresi Geçtikten Sonra Düzeltme ve Şikâyet Başvurusunda Bulunulması

Vergi hatasına ilişkin olarak düzeltme başvurusunun 30 günlük dava açma süresi geçtikten sonra yapılması durumunda, vergi dairesinin açık veya örtülü ret işlemine karşı vergi mahkemesinde doğrudan dava açılıp açılmayacağı konusu tartışmalıdır. Vergi Usûl Kanunu'nun 124. maddesine göre, "vergi mahkemesinde dava açma süresi geçtikten sonra yaptıkları düzeltme talepleri reddolunanlar şikâyet yolu ile Maliye Bakanlığı'na müracaat edebilirler". Konuyla ilgili yargı kararlarında dava açma süresi geçtikten sonra yapılan vergi hatasının düzeltilmesi taleplerinin reddedilmesi hâlinde, bu ret işlemine karşı dava açmadan önce Maliye Bakanlığı'na başvurulması gerektiği, oraya yapılacak başvurunun da reddedilmesi veya 60 gün içerisinde başvuruya ilişkin olarak cevap verilmemesi durumunda (örtülü ret) 30 gün içerisinde dava açılabileceği ifade edilmektedir. Açıklanan prosedüre uyulmadan doğrudan dava açılması hâlinde vergi mahkemeleri genellikle ön inceleme aşamasında "idarî merci tecavüzü" kararı vererek, dava dilekçesini başvuru dilekçesi olarak Maliye Bakanlığı'na göndermektedir. Bu durumda dava dilekçesi, Maliye Bakanlığı'na müracaat dilekçesi olarak kabul edilmektedir.

Ancak uygulamada az sayıda da olsa bazı vergi mahkemeleri, Vergi Usûl Kanunu'nun 124. maddesindeki "edebilirler" şeklindeki ifade tarzı nedeniyle, ilgilinin bu hususta bir seçimlik hakka sahip olduğu görüşündedir. Dolayısıyla anılan görüşe göre, vergilendirme hatasına ilişkin olarak Hazine ve Maliye Bakanlığı'na başvuru zorunlu olmayıp, doğrudan vergi mahkemesinde dava açılabilir. Kanaatimizce, bu uygulama hem Kanun'un lafzına hem de mahkemeye erişim hakkı ile hak arama hürriyetine daha uygundur.

D. Düzeltme ve Şikâyet Başvurusu ile Bu Başvurulardan Sonra İptal Davası Açılmasının Cebri İcra Takibi Bakımından Değerlendirilmesi

Yukarıda açıklandığı üzere düzeltme ve şikâyet başvuruları ile bu başvuruların üzerine vergi mahkemesinde idarî dava açılması, oldukça karmaşık ve hak kayıplarına neden olma potansiyeline sahip bir prosedürdür. Henüz en baştan itibaren, başvurunun hangi mercie yapılmasının isabetli olacağı, başvurudan netice alınıp alınmayacağı ve etkin hukukî koruma ile etkili başvuru hakkının ne derecede temin edildiği, belirsizlikler içermekte ve icra takibinin taşınması gereken mutlak belirlilik, kesinlik ve kanunîlik ilkeleriyle bağdaşmayan bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu yolun karmaşıklığı ve belirsizliği de, icra takibi bakımından uygulanmaya elverişli olmadığı başka bir göstergesidir. Takip hukukuna ilişkin kurallar açık, belirli, emredici ve sıkı şekil şartlarına tâbi niteliktedir. Kendine özgü kurallar içeren ve özel bir usûlî prosedür olan cebri icra takibi bakımından düzeltme ve şikâyet başvurusu ve bunun üzerine vergi mahkemesinde iptal davası açılması prosedürü işlerlik kazanmaz. Söz konusu prosedür, icra takibinin işleyişine ve niteliğine de uygun düşmemektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki düzeltme ve şikâyet yoluna gidilebilmesi için, vergi hatası açık ve mutlak olmalıdır. Aksi halde düzeltme ve şikâyet yoluyla vergi hatasının düzeltilmesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla açık ve mutlak bir hesaplama hatası niteliğini haiz olmayan ve hukukî yorum gerektiren bir husus, düzeltme ve şikâyetin konusunu oluşturmaya elverişli değildir. Kanaatimizce cebri ihalenin kesinleşmesinden sonra tahsil edilen KDV bağlamında ortaya çıkan KDV oranının yanlış hesaplanması veya KDV istisnasının uygulanmaması gibi uyuşmazlıklar, açık ve mutlak hata olarak değerlendirilemez.¹¹ Zira bu hususların tespit edilmesi çoğu zaman ayrıntılı inceleme, tahkikat ve yorum ge-

¹¹ Alper Aydın, "İdari Yargı Kararları Işığında Vergi Dairelerinin Mali Sorumluluğu", *Konya Barosu Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 2021, s. 222; Özgür Kızıltoprak, "İcra Satış İşlemlerindeki Vergi Uyuşmazlıklarında Görevli Yargı Yeri", *TBB*, 2023/165, s. 69.

rektirir. Örneğin, Yargıtay açık arttırma konusu taşınmaz üzerinden alınacak KDV'ye ilişkin şikâyet başvurusunda, icra mahkemesinin gerektiğinde yerinde keşif yaparak, bilirkişiye başvurusu gerektiğini ifade etmektedir.¹²

İstisnaî olarak her türlü şüpheden uzak nitelikteki açık ve basit hesaplama hataları düzeltme ve şikâyet yolunun konusunu teşkil edebilecek nitelikte vergi hatası olarak görülebilir. Ancak kanaatimizce, bu türden basit maddî hatalar da dâhil olmak üzere, vergi hataları bakımından düzeltme ve şikâyet (VUK m. 116) prosedürünün, cebrî icra takibi bağlamında uygulanma imkânı bulunmadığından, KDV'ye ilişkin hataları sınıflandırmaya tâbi tutmaya gerek yoktur. Bu nedenle cebrî ihale kapsamında tahsil edilen KDV bakımından düzeltme ve şikâyet yolu işlerlik kazanmayacağından, KDV'ye ilişkin hangi hatanın düzeltme ve şikâyet yoluna konu olabileceğinin tartışılması gereksizdir. Fakat doktrindeki bir görüşe göre, cebrî ihalelere ilişkin KDV tarh ve tahakkuk işlemlerinde düzeltme ve şikâyet prosedürü uygulanabilir.¹³ Bu nedenle icra satışlarında hesaplanan KDV'nin konusunda veya tutarında vergi hatası olması hâlinde, mevzuatta icra dairesince yapılan vergi hatalarının düzeltme ve şikâyet prosedüründen istisna tutulduğuna dair düzenleme bulunmadığından, düzeltme ve şikâyet yolu uygulanabilir. Bu görüşe katılmıyoruz. Cebrî icra prosedürü mutlak emredici nitelikte sıkı şekil kurallarına bağlı, kamu düzeniyle ve mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgili bir yoldur. Cebrî ihale kapsamında KDV'nin tahsili, paraya çevirme (satış) işlemleri kapsamında gerçekleştirilen bir cebrî icra işlemidir. Bu sebeple bu işlemin tâbi olduğu emredici niteliği haiz kurallar ve usûl İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu sebeple KDV'ye ilişkin hatalar bakımından başvurulacak olan

¹² “Şikâyetçi ihale alıcısının (alacaklının), KDV oranının %1 olarak alınması gerekirken %18 olarak istenmesinin usulsüz olduğu iddiasıyla şikâyet yoluyla icra mahkemesine başvurduğu; mahkemece, dosya üzerinden inceleme yapılarak istemin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda ihale konusu 1377 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydında, ‘ev’ olarak kayıtlı bulunduğu, yüzölçümünün 156 m² olarak belirtildiği, taşınmaza ilişkin kıymet takdiri raporunda ise avlu içinde olduğu belirtilen evin net olarak yüzölçümü tespiti yapılmadan tapu kaydındaki bilgilere yer verildiği görülmektedir. Vergi dairesi müdürlüğünden gönderilen yazı cevabında da ödenmesi gerekli KDV oranına ilişkin olarak genel bilgilere yer verildiği, somut olaya ilişkin değerlendirme olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, KDV'ye ilişkin uyuşmazlığın çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektirmekte olup, mahkemece gerektiğinde şikâyete konu taşınmaz üzerinde keşif ve bilirkişi incelemesi de yapılmak suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekir. O halde mahkemece, mahallinde keşif de yapılmak suretiyle vergi uzmanı olan bir bilirkişiden rapor alınarak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.03.2015 tarihli ve 32010/7320 sayılı kararı (E-Uyar)). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 11.11.2014, tarihli ve 27318/26777 sayılı kararı (E-Uyar).

¹³ Kızıltoprak, “İcra Satış İşlemlerindeki Vergi Uyuşmazlıklarında Görevli Yargı Yeri”, s. 70.

merci, icra dairesin yapmış olduğu bir işlem söz konusu olduğundan, icra mahkemesidir. Dolayısıyla vergi hatası bakımından öncelikle işlemi yapan icra dairesine başvurulmalıdır. İcra dairesi, hatalı işlemi düzeltebilir. İcra dairesinin işlemi düzeltmeyip, düzeltme talebini reddetmesi durumunda, icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulacaktır. İcra mahkemesi şikâyet başvurusunu inceleyecek ve karara bağlayacaktır.

III. KDV'YE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ VE BAŞVURU YOLLARI

A. Adlî Yargı Yolu Caiz Olduğundan Dolayı İcra Mahkemesi Görevlidir

Cebrî ihale kapsamında tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar adlî yargıya tâbidir.¹⁴ Bu nedenle, söz konusu uyuşmazlıklar bakımından icra mahkemesi görevlidir. Zira bu KDV'ye ilişkin işlem, icra dairesince yapılan bir takip işlemi olup, bu işleme karşı şikâyet yoluna başvurulabilir.

B. Şikâyet Yoluna Başvurulabileceğinden (İİK m. 16) Görevli Mahkeme İcra Mahkemesidir

Şikâyet, icra organlarının işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanması ihtiyacından doğmuş bir kurumdur. Bu yolla ilgililerin, icra mahkemesinde takibin kanuna uygun olarak yürümesini ve kanuna aykırı işlemin kaldırılmasını veya düzeltilmesini sağlamak imkânı vardır.¹⁵ İcra mahkemeleri, şikâyet üzerine icra dairelerinin işlemlerinin kanuna uygun ve doğru olup olmadığını inceler ve kanunla kendisine verilen diğer icra işlerini görür.¹⁶ Cebrî ihale kapsamında tahsil

¹⁴ Bu hususta bkz. aşa. IV, A.

¹⁵ Hakan Pekcanitez- Cemil Simil, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 4; Daniel Staehelin- Thomas Bauer- Franco, Lorandi, *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Basler Kommentar SchKG)*, B. I, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 17, N. 2; Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Kurzkommentar SchKG)*, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 17, N. 1; Jolanta Kren Kostkiewicz- Dominik Vock, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Schulthess Kommentar-SchKG)*, 4. Aufl., Zürich 2017, Art. 17, N. 1; Dominik Vock- Danièle Meister Müller, *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Aufl., Zürich 2018, s. 56; Jolanta Kren Kostkiewicz, *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK - Orell Füssli Kommentar*, 20. Aufl., Zürich 2020, Art. 17, N. 1-2.

¹⁶ Pekcanitez-Atalay-Özekes-Sungurtekin Özkan, 2022, s. 54; Murat Atalı-İbrahim Ermenek-Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 43-44; Kuru, El Kitabı, s. 65-66; Baki Kuru- Burak Aydın, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara

edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkeme, icra dairesinin KDV'ye ilişkin işlemine karşı şikâyet başvurusunu inceleyecek olan icra mahkemesidir. Bazı Yargıtay kararlarında da söz konusu uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin, icra mahkemesi olduğuna isabetle vurgu yapılmaktadır.¹⁷

Yargıtay'a göre, KDV'ye ilişkin uyuşmazlık hâlinde (örneğin, KDV istisnasının uygulanmaması) fazladan ödenen paranın iadesi talebiyle icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulması durumunda, şikâyet süreye tâbi değildir. Zira bu noktada şikâyet sebeplerinden "bir hakkın yerine getirilmemesi" söz konusudur.¹⁸ Yargıtay'ın görüşüne katılmıyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, KDV'ye ilişkin uyuşmazlık bakımından "bir hakkın yerine getirilmemesi" söz konusu değildir. Bir an için KDV'ye ilişkin uyuşmazlık bakımından süresiz şikâyet görüşü savunulsa dahi, bu hâlde ancak düzenlemenin kamu düzeni düşüncesiyle getirildiği kabul edilip, kamu düzenine aykırılık nedeniyle süresiz şikâyetin söz konusu olduğu ileri sürülebilir. Başka bir ifadeyle Yargıtay'ın KDV'ye ilişkin uyuşmazlığın süresiz şikâyete tâbi olduğu görüşü benimsense dahi, bu durumda Yargıtay'ın görüşünün aksine süresiz şikâyet sebeplerinden "bir hakkın yerine getirilmemesi" sebebi değil, "kamu düzenine aykırılık" mevzubahis olabilir. Bir adım öteye gide-

2022, s. 13; Ramazan Arslan- Ejder Yılmaz-Sema Taşpınar Ayvaz- Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 75; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 21; Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, M. Sıralar Matbaası, İstanbul, 1954, s. 38; M. Necmeddin Berkin, *İcra Hukuku Dersleri*, Hamle Matbaası, İstanbul 1969, s. 20-21; Görgün-Börü-Kodakoğlu, s. 18-19; Abdurrahim Karslı, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 91; Ömer Ulukapı, *İcra ve İflâs Hukuku*, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2015, s. 26-27; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, Adalet Yayınları, Ankara 2017, s. 18; Yıldırım- Deren Yıldırım, 2021, s. 34; İlhan E. Postacıoğlu-Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 26; Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 47; Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 42; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 24.

¹⁷ "[...] İhale bedeli kesinleştikten sonra KDV alınmasına yönelik olarak icra müdürlüğünce bir karar verildiği takdirde bu karara karşı yeniden şikâyet yoluna başvurulabileceği tabiidir. O halde mahkemece henüz ihale kesinleşmediğinden icra müdürlüğünün KDV alınmasına yönelik bir karar veremeyeceği gözetilerek şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin, 10.06.2014 tarihli ve 14880/16921 sayılı kararı (E-Uyar)). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 13.05.2014 tarihli ve 12298/14188 sayılı kararı, (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.05.2012 tarihli ve 9372/16924 sayılı kararı, (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 04.05.1998 tarihli ve 4629/4919 sayılı kararı, (E-Uyar).

¹⁸ Örneğin, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 28.01.2016 tarihli ve 25547/2476 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 11.05.2016 tarihli ve 1099/13917 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 01.03.2017 tarihli ve 11930/3019 sayılı kararı (Lexpera).

rek düzenlemenin kamu düzeni düşüncesiyle getirildiği kabul edilip, mülkiyet hakkının ihlâli söz konusu olabileceğinden, süresiz şikâyet görüşü savunulabilir. Kanaatimizce burada icra takibinin amacı, menfaat dengesi ve ölçülülük ilkesi değerlendirildiğinde, KDV'yle ilgili işlemin kanuna veya olaya uygun bulunmaması söz konusu olduğundan, şikâyetin süreye tâbi olması gerekir.¹⁹

Bu nedenle şikâyet süresi yedi gündür. Zira söz konusu işlem bakımından süresiz şikâyetin söz konusu olabileceği bir sebep mevcut değildir. Bir hakkın yerine getirilmemesi ya da sebepsiz sürüncemede bırakılması (İİK m. 16/2) söz konusu değildir. Çünkü icra dairesince hatalı da olsa, KDV'ye ilişkin olarak kanuna aykırı bir işlem yapılmıştır. Kanuna aykırılık sebebinin bulunması hâlinde şikâyet süreye tâbidir. (İİK m. 16/1). Şikâyet konusu işlemin kamu düzenine aykırı olması da süresiz şikâyet sebeplerindedir. KDV'ye ilişkin işlem bakımından salt kanuna aykırılık söz konusu olup, kamu düzenine aykırılık mevcut değildir. Kamu düzenine aykırılık borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatini korumak için konulmuş emredici hükümlere aykırı olarak yapılmış işlemler açısından ortaya çıkar. KDV oranına ilişkin şikâyet konusu işlemin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle KDV'ye ilişkin işleme karşı şikâyet başvurusu, işlemin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine yapılmalıdır (İİK m. 16/1). Şikâyet konusunun işlem, ilgiye tebliğ edilmişse, şikâyet süresi tebliğ tarihinden itibaren başlar. Şikâyet konusu işlem tebliğ edilmemişse, şikâyet eden işlemi hangi tarihte öğrendiğini ispat etmek zorunda olmayıp, onun öğrenme tarihini dikkate alarak bildirildiği tarih esas alınır. Karşı taraf, şikâyet yoluna başvuran kişinin o işlemi daha önce öğrenmiş olduğunu ispat edebilir. Örneğin, şikâyet edenin, şikâyet konusu işlemden sonra icra takibine ilişkin yeni işlemler yapması ve bu yeni işlemlerin icra dosyasındaki belgelerden anlaşılması durumunda, artık şikâyet edenin şikâyet konusu işlemi öğrenmiş olduğu hususu ispat edilebilir.

Şikâyet süresi kesin ve hak düşürücü nitelikte olup, icra mahkemesince kendiliğinden gözetilir. Şikâyet başvurusunu inceleyen icra mahkemesi şikâyet konusu işlemin daha önce öğrenilmiş olduğunu ancak karşı tarafın itirazı üzerine veya bu hususun icra dosyasından anlaşılması hâlinde kendiliğinden gözetir.

¹⁹ Aynı yönde bkz. Muşul, 2017, s. 119; Volkan Özçelik, Kurumların Aktifinde İki Yıl Süreyle Bulunan Taşınmazların Cebri İcra Yoluyla Satılması Durumunda Katma Değer Vergisi İstisnası, *SDÜHFD*, C. 10, S. 2, Y. 2020, s. 211; Ulukapı, 2015, s. 42. Kanunda açık olarak düzenlemesi bulunmayan takip hukukunun genel kurallarına aykırılık da şikâyet için geçerli bir sebep oluşturur (Üstündağ, 2004, s. 47; Ernst Blumenstein, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsgesetz*, Bern, 1911, s. 78).

Yedi günlük şikâyet süresi geçtikten sonra yapılan şikâyet dinlenmez ve icra dairesinin yapmış olduğu işlem kesinleşir. Şikâyet süresi geçtikten sonra, icra dairesinin yapmış olduğu işlemi düzeltmesi veya iptal etmesi de mümkün değildir. Bu nedenle KDV oranında yanlışlık olsa dahi, bu durum artık kesinleşmiş olur. Söz konusu kesinleşmiş işleme karşı Vergi Usûl Kanunu'nda öngörülen düzeltme ile şikâyet yolu ile vergi mahkemesinde iptal davası açma yolu da kapalıdır. Çünkü KDV'ye ilişkin işlemde doğan uyuşmazlıklarda yargı yolu bakımından adlî yargı görevlidir. Bu işlemlere karşı icra mahkemesinde yedi gün içinde şikâyet yoluna başvurulması mümkündür.

KDV'ye ilişkin işlemde dolayı şikâyet yoluna başvurma hakkı, mal kendisine ihale edilmiş olan ihale alıcısına aittir. İhale alıcısı dışındaki kişilerin KDV'ye ilişkin işlem nedeniyle şikâyet yoluna başvurusu hâlinde, bu başvuru hukukî yarar yokluğundan reddedilmelidir.²⁰

C. İdarî Yargı Yolunun Caiz Olduğu Kabul Edilseydi Vergi Mahkemesi Görevli Olurdu

Bir an için cebrî ihale kapsamında tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlığın idarî yargı yoluna tâbi olduğu kabul edilirse, bu durumda söz konusu uyuşmazlık bakımından vergi mahkemesi görevli olurdu. Çünkü vergi mahkemeleri, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaları karara bağlayan ilk derece mahkemeleridir. Dolayısıyla vergi hukukundan doğan bir vergi uyuşmazlığının çözüm yeri vergi mahkemesidir. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun²¹ "Vergi Mahkemelerinin Görevleri" kenar başlıklı altıncı maddesine göre, vergi mahkemeleri genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalarla, bu konularla ilgili olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanun'un²² uygulanmasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri çözümler. Ancak belirtmek gerekir ki, cebrî ihale kapsamında tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından adlî yargı yolu caiz olduğundan, bu uyuşmazlıklar şikâyet başvurusu kapsamında icra mahkemesince görülür. Dolayısıyla görevli mahkeme, adlî yargıya dâhil olan icra mahkemesidir.

²⁰ "[...] fazla tahsil edilen KDV'nin iadesinin de KDV'yi ödeyen ihale alıcısına yapılacağı, ihale alıcısı olmayan şikâyetçilerin ödenen KDV'nin iadesini istemekte hukuki yararı bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin reddine karar verilmişti" (Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 18.09.2018 tarihli ve 6660/4264 sayılı kararı (Lexpera)).

²¹ RG, 20.01.1982, S. 17580.

²² RG, 28.07.1953, S. 8469.

D. Haksız Olarak Tahsil Edilen KDV Bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. Maddesinin Uygulanmayacağı

İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesine göre, icra dairelerince borçludan fazla para tahsil olunarak alacaklıya verildiğinde veya bir tarafa yanlışlıkla para ödendiği hesap neticesinde anlaşılırsa, verilen para ayrıca hükme gerek kalmaksızın o kimseden geri alınır. "Fazla" ya da "yanlışlıkla" ödenmiş olan paranın ilgiliden geri alınması için, ayrıca bu konuda, bu kişiye karşı istirdat davası açılıp mahkemeden karar alınmasına veya şikâyet yoluna başvurulup icra mahkemesinin bu hususta karar vermesine gerek yoktur. Hatta fazla ödenen paranın iadesini talep eden kişinin yargı mercilerine başvurmasında hukukî yararı mevcut değildir.²³ Keza istirdat davası yanlışlıkla veya icra dairesinin hesaplama hatası nedeniyle değil, borçlu olunmayan bir paranın cebri icra tehdidi altında ödenmesi hâlinde açılabilir (İİK m. 72/7). Hesaplama yanlışlığı sebebiyle ortaya çıkan kanuna aykırı bir işlemde zarar gören borçluya bir de dava açma külfetinin yüklenmesinin doğru değildir.

İcra dosyasında alacaklıya yapılan fazla ödemenin geri alınıp kendisine verilmesini isteyen kişinin bu talebi istirdat davası değil, fazla ödemenin icra dairesince geri alınmasıdır. Dolayısıyla yanlışlıkla ödeme yapılmış olması ya da takip sonunda borçludan fazla para tahsil edilmiş olduğu takdirde, kişi fazla ödediği paranın tarafına iade edilmesi için öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesine dayanarak icra dairesinden talepte bulunmalıdır. Bu talebinin neticesiz kalması hâlinde icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurabilecektir. Bu çerçevede söz konusu yanlışlıkla ödeme, alacaklıya yapılmış olabileceği gibi, borçluya da yapılmış olabilir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesi, cebri icra takibinde borçludan fazla para tahsil edilen her durumda uygulanabilen özel bir düzenlemedir. İcra dairesine tanınmış olan özel bir yetkinin kullanılması söz konusudur. Ancak bu hükümde sadece "borçludan fazla para tahsil edilmiş olması hâli" öngörülmüştür. Anılan hükümde ihale alıcısından fazla para tahsil edilmiş olması hâli düzen-

²³ "[...] İİK. mad. 361 uyarınca, yanlışlıkla bir tarafa para tevdi olunduğu anlaşıldığında, para başkaca hükme hacet kalmaksızın o kimseden geri alınabileceğinden, davacı tarafından icra dairesi aracılığıyla ödenen paranın tahsili istemi yoluna gidilmesi gerekeceğini; davacının (alacağa ilişkin) dava açmakta hukuki yararı olmadığını [...]" Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 26.10.2017 tarihli ve 12767/7351 sayılı kararı (E-Uyar). Benzer yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.06.2017 tarihli ve 3848/9565 sayılı kararı (E-Uyar); 12. HD. 26.04.2017, 8028/6508 (E-Uyar); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.11.2007 tarihli ve 13-848/840 sayılı kararı (Kazancı).

lenmemiştir. Bu kapsamda borçludan fazla tutarda KDV tahsil edilmiş olması hâlinde İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesine dayanarak fazla yatırılmış olan KDV tutarının iade edilmesi talebinde bulunulabilmesi mümkün değildir. Bu özel ve istisnâî düzenlemenin dar yorumlanması gerekir.²⁴

E. Haksız Tahsil Edilen KDV Bakımından Düzeltme Müzekkeresi Yazılması

Uygulamada icra dairesi haksız olarak ödenen katma değer vergisini fazla alınan takip gideri olarak değerlendirerek, ihale alıcısının başvurması durumunda, vergi dairesine müzekkere yazıp iadenin yapılmasını sağlayabilmektedir. Dolayısıyla haksız olarak ödenen KDV tutarının iadesinin, icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulmaksızın icra dairesi tarafından ilgili vergi dairesine yazılan "düzeltme müzekkeresiyle" sağlandığı görülmektedir. Bu uygulama pratik ihtiyaçtan kaynaklanmakta olup, kanunî dayanağı bulunmamaktadır. Fakat kanunen buna bir engel durum da söz konusu değildir. İcra dairesinin şikâyet süresi içerisinde hatalı işlemi düzeltebilmesinin mümkün olması²⁵ ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesinin delâleti birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca varılabilir. Ancak bu şikâyet süresi geçtikten sonra yapılan işlem kesinleşeceğinden ötürü, icra dairesi kesinleşen işlemi düzeltemez.

KDV'nin haksız yere fazla ödenmesi hâlinde, ihale alıcısı öncelikle işlemi yapan icra dairesine başvurmalı ve işlemin düzeltilmesi için talep dilekçesi vermelidir. Bu talebi alan icra dairesi, haksız yere ödenmiş olan verginin iadesini sağlamak için ilgili vergi dairesine düzeltme beyannamesi sunmalıdır. Bunun üzerine ilgili vergi dairesince fazladan ödenmiş olan tutarın ihale alıcısına ödenmesi gerekir. İcra dairesinin haksız yere ödenmiş KDV tutarının iade edilmesi talebini reddetmesi üzerine, icra dairesinin ret işlemine karşı icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulabilir. Vergi hatası üzerine başvuru düzeltme ve şikâyet yolu (VUK m. 122-126), vergi hukukuna ilişkin bir idarî başvuru yolu olup, icra takibi bakımından uygulanma imkânı yoktur.

F. İcra Dairesinin Yapmış Olduğu İşlemi Sonradan Düzeltip Düzeltmeyeceği Hususunun Değerlendirilmesi

İcra dairesince yapılmış olan işlemlerin geri alınıp alınamayacağı tartışmalı bir konudur. İcra dairesince yapılmış olan işlemin hukuka uygun olması duru-

²⁴ Karş. Kuru, 2013, s. 718. Yazar icra dairesinin, icra mahkemesinin ihalenin feshini karara bağlamasını beklemeden, yanlışlıkla ödemiş olduğu ihale bedelini alacaklılardan İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle geri alabileceği görüşündedir.

²⁵ Bu hususta bkz. aşa. III, F.

munda geri alınması mümkün değildir. Buna karşılık doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere yapılan işlem hukuka aykırı ise icra dairesi, şikâyet süresi içerisinde bu işlemi geri alabileceği da düzeltilebileceği kanaatindeyiz.²⁶ Ancak hukukî güvenlik ilkesi nedeniyle şikâyet süresinin geçmesiyle işlem kesinleşir ve geri alınması söz konusu olmaz.²⁷ Doktrindeki diğer görüşe göre, icra dairesi, şikâyet süresi içinde de olsa, yaptığı işlemi, kendiliğinden değiştiremez. İşlemin doğru olup olmadığına, şikâyet üzerine icra mahkemesi karar vermelidir.²⁸ Yargıtay'ın daha önceki kararları, icra dairesinin yapmış olduğu işlemi sonradan değiştirmek veya kaldırmak yetkisinin bulunmadığı yönündedir.²⁹ Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında ise Yargıtay anılan görüşünü terk etmiştir. Yargıtay bu kararlarında icra dairesinin her ne kadar vermiş olduğu karardan dönemeyeceğinin kural olduğu belirtilse de, icra dairesinin vermiş olduğu kararın hukuka aykırı olduğunu fark etmesi hâlinde, kanuna uygun olan kararı vermesine engel bir düzenlemenin bulunmadığı ifade edilmektedir.³⁰ Benimsediğimiz görüş çer-

²⁶ Pekcanitez-Simil, 2017, s. 133; Pekcanitez-Atalay-Özekes-Sungurtekin Özkan, 2022, s. 68; Atalı-Ermenek-Erdoğan, s. 58; İsmail Ercan, *Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 288; Kuru, El Kitabı, s. 107; Postacıoğlu-Altay, s. 34; M. Necmeddin Berkin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1980, s. 400; Üstündağ, 2004, s. 33; Flavio Cometta- Urs Möckli, *BSK SchKG*, Art. 17; 60; Philipp Maier-Ivan Vagnato, *SK SchKG*, Art. 41; Jolanta Kren Kostkiewicz, *OFK SchKG*, Art. 70.

²⁷ Pekcanitez-Simil, 2017, s. 133; Pekcanitez-Atalay-Özekes-Sungurtekin Özkan, 2022, s. 68; Kuru, 2013, s. 107-108; Kuru-Arslan-Yılmaz, 2014, s. 70; Üstündağ, 2004, s. 33; Arslan, 1984, s. 168; Yılmaz, 2016, s. 99.

²⁸ Arslan-Yılmaz-Taşpınar Ayvaz-Hanağası, 2022, s. 92; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 73.

²⁹ Örneğin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 03.10.2017 tarihli ve 12-601/695 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 06.02.2013 tarihli ve 12-703/214 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 20.09.2000 tarihli ve 12-1145/1159 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 23.06.2014 tarihli ve 15574/18162 sayılı kararı (E-Uyar).

³⁰ "İcra müdürü kendi verdiği karardan dönemez ise de, bilahare, daha önce verdiği kararın dosya kapsamı ve yasa hükmüne uygun olmadığını fark edip, onun yerine yasaya uygun olan kararı vermesine engel bir düzenleme de bulunmamaktadır." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin, 19.09.2017 tarihli ve 19215/10955 sayılı kararı (E-Uyar)). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 03.07.2017 tarihli ve 17602/9917 sayılı kararı (Yargıtay Karar Arama). "İcra memuru kendi verdiği karardan dönemez ise de; önceki verdiği kararın dosya kapsamı ve yasa hükmüne uygun olmadığını fark etmesi, örneğin, iflasın ertelenmesi davasında borçlu şirket hakkında takiplerin durdurulmasına dair verilen tedbir kararına rağmen yanlışlıkla borçlunun malvarlığının haczine karar verilmesi halinde, icra memurunca yasaya uygun olan kararın verilmesine engel bir düzenleme de bulunmamaktadır [...] İcra müdürlüğüne tedbir kararı gerekçe gösterilerek [...] yanlışlıkla konulan haczin kaldırılmasına karar verilmesinin isabetli olup" (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.03.2021 tarihli ve 23505/8449 sayılı kararı (E-Uyar)). Benzer yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 10.05.2018 tarihli ve 2590/4635 sayılı kararı (E-Uyar); (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 04.04.2019 tarihli ve 12447/5556 sayılı kararı (E-Uyar).

çevesinde icra müdürü yapmış olduğu işlemi kendiliğinden veya işlemin değiştirilmesinde yararı olan ilgilinin talebi üzerine değiştirebilir veya geri alabilir. Ancak icra müdürünün, ilgilinin talep üzerine işlemi değiştirmemesi veya geri almaması, bir hakkın yerine getirilmemesi anlamına gelmez. İcra müdürü sadece kendisinin yapmış olduğu işlemleri değiştirebilir veya geri alabilir. İcra müdürü üçüncü kişilerin katılımıyla yapılmış olan işlemleri veya icra mahkemesinin yapmış olduğu ya da icra mahkemesinin kararına dayanarak yapmış olduğu işlemleri geri alamaz. Örneğin, ihale yolsuz biçimde yapılmış olsa da ancak ihalenin feshine konu olabilir. Ayrıca ihale, sadece icra müdürünün bir işlemi değil, ihalede en yüksek pey ileri süren üçüncü kişinin (ihale alıcısının) teklifi üzerine gerçekleşir. İcra müdürü üçüncü kişilerin özel hukuk alanlarında sonuç doğuran işlemlerini geri alamaz veya değiştiremez.³¹ İcra müdürünün yapmış olduğu bir işlemi, sonradan hatalı görmesi üzerine değiştirmesi veya geri alması yeni bir işlemidir.

Kanaatimizce cebrî ihale kapsamında haksız biçimde tahsil edilen KDV'nin kanuna aykırı olduğu değerlendirildiğinde, icra dairesi, şikâyet süresi içerisinde kanuna uygun bir işlem tesis edebilmelidir. Zira burada salt icra müdürünce yapılan ve üçüncü kişilerin özel hukuk alanında sonuç doğuran bir işlemi söz konusu değildir. Kamusal nitelikteki KDV'nin belirlenmesi işlemi gerçekleştirilir. Dolayısıyla icra müdürü şikâyet süresi içerisinde KDV'ye ilişkin işlemi düzeltebilir veya geri alabilir. Buna engel bir kanunî düzenleme mevcut değildir. Olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesinin kapsamı kişi yönünden genişletilebilir. Böylece kanaatimizce cebrî icra takibinde yanlışlıkla tahsil edilen fazla tutardaki paranın iadesini talep edebilecek kişiler arasına diğer ilgililerin (örneğin, kendisinden fazla para tahsil edilen haciz ihbarnamesi muhatabı üçüncü kişi) ve özellikle ihale alıcısının dâhil edilmesi isabetli olacaktır. Bu yapılırken, maddede yer alan "borçlu" ifadesinin kaldırılması suretiyle hükmün içeriği kapsam bakımından genişletilmiş olur.

G. Haksız Tahsil Edilen KDV Bakımından İcra Takibi Sona Ermiş Olsa da İcra Mahkemesinde Şikâyet Yoluna (İİK m. 16 vd.) Başvurulabilmesi

Doktrindeki bir görüşe göre gerek süreli gerekse süresiz şikâyet, icra takibi sonuçlanıncaya kadar mümkündür. İcra takibi sonuçlandıktan (kapandıktan, sona erdikten) sonra, icra takibine ilişkin bir işleme karşı şikâyet yoluna başvuru

³¹ Pekcanitez-Simil, 2017, s. 67, 136.

rulamaz.³² Konuyla ilgili Yargıtay'ın içtihadı da aynı yöndedir.³³ Bu görüş benimsendiği takdirde, KDV oranına ilişkin uyuşmazlık, icra takibi sona erdikten şikâyet yoluna başvurularak icra mahkemesine taşınamayacaktır. Bu noktada KDV oranına ilişkin uyuşmazlık hakkında Vergi Usûl Kanunu uyarınca düzeltme ile şikâyet ve vergi mahkemesinde iptal davası açılabilmesi olanağı da mevcut değildir. Zira böyle bir imkânı tanımak, aynı işlem bakımından hem adlî hem idarî yargı yolunu caiz kılmak anlamına gelir ki, böyle bir sonucun kabulü mümkün değildir. Öte yandan KDV oranına ilişkin uyuşmazlık, icra takibi sona ermiş olmasına rağmen henüz yedi günlük şikâyet süresi dolmamış veya süresiz şikâyete tâbi icra işlemlerine karşı şikâyet yolunu kapatmanın tutarlı bir izahı bulunmamaktadır. Şikâyet konusu işlemin takibin sona ermesinden sonra öğrenilmesi ya da şikâyet konusu işlemin süresiz şikâyete tâbi olması ihtimal dâhilinde olup, üçüncü kişilerin kazanmış olduğu haklar saklı kalmak kaydıyla, bu işlemlere karşı icra takibi sona ermiş olsa dahi, şikâyet yoluna başvurulabilir. Bu sebeple KDV'ye ilişkin işlemin icra takibinin sona ermesinden sonra öğrenilmesi hâlinde de yedi günlük süreye uyulması şartıyla, bu işleme karşı icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulabilir. Dolayısıyla icra takibi sona ermiş olsa da, KDV'ye ilişkin işlemin sonradan öğrenilmesi hâlinde şikâyet yoluna başvurulmasına engel bir durum söz konusu değildir. Bu hâlde şikâyet yoluna başvurulmasına engel teşkil eden, üçüncü kişilerin kazanmış olduğu bir hakın varlığından da bahsetmek mümkün değildir.

³² Kuru, 2013, s. 110; Burhan Gürdoğan, *İcra Hukuku Dersleri*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1970, s. 10; Berkin, 1980, s. 404.

³³ Örneğin, "O halde, mahkemece, şikâyet tarihi itibari ile takip dosyasının infazen işlemden kaldırılıp kaldırılmadığı araştırıldıktan sonra, şayet dosya henüz infaz edilmemiş ise, gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle 3065 sayılı Yasanın 17/4-r maddesine göre değerlendirme yapılarak ihale konusu taşınmazın iki yılı aşkın süredir borçlu şirketin aktifinde kalıp kalmadığı ile anılan şirketin istisna kapsamındaki kıymetlerin ticaretini yapıp yapmadığı araştırılarak, KDV Kanunu'nun 17/4-r maddesinde belirtilen istisna kapsamında olup olmadığının tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 28.03.2016 tarihli ve 32397/8972 sayılı kararı (Lexpera)). "O halde, mahkemece somut olayın özelliği dikkate alınarak, şikâyet tarihi itibari ile takip dosyasının infazen işlemden kaldırılıp kaldırılmadığı araştırıldıktan sonra, şayet dosya henüz infaz edilmemiş ise, gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle şikâyetin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, kararın bozulması gerekirken, Dairemizce onandığı anlaşılma ile şikâyetçinin karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir." Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin, 26.01.2016 tarihli ve 32094/2114 sayılı kararı (Lexpera).

IV. KDV'YE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA YARGI YOLUNUN BELİRLENMESİ

A. KDV'ye İlişkin Uyuşmazlıklar Adlî Yargı Yoluna Tâbidir

Cebrî ihalede tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından idarî yargı yolunu caiz sayılmasına ilişkin herhangi bir kanunî dayanak yoktur. Burada icra dairesinin takip hukukuna ilişkin bir işlemi söz konusudur. KDV'ye ilişkin işlemin kaynağı icra dairesinin yapmış olduğu işlemidir. Bu işlem cebrî icra prosedürü kapsamında satış (paraya çevirme) aşamasında yapılmaktadır. Cebrî icra takibinin kamusal niteliği, devletin icra takibi bakımından devlet gücünü belli bir disiplin içinde kullanıyor olması, kanunîlik ilkesi, cebrî icra yollarının sınırlı ve belirli olması zorunluluğu, icra hukukunda amaca uygun, temel haklarla uyumlu ve dar yorum yöntemlerinin kullanılması hususları³⁴ birlikte dikkate alındığında, İcra ve İflâs Kanunu'nda sıkı şekil şartlarına tâbi kılınarak düzenlemiş olan cebrî ihaleyle bağlantılı uyuşmazlıkların, adlî yargıya tâbi olduğundan şüphe etmemek gerekir. Cebrî ihalede tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar adlî yargının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle bu uyuşmazlıklar bakımından adlî yargı yolu caizdir. Bu işlemlere karşı görevli icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulabilir.

B. Adlî ve İdarî Yargının “Eş Zamanlı Olmayan” Birlikte Caiz Olması Görüşü

Doktrindeki bir görüşe göre, Uyuşmazlık Mahkemesi kararları, İcra ve İflâs Kanunu'nun şikâyete ilişkin hükümleri, 2576 sayılı Kanun'un vergi mahkemelelerinin görevlerine ilişkin hükümleri ile Vergi Usûl Kanunu'nun 116. maddesindeki düzeltme ve şikâyet talebine ilişkin hüküm birlikte değerlendirildiğinde, icra dairelerince yapılan satışlarda ortaya çıkan KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklarda hem idarî hem de adlî yargının eş zamanlı olmayan “görevliliğinin” söz konusu olması gerekir.³⁵

Bu görüşe göre icra takibi sona ermeden cebrî ihale neticesinde yapılan satışlarda KDV oranına ilişkin uyuşmazlıklarda icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurulması öncelikli hukukî çare olarak kabul edilmeli, icra takibi sona ermişse, Vergi Usûl Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca düzeltme ile şikâyet yoluna başvurulabilmelidir. Vergi hatası olan icra satış işlemi hakkında cebrî icra takibi sona erdikten sonra ilgili vergi dairesine başvurarak düzeltme talep

³⁴ Özkes, 2009, s. 92, 98.

³⁵ Kızıltoprak, “İcra Satış İşlemlerindeki Vergi Uyuşmazlıklarında Görevli Yargı Yeri”, s. 70-72.

edilebilir. Düzeltme talebinin reddi hâlinde ise bu işleme karşı Hazine ve Maliye Bakanlığı'na şikâyet başvurusunda bulunulabilir. Şikâyet talebinin reddi hâlinde ise idarî yargıda iptal davası açılabilir.³⁶

Bu yaklaşım kanaatimizce isabetsiz olup, kendi içinde de tutarlı değildir. Çeşitli yönleriyle eleştiriye açıktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, "icra takibinin sona ermesi", ihalenin yapılması ve KDV'nin ödenmesiyle söz konusu olmaz. Zira icra takibinde bundan sonra paylaşım aşamasına geçilir. Paylaşım aşama kapsamında sıra cetvelinin yapılması ve bundan sonra gerektiğinde aciz vesikasının düzenlenmesi söz konusudur. Dolayısıyla genel bir kabulde, KDV'nin ödenmesi üzerine, icra takibinin sona erdiğini ileri sürmek ve icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulması imkânının ortadan kalmış olduğunu kabul etmek mümkün değildir. KDV'nin haksız biçimde fazla ödenmiş olduğu sonradan da anlaşılabilir. Bu tabii ki mümkündür. Ancak bu takdirde de icra takibinin sona ermiş olduğu gerekçesiyle şikâyet yoluna başvurma imkânının bulunmadığını ileri sürmek doğru değildir. İcra takibi sona erdikten sonra icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulup başvurulamayacağı başlı başına tartışmalı bir konu olup, ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu konuya aşağıda değineceğiz. Burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, icra takibi sona ermiş olsa da, kural olarak icra dairesinin işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulabilir. Buna kanunî bir engel bulunmayıp, aksi düşünce tarzı, takibin özellikle son aşamasında yapılmış olan işlemlere karşı, hatta süresiz şikâyete tâbi olan işlemlere karşı şikâyet yolunun kapatılması anlamına gelir ki, bu yaklaşım gerek Kanun'un lafzına gerekse amacına ve ruhuna aykırı olur. Şikâyet yolu, bir hukukî çare olarak icra dairesinin işlemlerinin denetlenebilmesi için öngörülmüştür.

Bununla birlikte KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkta kısmen idarî kısmen de adlî yargı yolunun caiz olduğunu kabul etmek, hukukî güvenlik, hukukî belirlilik, kamu düzeni, kanunîlik ilkelerine ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil eder. Zira yargı yoluna ilişkin kurallar kanunla belirlenir, kamu düzenine ilişkindir ve yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilir. Aynı uyuşmazlığın, zamansal olarak farklı zaman dilimlerinde farklı yargı yolundaki mahkemelerce incelenerek karara bağlanacağını kabul etmek mümkün değildir. Bu durum çelişkili kararların verilmesinin önüne geçilmesi bakımından da oldukça önemlidir. Keza aynı konuda farklı yargı kolundaki mahkemelerin uyuşmazlığı karara bağlayabilmesinin kabulünü, yargı yoluna ilişkin kuralların

³⁶ Kızıltoprak, "İcra Satış İşlemlerindeki Vergi Uyuşmazlıklarında Görevli Yargı Yeri", s. 71.

amacıyla ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluş (ve varoluş) nedeniyle bağdaştırmak olanaksızdır. Yargılama ve dolayısıyla icra takibi kendi içinde bir bütündür. Yargılamanın ve icra takibinin farklı aşamalarının bulunması, bu farklı aşamaların farklı yargı yoluna tâbi olmasını hiçbir şekilde gerektirmez. Hatta hiçbir şekilde bunun olmaması gerekir. Yargı yolu kavramı, temel bir kavram olup, kapsamı ve amacı belirlidir. Yargı yolu gibi oldukça temel bir kavrama, bir uyuşmazlığı kısmen adlî yargı kısmen idarî yargıya tâbi kılmak suretiyle istisna tanımak, birden çok temel usûlî kurumla ve ilkeyle (örneğin, kesin hüküm, hukukî güvenlik vb.) aykırı olacak ve hiçbir şekilde bağdaşmayacak olan bir durum teşkil eder. Böyle bir istisna tanımaya ihtiyaç olmadığı gibi, bunu meşru kılacak bir gerekçe ve kanunî dayanak mevcut değildir.

İcra dairesince yapılan satışlarda ortaya çıkan vergi hatasının düzeltme ile şikâyet talebine konu olamayacağını ileri sürmenin, Vergi Usûl Kanun'un amacına ve ruhuna aykırılık teşkil edeceği görüşüne³⁷ katılmıyoruz. Zira icra takibinde satış işlemleri, bir işlemler bütünü teşkil etmekte olup, birbirine eklenmiş olan birden çok cebrî icra işleminin art arda yapılmasını ifade etmektedir. KDV'nin ödenmesi de ihale kesinleştikten sonra gerçekleştirilen bir işlem olup, satış işlemleri zincirine dâhildir. Dolayısıyla cebrî satış işlemleri İcra ve İflâs Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş; bu işlemleri yapacak olan yargı organı belirlenmiş, bu işlemlerin tâbi olduğu usûl açık biçimde öngörülmüştür. Şüphesiz ki KDV'nin ödenmesine ilişkin işlem de bu kapsamdadır. Bütünün parçası olan bu işlemlerden sadece "KDV'nin ödenmesine ilişkin olan" işlemi ayrı tutarak, ayrı bir prosedüre tâbi kılmak suretiyle bu işlem bakımından Vergi Usûl Kanunu'nun 116. maddesindeki düzeltme ile şikâyet talebine işlerlik kazandırmanın hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır.

C. Adlî Yargıda Açılması Gereken Bir Davanın İdarî Yargıda Açılması Hâlinde Yapılacak İşlemler

Adlî yargı ve idarî yargı arasında yargı yolu ilişkisi bulunmaktadır. Yargı yolu, bir dava şartı olarak düzenlendiğinden (HMK m. 114/1-b) taraflarca yargılamanın her aşamasında bu konuda itiraz ileri sürülebileceği gibi, mahkeme tarafından da kendiliğinden dikkate alınır (HMK m. 115/1). Yargı yoluna ilişkin eksikliğin tamamlanması mümkün olmadığından, mahkemenin yargı yolu sebebiyle davayı usûlden reddetmesi gerekir. Yargı yolları arasında bir davanın han-

³⁷ Kızıltoprak, "İcra Satış İşlemlerindeki Vergi Uyuşmazlıklarında Görevli Yargı Yeri", s. 70.

gi yargı yoluna giren mahkemece görüleceği hususunda uyuşmazlık çıktığı takdirde, bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesi kesin olarak karar verir (AY m. 158). Uyuşmazlık Mahkemesi, adlî ve idarî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili bir yüksek mahkemedir (AY m. 158; Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun³⁸ m. 1).

Vergi mahkemelerindeki yargılama usûlü, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanun'na tâbidir. İdarî Yargılama Usûlü Kanun'un "ilk inceleme" kenar başlıklı 14. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "dilekçeler, Danıştayda daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından: a) Görev ve yetki, b) İdari merci tecavüzü, c) Ehliyet, d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, e) Süre aşımı, f) Husumet, g) 3 ve 5'inci maddelere uygun olup olmadıkları, yönlerinden sırasıyla incelenir." İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 14. maddesine göre yapılan ilk inceleme sonucunda 14. maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendi çerçevesinde yapılan inceleme neticesinde, adlî yargının caiz olduğu konularda açılan davanın usûlden reddine karar verilmesi gerekir. Dolayısıyla vergi mahkemesinin yapacağı ilk incelemeden sonra, yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle, KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkla ilgili olarak davanın usûlden reddi kararı verilmelidir.

Bu karardan sonra, adlî yargıda davaya nasıl ve ne şekilde devam edileceği yönünde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme yer almamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konuyla ilgili emsal teşkil eden bir kararında, idarî yargı yoluna hatalı olarak başvurulması üzerine, idare mahkemesi tarafından verilen yargı yoluna aykırılık kararı üzerine ne şekilde ve hangi sürede adlî yargıda dava açılacağı konusunda bir hüküm bulunmaması sebebiyle buradaki boşluğun görevsizlik kararı üzerine davaya görevli mahkemede devam edilebilmesi için uygulanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinin kıyasen uygulanarak çözümlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.³⁹ Buna göre, idarî

³⁸ RG, 22.06.1979, S. 16674.

³⁹ "[...] Adli yargı mahkemeleri arasındaki göreve ilişkin uyuşmazlıklarda başvuru; görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi üzerine, davacının, kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren on gün içinde yeniden dilekçe vermesinin gerektiği, aksi takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceğine ilişkin HUMK m. 193 hükmünün, somut olaya kıyasen uygulanması gerekir [...]" Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.02.2008 tarihli ve 21-140/205 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 25.12.2012 tarihli ve 10482/26913 sayılı kararı (Kazancı).

yargıdaki mahkemenin, davanın reddine karar vermesinden sonra, bu karara karşı kanun yoluna başvurulmuyorsa bu kararın tebliği tarihinden; süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde idarî yargıdaki mahkemeye başvurularak, yargılama dosyasının adlî yargıdaki görevli mahkemeye gönderilmesinin talep edilmesi gerekir. Bu süreye uyulduğu takdirde, hukuk mahkemesine gönderilen dava, idarî yargıdaki mahkemede açılan davanın devamı sayılmalıdır.⁴⁰ Bu durumda, davanın açılma tarihi, idarî yargıdaki mahkemede davanın açıldığı tarih olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkla ilgili olarak, yargılama dosyasının iki haftalık süre içerisinde görevli icra mahkemesine gönderilmesi talep edilmelidir.

Eğer Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesindeki süreye uyulmazsa, yargı yolu bakımından hatalı olarak idarî yargı yolundaki mahkemesinde açılmış olan dava açılmamış sayılacağından, dava açılmasının tüm sonuçları ortadan kalkacaktır. Bu durumda özellikle hak düşürücü süre korunmamış ve zamanaşımı süresi kesilmemiş sayılacaktır.⁴¹ Dolayısıyla KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkla ilgili olarak, yargılama dosyasının iki haftalık süre içerisinde görevli icra mahkemesine gönderilmesi talep edilmediği takdirde, şikâyet süresinin kaçırılmış olması durumuyla karşılaşılabılır.

Kanaatimizce doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, idarî yargı ve adlî yargıda açılan her iki davanın aynı olması koşuluyla iki yargı yolu arasında dilekçelerin hazırlanması yönünden karşılaşılabilecek farklılıklar nedeniyle adlî yargıda yeni bir dava dilekçesi verilmesi uygun olur.⁴² Bu nedenle, KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkla ilgili olarak vergi mahkemesinin yargı yolunun caiz olmamasına ilişkin kararından sonra, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak yeni bir dilekçeyle icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulması gerekir.

⁴⁰ Mine Akkan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 257; Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 71; Baki Kuru-Burak Aydın, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı*, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 251.

⁴¹ Akkan, *Pekcanitez Usûl*, s. 260; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 71; Kuru-Aydın, *El Kitabı C. I*, s. 251.

⁴² Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I*, İstanbul, 2001, s. 741-742; Akkan, *Pekcanitez Usûl*, s. 260; Pekcanitez-Atalay-Özekes, 2022, s. 71.

D. Uyuşmazlık Mahkemesinin KDV'ye İlişkin Uyuşmazlıkların Adli Yargıya Tâbi Olduğu Yönündeki İçtihadı

Uyuşmazlığın adli yargılamanın bir parçasını oluşturduğunu, icra dairesinin yapmış olduğu bir işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın, doğal olarak icra dairesinin işlemlerini denetleyen yargı mercii olan icra mahkemesince çözümlenmesi gerekir. İcra takiplerinde harç ve vergi tarh ve tahakkukuna dair işlemler icra dairesi tarafından yapılır. İcra dairesinin KDV'nin tarh ve tahakkuku ile damga vergisine ilişkin işleminden doğan uyuşmazlığın çözümünde vergi mahkemesi değil, icra mahkemesi görevlidir. Bu noktada KDV'ye ilişkin işlemin kaynağını icra dairesinin vermiş olduğu karar oluşturmaktadır. Uyuşmazlık Mahkemesi bir kararında, icra dairesince yapılan KDV oranına ve damga vergisine ilişkin işlemin, kanuna aykırılığı iddiasının şikâyet yoluyla icra mahkemesince çözümleneceğine, uyuşmazlığın icra dairesinin bir işleminden kaynaklandığından, bu işlemin kanuna uygun olup olmadığının, adli yargı merciiince çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'nin anılan 18.10.2021 tarihli kararında⁴³, icra dairesince satışı yapılan aracı alan davacının, satın alma bedeli üzerinden %1 oranında ödemesi gerekirken, fazladan, %18 oranında ödemiş olduğu KDV'nin iadesi talebiyle idarî yargıda (vergi mahkemesinde) açmış olduğu davanın, adli yargıya tâbi olan icra mahkemesince

⁴³ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 18.10.2021 tarihli ve 450/506 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde bkz. "2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun 'Vergi Mahkemelerinin Görevleri' başlıklı 6. maddesinde, Vergi Mahkemelerinin genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalarla, bu konularla ilgili olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri çözümleneceği hükmüne yer verilmiştir. Hal böyle iken, İcra Müdürlüğüne yapılan ihale sonucunda alınan araçlara ilişkin, icra müdürlüğüne verilen %18 oranında KDV ödenmesine dair kararın, kanuna aykırılığı iddiasının şikâyet yolu ile İcra Mahkemesinde çözümleneceği, mahkemenin incelemeyi, söz konusu icra dosyası üzerinde yaparak, anılan işlemin kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği kuşkusuzdur. Adli yargılamanın bir parçasını oluşturan bu uyuşmazlığın, İcra Müdürlüğüne tesis ettiği bir işlemde kaynaklandığı gözetildiğinde, bu işlemin yasaya uygun olup olmadığının adli yargı yerince çözümlenmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır". (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 23.12.2019 tarihli ve 771/893 sayılı kararı (Lexpera)). "Hal böyle iken, İcra Müdürlüğü tarafından yürütülen takibe ilişkin olarak yapılan ihale sonucunda alınan taşınmaza ilişkin, icra müdürlüğüne verilen %18 oranında KDV ve 453,00 TL Damga Vergisi ödenmesine dair kararın, kanuna aykırılığı iddiasının şikâyet yolu ile İcra Mahkemesinde çözümleneceği, mahkemenin incelemeyi, söz konusu icra dosyası üzerinde yaparak, anılan işlemin kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği kuşkusuzdur. Adli yargılamanın bir parçasını oluşturan bu uyuşmazlığın, İcra Müdürlüğüne tesis ettiği bir işlemde kaynaklandığı gözetildiğinde, bu işlemin yasaya uygun olup olmadığının adli yargı yerince çözümlenmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır." (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 03.03.2014 tarihli ve 172/220 sayılı kararı (Lexpera).

çözümlemesi gerektiğine hükmedilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin söz konusu kararında yer vermiş olduğu şu ifadeler oldukça yerindedir: "Mevzuat hükümleri ile somut olay birlikte irdelendiğinde; İcra Müdürlüğü tarafından yürütülen takibe ilişkin olarak yapılan ihale sonucunda alınan taşıta ilişkin, İcra Müdürlüğünce verilen %18 oranında KDV ve damga vergisi ödenmesine dair kararın, kanuna aykırılığı iddiasının şikâyet yolu ile İcra Mahkemesinde çözümleneceği, mahkemenin incelemeyi, söz konusu icra dosyası üzerinde yaparak, anılan işlemin kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği kuşkusuzdur. Adli yargılamanın bir parçasını oluşturan bu uyuşmazlığın, İcra Müdürlüğünün tesis ettiği bir işlemde kaynaklandığı gözetildiğinde, bu işlemin Kanuna uygun olup olmadığı adli yargı yerince çözümlenmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır."

Benzer şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi 13.05.2013 tarihli başka bir kararında⁴⁴ "icra müdürlüğü tarafından yürütülen takibe ilişkin olarak yapılan ihale sonucunda alınan taşınmaza ilişkin icra müdürlüğünce verilen %18 oranında KDV ödenmesine dair kararın, kanuna aykırılık iddiasının şikâyet yolu ile icra mahkemesinde çözümleneceği, anılan işlemin kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği, işlem icra müdürlüğünün tesis ettiği bir işlemde kaynaklandığı gözetildiğinde, bu işlemin yasaya uygun olup olmadığı adli yargı yerince çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." şeklinde karar vermiş olup, bu karara göre KDV'ye ilişkin uyuşmazlık bakımından adli yargının caiz olduğu sonucuna varılmıştır.⁴⁵

⁴⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 13.05.2013 tarihli ve 250/651 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde bkz. "Olayda, davacılar tarafından, Balçova Belediye Başkanlığına karşı ilama dayalı olarak yapılan takibe ilişkin, icra takibini yürüten İzmir 14. İcra Müdürlüğü'nün 03.06.2011 gün, E: 2008/1661 sayılı, dosyaya gelen parayı davacılara ödemeyerek, damga vergisi yatırılması gerektiğine dair kararının iptaline karar verilmesi istemiyle dava açıldığı anlaşılmıştır [...] Hal böyle iken, İcra Müdürlüğü tarafından yürütülen takibe ilişkin olarak, icra müdürlüğünce alınan, dosyaya gelen paranın davacılara ödemeyerek damga vergisi yatırılması gerektiğine dair kararın, kanuna aykırılığı iddiasının şikâyet yolu ile İcra Mahkemesinde çözümleneceği, mahkemenin incelemeyi, söz konusu icra dosyası üzerinde yaparak, anılan işlemin Kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği kuşkusuzdur. adli yargılamanın bir parçasını oluşturan bu uyuşmazlığın, İcra Müdürlüğünün tesis ettiği bir işlemde kaynaklandığı gözetildiğinde, bu işlemin yasaya uygun olup olmadığı adli yargı yerince çözümlenmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır." (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 08.04.2013 tarihli ve 185/474 sayılı kararı (Lexpera)).

⁴⁵ Aynı yönde bkz. "Hal böyle iken, İcra Müdürlüğü tarafından yürütülen takibe ilişkin olarak yapılan ihale sonucunda alınan taşınmaza ilişkin, icra müdürlüğünce verilen %18 oranında KDV ödenmesine dair kararın, kanuna aykırılığı iddiasının şikâyet yolu ile İcra Mahkemesinde çözümleneceği, mahkemenin incelemeyi, söz konusu icra dosyası üzerinde yaparak, anılan işlemin kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği kuşkusuzdur. Adli yargılamanın bir parçasını oluşturan bu uyuşmazlığın, İcra Müdürlüğünün tesis ettiği bir işlemde kaynak-

Uyuşmazlık Mahkemesi konuyla ilgili başka bir kararında şu ifadelerle isabetle yer vermiştir: “Mevzuat hükümleri ile somut olay birlikte irdelendiğinde; İcra Müdürlüğü tarafından yürütülen takibe ilişkin olarak yapılan ihale sonucunda alınan taşınmaza ilişkin, İcra Müdürlüğünce verilen %18 oranında KDV ve damga vergisi ödenmesine dair kararın, kanuna aykırılığı iddiasının şikayet yolu ile İcra Mahkemesinde çözümleneceği, mahkemenin incelemeyi, söz konusu icra dosyası üzerinde yaparak, anılan işlemin kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği kuşkusuzdur. Adli yargılamanın bir parçasını oluşturan bu uyuşmazlığın, İcra Müdürlüğünün tesis ettiği bir işlemde kaynaklandığı gözetildiğinde, bu işlemin Kanuna uygun olup olmadığının adli yargı yerince çözümlenmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır. Yukarıda belirtilen hususlar göz önünde bulundurularak; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile davalı idarenin yaptığı görev itirazının reddine ilişkin İstanbul [...] Vergi Mahkemesinin 02/07/2020 tarihli ve E. 2020/1601 sayılı görevlilik kararının kaldırılması gerekmiştir.”⁴⁶

landığı gözetildiğinde, bu işlemin yasaya uygun olup olmadığının adli yargı yerince çözümlenmesinin gerektiği sonucuna varılmıştır.” (Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 01.07.2013 tarihli ve 1111/1257 sayılı kararı (Lexpera)).

⁴⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 05.04.2021 tarihli ve 57/136 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 01.03.2021 tarihli ve 42/85 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 22.10.2018 tarihli ve 464/603 sayılı kararı (Lexpera), Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 13.10.2014 tarihli ve 842/918 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 07.10.2013 tarihli ve 1190/1434 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 05.07.2021 tarihli ve 278/402 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 05.04.2021 tarihli ve 52/157 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 05.04.2021 tarihli ve 177/224 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 23.12.2019 tarihli ve 693/844 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 25.11.2019 tarihli ve 633/774 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.01.2019 tarihli ve 913/62 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 24.12.2018 tarihli ve 779/833 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.05.2018 tarihli ve 349/318 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 26.03.2018 tarihli ve 101/184 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 09.05.2016 tarihli ve 260/300 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 18.10.2021 tarihli ve 451/507 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 18.10.2021 tarihli ve 450/506 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 20.09.2021 tarihli ve 433/466 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 05.04.2021 tarihli ve 56/135 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 23.12.2019 tarihli ve 694/892 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 21.10.2019 tarihli ve 639/708 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 22.10.2018 tarihli ve 589/662 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 03.05.2021 tarihli ve 259/316 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 01.03.2021 tarihli ve 49/106 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü-

E. Yargıtay'ın ve Danıştay'ın KDV'ye İlişkin Uyuşmazlıkların Adli Yargıya Tâbi Olduğu Yönündeki İçtihadı

Yargıtay, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesinin KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların idarî yargıya tâbi olduğu yönündeki 28.02.2022 tarihli kararlarından önceki döneme ilişkin vermiş olduğu kararlarında, söz konusu uyuşmazlıkların adli

nün 01.03.2021 tarihli ve 95/122 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.09.2020 tarihli ve 423/567 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 27.04.2020 tarihli ve 220/248 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 24.02.2020 tarihli ve 111/176 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 23.12.2019 tarihli ve 771/893 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 29.04.2019, 289/344 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 01.07.2013 tarihli ve 1111/1257 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 09.05.2016 tarihli ve 244/287 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 30.11.2015 tarihli ve 799/814 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 08.04.2013 tarihli ve 185/474 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 24.12.2018 tarihli ve 627/816 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 22.10.2018 tarihli ve 592/661 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 30.12.2013 tarihli ve 1412/1780 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 07.10.2013 tarihli ve 1210/1440 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 08.04.2013 tarihli ve 221/476 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 24.02.2020 tarihli ve 46/114 (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 23.12.2019 tarihli ve 673/822 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 24.12.2018 tarihli ve 621/523 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 20.02.2017 tarihli ve 524/14 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 26.03.2018 tarihli ve 135/185 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 11.03.2013 tarihli ve 182/321 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 23.12.2019 tarihli ve 725/823 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 26.03.2018 tarihli ve 128/162 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 25.11.2019 tarihli ve 282/744 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 24.12.2018 tarihli ve 622/844 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.05.2018 tarihli ve 297/283 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 01.04.2014 tarihli ve 304/346 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 20.02.2017 tarihli ve 523/13 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 30.09.2019 tarihli ve 512/601 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 26.11.2018 tarihli ve 789/789 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 25.12.2017 tarihli ve 745/823 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.09.2015 tarihli ve 582/594 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 27.01.2014 tarihli ve 47/56 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 30.12.2013 tarihli ve 1611/1824 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 20.04.2018 tarihli ve 149/216 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 08.04.2013 tarihli ve 125/470 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 24.12.2012 tarihli ve 116/278 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 03.05.2010 tarihli ve 108/98 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 03.05.2010 tarihli ve 117/99 sayılı kararı (Lexpera); Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 25.03.2019 tarihli ve 602/247 sayılı kararı (Lexpera).

yargıya tâbi olduğuna görüşünü benimsemiştir. Yargıtay kararlarında KDV'ye ilişkin işlemin, icra dairesi işlemi olduğu ve bu işlemin ancak şikâyet başvurusu üzerine icra mahkemesince incelenebileceğine vurgu yapılmıştır. Örneğin,

“Şikayetçi ihale alıcısı icra mahkemesine başvurusunda satışı yapılan taşınmazın ihale bedeli üzerinden %1 KDV alınması gerektiğini ileri sürmüş, mahkemece icra dairesinde ihale gerçekleştirildikten sonra ihaleye ilişkin KDV'nin tarh ve tahakkuk işlemleri bu verginin mükellefi sıfatı ile yaptığı işlemlerden doğan ihtilafların çözüm yerinin vergi mahkemeleri olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. [...] Uyuşmazlık Mahkemesi kararı uyarınca belirtilen nedenlerle, davanın görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli olduğundan icra mahkemesince, şikayetin esası incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken ihtilafın çözümünde vergi mahkemelerinin görevli olduğundan bahisle istemin reddi isabetsizdir.”⁴⁷

“Somut olayda; Aliağa İcra Müdürlüğü'nün 2011/843 Talimat sayılı dosyasından yapılan satış nedeniyle şikayetçinin satın aldığı traktör nedeniyle fazla yatırıldığı belirtilen 7.395,00 TL.- KDV ile ikinci kez ödenen 215,32 TL.- damga vergisinin iadesine ilişkin olup icra memurunun işlemine yönelik şikayet niteliğinde olduğundan uyuşmazlık icra mahkemesinde çözümlenmelidir. O halde mahkemece, şikayetin esası incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken görev yönünden istemin reddine karar verilmesi isabetsizdir.”⁴⁸

“KDV'ye ilişkin işlemin kaynağı İcra Müdürlüğü'nün tesis etmiş olduğu karara ilişkin olduğundan, işlemin yasaya uyarlılığı, şikayet yoluyla, İcra Mahkemelerinin denetiminde olduğunun kabulü gerekir. Yukarıda açıklanan olgular karşısında Dairemizin değişen içtihadına göre KDV'ye ilişkin şikayetin İcra Mahkemelerinde incelenmesi gerektiğinden mahkemece şikayetin esasının incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken şikayeti inceleme isteminin yargı yolu nedeniyle reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.”⁴⁹

⁴⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 11.07.2013 tarihli ve 17781/25818 sayılı kararı (Lexpera).

⁴⁸ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 08.07.2013 tarihli ve 17981/25613 sayılı kararı (Lexpera).

⁴⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 01.7.2013 tarihli ve 17775/24634 sayılı kararı (Lexpera). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 03.12.2013 tarihli ve 30784/38280 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 08.10.2013 tarihli ve 22618/31835 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 14.11.2013 tarihli ve 27414/ sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 11.11.2013 tarihli ve 27039/35429 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 02.07.2013 tarihli ve 17506/24824 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.09.2013 tarihli ve 20301/29966 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 17.02.2014 tarihli ve 1717/4046 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk

Danıştay da, özellikle Uyuşmazlık Mahkemesinin KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların idarî yargıya tâbi olduğu yönündeki 28.02.2022 tarihli kararlarından önceki döneme ilişkin vermiş olduğu kararlarında, söz konusu uyuşmazlıkların adli yargıya tâbi olduğuna görüşünü benimsemiştir. Danıştay kararlarında KDV'ye ilişkin işlemin, icra dairesi işlemi olduğu ve bu işlemin ancak şikâyet başvurusu üzerine icra mahkemesince incelenebileceğine vurgu yapılmıştır. Örneğin,

“Bu durumda; 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun “Vergi Mahkemelerinin Görevleri” başlıklı 6'ncı maddesinde, Vergi Mahkemelerinin genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalan ile tarifelere ilişkin davalarla, bu konularla ilgili olarak 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri çözümleneceği hükmüne yer verilmiş ise de; İcra Müdürlüğü tarafından yürütülen takip sonucu tahsil harcı alınması işleminin, kanuna aykırılığı iddiasının şikâyet yolu ile İcra Mahkemesinde ileri sürüleceği, Mahkemenin işlemin Kanuna uygun olup olmadığı hususunda karar vereceği kuşkusuzdur. Adli yargılamanın bir parçasını oluşturan bu uyuşmazlığın, icra Müdürlüğünün tesis ettiği bir işlemten kaynaklandığı gözetildiğinde, bu işlemin Kanuna uygun olup olmadığının adli yargı yerince çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulüne Aydın Vergi Mahkemesi'nin 30/05/2011 tarih ve E: 2011/1175, K: 2011/1369 sayılı kararının görev yönünden bozulmasına 12/03/2013 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.”⁵⁰

F. Uyuşmazlık Mahkemesinin KDV'ye İlişkin Uyuşmazlıkların İdarî Yargıya Tâbi Olduğu Yönündeki İçtihadı (28.02.2022)

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 28.02.2022 tarihli kararında⁵¹ ise, “verginin iadesinin muhatabı vergi dairesi olmuştur” denilerek, icra müdürünün, KDV mükellefi olarak vergi beyannamesi vermesiyle yükümlülüğünün sona erdiği belir-

Dairesinin 14.11.2013 tarihli ve 26092/35967 sayılı kararı (Lexpera). Harçlar Kanunu uyarınca icra dairesinin İcra ve İflâs Kanunu'nun 15. maddesi kapsamında yaptığı tahsil harcı kesme işlemine karşı İcra ve İflâs Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca şikâyet yoluna başvurulabilir (8. HD, 06.06.2013 tarihli ve 5689/8593 sayılı kararı (Kazancı)). Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 19.06.2012 tarihli ve 5654/5757 sayılı kararı (Kazancı).

⁵⁰ Danıştay 9. Dairesinin 12.03.2013 tarihli ve 7661/1697 sayılı kararı (Lexpera).

⁵¹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.02.2022 tarihli ve 634/122 sayılı kararı (Lexpera). Tapu harcına ilişkin aynı yönde başka bir karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.02.2022 tarihli ve 593/61 sayılı kararı (Lexpera).

tilerek, fazla alınan verginin iadesi bakımından artık muhatabın vergi dairesi olduğu kabul edilmektedir. Anılan kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “Dava, davacı tarafından Ankara 22. İcra Müdürlüğü’nün Sulh Hukuk Mahkemesi Satış Memurluğu sıfatıyla 2015/227 sayılı dosyasında yapılan açık artırma usulu ihale sonucu satılan taşınmaza ilişkin olarak %8 yerine %18 alındığı ileri sürülen KDV’nin fazlaya ilişkin kısmının iadesine karar verilmesi istemiyle açılan davanın istinaf aşamasında süre aşımı nedeniyle reddi sonrasında, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 124. maddesi kapsamında Gelir İdaresi Başkanlığına yapılan şikayet başvurusunun reddi işleminin iptali ile fazla tahsil edilen verginin iadesi istemiyle açılmıştır. Somut olayda, ihale yoluyla satışı yapılan taşınmaza ilişkin olarak tahakkuk ettirilen %18 oranlı KDV’nin vergi dairesince tahsil edildiği noktasında tartışma bulunmamaktadır. Bu durumda, satış memurluğunun vergi sorumlusu sıfatı sona ermiş, verginin iadesinin muhatabı vergi dairesi olmuştur. Bu kapsamda açılan davada da, 3065 sayılı Kanun hükümleri gereğince katma değer vergisine ilişkin uyuşmazlığını görüm ve çözümü görevi, 2576 sayılı Kanun uyarınca idari yargı içerisinde yer alan vergi mahkemelerine ait bulunmaktadır. Bununla birlikte, somut olayda şikayet başvurusu ve şikayet başvurusunun reddi işleminin Vergi Usul Kanunu hükümlerine tabi olması ve uyuşmazlığın çözümünün de bu kapsamda yapılması gerektiği açık olup söz konusu katma değer vergisinin %8 orandan fazlasının iadesi istemine ilişkin davada vergi mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmıştır.”

Uyuşmazlık Mahkemesi’nin aynı yöndeki başka bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir: “Dava, davacı tarafından Urla Sulh Hukuk Mahkemesi Satış Memurluğunun 2020/2 sayılı dosyasında yapılan açık artırma usulu ihale sonucu satılan taşınmaza ilişkin olarak %1 yerine %18 alındığı ileri sürülen KDV’nin fazlaya ilişkin kısmının iadesine karar verilmesi istemiyle tahsil işlemini gerçekleştiren vergi dairesine karşı açılmıştır. Somut olayda, ihale yoluyla satışı yapılan taşınmaza ilişkin olarak tahakkuk ettirilen %18 oranlı KDV’nin vergi dairesince tahsil edildiği noktasında tartışma bulunmamaktadır. Bu durumda, satış memurluğunun vergi sorumlusu sıfatı sona ermiş, verginin iadesinin muhatabı vergi dairesi olmuştur. Bu kapsamda açılan davada da, 3065 sayılı Kanun hükümleri gereğince katma değer vergisine ilişkin uyuşmazlığını görüm ve çözümü görevi, 2576 sayılı Kanun uyarınca idari yargı içerisinde yer alan vergi mahkemelerine ait bulunmaktadır. Bununla birlikte, somut olayda da uygulanması mümkün görünen (§ 8-9), icra mahkemelerinin ‘istihkak davaları’ ile ‘ihalenin feshi davalarına’ ilişkin kararları dışındaki takip hukukuna ilişkin (memur işlemini şikayet, haciz, satış vb.) kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil et-

memektedir (§ 7). Dolayısıyla, somut olaydaki gibi KDV'nin tahsilini gerçekleştiren vergi idaresinin olası şikayet davasının tarafı olmaması ve mahkemece şikayet konusu hakkında verilecek kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi nedeniyle, KDV'nin oranı yönünden Sulh Hukuk Mahkemesince verilecek kararın icrailiği de tartışmalı hale geleceğinden 'memur işlemi şikayet davası' sürecinin uyuşmazlık konusu olaya uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu durumda, söz konusu katma değer vergisinin %1 orandan fazlasının iadesi istemine ilişkin davada vergi mahkemesinin görevli olduğu anlaşılmıştır."⁵²

Yine Uyuşmazlık Mahkemesi'nin aynı yöndeki başka bir kararında şu ifadelerle yer verilmiştir: "Dava, İcra Müdürlüğüne yapılan ihale üzerine satın alınan taşınmazın satın alma bedeli üzerinden %18 oranında hesaplanarak ödenen katma değer vergisinin, istisna kapsamında olduğu ve ödenmemesi gerektiği ileri sürülerek, yersiz tahsil edilen katma değer vergisinin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ve fazladan ödenen katma değer vergisinin iadesi istemiyle açılmıştır. Olayda; İcra Müdürlüğüne yapılan ihale üzerine alınan taşınmazın satın alma bedeli üzerinden hesaplanarak Vergi Dairesi Müdürlüğüne yatırılan katma değer vergisinin iadesi istenilmektedir. Bu vergi dayanağını 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'ndan almaktadır. Mükellefi ve uygulanacağı oran anılan Kanun hükümleri uyarınca belirlenmektedir. Taşınmaz tesliminin icra veya iflas idaresince yapılan ihale yoluyla gerçekleşmesi ve teslim bedeli üzerinden hesaplama yapılarak verginin tahsil edilmesi, bu işlemi özel hukuk ilişkisine dönüştürmemektedir. Bu itibarla, taşınmaz tesliminin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na göre vergi istisnası kapsamında bulunup bulunmadığının, vergiye tabi olması halinde hangi oranda vergi hesaplanması gerektiğinin tespitine yönelik olarak, 3065 sayılı Kanun ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre inceleme yapılması gerekmektedir. Bu yoldaki incelemeyi yapma görevi, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun maddeleri uyarınca Vergi Mahkemesine verilmiştir. Bu durumda, ihale yoluyla satın alınan taşınmazın satın alma bedeli üzerinden hesaplanarak tahsil edilen katma değer vergisinin istisna kapsamında olduğu ileri sürülerek verginin iadesi istemiyle yapılan başvurunun reddi yolundaki işlemin iptali ile ödenen katma değer vergisinin yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılan davanın

⁵² Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.02.2022 tarihli ve 524/120 sayılı kararı (RG, 09.10.2022, S. 31861).

görüm ve çözümünde 2577 sayılı Kanun'un 2. ve 2576 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca idari yargı içerisinde yer alan vergi mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır."⁵³

G. Yargıtay'ın ve Danıştay'ın Uyuşmazlık Mahkemesi'nin KDV'ye İlişkin Uyuşmazlıkların İdarî Yargıya Tâbi Olduğu Yönündeki İçtihadından (28.02.2022) Sonraki Döneme İlişkin İçtihadı

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 28.02.2022 tarihli kararından sonra Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin varmış olduğu sonuca katılmıştır. Bu noktada ihale sonrasında KDV'nin tahsil edilmesi hâlinde fazla ödenen verginin iadesi talebinin muhatabının vergi dairesi olduğu gerekçesiyle KDV'ye ilişkin uyuşmazlığın idarî yargı yoluna tâbi vergi mahkemelerince görülüp karara bağlanması gerektiği savunulmaktadır. Örneğin,

"6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin 1. bendinin (b) alt bendi gereğince yargı yolunun caiz olması dava şartı olup 115. maddesine göre ise mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilirler. Dava şartı noksanlığının tespit edilmesi halinde ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115/2. maddesi gereğince dava şartı yokluğundan usulden ret kararı verilmesi gerekmektedir. Somut olayda; Katma Değer Vergisi'nin tahsil edildiği noktada tartışma bulunmamaktadır. Bu bağlamda verginin iadesinin muhatabı vergi dairesi olmuştur. Bu kapsamda açılan davada da; 3065 sayılı Kanun hükümleri gereğince katma değer vergisine ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümü görevi, idari yargı içerisinde yer alan Vergi Mahkemelerine ait bulunmaktadır. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2021/524 Esas, 2022/120 Karar no. ve 28.02.2022 tarihli kararı da aynı doğrultudadır. O halde mahkemece yargı yolunun caiz olmaması nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm kurulması, istinaf başvurusu üzerine de Bölge Adliye Mahkemesince, başvurunun esastan reddine karar verilmesi isabetsiz olup İlk Derece Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir."⁵⁴

"Somut olayda; şikayete konu KDV'nin, şikayet tarihi olan 07.06.2021 tarihinden önce 04.06.2021 tarihinde ödendiği görülmekte olup, verginin iadesinin

⁵³ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümünün 28.02.2022 tarihli ve 597/62 sayılı kararı (RG, 09.10.2022, S. 31861).

⁵⁴ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 16.03.2023 tarihli ve 9025/1747 sayılı kararı (İçtihat Bülteni).

muhatabı da artık vergi dairesidir. Bu kapsamda açılan davada da; uyuşmazlığın çözümü görevi idari yargı içerisinde yer alan vergi mahkemelerine aittir. HMK'nın 114/1-b maddesi gereğince yargı yolunun caiz olmasına ilişkin dava şartı ile aynı Kanunun 115. maddesine göre mahkemenin, dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştıracağı ile dava şartı noksanlığının tespit edilmesi halinde HMK'nın 115/2. maddesi gereğince dava şartı yokluğundan usulden ret kararı verilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeler gereğince, temyiz incelemesi aşamasında yargı yolunun değerlendirilmesi gerekmiştir. O halde ilk derece mahkemesince yargı yolunun caiz olması nedeniyle istemin usulden reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek yazılı şekilde hüküm kurulması, istinaf başvurusu üzerine de Bölge Adliye Mahkemesince, başvurunun esastan reddine karar verilmesi isabetsiz olup İlk Derece Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.”⁵⁵

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 28.02.2022 tarihli kararından sonra Danıştay da vermiş olduğu kararlarında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin varmış olduğu sonuca katılmıştır. Danıştay'ın konuyla ilgili bir kararında dikkat çekici olan husus, KDV'ye ilişkin uyuşmazlık bakımından, icra dairesinin “sadece beyanname vermekten ibaret olan bir yükümlülüğünün” bulunduğu ve uyuşmazlığın, salt “vergisel uyuşmazlık” olduğuna vurgu yapılmasıdır. Söz konusu kararda şu ifadeler yer verilmiştir: “Fazladan tahsil edilen katma değer vergisinin düzeltme ve şikayet yoluyla iadesine ilişkin uyuşmazlığın çözümü, vergiye ilişkin hesaplarda veya vergilendirmede hata olup olmadığı, icra müdürlüğü aracılığıyla ihale yoluyla gerçekleşen taşınmaz tesliminin, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi

⁵⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 21.03.2023 tarihli ve 8840/1847 sayılı kararı (İçtihat Bülteni). Aynı yönde Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 16.09.2022 tarihli ve 10372/8936 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 12.09.2022 tarihli ve 8154/8523 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 04.07.2022 tarihli ve 7317/8118 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 04.07.2022 tarihli ve 7403/8121 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 04.07.2022 tarihli ve 7248/8117 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 04.07.2022 tarihli ve 7357/8110 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2022 tarihli ve 5675/6423 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2022 tarihli ve 1611/6425 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2022 tarihli ve 2419/6426 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2022; 4307/6427 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2022, 3902/6422 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2022 tarihli ve 5088/6424 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2022 tarihli ve 4578/6428 sayılı kararı (E-Uyar); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 09.05.2022 tarihli ve 12813/5438 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 16.06.2022 tarihli ve 12943/7373 sayılı kararı (E-Uyar).

Kanunu'na tabi olup olmadığı, tabi olması halinde hangi oranda vergi hesaplanacağı, teslimin muafiyet ya da istisna niteliği taşıyıp taşımadığı gibi hususların belirlenmesini gerektirmektedir. 3065 sayılı Kanun ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca bu yöndeki incelemeyi yapma görevi, 2576 sayılı Kanun'la Vergi Mahkemelerine verilmiştir. Vergi Mahkemesinin; icra müdürlüğüne tesis edilen işlemlerin; 3065 sayılı Kanun ve Genel Uygulama Tebliğinin kendisine yüklediği beyanname verme yükümlülüğünü yerine getirmekten ibaret olduğu hususu gözetilmeksizin, icra müdürlüğü aracılığıyla satışı gerçekleşen taşınmaza ilişkin olarak ortaya çıkan vergisel uyuşmazlığın hukuki denetiminin 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun şikayet yolu hükümlerince İcra Mahkemelerince yapılması gerektiği yönündeki kararda hukuka uyarlık görülmemiştir. Bu nedenle, icra müdürlüğüne gerçekleştirilen açık artırma yoluyla satın alınan taşınmazın satın alma bedeli üzerinden hesaplanan katma değer vergisinin KDV Kanunu 17/4-r bendi uyarınca KDV'den istisna olduğu ileri sürülerek yapılan düzeltme ve şikayet başvurusunun reddi yolunda kurulan idari işlemin iptali ile fazladan ödenen katma değer vergisinin yasal faiziyle birlikte iadesi istemiyle açılan davanın görüm ve çözümünde 2577 sayılı Yasanın 2. ve 2576 sayılı Yasanın 6. maddesi uyarınca idari yargı içerisinde yer alan vergi mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varıldığından, Vergi Dava Dairesi kararının bozulması gerekmiştir.”⁵⁶

H. Konuyla İlgili Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların bakımından adlî yargı yoluna mı yoksa idarî yargı yoluna mı tâbi olduğu tartışmalı bir konu olup, konuyla ilgili olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın farklı dönemlerde, farklı yönde kararları mevcuttur. KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin belirlenmesi, öncelikle yargı yolunun belirlenmesiyle mümkündür. Zira bir yargı yoluna giren uyuşmazlığın başka bir yargı yoluna giren mahkemece incelenip karara bağlanması mümkün değildir.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin cebrî ihale kapsamında tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların idarî yargıya tâbi olduğu yönündeki 28.02.2022 tarihli içtihadına katılmıyoruz. Aynı şekilde, Yargıtay ve Danıştay'ın da, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 28.02.2022 tarihinde vermiş olduğu kararlardan sonra, içtihat değişikliğine giderek, KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların idarî yargıya tâbi olduğu

⁵⁶ Danıştay 4. Dairesinin 07.03.2022 tarihli ve 844/1320 sayılı kararı (Lexpera).

yönündeki kararlarına katılmıyoruz. Öte yandan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin, Yargıtay'ın ve Danıştay'ın KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların adlî yargıya tâbi olduğu yönündeki 28.02.2022 tarihinden önceki tarihli içtihadına katılıyoruz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar Uyuşmazlık Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında aksi ifade edilmiş olsa da, 3095 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nda vergi mahkemelerinin görevli olacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle cebri ihale kapsamında tahsil edilen KDV'yle uyuşmazlıkların idarî yargıya tâbi olacağına ilişkin herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Zaten bugüne kadar konunun tartışmalı olmasının ve farklı dönemlerde farklı yönde içtihadın gelişmesinin temel sebebi konuyla ilgili kanunî düzenlemenin mevcut olmamasıdır. Ancak incelediğimiz kararlarda yer yer genel ifadeler kullanılmak ve 3095 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu ile Tebliği zikredilmek suretiyle, âdeta KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından "idarî yargıya tâbi" olduğu şeklinde kanunî düzenleme mevcutmuş gibi bir izlenim oluşmaktadır. Oysa Gerek İcra ve İflas Kanunu'nda gerekse Katma Değer Vergisi Kanunu'nda ve Katma Değer Vergisi Genel Uygulama Tebliği'nde böyle bir düzenleme mevcut değildir. Gerek icra hukuku gerek vergi hukuku yoruma oldukça sınırlı alan tanıyan hukuk dalları olup, kanunîlik ilkesi gereği kuralların ve usûllerin kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir.

Ayrıca anılan kararlarda yargı yolu ile görev kavramları isabetli şekilde de kullanılmamıştır. Yargı yolu kavramı, yer yer "görev" şeklinde ifade edilmiştir. Kavramların ve kurumların doğru kullanılması, hukukun doğru uygulanmasının ilk kuralıdır.

Danıştay'ın KDV'ye ilişkin uyuşmazlık bakımından, icra dairesinin "sadece beyanname vermekten ibaret olan bir yükümlülüğünün" bulunduğu ve uyuşmazlığın, salt "vergisel uyuşmazlık" olduğu görüşüne katılmıyoruz. Zira bu görüş benimsendiği takdirde, icra takibinin paraya çevirme (satış) aşamasının, kanunen icra dairesince gerçekleştirilen ve birbirine eklenen işlemler bütünü olduğu gerçeği görmezden gelinmiş olunur. Paraya çevirme, tümüyle İcra ve İflas Kanunu'na bağlı bir işlem olup, bu süreçteki yolsuzlukların şikâyet yoluyla ileri sürülmesi gerekir. Paraya çevirme (satış) işlemi, icra dairesince gerçekleştirilen, kanunîlik ilkesi uyarınca sıkı şekil şartlarına ve icra mahkemesinin denetimine tâbi olan, icra işlemi olup, bu işlemi kısmen "icra hukukuna özgü" kısmen "vergisel" olarak nitelendirmek mümkün değildir. Satış işlemleri arasında KDV tahsiline ilişkin bir işlemin de yer alması, bu işlemin icra dairesince yapıldığı gerçeğini değiştirmez. Asıl olan icra takibi ve icra takibinin satış aşamasında

icra dairesince yapılan satış ve bağlantılı işlemlerdir. Bu işlemlerden KDV tahsiline ilişkin işlemin vergisel yönünün bulunması, söz konusu işlemi icra dairesinin yapmış olduğu bir takip işlemi olma niteliğini kaybettirmez. Söz konusu işlemde doğan tüm uyuşmazlıklar adlî yargının parçasını oluşturur. Aksi hâlde kanunilik, hukukî güvenlik ve adil yargılanma hakkına aykırılık söz konusu olur. Satış işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların neredeyse tamamını adlî yargıya dâhil görüp, sadece KDV'ye ilişkin uyuşmazlığı idarî yargıya tâbi kılmayı haklı gösteren herhangi bir gerekçe yoktur. KDV'nin eksik yatırılması hâlinde, bunun tamamlanmasını ve tamamlanmadığı takdirde ihalenin iptal edecek olan merci icra dairesidir. Fakat KDV'nin olduğundan fazla yatırılması hâlinde ortaya çıkan uyuşmazlığın vergi mahkemesince çözümlenmesi de tutarlı bir yaklaşımdır.

Cebrî satışların özelliği nedeniyle KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların da kendine özgü özellikleri mevcuttur. Bu uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, sıradan bir "vergi hukuku uyuşmazlığının" söz konusu olmadığı ve cebrî icra faaliyeti kapsamında ortaya çıkan, satış işleminin parçasını oluşturan bir "icra hukuku uyuşmazlığının" varlığının kabulü gerekir. İcra ve iflâs dairelerince yapılan satışlar, İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uyarınca yapılır. Cebrî satışların tâbi olacağı harç ve vergiler, bunların oranı, mükellefi, sorumlusu, muafiyetler, istisnalar ve ödeme zamanı gibi hususlar her ne kadar vergi hukuku mevzuatında düzenlenmiş olsa da bu hususlarla ilgili icra organlarının işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri adlî yargı olmalıdır. Zira bir uyuşmazlığın çözümünü kısmen adlî kısmen idarî yargıya tâbi kılmak, çelişkili bir yaklaşımı ifade eder. Başka bir deyişle aslî unsurları (açık arttırma, ihale, ihalenin kesinleşmesi, mülkiyetin geçişi, mahcuzun teslimi, ihalenin feshi, ihale bedelinin ödenme zamanı vb.) itibarıyla icra hukukunu ilgilendiren ve adlî yargıya tâbi olan cebrî icra prosedürü bakımından hem adlî hem de idarî yargı yolunu caiz kılmanın tutarlı bir açıklaması ve bunu haklı gösteren herhangi bir gerekçe yoktur. Birbirine eklenen farklı işlemlerin bir bütün olarak satış (paraya çevirme) aşamasını oluşturduğu icra takibinde, KDV'ye ilişkin uyuşmazlığı ayırarak, idarî yargıya tâbi kılmak; vergi mahkemesince görülmesini kabul etmek, kanun yolu aşamasında da bölge idare mahkemeleri ve Danıştay'ı görevli kılmak, isabetli görülmez. Asıl olan icra dairesince yapılan satış işlemi ve bu kapsamda yapılan, bu işlemle bağlantılı olan işlemlerdir. Bu işlemlerin bazılarının vergisel yönünün olması, bu işlemlerin İcra ve İflâs Kanunu'na uyarınca yapılan cebrî icra işlemleri niteliğini değiştirmez. Farklı bir yaklaşım, bu işlemlerin bir kısmının icra mahkemesi denetiminden dışarıda bırakılması anlamına da gelir. Böylece vergi mahkemesini de

cebrî icra takibiyle organik bağı bulunmamasına rağmen, icra takibinin âdetâ bazı işlemler bakımından denetim yapan organı konumuna gelecektir.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, ihaleden sonra fazla alınan KDV bakımından doğan uyuşmazlığın idarî yargı yoluna tâbi vergi mahkemelerince görülüp, karara bağlanacağını kabul etmek, başka bir usûlî sakıncayı da beraberinde getirmektedir. Şöyle ki, anılan durumda uygulamada “ortada bir icra dairesi işlemi” mevcut olduğundan, genel eğilim, her daim “icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurmak” olacaktır. Diğer taraftan aynı uyuşmazlık için vergi mahkemesine de başvurulduğu takdirde, çoğu zaman eğer şikâyet yargılaması belirli oranda ilerlemişse, yargı yolunun caiz olmaması kararı verilmeyebilecektir. Hatta bu durumda vergi mahkemesi, icra mahkemesinin kararını bekletici sorun yapabilecektir. Bu açıkladığımız ihtimaller, hemen anlaşılacağı üzere hukuka uygun yaklaşımlar olmayıp, ancak KDV’nin yanlış hesaplanması hâlinde vergi yargısının caiz olduğu kabul edildiği takdirde, icra işlemi söz konusu olduğundan, ortaya çıkacak olan belirsizliklerden kaynaklanmaktadır. Yoksa böyle bir durumda bekletici sorun kurumunun işlerlik kazanmaması ve vergi mahkemesinin yargı yolunun caiz olmadığına karar vererek davayı, dava şartı yokluğundan usûlden reddetmesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki, hâlihazırda KDV’ye ilişkin uyuşmazlık icra mahkemesince görülmekteyken, yargı yolu aykırılık nedeniyle, ihale alıcısını bu kez idarî yargıda dava açmak zorunda bırakmak da yeniden masraf yapılması, zaman ve emek kaybı anlamına da gelmektedir. Yargı yoluna ve göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir. Bu kapsamda yürürlükte olan kurallara güvenerek mahkemeye başvuran kişinin bu güveninin korunması ve hukukî güvenliğin sağlanması gerekir. Her yönüyle cebrî icra prosedürüne dâhil olan satış işlemi ve bağlantılı işlemleri idarî yargıya tâbi kılmanın hiçbir yararı bulunmamaktadır.

Haksız yere ödenmiş olan KDV’ye ilişkin işlemle ilgili olarak idarî yargı yolunun caiz olduğunu kabul edebilmek için kanaatimizce üç unsurun birlikte gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek gerekir. Ne var ki bu hususların idarî yargıyı caiz sayan yargı kararlarında yeterince tartışılmadığını görmekteyiz. Bu unsurlardan ilki, cebrî ihale kapsamında KDV ödenmesi işlemi paraya çevirme aşamasının bir parçası olmadığı, paraya çevirme aşamasının bir işlemler zinciri olmadığı kabul edilmesidir. İkinci olarak söz konusu işlemin temelde icra dairesi işlemi olmadığını, aksine bu işlemin salt vergi dairesince yapılmış olduğunu, hiçbir şekilde icra dairesinin katılımının bulunmadığını varsaymak gerekir. Üçüncü olarak, KDV ödendiği anda kendiliğinden devletin hazinesine karıştığı-

dan, artık KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından muhatap olarak başvurulabilecek tek merciin vergi dairesi olduğunun kabul edilmesi gerekir. Böylece KDV'nin ödenmesiyle, KDV'ye ilişkin doğacak uyuşmazlıklar, tam anlamıyla "idarî nitelik" kazanır. Dolayısıyla devletin hazinesine karışan paraya ilişkin uyuşmazlık bakımından bu parayı belirleyip, ayırmak suretiyle, adli yargıyı caiz saymak mümkün değildir. Zira devletin bütçesi bir bütün teşkil eder. Ayrıca vergi hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığı en iyi bilen merciin vergi mahkemeleri olduğu kabulünden hareketle, KDV'ye ilişkin uyuşmazlık bakımından idarî yargı yolunun caiz olduğu ve dolayısıyla vergi mahkemelerinin görevli olduğu da zikrettiğimiz üç unsurun dışında, ikincil niteliği haiz bir argüman olarak ileri sürülebilir. Kanaatimizce saydığımız üç unsurdan ilk ikisi mevcut olmayıp, üçüncü unsur bakımından da işlemi yapan yargı merciinin icra dairesi olması sebebiyle, bu işlemi düzeltecek merciin de icra dairesi olması gerekir. İcra dairesinin düzeltme talebini reddetmesi hâlinde, her icra dairesi işlemi gibi, hukukî yarar bulunması şartıyla icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulması mümkündür. Dolayısıyla icra dairesinin işlemine karşı doğrudan vergi dairesine ya da doğrudan vergi mahkemesine başvurmak, takip hukuku kurallarına aykırı olduğu gibi, temel hukuk mantığıyla da bağdaşmamaktadır. Ödenmiş olan KDV tutarının devletin hazinesine karışmış olduğu hususu, temel hukuk kurallarına aykırılığın meşru gerekçesi olamaz. Ayrıca vergi hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığı en iyi bilen merciin vergi mahkemeleri olduğu fikri de cebri ihale kapsamında tahsil edilen KDV'nin hesaplanması ve uygulanması bakımından ortaya çıkacak uyuşmazlıkların, aynı zamanda takip hukuku boyutunun da bulunması ve karma niteliği haiz olması nedeniyle, icra mahkemesinin de uzmanlık alanına girdiği gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim KDV'nin doğru hesaplanabilmesi için icra mahkemesinin gerekirse keşfe ve bilirkişiye başvurması gerektiği yönünde Yargıtay kararları⁵⁷ mevcuttur.

Öte yandan fazla alınan KDV'ye ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından idarî yargı yolunun caiz olmadığı, farklı açılardan da gerekçelendirilebilir. Örneğin, harç da vergi gibi devlete yargılama hizmeti karşılığında ödenen paradır. Harcın fazla hesaplanması hâlinde takip alacaklısı fazla hesaplanan harcın şikâyet yoluna başvurarak icra mahkemesince düzeltilmesini talep edebilir. Keza taşınmazın imar durumunun satış ilânında belirtilenden farklı olması durumunda, imar durumunun, satış ilânında yanlış gösterilmesi söz konusu

⁵⁷ Örneğin, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.03.2015 tarihli ve 32010/7320 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 11.11.2014 tarihli ve 27318/26777 sayılı kararı (E-Uyar).

olur. Bu hâlde, yanlışlığın “imar hukukundan kaynaklanan bir yanlışlık” olduğu gerekçesiyle, idarî yargı yolundaki idare mahkemelerine başvurulmasına olanak yoktur. Zira icra dairesinin yapmış olduğu cebrî icra işleminin varlığı söz konusudur. Satış ilânındaki yanlışlığın düzeltilmesi için icra mahkemesinde şikâyet başvurusunda bulunulabilir.

Kanunîlik ilkesi gereği cebrî icra yollarının sınırlı ve belirli olması, icra hukukunda yapılacak yorumların, amaca uygun, temel haklarla uyumlu ve dar yorum yöntemiyle yapılması, sıkı biçimde şekle bağlılık ilkesinin geçerli olması ve cebrî icra faaliyetinin kamusal niteliği ile bu faaliyet sırasında devlet gücünün kullanılması zorunluluğu birlikte değerlendirildiğinde, cebrî ihalede tahsil edilen KDV'nin, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiş olduğu gözetildiğinde, KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların adlî yargıya tâbi olması gerekir.

Cebrî satış ve ihale bakımından temel hukukî dayanak, icra dairesi işlemleri olup, bunların tâbi olduğu kanun İcra ve İflâs Kanunu'dur. Bu tür işlemlerden doğan uyuşmazlıkların adlî yargıda görülmesi gerekir. Hukukumuzda bazı uyuşmazlıklarla ilgili olarak adlî yargı ile idarî arasındaki sınırın belirlenmesinde zorluk yaşansa da, cebrî ihaleye ilişkin; onun ayrılmaz parçasını oluşturan ve tamamlanmasını sağlayan KDV'nin ödenmesi hususu da, her ne kadar vergi hukuku boyutu bulursa da, icra dairesince yapılmış olan bir işlemin önemli ve ihalenin sonucunu teşkil eden bir kısmıdır.

SONUÇ

Cebrî satışların özelliği nedeniyle KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların da kendine özgü özellikleri mevcuttur. Bu uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, sıradan bir “vergi hukuku uyuşmazlığının” söz konusu olmadığı ve cebrî icra faaliyeti kapsamında ortaya çıkan, satış (paraya çevirme) işleminin parçasını oluşturan, ihale işleminin sonucunu teşkil eden bir “icra hukuku uyuşmazlığının” varlığının kabulü gerekir. Paraya çevirme aşaması belirli bir zaman diliminde gerçekleşen işlemleri kapsar. Bu noktada kanunî bir süreç söz konusudur. KDV'ye ilişkin uyuşmazlığın dayanağı (kaynağı), icra dairesinin yapmış olduğu, paraya çevirme aşamasına ilişkin bir takip işlemidir. Bu işlemde doğan uyuşmazlıklar adlî yargıya tâbi olup, görevli mahkeme icra mahkemesidir. Bu işleme karşı, süreye tâbi olduğu için, süresinde icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulabilir. Şikâyet başvurusu üzerine KDV'ye ilişkin işlem icra mahkemesince iptal edilebilir ve fazla yapılmış olan ödemenin ihale alıcısına iadesi sağlanabilir. Vergi hatası üzerine başvuru düzeltme ve şikâyet yolu (VUK m. 122-126), vergi hukukuna

ilişkin bir hukukî çare olup, icra takibi bakımından uygulanma imkânı yoktur. Dolayısıyla cebrî ihalenin kesinleşmesinden sonra, KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından adlî yargı yolu caiz olup, icra mahkemesi görevlidir. Cebrî ihale kesinleşmeden ortaya çıkabilecek KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından, ihalenin feshi prosedürünün de dikkate alınarak, konunun farklı açılardan ele alınması gerekir ki, bu başka bir değerlendirmenin konusudur. Bu çalışmada ihalenin kesinleşmesinden sonraki süreç ele alınmıştır.

İhale kesinleştikten sonra KDV'nin haksız yere fazla ödenmiş olması hâlinde, ihale alıcısı öncelikle işlemi yapan icra dairesine başvurmalı ve işlemin düzeltilmesi için talep dilekçesi vermelidir. Bu talebi alan icra dairesi, haksız yere ödenmiş olan verginin ödenmesini sağlamak için ilgili vergi dairesine düzeltme beyannamesi sunmalıdır. Bunun üzerine ilgili vergi dairesince fazladan ödenmiş olan tutarın ihale alıcısına ödenmesi gerekir. İcra dairesinin haksız yere KDV ödenmiş olması talebini reddetmesi üzerine şikâyet yoluna başvurulabilir.

İcra dairesince haksız yere tahsil edilen KDV'nin iadesi talebi için icra dairesince başvurunun reddine karar verilmesi hâlinde ortaya çıkan uyuşmazlık, yargı yolu bakımından adlî yargıya dâhildir. Örneğin, aslında KDV oranının %8 veya %1 olması ya da vergi istisnalarından birisinin söz konusu olmasından dolayı KDV muafiyetinin mevcut olması nedeniyle, icra dairesince verilen %18 oranında KDV ödenmesine dair kararın hatalı olması söz konusu olabilir. Yürürlükte olan kurallara güvenerek mahkemeye başvuran kişinin bu güveninin korunması ve hukukî güvenliğin sağlanması gerekir. Her yönüyle cebrî icra prosedürüne dâhil olan satış işlemi ve bağlantılı işlemlerden biri olan cebrî ihale kapsamında KDV tahsil edilmesi işlemine ilişkin uyuşmazlıkları idarî yargıya tâbi kılmanın herhangi bir makûl gerekçesi bulunmamaktadır. Söz konusu uyuşmazlıkların idarî yargıya tâbi olduğuna ilişkin herhangi bir kanunî düzenleme mevcut değildir. KDV'ye ilişkin işlemi yapan, aynı zamanda kanunen vergi yükümlüsü olan icra dairesidir. Verginin eksik ödenmesi hâlinde de bunun tamamlanmasını sağlayacak veya ihaleyi iptal edecek olan mercii icra dairesidir (23.03.1955 tarih ve 1/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı; İİK m. 115/6).

Bununla birlikte KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkta kısmen idarî kısmen de adlî yargı yolunun caiz olduğunu kabul etmek, hukukî güvenlik, hukukî belirlilik, kamu düzeni, kanunîlik ilkelerine ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık teşkil eder. Doktrindeki bu yöndeki görüşe katılmıyoruz. Zira yargı yoluna ilişkin kurallar kanunla belirlenir, kamu düzenine ilişkindir ve yargılamanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden gözetilir. Aynı uyuşmazlığın, zamansal ola-

rak farklı zaman dilimlerinde farklı yargı yolundaki mahkemelerce incelenerek karara bağlanacağını kabul etmek mümkün değildir. Bu durum çelişkili kararların verilmesinin önüne geçilmesi bakımından da oldukça önemlidir. Keza aynı konuda farklı yargı kolundaki mahkemelerin uyuşmazlığı karara bağlayabilmesinin kabulünü, yargı yoluna ilişkin kuralların amacıyla ve Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluş (ve varoluş) nedeniyle bağdaştırmak olanaksızdır. Yargılama ve dolayısıyla icra takibi kendi içinde bir bütündür. Yargılamanın ve icra takibinin farklı aşamalarının bulunması, bu farklı aşamaların farklı yargı yoluna tâbi olmasını hiçbir şekilde gerektirmez.

Uyuşmazlık mahkemesinin KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların adlî yargıya tâbi olduğu yönündeki 28.02.2022 tarihinden öncesine ilişkin içtihadını isabetli buluyoruz. Anılan tarihten sonraki idarî yargıyı caiz sayan içtihadına katılmıyoruz. Aynı şekilde Uyuşmazlık Mahkemesi içtihadını takip eden Yargıtay'ın ve Danıştay'ın, konuyla ilgili olarak adlî yargı yolunu caiz sayan ve icra mahkemesini görevli kabul eden içtihadını yerinde buluyoruz. Bu noktada belirtmek gerekir ki, icra hukuku alanındaki içtihat değişiklikleri hukukî güvenlik, belirlilik ilkeleri ile adil yargılanma ve hukukî dinlenilme hakkına uygun olmalıdır. Adil yargılanma hakkı uyarınca içtihat değişikliği, sürpriz karar verme yasağına aykırı biçimde olmamalıdır. Aynı konuda herhangi bir ihtiyaç mevcut olmadan sık sık içtihat değişikliğine gidilmesi de hukukî güvenlik ve adil yargılanma hakkına aykırıdır. Yürürlükte olan kurallara güvenerek mahkemeye başvuran kişinin, bu güveninin korunması ve hukukî güvenliğinin sağlanması gerekir. Bu nedenle cebrî ihale kapsamında tahsil edin KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımında sık sık içtihat değişikliğine gidilmesinin ve bu değişikliklerin (örneğin, idarî yargı yolunun caiz olma nedeninin) tatmin edici gerekçelerle ortaya konulmamasının, hukukî güvenlik ilkesi ile sürpriz karar verme yasağına uygun olmadığını değerlendiriyoruz.

İcra dairesince, İcra ve İflâs Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması suretiyle yürütülen bir cebrî ihale işlemi söz konusu olup, bu takip işlemi şüphesiz icra dairesince tesis edilen bir işlemdir. Çünkü bu işlem adlî yargının bir parçasını oluşturan cebrî ihaleden kaynaklanmaktadır. Söz konusu işlemin hukuka uygunluğunu denetleyecek olan yargı mercii icra mahkemesidir. Şikâyet yolu, bir hukukî çare olarak icra takibinin hukuka uygun yürütülmesini sağlar. Cebrî ihaleden kaynaklanan birçok hususa karşı, ihalenin kesinleşmesine kadar icra mahkemesinde ihalenin feshi hükümleri kapsamında şikâyette bulunulabilir. Dolayısıyla ihale henüz kesinleşmeden, ihalenin feshi ya da diğer kanuna aykırılıkların giderilmesi, şikâyet yoluna başvurmak suretiyle icra mahkemesinden

talep edilebilir. İhale kesinleştikten sonra ise, yine icra dairesinin yürütmüş olduğu o takibe ilişkin hukuka aykırılıklar şikâyet yoluna başvurmak suretiyle giderilebilir. Cebrî icra takibinin satış ve paraya çevirme aşamasına ilişkin bir işlem olan ihalenin kesinleşmesinden sonra, alıcının ödeyeceği KDV oranının hatalı tâyin edilerek, alıcıdan fazla para tahsil edilmesi hâli, şüpheye yer vermeyecek biçimde bir icra işlemi olup, bu işleme karşı şikâyet yoluna başvurulması mümkündür. Yargıtay'a göre katma değer vergisine ilişkin istisnanın uygulanmaması sebebiyle fazladan ödenen paranın iadesi talebi süresiz şikâyete tâbidir. Çünkü burada şikâyet sebebi bir hakkın yerine getirilmemesidir.

Yargıtay'ın icra takibi sona erdikten sonra gerek süreli gerek süresiz şikâyet yoluna başvurulamayacağı görüşüne katılmıyoruz. Zira icra takibi sona ermiş olsa da, kural olarak hukuka aykırı olan ve özellikle hukuka aykırı olduğu sonradan ortaya çıkan takip işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, KDV'ye ilişkin işlem, icra takibinin son işlemi olmayıp, bu işlemden sonra paraların paylaşılması, bu kapsamda sıra cetvelinin yapılması ve aciz vesikasının düzenlenmesi söz konusudur. Elbette ki, KDV'ye ilişkin yanlışlığın sonradan öğrenilmesi; örneğin, taşınmazın tescil edilmesinden sonra taşınmazın yüzölçümünün aslında daha düşük oranda KDV ödenmesini gerektirdiğinin anlaşılması mümkündür. Bu durumda şikâyet süresi, hukuka aykırılığın öğrenilmesi tarihinden itibaren başlar. KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklarda Yargıtay'ın, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 28.02.2022 tarihinden öncesine ilişkin içtihadı doğrultusunda vermiş olduğu bazı kararlarında, KDV'ye ilişkin uyuşmazlığın, "bir hakkın yerine getirilmemesi" nedeniyle süresiz şikâyete tâbi olacağı görüşüne de katılmıyoruz. Kanaatimizce burada şikâyet sebebi kanuna aykırılık olup, şikâyet yedi günlük süreye tâbidir. Bir adım öteye giderek düzenlemenin kamu düzeni düşüncesiyle getirildiği kabul edilip, mülkiyet hakkının ihlâli söz konusu olabileceğinden, süresiz şikâyet görüşü savunulabilir. Kanaatimizce burada icra takibinin amacı, menfaat dengesi ve ölçülülük ilkesi değerlendirildiğinde, şikâyetin süreye tâbi olması gerekir.

Cebrî ihaleyle birlikte mülkiyet alıcıya geçer. Sadece KDV ihalenin kesinleşmesiyle birlikte ödenir. İhalenin kesinleşmesi üzerine taşınırın ihale alıcısına teslimi veya sicile kayıtlı malın (örneğin, taşınmazın) ihale alıcısı adına tescili, damga vergisi ve katma değer vergisinin yatırılmasından sonra gerçekleştirilir (İİK m. 114/8; 134/9; 135/1). Bu kanunî düzenleme de, KDV'ye ilişkin işlemin ihalenin bir parçası ve sonucu olduğunu göstermekte ve KDV'ye ilişkin uyuşmazlıkların adlî yargı yoluna tâbi olduğu gerçeğini farklı açıdan ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Kanun'un düzenleme şeklinden, amacından, özellikle KDV'nin

ihalenin kesinleşmesi üzerine ödeneceği düzenlemesine yer verilmesinden hareketle, KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından adlî yargı yolunun caiz ve şikâyet yolu kapsamında icra mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmek gerekir.

Sonuç olarak cebrî ihale kapsamında tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklar bakımından adlî yargı yolu caizdir. Cebrî ihalenin kesinleşmesinden sonra haksız yere ödenen KDV'nin ihale alıcısına ödenmesinin sağlanması için öncelikle icra dairesine başvurulur. İcra dairesi vergilendirmeye ilişkin yanlışlığı düzeltme beyannamesiyle düzeltebilir. *De lege lata* istisnâî bir hüküm olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesinin, ihale alıcısı bakımından kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bu noktada *de lege ferenda*, İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesi, ihale alıcının ödediği fazla tutardaki paraların iadesi durumunu da kapsayıcı şekilde yeniden daha ayrıntılı biçimde düzenlenebilir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 361. maddesinin kapsamı kişi yönünden genişletilebilir. Böylece kanaatimizce cebrî icra takibinde yanlışlıkla tahsil edilen fazla tutardaki paranın iadesini talep edebilecek kişiler arasına diğer ilgililerin (örneğin, kendisinden fazla para tahsil edilen haciz ihbarnamesi muhatabı üçüncü kişi) ve özellikle ihale alıcısının dâhil edilmesi isabetli olacaktır. Bu yapılırken, maddede yer alan "borçlu" ifadesinin kaldırılması suretiyle hükmün içeriği kapsam bakımından genişletilmiş olur. Böylece KDV'ye ilişkin olarak paraların geri ödenmesi de doğrudan normatif temele kavuşturulmuş olur. Bunun dışında cebrî ihale kapsamında tahsil edilen KDV'ye ilişkin uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, her şikâyete tâbi olan takip işlemi bakımından olduğu gibi, icra mahkemesidir.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
Aşa.	: aşağıda
Aufl.	: Auflage
AY	: Anayasa
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
bkz.	: Bakınız
BSK	: Basler Kommentar
C.	: Cilt
E-Uyar	: www.e-uyar.com
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İçtihat Bülteni:	www.ictihatbulteni.com
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
Kazancı	: www.kazanci.com.tr
KDV	: Katma değer vergisi
KDVK	: Katma Değer Vergisi Kanunu
Komm.	: Kommentar
KUKO ZPO	: Kurzkomentar
Lexpera	: www.lexpera.com.tr
N.	: Nummer
OFK	: Orell Füssli Kommentar
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SchKG	: Gesetz für Schuldbetreibungs- und Konkurs
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SK	: Schulthess Kommentar
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
ZPO	: Zivilprozessordnung

KAYNAKÇA

- AKKAN, Mine, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Bası, Ankara, İstiklal Matbaası, 1960.
- ARSLAN, Ramazan, *İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 478, 1984.
- ARSLAN, Ramazan-YILMAZ, Ejder-TAŞPINAR AYVAZ, Sema-HANAĞASI, Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- AŞIK, İbrahim-ORUÇ, Yakup-TOK, Ozan-SAÇAR, Ömer Faruk, *İcra ve İflâs Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- ATALI, Murat-ERMENEK, İbrahim-ERDOĞAN, Ersin, *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- AYDIN, Alper, "İdari Yargı Kararları Işığında Vergi Dairelerinin Mali Sorumluluğu", *Konya Barosu Dergisi*, C. 1, S. 1, Y. 2021, ss. 213-245.
- BALCI, Mustafa, *Vergi Hataları ile Düzeltme-Şikayet Konusunda Uygulamada Yaşanan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, 4. Bası, İstanbul, M. Sıralar Matbaası, 1954.
- BERKİN, Necmeddin M., *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Bası, İstanbul, Hamle Matbaası, 1969.
- BERKİN, Necmeddin M., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1980.
- BLUMENSTEİN, Ernst, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsgesetz*, Bern, 1911.
- EKECİK, Şükran-ŞİŞMAN, Gülden, "Cebri Satışlarda Katma Değer Vergisi", *BATİDER*, C. 26, S. 3, Y. 2010, ss. 69-86.
- ERCAN, İsmail, *Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 9. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- GÖRGÜN, Şanal-BÖRÜ, Levent- KODAKOĞLU, Mehmet, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- GÜRDOĞAN, BURHAN, *İcra Hukuku Dersleri*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1970.
- HAZNEDAR, İbrahim Murat, "Cebri İcra Yoluyla Taşınmaz Satışlarında Katma Değer Vergisi", *İBD*, C. 83, S. 2, Y. 2009, ss. 793-808.
- KARSLI, Abdurrahim, *İcra ve İflas Hukuku Esasları*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.
- KIZILTOPRAK, Özgür, "İcra Satış İşlemlerindeki Vergi Uyuşmazlıklarında Görevli Yargı Yeri", *TBBĐ*, 2023/165, ss. 55-73.

- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta- VOCK, Dominik, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**, 4. Aufl., Zürich, 2017, (Schulthess Kommentar-SchKG- SK SchKG).
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, **SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK- Orell Füssli Kommentar**, 20. Aufl., Zürich, 2020.
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü C. I**, 6. Bası, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (C. I).
- KURU, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi 2013. (El Kitabı).
- KURU, Baki-ARSLAN, Ramazan-YILMAZ, Ejder, **İcra ve İflâs Hukuku**, 28. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- KURU, Baki-AYDIN, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 7. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- KURU, Baki-AYDIN, Burak, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, C. I, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021 (El Kitabı).
- NAMLI, Mert, **İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- ÖNCEL, Mualla-KUMRULU, Ahmet-ÇAĞAN, Nami-GÖKER, Cenker, **Vergi Hukuku**, 28. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.
- ÖZEKES, Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- PEKCANITEZ, Hakan-ATALAY, Oğuz-ÖZEKES, Muhammet, **Medenî Usûl Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- PEKCANITEZ, Hakan- ATALAY, Oğuz- ÖZEKES, Muhammet- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 9. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2022.
- PEKCANITEZ Hakan- ATALAY Oğuz- ÖZEKES Muhammet- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan-SİMİL, Cemil, **İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.-ALTAY, Sümer, **İcra Hukuku Esasları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- STAEHELİN Daniel- BAUER Thomas-LORANDİ, Franco, **Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, B. I**, 3. Aufl., Basel, 2021, (Basler Kommentar SchKG-BSK SchKG).
- TAŞKAN, Yusuf Ziya, **Vergi Hukuku**, 5. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- ULUKAPI, Ömer, **İcra ve İflâs Hukuku**, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2015.

UYAR, Talih-UYAR, Alper-UYAR, Cüneyt, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi C. II*, 3. Bası, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

VOCK, Dominik- MEİSTER-MÜLLER, Danièle, *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Aufl., Zürich, 2018.

YILDIRIM, M. Kâmil- DEREN YILDIRIM, Nehvis, *İcra ve İflas Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2021.

YILMAZ, Ejder, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Elektronik Kaynaklar

<https://app.e-uyar.com/>.

<https://www.ictihatbulteni.com/>.

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

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

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ÇEKTE ZAMANAŞIMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Raziye AKSU^(**)

Öz

Bu çalışmada, Yargıtay kararları ışığında çekte zamanaşımına ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. Çekte zamanaşımına ilişkin temel düzenleme 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 814'tür. Hükümden çekte hamilin ve çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakkı, belli bir zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Hüküm bağlamında öncelikle hamilin, başvurma borçlularına ve çek bedelini ödeyen başvurma borçlularının birbirlerine karşı açacağı davalar açısından zamanaşımı süreleri ele alınmıştır. Ardından çekte zamanaşımını kesen ve durduran sebeplere değinilmiştir. Son olarak çekin zamanaşımına uğramasının hukuki sonuçlarına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Çek, Başvurma Hakkı, Zamanaşımı.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.05.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 31.05.2023.

Atıf Şekli: Raziye Aksu, "Yargıtay Kararları Işığında Çekte Zamanaşımına İlişkin Düzenlemelerin İncelenmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 625-670.

DOI: 10.52273/sduhfd..1290765.

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: raziyeozkan@sdu.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-2245-863X>.

EXAMINATION OF REGULATIONS REGARDING PRESCRIPTION OF CHECKS IN THE LIGHT OF SUPREME COURT DECISIONS

Abstract

In this study, the regulations regarding the prescription on the check were examined in the light of the Supreme Court decisions. The basic regulation regarding the prescription on a check is article 814 of the Turkish Commercial Code No. 6102. In the provision, the right of application of the check holder and one of the check debtors against the other is bound to a certain limitation period. In the context of the provision, first of all, the prescription for the cases that the holder, the debtors of the application, and the debtors of the application, who pay the check, will be brought against each other are discussed. Then, the reasons for interrupting and stopping the prescription on the check are mentioned. Finally, the legal consequences of the prescription of the check are given.

Keywords

Check, Liberty to Apply, Prescription.

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK) m. 814'te çekte hamilin ve çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakkı, belli bir zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Buradaki zamanaşımı, özel hukukta kural olarak alacak hakları için düzenlenen ve öğretide çoğunlukla düşürücü zamanaşımı süresi olarak adlandırılan zamanaşımıdır². Bu zamanaşımı, kanunda belirtilmiş koşullar altında ve belli bir süre içinde alacaklının hareketsiz kalması sonucu alacağın ifasını isteme yetkisini sona erdirir³. Başka bir deyişle, zamanaşımı alacak hakkının, belli bir süre kullanılmaması yüzünden dava edilebilme niteliğinden yoksun kalmasını ifade eder⁴.

TTK m. 814, çekte zamanaşımına ilişkin bir düzenleme olduğundan hüküm uygulanabilmesi için senet, çek niteliğini haiz olmalıdır⁵. Bunun için senedin, TTK m. 780'de sayılan zorunlu unsurları taşıması gerekir⁶. Buna karşılık,

¹ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

² Özel hukukta iki tür zamanaşımı düzenlenmiştir. Bunlardan ilki eşya hukukunda düzenlenen ve aynı haklar için söz konusu olan kazandırıcı (iktisabi) zamanaşımıdır. Diğer alacak hakları için düzenlenen düşürücü zamanaşımıdır. Bkz. Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku C. 1, Genel Hükümler*, 6. bs., Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 1233-1234; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C. 1-2, çev: Cevat Edege*, 2. bs., Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 687; Selahattin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1030; Eyüp Sabri Erman, "Hukuk Davalarında Zamanaşımı", *Adalet Dergisi*, 1974, S. 7, s. 502-503; *Oğuzman/Öz*, düşürücü zamanaşımı teriminin yanlış olabileceğini ileri sürmektedir. Zira bu sürenin dolması ile hak düşmemekte; ancak borçlunun buna dayanan savunması üzerine talep edilememektedir. Bkz. Kemal Oğuzman-Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1*, 18. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 626.

³ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1233; Erman, "Hukuk Davalarında Zamanaşımı", s. 502-503; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Marmara Hukuk Yorumu) C. V/1-2*, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 607; benzer bir tanım için bkz. Kağan Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 95; bazen zamanın geçmesi, o süre içinde alacaklının alacağını elde etmek hususunda hareketsiz kalması yüzünden artık borçluya ifadan süresiz kaçınma hakkı verir. İşte bu halde zamanaşımı söz konusu olur. Bkz. Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 626. Benzer bir tanım için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1451.

⁴ Tekinay vd., *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1030.

⁵ Seza Reisoğlu, *Çek Hukuku*, Ankara, 2011, s. 304.

⁶ Çekte bulunması gereken unsurlar; çek kelimesi, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedelin ödemesi için havale, ödeyecek kişinin, "muhatapın" ticaret unvanı, ödeme yeri, düzenlenme tarihi ve yeri, düzenleyen imzası, banka tarafından verilen seri numarası ve karekodur. Bunlardan düzenlenme yeri ve ödeme yerinin bulunmaması açısından öncelikle TTK m. 781'deki alternatif kurallar uygulanacaktır. Buna göre, düzenlenme yeri gösterilmemiş olan çek, düzenleyen adı yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır (TTK m. 781/3). Şayet burada da

çekin zorunlu unsurları eksikse, senet kambiyo senedi sayılmayacağından zamanaşımı süresi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na⁷ (TBK) göre hesaplanır⁸. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁹ takibe dayanak belgenin çek niteliğini taşıdığı sürece zamanaşımı süresi açısından TTK'nın; aksi takdirde, tercih edilen takip yoluna bakılmaksızın, TBK m. 146'da düzenlenen 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, bu çalışmada Yargıtay kararları ışığında çekte zamanaşımı süresi ve çekin zamanaşımına uğramasının hukuki sonuçları incelenecektir.

I. ÇEKTE ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

TTK m. 814/1'de hamilin, cirantalarla düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı; TTK m. 814/2'de çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakkının hangi sürede zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple, hüküm TTK m. 810 kapsamındaki çekten kaynaklanan başvurma hakkına ilişkin kambiyo talepleri açısından geçerlidir¹⁰. Başka bir deyişle, TTK m.

bir yer belirtilmemişse, düzenlenme yerinin eksikliği çekin geçerliliğini etkiler. Buna karşılık, çekte ödeme yerinin eksikliği çeki geçersiz kılmaz. Zira muhatap bir banka olduğu için onun merkezi ödeme yeri olarak kabul edilir (TTK m. 781/2). Keza yabancı banka tarafından bastırılan çeklerde, banka tarafından verilen seri numarası ve/veya karekodun bulunmaması senedin çek olarak geçerliliğini etkilemez (TTK m. 781/4).

⁷ Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁸ Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi IV*, Eskin Matbaası, İstanbul, 1990, s. 411; Mahmut Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, 7. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 386; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 9. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 241.

⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 27.12.2016 tarihli ve 2016/5932 2016/26155 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (15.04.2023); aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.12.2006 tarihli ve 2006/21058 2006/24201 sayılı kararı. Karar için bkz. Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Poliçe- Bono- Çek- Makbuz Senedi- Varant*, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 1262; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 01.05.2007 tarihli ve 2007/6521 2007/8674 sayılı kararı. Karar için bkz. Nazif Kaçak, *Açıklamalı- İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bono- Poliçe- Çek*, 5. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 315. Düzenleme yeri bulunmadığı için bono sayılmayan senet hakkında, niteliğine göre genel hükümler çerçevesinde zamanaşımı süresi belirlenmelidir. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 22.04.2015 tarihli ve 2015/2915 2015/10963 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1245.

¹⁰ Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 1360; Reha Poroy- Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 359; Abuzer Kendigelen, *Çek Hukuku*, 6. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 397; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 748; Kazım Menderes Uslu, *Yeni TTK Tasarısı Nazara Alınarak Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 59.

814 hamilin; düzenleyene, cirantalara, aval verene ve yetkisiz temsilcilere karşı kullanacağı başvurma hakkına ilişkindir¹¹. Dolayısıyla çek dışında bir sebeple sorumlulardan ödeme talep edilmek isteniliyorsa TTK m. 814 uygulanmayacaktır. Örneğin TTK m. 814'te öngörülen üç yıllık zamanaşımı, çeki düzenleyenle lehtar arasındaki asıl borç ilişkisiyle ilgili değildir¹². Bu ilişkiden doğan talepleri kendi hukuki statülerine göre zamanaşımına uğrar. Keza ödeme çek verilerek yapılmış olsa bile, satış konusu malın teslim edilmemesi halinde, ödenen bedelin geri alınmasına ilişkin talep Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olur. Dolayısıyla bu talebin on yıllık süre içinde yapılması gerekir¹³. Bunun yanı sıra, çekte muhatap da kambiyo ilişkisine dâhil olmadığından, kambiyo hukukuna dayalı olarak muhatapın sorumluluğuna gidilemeyecek ve TTK m. 814 onun hakkında uygulanmayacaktır¹⁴. Çünkü düzenleyen ile muhatap banka arasındaki ilişkiler çek hukukuna tâbi değildir. Nitekim TTK m. 784'te çekte kabul işlemi yapılamayacağı ve bu yönde konulan kaydın yazılmamış sayılacağı düzenlenerek muhatapın çek ilişkisine dahil olması engellenmek istenmiştir.

Çekte zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için öncelikle hamilin başvurma hakkının doğmuş ve bu hakkı kaybetmemiş olması gerekir¹⁵. Başvurma hakkı

¹¹ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1360; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 26. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 315; Reşit Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 132.

¹² Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1360; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 748; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 59; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 315; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 375; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 132.

¹³ Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 373-374; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1360.

¹⁴ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 306; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 397-398; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 4. bs., Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 302; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 136; banka, hesapta karşılık bulunmasına ve düzenleyen ile aralarında açık ya da örtülü bir çek anlaşması olmasına rağmen çeki ödemezse ve bu yüzden hamil cirantalara ya da düzenleyene rücu ederse, bankaya karşı bir haksız fiil ya da tazminat davası açmak söz konusu olabilir. Fakat bu dava bir kambiyo hukuku davası olmayıp, genel nitelikte bir davadır. Bkz. Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 359. Karşılıksız çıkan çekte karşı muhataba karşı açılacak davada TTK m. 814 (ETK m. 726)'ün uygulanamayacağı yönünde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 15.07.2010 tarihli 2010/13013 2010/8454 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1256.

¹⁵ Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. bs., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975, s. 484; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 851; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1360; Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 359; Hüseyin Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 14. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 354; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 58; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 398; Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1241; Ali

kavramı teknik bir kavramdır. Buna göre, düzenleyenden başlayarak her ciranta ve varsa bunların aval verenleri kendilerinden sonra gelenlere karşı çekin ödeneceğini garanti etmişlerdir (TTK m. 808; 818/1-k; 724). Çek ödenmezse sorumluluk zincirinde bulunan bu kişiler, kendisinin üstünde yer alan kişilerden çek bedeli ve kanunda öngörülen diğer kalemleri isteyebilirler. Buna başvurma hakkı denir¹⁶. Başka bir deyişle, çeki bir apartman gibi düşünürsek çekte muhatap bu apartmanın kapısı, diğer borçlularsa apartmanın katlarıdır. Bu katlara ulaşmak için öncesinde kapının açılması gerekir. Ardından diğer katlara çıkılabilecektir. İşte hamilin rücu borçlularına başvurma hakkının doğduğu durumlarda çekte zamanaşımı söz konusu olur. Zira bir hak doğmadan bunun zamanaşımına uğraması söz konusu olamaz. Bunun için de çek muhataba süresinde ibraz edilmeli (TTK m. 796) ve çekin ödenmediği TTK m. 808'de öngörülen yollardan biriyle tespit ettirilmelidir. Şayet çekin ibrazına rağmen istisnai durumlar hariç¹⁷ ödenmeme durumu TTK m. 808'de öngörülen yollardan biri ile tespit ettirilmemişse çeki özgü başvurma hakkı kaybedileceğinden, bu hakkın zamanaşımına uğraması gündeme gelmez. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda¹⁸ çek süresinde ibraz edilmediği için başvurma hakkı kaybedilmiştir. Bu durumda Yargıtay, çek kambiyo senedi niteliğini kaybettiği için başlatılan takibin adi havalere yönelik olduğuna ve burada çekte zamanaşımına ilişkin sürenin değil, TBK m. 146'da öngörülen on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağına karar vermiştir.

Karşılıksız çek düzenlemenin suç olması nedeniyle açılan ceza davalarının çeklerdeki zamanaşımı sürelerine bir etkisi yoktur¹⁹. Zira karşılıksız çekin daha uzun süreli ceza zamanaşımına tâbi olduğuna dair bir hüküm TTK ve 5941 sayılı

Bozer - Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. bs., Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 401; Abuzer Kendigelen - İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri*, 6. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 336; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 91; Muzaffer Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s. 86-87; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 131; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 376.

¹⁶ Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 231.

¹⁷ Bunlar mücbir sebeplere yönelik TTK m. 814/4 ile protestodan muafiyet kaydına (TTK m. 818/1-i; 722) ilişkin hükümlerdir.

¹⁸ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 24.12.2012 tarihli ve 2012/23001 2012/39399 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1250.

¹⁹ Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 398-399, dpn. 154; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 59; ceza kanunları gereği uzamış ceza zamanaşımı sürelerinin çeki uygulanmayacağı hususunda bkz. Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 305.

Çek Kanunu²⁰’nda (ÇekK) mevcut değildir²¹. Nitekim Yargıtay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta²² yerel mahkeme, ticari işlemlerin özellikleri itibarıyla bunlar için 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda²³ (ETK) kısa süreli zamanaşımı sürelerinin belirlendiği ve 818 sayılı Borçlar Kanunundaki (EBK) düzenlemelerin ancak ETK’da özel hüküm bulunmayan hallerde uygulanabileceği tespitini yapmıştır. Bu tespite dayanarak yerel mahkeme EBK m. 60’ta düzenlenen uzamış ceza zamanaşımı süresinin ticari senetlerde uygulanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay bu kararı onamıştır.

B. Zamanaşımı Süresi Açısından

1. Genel Olarak

ETK m. 726’da çekte başvurma hakkının kullanılması açısından zamanaşımı süresi olarak altı ay öngörülmüştü. Daha sonra bu düzenleme, 6273 sayılı Kanun²⁴ m. 7 ile değiştirilmiş ve çekte zamanaşımı süresi üç yıla çıkarılmıştır. TTK m. 814’te de süre üç yıl olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, çekte ilişkin uyuşmazlıklarda hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı konusunda tereddütler yaşanmıştır. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun²⁵ m. 6 uyarınca TTK’nın yürürlüğe girmesinden önce işlemeye başlamış bulunan zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler eski hukuka tâbidir. Bu bağlamda, TTK’da zamanaşımı sürelerinin başladığı tarihte geçerli olan mevzuata göre çekte zamanaşımı süresinin belirlenmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır²⁶. Buna göre, zamanaşımı süresi ETK m. 726’yı değiştiren 6273 sayılı Kanunun 7. maddesinin yürürlüğe girdiği 03.02.2012 tarihinden önce ibraz süresi dolan çeklerde altı ay,

²⁰ Çek Kanunu, Kanun Numarası: 5941, Kabul Tarihi: 14.12.2009, RG 20.12.2009/27348.

²¹ Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 360.

²² Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.09.2004 tarih ve 2003/14182 2004/8884 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (16.04.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 25.02.2000 tarihli ve 2000/644 2000/3079 sayılı kararı. Karar için bkz. <https://www.kazanci.com.tr> (10.04.2023).

²³ Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353.

²⁴ Çek Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6273, Kabul Tarihi: 31.01.2012, RG 03.02.2012/28193- Mük.

²⁵ Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6103, Kabul Tarihi: 14.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

²⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.12.2016 tarih ve 2016/7506 2016/25579 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (16.04.2023).

ibraz süresi bu tarihten *sonra* dolan çeklerde ise üç yıldır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir²⁷.

TTK m. 814'te zamanaşımı süresi üç yıl olarak belirlenmiştir. Bu süre, tarafların yaptığı sözleşme ile uzatılamaz veya kısaltılamaz²⁸. Nitekim TTK m. 6 uyarınca, ticari hükümler koyan kanunlarla tayin olunan zamanaşımı süreleri, kanunda aksine düzenleme yoksa sözleşme ile değiştirilemez. Bu yönde yapılan sözleşmeler, emredici kanun hükümlerine aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır (TBK m. 27).

2. Hamilin, Cirantalarla Düzenleyene ve Diğer Çek Borçlularına Karşı Açacağı Davalar

TTK m. 814/1 uyarınca hamilin, cirantalarla düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı sahip olduğu başvurma hakları, ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Çekte hamil, çeke zilyet olan kişiyi ifade eder. Hamilin kim olduğu, çekin yazılma türüne göre belirlenir. Şayet çek emre yazılıysa, ciro zincirine; nama yazılı ise alacağın devri ile zilyetliğin geçirilmiş olmasına ve hamiline yazılıysa hak sahibi olduğu iddia eden kişinin çeke zilyet olmasına göre hamil tespit edilir (TTK m. 788). Çekte hamilin öncelikle ödeme için çeki muhataba süresinde ibraz etmesi (TTK m. 796) ve muhatap tarafından ödeme yapılmadığını tespit ettirmesi gerekir²⁹ (TTK m. 808). Bu işlemlerden sonra, hamil çekin düzenleyene, cirantalarına ve diğer çek borçlularına karşı başvurma hakkını kullanabilir. Diğer çek borçlularından kasıt çekin ödenmesini kısmen veya

²⁷ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 02.10.2019 tarihli ve 2018/10674 2019/13968 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 24.10.2017 tarihli ve 2017/7292 2017/12983 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 4.10.2016 tarihli ve 2016/10220 2016/20494 sayılı kararı; 3 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için, çekin ibraz süresinin bitim tarihinin kanun değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten sonra olması gerekir. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 22.10.2015 tarihli ve 2015/25451 2015/25539 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 12.2.2014 tarihli ve 2013/35641 2014/3714 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 08.05.2015 tarihli ve 2015/10642 2015/13008 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.03.2016 tarihli ve 2015/32012 2016/7494 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 09.04.2019 tarihli ve 2017/331 2019/425 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.06.2020 tarihli ve 2019/0910 2019/5973 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (17.04.2023).

²⁸ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 338; Naci Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. bs., Nobel Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 224; Karayalçın, *Ticari Senetler*, s. 254; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 898.

²⁹ Çekin hamil tarafından muhataba ibrazı durumunun ayrıntılı incelemesi için bkz. Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 197 vd.

tamamen temin eden aval veren³⁰ (TTK m. 794) ile yetkisiz temsilciler olabilir³¹. İşte TTK m. 814/1'de hamilin, bu kişilere karşı sahip olduğu başvurma hakkı, ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmuştur.

Çekte üç yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı çekin ibraz süresinin bitimine göre tespit edilecektir (TTK m. 814). Çekin ibraz edilebileceği süreler TTK m. 796'da düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca bir çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek, düzenlenme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ve ayrı kıtalarda ise üç ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. Bu hükümlerde yazılı süreler, çekte yazılı olan düzenlenme tarihinin ertesi günü başlar. Hüküm bağlamında çekte ibraz süreleri çek üzerinde yazan düzenleme tarihine göre hesaplanacak ve bu sürenin bitiminde zamanaşımı süresi başlayacaktır. Başka bir deyişle, çekte öngörülen zamanaşımı süresinin başlangıcı, çekin muhataba yapacağı ibraza yönelik sürenin bitimine göre tespit edilir³². Bu hususta çekin fiilen ibraz edildiği veya ödemedir kaçınma durumunun tespit edildiği tarihler dikkate alınmaz³³. Örneğin ödeme ve düzenleme yeri Antalya/Lara olan bir çekin düzenlenme tarihi 06.02.2023'tür. Bu durumda, çek on günlük ibraz süresine tâbi olacak ve 16.02.2023 tarihinde çalışma saatinin sonuna kadar ibraz edilmesi gerekecektir³⁴. Bu açıdan hamilin çeki, ibraz tarihinin son günü olan 16.02.2023 tarihin-

³⁰ Avalu ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Raziye Aksu Özkan, *Aval Kurumu*, 2. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

³¹ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 305; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 305.

³² Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.9.1992 tarihli ve 1992/9358 1992/10364 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (17.04.2023).

³³ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 485; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 852; Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 360; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 401; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 340; Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1242; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 306.

³⁴ TTK m. 817/1 uyarınca süreler hesaplanırken, başladığı gün sayılmayacağından ve TTK m. 796/3 uyarınca ibraza ilişkin süre çekin düzenlendiği günün ertesi günü başlayacağından on günlük ibraz süresi 07.02.2023 tarihinden itibaren başlayacaktır. Bununla birlikte, ETK döneminde Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, 10.10.1991 düzenlenme tarihli çekin ibraz süresinin bitimi 19.10.1991 olarak belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 03.02.1997 tarihli ve 1997/99 1997/516 sayılı kararı. Karar için bkz. <https://www.kazanci.com.tr> (10.03.2023). Kanaatimizce bu kararda yanlış hesaplanmanın sebebi, ETK m. 726'da ibraza ilişkin sürenin çekin düzenlendiği günün ertesi günü başlayacağını düzenleyen TTK m. 796/3 gibi açık bir düzenleme olmamasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar ETK'da çekte süreler hesaplanırken başladığı günün sayılmayacağını düzenleyen TTK m. 817'nin karşılığı olan ETK m. 729 bulursa da bu düzenleme çekte ibraz süresinin hesaplanmasında yaşanan tereddütlerin önüne geçememiştir.

den önce ibraz etmesinin, çekte zamanaşımı süresinin belirlenmesine bir etkisi yoktur. Nitekim Yargıtay da çek düzenlenme tarihinde bankaya ibraz edilse bile, çekte zamanaşımı süresinin on günlük süre dolmasından sonra işlemeye başlayacağını kararında belirtmiştir³⁵. Bunun yanı sıra, başvurma hakkının kullanılması için çekin karşılıksız kaldığının tespit edildiği protesto tarihi de çekte zamanaşımı süresinin başlangıcını etkilemez³⁶. İbraz süresinin bitiminin tatil gününe rastlaması durumunda, çekin ibraz edileceği süre tatili takip eden ilk iş gününe kadar uzayacaktır (TTK m. 816/2). TTK m. 814'te zamanaşımı süresinin ibraz süresinin bitimine göre hesaplanacağı düzenlendiği için, zamanaşımı süresinin başlangıcında da uzamış ibraz süresi dikkate alınacaktır³⁷. Nitekim TTK m. 816/2'de çekte ibraz için kanunda belirlenen sürenin son günü tatil gününe denk geldiği durumda, *bu sürenin onu izleyen ilk güne kadar uzayacağı* açıkça belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, zamanaşımı kavramının tanımı ve amacı da yaptığımız yorumu haklı kılmaktadır. Zira zamanaşımı, kanunda belirtilmiş koşullar altında ve belli bir süre içinde alacaklının hareketsiz kalması sonucu alacağın ifasını isteme yetkisini sona erdirir³⁸. Kanunda açıkça ibraz süresinin uzayacağı düzenlenmiş ve TTK m. 814'te de zamanaşımı süresinin ibraz süresinin bitiminden itibaren başlayacağı yer almıştır. Dolayısıyla zamanaşımının başlayabilmesi için kanunda öngörülen koşullar gerçekleşmemiştir. Keza zamanaşımı kurumu borçlunun korunmasına yardım eden ve uzun süre istenmemiş olan borcun ödendiği belirtisine dayanır³⁹. Oysa kanunen borcun ifa edilmesinin istenebileceği bir durumda, zamanaşımı süresini başlatmak zamanaşımı kurumunun

ETK dönemi açısından konunun incelenmesi için bkz. Ömer Teoman, "Çekte İbraz Sürelerinin Hesaplanmasında Keşide Gününün Önemi", *Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1995, s. 426 vd.

³⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 23.06.2009 tarihli ve 2009/5608 2009/13779 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1258. Çekin düzenlenme tarihinden önce ibraz edilmiş olmasının çekte zamanaşımı süresinin hesaplanması açısından etkili olmadığı hususunda bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 16.06.2008 tarihli ve 2008/9350 2008/12592 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1259-1260.

³⁶ Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 101; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 340.

³⁷ Öğretide poliçede zamanaşımının başlangıcı açısından vadenin tatil gününe gelmesi durumu tartışılmıştır. Baskın görüş, vade tatil gününe denk gelse bile zamanaşımı süresinin vade tarihinden itibaren başlayacağı yönünde olmuştur. Zira vade, poliçe bedelinin muhatap tarafından ödenmesi gereken günü ifade eder. Vade ile ödeme günü birbirinden farklıdır. İnceleme için bkz. Şükrü Yıldız, "Poliçede Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı", *Makalelerim C. 1, Makale 12, 2. bs.*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 283-284.

³⁸ Tanıma ilişkin kaynakça için bkz. "Üç numaralı dipnotta" bulunan yazarlar.

³⁹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1233.

amacıyla bağdaşmaz. Ayrıca tatil gününü takip eden günde alacaklının ibrazı kabul edildiğine göre, alacaklının alacağını almak hususunda hareketsiz kaldığından da söz edilemez. Bu durum da zamanaşımı kavramının amacıyla çelişir.

Uygulamada çekler fiili düzenleme tarihinden daha sonraki bir tarih verilerek de düzenlenmektedir. İleri düzenleme tarihli çeklerde de çekin üzerinde yazan düzenleme tarihine göre ibraz süresinin bitimi hesaplanacaktır. Başka bir deyişle, ileri düzenleme tarihli çeklerde de çek üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ibraz edilmesi zamanaşımının işleme tarihini öne almaz⁴⁰. Bu hususta çekin ne zaman ibraz edildiği önemli değildir⁴¹. Dolayısıyla, çekin üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce muhatap bankaya ödenmek için ibrazı halinde, muhatap banka hiçbir işlem yapmadan çeki hamile iade eder. Çünkü ÇekK değişik geçici m. 3/5 uyarınca 31.12.2023 tarihine kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir⁴².

TTK m. 814'te hamilin, cirantalarla düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı sahip olduğu başvurma hakları, ibraz süresinin *bitiminden itibaren* üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Buradaki ibraz süresinin bitimi ifadesini, TTK m. 817 ile birlikte ele almak gerekir. Hüküm uyarınca Kanunun bu kısmında (çeki ilişkin) öngörülen süreler hesap edilirken bunların başladıkları gün sayılmaz. Buna göre yukarıdaki örnekten devam edilirse, 06.02.2023 düzenleme tarihli çekte ibraz süresinin son günü 16.02.2023'tür. TTK m. 817 bağlamında zamanaşımı süresi 16.02.2023'ten değil, 17.02.2023'ten itibaren hesaplanır. Bu süreden itibaren üç yıl geçmekle çek zamanaşımına uğrayacaktır⁴³. Bu tarihe eklenen üç yıllık süreyle 17.02.2026 tarihinde zamanaşımı süresi dolar. Şayet zamanaşımı süresinin son günü tatil gününe rastlarsa, zamanaşımı süresi tatili takip eden ilk iş gününe kadar uzaya-

⁴⁰ Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 748.

⁴¹ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1361; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 315.

⁴² Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 375.

⁴³ Benzer şekilde, 04.01.1998 tarihinde ibraz süresi biten çekte, zamanaşımı süresinin 05.01.1998 tarihinden itibaren hesaplanacağı hususunda bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1361. Buna karşılık ETK döneminde Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda düzenleme ve ödeme yeri aynı olan çekin düzenleme tarihi 03.09.1990'dır. Yargıtay bu çekin 13.03.1991 tarihinde zamanaşımına uğradığını kararında belirtmiştir (Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 21.04.1993 tarihli ve 1993/12-58 1993/174 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr>> (10.03.2023)). Oysa düzenleme tarihi 03.09.1990 olan çekte ibraz süresinin bitimi 13.09.1990'dır. ETK m. 729 uyarınca, çekte sürelerin başladığı gün dikkate alınmayacaktır. Bu sebeple, 14.09.1990 tarihinden itibaren altı ay geçmekle zamanaşımı uğrayacaktır. Buna göre, zamanaşımı süresinin son günü 14.03.1991 olacaktır.

caktır⁴⁴ (TTK m. 816/2). Hükümde düzenlenen herkese karşı hamilin başvurma hakkı aynı süreden itibaren başlayacağı için zamanaşımını kesen veya durduran sebepler olmadıkça, zamanaşımı düzenleyenle birlikte diğer bütün borçlular açısından aynı anda gerçekleşir⁴⁵.

3. Çek Bedelini Ödeyen Başvurma Borçlularının Birbirlerine Karşı Açacağı Davalar

TTK m. 814/2 uyarınca çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakları, bu çek borçlusunun çeki ödediği veya çekin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Hükümde çekte hamilin veya cirantaların talebiyle ödeme yapan veya kendisine karşı dava açılan çek borçlusunun diğer borçlulara hangi sürede başvurabileceği düzenlenmiştir. Örneğin düzenleyeni D, muhatabı M ve lehtarları C1 olan bir çek, sırasıyla C2'ye, C3'e ve C4'e ciro yoluyla devredilmiştir. A, C2 için aval vermiştir. Bu olayda C4, çekin hamilidir. C4, süresinde çeki muhataba ibraz etmiş ve çek bedeli ödenmemiştir. C4'ün ödeme talebiyle C3 çeki ödemiş veya C4, C3'e çekin ödenmesi için dava açmıştır. TTK m. 814/2'de de C3'ün diğer borçlular olan cirantalar C2, C1; aval veren A ve düzenleyen D'ye karşı sahip olduğu başvurma hakkının zamanaşımı süresi belirlenmiştir. Keza TTK m. 814/2, çeki ödemesi veya çekin kendisine dava yoluyla ileri sürülmesi durumunda C2, C1 ve A'nın başvurma hakkına ilişkin zamanaşımı süresine de uygulanır.

TTK m. 814/2'de ilk olarak çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakkının bu çek borçlusunun çeki *ödediği tarihten* itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı yer almıştır. Ödeme günü, borçlunun çeki ödediği gündür⁴⁶. Ödeme kavramı, çek bedelinin nakden ödenmesinin yanı sıra, alacaklının tatmin edilmiş olduğu tüm hâlleri kapsar⁴⁷. Örneğin borcun

⁴⁴ Somut olayda, çekte zamanaşımı süresi 27.11.1999 Cumartesi günü akşamı dolmaktadır. Alacaklı 29.11.1999 tarihinde takip yapmıştır. Yargıtay bu takibin, resmî tatil gününü takip eden günde yapılması sebebiyle, zamanaşımı süresinin dolmadığını belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.05.2000 tarihli ve 2000/8159 2000/8880 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr>> (10.03.2023).

⁴⁵ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1361; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 375.

⁴⁶ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1361. Bono açısından ödeme günü ile ödeme tarihi kavramlarının incelenmesi için bkz. Mehmet Helvacı - Raziye Aksu, "Bonoda Yer Alan Tediye Tarihi ve Ödeme Tarihi Kavramlarının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3, s. 1283 vd.

⁴⁷ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 887; Şükrü Yıldız, "Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı Süreleri", *Makalelerim C. 1, Makale 15, 2. bs.*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 373

nakli, takas gibi borcu sona erdiren işlemler de zamaşaımı süresini başlatır⁴⁸. Bu yola başvurulduğunda, üç yıllık zamaşaımı süresinin başlangıcı çek bedelinin ödenmesi tarihini takip eden gündür⁴⁹. Nitekim çekte süreler hesaplanırken bunların başladığı gün sayılmaz (TTK m. 817).

Çekin dava yoluyla kendisine karşı ileri sürülmesi ile kastedilen başvuru borçlusuna lehine işleyen zamaşaımını kesen tüm adli işlemlerdir⁵⁰. Nitekim TTK m. 818/1-p uyarınca zamaşaımının kesilmesine dair poliçeye ilişkin TTK m. 750-751, çekler hakkında da uygulanacaktır. Bu sebeple, başvurma borçlularına karşı bir dava açılması, icra takibinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi ile alacağın iflas masasına bildirilmesi de zamaşaımı süresini kesecek ve kesilme ile birlikte üç yıl olan yeni bir zamaşaımı süresi işlemeye başlayacaktır⁵¹ (TTK m. 750; 751). Başvurma hakkının, başvuruda bulunulan çek borçlusuna karşı dava aracılığıyla öne sürülmesi durumunda zamaşaımı süresi, dava dilekçesi veya ödeme emrinin bu borçluya tebliğ edildiği günden sonra başlar⁵². Bununla birlikte, açılan davanın üç yıldan fazla sürmesi durumunda ne yapılacağı belirsizdir. Öğretide bir görüşe göre ciranta bu durumlarda, üç yıl içinde dava açarak veya açılmış davayı ihbar ederek süreyi kesmelidir⁵³. Zira kanunda açıkça dava açılmasıyla zamaşaımı süresinin

dpn. 18; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaımı*, s. 91; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 398; Sökmen, *Çekte Zamaşaımı*, s. 134; Karayalçın, *Ticari Senetleri* s. 253; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 853; Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta, çekin lehtarının çek bedelini, kendisinin sorumlu olduğu cirantaya 15.02.2006 tarihinde ödediği takip talebine ekli ibranameden tespit edilmiştir. Yerel mahkeme çekin lehtarı olan alacaklının, çekin düzenleyeni hakkında 31.07.2006 tarihinde takibe başlamış olup, bu durumda zamaşaımı süresi cirantaya ödemenin yapıldığı 15.02.2006 tarihinde başladığından, takip tarihi itibarıyla 6 aylık zamaşaımı süresinin dolduğunu belirterek davayı reddetmiştir. Yargıtay yerel mahkemenin zamaşaımının dolduğuna dayanarak davayı reddini isabetsiz görüp kararı bozmuştur. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.01.2007 tarihli ve 2006/23510 2007/1436 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, *Bono- Poliçe - Çek*, s. 309.

⁴⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 887; Yıldız, "Kambiyo Senetlerinde Zamaşaımı Süreleri", s. 373 dpn. 18.

⁴⁹ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 485.

⁵⁰ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 888; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 398; Yıldız, "Kambiyo Senetlerinde Zamaşaımı Süreleri", s. 373 dpn. 18; Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, s. 87; Mehmet Bahtiyar vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 125; Kendigelen- Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 269.

⁵¹ Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 398-399. Ayrıntılı bilgi için bkz. Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaımı*, 213 vd.; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaımı*, 95 vd.

⁵² Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 853; Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 226-227.

⁵³ Karayalçın, *Ticari Senetler*, s. 190; Yıldız, "Poliçede Zamaşaımı Sürelerinin Başlangıcı", s. 308. Davanın altı aydan fazla sürmesi ihtimaline karşı, davalı cirantayı kendine karşı sorumlu

işlemeye başladığı düzenlenmiştir. Diğer görüşe göre üç yıllık zamanaşımının, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren başlayacağını kabul etmek gerekir⁵⁴. Çünkü davanın uzun bir süre devam etmesi olasılığında, cirantanın üç yıllık süreyi kaçırmamak için kendisinden önceki cirantalara karşı dava açmak veya davayı ihbar etmek zorunluluğu aynı hak için birden fazla dava açılmasına yol açacaktır. Kanaatimizce de açılan davanın üç yıldan fazla sürmesi durumunda ciranta, üç yıl içinde dava açarak veya açılmış davayı ihbar ederek süreyi kesmelidir. Zira TTK m. 814/2'de açıkça çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakkının çekin *dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten* itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Yoksa davanın sonuçlanıp hükmün kesinleştiği zamanda zamanaşımı süresinin başlayacağı düzenlenmemiştir.

Öğretide bir görüş çek bedelini ödeyen bir başvuru borçlusunun diğer borçlulara başvurması için ETK m. 726'da öngörülen altı aylık sürenin sübjektif bir zamanaşımı süresi olduğunu ve bu sürenin vadeden itibaren başlayan on yıllık objektif bir süre ile sınırlandırılması gerektiğini savunmuştur⁵⁵. Diğer görüşe göre, çekte on yıllık objektif bir zamanaşımı süresi uygulanamaz⁵⁶. Zira çekte tüm başvuru borçluları hakkında kısa zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Bu sebeple, çekler açısından muhtemelen uygulamada hiç de karşılaşılmayacak böyle bir objektif zamanaşımı süresi, zamanaşımının kesilmesine ilişkin hükümlerle çelişen sonuçların doğumuna yol açabileceğinden, kabul edilemez. Zamanaşımının kesilmesiyle birlikte, her defasında, kimin için kesilmişse sadece o borçlu açısından yeni bir zamanaşımı süresi işlemeye başlayacağından, bu süre içerisinde ileri sürülen çekte dayalı bir talep hakkının "objektif" adı altında bir üst zamanaşımı süresi ile sınırlandırılması mümkün değildir. Bunun yanı sıra, karşı görüşün belirttiğinin aksine, çekte, on yıllık sürenin başlayacağı bir

olacaklar hakkında zamanaşımını koruyabilmek için zamanaşımını kesmek üzere davayı onlara karşı ihbara ve belki de bunu birkaç kez yapmaya zorlayacaktır. Bu tedbir kanun koyucu tarafından poliçe borçlusunu zamanında ödemeye zorlayan dolaylı bir tedbir olarak düşünülmelidir. Bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 888.

⁵⁴ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 401.

⁵⁵ Yıldız, "Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı Süreleri", s. 386-387; aynı yönde *Uslu*'ya göre, başvurma hakkı, altı aylık zamanaşımı ETK'da düzenlenmemiş olmasına rağmen ETK m. 1'in yollamasıyla EBK m. 125'teki on yıllık zamanaşımı süresi içinde kullanılmalıdır. On yıllık sürenin başlangıcı olarak da çekteki ibraz sürelerinin bitimi tarihi kabul edilmelidir. Bkz. Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 60. Bu çerçevede ister rıza ile isterse yargı yolu ile ödeme yapıldığına bakılmaksızın, cirantanın diğer cirantalara başvurma hakkının bağlı olduğu zamanaşımı süresinin çekin cirantanın eline geçtiği tarihten itibaren başlaması ve her hâükârda TBK. m. 146'daki on yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde kullanılması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Bkz. Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 141.

⁵⁶ Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 397; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 79.

vade de yoktur. Kanaatimizce de çekte on yıllık genel zamaşaımı süresi uygulanamaz. Şayet kanun koyucu bu yönde objektif bir zamaşaımı süresi isteseydi, TTK m. 814/1'e koyduğu ibraz süresinin bitimi ifadesini TTK m. 814/2'ye de koyabilirdi.

C. Zamaşaımı Süresinin Kesilmesi ve Durması Açısından

1. Çekte Zamaşaımı Süresinin Kesilmesi

a. Genel Olarak

Zamaşaımının kesilmesinden kasıt, kanunda gösterilmiş sebeplerden birinin gerçekleşmesi üzerine, işlemekte olan zamaşaımının işlemiş kısmının hiçbir etkisi kalmamasıdır⁵⁷. Çekte zamaşaımının kesilmesine yönelik özel bir düzenleme yoktur. Bu konuda poliçede zamaşaımının kesilmesine dair TTK m. 750 ve 751'e atıf yapılmıştır (TTK m. 818/1-p). Buna göre çekte zamaşaımı dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesiyle kesilir (TTK m. 750/1). Bu haller sınırlayıcı olarak sayılmıştır⁵⁸. Bu sayılan sebeplerden başka bir sebeple zamaşaımı kesilmez. Örneğin kısmi ödemenin⁵⁹ veya borçlunun borcunu ikrarının⁶⁰ zamaşaımının kesilmesine etkisi yoktur. Zamaşaımının kesilmesiyle ilgili olarak, TBK'da öngörülen genel hükümler uygula-

⁵⁷ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1284; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, s. 1052; Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 639; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1466; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaımı*, s. 95. Zamaşaımının kesilmesi, kanunlarda gösterilen bazı sebeplerin gerçekleşmesi ile, bu sebeplerin ortaya çıkma tarihine kadar işlemiş zamaşaımı sürelerinin hükümden düşmesi ve söz konusu zamaşaımının yeniden işlemeye başlamasıdır. Bkz. Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 410. Zamaşaımı işlemeye başladığı takdirde, zamaşaımının evvelce işlemiş olan kısmı hiçbir netice husule getirmemek ve kesilmeden itibaren yeni bir müruruzaman müddeti başlamak anlamında kesilebilir. Bkz. von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, s. 702.

⁵⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 889; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 410; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 325; ETK m. 662'de yer alan sebepler sınırlı sayıda olup genişletilemez. Bu sebeple, EBK m. 133'te yer alan düzenlemenin aksine, borçlunun ikrarı veya borçlu olduğunu ortaya koyacak şekilde senet bedeli ile faizini kısmen ödemesi veya borcuna karşılık rehin yahut kefil göstermesi gibi haller zamaşaımını kesen sebep olarak kabul edilemezler. Bkz. Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 228.

⁵⁹ Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 228; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 242; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 29.03.1977 tarihli ve 1977/1514 1977/1568 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, *Bono- Poliçe- Çek*, s. 351.

⁶⁰ Marco Athos Rizzi, *OFK- Orell Füssli Kommentar: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, in Jolanta Kren Kostkiewicz- Stephan Wolf - Marc Amstutz - Roland Fankhauser (hrsg.), 3. Auf., Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016, Art. 1070 N. 2; Hans Kuhn, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG*, in Vito Roberto- Hans Rudolf Trüeb (hrsg.), 3. Auf., Schulthess Verlag, Zürich- Basel- Genf, 2016, Art. 1070 N. 2.

namaz⁶¹. Zira zamanaşımının hangi nedenlerle kesileceği TTK'da özel olarak düzenlenmiştir (TTK m. 1/2). Buna karşılık çekten kaynaklanan alacak, çekte bağlılığını kaybederse, bu alacak borçlar hukuku hükümlerine tâbi olacaktır. Örneğin çek iptal edilerek adi bir senede bağlanırsa veya senetsiz olarak taraflar arasında varlık kazanırsa, alacak adi bir nitelik kazanacağından kambiyo hukuku çevresinden çıkararak TBK'ya ve oradaki zamanaşımını kesen sebeplere dahil olacaktır⁶². Ayrıca zamanaşımının kesilmesi; ancak işlemekte olan süreler için söz konusu olur⁶³. Süre tamamlandıktan sonra zamanaşımını kesen bir nedenin gerçekleşmesi, artık herhangi bir etkiye sahip olmaz⁶⁴. Ayrıca zamanaşımını durduran sebep borç muaccel olurken mevcutsa zamanaşımı işlemeye başlamaz⁶⁵ (TBK m. 153). Son olarak zamanaşımı işlemeyen haller varsa, zamanaşımının kesilmesi mümkün olmaz. Örneğin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁶⁶ (TMK) m. 864 uyarınca, rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez.

b. Kesen Sebepler

i. Dava Açılması

aa. Genel Olarak

Çekte zamanaşımını kesen sebeplerden biri dava açılmasıdır (TTK m. 750; 818/1-p). Dava, mahkeme önünde veya hakem karşısında açılabilir⁶⁷. Dava açılmasından kasıt, kambiyo senetlerine ilişkin bir talep dolayısıyla yetkili mah-

⁶¹ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 889; Karayalçın, *Ticari Senetler*, s. 256; Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 273; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 241; Tamer Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 319; Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, s. 140; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 146; Rizzi, *OFK*, Art. 1070 N. 2; Kuhn, *CHK*, Art. 1070 N. 2; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 12.07.2011 tarihli ve 2011/419 2011/15731 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (16.04.2023).

⁶² Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 411.

⁶³ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 864 uyarınca, rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlemez.

⁶⁴ Erdem, *Zamanaşımı*, s. 272.

⁶⁵ Oğuzman-Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 630.

⁶⁶ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

⁶⁷ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 411; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 890; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 191; Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 273; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 386; Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 227; Karayalçın, *Ticari Senetler*, s. 256; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 168; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 147.

keme nezdinde, usulüne uygun bir dava açılmış bulunmasıdır⁶⁸. Bunun yanı sıra, TTK m. 750 bağlamında açılacak olan davanın eda davası⁶⁹ niteliğinde olması gerekir⁷⁰. Nitekim Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıkta⁷¹ dava açılması ile zamanaşımının kesilebilmesi için kambiyo senetleri hukukuna ilişkin bir talep dolayısıyla genel mahkemede usulüne uygun bir davanın açılması ve bu davanın da ticari senede dayalı alacağa istinaden açılan eda davası olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca zamanaşımının kesilebilmesi için açılan eda davasının alacağa yönelik olması gerekir. Örneğin Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen olayda⁷² istihkak davasının zamanaşımını kesip kesmeyeceği tartışılmıştır. Kurul, ETK m. 662'de sayılan hallerin sınırlı sayıda olduğu, istihkak iddiasının reddi davasının bu tür bir eda davası olmadığı, *alacağın kendisine yönelik değil*, haczedilen malın mülkiyetinin kime ait olduğunun tespitine yönelik bir dava olduğunu belirtmiştir. Ayrıca alacaklının, borçlunun diğer malvarlığına yönelmesi önünde bir engelin bulunmadığı gerekçesiyle istihkak davasının zamanaşımını kesmediğini ifade etmiştir. Bu tespitler ışığında, ihtiyati haciz⁷³, ihtiyati tedbir, adli yardım talebi ile idari birimlere başvuru, delil tespiti ve önceki davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına ilişkin işlemler çekte zamanaşımını kes-

⁶⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 890; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 191; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 386; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 168; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.03.2018 tarihli ve 2016/29709 2016/2708 sayılı kararı. Karar için bkz. Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 390-391; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 10.12.2018 tarihli ve 2018/9372 2018/13083 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023).

⁶⁹ Eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmama-ya mahkûm edilmesi talep edilir (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 105/1).

⁷⁰ Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 273; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 131; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 242; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 148; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 169; Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 320.

⁷¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 12.01.2010 tarihli ve 2009/18070 2010/27 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, *Bono- Poliçe- Çek*, s. 307; aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.01.2017 tarihli ve 2016/8967 2017/1070 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 22.10.2015 tarihli ve 2015/25451 2015/25539 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023). Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 12.07.2011 tarihli ve 2011/419 2011/15731 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.12.2013 tarihli ve 2013/475 2013/1693 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (19.04.2023).

⁷² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.12.2013 tarihli ve 2013/475 2013/1693 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (19.04.2023).

⁷³ İhtiyati hacze yönelik işlemlerin bir icra işlemi olmadığından ve zamanaşımını kesen sebepler arasında sayılmadığından zamanaşımını kesmeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 23.6.2016 tarihli ve 2016/3397 2016/17732 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (18.04.2023).

mez⁷⁴. Zira açılmış bulunan davanın, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁷⁵ (HMK) m. 303'teki kesin hükmü oluşturacak şekilde çekişmeli yargıya konu edilmesi gerekir⁷⁶. Benzer şekilde senet borçlusunun açtığı çekin iptali davası (TTK m. 757 vd.) zamanaşımını kesmeyeceği gibi⁷⁷, ödeme yasağı alınmış olması da zamanaşımını kesmez⁷⁸. Çünkü, bu istemler hamilin mahkemede alacağını talep etmesine engel değildir⁷⁹. Buna karşılık, alacaklının senedin ödenmesi için karşı dava açması halinde zamanaşımı kesilir⁸⁰. Keza ceza mahkemesi nezdinde başlanmış bir davaya, müdahil sıfatıyla katılmak da duruma göre zamanaşımını

⁷⁴ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 412; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 326; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 890; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 191; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 387; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 168; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 97; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 148; Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 320; bu yönde karar için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.03.2018 tarihli ve 2016/29709 2016/2708 sayılı kararı. Karar için bkz. Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 390-391; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.12.2013 tarihli ve 2013/475 2013/1693 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.01.2017 tarihli ve 2016/8967 2017/1070 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 18.04.2019 tarihli ve 2017/4128 2019/3164 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 12.07.2011 tarihli ve 2011/419 2011/15731 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (18.04.2023). İhtiyati haciz ve tedbir kararları açısından aynı yönde bkz. Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 309.

⁷⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.04.2011/27836.

⁷⁶ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 411; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 386; aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.03.2018 tarihli ve 2016/29709 2016/2708 sayılı kararı. Karar için bkz. Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 390-391.

⁷⁷ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 890; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 191; Karayalçın, *Ticari Senetler*, s. 256; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 168; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 147; çekin iptali davasının zamanaşımını kesmeyeceği hususunda bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.03.2018 tarihli ve 2016/29709 2016/2708 sayılı kararı. Karar için bkz. Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 390-391; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.01.2017 tarihli ve 2016/8967 2017/1070 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 31.05.2010 tarihli ve 2009/341 2010/6169 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 18.04.2019 tarihli ve 2017/4128 2019/3164 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (18.04.2023).

⁷⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 890; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 192; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 242.

⁷⁹ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 892.

⁸⁰ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 191; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 387; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 168; borçluların açmış olduğu senet iptali davası alacaklının mukabil davası olmadıkça zamanaşımını kesmez. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 07.04.1983 tarihli ve 1983/1459 1983/2701 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (18.04.2023).

kesen bir sebeptir⁸¹. Ayrıca zamanaşımını kesen dava ibaresinden, takibin devamına ve alacağın tespitine yönelik davaların anlaşılması gerektiğinden ortaklığın giderilmesi davası zamanaşımını kesen dava niteliğinde değildir⁸². Cumhuriyet savcılığına yapılan başvurular dava anlamına gelmediğinden zamanaşımını kesmez⁸³. Kambiyo senedi borçlusuna karşı açılan ceza davası ile zamanaşımı kesilmez. Örneğin çekin karşılıksız çıkması veya açığa imzanın kötüye kullanılması nedeniyle açılan bir ceza davasının zamanaşımının kesilmesine etkisi yoktur⁸⁴. Buna karşılık ceza davasında şahsi hak talebinde bulunulması zamanaşımını keser⁸⁵.

Çeke dayalı alacaklının açtığı davanın ne zaman zamanaşımını keseceği usul hukuku kurallarına göre belirlenir. Buna göre, dava açılmasına yönelik talep, dava dilekçesi ile gerçekleştirilir⁸⁶. HMK m. 118/1 uyarınca dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır. Dava dilekçesinin kaydına ilişkin usul ve esaslar Yönetmelikte⁸⁷ belirlenir (HMK m. 118/2). Yönetmeliğe göre UYAP Kurum Bilgi Sistemi üzerinden açılan dava, dava dilekçesinin sisteme kaydedildiği tarihte açılmış sayılır⁸⁸ (Yönetmelik m. 197/8; 197/9). Eğer herhangi bir şekilde elektronik ortamda (UYAP'ta), işlem (tevzi) yapılması mümkün değilse; işlem fiziki ortamda yapılır, bu durum bir tutanakla tespit edilir; elektronik sistem açıldığında, fiziki ortamda yapılan işlemler, gecikmeksizin elektronik ortama aktarılır ve bu durumda dava söz konusu tutanağın düzenlendiği tarihte açılmış sayılır (Yönetmelik m. 197/6). Dolayısıyla çekte zamanaşımı da bu hükümler bağlamında kesilmiş olacaktır. Bunun dışında dava dilekçesinin

⁸¹ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 192.

⁸² Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 12.12.2017 tarihli ve 2016/24719 2016/15441 sayılı kararı. Karar için bkz. Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 391-392.

⁸³ Edip Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, Yonca Matbaası, Ankara, 1982, s. 142.

⁸⁴ Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 398-399, dpn. 154.

⁸⁵ Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 105.

⁸⁶ Baki Kuru- Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 6. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 159; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 329; Hakan Pekcanitez - Oğuz Atalay -Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 173; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. 1, 4. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 685.

⁸⁷ Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, RG 06.08.2015/29437.

⁸⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru- Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 171 vd; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 342 vd; Abdurrahim Karanlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 434 vd.

davaliya tebliğ edilmesine gerek yoktur⁸⁹. Dava açılmasına bağlanan sonuçlar dava dilekçesinin yukarıdaki hükümler bağlamında kaydı gerçekleştiğinde doğmuş olur.

Çeke dayalı olarak açılacak davanın zamanaşımını kesebilmesi için usulüne uygun şekilde dava açılmalıdır. Buna göre, davanın görevli ve yetkili mahkemede açılması gerekir. Bununla birlikte, görevsiz veya yetkisiz mahkemede dava açılması ile de zamanaşımı kesilir; ancak bu durumun korunması için HMK m. 20'ye uygun şekilde hareket edilmelidir⁹⁰. Buna göre, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde dava açılmamış sayılır ve görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemece bu konuda re'sen karar verilir (HMK m. 20). Buna göre, davacı iki hafta içinde görevsizlik veya yetkisizlik kararını veren mahkemeye başvurursa, görevli veya yetkili mahkemede bakılacak olan dava, görevsiz veya yetkisiz mahkemede açılmış olan davanın devamı olduğundan, görevsiz veya yetkisiz mahkemede dava açılması ile gerçekleşmiş olan zamanaşımı kesilmesi geçerli kalır. Buna karşılık, davacı iki hafta içinde görevsizlik veya yetkisizlik kararını veren mahkemeye başvurmazsa, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına kendiliğinden karar verilir. Bu halde, görevsiz veya yetkisiz mahkemede dava açılması ile gerçekleşen zamanaşımı kesilmesi de hükümsüz kalır. Nitekim reddedilmiş dava, zamanaşımını kesmez⁹¹. Şayet bu arada zamanaşımı süresi dolmuşsa, davacı, yeni dava açmak için, TBK m. 158'deki altmış günlük ek süreden yararlanır⁹². Bununla birlikte, davanın takip edilmeme nedeniyle işlemden kaldırılması veya davaya giyaben devam edilmesi, zamanaşımının kesilmesini engellemez⁹³.

⁸⁹ Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, s. 434; Seda Özmumcu, "Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, C. 70, S. 2, s. 194.

⁹⁰ Kuru- Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 170; Özmumcu, "Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi", s. 194; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 412; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 153.

⁹¹ Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 641.

⁹² Kuru- Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 170; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 412; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 153.

⁹³ Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukununun Esasları*, s. 242; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 387.

TTK m. 750’de davanın açılması ile zamaşaşımı süresinin kesileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, davanın açılması ile kesilmiş olan zamaşaşımının yargılamaya ilişkin her işlemle tekrar kesilip kesilmeyeceğine dair TTK’da düzenleme yoktur. Öğretide bu boşluğun TBK m. 157 (EBK m. 136) ile doldurulması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁴. Hüküm uyarınca bir dava veya def’i yoluyla kesilmiş olan zamaşaşımı, dava süresince tarafların yargılamaya dair her işleminden veya hâkimin her kararından sonra yeniden işlemeye başlayacaktır. Bu bağlamda, davada tarafların dilekçe ve cevaplarını sunması, delil listesi vermesi, keşif yapılması, haciz ve muhafaza istemi, her türlü tebligat, yenileme muhtırası verilmesi zamaşaşımını kesen işlemlerdir. Buna karşılık, vekâletnamenin dosyadan alınması veya dosyaya yeniden konması ve dosyadan örnekler çıkarılması gibi işlemler zamaşaşımını kesen yargılamaya ilişkin işlemler değildir⁹⁵.

bb. Özel Olarak Davanın Kim Tarafından Açılması Gerektiğinin İncelenmesi

TTK m. 750’de dava açılmasından bahsedilmekle birlikte, bu davanın kimin tarafından açılması gerektiği belirtilmemiştir. Öğretide bir görüşe göre alacaklı ve borçlunun açtığı davalar çekte zamaşaşımını keser⁹⁶. Zira TBK m. 154/2’de açıkça “alacaklının” dava açması veya def’i yoluyla mahkemeye başvurusunun zamaşaşımını keseceği düzenlenmiştir. Buna karşılık TTK m. 750’de kimin açtığı belirtilmeksizin sadece “dava açılmasından” söz edilmiştir. TBK m. 154/2’nin tersine, TTK m. 750’de alacaklının açacağı dava yerine, bir davanın açılmasından söz etmesi ve borçlunun dava açmasına yönelik bir engel getirmemesi de borçlunun dava açabileceği görüşünü destekler. Ayrıca kambiyo senetleri genellikle emre düzenlendiklerinden borçlu konumundaki düzenleyenin kendisine karşı açmış olduğu davada hamilin, TBK m. 153/2 anlamında bir def’i ileri sürmesi mümkün değildir. Borçlunun senet metninden anlaşılan def’ilere dayanarak açacağı bir menfi tespit davasında alacaklı konumunda bulunan hamilin, imzanın davacı borçluya ait olup olmadığını belirleyecek olan davanın sonucunu beklemekten başka yapacağı bir şey yoktur. İmza inkârına dayanan bir dava mevcutken icra takibine geçmenin bir anlamı olmaz. Davalı alacaklının, iyi ni-

⁹⁴ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 415; Sökmen, *Çekte Zamaşaşımı*, s. 157.

⁹⁵ Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, s. 144; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaşımı*, s. 191.

⁹⁶ Yavuz Okçuoğlu, “Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Dava Açmasıyla Zamaşaşımı Kesilir mi?”, *3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 14 vd; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaşımı*, s. 175; Sökmen, *Çekte Zamaşaşımı*, s. 152.

yetle borçlunun açtığı menfi tespit davasının sonucunu beklemesi; ancak, bu sürede senedin zamanaşımına uğraması nedeniyle alacağını elde etme imkânını yitirmesi hakkaniyete aykırıdır. Bu sebeple, TTK m. 750'deki dava açılması ifadesinden sadece alacaklının değil, borçlunun da açacağı davanın anlaşılması gerekir⁹⁷.

Diğer görüşe göre, borçlu tarafından açılan davalar çekte zamanaşımını kesmez⁹⁸. Çünkü Borçlar Kanununda zamanaşımı süresini kesen genel hüküm olan TBK m. 154 (EBK m. 133)'e göre TTK m. 750 (ETK m. 662) özel hükümdür. Bu hüküm zamanaşımını kesen neden olarak sadece alacaklının fiillerini düzenlemiştir. Her ne kadar madde metninde açıkça alacaklının dava açması denmemişse de maddede düzenlenen diğer nedenler olan icra takibi yapılması, davanın ihbar edilmesi ve alacağın iflas masasına bildirilmesi alacaklı fiilleridir. Dolayısıyla buradaki davanın alacaklı tarafından açılan bir dava olması gerekir. Ayrıca aksini kabul "dava açılması" ibaresinden alacaklının, borçlunun, hatta daha ileri giderek üçüncü kişinin açacağı davaların da (dava açılması) anlamına gireceğinin sanılması gibi yanlış bir yoruma sebep olabilir⁹⁹. Son olarak alacaklının açtığı dava ve bu davanın ihbarı, alacağın elde edilmesine yönelik ciddi bir girişim olduğundan zamanaşımını keserken, borçlunun açtığı dava ve bu davanın ihbarı, alacağın elde edilmesine yönelik bir girişim olmadığı gibi borcun tanınacağı veya ödeneceği yönelik bir girişim de olmadığından zamanaşımını

⁹⁷ Okçuoğlu, "Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Dava Açmasıyla Zamanaşımı Kesilir mi?", s. 14-16; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 175.

⁹⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 891; Rizzi, *OFK*, Art. 1070 N. 3; Ahmet Hıfzı Gözübüyük, "Türk Ticaret Kanununun 662. Maddesine Göre Borçlunun Alacaklı Aleyhine Açtığı Dava Zamanaşımını Keser mi?", *Adalet Dergisi*, 1965, C. LVI, S. 5-6, s. 607 vd; Semih Öktemer, 3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 28-30; Erden Kuntalp, 3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 36-37; menfi tespit davasının da zamanaşımının kesilmesi bakımından pratik ehemmiyeti olmadığı hususunda bkz. Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 227; yalnız alacaklının ETK m. 662'de sayılan fiilleri ile zamanaşımının kesildiği hususunda bkz. Karayalçın, *Ticari Senetler*, s. 192; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 96; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 288; Ömeroğlu, "Çekte Zamanaşımı", s. 37-38.

⁹⁹ TTK m. 750 (ETK m. 662) ile TBK m. 154/2 (EBK m. 133/2) birlikte düşünülmelidir. Zamanaşımı ile ilgili genel hükümler EBK m. 125 ve devamında yer almıştır. İsviçre'de ayrı bir ticaret kanunu olmayıp ETK m. 662 orada İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1070'inci maddesi olarak devam etmektedir. ETK m. 662 bizim Ticaret Kanunumuza aynen alınmış fakat ilgili kanunların ilintileri veya varsa ayrıntıları gösterilmediğinden uygulamada böyle türlü yorumlara yol açmıştır. Bkz. Gözübüyük, "Türk Ticaret Kanununun 662. Maddesine Göre Borçlunun Alacaklı Aleyhine Açtığı Dava Zamanaşımını Keser mi?", s. 610 vd.

kesmez. Zira böyle bir davada borçlu, borcunu kabule değil redde yönelik bir iddiada bulunur. Borcun reddine yönelik bir iddia da hiçbir şekilde zamanaşımını etkilemez¹⁰⁰.

Başka bir görüşe göre, alacaklı tarafından açılan eda davası ve borçlu tarafından kambiyo senedi ile ilgili olarak açılan menfi tespit davası zamanaşımını keser¹⁰¹. Çünkü borçlunun açtığı menfi tespit davasında, davalı alacaklı tarafından yapılan savunmada “çekte alacaklıyım, davanın reddini istiyorum” biçiminde savunma ileri sürülmektedir ki, savunmanın içeriği göz önüne alındığı takdirde, zamanaşımının kesildiğinin kabulü gerekir¹⁰².

Son olarak öğretide borçlunun açtığı menfi tespit davasında, davalı çek alacaklısının def’i ileri sürmesi ve geçerli bir alacağı olduğunu iddia etmesi durumunda zamanaşımının kesileceği ifade edilmiştir¹⁰³. Zira zamanaşımı, genel hükümlere göre alacaklının hakkını arama iradesini ya da borçlunun borcunu tanıma iradesini ortaya koymasıyla kesilir. Buna karşılık borçlunun borcu tanıma iradesini ortaya koyarak açtığı menfi tespit davasında, alacaklı da davaya gelmeyebilir. Dolayısıyla alacaklı, alacağını takip etmek arzusu göstermemesine

¹⁰⁰ Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 96.

¹⁰¹ Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 131; Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1243; Poroy/Tekinalp, eserde öncelikle borçlu tarafından kambiyo senedi ile ilgili olarak açılan menfi tespit davasının zamanaşımını keseceğini ve dava açılması kavramının geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir (s. 273 ve 274). Daha sonra çekte zamanaşımının kesilmesine ilişkin kısımda menfi tespit davasının zamanaşımını kesmeyeceğini ifade etmiştir. Bkz. Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 273, 274 ve 360; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 242; Bozkurt, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 320.

¹⁰² Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1243.

¹⁰³ Haluk Tandoğan, *3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 28; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 109-110; dava açılmasından amaç, poliçe alacağının bir mahkemede veya hakem huzurunda ihtilaf konusu edilmesi olduğundan, poliçe alacaklısının mutlaka davacı olması şart değildir. Konu, davalı sıfatı ile yani def’an mahkemeye, ihtilafa sevketmiş olması da zamanaşımını keser. Bu durum EBK m. 133/3’te, alacaklı dava veya def’i zımında mahkemeye ... müracaatle ibaresi ile açıkça ifade edilmiştir. Bkz. Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 413; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 328. Kuru, ETK m. 662 kambiyo senedindeki borcun borçlusu olmadığının tespiti için açılan menfi tespit davasını esasen kapsamaz. Bu sebeple, bunlar adi hukuk ilişkisine girer. Diğer hususlar gibi, EBK m. 133/2’ye tâbidir. EBK m. 133/2 uyarınca ancak davalının alacaklı olduğunu iddia ederek davanın reddini istemesiyle zamanaşımı kesilir. Bkz. Baki Kuru, *3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 35. Menfi tespit davası ile zamanaşımının kesilmeyeceği yönünde bkz. Bkz. Ramazan Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, 7. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 344; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s. 698.

rağmen, borçlu tarafından menfi tespit davası açılmasına zamanaşımının kesilmesi sonucunu bağlamak yanlış olur¹⁰⁴. Alacaklı, borçlunun açtığı menfi tespit davasına karşılık bir dava açabileceği gibi, borçlunun açtığı menfi tespit davasında alacağın varlığını ispata yönelik bir savunmada da bulunabilir. Bu sebeple, zamanaşımının kesildiği tarih, borçlunun açtığı menfi tespit davasının açıldığı tarih değil, alacaklının def'i dava zımında mahkemeye müracaat ettiği tarihtir.

Yargıtay uygulaması açısından, Yargıtay'ın bu konudaki kararlarının birbiriyle çeliştiği ifade edilmelidir. Nitekim ETK döneminde Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁰⁵ ETK m. 662 açısından davanın alacaklı tarafından açılması gerektiğini belirterek kararını vermiştir. Buna karşılık aynı dönemde Yargıtay önüne gelen başka bir olayda¹⁰⁶ alacaklı ve borçlu tarafından (genel mahkemelerde) açılan davaların çekte zamanaşımını keseceğine; ancak icra mahkemesine sunulan itiraz bu niteliği içermediğinden zamanaşımını kesmeyeceğine kararında yer vermiştir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın kural olarak alacaklının dava açması gerektiği; ancak borçlu tarafından açılan davada alacaklı taleplerini ileri sürüyorsa bunun da zamanaşımını keseceğine yönelik hem ETK hem de TTK döneminde verdiği kararları da mevcuttur¹⁰⁷. Örneğin Yargıtay önüne gelen bir

¹⁰⁴ Tandoğan, *Sempozyum*, s. 26.

¹⁰⁵ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.12.1985 tarihli ve 5762/11282 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, *Bono- Poliçe- Çek*, s. 346; ETK m. 662 uyarınca zamanaşımını kesen sebeplerin tadadı olarak sayılmıştır. Borçlunun açtığı dava veya yaptığı itiraz zamanaşımını kesmez. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 14.12.1988 tarihli ve 1988/7848 1988/15477 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr>> (25.04.2023).

¹⁰⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 31.01.2006 tarihli ve 2005/25823 2006/1807 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (18.04.2023). Borçlu tarafından sadece menfi tespit davasının açılmasının da zamanaşımını keseceği yönünde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 10.02.1997 tarihli ve 1997/1162 1997/1528 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 20.05.2003 tarihli ve 2003/8298 2003/11417 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr>> (10.03.2023); alacaklı tarafından açılan dava veya borçlu tarafından açılan menfi tespit davası keser; borçlu tarafından icra mahkemesine yapılan şikâyet kesmez. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.01.2007 tarihli ve 2006/23523 2007/1440 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, *Bono- Poliçe- Çek*, s. 309.

¹⁰⁷ Borçlu tarafından açılan menfi tespit davasından alacaklının alacak iddiasında bulunması sebebiyle zamanaşımını kesilmiştir. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 31.01.2006 tarihli ve 2005/24653 2006/936 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, *Bono- Poliçe- Çek*, s. 315; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 09.02.2010 tarihli ve 2009/21237 2010/2515 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, *Bono- Poliçe- Çek*, s. 306; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 17.02.2015 tarihli ve 2014/27749 2015/2933 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr>> (20.04.2023); borçlu tarafından açılacak davada alacaklı durumundaki davalının itirazını def'i yoluyla ileri sürdüğü cihetle borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davasının da zamanaşımını kesmesi gerekir. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 23.02.2010 tarihli ve

olayda¹⁰⁸ “dava açılması” ibaresinden, esas olarak, kambiyo senetlerine ilişkin bir alacak dolayısıyla alacaklı tarafından borçlu hakkında açılan alacak davasının anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte Yargıtay borçlu tarafından açılacak davada, alacaklı durumundaki davalının savunmalarını def’i yolu ile ileri sürmesi hâlinde, borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davasının da zamanaşımını keseceğini kabul etmiştir.

Kanaatimizce de TTK m. 750 bağlamında çekte açılacak davanın zamanaşımını kesebilmesi için bunun “alacaklı” tarafından açılması gerekir. Zira TTK m. 750’de sayılan diğer zamanaşımının kesilme sebepleri de alacaklının fiillerine yöneliktir. Bu sebeple, dava açılması ifadesi de alacaklının açtığı dava olarak anlaşılmalıdır. Bunun yanı sıra, davanın açılması kavramını kambiyo senetlerinin işleyişi açısından ele almak gerekir. Buna göre kambiyo senetlerinde ödeme borcu TBK m. 89/1’de öngörülen genel kuralın aksine götürülecek değil, aranılacak bir borçtur¹⁰⁹. Nitekim TTK’da temel kurgu hamilin çeki muhataba ibraz etmesi ve daha sonra buna bağlı olarak başvurma hakkını kullanması esasına dayanır (TTK m. 796; 808). Bu sebeple, TTK m. 750’de geçen dava açılması ibaresi, çekten kaynaklanan borcun aranılacak borç olma özelliği bağlamında sadece alacaklının açacağı davaları kapsamı gerekir. Keza TTK m. 814’ün çekten kaynaklanan başvurma hakkının zamanaşımına uğramasına ilişkin olması da görüşümüzü destekler niteliktedir. Çünkü başvurma hakkının sahibi öncelikle hamil ve koşullar varsa diğer borçlular olmakla birlikte bu hak kullanılırken hepsi alacaklı konumundadır. Dolayısıyla bu hakka yönelik zamanaşımı süresinin kesilmesinin de ancak onların açacağı davayla mümkün olması gerekir. Nitekim hükmün amacı kambiyo senedi alacaklısının zamanaşımı süresi içinde hükümde sayılanlar yoluyla alacağını ileri sürmesine hukuki sonuç bağlamaktır¹¹⁰. Ek ola-

2009/21960 2010/3941 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (18.04.2023). Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 01.05.2007 tarihli ve 2007/6521 2007/8674 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, **Bono- Poliçe - Çek**, s. 315; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 10.12.2018 tarihli ve 2018/9372 2018/13083 sayılı kararı. Borçlunun açacağı menfi tespit davasında, alacaklı durumundaki davalı asıl, iddiasını def’i yolu ile ileri sürdüğü için borçlunun açtığı dava bu nedenle zamanaşımını keser. Somut olayda sadece borçlunun İcra Mahkemesi’ne başvurarak imzaya ve borca itiraz ettiği görülmektedir. Anılan başvurular zamanaşımını kesmez. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 05.07.2004 tarihli ve 2004/13825 2004/17797 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (18.04.2023).

¹⁰⁸ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.03.2018 tarihli ve 2016/29709 2016/2708 sayılı kararı. Karar için bkz. Coşkun, **Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek**, s. 390-391.

¹⁰⁹ Kendigelen- Kırca, **Kıymetli Evrak Hukuku**, s. 245.

¹¹⁰ Rizzi, **OFK**, Art. 1070 N. 3.

rak, zamanaşımı kavramı da alacaklının dava açmasıyla zamanaşımının kesilebileceği tezimizi desteklemektedir. Zamanaşımı, kanunda belirtilmiş koşullar altında ve belli bir süre içinde alacaklının hareketsiz kalması sonucu alacağın ifasını isteme yetkisini sona erdirir¹¹¹. Borçlunun dava açması sebebiyle alacağın ifası açısından hiçbir hareket yapmayan alacaklı, TTK'da özel bir düzenleme de olmadığı için bu durumdan faydalandırılmamalıdır. Ayrıca borçlu tarafından açılan menfi tespit davası açısından, menfi tespit davasının anlamı da çekte borçlunun açtığı davanın zamanaşımını kesmemesini gerektirir. Zira menfi tespit davası, gerçekte var olmayan bir borç ya da geçersiz bir hukuki ilişki nedeniyle kendisini hukuki anlamda tehdit eden veya kendisi aleyhine icra takibi yapan kişiye karşı herhangi bir borcunun bulunmadığını sağlamaya yönelik olarak açılan davadır¹¹². Menfi tespit davasında alacağın yokluğu iddia edilirken bu davanın açılmasının sonucu olarak alacağın istenebileceği sürenin uzatılacağını kabul etmek birbiriyle çelişir. Son olarak -konumuz özelinde- çekte alacaklının kendi aleyhine açılan davaya katılma zorunluluğu da yoktur. Şayet çekte borçlunun açtığı davanın zamanaşımını kestiği kabul edilirse davaya gelip hakkını dahi aramamış alacaklıyı zamanaşımının kesilmesinden yararlandırmak hakkaniyete de aykırı olacaktır. Bununla birlikte, kanaatimizce de alacaklının kendisine karşı açılan davada def'i ileri sürmesi durumunda bu savunma, zamanaşımını keser; ancak bu ihtimalde zamanaşımını kesen durum, borçlunun dava açması değil alacaklının kendi hareketidir. Bununla birlikte, borçlu tarafından açılan davaya karşı alacaklının sadece açılan davanın yersiz olduğundan reddini istemekle yetinmesi bir def'i dava sayılmamakta ve TBK m. 154/2 (EBK m. 133/2) uyarınca zamanaşımının kesilebilmesi için müstakil ve mukabil bir hakkın ileri sürülmesi suretiyle itiraz ve istekte bulunulması gerekli görülmektedir¹¹³. Öğretide de bu konuda ödemelik def'i¹¹⁴ (TBK m. 81), takas def'i¹¹⁵

¹¹¹ Tanıma ilişkin kaynakça için bkz. "Üç numaralı dipnotta" bulunan yazarlar.

¹¹² Canan Ruhi- Ahmet Cemal Ruhi, *İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 14. Menfi tespit davası, borçlunun takip talebine konu edilen veya edeceği düşünülen alacağın borçlusu olmadığını tespit ettirmek için açtığı davaya menfi tespit davası denir. Bkz. Murat Atalı- İbrahim Ermenek, *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 202.

¹¹³ Gözübüyük, "Türk Ticaret Kanununun 662. Maddesine Göre Borçlunun Alacaklı Aleyhine Açtığı Dava Zamanaşımını Keser mi?", s. 611-612. Alacaklının alacağına tekabül eden bir def'i ileri sürmesi gerektiği hususunda bkz. von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, s. 705. Def'i dava açısından alacaklının kendi alacağını öne sürerek borcunu ifadan kaçınması gerektiği hususunda bkz. Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1298.

¹¹⁴ Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 641.

(TBK m. 133), sebepsiz zenginleşme def'i¹¹⁶ ve hapis hakkına (TMK m. 950) yönelik def'i örnek olarak verilmiştir¹¹⁷.

ii. Takip Talebinde Bulunulması

TTK m. 750/1'de takip talebinde bulunulması, çekte zamaşaşımını kesen sebeplerden biri olarak sayılmıştır. Alacaklının, icra dairesine başvurarak alacağının cebri icra yoluyla tahsil edilmesini istemesine takip talebinde bulunmak denir¹¹⁸ (2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu¹¹⁹ -İİK- m. 58). Takip talebi icra dairesine yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda yapılır (İİK m. 58/2). Takip talebinin yetkisiz bir icra dairesine yapılmış olması halinde de zamaşaşımı kesilir¹²⁰. Başvurma hakkı sahibinin kambiyo senetlerine mahsus yolla icra takibine başvurması halinde çek borçlusunun yetki itirazının kabulüne karar veren icra mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren HMK m. 20/1 uyarınca, başvurma hakkı sahibinin iki hafta içinde takibin yetkili icra dairesine gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde takip açılmamış kabul edileceğinden, bu takibin zamaşaşımı süresini kesmesi mümkün olmayacaktır¹²¹.

Girişilen icra takibi, icra tetkik merciince iptal edilmedikçe geçerli kalır ve zamaşaşımını keser¹²². Takip talebinde bulunulması, zamaşaşımın kesilmesi için yeterlidir. Başvurma hakkı sahibinin bunun yanında ödeme emrinin tebliği talebinde bulunması zorunlu değildir¹²³. Bunun yanı sıra, zamaşaşımının kesilmesi

¹¹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1469; Erdem, *Zamaşaşımı*, s. 319-320.

¹¹⁶ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1298.

¹¹⁷ von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, s. 705.

¹¹⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 892; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 192; Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 227.

¹¹⁹ İcra ve İflas Kanunu, Kanun Numarası: 2004, Kabul Tarihi: 09.06.1932, RG 19.06.1932/2128.

¹²⁰ Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 228; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 893; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 387; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaşımı*, s. 191; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaşımı*, s. 110; ayrıntılı inceleme için bkz. İlhan Postacıoğlu- Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 153.

¹²¹ Sökmen, *Çekte Zamaşaşımı*, s. 155. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 16.3.2007 tarihli ve 2007/2186 2007/5037 sayılı kararı.

¹²² Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaşımı*, s. 130-131. İcra takibine itiraz sonucu takip usul yönünden iptal edilmişse, artık zamaşaşımının kesildiği iddia edilemez. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 02.07.2013 tarihli ve 2013/16097 2013/24819 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 1248.

¹²³ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1300; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamaşaşımı*, s. 130-131; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 699; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zama-*

açısından ödeme emrinin tebliğ edilmiş olması da gerekmez. Zira TTK m. 750'de açıkça takip talebinden bahsedilmiştir. Ayrıca sadece ihtiyati haciz kararı alınıp uygulanması zamanaşımını kesmez¹²⁴. Alınmış bir ihtiyati haciz karardan sonra, işlemin icrai hacze çevrilmesi istendiğinde, TTK m. 750'de istenen şart gerçekleşmiş olur ve zamanaşımı kesilir¹²⁵. Buna karşılık, merci nezdinde yapılan itiraz veya şikâyet başvurusu ile zamanaşımı kesilmez¹²⁶.

Kambiyo senetlerine mahsus yolla, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla, genel haciz yoluyla veya iflas yoluyla takibin yapılmış olmasının, TTK m. 750'de yer alan "takip talebinde bulunulması" kavramı açısından herhangi bir farkı bulunmamaktadır¹²⁷. Hangi takip yolu olursa olsun, takip talebinde bulunulması ile zamanaşımı kesilecektir. Alacaklı, takip talebinde bulunurken yapılmasını talep ettiği işlemin masrafını peşinen öder (İİK m. 59). Bu hükme aykırılık durumunda öğretide geçerli bir talebin olmadığı ifade edilmektedir¹²⁸. Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıkta¹²⁹ işlemin zamanaşımını kesmesi için sadece haciz talebinde

şımı, s. 130-131; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 156; Rizzi, *OFK*, Art. 1070 N. 3; Bernhard Stehle-Sebastian Reichle, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)*, in Peter Gauch - Hubert Stöckli (hrsg.), 10. Auf., Schulthess Verlag, Zürich, 2021, Art. 1070 N. 2. Aksi yönde Ömeroğlu, çekte zamanaşımı süresinin kesildiğini kabul edebilmek için alacaklının takip talebinde bulunması yanında aynı zamanda takibi borçluya yönelmek için ödeme emri tebliğini de talep etmesi veya çek borçlusunun adresi mevcut değilse adresin araştırılmasını talep etmesi gerekir. Bkz. Ömeroğlu, "Çekte Zamanaşımı", s. 40-41.

¹²⁴ Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 387.

¹²⁵ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 894.

¹²⁶ Erhan Günay, "Çekte Zamanaşımı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, C. 16, S. 175, s. 559. İcra takibine karşı yetki yönünden yapılan itiraz zamanaşımını kesmez. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 23.06.2009 tarihli ve 2009/13039 2009/13778 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1258. Borçlunun icra mahkemesine yaptığı şikâyet zamanaşımını kesmez. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.01.2007 tarihli ve 2007/23523 2007/1440 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1262.

¹²⁷ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 414; Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 227; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 894; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 242; Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, s. 143; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 111; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 156, 159; Günay, "Çekte Zamanaşımı", s. 559; Ömeroğlu, "Çekte Zamanaşımı", s. 39.

¹²⁸ Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. bs., Yazarın kendi yayını, İstanbul, 2004, s. 58; Postacıoğlu - Altay, *İcra Hukuku Esasları*, s. 94; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. 1, 6. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 155.

¹²⁹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 23.09.2013 tarihli ve 2013/20810 2013/29634 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023). Başka bir uyuşmazlıkta Yargıtay alacaklı vekilinin borçlu şirketin mallarının haczedilmesi talebi ve İİK m. 59 bağlamında gerekli masrafları ödemesi ile zamanaşımı kesilmiş olup, ayrıca icra memurluğunca ic-

bulunulmasını yeterli görmeyip İİK m. 59 uyarınca işlemin gerektirdiği masrafın da yatırılmış olması gerektiği yönünde karar vermiştir.

TTK m. 750'de takip talebi ile zamanaşımı süresinin kesileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, alacaklının takip talebinde bulunulması ile kesilmiş olan zamanaşımının takibe ilişkin her işlemle tekrar kesilip kesilmeyeceğine dair TTK'da düzenleme yoktur. Öğretide bu boşluğun TBK m. 157 (EBK m. 136) ile doldurulması gerektiği ifade edilmiştir¹³⁰. Hüküm uyarınca zamanaşımı, icra takibiyle kesilmişse, alacağın takibine ilişkin her işlemde sonra yeniden işlemeye başlar. Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta aynı yönde karar vermiştir¹³¹. Örneğin icra müdüründen hesap tablosunun düzeltilmesi istemi veya icra tutanağına geçirilen istemler zamanaşımını kesecektir¹³².

iii. Davanın İhbar Edilmesi

TTK m. 750 uyarınca çeke yönelik davanın ihbarı ile zamanaşımı kesilir. Görülmekte olan davanın taraflarından birinin üçüncü bir kişiye bu davanın açılmış (ve görülmekte) olduğunu haber vermesine, davanın ihbarı denir¹³³. Taraflardan biri davayı kaybettiği takdirde, üçüncü kişiye veya üçüncü kişinin kendisine rücu edeceğini düşünüyorsa, tahkikat sonuçlanıncaya kadar davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir (HMK m. 61/1). İhbar yazılı şekilde yapılır; ihbar sebebinin gerekçeleriyle birlikte açıklanması ve yargılamanın hangi aşamada bulunduğu-

ra takip işlemi yani haciz ve muhafaza işleminin yapılmasına gerek bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.03.2022 tarihli ve 2018/752 2022/384 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (15.04.2023).

Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 156.

¹³⁰ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, 1999, s. 415; Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, s. 144; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 157.

¹³¹ "Alacaklının yaptığı, takibin devamını sağlayıcı nitelikte her takip işlemi ile de zamanaşımı kesilir ve yeni bir süre işlemeye başlar". Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 29.04.2014 tarihli ve 2014/10165 2014/12594 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 01.11.2011 tarihli ve 2011/19483 2011/20937 tarihli kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1253.

¹³² Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 157.

¹³³ Kuru- Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 393; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 540. Benzer bir tanım için bkz. Pekcanitez- Atalay- Özekes, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, s. 127. Davanın ihbarı, davanın taraflarınca görülmekte olan davaya müdahalesini sağlamak için davanın üçüncü kişiye bildirilmesidir. Bkz. Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, s. 307; görülmekte olan bir davanın varlığından, hukuki durumu etkilenecek olan üçüncü bir kişinin, davanın taraflarından birisince, cereyan etmekte olan yargılamada yanında yer alıp kendisine hukuki yardım sağlaması ve destek vermesi için haberdar edilmesidir. Bkz. Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, s. 612.

nun belirtilmesi gerekir (HMK m. 62/1). Bu ihbar mahkeme vasıtasıyla yapılabilceği gibi, mahkeme dışında da yapılabilir¹³⁴. Geçerlilik açısından ikisi arasında hiçbir fark yoktur¹³⁵. Mahkeme dışında, yazılı olmak koşuluyla herhangi bir yöntem tercih edilebilir. Mahkeme aracılığıyla yapılacaksa, ihbar sebebinin gerekçelerini bildiren bir dilekçe ile mahkemeye başvurulması gerekir. Davanın ihbarıyla zamanaşımının kesilebilmesi için, ihbar olunanın davaya katılması zorunlu değildir. Bu husus kendisinin takdirine bırakılmıştır¹³⁶. Nitekim davanın ihbarı, tek taraflı usul işlemidir; karşı tarafın iznine veya mahkemenin onayına bağlı değildir¹³⁷. HMK m. 61 uyarınca dava kendisine ihbar edilen kişi de aynı koşullarda bir başkasına ihbarda bulunabilir. İhbarın bu şekilde tevali ve teselsülü olanaklıdır.

iv. Alacağın İflas Masasına Bildirilmesi

TTK m. 750/1 uyarınca alacağın iflas masasına bildirilmesiyle zamanaşımı kesilir. İflas masası, iflasın açılması ile müflisin haczedilebilen tüm mal, hak ve alacaklarının oluşturduğu topluluğu ifade eder. İflas masası iflasın açılması kararı verildiğinde kendiliğinden oluşan aktif ve pasifi ile müflisin haczedilebilen bütün malvarlığının oluşturduğu topluluktur¹³⁸. İflas dairesince defteri tutulan mallar bedelinin tasfiye masraflarını koruyamayacağı anlaşılırsa basit tasfiye usulü uygulanır. Bu takdirde iflas dairesi, alacaklıları yirmi günden az ve iki aydan çok olmamak üzere belirlenecek süre içinde alacaklarını ve iddialarını bildirmeye ilanla davet eder (İİK m. 218). Tasfiye adi şekilde yapılacak ise, iflas dairesi 208'inci maddeye göre vereceği karar tarihinden itibaren en geç on gün içerisinde keyfiyeti 166'ncı maddenin ikinci fıkrasındaki usulle ilan eder (İİK m. 219). İİK m. 218 ve 219'daki süreler içerisinde çekin yetkili hamili, alacağını masaya bildirerek kaydettirmelidir. Bu başvuru ile çekte zamanaşımı kesilir. Bununla birlikte, İİK m. 236 uyarınca vaktinde deftere kaydettirilmeyen alacaklar iflasın kapanmasına kadar kabul olunur. Ancak çek alacaklısı, bu sürelere uymamışsa İİK m. 236'da yer alan imkândan yararlanarak iflasın kapanmasını

¹³⁴ Kuru- Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 394; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 542; Pekcanitez- Atalay - Özekes, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, s. 128.

¹³⁵ Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 242; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 387.

¹³⁶ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 895; Kuru- Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 394.

¹³⁷ Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 542; Pekcanitez- Atalay- Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, s. 128; Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, s. 613.

¹³⁸ Atalı- Ermenek, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 318.

dan önce başvurarak alacağı kaydettirip zamanaşımı süresini kesebilir. Ayrıca tasfiyeden sonra fakat iflasın kapanmasından önce iflas dairesine başvurup aciz vesikası alınır da (İİK m. 253) zamanaşımı süresinin kesildiği kabul edilmektedir¹³⁹.

Alacağı iflas masasına kaydettiren alacaklı alacağı tahsil imkânına sahip değildir (İİK m. 193; 194). Nitekim TBK m. 157/3'te zamanaşımının, iflas masasına başvurma sebebiyle kesilmesi durumunda, iflasa ilişkin hükümlere göre alacağın yeniden istenmesi imkânının doğumundan itibaren yeniden işlemeye başlayacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple, alacaklının, alacağını iflas masasına kaydettirmesi ile zamanaşımı süresi kesilse de bu kesintiden sonra yeni bir üç yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması, alacağın iflas masasına kaydedilmesi tarihten itibaren olmayacaktır¹⁴⁰.

c. Zamanaşımı Süresinin Kesilmesinin Hükümleri

TTK m. 751/1 uyarınca zamanaşımını kesen işlem, kimin hakkında meydana gelmişse ancak ona karşı hüküm ifade eder¹⁴¹. Bu düzenlemenin gerekçesi, kambiyo senetlerindeki imzaların bağımsızlığı kuralıdır¹⁴². Zamanaşımı kesilince, süresi aynı olan yeni bir zamanaşımı işlemeye başlar (TTK m. 751/2). Kesilme anına kadar işleyen sürenin hukuken hiçbir anlamı yoktur¹⁴³. Kesilmeyle birlikte yeniden üç yıllık süre işlemeye başlar. İşlemeye başlayan bu üç yıllık yeni sürede, zamanaşımını kesen başkaca bir usuli işlem, özellikle kambiyo senetlerine müstenit takip kesinleşmiş olsa bile, üç yıl süresince (örneğin haciz, satış talebi

¹³⁹ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 420; Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 228; Uslu, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 208-209. İflas tasfiyesi sonunda alacağını tamamen alamayan alacaklılara, alamadıkları alacak miktarını göstermek üzere iflas idaresi tarafından verilen belgeye iflasta borç ödemedi aciz belgesi denir. Alacak müflis tarafından kabul edilmişse, borç ikrarı içeren belge olur. Alacaklı iflas kapandıktan sonra müflis borçluya karşı doğrudan takip yapamaz. Bunun için borçlunun yeni mal iktisap etmiş olması gerekir. Bkz. Atalı- Ermenek, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 346.

¹⁴⁰ Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 165.

¹⁴¹ Hakkında zamanaşımının kesilme sebebi olmayan kimsenin, diğer borçluların icra takibinin diğer borçlusunu Tamer hakkında yapılan zamanaşımını kesen işlemlerin şikayetçi borçlu yönünden hüküm ifade etmesi de mümkün olmadığı hususunda bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.09.2006 tarihli ve 2006/14577 2006/17407 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (17.04.2023).

¹⁴² Karayalçın, *Ticari Senetler*, s. 257.

¹⁴³ Bilgehan Çetiner- Andreas Furrer- Markus Muller Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 703.

gibi)¹⁴⁴ başkaca bir takip işlemi yapılmadığı takdirde, çeke dayalı talep hakkı yine zamanaşımına uğrar. Bu durumda borçlunun herhangi bir süreye tâbi olmayan şikâyeti üzerine icranın geri bırakılmasına karar verilecektir¹⁴⁵.

2. Zamanaşımı Süresinin Durması

Zamanaşımının durmasında zamanaşımı süresi işlemez. İşlemeye başlamışsa olduğu yerde kalır. Durma sebebini oluşturan olayın ortadan kalkmasıyla kaldığı yerden işlemeye başlar¹⁴⁶. Zamanaşımının durması hakkında, kambiyo senetlerine özgü özel bir düzenleme bulunmadığından, TBK m. 153 burada uygulanma alanı bulacaktır¹⁴⁷. Buna göre, velayet süresince, çocukların ana ve babalarından olan alacakları için; vesayet süresince, vesayet altında bulunanların vasiden veya vesayet işlemleri sebebiyle Devletten olan alacakları için; evlilik devam ettiği sürece, eşlerin diğerinden olan alacakları için; hizmet ilişkisi süresince, ev hizmetlilerinin onları çalıştıranlardan olan alacakları için; borçlu, alacak üzerinde intifa hakkına sahip olduğu sürece; alacağı, Türk mahkemelerinde ileri sürme imkânının bulunmadığı sürece; alacaklı ve borçlu sıfatının aynı kişide birleşmesinde, birleşmenin ileride geçmişe etkili olarak ortadan kalkması durumunda, bu durumun ortaya çıkmasına kadar geçecek sürece zamanaşımı süresi işlemez; işlemeye başlamışsa da durur (TBK m. 153). Zamanaşımını durduran nedenler TBK m. 153'te yer alan nedenlerle sınırlı değildir. Başka kanunlarda da zamanaşımını durduran sebeplere ilişkin hükümler getirilmiştir. Örneğin çekten kaynaklanan hakkın ifası için arabuluculuk görüşmeleri sırasında zamanaşımı duracaktır. Nitekim 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹⁴⁸ (HUAK) m. 16/2 uyarınca arabuluculuk sürecinin başından sona ermesine kadar geçirilen sürenin, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz. TTK m. 5/A¹⁴⁹ uyarınca TTK m. 4'te ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava

¹⁴⁴ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 28.11.2006 tarihli ve 2006/19396 2006/22332 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr>> (10.03.2023).

¹⁴⁵ Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 399.

¹⁴⁶ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1275; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, s. 1048; Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 229; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 635-636; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1463.

¹⁴⁷ Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 400; Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 360; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 166.

¹⁴⁸ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Kanun Numarası: 6325, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331.

¹⁴⁹ 06.12.2018 tarih ve 7155 sayılı Kanun'un m. 20 ile değiştirilmiştir. Bkz. RG 19.12.2018/30360.

açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olunması şarttır. Keza ihtiyati tedbir kararı satışı durdurmuşsa zamanaşımı da durur¹⁵⁰

TBK m. 153/2 uyarınca zamanaşımını durduran sebeplerin ortadan kalktığı günün bitiminde zamanaşımı işlemeye başlar veya durmadan önce başlamış olan süre işlemlerini sürdürür. Örneğin henüz iki yıllık zamanaşımı süresi geçmişken alacaklı ve borçlu evlenirse, zamanaşımı süresi duracaktır. Evlilik devam ettiği sürece de zamanaşımı süresi işlemez.

II. ÇEKİN ZAMANAŞIMINA UĞRAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Zamanaşımına ilişkin koşullar gerçekleştiğinde, borç sona ermediği için¹⁵¹, çek zamanaşımına uğradığında da çekte dayalı talep hakkı kendiliğinden sona ermez¹⁵². Hamil, kambiyo senedi alacağı zamanaşımına uğramış olsa bile, borçluya karşı takip yapabilir veya genel mahkemelerde alacak davası açabilir. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda¹⁵³ yerel mahkeme çekin zamanaşımına uğraması sebebiyle, kaybolması üzerine açılan çekin iptali davasını reddetmiştir. Yargıtay çekteki hak zamanaşımına uğramış olsa bile çekin iptali davasının açılabilirliğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Çekin zamanaşımına uğraması çekte dayalı borcu "eksik (tabii) borç" hâline gelir¹⁵⁴. Bu sebeple, çekten kaynaklanan alacak hakkına ilişkin zamanaşımı

¹⁵⁰ Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 360.

¹⁵¹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1264; Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, s. 1031; Erman, "Hukuk Davalarında Zamanaşımı", s. 502; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1451; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 349; Çetiner- Furrer - Muller Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 705; Karşlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, s. 435.

¹⁵² Kınacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 224; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 401; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 260; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 309; Susuz, *Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı*, s. 145.

¹⁵³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.04.2012 tarihli ve 2012/15365 2012/5746 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1251.

¹⁵⁴ Tekinay vd., *Borçlar Hukuku*, s. 1030; von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, s. 709; Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 607; Çetiner- Furrer - Muller Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 693; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 401; Kendigelen - Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 271; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 377. Zamanaşımı alacak hakkını sona erdirmez; sadece onu "eksik bir borç" hâline dönüştürür. Alacağın dava edilebilme özelliğini sona erdirir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.04.2019 tarihli ve 2017/2164 2019/393 sayılı kararı; Erdem, borcun zamanaşımına uğraması durumunda değil, borçlu tarafından usulüne uygun olarak zamanaşımı def'i ileri sürülmesi hâlinde eksik borç hâline dönüşeceğini ifade etmektedir. Bkz. Erdem, *Zamanaşımı*, s. 352.

süresi dolmasına rağmen, başvuru yapılması halinde ödeme yapılırsa, bunun geri istenmesi mümkün değildir. Keza çekle ödeme talep edildiğinde zamanaşımı def'i ileri sürülmeksizin borçlu öderse, bu ödeme bir bağış olmadığı gibi, sebepsiz zenginleşme de teşkil etmez. Dolayısıyla, borçlu yaptığı ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri isteyemez¹⁵⁵. Bununla birlikte, çek borçluları zamanaşımı def'ini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabileceklerdir¹⁵⁶. Zira zamanaşımının gerçekleşmesi hâlinde borçlu zamanaşımına dayanmak suretiyle hâlâ varlığını sürdüren borcunu ifadan kaçınma yetkisi kazanır¹⁵⁷. Bu savunma aracı bir def'i olduğundan hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz; ilgili kişinin süresinde bu def'iyi ileri sürmesi gerekir¹⁵⁸ (TBK m. 161). Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁵⁹ yerel mahkeme çeklerin zamanaşımına uğramış olması sebebiyle davanın reddine kendiliğinden karar vermiştir. Yargıtay çekin zamanaşımına uğramış olması durumunun mahkemece re'sen nazara alınamayacağından yazılı gerekçeyle davanın reddini doğru bulmamış ve kararı bozmuştur. Ayrıca çekin emre yazılı veya hamiline yazılı olması¹⁶⁰ hâlinde, bu durumun senet metninden anlaşılan def'i oluş-

¹⁵⁵ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1265; von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, s. 709-710; Çetiner- Furrer- Muller Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 706; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 377; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 309; Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 174.

¹⁵⁶ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, 1990, s. 853; Kinacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 225; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 401; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku* s. 260. Seçilen takip şekline göre zamanaşımı itirazının icra takip dosyasına yapılması zorunludur. Mahkemeye yapılması yerinde değildir. Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.04.2007 tarihli ve 2007/6921 2007/8228 sayılı kararı. Karar için bkz. Kaçak, *Bono- Poliçe- Çek*, s. 313; zamanaşımının geçmesine ilişkin savunmanın niteliğinin teknik anlamda def'i olduğu hususunda bkz. Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1264; von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, s. 711; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 629; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1451; Erdem, *Zamanaşımı*, s. 350; Çetiner- Furrer - Muller Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 705; Pekcanitez - Atalay - Özekes, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, s. 187.

¹⁵⁷ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1264; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1473.

¹⁵⁸ Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 401; Oğuzman- Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 629; Kuru- Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 178; Arslan vd., *Medeni Usul Hukuku*, s. 352; Pekcanitez- Atalay - Özekes, *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, s. 184; Tanrıver, *Usul Hukuku*, s. 699; Yargıtay yerel mahkemenin zamanaşımı niteliğindeki süreyi re'sen nazara alarak davayı bu nedenle reddini görmemiş, kararın bu nedenle davacı vekili yararına bozulmasına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.04.2006 tarihli ve 2006/3308 2006/4367 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (22.04.2023).

¹⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01.06.2015 tarihli ve 2015/2628 2015/7588 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023).

¹⁶⁰ Çekin nama yazılı olması hâlinde, bunun devri alacağın devri (TBK m. 183 ve devamı) hükümlerine tâbi olduğundan, TBK m. 188 uyarınca borçlu devri öğrendiği sırada devredene karşı

turması da (TTK m. 825; 659) usul hukuku bağlamında zamanaşımı def'inin ileri sürülmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Buna rağmen, usul hukuku açısından bu durumdan yararlanılabilmesi için her borçlunun bu durumu ayrıca ve açıkça¹⁶¹ ileri sürmesi gerekir.

Borçlu yargılama aşamasında (cevap veya ikinci cevap dilekçesinde) zamanaşımı savunmasında bulunabilir¹⁶² (HMK m. 141). Usulüne uygun zamanda ileri sürülen zamanaşımı def'inin koşulları da gerçekleşmişse hâkim ön inceleme duruşması tamamlandıktan sonra tahkikata başlamadan önce zamanaşımı def'i savunmasını inceleyerek davayı esastan reddeder (HMK m. 142). Şayet davalı hiç cevap dilekçesi vermemişse, sonradan o def'iyi ileri sürmesi savunmayı genişletme yasağına tâbidir. Başka bir deyişle, davalı sonradan ancak davacının açık muvafakati¹⁶³ veya ıslah yolu¹⁶⁴ ile zamanaşımı savunmasında bulunabilir¹⁶⁵ (HMK m. 141).

Borçlunun zamanaşımını ileri sürerek borcu ödemekten kaçınma imkânı kanunen kendisine tanınan bir haktır. Bu sebeple, her hak gibi bu hak da dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanılmalıdır (TMK m. 2). Bununla birlikte, borçlu bulunduğunu bildiği halde zamanaşımı savunmasını yapan borçlunun sadece bu davranışının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu söylenemez. Zira hukukun kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanmaktadır. Buna karşılık, borçlu davranışıyla alacaklıda bir dava açılmasının gereksiz olduğu kanısının uyanma-

sahip olduğu def'ileri devralana karşı ileri sürebilir. Bu sebeple, burada def'iler herkese karşı ileri sürülebilir. Bkz. Poroy- Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 80-81.

¹⁶¹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 10.05.2015 tarihli ve 2015/16933 2015/24681 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023).

¹⁶² Ayrıntılı inceleme için bkz. Kuru - Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 178-179.

¹⁶³ Yargıtay'a göre zamanaşımı def'i, cevap dilekçesinde ileri sürülmemiş veya süresi içinde cevap dilekçesi verilmemişse, ilerleyen safhalarda HMK m. 141/2 uyarınca davacının açık muvafakati ile yapılabilir. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 17.09.2014 tarihli ve 2014/21101 2014/27015 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023).

¹⁶⁴ Karanlı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, s. 678; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 646. Erdem, *Zamanaşımı*, s. 362-363; zamanaşımı savunmasının ıslah yoluyla ileri sürülebileceği hususunda bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 04.06.2011 tarihli ve 2010/9-629 2011/70 sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.02.2009 tarihli ve 2008/11118 2009/3369 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.11.2007 tarihli ve 2007/9191 2007/14402 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr>> (20.04.2023).

¹⁶⁵ Kuru - Aydın, *Medeni Usul Hukuku*, s. 178; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 14.01.2013 tarihli ve 2012/16251 2013/491 sayılı kararı. Karar için bkz. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023). Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 11.02.2014 tarihli ve 2014/756 2014/2724 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1247-1248.

sına yol açmış; onu kandırarak oyalamışsa hakkın kötüye kullanımı sayılmalıdır¹⁶⁶. Bu durumda def'i dikkate alınmamalıdır¹⁶⁷.

Zamanaşımı gerçekleştiikten sonra, borçlu, bu hususu def'i olarak dermeyandan feragat edebilir¹⁶⁸. Keza borçlu zamanaşımı def'ini kullanmaktan zımnen de vazgeçebilir. Örneğin zamanaşımının gerçekleştiğini bilen borçlunun borcunu tanınması veya borcu için (kefalet, rehin gibi) bir teminat vermesi halinde durum budur¹⁶⁹. Ayrıca alacaklıya karşı haiz olduğu zamanaşımı def'inde bulunmak imkânını, takip veya dava sırasında ve zamanında kullanmayan çek borçlusunun, sonradan böyle bir sebebe dayanarak menfi tespit davası açması mümkün değildir. Borçlunun, bu hakkını, yetkili merci önünde zamanında ve usulüne uygun şekilde kullanmamış olması, bundan vazgeçtiği anlamına gelir¹⁷⁰. Yargıtay da borçlunun bu def'iyi, yetkili mahkeme veya takip merciine zamanında ve usulüne uygun şekilde sunmamış olmasını, bundan vazgeçtiği şeklinde kabul etmektedir¹⁷¹.

Borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması hâlinde çek, kambiyo senedi vasfını kaybeder. Bununla birlikte, zamanaşımına uğrayan çek, HMK m. 202 kapsamında yazılı delil başlangıcı hükmündedir¹⁷². Delil başlangıcı, ihtilafa konu

¹⁶⁶ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 891; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 387; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1269; Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 649; Çetiner - Furrer - Muller Chen, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 706; zamanaşımı def'ini ileri sürme hakkı kötüye kullanılabilir. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 1474.

¹⁶⁷ Oğuzman - Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 649; Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1269.

¹⁶⁸ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1272; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 193.

¹⁶⁹ Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku*, s. 1272.

¹⁷⁰ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 193.

¹⁷¹ Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 17.03.2009 tarihli ve 2008/24059 2009/5604 sayılı kararı. Karar için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> (17.04.2023); bu hususta ayrıntılı inceleme için bkz. Sökmen, *Çekte Zamanaşımı*, s. 171 vd.

¹⁷² Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1362; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 2022*, s. 315; Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 274, 360; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 306-307; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 260; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 377; Coşkun, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, s. 749; Günay, "Çekte Zamanaşımı", s. 559; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 401; Kendigelen - Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 271; Kaçak, *Bono - Poliçe - Çek*, s. 161; Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 402; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13.03.2006 tarihli ve 2005/2686 2006/2568 sayılı kararı. Karar için bkz. <legal-bank.net> (16.04.2023). Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 11.02.2014 tarihli ve 2014/756 2014/2724 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1247-1248. Yargıtay 19. Hukuk

hukuki işlemin bütünüyle ispatına yeterli olmasa da bahse konu hukuki işlemi olası gösteren ve aleyhine ileri sürülen kişi veya temsilcisinin verildiği veya gönderdiği belgedir (HMK m. 202/2). Başka bir deyişle, zamanaşımına uğrayan bir çek, ileride taraflar arasında çıkan bir uyuşmazlıkta alacağın ispatı açısından tek başına yeterli olmayacak ve kambiyo senedinin bir adi yazılı senede dönüş-tüğü kabul edilemeyecektir¹⁷³. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle alacağını alamayan çek alacaklısı, sebepsiz zenginleşme veya temel ilişkiye dayalı açacağı davalarda, delil başlangıcı olarak bu çeki kullanacak ve ispat açısından yeterli olmaması durumunda tanık dinleterek iddiasını güçlendirecektir¹⁷⁴. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁷⁵ yerel mahkeme süresinde ibraz edilmeyen çekin, kambiyo vasfını yitirmiş olmakla adi belge niteliğinde olduğunu esas alarak karar vermiştir. Yargıtay ibraz edilmeyen çekin adi belge niteliğine dönüşmeyeceğini kararında açıkça belirtmiştir. Bunun yanı sıra, zamanaşımına uğramış çek üzerindeki ciro şerhi de yazılı delil başlangıcı niteliğindedir¹⁷⁶.

B. Özel Olarak Alacaklının Hakları Açısından

Çekten dolayı başvurma hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, alacaklı, asıl borç (temel) ilişkisine dayanarak alacak davası açabilir¹⁷⁷. Zira kambiyo senetlerinde düzenleyen veya ciro eden kişi, lehtara veya ciro edilene karşı kambiyo dışı bir ilişki nedeniyle borçlu bulunabilir¹⁷⁸. Bunlar kira, satış veya ödünç

Dairesinin 24.11.2010 tarihli ve 2010/11353 2010/13227 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1255. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01.03.1999 tarihli ve 1998/9597 1999/1673 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 04.10.2002 tarihli ve 2002/6387 2002/6373 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <<https://www.kazanci.com.tr>> (20.04.2023).

¹⁷³ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 878.

¹⁷⁴ Coşkun, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, s. 96; Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 274; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 375; çekin zamanaşımına uğraması sebebiyle, yazılı delil başlangıcı niteliğinde olduğu ve bu sebeple temel ilişkinin ispatı yönünden tanık dahil her türlü delile başvurulabileceği hususunda bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 24.11.2010 tarihli ve 2010/11353 2010/13227 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1255.

¹⁷⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.11.2011 tarihli ve 2011/19-686 2011/671 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (16.04.2023).

¹⁷⁶ Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*, s. 15.

¹⁷⁷ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, 1990, s. 853; Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 359; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 306; Günay, "Çekte Zamanaşımı", s. 560; Kaçak, *Bono - Poliçe - Çek*, s. 162; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 373-374; Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 402.

¹⁷⁸ Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 141.

sözleşmesi ve benzeri ilişkiler olabilir. Bu borç ilişkilerinin ifası açısından kambiyo senedi düzenlendiğinde ortada birbiriyle yarışan iki alacak hakkı bulunur. İlki temel ilişkiden; ikincisi kambiyo taahhüdünden doğar. Bu haklar birbirinden bağımsızdır¹⁷⁹. Nitekim temel borç ilişkisinin kurulmasından sonra veya bu ilişki kurulurken, kambiyo senedi düzenlenmiş olması, TBK m. 133/2 uyarınca yenileme sayılmaz. Bu sebeple, çekten kaynaklanan başvurma hakkının zamanaşımına uğraması halinde, bu temel ilişkiye dayanılarak talep ve dava hakkı kullanılabilir. Örneğin kira borcunun ödenmesi amacıyla verilen çekin süresinde ibraz edilmemesi veya karşılıksız olduğu tespit edilen çekin icra ve davaya konu edilmeyerek zamanaşımına uğraması kira alacağını ve kiracının temerrüdünü ortadan kaldırmaz. Bu sebeple, ciro edilen ve üçüncü kişinin elinde zamanaşımına uğrayan çekin hamili de çekin ciro edilmesine dayalı ve TBK m. 18¹⁸⁰ anlamında hukuki sebebe müsteniden ciro edenden talep ve dava hakkına sahiptir¹⁸¹. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁸² kambiyo senedindeki hakkın zamanaşımına uğramış olmasının borcu ortadan kaldırmayacağına, kambiyo senedi hamilinin iptal davası açabileceğine ve alacağı bir iptal kararı ile, düzenleyene başvurmasına engel bir kanuni düzenleme olmadığına kararında yer vermiştir. Bunun yanı sıra, alacaklı çek yerine temel ilişkiye dayanarak hakkını talep ediyorsa bu durumda temel ilişkiye yönelik zamanaşımı süresi uygulanacaktır¹⁸³. Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıkta¹⁸⁴ yerel mahkeme çekin zamanaşımına uğradığı savunması sebebiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay her ne kadar çek zamanaşımına uğramış olsa da olayda taraflar arasın-

¹⁷⁹ Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 144; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 137.

¹⁸⁰ Hüküm uyarınca borcun sebebini içermemiş olsa bile borç tanınması geçerlidir.

¹⁸¹ Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, s. 853.

¹⁸² Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.11.2005 tarihli ve 2004/13890 2005/11272 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (16.04.2023).

¹⁸³ Dava dilekçesinde hem temel ilişkiye dayanılmış hem de ETK m. 644'te düzenlenen sebepsiz zenginleşme hukuksal nedenine dayanılarak itirazın iptali isteminde bulunulmuştur. Buna karşılık, yargılama sırasında davalı vekili davasını ıslah etmiş ve ıslah dilekçesinde temel ilişkiye dayandığını, aradaki ilişkinin ödünç ilişkisi olduğunu belirterek davasını da alacak davasına dönüştürmeyi talep etmiştir. Bu halde mahkemece ıslah da gözetilerek davanın EBK m. 125'te öngörülen on yıllık zamanaşımına tabi olduğu düşünülmeyen ve ıslah dilekçesi ile değiştirilen dava niteliği dikkate alınmadan yazılı biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu sebeple, Yargıtay yerel mahkemenin kararının bozmuştur. Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 24.02.2023 tarihli ve 2007/4034 2007/7947 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (20.04.2023).

¹⁸⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 24.11.2010 tarihli ve 2010/11353 2010/13227 sayılı kararı. Karar için bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1255.

da temel ilişki bulunduğundan, dava zamaşımı süresinin on yıl olduğunu belirterek mahkemenin kararını bozmuştur.

Çek zamaşımına uğramışsa, TTK m. 732 uyarınca hamil, çeki düzenleyen aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açabilir. Bu davanın açılabilmesi için, çeki ciro yoluyla ele geçirmiş olan hamilin düzenleyen ile arasında hukuki ilişki olmasına gerek yoktur. TTK m. 732 bundan bağımsız bir davadır¹⁸⁵. Zira TTK m. 818/1-m, TTK m. 732'ye açıkça gönderme yapmıştır. TTK m. 732'ye dayanılarak çek hamilinin düzenleyene karşı açacağı sebepsiz zenginleşme davasında zamaşımı açısından TTK m. 814 uygulanmaz¹⁸⁶. Sebepsiz zenginleşme davasında zamaşımı süresi, çekin zamaşımına uğradığı tarihi takip eden tarihten itibaren bir yıldır¹⁸⁷ (TTK m. 732/4; 818/1-m). Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta¹⁸⁸ da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin dava açma süresinin çekin zamaşımı süresinin dolmasından itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Bu noktada özellikle sebepsiz zenginleşme davasının ayrı bir zamaşımı süresinin olduğuna ve bunun da çekte başvurma hakkı için öngörülen zamaşımı süresi dolduktan sonra işlemeye başladığına dikkat etmek gerekir. Bununla

¹⁸⁵ Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 289; Günay, "Çekte Zamaşımı", s. 560; Kaçak, *Bono - Poliçe - Çek*, s. 162; Hayri Bozgeyik, "Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 7, S. 1-2, s. 601-602; ayrıntılı inceleme için bkz. Mustafa Yasan, *Yeni Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri ile de Karşılaştırmalı Olarak Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 92 ve devamı.

¹⁸⁶ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku 1997*, s. 1362; Kendigelen, *Çek Hukuku*, s. 397.

¹⁸⁷ ETK döneminde sebepsiz zenginleşme davası açısından zamaşımı süresi kanunda açıkça düzenlenmemiştir. O dönemde Yargıtay kanundaki bu boşluğun bir yıllık zamaşımı süresiyle doldurulması yönünde kararlar vermiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.03.2013 tarihli ve 2012/1098 2013/400 sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin 14. Hukuk Dairesinin 02.06.2022 tarihli ve 2022/272 2022/718 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (20.04.2023).

¹⁸⁸ "Davacı, dava konusu çeki ciro yolu ile hamil olmuş ve takip ve davayı hem düzenleyen aleyhine hem de çeki kendisine ciro eden cianta aleyhine açmıştır. Hamil, zamaşımına uğramış çek nedeniyle düzenleyen aleyhine somut olayda uygulanması gereken ETK m. 644 uyarınca sebepsiz zenginleşme hükmü çerçevesinde talepte bulunabilir. Bu talep yönünden zamaşımı, çekte zamaşımı süresi olan 6 aylık süreye 1 (bir) yıllık sebepsiz zenginleşme zamaşımı süresinin eklenmesi sureti ile değerlendirilir." Bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 22.04.2013 tarihli ve 2013/1526 2013/7242 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 13.05.2010 tarihli ve 2009/6378 2010/6051 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 29.04.2013 tarihli ve 2012/10115 2013/8439 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.03.2013 tarihli ve 2012/1098 2013/400 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 20.05.2015 tarihli ve 2014/17427 2015/7469 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (16.04.2023).

birlikte, sebepsiz zenginleşme davasının açılabilceği hallerden bir diğeri başvurma hakkının düşmüş olmasıdır (TTK m. 732). Çekin ibraz edilmemesi sebebiyle, başvurma hakkı düşmüşse, bir yıllık süre ibraz süresinin bitiminden başlar¹⁸⁹. Çek hamilinin buradaki zararı, şayet çek zamanaşımına uğramasaydı çekten elde edeceği miktardır¹⁹⁰. Bu tutar düzenleyenin zenginleşmiş olduğu tutarı da aşamaz¹⁹¹. Buna karşılık, zamanaşımı süresi içinde başvurma borçlularına başvurmayan hamilin, çekten doğan alacak hakkı zamanaşımına uğrar ve hamil alacağını tahsil edemezse, TBK m. 77-82'deki sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden düzenleyene müracaat edemez. Çünkü hamilin malvarlığındaki azalma, haksız bir sebepten değil¹⁹², aksine, kanuna uygun bir sebepten kaynaklanmaktadır¹⁹³. Son olarak öğretide hamilin, TTK m. 818/1-n ve m. 733 hükümlerine dayanarak "çekin karşılığının hamile geçmesi" olanağından yararlanabileceği belirtilmiştir¹⁹⁴.

SONUÇ

TTK m. 814'te çekte hamilin ve çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakkı, belli bir zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Hükümün uygulanabilmesi için senedin çek niteliğini haiz olması gerekir. Hüküm TTK m. 810 kapsamındaki çekten kaynaklanan başvurma hakkına ilişkin kambiyo

¹⁸⁹ Eriş, *Kıymetli Evrak*, s. 1243.

¹⁹⁰ Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 289. Öğretide bir görüş ETK m. 722 uyarınca çekin ödenmemiş olan bedeli, ibraz gününden itibaren işleyen %10 faiz, protesto masrafları ve çek bedelinin binde üçünü aşmamak koşuluyla komisyon ücreti olarak zararın tutarını belirtmiştir (Bkz. Çağla Kandıralıoğlu, "Kambiyo Senedi Olma Niteliğini Kaybetmiş Olan Çeklerde Hamilin Sahip Olduğu Hukuki İmkanlardan Sebepsiz Zenginleşme", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2011, C. 3, S. 18, s. 45-46). Buna karşılık diğer görüşe göre, bu durumda hamil, sebepsiz zenginleşme davası yoluyla düzenleyenden çek bedelini ve temerrüt faizini isteyebilir; ancak karşılıksız çek durumunda kendisi tarafından talep edilebilmesi mümkün olan %10 tazminatı, komisyon ücretini, protestonun veya buna denk olan tespiti ve gönderilen ihbarnamelerin giderleri ile bu kapsamdaki diğer giderlerini, bu hususlarda düzenleyenin zenginleşmesi söz konusu olmadığından talep edemez. Bkz. Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 405; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 291-292.

¹⁹¹ Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 405; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, s. 291-292.

¹⁹² TBK m. 77'de kullanılan haklı bir sebep olmaksızın şeklindeki kurucu ve tanımlayıcı unsur TTK m. 732'deki sebepsiz zenginleşme davasında aranmaz. İnceleme için bkz. Poroy - Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, s. 288; Bozgeyik, "Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme", s. 594.

¹⁹³ Bozer - Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, s. 404; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, s. 376-377.

¹⁹⁴ Kaçak, *Bono - Poliçe - Çek*, s. 163; Günay, "Çekte Zamanaşımı", s. 560.

talepleri açısından geçerlidir. Muhatap bu ilişkiye dahil olmadığından TTK m. 814 muhatap hakkında uygulanmaz.

TTK m. 814/1 uyarınca hamilin, cirantalarla düzenleyene ve diğer çek borçlularına karşı sahip olduğu başvurma hakları, ibraz süresinin bitiminden itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Buna göre, hamilin başvurma borçlularına başvurma hakkına ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıcı, çekin muhataba yapacağı ibraza yönelik sürenin bitimine göre tespit edilir. Bu hususta çekin fiilen ibraz edildiği veya ödemededen kaçınma durumunun tespit edildiği tarih dikkate alınmaz.

TTK m. 814/2 uyarınca çek borçlularından birinin diğerine karşı sahip olduğu başvurma hakları, bu çek borçlusunun çeki ödediği veya çekin dava yolu ile kendisine karşı ileri sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ödeme kavramı geniş yorumlanmalı ve çek bedelinin nakden ödenmesinin yanı sıra, alacaklının tatmin edilmiş olduğu tüm hâlleri kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Çekin dava yoluyla kendisine karşı ileri sürülmesi ile kastedilen başvuru borçlusu lehine işleyen zamanaşımını kesen tüm adli işlemlerdir.

Çekte zamanaşımının kesilmesine yönelik özel bir düzenleme yoktur. Bu konuda poliçede zamanaşımının kesilmesine dair TTK m. 750 ve 751'e atıf yapılmıştır (TTK m. 818/1-p). Buna göre çekte zamanaşımı dava açılması, takip talebinde bulunulması, davanın ihbar edilmesi veya alacağın iflas masasına bildirilmesiyle kesilir (TTK m. 750/1). TTK m. 750 bağlamında çekte açılacak davanın zamanaşımını kesebilmesi için bunun "alacaklı" tarafından açılması gerekir. Zira TTK m. 750'de sayılan diğer zamanaşımının kesilme sebepleri de alacaklının fiillerine yöneliktir. Bunun yanı sıra, çekten kaynaklanan borcun aranılacak borç olma özelliği bağlamında sadece alacaklının açacağı davaları kapsamaması gerekir. Zamanaşımının durması hakkında, kambiyo senetlerine özgü özel bir düzenleme bulunmadığından, TBK m. 153 burada uygulanma alanı bulacaktır.

Çekten kaynaklanan başvurma hakkının zamanaşımına uğramasının hem çek borçluları hem de alacaklı açısından sonuçları vardır. Buna göre, zamanaşımına ilişkin koşullar gerçekleştiğinde, borç sona ermediği için çek zamanaşımına uğradığında da çekte dayalı talep hakkı kendiliğinden sona ermez. Bununla birlikte, çek borçluları zamanaşımı def'ini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Zira zamanaşımının gerçekleşmesi hâlinde borçlu zamanaşımına dayanmak suretiyle hâlâ varlığını sürdüren borcunu ifadan kaçınma yetkisi kazanır. Bu savunma aracı bir def'i olduğundan hâkim tarafından re'sen dikkate

alınmaz; ilgili kişinin süresinde bu def'iyi ileri sürmesi gerekir (TBK m. 161). Borçlunun zamanaşımı def'inde bulunması halinde çek, kambiyo senedi vasfını kaybeder. Bununla birlikte, zamanaşımına uğrayan çek, HMK m. 202 kapsamında yazılı delil başlangıcı hükmündedir. Zamanaşımı def'inin ileri sürülmesiyle alacağını alamayan çek alacaklısı, açacağı davalarda delil başlangıcı olarak bu çeki kullanacak ve ispat açısından yeterli olmaması durumunda tanık dinleterek iddiasını güçlendirecektir. Çekten dolayı başvurma hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, alacaklı, asıl borç (temel) ilişkisine dayanarak alacak davası veya TTK m. 732 uyarınca hamil, çeki düzenleyen aleyhine sebepsiz zenginleşme davası açabilir.

KAYNAKÇA

- AKSU ÖZKAN, Raziye, *Aval Kurumu*, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ANTALYA, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Marmara Hukuk Yorumu) C. V/1-2*, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARSLAN, Ramazan vd., *Medeni Usul Hukuku*, 7. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- ATALI, Murat- ERMENEK, İbrahim, *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- BAHTİYAR, Mehmet vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2022.
- BOZER, Ali- GÖLE, Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017.
- BOZGEYİK, Hayri, "Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 7, S. 1-2, ss. 589-628.
- BOZKURT, Tamer, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- COŞKUN, Mahmut, *Kıymetli Evrak Hukuku Bono-Poliçe-Çek*, 7. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- COŞKUN, Muzaffer, *Özel Hukukta Karşılıksız Çek ve Hamilin Hakları*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- ÇETİNER, Bilgehan- FURRER, Andreas- MULLER-CHEN, Markus, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- DOMANIÇ, Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1975.
- DOMANIÇ, Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi IV*, İstanbul, Eskin Matbaası, 1990. (Anılış: *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*).
- ERDEM, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ERİŞ, Gönen, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Poliçe- Bono- Çek - Makbuz Senedi - Varant*, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- ERMAN, Eyüp Sabri, "Hukuk Davalarında Zamanaşımı", *Adalet Dergisi*, 1974, S. 7, ss. 501-508.
- GÖZÜBÜYÜK, Ahmet Hıfzı, "Türk Ticaret Kanununun 662. Maddesine Göre Borçlunun Alacaklı Aleyhine Açtığı Dava Zamanaşımını Keser mi?", *Adalet Dergisi*, 1965, C. LVI, S. 5-6, ss. 606-612.
- GÜNAY, Erhan, "Çekte Zamanaşımı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, C. 16, S. 175, ss. 558-563.
- HELVACI, Mehmet - AKSU, Raziye, "Bonoda Yer Alan Tediye Tarihi ve Ödeme Tarihi Kavramlarının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22, S. 3, ss. 1275-1288.

- KAÇAK, Nazif, **Açıklamalı-İçtihatlı Tüm Yönleriyle Bono-Poliçe-Çek**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- KANDIRALIOĞLU, Çağla, "Kambiyo Senedi Olma Niteliğini Kaybetmiş Olan Çeklerde Hamilin Sahip Olduğu Hukuki İmkanlardan Sebepsiz Zenginleşme", **Fasikül Hukuk Dergisi**, 2011, C. 3, S. 18, ss. 41-47.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku, III. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)**, 4. bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.
- KARSLI, Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 5. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.
- KENDİGELEN, Abuzer, **Çek Hukuku**, 6. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- KENDİGELEN, Abuzer- KIRCA, İsmail, **Kıymetli Evrak Hukuku Genel Esaslar Kambiyo Senetleri**, 6. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- KINACIOĞLU, Naci, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 5. bs., Ankara, Nobel Yayıncılık, 1999.
- KUHN, Hans, **CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz Art. 772-1186 OR und BEG**, in Vito Roberto- Hans Rudolf Trüeb (hrsg.), 3. Auf., Schulthess Verlag, Zürich- Basel - Genf, 2016. (Anılış: CHK).
- KUNTALP, Erden, **3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, ss. 36-37.
- KURU, Baki, **3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, ss. 35.
- KURU, Baki- AYDIN, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 6. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- MUŞUL, Timuçin, **İcra ve İflâs Hukuku**, C. 1, 6. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- OĞUZMAN, Kemal- ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1**, 18. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.
- OKÇUOĞLU, Yavuz, "Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Dava Açmasıyla Zamanaşımı Kesilir mi?", **3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, ss. 1-22.
- ÖKTEMER Semih, **3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, ss. 28-30.
- ÖMEROĞLU, Onur, "Çekte Zamanaşımı ve Özellikle İcra İflas Takip Prosedürlerine Etkisi", **Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2008.
- ÖZMUMCU, Seda, "Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2012, C. 70, S. 2, ss. 183-206.

- ÖZTAN, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997. (Anılış: **Kıymetli Evrak Hukuku 1997**).
- ÖZTAN, Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 26. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022. (Anılış: **Kıymetli Evrak Hukuku 2022**).
- PEKCANITEZ, Hakan- ATALAY, Oğuz- ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler**, 15. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- POROY, Reha- TEKİNALP, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 24. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.
- POSTACIOĞLU, İlhan- ALTAY, Sümer, **İcra Hukuku Esasları**, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- PULAŞLI, Hasan, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, 9. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- REİSOĞLU, Seza, **Çek Hukuku**, Ankara, Yazarın Kendi Yayını, 2011.
- RİZZİ, Marco Athos, **OFK- Orell Füssli Kommentar: OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht**, in Jolanta Kren Kostkiewicz- Stephan Wolf- Marc Amstutz - Roland Fankhauser (hrsg.), 3. Auf., Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016. (Anılış: **OFK**).
- RUHİ, Canan- RUHİ, Ahmet Cemal, **İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- SÖKMEN, Reşit, **Çekte Zamanaşımı**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- SUSUZ, Kağan, **Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- STEHLE, Bernhard- REİCHLE, Sebastian, **Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2020)**, in Peter Gauch- Hubert Stöckli (hrsg.), 10. Auf., Zürich, Schulthess Verlag, 2021.
- ŞİMŞEK, Edip, **Hukukta ve Cezada Ticari Senetler**, Ankara, Yonca Matbaası, 1982.
- TANDOĞAN, Haluk, **3. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, ss. 26-28.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C. 1, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- TEOMAN, Ömer, “Çekte İbraz Sürelerinin Hesaplanmasında Keşide Gününün Önemi”, **Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku C. 1, Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.
- USLU, Kazım Menderes, **Yeni TTK Tasarısı Nazara Alınarak Kambiyo Senetlerinde Zamanaşımı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

- ÜLGEN, Hüseyin vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 14. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2021.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. bs., İstanbul, Yazarın Kendi Yayını, 2004.
- VON TUHR, Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. 1-2, çev: Cevat Edege*, 2. bs., Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.
- YASAN, Mustafa, *Yeni Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri ile de Karşılaştırmalı Olarak Kambiyo Senetlerinde Sebepsiz Zenginleşme*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- YILDIZ, Şükrü, "Poliçede Zamaşımı Sürelerinin Başlangıcı", *Makalelerim C. 1, Makale 12*¹⁹⁵, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, ss. 279-310.
- YILDIZ, Şükrü, "Kambiyo Senetlerinde Zamaşımı Süreleri", *Makalelerim C. 1, Makale 15*, 2. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, ss. 367-390.

Elektornik Kaynaklar

- <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.
- <https://www.kazanci.com.tr/>.
- legalbank.net.

¹⁹⁵ Bu eser, kitabın içindekiler kısmında 13. makale ve başlangıç sayfası 311 olarak gösterilmesine rağmen, kitapta 12. makale ve sayfa 279-310 arasında yer almıştır. Bu sebeple eser, içindekiler kısmına göre kaynakçada belirtilmemiştir.

AVALİSTİN HAMİLE KARŞI SAVUNMA İMKÂN LARI VE LEHİNE AVAL VERİLEN KİŞİNİN SAVUNMA İMKÂN LARINDAN YARARLANIP YARARLANAMAYACAĞI SORUNU^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Batuhan OYAL^(**)

Öz

Aval, teminat amacına yönelik olması nedeniyle özellikli bir kambiyo taahhüdüdür. Ödeme gücüne sahip bir kimsenin bir kambiyo borçlusu lehine aval vermesi, söz konusu kambiyo senedine tedavül gücü kazandırır ya da senedin tedavül gücünü pekiştirir. Kefaletten farklı olarak aval verenin sorumluluğu ikinci dereceden bir sorumluluk değildir. Bu nedenle hamil, senet bedelinin ödenmemesi durumunda asıl borçluya, (var ise) başka bir müracaat borçlusuna veya lehine aval verilene başvurmaksızın senet bedelinin ödenmesini doğrudan aval verenden (avalistten) talep edebilir. Bununla birlikte lehine aval verilenin senet bedelini ödememesi durumunda hamil avaliste başvurduğunda, aval verenin hamile karşı sahip olduğu savunma imkânlarının kapsamı konusunda Türk hukukunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Bu çalışmada avalistin, lehine aval verilen kambiyo borçlusunun hamile karşı sahip olduğu def'ileri ileri sürüp süremeyeceği incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Aval, Avalde Def'iler, Lehine Aval Verilen, Avalistin Savuma İmkânları.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.04.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 11.05.2023.

Atıf Şekli: Ahmet Batuhan Oyal, "Avalistin Hamile Karşı Savunma İmkânları ve Lehine Aval Verilen Kişinin Savunma İmkânlarından Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 671-699.

DOI: 10.52273/sduhfd..1285952.

^(**) Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: oyal@tau.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3055-5870>.

DEFENSES OF THE BILL GUARANTOR AGAINST THE HOLDER OF A NEGOTIABLE INSTRUMENT AND THE PROBLEM WHETHER THE GUARANTOR MAY CLAIM THE DEFENSES OF THE PERSON FOR WHOM THEY BECAME THE GUARANTOR AGAINST THE HOLDER

Abstract

Bill guarantee is a special type of bill liability that serves the purpose of securing the payment of the person for whom the guarantor becomes the guarantor of. The negotiability of the instrument is provided or strengthened furthermore if a guarantor, who has the financial means to pay the instrument in question, gives a bill guarantee in favor of the person for whom he has become the guarantor. However, there is no consensus in the doctrine in Turkish law about the scope of the defenses of the bill guarantor when the holder requests payment from him. In this study, it has been examined whether the bill guarantor can claim the defenses of the person for whom he became guarantor against the holder of the instrument.

Keywords

Bill Guarantee, Defenses In Regard to Bill Guarantee, Avalat, Defenses of the Bill Guarantor.

GİRİŞ

Kambiyo senetleri, ticarî hayatta oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Kambiyo senetlerinin en önemli özelliklerinden birisi de tedavül gücüne sahip kıymetli evrak olmalarıdır. Senet borçlusunun ödeme gücünden endişe duyulması, ödeme gücünden endişe duyulan senet borçlusunun taahhüdünün teminat altına alınması ihtiyacını doğurur. Ayrıca yeterli ödeme gücüne sahip bir kişinin, kambiyo borçlusunun taahhüdünü teminat altına alması senede olan güveni arttıracığından, senedin tedavül gücünü olumlu yönde etkiler.

Kambiyo hukukunda borçlunun taahhüdünün teminat altına alınması aval ile sağlanır. Hukukî niteliği itibariyle aval, bir kambiyo taahhüdüdür. Ancak avalin lehine aval verilen kambiyo borçlusunun taahhüdünü teminat altına alma amacı ve işlevi, avale özellikli bir kambiyo taahhüdü niteliği kazandırmaktadır. Avale ilişkin pek çok husus, Türk hukukunda doktrinde tartışmalıdır. Bu çalışmada öncelikle avalin hukukî niteliği üzerinde durulacak, avalistin sorumluluğunun niteliği ve kapsamı belirlenmeye çalışılacak ve bu çıkarımlar üzerinden avalistin hamile karşı hangi savunma imkânlarına sahip olduğu incelenecektir.

Çalışmamızın odak noktasında doktrinde oldukça tartışmalı olan avalistin lehine aval verdiği kambiyo borçlusunun def'ilerini hamile karşı ileri sürmesinin mümkün olup olmadığı sorusu yer almaktadır. Bu bağlamda öncelikle Türk hukukunda doktrindeki farklı görüşlere yer verilecek, daha sonra Türk Ticaret Kanunu'nun avale ilişkin düzenlemelerine paralel düzenlemelere sahip Alman ve İsviçre hukukundaki durumu incelenecektir. Bu kapsamda farklı hukuk sistemlerindeki görüşler de dikkate alınarak avalistin lehine aval verdiği kambiyo borçlusunun def'ilerini ileri sürüp süremeyeceği, bu def'ileri ileri sürebileceği kabul edilirse, hangi def'ilerin ileri sürülmesinin mümkün olduğu ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. AVALİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. Avalin Tanımı

Tarihsel gelişim süreci incelediğinde avalin kanunî bir tanımına, mülgâ 865 sayılı Ticaret Kanunu'nda, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ya da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer verilmediği görülmektedir. Anılan her üç kanunda da poliçe bedelinin ödenmesinin, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir.

Türk hukukunda doktrinde aval farklı şekillerde tanımlanmaktadır¹. Bununla birlikte bu tanımlarda genel olarak Kanun'daki ifadeden hareketle avalin kambiyo senedinden doğan borcun ödenmesini temin etme amacına vurgu yapılmaktadır². Türk hukukundaki doktrindeki baskın görüşe göre aval, kambiyo hukukuna özgü bir tür teminat olarak tanımlanmaktadır³.

Yargı kararlarında da avalin tanımına Kanun'da yer verilmediği belirtilerek, avalin kambiyo senedinden doğan borcun teminat altına alınması amacına hizmet ettiği vurgulanmaktadır⁴.

¹ Türk hukukunda doktrinde avalin farklı şekillerdeki tanımlarına ilişkin açıklamalar için bkz. Ertan Demirkapı, *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, Güncel Yayınevi, İzmir 2005, s. 8-11.

² Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 26. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 161; Abuzer Kendigelen - İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 6. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 230; Mehmet Bahtiyar, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 109; Ali Bozer - Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2021, s. 175; Mehmet Helvacı - Raziye Aksu Özkan, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2019, C. 25, S. 2, s. 874; Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s. 116; Fahiman Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1994, s. 136; Naci Kinacıoğlu, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. Bası, Gazi Büro Kitapevi, Ankara 1993, s. 252; Mustafa İsmail Kaya - Burçak Tatlı, *Ticaret Hukuku - II (Kıymetli Evrak Hukuku)*, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 73; İrem Toros, *Teori ve Uygulamada Aval*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 18; Firdevs Arslan, "Kambiyo Senetlerinde Aval", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, C. 6, S. 1, s. 95; Esra Civelek Acar, "Kambiyo Senetlerinde Aval", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2021, C. 18, S. 2, s. 1302; Jale Güral, "Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1951, C. 8, S. 3, s. 437.

³ Hüseyin Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 14. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 192; Kendigelen - Kırca, 2022, s. 230; Reha Poroy - Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 220; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 205; Bozer - Göle, 2021, s. 176; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri II - Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1964, s. 166; Ekrem Edgü, *Ticaret Hukuku III - Kıymetli Evrak*, Sevinç Matbaası, Ankara 1969, s. 120; Oğuz İmregün, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2007, s. 79; Şaban Kayıhan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 139; Turgut Sengir, *Aval Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1967, s. 4; Ergun Tuna - Diğdem Göç Gürbüz, *Ticaret Hukuku Prensipleri - Kıymetli Evrak*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 135-136.

⁴ "[...] Aval 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 700 ila 702'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda avalin tanımı yapılmamış; sadece aval ile poliçedeki bedelin ödenmesinin teminat altına alındığı belirtilmiştir (TTK m. 700). Aval senedin ödeneceğine dair güvence verilme sureti ile kambiyo senetlerine tedavül kolaylığı sağlamaktır [...] Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan kefalet ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olan aval, bir borç

B. Avalin Hukukî Niteliği

Aval, sadece kambiyo senetlerine özgü bir teminattır. Aval, Türk Ticaret Kanunu'nun 700. ilâ 702. maddelerinde poliçenin altında düzenlenmiştir. Poliçede avale ilişkin bu hükümler, Türk Ticaret Kanunu'nun 778. maddesinin 3. fıkrası uyarınca bonolar hakkında da uygulanır. Çek bakımındansa aval, Türk Ticaret Kanunu'nun 794. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir, ancak Kanun'un 818. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendi uyarınca avalin şekil ve hükümleri hakkındaki Kanun'un 701. ve 702. maddelerinin çek hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür.

Aval, bir kambiyo taahhüdüdür⁵. Bununla birlikte doktrinde, avalin bir sözleşme mi, yoksa tek taraflı bir taahhüt mü olduğu konusunda bir görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, avalin doğumu ve geçerliliği lehine aval verilen kişinin kabulüne bağlı olmadığından, aval bir sözleşme değil, kambiyo senedi üzerinde yapılan tek taraflı bir taahhüt işlemidir⁶. Bu görüş savunan yazarlara göre avalistin, aval beyanını kambiyo senedine yazarak imzalamasıyla aval geçerli şekil-

ilişkisinde alacaklının alacağını tam olarak alabilmesi noktasında kişisel birer teminattır [...]” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.05.2017 tarihli ve 1135/1012 sayılı kararı (Lexpera)). Aynı yönde bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi'nin 14.07.2021 tarihli ve 913/1313 sayılı kararı (Lexpera); Konya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 07.03.2019 tarihli ve 385/230 sayılı kararı (Lexpera).

⁵ Ülgen vd., 2021, s. 191; Demirkapı, 2005, s. 125; Pulaşlı, 2020, s. 206; Fatih Bilgili - Ertan Demirkapı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Dora Yayınları, Bursa, 2019, s. 103; Kinacıoğlu, 1993, s. 252; Toros, 2019, s. 20; Poroy - Tekinalp, 2019, s. 220; Edgü, 1969, s. 120; Arslan, s. 117; N. Ayşe Boztosun, “Avalde Def'iler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2007, C. 2, S. 11, s. 54; Kübra Yıldız, “Kambiyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 2, S. 2, s. 486.

⁶ Poroy - Tekinalp, 2019, s. 220; Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2019, s. 104; Helvacı - Aksu Özkan, s. 887; Raziye Aksu Özkan, *Aval Kurumu*, 2. Bası, Seçkin Yayınları, İstanbul 2019, s. 81; Bozer - Göle, 2021, s. 178; Kayıhan, 2019, s. 140; Tekil, 1994, s. 136; Toros, 2019, s. 23; Arslan, s. 106; Yıldız, s. 490; Ayşegül Sezgin Huysal, “TBK Madde 603'ün Avale Uygulanabilirliği”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 4, S. 2, s. 184; Atilla Altop, “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine TBK m. 603 Hükümü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 15, S. 1-2, s. 293. *Güral* ise avalin, kambiyo senedinin avalist tarafından imzalanmak suretiyle tek taraflı irade beyanıyla meydana geldiğini belirtmekle birlikte, kefalet sözleşmesiyle yapılan karşılaştırma kapsamında avalist ile lehine aval verilen kişi arasında sıkı bir ilişki olduğunu ve avalin daha ziyade “borçlu ile aval veren arasındaki bir anlaşmadan meydana” geldiğini ifade etmiştir (Güral, s. 443). *Kuntalp* ise “aval sözleşmesinin” kanunda bir tip sözleşme olarak düzenlenmediğini ve fakat şekil ve sonuçlarının Kanun'da açıkça hükme bağlandığını ifade etmiştir (Erden Kuntalp, “Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, *Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, s. 289).

de doğar. Aval beyanı yazılıp avalist tarafından imzalandıktan sonra senedin geri verilmesinin hukukî bir işlem değil, maddî bir fiil olduğu ileri sürülmüştür⁷.

Doktrindeki katıldığımız diğer görüşe göreyse avalin geçerli şekilde verilmesi, avalistin tek taraflı bir beyanıyla değil, lehtar (ya da hamil) tarafından kabul edilmesiyle sonuç doğuran bir irade beyanıyla gerçekleşir⁸. Avalin bir kambiyo taahhüdü olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Dolayısıyla bir kambiyo taahhüdü niteliğinde olan avalin hukukî niteliği belirlenirken de kambiyo taahhüdünün doğumuna ilişkin teoriler doğrultusunda bir değerlendirme yapılması gerekir. Katıldığımız doktrindeki baskın görüşe göre, kambiyo taahhüdünün doğumu bakımından görünüşe güven ilkesiyle birleştirilmiş sözleşme teorisi kabul edilmektedir⁹. Görünüşe güven ilkesiyle birleştirilmiş sözleşme teorisi uyarınca kambiyo taahhüdünü içeren senedin düzenlendikten sonra düzenleyen tarafından bir anlaşma gereğince lehtara teslim edilmiş olması gerekir. Kural bu olmakla birlikte düzenleyen sonuçlarını bildiği hâlde bir kambiyo senedi tanzim etmişse ve bu senet rızası hilafına elinden çıkmışsa, iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisap işlemlerine neden olan bir “görünüş” yarattığı için söz konusu senetten sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla görünüşe güven ilkesiyle birleştirilmiş sözleşme teorisi bakımından avalistin kambiyo senedi üzerinde aval beyanını yazarak imzalaması, kambiyo taahhüdünün doğumu ve geçerliliği için tek başına yeterli değildir. Her kambiyo taahhüdünde olduğu gibi avalde de avalist ile aval veren arasında bir temel ilişki vardır¹⁰. Zira hiç kimse bir sebep yokken, kambiyo taahhüdünde bulunmaz.

Avalin tek taraflı bir taahhüt işlemi olduğunu ileri süren görüşü benimseyen bazı yazarlar, aval bir sözleşme olarak görülürse kabul beyanının, lehine aval verilen kişi tarafından mı, yoksa senedi elinde bulunduran lehtar/hamil tarafından mı verilmesi gerektiğinin sorunlara yol açabileceğini ifade etmiştir¹¹. Avalin amacı, lehine aval verilen kişinin kambiyo taahhüdünden doğan borcu ödeme yükümlülüğünün doğmasına rağmen ödememesi durumunda, kambiyo taahhüdünden doğan bu borcun avalist tarafından ödeneceğine ilişkin lehtar lehine şahsî bir teminat

⁷ Aksu Özkan, 2019, s. 85.

⁸ Öztan, 2019, s. 164-165; Demirkapı, 2005, s. 125; Pulaşlı, 2020, s. 205; Sengir, 1967, s. 9; Civelek Acar, “Kambiyo Senetlerinde Aval”, s. 1303.

⁹ Kambiyo taahhüdünün doğumuna ilişkin farklı teoriler için bkz. Öztan, 2019, s. 22 vd.; Ülgen vd., 2021, s. 95 vd.

¹⁰ Ülgen vd., 2021, s. 94.

¹¹ Aksu Özkan, 2019, s. 82.

verilerek, senedin tahsil kabiliyetine olan güvenin arttırılması ve tedavül gücünün yükseltilmesidir. Aval, lehtara (veya hamile) karşı verilen bir kambiyo taahhüdü olduğundan, avalist tarafından aval beyanı yazılan ve imzalanan senedin lehtara (veya hamile) verilmesi ve lehtarın (veya hamilin) senedi alması (zımnî) kabul beyanı olarak değerlendirilmelidir¹². Karşıt görüşe göre, lehtardan poliçeyi ciro ile devralan ciranta hamilin de teorik olarak düzenleyen lehine aval vermesinin mümkündür¹³. Böyle bir durumda hem avalist hem de senedi elinde bulunduran hamil olarak kabul beyanında bulunması gereken kişi aynı kişi olur. Avalin bir sözleşme olduğu kabul edilirse, sözleşmenin taraflarının aynı kişi olması mümkün olmadığından, savunduğumuz görüşün reddi gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu görüş, avalistin bir müracaat borçlusu olduğunu dikkate almamaktadır. Hamil müracaat borçlularından birisinin lehine aval vermişse, senedi elinde bulundurduğu süreçte avalist olarak kendisine başvurması mümkün değildir. Hemen yukarıda da belirttiğimiz üzere görünüşe güven ilkesiyle birleştirilmiş sözleşme teorisi uyarınca aval beyanının kambiyo senedine yazılması, avale ilişkin kambiyo taahhüdünün geçerliliği için tek başına yeterli değildir. Dolayısıyla senedi elinde bulunduran hamil, müracaat borçlularından birisi lehine kambiyo senedi üzerine aval beyanında bulunsa da, avale ilişkin bu kambiyo taahhüdü senedin devredilmesi durumunda hüküm ve sonuç doğurur. Zira aval beyanında bulunan hamilin senedi devretmesi ve senedi devralan yeni hamilin de üzerinde aval beyanı bulunan kambiyo senedini devralmasıyla “verme anlaşması” (*Begebungsvertrag*) meydana gelir.

II. AVALİSTİN SORUMLULUĞU VE SAVUNMA İMKÂN LARI

A. Avalistin Sorumluluğunun Niteliği ve Kapsamı

Aval bir kambiyo taahhüdü olduğundan, kambiyo senedinin üzerine yazılması gerekmektedir. Avalistin sorumluluğu, söz konusu kambiyo senedinden doğar¹⁴ ve bunun zorunlu bir sonucu olarak avalistin sorumluluğu, kapsamı itibarıyla kambiyo hukukuna göre şekillenir. Türk Ticaret Kanunu’nun 702. maddesinin 1. fıkrasında aval verenin, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle avalist ve lehine aval verilen kişinin sorumluluğunun şartlarının ve derecesinin aynı olduğu açıklığa kavuşturulmuştur.

¹² Demirkapı, 2005, s. 108-109.

¹³ Bu hususta bkz. Aksu Özkan, 2019, s. 82 vd.

¹⁴ Öztan, 2019, s. 162; Poroy- Tekinalp, 2019, s. 223; Tekil, 1994, s. 137; Demirkapı, 2005, s. 154; Aksu Özkan, 2019, s. 129; Arslan, s. 119; Toros, 2019, s. 153.

Poliçe ve bonoda hamilin senet bedelinin ödenmesini talep edebilmesi için senet bedeliyle sorumlu olan borçlulara başvurma sırasına göre “asil borçlu” ve “müracaat borçlusunu” ayrımı yapılmaktadır¹⁵. Bir görüşe göre poliçede kabul eden muhatap ve bonoda düzenleyen lehine aval veren avalistler, söz konusu senet bakımından asıl borçludur¹⁶. Bu görüşün dayanağı, Türk Ticaret Kanunu’nun 702. maddesinin 1. fıkrasıdır. Zira anılan hüküm uyarınca aval veren, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur. Dolayısıyla asıl borçlu lehine aval verilmesi durumunda avalist de aynen asıl borçlu gibi sorumlu olacağından, avalist de asıl borçlu olarak kabul edilmelidir.

Doktrindeki karşıt görüşe göre, lehine aval verdiği kişi asıl borçlu olsa bile avalist, her halükârda bir müracaat borçlusudur¹⁷. Bu görüşe göre avalistin asıl borçlu mu, yoksa müracaat borçlusunu mu olduğu değerlendirilirken, sadece Türk Ticaret Kanunu’nun 702. maddesinin 1. fıkrasından hareketle bir sonuca varılması doğru olmaz. Asıl borçlu belirlenirken poliçenin veya bononun ibrazı, senet bedelinin ödenmesi ve müracaat hakkının kullanılmasına ilişkin hükümler de göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması zorunludur. Asıl borçlu senet bedelini tevdi ederse veya hamile öderse, kambiyo senedinden doğan borç tevdi edildiği veya ödendiği oranda kambiyo ilişkisi diğer borçlular bakımından sona erer¹⁸. Bedeli tamamen tevdi edilen veya ödenen poliçe veya bono, kambiyo senedi olma vasfını kaybeder¹⁹. Bununla birlikte asıl borçlu lehine aval veren avalist ödeme yaparsa, Türk Ticaret Kanunu’nun 702. maddesinin 3. fıkrası uyarınca poliçeden dolayı lehine taahhüt altına girmiş olduğu kişiye ve ona, poliçe gereğince sorumlu olan kişilere karşı poliçeden doğan haklarını iktisap eder. Kanun’un 709. maddesinin 2. fıkrası uyarınca muhatap, asıl borçlu tarafından yapılan kısmî ödemeyi reddedemez. Ancak müracaat borçlularından

¹⁵ Çekte teknik anlamda asıl borçlu olmadığından, tüm borçlular müracaat borçlusudur (Öztaş, 2019, s. 260).

¹⁶ Hayri Bozgeyik, *Poliçede Müracaat Hakkı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 34-35; Can, 2019, s. 108; Toros, 2019, s. 155; Erol Ertekin - İzzet Karataş, *Uygulamada Ticarî Senetler*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 487. *Kendigelen - Kırcı*, bonoda düzenleyen lehine aval veren kişinin sorumluluk şartları bakımından asıl borçluyla birlikte anılacağını, ancak düzenleyen lehine aval veren avalistin borcu ödemesi durumunda düzenleyene başvuru imkânı gözetilerek avalistin “nihai borçlu” konumunda olmadığı ifade edilmiştir (Kendigelen - Kırcı, 2022, s. 253).

¹⁷ Demirkapı, 2005, s. 154-156; Aksu Özkan, 2019, s. 132; Ülgen vd., 2021, s. 185; Arslan, s. 121.

¹⁸ Ülgen vd., 2021, s. 217; Kendigelen- Kırcı, 2022, s. 251; Poroy- Tekinalp, 2019, s. 231; İmregün, 2007, s. 83.

¹⁹ Öztaş, 2019, s. 133; Ülgen vd., 2021, s. 217.

birisi kısmî ödeme yapmak isterse, hamilin bu ödemeyi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır²⁰. Dolayısıyla muhatap lehine aval verenin de asıl borçlu olduğu kabul edilirse, hamilin muhatabın avalisti tarafından yapılan kısmî ödemeyi reddetmesi durumunda başvurma hakkını kısmî ödeme oranında yitireceğinin kabulü Kanun'un 709. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olur²¹. Bunun yanı sıra muhatap veya bonoda düzenleyen lehine aval verilmiş olsa bile avaliste başvurmadan önce hamilin ibrazı asıl borçlu olan muhataba veya bononun düzenleyenine yapması gerekmektedir²². Bütün bu düzenlemeler bir arada değerlendirildiğinde, poliçede muhatap ve bonoda düzenleyen lehine aval veren avalistin hukukî konumu asıl borçludan çok ciranta ve diğer avalistler gibi müracaat borçlularına yaklaşmaktadır.

Avalistin sorumluluğu ikinci dereceden bir sorumluluk (*subsidiär*) değildir²³. Türk Ticaret Kanunu'nun 724. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bir poliçeyi düzenleyen, kabul eden, ciro eden veya o poliçeye aval veren kişiler hamile karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludur.

Senet bedelinin tamamı için aval verilebileceği gibi sadece bir kısmı için de aval verilmesi mümkündür. Zira Türk Ticaret Kanunu'nun 700. maddesinin 1. fıkrasında poliçe bedelinin ödenmesinin avale tamamen veya kısmen teminat altına alınmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Avalist, poliçe bedelinin sadece bir kısmı için sorumlu olmak istiyorsa, aval beyanında bunu açıkça be-

²⁰ Öztan, 2019, s. 135; Aksu Özkan, 2019, s. 133. Doktrindeki bir görüşe göre, asıl borçlu lehine aval veren tarafından yapılacak kısmî ödeme talepleri de Türk Ticaret Kanunu'nun 709. maddesinin 2. fıkrası kapsamında değerlendirilir (Kendigelen- Kırca, 2022, s. 251; Domaniç, 1960, s. 156; Ülgen vd., 2021, s. 222).

²¹ Aksu Özkan, 2019, s. 133.

²² Ülgen vd., 2021, s. 185; Demirkapı, 2005, s. 155; Ömer Teoman, "Bonoda Ödeme İçin İbrazın Keşideci Yerine Avaliste Yapılmasının Sonucu ve Sakat Bir Protestoya Dayanılarak Tahsil Edilen Masrafların Geri Verilmesi -Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler-", [YasaHD 1979, C. II, S. 8, s. 1155-1159], *Tüm Makalelerim (1971-2001), Cilt I-II*, İstanbul, 2012, s. 427. Poliçe bakımından bkz. Öztan, 2019, s. 132.

²³ Öztan, 2019, s. 162; Ülgen vd., 2021, s. 193; Kendigelen - Kırca, 2022, s. 231; Demirkapı, 2005, s. 136; Tuna - Göç Gürbüz, 2018, s. 136; Can, 2019, s. 105; Tekil, 1994, s. 136; Toros, 2019, s. 29. *Aksu Özkan*, kefalet sözleşmesiyle yaptığı karşılaştırma kapsamında kefalet sözleşmesinde talilik ilkesinin, dar anlamda ve geniş anlamda talilik olmak üzere ikiye ayrıldığını, dar anlamda talilik ilkesiyle kefilin öncelikle esas borçlunun takip edilmesini istemeye yönelik bir def'i hakkının kastedildiğini, aval bakımındansa dar anlamda talilik ilkesinin geçerli olmadığını, hamilin başvurma hakkı doğduktan sonra poliçe bedelinin ödenmesi bakımından asıl borçlu ve müracaat borçlularının sorumluluğunun müteselsil olduğunu ifade etmiştir (Aksu Özkan, 2019, s. 96-97).

lirtmelidir²⁴. Avalist kısmî aval vermemişse veya kısmî aval verdiği senetten anlaşılıyorsa, senet bedelinin tamamını teminat altına almış sayılır. Avalistin sorumluluğunun miktar bakımından kapsamı, Türk Ticaret Kanunu'nun 725., 726. ve 810. maddelerine göre belirlenir. Eğer başvurma hakkını poliçe veya bonoyu (TTK m. 778/I-(d)) elinde bulunduran hamil kullanmışsa, Kanun'un 725. maddesi uyarınca senet bedelini ve şart kılınmışsa işlemiş faizi, vade tarihinden itibaren işleyen faizi, protestonun ve hamil tarafından tebliğ olunan ihbarların giderleri ile diğer giderleri ve senet bedelinin binde üçünü aşmamak üzere komisyon ücretini avalistten talep edebilir. Söz konusu kambiyo senedi bir çek ise, çeki elinde bulunduran hamilin başvurma hakkının kapsamı Türk Ticaret Kanunu'nun 810. maddesinde düzenlenmiştir.

Senet bedelinin avalistin lehine aval verdiği borçludan sonra gelen bir borçlu tarafından ödenmesi durumundaysa, avalistin sorumluluğunun miktar bakımından kapsamı, Türk Ticaret Kanunu'nun 726. maddesine göre belirlenir. Çek bakımından ise Kanun'un 818. maddesinin 1. fıkrasının (I) bendinde, Kanun'un 726. maddesine atıf yapılmıştır. Kısmî aval verilmişse, hamilin veya ödeyen kişinin başvuru hakkının kapsamı kısmî aval ile teminat altına alınan senet bedeli oranına göre belirlenir²⁵.

B. Avalistin Savunma İmkânları

1. Genel Olarak

Kıymetli evrakta taraflar arasındaki menfaat dengesinin korunabilmesi için Türk Ticaret Kanunu'nun 659., 687 ve 825. maddelerinde def'ilere ilişkin bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Kıymet evrak bakımından def'i kavramı, kambiyo borçlusunun itirazlar dahil tüm savunmalarını kapsayan geniş bir kavram olarak kullanılmaktadır²⁶. Günümüzde ticarî hayatta en çok kullanılan kıymetli evrakın başında kambiyo

²⁴ Demirkapı, 2005, s. 158; Poroy- Tekinalp, 2019, s. 223; Bozer- Göle, 2021, s. 176; Aksu Özkan, 2019, s. 70; Domaniç, 1960, s. 123; Karayalçın, 1964, s. 167; Toros, 2019, s. 114; Civelek Acar, "Kambiyo Senetlerinde Aval", s. 1323; Arslan, s. 105.

²⁵ Aksu Özkan, 2019, s. 115.

²⁶ Öztan, 2019, s. 45; Ülgen vd., s. 66; Poroy - Tekinalp, 2019, s. 101; Kendigelen - Kırca, 2022, s. 88; Ersin Çamoğlu, "Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 2019, C. 35, S. 3, s. 6; Boztosun, "Avalde Def'iler", s. 56; Can, 2019, s. 21; Pulaşlı, 2020, s. 71; Toros, 2019, s. 131; İmregün, 2007, s. 20-21; İbrahim Arslan, "Kambiyo Senetlerinde Geçersizlik Def'ileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 16, S. 1, s. 13; Umud Akdeniz, "Kambiyo Senetlerinde Defiler", *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2007, s. 18; Özgür Doğan, *Kambiyo*

senetleri, özellikle de bono ve çek gelmektedir. Kambiyo senetleri, tarihsel süreç içerisinde ekonomik ihtiyaçlar ve amaçlar doğrultusunda doğmuş ve gelişmiştir. Ticarî hayatta kambiyo senetlerini bu denli önemli kılan özelliklerden belki de en önemlisi, bu senetlerin tedavül gücünün yüksek olmasıdır²⁷. Bir savunma imkânı olarak def'ilere ilişkin düzenlemeler, kambiyo senetleri bakımından bir taraftan kambiyo borçlularına altından kalkmaları mümkün olmayan bir sorumluluğun yüklenmesini engellerken, diğer taraftan kambiyo senetlerini bu denli önemli kılan tedavül gücünün ve bu senetlere olan güvenin zedelenmemesi için kambiyo borçlusu ve alacaklısı arasındaki menfaat çatışmasını dengelemeyi amaçlamaktadır²⁸.

Türk Ticaret Kanunu'nun 825. maddesinde emre yazılı senetlerde def'iler bakımından genel olarak üçlü bir ayırım yapılmıştır. Def'iler; senet metninde anlaşılan def'iler, senedin geçersizliğine ilişkin def'iler ve borçlunun alacaklı her kim ise ona karşı kişisel olarak (şahsen) sahip olduğu def'iler olarak üçe ayrılmıştır. Kambiyo senetlerinde ileri sürülebilecek def'ilerin detaylı olarak incelenmesi ve sınıflandırılması çalışmamızın kapsamını aştığından, çalışmamızda Kanun'un yaptığı ayırımdan hareketle avalistin ileri sürebileceği (ve süremeyeceği) def'iler inceleyeceğiz.

2. Avalistin İleri Sürebileceği Def'iler

Hamil, senet bedelinin ödenmesi için lehine aval verilecek kişiye başvurma hakkını elde ettikten sonra ödeme için avaliste de başvurabilir. Avalist de diğer senet borçluları gibi hamile karşı sahip olduğu def'ileri ileri sürebilir. Bu açıdan avalistin, diğer senet borçlularından bir farkı bulunmamaktadır. Doktrinde avalistin ileri sürebileceği def'iler, "avalistin taahhüdünün lehine aval verilenin taahhüdüyle arasındaki bağın rol oynamadığı def'iler" ve "avalistin taahhüdünün lehine aval verilenin taahhüdüyle arasındaki bağın rol oynadığı def'iler" olarak iki ana başlık altında incelenmektedir²⁹.

Senetlerinde Geçersizlik Defileri, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 39; Merve Önal, "Bonda Senet Metninden Anlaşılan Defiler", *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mersin 2020, s. 22. Helvacı, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda def'i kavramının özensiz bir şekilde ve teknik anlamda def'i ve itiraz arasındaki ayırımı dikkate almadan kullanıldığını, bu kullanımın teknik anlamda itiraz olan bazı hâlleri def'i seviyesine indirmedeğini, sadece gerek def'i gerekse itirazların def'i denilmek suretiyle ortak bir başlık altında düzenlendiğini ifade etmiştir (Mehmet Helvacı, "Kambiyo Senetlerinde Defiler", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. I, İstanbul 2007, s. 654).

²⁷ Helvacı, Kambiyo Senetlerinde Def'iler, s. 648.

²⁸ Demirkapı, 2005, s. 176; Helvacı, Kambiyo Senetlerinde Def'iler, s. 649-650.

²⁹ Bu hususta bkz. Boztosun, "Avalde Def'iler", s. 58 vd.; Aksu Özkan, 2019, s. 149 vd.

a. Senet Metninden Anlaşılan Def'iler

Senet metninden anlaşılan def'iler³⁰, senedin şekli unsurlarındaki eksiklikler veya senet üzerine konulan kayıtlar gibi hususlardan kaynaklandığından avalist tarafından tüm hamillere karşı ileri sürülebilir. Zira alacaklı hamil senedi görerek aldığı için, senet metninden anlaşılan def'ileri de senedi alırken inceleyerek görebilir. Senet metninden anlaşılan def'inin kendisine karşı ileri sürüleceğini düşünüyorsa, senedi almayı reddedebilir. Bu nedenle senet metninden anlaşılması mümkün olan def'iler bakımından hamilin korunması gerekmemektedir³¹.

Senet metninden anlaşılan def'iler, şekil şartlarına aykırılığa, ciro zincirindeki kopukluğa, senede konması gereken bir kaydın bulunmamasına veya senette bulunmaması gereken bir kaydın konmuş olmasına, Kanun'da veya senede konan kayıtlarda öngörülen sürelerle uyulmamasına ve zamanaşımına ilişkin def'ilerdir³². Özellikle kısmî aval verilmişse, aval ile teminat altına alınmış olan senet bedelini aşan miktar bakımından avalist senetteki kısmî aval kaydını hamile karşı ileri sürebilir.

b. Senetteki Taahhüdün Geçersizliğine İlişkin Def'iler

Senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler ile, senette borçlu görünen kişinin hukuken kabul gören herhangi bir nedenden ötürü senetteki imzasının (beyanının) kendisini bağlamadığını ileri sürme imkânı kastedilmektedir³³. Senet metninden anlaşılan def'ilerden farklı olarak senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'ilerin hamil tarafından senedin incelenmesiyle tespit edilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle senetten anlaşılmayan, ancak senetteki belirli bir taahhüdün geçerliliğini etkileyen bir durumun varlığı söz konusudur³⁴.

³⁰ *Kendigelen- Kırcı*, senet metninden anlaşılan def'iler ifadesindeki "metin" sözcüğünün özellikle kambiyo senedinin ön yüzündeki düzenleyenin iradesi beyanını ortaya koyan cümleyi çağrıştırırsa da kastedilenin senedin ön ve arka yüzü ile varsa alonju da kapsayacak şekilde "senetten anlaşılan def'iler" olduğunu, nitekim İsviçre ve Alman hukuklarında da bu tür def'ilerin "senetten anlaşılan def'iler" olarak ifade edildiğini belirtmişlerdir (*Kendigelen- Kırcı*, 2022, s. 94).

³¹ Öztan, 2019, s. 46; *Kendigelen- Kırcı*, 2022, s. 95; Demirkapı, 2005, s. 184; Numan Sabit Sönmez, *Kambiyo Senetlerinde Şahsî Defiler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 34.

³² Bu hususta bkz. Mehmet Helvacı, "Kambiyo Senetlerinde Defiler", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1985, s. 17; Akdeniz, "Kambiyo Senetlerinde Def'iler", s. 40 vd.; Önal, s. 90 vd.

³³ Boztosun, "Avalde Def'iler", s. 60; Aksu Özkan, 2019, s. 153; Can, 2019, s. 28.

³⁴ Öztan, 2019, s. 46; Ülgen vd., 2021, s. 73; Domanıç, s. 67; İmregün, 2007, s. 22; Tuna- Göç Gürbüz, s. 141.

Avalist de diğer senet borçluları gibi senet üzerinde şeklen geçerli bir imzası (ve beyanı) olmasına rağmen bazı şartların varlığı hâlinde avalin hükümsüzlüğünü ileri sürebilir.

Senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin def'iler başlığı altında ehliyetsizlik, yetkisiz temsil veya temsil yetkisinin aşılması ya da senette avaliste ait görünen imzanın sahteliği veyahut senette tahrifat yapılması gibi hususlar değerlendirilmektedir³⁵. Bunun yanı sıra doktrinde düzenleyenin kambiyo taahhüdünde bulunurken iradesinin sakatlanmış olduğu durumlarda, bunun bir hükümsüzlük def'i olarak ileri sürüp süremeyeceği tartışmalıdır³⁶. Avalist de bir kambiyo borçlusu olduğundan, avalistin de irade sakatlığını bir hükümsüzlük def'i olarak ileri sürüp süremeyeceği konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, irade sakatlığına rağmen avalistin kambiyo taahhüdünün geçerli sayılıp sayılmayacağına ilişkin somut olayın özelliklerine bakılarak karar verilmesi gerekir³⁷. Bu görüşe göre avalistin iradesi bir başkası tarafından sakatlanmışsa, avalistin irade sakatlığını bir hükümsüzlük def'i olarak ileri sürmesi mümkündür. Öte yandan avalist, iradesinin sakatlanması bakımından bilinçli bir şekilde hareket etmişse veya ihmali davranışları nedeniyle iradesi sakatlanmışsa, avalistin irade sakatlığını bir hükümsüzlük def'i olarak ileri sürmesinin mümkün olmaması gerekir.

Doktrindeki bir diğer görüşe göreyse, avalistin kambiyo taahhüdünde bulunurken mevcut olan iradesini bozan sebeplerle, kambiyo ilişkisine esas teşkil eden temel ilişkiye yönelik iradesini sakatlayan sebepler şeklinde ikili bir ayırım yapılmalıdır³⁸. Bu görüşe göre avalistin temel ilişkiye yönelik iradesini sakatlayan sebeplerin, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olmayan def'iler olarak değerlendirilmesi gerekir. Avalistin kambiyo taahhüdüne yönelik iradesini sakatlayan sebepler bakımından ise somut olayın özelliklerine göre hareket edilmelidir. Anılan ilk görüşe paralel olarak, bu görüşe göre de avalistin iradesinin üçüncü bir işi tarafından sakatlandığı ve irade sakatlığının avalist tarafından gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesi nedeniyle fark edile-

³⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Helvacı, Tez, s. 35 vd.; Akdeniz, "Kambiyo Senetlerinde Def'iler", s. 75 vd.; Doğan, 2020, s. 69 vd.

³⁶ Bu tartışmanın tüm kapsamıyla ele alınması çalışmamızın kapsamını aştığından sadece bu tartışmaya dikkat çekilmekle yetinilmiştir. Söz konusu tartışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, 2020, s. 139 vd.

³⁷ Boztosun, "Avalde Def'iler", s. 60.

³⁸ Aksu Özkan, 2019, s. 154-155.

mediği durumlarda söz konusu irade sakatlığının bir hükümsüzlük def'i olarak herkese karşı ileri sürülmesinin mümkün değildir.

Doktrindeki bir başka görüş ise irade sakatlığı hâllerinden hata, hile ve tehdit arasında bir ayırım yapmaktadır³⁹. Bu görüşe göre avalistin hata nedeniyle iradesinin sakatlanması sonucu aval taahhüdünde bulunduğu durumlarda, bunu iyiniyetli üçüncü kişi hamile karşı ileri sürmesi mümkün değildir. Bu görüş, hata ve hileye ilişkin Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemelere atıfta bulunarak hatadan farklı olarak hile sonucunda oluşan görüntüden avalistin sorumlu kılınmaması gerektiğini ve avalistin hile nedeniyle kambiyo taahhüdünde bulunduğu durumlarda bunu tüm hamillere karşı ileri sürebileceğini kabul etmektedir. Tehdit altında aval taahhüdünde bulunan avalistin de oluşan görüntüden sorumlu olmadığı ve bu nedenle avalistin tehdit altında aval taahhüdünde bulunduğunu tüm hamillere karşı ileri sürebileceği ifade edilmiştir.

Kanaatimizce avalistin irade sakatlığı bakımından önem arz eden iradesi, aval taahhüdüne ilişkin kambiyo sözleşmesine yönelik iradesidir. Kambiyo taahhüdüne yönelik iradesi sakatlanmış olan avalistin, bunu bir hükümsüzlük def'i olarak tüm hamillere karşı ileri sürüp süremeyeceği değerlendirilirken doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere somut olayın özelliklerinin irdelenmesi gerekir. Avalist, aval taahhüdünde bulunurken gerekli özeni göstermediği için iradesi sakatlanmışsa veya irade sakatlığını fark etmemişse, söz konusu irade sakatlığının bir hükümsüzlük def'i olarak herkese karşı ileri sürülmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. İradesinin sakatlanması bakımından avalistin herhangi bir kusuru yoksa veya gerekli özeni göstermesine rağmen iradesi üçüncü bir kişi tarafından sakatlanmışsa, avalist taahhüdünün geçersizliğini iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın tüm hamillere karşı ileri sürebilmelidir.

c. Avalistin Şahsî Def'ileri

Şahsî def'iler, senetteki taahhüdün objektif geçerliliğini etkilemeksizin kambiyo borçlusunun belirli bir alacaklı ile arasındaki hukukî ilişkiden kaynaklı olarak sadece bu kişiye karşı doğrudan doğruya ileri sürebileceği def'ilerdir⁴⁰. Söz konusu def'iler kambiyo taahhüdünde bulunulmasına neden olan temel ilişkiden, temel ilişki dışındaki herhangi hukukî bir ilişkiden veya kambiyo ilişkisiyle ilgili özel bir anlaşmadan doğabilir.

³⁹ Demirkapı, 2005, s. 183-184.

⁴⁰ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Sönmez, 2019, s. 49 vd.

Doktrinde avalistin hamile karşı sahip olduğu şahsî def'ilerle düzenleyen ve önceki hamillere karşı sahip olduğu şahsî def'iler arasında bir ayırım yapılmaktadır. Avalist, hamille arasındaki temel ilişkiden, temel ilişki dışındaki herhangi bir hukukî ilişkiden veya kambiyo ilişkisiyle ilgili özel bir anlaşmadan doğan) şahsî def'ilerini hamile karşı ileri sürebilir⁴¹. Avalistin, düzenleyene veya önceki hamillere karşı sahip olduğu şahsî def'ileri ise kambiyo senetlerindeki soyutluk ilkesi doğrultusunda ödeme talep eden hamile karşı ileri sürmesi kural olarak mümkün değildir (TTK m. 687/l, m. 778/l-a, m. 818/l-e). Ancak istisnaî olarak hamil kambiyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmişse⁴², kambiyo borçlusu düzenleyene veya önceki hamile karşı sahip olduğu şahsî def'ilerini hamile karşı de ileri sürebilir.

3. Avalistin Lehine Aval Verdiği Kambiyo Borçlusunun Savunmalarından Yararlanması

a. Avalistin ve Lehine Aval Verilenin Sorumlulukları Arasındaki Bağ

Kambiyo senetlerinde imzaların bağımsızlığı ilkesi geçerlidir⁴³. Bu husus, Türk Ticaret Kanunu'nun "Geçerli olmayan imzaların bulunması" kenar başlıklı 677. maddesinin 1. fıkrasında bir poliçenin, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kişilerin imzasını, sahte imzaları, hayali kişilerin imzalarını ve imzalayan ya da adlarına imzalanmış olan kişileri herhangi bir sebeple bağlamayan imzaları içerse bile diğer imzaların geçerliliğinin bundan etkilenmeyeceği öngörülmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu hüküm, Kanun'un 778. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi uyarınca bono bakımından, Kanun'un 818. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca çek bakımından da uygulanır. Dolayısıyla kambiyo senetlerinde taahhütte bulunan kambiyo borçlusunun taahhüdünün geçerliliği, diğer borçluların taahhütlerinin geçerliliğinden bağımsızdır. Senet metninden anlaşılan def'iler dışında kambiyo senedinde imzası bulunan borçlular, bu kuralın bir sonucu olarak bir diğer borçlunun def'ini hamile karşı ileri süremez.

⁴¹ Avalistin hamile karşı sahip olabileceği farklı şahsî türlerine örnekler ve açıklamalar için bkz. Aksu Özkan, 2019, s. 157 vd. Ayrıca bkz. Boztosun, "Avalde Def'iler", s. 61.

⁴² "Bile bile borçlunun zararına hareket etme" kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Adıgüzel, "Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket", *Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Y. 2018, C. 4, S. 2, s. 130 vd.

⁴³ Ülgen vd., 2021, s. 167 vd.; Kendigelen- Kırca, 2022, s. 129; Öztan, 2019, s. 68; Fırat Öztan, "Ticari Senetlerde İmzaların İstiklali Prensibi", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y. 1979, C. 10, S. 2, s. 391; Ersin Çamoğlu, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 26; Poroy- Tekinalp, 2019, s. 178; Bozer- Göle, 2021, s. 65; Can, 2019, s. 69.

Aval teminat işlevi olan özel bir kambiyo taahhüdü olduğu için, bu teminat işlevi avalist ile aval veren arasında sıkı olmasa da bir bağ kurmaktadır⁴⁴. Bu bağ doktrinde genel olarak, aval sorumluluğunun “şeklî anlamda ferî, maddî anlamda bağımsız bir sorumluluk” niteliğinde olduğu ifade edilmek suretiyle dile getirilmektedir⁴⁵. “Şeklî anlamda fer’îlik” ile kastedilen, avalin kurucu unsurlarından birisinin lehine aval verilen kişinin söz konusu kambiyo senedinde borçlu olması gerektiğidir. Başka bir ifadeyle lehine aval verilen kişinin söz konusu senette şeklen de olsa geçerli bir kambiyo taahhüdü yoksa, avalistin de sorumluluğu doğmaz. Zira aval sadece kambiyo senedinde borçlu olan bir kişi lehine verilebilir⁴⁶. Öte yandan aval bir kambiyo taahhüdü olduğundan, avalistin senet bedelinden sorumluluğu lehine aval verdiği borçlunun senet bedelinden sorumluluğundan bağımsızdır⁴⁷ (“maddî anlamda bağımsız sorumluluk”).

⁴⁴ Demirkapı, 2005, s. 188; Aksu Özkan, 2019, s. 89; Boztosun, “Avalde Def’iler”, s. 55. Ayrıca bkz. Sengir, 1967, s. 36 vd.

⁴⁵ Demirkapı, 2005, s. 116 vd.; Öztan, 2019, s. 162; Kendigelen- Kırca, 2022, s. 231; Toros, 2019, s. 20. Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur. Örneğin “[...] TTK.nun 614/1.maddesinde ise aval veren kimsenin, kimin için taahhüt altına girmişse tıpkı onun gibi mesul olacağı belirtildikten sonra, aynı maddenin ikinci fıkrasında “Aval veren kimsenin temin ettiği borç, şekle ait noksandan başka bir sebepten dolayı batıl olsa dahi aval verenin taahhüdü muteberdir.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre aval şekil bakımından asıl borca bağlı olmakla birlikte, TTK.nun 689.maddesi anlamında müstakil bir kambiyo taahhüdü niteliğinde olup, [...]” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 28.03.2011 tarihli ve 24420/4756 sayılı kararı (Lexpera)). Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 02.07.2008 tarihli ve 475/462 sayılı kararı (Lexpera). *Domanıç* ise avalin ferî bir borç olduğunu, kambiyo senedinden doğan “asil bir borç” olmadıkça, aval vermenin de söz konusu olamayacağını, aval taahhüdünün bağımsızlığının hamili koruyarak senedin tedavül gücünün arttırılması için kanunî bir kaideden ileri geldiğini ifade etmektedir (Domanıç, s. 117).

⁴⁶ Öztan, 2019, s. 164; Demirkapı, 2005, s. 42; Aksu Özkan, 2019, s. 64; Pulaşlı, 2020, s. 210; Civelek Acar, “Kambiyo Senetlerinde Aval”, s. 1318; Tekil, 1994, s. 137; Toros, 2019, s. 110. “[...] TTK’nun 702/1. maddesi hükmüne göre; aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmiş ise aynen onun gibi sorumlu olur. Ayrıca, bonoda lehine aval verilen kimse, mutlaka bono borçlusunu olmalıdır. Bonoda sorumlu olarak görülmeyen bir kimse için verilen aval geçersizdir [...]” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 18.06.2020 tarihli ve 8295/4999 sayılı kararı (Lexpera)). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 18.09.2017 tarihli ve 19115/10822 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi’nin 24.09.2018 tarihli ve 8410/8537 sayılı kararı (Lexpera).

⁴⁷ Öztan, 2019, s. 166; Ülgen vd., 2021, s. 193; Demirkapı, 2005, s. 116 vd.; Kendigelen- Kırca, 2022, s. 231; Poroy- Tekinalp, 2019, s. 223; Can, 2019, s. 105; Tuna- Göç Gürbüz, 2018, s. 136; Kınacıoğlu, 1993, s. 252; Civelek Acar, “Kambiyo Senetlerinde Aval”, s. 1304; Toros, 2019, s. 20-21.

b. Avalistin Lehine Aval Verdiği Kişinin Def'ilerini Hamile Karşı İleri Sürüp Süremeyeceğine İlişkin Doktrindeki Görüşler

i. Türk Hukukundaki Görüşler

Avalist ile lehine aval veren arasındaki hemen yukarıda anılan bağ dolayısıyla avalistin, lehine aval verdiği kişinin savunma imkânlarından ne derece yararlanabileceği konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Doktrindeki baskın görüşe göre avalistin taahhüdü lehine aval verilen kambiyo borçlusunun taahhüdünden bağımsız olduğundan, avalistin hamile karşı lehine aval verdiği kişinin def'ilerini ileri sürmesi mümkün değildir⁴⁸. Bu görüşe göre, avalistin lehine aval verdiği kişinin def'ilerini ileri sürememesi Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemenin ve imzaların bağımsızlığı ilkesinin bir sonucudur.

Doktrindeki bir başka görüşe göre, avalistin lehine aval verdiği kambiyo borçlusunun def'ilerini hamile karşı ileri sürüp süremeyeceği değerlendirilirken, aval kurumunun teminat işlevi göz önünde bulundurulmalı ve lehine aval verilen borçlunun sahip olduğu şahsî def'iler avalistin de hamile karşı ileri sürebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁹. Bu görüşe göre avalistin, lehine aval verdiği kambiyo borçlusunun sahip olduğu şahsî def'iler hamile karşı ileri sürebileceği kabul edildiğinde senedin tedavül gücünün olumsuz etkilenmesi söz konusu olmakla birlikte, aksi görüşün kabulü durumunda avalistin ileri sürebileceği def'iler bakımından diğer kambiyo borçlularıyla arasındaki farkın ortadan tamamen kalması, avalin bir borcun teminatı teşkil etme özelliğiyle uyuşmamaktadır. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin 2. fıkrasında da emre yazılı senetlerde def'i sistemini düzenleyen Kanun'un 825. maddesinde de avalistin lehine aval verdiği kişinin şahsî def'ilerini ileri süremeyeceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmediği ifade edilmektedir⁵⁰.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, avalistin kural olarak lehine aval verdiği kişinin sahip olduğu mutlak def'ileri ileri sürmesi mümkün değildir⁵¹. Ancak bu

⁴⁸ Ülgen vd., 2021, s. 196; Kendigelen- Kırca, 2022, s. 237; Can, 2019, s. 106; Poroy- Tekinalp, 2019, s. 224; Edgü, s. 120; Tekil, 1994, s. 136-137; İmregün, 2007, s. 79; Karayalçın, 1964, s. 169.

⁴⁹ Boztosun, "Avalde Def'iler", s. 66; Aksu Özkan, 2019, s. 167. *Domaniç* de avalin niteliği itibarıyla maddî anlamda da lehine aval verilen kişinin taahhüdüne bağlı olduğu görüşünde olduğundan, avalistin lehine aval verdiği kambiyo borçlusunun şahsî def'ilerini alacaklıya karşı ileri sürebileceğini kabul etmektedir (Domaniç, 1960, s. 129).

⁵⁰ Boztosun, "Avalde Def'iler", s. 65.

⁵¹ Öztan, 2019, s. 168; Pulaşlı, 2020, s. 212; Demirkapı, 2005, s. 193 vd.

kuralın ilk istisnası Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemedir. Avalist, lehine aval verdiği kişinin taahhüdünün şekle bağlı bir sebepten ötürü batıl olduğunu ileri sürebilir, zira şekle ilişkin eksiklik senet metninin incelemesiyle görülebilecek ve tespit edilebilecek niteliktedir. Bu görüşe göre, avalistin lehine aval verdiği kişinin def'ilerini ileri sürebilmesi bakımından getirilen istisnanın gerekçesi, eksikliğin senet metninden anlaşılabilir olması olduğundan aynı sonuca varmayı gerektiren örneğin hamilin aval verilene mehil tanınması ve bunun senet üzerine yazılması gibi başka durumlar söz konusu olursa, avalistin bunları da hamile karşı ileri sürebilmesi gerekir. Bu görüş, bazı durumlarda lehine aval verilenin ileri sürmesi mümkün olan def'ileri avalistin ileri sürememesinin işin mahiyetine uygun olmadığı ve mantığa ters düştüğünü, örneğin lehine aval verilenin senet bedelini ödemesi veya hamile karşı takas hakkını kullanması gibi durumlarda, bu hususların avalist tarafından da hamile karşı ileri sürülebileceğinin kabulünün zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

ii. Alman ve İsviçre Hukukundaki Durum

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1020. ilâ 1022. maddelerinde avale ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 700. ilâ 702. maddelerine paralel hükümler öngörülmüştür. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1022. maddesinin 2. fıkrası uyarınca aval ile teminat altına alınan borç şekil noksanlığı dışında başka bir sebepten dolayı batıl olsa bile avalistin taahhüdü geçerlidir. İsviçre hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre avalist, aval taahhüdünden sonra lehine aval verdiği kişinin taahhüdü sona erdiren, zayıflatan veya azaltan def'ileri hamile karşı ileri sürebilir⁵².

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, kabul eden lehine aval veren avalistin kabul edenin ileri sürebileceği tüm def'ileri ve özellikle kambiyo alacağı'nın sona erdiği def'ini hamile karşı ileri sürebileceğini içtihat etmiştir⁵³. İsviçre

⁵² Heinrich Honsell- Nedim Peter Vogt- Rolf Watter, *Basler Kommentar- Wertpapierrecht*, Helbing Lichtenbahn Verlag, Basel 2012, Art. 1022, Kn. 4; Heinrich Honsell, *Kurzkomentar Obligationenrecht*, Basel 2014, Art. 1022, Kn. 2; Vito Roberto- Hans Rudolf Trüeb, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere (Art. 772-1186 OR) / Bucheffektengesetz*, 3. Aufl., Schulthess Verlag, Zürich 2016, Art. 1020-1022, Kn. 6; Jolanta Kren Kostkiewick vd., *Orell Füssli Kommentar-Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, Art. 1022, Kn. 7.

⁵³ “[...] Davalının dayandığı poliçe, düzenleyenin kendi emrine yazılı bir poliçe (İsvBK m. 993) olup, daha sonra düzenleyen tarafından beyaz ciroyla ciro edilmiştir. Muhatap ve kabul eden Ganterdir, davacı ise mahkemenin ret kararına göre avalisttir. Dolayısıyla kabul eden Ganter'in düzenleyen Bosshard'a veya davalı olarak cirantaya karşı sahip olduğu tüm def'ileri davacı avalist de ileri sürebilir. Özellikle borcun sona erdiği def'i de [bu def'ilere] dahildir. Zira avalist, aynen lehine aval verdiği kişi gibi sorumludur (İsvBK m. 1022/I). İçerek olarak bu [iki

Federal Mahkemesi, söz konusu kararında avalistin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1022. maddesinin 1. fıkrası uyarınca (TTK m. 702/I) avalistin lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olduğuna vurgu yaparak, avalistin taahhüdünün lehine aval verilen kambiyo borçlusunun taahhüdüne bağlılığı nedeniyle lehine aval verilen borçlunun geçerli bir şekilde taahhütte bulunduktan sonra bu taahhüdünde meydana gelen noksanlıkların avalist tarafından da ileri sürülebileceğini ifade etmiştir.

Alman hukukunda doktrinde, avalistin taahhüdünün bağımsız bir taahhüt olduğu ve bu nedenle şeklen de olsa lehine aval verilen kişinin senet üzerinde geçerli bir taahhüdünün bulunmasının avalistin taahhüdünün geçerliliği için yeterli olduğu kabul edilmektedir⁵⁴. Alman Poliçe Kanunu'nun 32. maddesinin 2. fıkrasında aval ile teminat altına alınan borç şekil noksanlığı dışında başka bir sebepten dolayı batıl olsa bile avalistin taahhüdünün geçerli olduğu düzenlenmiştir. Lehine aval verilen kişinin taahhüdünün şekil dışında bir noksan nedeniyle batıl olduğu durumlarda dahi avalistin taahhüdünün geçerli olacağı düzenlendiğinden, şeklen senet üzerinde geçerli görünen bir taahhüt olmasına rağmen lehine aval verilen kişinin taahhüdünün (maddî hukuka göre) doğumuna engel olan def'ilerin (*rechtshindernde Einwendungen*) ileri süremeyeceği ifade edilmektedir⁵⁵.

Alman Poliçe Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrasında avalistin aynen lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Anılan bu hükümde "aynen" ifadesine yer verilerek, avalist ile lehine aval verilen kişinin sorumluluğunun türünün koşulları, kapsamı ve süresinin aynı olduğunun ifade edilmek istendiği kabul edilmektedir. Bu nedenle Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre, avalist lehine aval verdiği kişinin borcunun sona erdiğine ilişkin

taahhüt arasındaki] bağıllık anlamındadır, bu nedenle kambiyo taahhüdünde bulunulduktan sonra asıl taahhütte meydana gelen bir noksan avalist tarafından da ileri sürülebilir (Jacobi, Wechsel- und Scheckrecht, 1955, § 88 S. 653). Aval taahhüdünde bulunulduktan sonra asıl taahhüdü ortadan kaldıran veya zayıflatan tüm unsurlar, avalistin de yükümlülüğünü azaltır; bu nedenle avalist poliçenin temelindeki işleme dayanabilir (Jacobi, s. 684) [...]” (BGE 84 II 645 E.2).

⁵⁴ Peter Bülow, *Wechselgesetz - Scheckgesetz*, 5. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2013, WG Art. 32, Kn. 3; Alfred Hueck- Claus-Wilhelm Canaris, *Recht der Wertpapiere*, 12. Aufl., Vahlen Verlag, München 1986, s. 148; Adolf Baumbach- Wolfgang Hefermehl - Matthias Casper, *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs*, 24. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2020, WG Art. 32, Kn. 2; Martin Stranz, *Wechselgesetz- Kommentar*, 14. Aufl., De Gruyter Verlag, Berlin 1952, WG Art. 32, Anm. 4.

⁵⁵ Baumbach- Hefermehl- Casper, WG Art. 32, Kn. 2; Stranz, WG Art. 32, Anm. 5; Bülow, WG Art. 32, Kn. 4.

def'ileri (*rechternichtende Einwendungen*) ileri sürebilir⁵⁶. Zira lehine aval verilen senet bedelini ödemesine rağmen senedi geri almasa bile, senetten doğan borç tam ifa nedeniyle Alman Medenî Kanunu'nun 362. maddesi uyarınca sona erdiğinden, avalist de bu hususu tam ifaya rağmen senedi halen elinde bulunduran hamile karşı ileri sürebilir⁵⁷. Benzer bir değerlendirme, lehine aval verilen kişinin borcunun ibra nedeniyle sona ermesi durumunda da yapılmaktadır⁵⁸.

iii. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Aval, niteliği itibariyle bir kambiyo taahhüdü olmakla birlikte lehine aval verilen kambiyo borçlusunun borcunu teminat altına alma amacı itibariyle özelliğ arz eden bir kambiyo taahhüdüdür. Avalistin lehine aval verdiği kişinin def'ilerini ileri sürüp süremeyeceği hususunda, avalî düzenleyen Türk Ticaret Kanunu hükümleriyle avalin amacının bir arada değerlendirilerek sonuca varılması gerekir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 700. maddesinin 1. fıkrasında avalle poliçe bedelinin ödenmesinin teminat altına alınabileceği açıkça düzenlenerek avalin, kambiyo senedinden doğan borcun ödenmesi bakımından bir teminat işlevine sahip olduğu, avalistin ise lehine aval verdiği kambiyo borçlusunun senetten doğan bedeli ödeme yükümlülüğünü yerine getirmediği durumda senet bedelini kendisinin ödeyeceği taahhüdünde bulunduğu dile getirilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin 1. fıkrasında ise avalistin aynen lehine aval veren kişi gibi sorumlu olduğu düzenlenerek, aval taahhüdünden doğan sorumluluğun kefalette olduğu gibi ikinci dereceden bir sorumluluk olmadığı ve lehine aval verilen kambiyo borçlusu ile avalist arasında müteselsil bir borçluluk ilişkisi kurduğu ortaya konmuştur.

⁵⁶ Bülow, WG Art. 32, Kn. 4; Baumbach- Hefermehl- Casper, WG Art. 32, Kn. 1; Stranz, WG Art. 32, Anm. 5. *Hueck- Canaris* ise kambiyo senedinden doğan borcun tamamen sona erdiği durumlarda bunun avalist tarafından da hamile karşı ileri sürülebileceğini, ancak aval verilen kambiyo senedinden doğan borcun başka bir kambiyo senedi düzenlenmesi suretiyle yenilenmesi gibi durumlarda avalistin sorumluluğuna neden olan asıl kambiyo borcunun kesin olarak sona ermediği hâllerde, avalistin kural olarak bu def'ileri hamile karşı ileri süremeyeceğini ifade etmişlerdir (*Hueck- Canaris*, s. 148).

⁵⁷ Bülow, WG Art. 32, Kn. 4.

⁵⁸ Bülow, WG Art. 32, Kn. 4. *Baumbach- Hefermehl- Casper* ise lehine aval verilen kişinin borcunun ibra nedeniyle sona ermesinin her durumda avalistin de sorumluluğunun ibra oranında sona erdiği anlamına gelmeyeceğini, ancak kural olarak lehine aval verilen kişinin borcunun ibra ile sona erdirilmesi durumunda alacaklının iradesinin avalist ile lehine aval verilen arasındaki müteselsil borçluluk ilişkisini de sona erdirme yönünde olduğunu ifade etmişlerdir (*Baumbach- Hefermehl- Casper*, WG Art. 32, Kn. 3).

Kanun'un 702. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının bir arada yorumlanması gerekir. Anılan hükmün 1. fıkrasında avalistin, tıpkı lehine aval verdiği kambiyo borçlusunu gibi sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Öte yandan anılan hükmün ikinci fıkrasında bu kurala bir istisna getirilerek, lehine aval verilen kambiyo borçlusunun taahhüdünün geçersizliğinin, aynen kendisi gibi sorumlu olduğu düzenlenen avalistin taahhüdünün de geçersizliğine neden olmayacağı, lehine aval verilenin senet üzerinde şeklen de olsa geçerli bir taahhüdünün bulunması durumunda avalistin taahhüdünün geçerli olacağı hükme bağlanmıştır⁵⁹. Bütün bu hususlar, yukarıda da belirttiği üzere avalistin sorumluluğunun "şekli anlamda ferî, maddî anlamda bağımsız bir sorumluluk" şeklinde ifade edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak yine de yapılan bu tespitler ve çıkarımlar, avalistin lehine aval verdiği kambiyo borçlusunun def'ilerini ileri sürüp süremeyeceği sorusunu yanıtlamak için yeterli değildir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin 2. fıkrasının *ratio legis*inden, avalistin lehine aval verdiği kambiyo borçlusunun şahsında gerçekleşen hükümsüzlük def'ilerini ileri süremeyeceği anlaşılmaktadır. Zira bir taraftan avalistin lehine aval verdiği kişinin taahhüdünün şekle ait noksandan farklı bir sebepten ötürü batıl olması durumunda avalistin taahhüdünü ayakta tutup, diğer taraftan avaliste lehine aval verdiği kişinin şahsında gerçekleşen hükümsüzlük def'ilerini hamile karşı ileri sürmesinin mümkün olduğunu kabul etmek çelişkili olur. Avalistin de lehine aval verilen kambiyo borçlusunun şahsında gerçekleşen hükümsüzlük def'ilerini hamile karşı ileri sürülebileceği kabul edilirse, hamil, avalistin taahhüdü geçerli sayıldığı için avaliste başvurabilecek, ancak avalist lehine aval verdiği kişinin şahsında gerçekleşen def'ileri ileri sürerek senet bedelini ödemedi kaçınabilecektir. Sonuç itibarıyla avalistin taahhüdünün geçerli olduğu kabul edildiği hâlde, aval taahhüdünün ayakta tutulma amacı olan senedin tedavül gücünün ve dolayısıyla hamilin korunması amaçlarına aykırı bir sonuç doğacaktır. Ayrıca bu sonuç, avalistin sorumluluğunun bağımsızlığı kuralına aykırıdır. Bu nedenle avalistin, lehine aval verdiği kişinin şahsında gerçekleşen hükümsüzlük def'ilerini Kanun'un 702. maddesinin 2. fıkrası gözetildiğinde ileri sürmesi mümkün görünmemektedir.

Doktrinde, avalistin lehine aval verilen kişinin şahsî def'ilerini ileri sürüp süremeyeceği hususunda bazı şahsî def'ilerin ileri sürülebileceğini, bazılarının ileri sürülemeyeceğini kabul etmenin çelişkili olduğu ifade edilmiştir⁶⁰. Ancak

⁵⁹ Aksu Özkan, 2019, s. 90.

⁶⁰ Boztosun, "Avalde Def'iler", s. 66.

kanaatimizce avalistin, lehine aval verdiği kişinin def'ilerini ileri sürebileceğini veya süremeyeceğini tüm def'iler bakımından peşinen söylemek mümkün değildir. Kanun'un 702. maddesinin 2. fıkrasında "teminat altına alınan borcun batıl olması" ifadesi kullanılmıştır. Butlan, yapılan işlemin yapıldığı andan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmadığını ifade eden geçersizlik hâlidir⁶¹. Anılan bu hükmün gerek lafzi gerekse amaçsal yorumuna göre lehine aval verilenin taahhüdünün maddî hukuk açısından geçerli olarak doğmadığı durumlarda avalistin sorumluluğunun bundan etkilenmeyeceği ve lehine aval verilen kişinin taahhüdünün hükümsüzlüğünün avalist tarafından hamile karşı ileri sürülemediği sonucuna varılmaktadır. Doktrinde, hükümsüzlük def'ileri ile şahsî def'iler arasında bir evleviyet ilişkisi bulunmadığı, başka bir ifadeyle hükümsüzlük def'ilerini ileri süremeyen borçlunun şahsî def'ileri de ileri süremeyeceği şeklinde bir esasın kabul edilmediği ifade edilmiştir⁶². Ancak aval bakımından hükümsüzlük def'ilerinin ileri sürülemediği düzenlenmişken, avalin bir kambiyo taahhüdü niteliğinde olduğu ve ayrıca teminat amacına yönelik olduğu gözetilmeden hükümsüzlük def'ileri ve şahsî def'iler arasında evleviyet ilişkisi olmadığından bahisle peşinen lehine aval verilenin şahsî def'ilerinin avalist tarafından ileri sürülebileceğinin kabulü mümkün değildir. Zira teminat amacına yönelik olsa da aval, bir kambiyo taahhüdüdür. Her ne kadar her kambiyo ilişkisinin altına bir temel ilişki bulunsa da⁶³ kambiyo taahhüdü kambiyo borçlusu ile alacaklı arasında temel ilişkiden bağımsız bir ilişki kurmaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrakta def'ilere ilişkin öngördüğü sistem de bu ayrımı gözeterek yapılmıştır. Lehine aval verilenin taahhüdünün maddî hukuka göre kambiyo taahhüdü geçerli olarak doğmadığı durumlarda dahi avalistin bunu hamile karşı ileri sürmesi Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin 2. fıkrasıyla engellenmiştir. Dolayısıyla avalistin, lehine aval verilenin hamile ile arasındaki temel ilişkiden doğan def'ilerini hamile karşı ileri sürebileceğinin kabulü, kanaatimizce soyutluk ilkesini zedeler.

Bu nedenle avalistin lehine aval verdiği kişinin savunma imkânlarından yararlanması bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekir. Avalist, hemen yukarı-

⁶¹ Bilge Öztan, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, 45. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 33; Ömer Anayurt, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 20. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 93; Gökhan Antalya, *Medeni Hukuk C. I*, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 246.

⁶² Aksu Özkan, 2019, s. 167.

⁶³ Ülgen vd., 2021, s. 94.

da açıklanan gerekçelerle lehine aval verdiği kişinin şeklen var olan taahhüdünün maddî hukuka göre geçerli olmadığına, başka bir ifadeyle taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin def'ileri ileri sürememektedir. Nitekim hemen yukarıda incelendiği üzere Alman ve İsviçre doktrinde de İsviçre Borçlar Kanunu'nun ve Alman Polîçe Kanunu'nun Türk Ticaret Kanunu'nun 702. maddesinin 2. fıkrasına paralel olan hükümleri, avalistin lehine aval verdiği kişinin taahhüdünün geçerli bir şekilde doğmadığına ilişkin bir def'iyi hamile karşı ileri süremeyeceği şeklinde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla lehine aval verilenin şahsında gerçekleşen hükümsüzlük def'ilerinin avalist tarafından ileri sürülmesi mümkün olmadığından, lehine aval verilenin hamile karşı temel ilişkiden doğan şahsî def'ilerini evleviyetle ileri sürememesi gerekir. Aksinin kabulü, avalin lehine aval verilenin kambiyo taahhüdünden bağımsız bir kambiyo taahhüdü niteliğinde olmasına aykırıdır. Ayrıca bu durumda lehine aval verilenin kambiyo senedi üzerinde kambiyo hukukuna geçerli olarak doğmuş ve devam eden bir taahhüdü mevcuttur. Lehine aval verilen sadece temel ilişkiden doğan bir sebeple hamile karşı ödeme yapmaktan kaçınma hakkına sahiptir. Dolayısıyla aval ile teminat altına alınan kambiyo taahhüdünden doğan borç devam etmektedir ve hamil tarafından ifası talep edilebilir niteliktedir.

Öte yandan avalistin verdiği aval ile teminat altına aldığı borcu sona erdiren veya hamilin borcun ödenmesini talep etme hakkını geçici olarak engelleyen/erteleyen hususların avalist tarafından hamile karşı ileri sürülebileceğinin kabulü gerekir⁶⁴. Buradaki durum, lehine aval verilenin temel ilişkiden doğan bir şahsî def'isi nedeniyle senet borcunu ödemekten kaçınması hâlinde farklıdır. Avalistin teminat altına aldığı borcu sona erdiren veya hamilin borcun ödenmesini talep etme hakkını geçici olarak engelleyen bir husus söz konusu olduğunda, avalin teminat işlevinin ortadan kalması veya henüz ödeme yapılması talep edilemediğinden teminat işlevinin devreye girmesine ihtiyaç olmaması söz konusu olur⁶⁵. Dolayısıyla borcun ödendiği veya borcun henüz talep edilmesinin mümkün olmadığı hâllerde, avalistin bu savunmaları hamile karşı ileri sürememesi avalin amacına ve teminat işlevine aykırıdır. Aval bir kambiyo taahhüdü olmakla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere lehine aval verilen borçlunun borcunu teminat altına aldığından özellikli bir kambiyo taahhüdüdür.

⁶⁴ Türk hukukunda doktrinde aynı yönde bkz. Demirkapı, 2005, s. 196; Öztan, 2019, s. 168.

⁶⁵ Türk hukukunda doktrinde Öztan, bu tip durumlarda avalistin lehine aval verdiği kişinin def'ilerini ileri süremeyeceğinin kabulünün "işin mahiyetine uymadığını" ve "mantığa ters düştüğünü" ifade etmiştir (Öztan, 2019, s. 168).

Borcun sona ermesi; senet bedelinin ödenmesi⁶⁶, lehine aval verilenin ibra edilmesi veya lehine aval verilenin hamile karşı takas hakkını kullanması⁶⁷ gibi durumlarda söz konusu olur. Ödeme zamanının uzatılmasında (erteleme/atıfet süresi verilmesi) ise borç sona ermemektedir. Doktrinde iradî atıfet süreleri, basit ve nitelikli atıfet süreleri olarak ikiye ayrılmaktadır⁶⁸. Nitelikli atıfet süresi, senet üzerine yeni bir vade yazılması veya senedin üzerine ödeme süresinin uzatıldığını gösteren bir kaydın konulması suretiyle verilir ve senet metninden anlaşıldığı için *inter omnes* bir etkiye sahiptir. Basit atıfet süresi ise alacaklı ile borçlu arasında yapılan ve *inter partes* etkiye sahip, sonuçları ve etkisi borçlar hukukuna göre belirlenen ertelemelerdir. Hamil lehine aval verilen ile bu şekilde bir anlaşma yapmışsa, erteleme süresi dolmadan avaliste başvurması durumunda avalist bu hususu hamile karşı ileri sürebilir⁶⁹. Zira avaliste başvurulabilmesi için lehine aval verdiği kişiye başvuru koşulunun gerçekleşmiş olması gerekir⁷⁰ (TTK m. 701/I).

Borç sona ermesine rağmen senet borçlu tarafından hamilden alınmadığı için tedavül etmeye devam etmişse veya senedin üzerine ibraya ilişkin bir kayıt⁷¹ konulmamışsa, ödemeye yaparak ve hamil tarafından ibra edilerek borcu sona eren lehine aval verilen kambiyo borçlusunun borcun sona erdiğini sonraki iyiniyetli hamillere karşı ileri sürmesi mümkün değildir (TTK m. 687/II). Aynı husus hamile ile lehine aval verilen arasında temdit sözleşmesi yapılması durumunda da geçerlidir. Lehine aval verilen bu hususları iyiniyetli sonraki hamillere karşı ileri süremeyeceğinden, avalistin de senedin iyiniyetli bir hamile devredilmesi durumunda borcun sona erdiğini veya ertelendiğini ileri sürmesi mümkün olmaz⁷².

⁶⁶ Senet bedelinin ödenmesi durumunda senedi ödeyen kambiyo borçlusunun, senedi hamilden alması ve ödemesi sadece senedin teslimi karşılığında yapması gerekir (TTK m. 646/I). Senedi almadan ödeme yapan borçlusunun, bu hususu iyiniyetli sonraki hamillere karşı ileri sürmesi mümkün değildir (TTK m. 687/II).

⁶⁷ Bu husus ayrıntılı bilgi için bkz. Aksu Özkan, 2019, s. 158-160.

⁶⁸ Bu hususta bkz. Ülgen vd., 2021, s. 225-227; Kendigelen- Kırca, 2022, s. 116; Karayalçın, 1964, s. 48, 118-119; Kınacıoğlu, 1993, s. 219 vd.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. Bozer- Göle, 2021, s. 138.

⁷⁰ Ülgen vd., 2021, s. 193; Aksu Özkan, 2019, s. 136; Demirkapı, 2005, s. 164 vd.; Toros, 2019, s. 155.

⁷¹ Senedin düzenleyende olması, sadece senet bedelinin ödendiğine ilişkin bir karine teşkil eder. Dolayısıyla alacaklının senet düzenleyende olmasına rağmen senet bedelinin ödenmediğini iddia etmesi mümkündür. Böyle bir iddiayla karşılaşmak istemeyen düzenleyenin (veya poliçede kabul eden muhatabın) hamil tarafından senedin üzerine ibra şerhi yazılmasını talep edebileceği açıkça hükme bağlanmıştır (TTK m. 709/I, 778/I-(c), 818/I-(h)) (Kendigelen- Kırca, 2022, s. 250).

⁷² Demirkapı, 2005, s. 196.

SONUÇ

Aval, teminat işlevi nedeniyle özellikli bir kambiyo taahhüdüdür. Aval beyanı ile lehine aval verilen kambiyo borçlusunun borcu teminat altına alınmaktadır. Dolayısıyla aval, sadece kambiyo senedinde şeklen de olsa borçlu olan bir kişi lehine verilebilir. Lehine aval verilen kişinin şeklen de olsa kambiyo senedinde borçlu görünmesi, avalin geçerliliği bakımından zorunlu bir unsurdur. Bu husus, avalistin sorumluluğunun “şeklî anlamda ferî” olduğu şeklinde ifade edilmektedir.

Türk Ticaret Kanunu’nun 702. maddesinin 1. fıkrasında avalistin, aynen lehine aval verdiği kişi gibi sorumlu olduğu düzenlenerek avalistin sorumluluğunun kefalette olduğu gibi ikinci dereceden bir sorumluluk olmadığı ve aval verilmesiyle avalist ile lehine aval verilen arasında (ve diğer müracaat borçlularıyla) hamile karşı müteselsil borçluluk olduğu hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte anılan hükmün 2. fıkrasında lehine aval verilen kişinin borcunun, şekle ait noksandan başka bir sebeple batıl olsa dahi aval verenin taahhüdünün geçerli olduğu açıkça düzenlenerek 1. fıkrada öngörülen kurala bir istisna getirilmiştir. Şekle ait bir noksan söz konusu olduğunda, geçerli bir kambiyo taahhüdünün varlığından bahsedilemeyeceği için avalin şeklen de olsa senette borçlu görünen bir kişi lehine verilmiş kabul edilmesi mümkün olmaz. Dolayısıyla avalin geçerliliğinden bahsedilemez.

Avalist bir müracaat borçlusudur. Bu kapsamda kendisine ait def’ileri hamile karşı ileri sürebilmesi Türk Ticaret Kanunu’nun kıymetli evrakta def’ilere ilişkin genel sistemine tabidir ve diğer müracaat borçlularına kıyasla bir özellik arz etmemektedir. Öte yandan avale lehine aval verilen kambiyo borçlusunun taahhüdünü teminat altına alındığından, avalistin lehine aval verilen kişinin def’ilerini ileri sürüp süremeyeceği konusunda Türk hukukunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Kanaatimizce Türk Ticaret Kanunu’nun 702. maddesinin 2. fıkrasının *ratio legis*inden avalistin lehine aval verdiği kişinin şahsında gerçekleşen hükümsüzlük def’ilerini ileri süremeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Lehine aval verilen kişinin şahsî def’ilerinin avalist tarafından hamile karşı ileri sürülüp sürülemediği hususunda ise tüm şahsî def’ileri kapsayacak şekilde bir cevap verilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Avalin bir kambiyo taahhüdü olduğu gözetildiğinde, avalistin lehine aval verilenin hamile karşı aralarındaki temel ilişkiden doğan şahsî def’ilerini ileri sürmesi mümkün değildir. Türk Ticaret Kanunu’nun 702. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre avalistin lehine aval verilenin şahsında gerçekleşen hükümsüzlük def’ilerini dahi

ileri süremeyeceğinin düzenlendiği göz önünde bulundurulduğunda, lehine aval verilenin geçerli bir kambiyo taahhüdü mevcutken ve söz konusu senet borcu niteliği itibarıyla bu taahhütten bağımsız bir kambiyo taahhüdüyle (avalle) teminat altına alınmışken, avalistin lehine aval verilen ile hamil arasındaki temel ilişkiye dayanması mümkün görünmemektedir.

Öte yandan aval ile teminat altına alınmış borç, geçerli bir şekilde doğduktan sonra sona ermişse veya lehine aval verilen ile hamil arasında akdedilen bir temdit sözleşmesi nedeniyle henüz talep edilemiyorsa, bu durumda avalin amacı gözetilerek avalistin borcun ödendiği veya ertelendiği hususunu hamile karşı ileri sürebileceği kabul edilmelidir. Zira borcun sona erdiği durumlarda, artık teminat altına alınmasını gerektirecek bir borç kalmadığından avalin teminat işlevi sona erer. Borcun ertelendiği durumlardaysa hamil, henüz lehine aval verileden ödeme yapılmasını talep edemediğinden, avalin teminat işlevinin devreye girmesine ihtiyaç olmaması durumu söz konusu olur. Bununla birlikte lehine aval verilen bu hususları iyiniyetli sonraki hamillere karşı ileri süremeyeceğinden, avalistin de senedin iyiniyetli bir hamile devredilmesi durumunda bu iyiniyetli hamile karşı borcun sona erdiğini veya ertelendiğini ileri sürmesi mümkün olmaz.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Burak, “Yargıtay Kararları Işığında Kambyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket”, *TFM*, C. 4, S. 2, Y. 2018, ss. 129-148.
- AKDENİZ, Umut, “Kambyo Senetlerinde Defiler”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir, 2007.
- AKSU ÖZKAN, Raziye, *Aval Kurumu*, 2. Bası, İstanbul, Seçkin Yayınları, 2019.
- ALTOP Atilla, “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine TBK m. 603 Hükmü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?”, *İKÜHFD*, C. 15, S. 1-2, Y. 2016, ss. 291-303.
- ANAYURT, Ömer, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 20. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.
- ANTALYA, Gökhan, *Medeni Hukuk C. I*, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- ARSLAN, Firdevs, “Kambyo Senetlerinde Aval”, *İAÜHFD*, C. 6, S. 1, Y. 2020, ss. 93-132.
- ARSLAN, İbrahim, “Kambyo Senetlerinde Geçersizlik Def’ileri”, *SÜHFD*, C. 16, S. 1, 2008, ss. 11-28.
- BAHTİYAR Mehmet, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 19. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2022.
- BAUMBACH, Adolf- HEFERMEHL, Wolfgang- CASPER, Matthias, *Wechselgesetz, Scheckgesetz, Recht des Zahlungsverkehrs*, 24. Aufl., München, C. H. Beck Verlag, 2020.
- BİLGİLİ, Fatih- DEMİRKAPI, Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Bursa, Dora Yayınları, 2019.
- BOZER, Ali- GÖLE, Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2021.
- BOZGEYİK Hayri, *Poliçede Müracaat Hakkı*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003.
- BOZTOSUN, N. Ayşe, “Avalde Def’iler”, *THD*, C. 2, S. 11, Y. 2007, ss. 53-70.
- BÜLOW, Peter, *Wechselgesetz- Scheckgesetz*, 5. Aufl., München, C. H. Beck Verlag, 2013.
- CAN, Mertol, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, 2019.
- CİVELEK ACAR, Esra, “Kambyo Senetlerinde Aval”, *YÜHFD*, C. 18, S. 2, Y. 2021, ss. 1301-1339.
- ÇAMOĞLU, Ersin, *Kıymetli Evrak Hukukunun Temel İlkeleri*, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2020 (Temel İlkeler).
- ÇAMOĞLU, Ersin, “Kambyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)”, *BATİDER*, C. 35, S. 3, Y. 2019, ss. 5-35.
- DEMİRKAPI, Ertan, *Kambyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir, Güncel Yayınevi, 2005.
- DOĞAN, Özgür, *Kambyo Senetlerinde Geçersizlik Defileri*, Ankara, Seçkin Yayınları 2020.
- DOMANIÇ, Hayri, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1960.

- EDGÜ, Ekrem, *Ticaret Hukuku III- Kıymetli Evrak*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1969.
- ERTEKİN, Erol- KARATAŞ İzzet, *Uygulamada Ticarî Senetler*, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- GÜRAL, Jale, "Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler", *AÜHFĐ*, C. 8, S. 3, Y. 1951, s. 435-478.
- HELVACI, Mehmet, "Kambiyo Senetlerinde Defiler", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1985 (Tez).
- HELVACI, Mehmet, "Kambiyo Senetlerinde Defiler", *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I*, İstanbul, 2007, ss. 647-703.
- HELVACI, Mehmet- AKSU ÖZKAN, Raziye, "Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi", *MÜHFAD*, C. 25, S. 2, Y. 2019, ss. 873-906.
- HONSELL, Heinrich, *Kurzkommentar Obligationenrecht*, Basel, Helbing Lichtenbahn Verlag, 2014.
- HONSELL, Heinrich- VOGT, Nedim Peter -WATTER, Rolf, *Basler Kommentar- Wertpapierrecht*, Basel, Helbing Lichtenbahn Verlag, 2012.
- HUECK, Alfred- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Recht der Wertpapiere*, 12. Aufl., München, Verlag Vahlen, 1986.
- İMREGÜN, Oğuz, *Kıymetli Evrak Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2007.
- KARAYALÇIN, Yaşar, *Ticaret Hukuku Dersleri II - Ticarî Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 3. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1964.
- KAYA, Mustafa İsmail- TATLI, Burçak, *Ticaret Hukuku- II (Kıymetli Evrak Hukuku)*, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.
- KAYIHAN, Şaban, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 6. Bası, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- KENDİGELEN, Abuzer- KIRCA, İsmail, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2022.
- KINACIOĞLU, Naci, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. Bası, Ankara, Gazi Büro Kitabevi, 1993.
- KREN KOSTKIEWICK, Jolanta vd., *Orell Füssli Kommentar- Schweizerisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag, 2016.
- KUNTALP, Erden, "Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk", *Reha Poroy'a Armağan*, İstanbul 1995, ss. 263-299.
- ÖNAL, Merve, "Bonoda Senet Metninden Anlaşılan Defiler", *Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Mersin 2020.
- ÖZTAN, Bilge, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, 45. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020.
- ÖZTAN, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 26. Bası, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2022.

- ÖZTAN, Fırat, “Ticari Senetlerde İmzaların İstiklali Prensibi”, **BATİDER**, C. 10, S. 2, Y. 1979, ss. 391-396.
- POROY, Reha- TEKİNALP, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 23. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, 8. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- ROBERTO, Vito- TRÜEB, Hans Rudolf, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere (Art. 772-1186 OR) / Bucheffektengesetz**, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag, 2016.
- SENGİR, Turgut, **Aval Hukuku**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1967.
- SEZGİN HUYSAL, Ayşegül, “TBK Madde 603’ün Avale Uygulanabilirliği”, **İMÜHFD**, C. 4, S. 2, Y. 2017, ss. 171-188.
- SÖNMEZ, Numan Sabit, **Kambiyo Senetlerinde Şahsî Defiler**, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- STRANZ, Martin, **Wechselgesetz- Kommentar**, 14. Aufl., Berlin, De Gruyter Verlag, 1952.
- TEKİL, Fahiman, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1994.
- TEOMAN, Ömer, “Bonoda Ödeme İçin İbrahim Keşideci Yerine Avaliste Yapılmasının Sonucu ve Sakat Bir Protestoya Dayanılarak Tahsil Edilen Masrafların Geri Verilmesi -Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler-”, [YasaHD 1979, C. II, S. 8, s. 1155-1159], **Tüm Makalelerim (1971-2001), Cilt I-II**, İstanbul 2012, ss. 423-428.
- TOROS, İrem, **Teori ve Uygulamada Aval**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- TUNA, Ergun- GÖÇ GÜRBÜZ, Diğdem, **Ticaret Hukuku Prensipleri- Kıymetli Evrak**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.
- ÜLGEN, Hüseyin- HELVACI, Mehmet- KAYA, Arslan- NOMER ERTAN, Fusun, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 14. Bası, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2021.
- YILDIZ, Kübra, “Kambiyo Hukukuna Özgü Bir Kişisel Güvence Türü: Aval”, **GÜHFD**, C. 2, S. 2, Y. 2018, ss. 483-516.

İŞTİRAK NAFKASI HESAPLAMA METOTLARI: TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKU KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME VE BAZI ÖNERİLER^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Doğa Ekrem DOĞANCI^(**)

Öz

İsviçre Medeni Kanunu'nda son yıllarda yapılan değişiklikler arasında iştirak nafkasına ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Ancak iştirak nafkasının belirlenmesine ilişkin TMK m. 330 f. 1'in mehzazı olan ZGB Art. 285 Abs. 1 muhafaza edilmeye devam edilmiştir. Bu kapsamda sadece ölçütlerin belirtildiği, ancak iştirak nafkasının nasıl hesaplanacağına uygulama ve öğretiyeye bırakıldığı görülmektedir. Mahkemelerin takdir hakkı dahilinde nafakayı hesaplarken öngörülebilir ve sonradan denetime elverişli bir yaklaşım takip etmeye özen göstermeleri ve kararlarının gerekçeli olması adil yargılanmanın önemli unsurlarından biri olduğu gibi, hukuk güvenliğini de sağlayacaktır. Bu bağlamda İsviçre hukuk uygulaması ve öğretisinde yıllar içinde geliştirilen çeşitli nafaka hesaplama metotları dikkat çekicidir. İsviçre Federal Mahkemesi güncel kararlarında bu konuda önemli tespitlerde bulunmuştur. Bu çalışmada iştirak nafkası hesaplama metotları doğrudan çocuk maliyetleri ile dolaylı çocuk maliyetleri ayırımında ayrı ayrı incelenmiş, objektif ve öngörülebilir bir Türk hukuk uygulaması yönünden yol gösterici nitelikte olmak üzere bazı değerlendirme ve önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İştirak Nafkası, TMK m. 330, Nafaka Hesaplama, Çocuk, Boşanma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 21.01.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 09.05.2023.

Atıf Şekli: Doğa Ekrem Doğancı, "İştirak Nafkası Hesaplama Metotları: Türk ve İsviçre Hukuku Karşılaştırmalı Bir İnceleme ve Bazı Öneriler", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 701-817.

DOI: 10.52273/sduhfd..1240317.

^(**) Sakarya Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Sakarya, Türkiye.

E-posta: ddoganci@sakarya.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8771-0907>.

ACCOUNTING METHODS OF CHILD MAINTENANCE: A COMPARATIVE REVIEW ON TURKISH AND SWISS LAW AND SOME RECOMMENDATIONS

Abstract

Among the changes in the Swiss Civil Code in recent years, there are provisions regarding child maintenance. However TMK Art. 330 par. 1, ZGB Art. 285 par. 1 on the determination of the child maintenance continued to be preserved. In this context, it is seen that only the criteria are stated, but how to calculate the child maintenance is left to practice and doctrine. While calculating child maintenance within the discretion of the courts, it is one of the important elements of a fair trial, as well as ensuring legal security, as it is one of the important elements of a fair trial. In this context, various child maintenance calculation methods developed over the years in Swiss legal practice and doctrine are noteworthy. Currently, the Swiss Federal Court has made important determinations in this regard. In our study, child maintenance calculation methods were examined separately in terms of direct child costs and indirect child costs, Some evaluations and suggestions have been made as a guide in terms of an objective and predictable Turkish law practice.

Keywords

Child Maintenance, TMK Art. 330, Calculation of Child Maintenance, Divorce.

GİRİŞ

Eşler çocuklarının bakım, eğitim ve gözetimine birlikte özen göstermek ile yükümlüdürler (TMK m. 185 f. 2). Bu anlamda onlar çocuklarının bakım, eğitim ve korunması için gerekli olan giderleri de karşılarlar (TMK m. 327 f. 1). Ana ve babanın çocuklarının bakım ve eğitim giderlerini karşılamasına ilişkin hükümler TMK m. 327- 334 arasında yer alır. Anne ve babanın velayet hakkına bağlı olmayan (soy bağına bağlı olan) bu yükümlülüğü evlilik esnasında devam ettiği gibi, ayrılık veya boşanma sonrasında da ayrı ayrı karşılanmak suretiyle yine devam edecektir¹. Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş de çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır (TMK m. 182 f. 3).

Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi² m. 27’de çocukların bedensel, zihinsel, toplumsal ve ahlaki gelişmeleri için yeterli seviyede bir yaşama standardına sahip olmaları gerektiğine ve bu sorumluluğun da mali güçleri ve olanakları dahilinde başta anne ile babası ve bakımı üstlenecek olan kişilerin yerine getireceğine işaret edilmiştir. Bu sözleşmeye göre Devlet de olanakları ölçüsünde çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda bu kişilere destek olmak üzere gerekli önlemleri almalıdır³. Nitekim Anayasa’da Devletin çocuğun korunması ile ilgili gerekli tedbirleri alması ve teşkilatı kurması (AY m. 41 f. 2) öngörüldüğünden, bakım ve eğitiminin sağlanması çocuk yönünden de anayasal bir haktır⁴. Bu bağlamda makalenin konusunu teşkil eden iştirak nafakası kavramı zikredebilir. İştirak nafakası boşanma veya ayrılık kararı verilmesi, evliliğin iptali, evliliğin geçersizliği gibi durumlarda⁵, velayet hakkı sahibi olmayan

¹ Krş. Mehmet Erdem- Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 426; Turgut Akıntürk- Derya Ateş Kahraman, *Aile Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 400; Özgecan Sırma, *Yoksulluk ve İştirak Nafakası*, Platon Hukuk, İstanbul, 2020, s. 37.

² Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 20.11.1989 tarihinde kabul edilip, 2.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İki yüz devlet tarafından onaylanmış olan bu sözleşmeyi, Türkiye 09.12.1994 tarihinde onaylamış ve söz konusu sözleşme 27.01.1995 tarihinde Türkiye’de kanun olarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m., 17, 19, 20’ye Anayasa ve Lozan Antlaşması dahilinde çekince koymuştur.

³ Emine Akyüz, *Çocuk hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*, 7. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2020, s. 200.

⁴ Akıntürk-Ateş, *Aile Hukuku*, s. 399, dn. 13; Hayrünnisa Özdemir-Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 5 vd.; Rona A. Serozan, *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 37 vd.

⁵ Krş. Ahmet Cemal Ruhi, *Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 59 vd.; Ömer Uğur, Gençcan, *Nafaka Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 1350 vd.; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s. 100 vd.; Özdemir-Ruhi, *Çocuk Hukuku*, s. 226 vd.

ebeveynin, velayet hakkına sahip olan ebeveyne çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması üzere yapılan giderlere gücü oranında katılmasını (iştiraki⁶) ifade eder⁷.

Aşağıda öncelikle genel hatlarıyla iştirak nafakası hakkında birtakım bilgiler ve bu bağlamda İsviçre ve Türk Medeni Hukuku'nda iştirak nafakasının temel özellikleri aktarılacaktır. Daha sonra iştirak nafakanın belirlenmesi ve bu belirlenmede esas alınan ölçütler incelenecektir. Bunu takip eden başlıkta nafakanın yerine getirilme şekilleri, İsviçre Medeni Kanunu'ndaki son yıllardaki gelişmeler Türk Hukuku ile karşılaştırmalı olarak analiz edilecektir. Alman Hukuku çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere incelemeye dahil edilmemiş olup, Alman Hukuku'nda bazı kanun maddelerine ilişkin açıklamalara dipnotlarda işaret edilmekle yetinilmiştir. Bu başlıkta çalışmanın devamında iştirak nafakasının farklı görünümüne ilişkin terminolojik tercihler de paylaşılacaktır.

Makalede esas olarak iştirak nafakası hesaplama metotları incelenecektir. Hesaplama metotlarına ilişkin incelemede bir sınırlama olarak iştirak nafakasının verilmesini gerektiren durumlardan boşanma neticesinde evlilik birliğinin sona erdiği ve ergin olmayan çocukların bulunduğu sıklıkla karşılaşılan klasik bir durum esas alınacaktır⁸. Yine inceleme kapsamı dışında bırakılan hususlar arasında; birlikte velayete ilişkin özellik arz eden durumlar, nafaka ilişkisine yönelik durum değişiklikleri ve nafakanın sonradan uyarlanması, tarafların sözleşme ile nafakayı belirlemeleri konuları yer almaktadır. Makale kapsamında öncelikle genel anlamda İsviçre'deki nafaka hesaplama metotlarının Türk Hukuku'nda hâkimin takdir hakkı dahilinde dikkate alınabilirliği tartışılacaktır. Çalışmanın devamında ise nafaka hesaplama metotları iştirak nafakasının farklı görünüm-lerini teşkil eden doğrudan çocuk maliyetleri ile dolaylı çocuk maliyetleri üst ayrımları altında ayrı ayrı incelenecektir.

İlk olarak doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin bazı nafaka hesaplama metotları ve bu kapsamda özellikle İsviçre Hukuk uygulamasındaki güncel gelişme-

⁶ <https://sozluk.gov.tr/> (16.08.2022).

⁷ Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 200 vd.; Ebru Ceylan, "İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, S. 133, s. 301.

⁸ İştirak nafakasının da boşanma kararının kesinleşmesinden önce çocuk (ve eş) için verilen ve velayetin geçici olarak tesis edildiği tedbir nafakası ile de karıştırılmaması gerekir. Bu konuda bkz. Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1335. Tedbir nafakası için örneğin bkz. Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 20 vd., 26.

ler ışığında iki aşamalı somut metot aktarılacak, takiben bunlara ilişkin değerlendirmeler ve Türk hukuk uygulamasına ilişkin bazı öneriler paylaşılacaktır. Yine bu bölümün altında iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodunun temel bileşenler arasında yer alan gelirin tespiti hususunda farazi gelirin ne zaman dikkate alınabileceği Türk hukuk uygulaması da gözetilerek değerlendirilecektir. Devam eden alt başlıklarda ise iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodunun uygulamasında gündeme gelen fazla değer paylaşılması ile tarafların refah seviyesinin değerlendirmeye etkisi konuları irdelenecektir.

Nafaka hesaplama metotlarına ilişkin ikinci alt ayırimda dolaylı çocuk maliyetlerinin hesaplanmasına ilişkin bazı metotları ve bunlara ilişkin değerlendirmeler aktarılacaktır. Burada özellikle yaşam maliyeti metodu ile bunu tamamlayıcı nitelikte gördüğümüz diğer bazı metotlara ilişkin birtakım öneriler paylaşılacaktır. Devamında yaşam maliyeti metodunda çocuğa bakan eşin kendisinden beklenen çalışma oranına esas gelirin tespitine ilişkin bazı mikro ekonomik değerlendirme modelleri ile bunlara ilişkin değerlendirmeler aktarılacaktır. Nihayet çocuk bakımının değerinin belirlenmesinde dikkate alınan olgulardan biri olarak çocuk sayısı ve çocuk/çocukların yaşının değerlendirmeye etkisi hakkında genel hatlarıyla, tüketici olmayan bazı tamamlayıcı açıklamalar paylaşılacaktır.

I. GENEL OLARAK İŞTİRAK NAFAKASI

İştirak nafakası⁹ kural olarak boşanma kararının kesinleşmesiyle başlar¹⁰ ve çocuğun ergin olmasına kadar¹¹ devam eder (TMK m. 328 f. 1)¹². Doğal olarak

⁹ İsviçre Hukuku'nda daha sonra aktarılacağı üzere iştirak nafakasının dolaylı çocuk maliyeti bölümüne karşılık gelmek üzere sıklıkla bakım nafakası ifadesi kullanılmaktadır. Türk Hukuk öğretisinde ise bakım nafakası ifadesi terminolojik olarak İsviçre'deki ile aynı anlama gelecek şekilde değil, daha ziyade bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Öte yandan bunun sıklıkla üst bir kavram olduğu kabul edilmekle birlikte, bu konuda da terminolojik bir birlik olmadığı görülmektedir. Bakım nafakası altında iştirak, yoksulluk ve tedbir nafakası şeklinde üçlü bir alt ayırım yapan görüş için örneğin bkz. Ruhi, Nafaka Hukuku, s. 22; Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 19. Bunun altında sadece çocuğa ilişkin tedbir ve iştirak nafakasını inceleyen görüş için bkz. Emrah Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 5, S. 2, s. 240. Yerleşmiş deyimleri kullanmanın uygulamada gereksiz uyuşmazlıkların önlenmesinde yararlı olacağı, bu anlamda bakım nafakası ifadesi kullanıldığında bununla kasdedilen boşanmanın kesinleşmesinden önce söz konusu olan tedbir nafakası mı, yoksa iştirak nafakasının mı olduğunun açık olmadığı hakkında bkz. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1335. Diğer bir görüş ise bakım nafakası ifadesi ile (sadece) evlilik birliği süresince eşlerden birinin ailenin geçimine yaptığı katkısı (TMK m. 196, m. 197 f. 3) anlamaktadır. Bu yönde bkz. Elif Yiğit, "Yoksulluk Nafakası", *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2022, C. 5, S. 1, s. 5, dn. 7; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 244 vd. Ancak son zikredilen yazar diğer yandan iş-

ölüm de diğer bir sona erme nedenidir¹³. Öte yandan çocuk ergin olduğu halde eğitimine devam ediyorsa, eğitiminin sona ermesine kadar ana ve babanın ona durum ve koşullar dahilinde kendilerinden beklenebilecek seviyede bakmakla yükümlü olduğu TMK m. 328 f. 2’de (ZGB Art. 277 Abs. 2.) belirtilmiştir¹⁴.

irak nafakası ifadesi ile eş anlamlı olmak üzere “bakım nafakasına katılma payı” ifadesini de kullanmakta ve bakım nafakasını evlilik birliği süresi yanında, boşanma (veya ayrılık) sonrası süreçleri de içerecek şekilde daha geniş bir anlamda kullanmaktadır (s. 244).

¹⁰ Mustafa Dural- Tufan Ögüz- Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku*, 17.Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016, s. 142; Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 317. Şayet velayet hakkı ebeveynlerden diğerine geçerse, buna ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren de yine iştirak nafakasının velayet hakkına sahip olmayan ebeveynden istenebileceği hakkında örneğin bkz. Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 45; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1370. Her türlü (şayet kararın kesinleştiği esnada çocuk henüz doğmamış ise) iştirak nafakasının çocuğun tam ve sağ olarak doğduğu andan itibaren başla- yacağı hakkında bkz. Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 45; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1369. Ancak boşanma kararın kesinleşmesinden sonra ayrı bir dava ile iştirak nafakasının istenmesi durumunda nafakanın başlangıç anının ileriye öteleneyeceği ve nafakanın başlangıcın- da dava tarihinin esas alınacağı kabul edilmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Adana Bölge Ad- liye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin, 18.10.2018 tarihli ve 2018/1674 Esas, 2018/904 Karar Sayılı Kararı (Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 44). Ali İhsan Özüğür, *Nafaka Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 478, 492, 485 vd.’da yer alan Yargıtay Kararları; Cey- lan, “Nafaka Hesaplama”, s. 310; Mehmet Akif Tutumlu, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargıla- ması Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 629. Dava tarihinden öncesine iliş- kin iştirak nafakası talebinin sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak istenebileceği hakkında bkz. Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan kitabevi, Ankara 2015, s. 1065.

¹¹ Olağan, olağanüstü ve kazai erginlik için örneğin bkz. Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku*, 9. Bası, İstanbul, 2021, § 4, N. 40 vd.; Mehmet Ayan- Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, 2020, s. 57 vd.; M. Kemal Oğuzman- Özer Seliçi- Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, 2018, § 191 vd. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15.03.2002 tarihli ve 2642/ 3621 sayılı Kararında şu şekilde belirtilmiştir: “İştirak nafakası boşanma, ayrılık, evlenmenin yokluk, butlan veya feshi davalarında boşanma ayrılık evlenmenin yokluk, butlan veya fesih kararının kesinleşmesi tarihinde başlar, çocuğun ergin olması tarihine kadar devam eder. Erginlik 18 yaşın doldurulması ile başlar. Evlenme de kişiyi ergin kılar, diğer taraftan kişi Mahkemece de ergin kılınabilir (TMK md. 11, 12; 328 m. 1)” (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 299).

¹² Bununla birlikte şayet çocuk meslek veya sanatı ile kendini geçindirecek durumdaysa iştirak nafakasının kesilmesi erginliğin başlangıcından geriye çekilebilir. Bu konuda bkz. Sila Tuna, “Boşanmanın Mali Sonuçlarından İştirak ve Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2015, C. 89, S. 3, s. 299; Ceylan, “Nafaka Hesaplama”, s. 310.

¹³ Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 300.

¹⁴ Ahmet Türkmen, “Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Haziran 2013, S. 8 (Özel), s 2707 vd.; Engin Baki İlkay, “Ergin Çocuk Nafakası”, *Medeni Hukuk Alanın- daki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları*, Cilt II Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 3 vd.; Tuba Birinci Uzun, “Eğitimine Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilme- si”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 20, S. 2, s. 92 vd.

İştirak nafakası isteme velayetin fiilen kullanılmasına bağlı bir hak¹⁵. Bu anlamda küçüğe fiilen bakan, onun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan anne ve baba çocuk adına küçüğe fiilen bakmayan veya velayet hakkına sahip olmayan diğerine karşı¹⁶; şayet ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük için gereken hallerde¹⁷ ise atanacak kayyım veya küçük vesayet altına alınmışsa vasi anne ve babaya karşı iştirak nafakası davası açabilir (TMK m. 329 f. 1, 2)¹⁸. Yine küçük ayırt etme gücüne sahip ise kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı olarak nafaka davasını anne veya babasına karşı açabilmesi de mümkündür (TMK m. 329 f. 3)¹⁹.

İştirak nafakası kamu düzeninden olup²⁰, bundan önceden feragat edilemez²¹. İştirak nafakası kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için üçüncü kişiye dev-

¹⁵ Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 302. Çocuğun velayet hakkı annede olmakla birlikte çocuğun baba yanında kaldığı ve onun tarafından fiilen bakıldığı bir davada Yargıtay annenin velayet hakkına sahip olmasının ona nafaka alacağını isteme hakkı vermeyeceğini belirtmiş, iştirak nafakasının velayet hakkının fiili olarak kullanılmasına bağlı bir hak olduğuna işaret etmiştir. Bu yöndeki kararlar için örneğin bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 12.04.2010 tarihli ve 2010/5449 Esas, 2010/ 6331 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 12.04.2010 tarihli ve 2014/12250 Esas, 2010/ 16136 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 432, 444).

¹⁶ Kendisine velayet hakkı verilmeyen tarafın iştirak nafakası talep edemeyeceği hakkında bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 08.06.1999 tarihli ve 5599 Esas, 6453 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 484); kendisine velayet hakkı verilmeyen tarafın iştirak nafakası ödeme ile yükümlü olduğu hakkında bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10.06.1999 tarihli ve 4582 Esas, 6636 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 483 vd.). Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 11.10.2010 tarihli ve 2010 /14433 Esas, 2010 /16126 karar sayılı kararında ise küçüğün velayet hakkı babaya verilmiş olmakla birlikte babanın yurtdışında çalıştığı bu davada küçüğe yıllarca fiilen annenin baktığı ve bu anlamda annenin uygun bir miktarda iştirak nafakası isteyebileceğine işaret edilmiştir (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 432 vd.).

¹⁷ Ebeveynler ile çocuk arasında bir menfaat çatışması durumunda TMK m. 426 b. 2 gereğince.

¹⁸ Erdem-Makaracı Başak, Aile Hukuku, s. 430 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 488.

¹⁹ Dural-Öğüz-Gümüş, Aile Hukuku, §. 1679; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 402.

²⁰ Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 27 vd.; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1341. Yargıtay kararlarında velayete sahip olmayan ebeveynin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında (ödeme gücü) katılma zorunluluğunun kamu düzeninden olduğu, sözleşmeye dayansa bile nafaka miktarını değiştirebileceği belirtilmiştir. Örneğin bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 13.10.2011 tarihli ve 2011/9838 Esas, 2011/15395 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 31.03.2015 tarihli ve 2016/10388 Esas, 2015/5251 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 408 vd.).

²¹ Krş. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 13.09.2010 tarihli ve 2010/9685 Esas, 2010/13957 karar sayılı kararı (Tuna, İştirak ve Yoksulluk Nafakası, s. 300); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 14.10.2010 tarihli ve 2010/11887 Esas, 2010/ 16694 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hu-

redilemez, miras yoluyla geçmez, alacak olarak devredilemediği için üzerinde rehin tesis edilemez (TMK m. 954 f. 1), takas edilemez (TBK m. 144), ilama dayalı ise haczedilemez (İİK m. 83)²². İştirak nafakası boşanma davasının her aşamasında talep edilebilir veya hakim (istem olmasa bile) bunu resen dikkate alır²³.

İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) çocuk nafakası ve diğer hükümlerin değişiklikleri hakkında hazırlanan ön tasarı 2012 yılında İsviçre'de çeşitli kamu kurumlarının da görüşüne sunulmak suretiyle tartışılmıştır. Devam eden yıllarda da inceleme konumuza ve çocuk nafakasına ilişkin olarak da çeşitli değişiklikler

kuku, s. 431); Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 305. Velayet hakkı kendisine tevdi edilmeyen taraftan hakimin kendiliğinden çocukların bakım ve eğitim için uygun bir iştirak nafakası takdir etmesi gerektiği hakkında bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23.12.2002 tarihli ve 13292 Esas, 14429 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 469); Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 232. Buna karşılık davacı açıkça iştirak nafakası talep etmediğini beyan ettiği halde istek dışına çıkılarak iştirak nafakasına hükmedilmesinin kanuna aykırı olduğu hakkında bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15.05.2003 tarihli ve 6565 Esas, 7178 karar sayılı kararı, <https://legalbank.net>, (06.06. 2022). Öte yandan iştirak nafakasının sürekli doğup işlediği ve nafaka istemiyorum şeklindeki beyanın sadece o dönemi kapsadığı ve bu anlamda değişen durumlara göre yeniden nafaka istenebileceği hakkında Krş. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 26.04.2004 tarihli ve 4671 Esas, 5292 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 13.09.2010 tarihli ve 2010 /9685 Esas, 2010 /13957 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 436, 459 vd.). Yine iştirak nafakası davası sürecinde iştirak nafakası talebinden vazgeçmenin mümkün olduğu ilişkin Yargıtay'ın 2.Hukuk Dairesi'nin (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 30.05.2016 tarihli ve 2016/10388 Esas, 2016/10546 karar sayılı kararı) yaklaşımı ile kamu düzenine ilişkin olan iştirak nafakasında bunun mümkün olmadığı şeklinde aksi yöndeki Yargıtay'ın 3.Hukuk Dairesi'nin (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 31.03.2015 tarihli ve 2016/10388 Esas, 2015/5251 karar sayılı kararı) yaklaşımlarının karşılaştırılması için bkz. Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 51. Yargıtay'ın iştirak nafakası istenilmediği açıklanmışsa verilmemelidir ilkesi hakkında çeşitli ayrımlar dahilinde açıklamalar için bkz. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1342 vd. Buna göre Yargıtay içtihatlarında iştirak nafakası istenilmediği açıklanmamışsa hakimin kendiliğinden iştirak nafakasına hükmedebileceğine (s. 1345); buna karşın açıkça iştirak nafakası istenilmediği belirtilmişse iştirak nafakası verilmemelidir esası geçerli olduğuna, ancak haklı olarak yazara göre bu esasa yönelik bir genelleme yapılmaması gerektiği ve buna göre geliri olmamasına rağmen böyle bir açıklamada bulunan bir ebeveyn için geçerli kabul edilemeyeceği, zira böyle bir durumda çocuğun üstün menfaatine hizmet eden, çocuğun hakkı olan ve kamu düzenine ilişkin iştirak nafakası düzenlemesinin HMK m. 26 f. 2 anlamında talebe bağlılık esasının geçerli olmadığı istisnai durumlardan birini teşkil ettiğine (Krş. 1343); Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında da (bu görüşü destekleyici olarak) iştirak nafakası istenilmediğinin belirtilmesi ve hatta bundan açıkça vazgeçilmiş olmasının daha sonradan yeniden iştirak nafakası istenmesine bir engel oluşturmadığına (s. 1343 vd.) işaret etmektedir.

²² Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 301; Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 29 vd.

²³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 02.06.2011 tarihli ve 2010/8242 Esas, 2011/9737 karar sayılı kararı. Ancak boşanma davasından sonra açılan velayet davasında iştirak nafakasının açık bir şekilde talep edilmesi gerektiğini öngören bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.09.2008 tarihli ve 2008/2-539Esas, 2008/559 karar sayılı kararı) bkz. Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 305.

yapılmış²⁴, yeni hükümler ihdas edilmiş ve bunlar 2013, 2015 ve 2017 yıllarında yürürlüğe girmiştir. Çocuk nafakasına ilişkin Türk Hukuku'ndan farklılaşan hükümler arasında, örneğin ergin olmayan çocuğa yönelik nafaka yükümlülüğünün her türlü ailevi nafaka talebinden önce geleceğini açıkça²⁵ öngören ZGB Art. 226a²⁶; evlilik dışı- evlilik içi çocuk ayrımı yapılmaması ile eşlerin medeni hallerinin değerlendirmeyi etkilememesi esaslarının açıkça vurgulanması²⁷, iştirak nafakanın değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin Türk Hukuku'ndan (TMK m. 183, 331) daha detaylı olarak düzenlenen ZGB Art. 286, 286a hükümleri; İsviçre Medeni Kanunu'nda ise gerekli olan nafakanın karşılanamama (eksik nafaka)²⁸ durumunda geriye etkili olarak 5 yıllık nafakanın istenebileceğini öngören ZGB Art. 286a hükmü zikredilebilir²⁹.

²⁴ Ali Haydar Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntasarıdaki Önemli Yenilikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 15, S. 1, s. 108 vd.

²⁵ Çocuğun menfaatlerinin korunması esasını açıkça yansıtan bu şekilde bir düzenleme Türk Medeni Kanunu'nda bulunmamaktadır. Ancak Türk Hukuku'nda çeşitli hükümlerde (örneğin TMK m. 185 f. 2; ÇK m. 4 f. 1, b vb.), boşanmanın sonuçlarında (örneğin TMK m. 182 f. 2, 3) çocuğun öncelikle korunması ilkesi hakimdir. Bu anlamda ebeveynlerin bakım ve eğitim yükümlülükleri ile çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin de çocuğun üstün yararı dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Bu konuda Krş. Andrea Büchler- Linus Cantieni-Heidi Simoni, "Die Regeln der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda- ein Vorschlag", *Die Praxis des Familienrechts*, 2007, S. 2, s. 207, 213; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 6; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 66; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 12; Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 111.

²⁶ Stephan Hartmann, "Betreuungsunterhalt - Überlegungen zur Methode der Unterhaltsbemessung", *Zeitschrift Des Bernischen Juristenvereins*, 2017, S. 153, s. 85; Thomas Geiser, "Übersicht über die Revision des Kindesunterhaltsrechts: Rechtspolitische Überlegungen zur Reform vom 20. März 2015", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2016, S. 10, s. 1279 vd., 1284; Alexandra Rumo Jungo- Sandra Hotz, "Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt", *Die Praxis des Familienrechts*, 2013, S. 1, s. 14.

²⁷ Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 2 vd., 3 vd.; Thomas Geiser- Rolf Widmer, "Ein Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", *Aktuelle Juristische Praxis*, AJP, 2000, S. 3, s. 4; Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 113 vd. Aynı şekilde Türk Hukuku'nda velayet hakkına sahip kişilerin belirlenmesi dışında çocuğun hakları açısından (ve inceleme konumuz özelinde çocuk lehine belirlenecek iştirak nafakasının miktarı açısından) bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Bu konuda örneğin bkz. Dural-Öğüz-Gümüş, Aile Hukuku, §. 1336.

²⁸ Eğer somut olayda maddi olanaklar kısıtlı olup, bir kişi kendi geçim giderlerini karşılamayacak durumdaysa, nafaka miktarında eksiklik bulunacağı hakkında örneğin bkz. Andrea Büchler-Ingeborg Schwenzer, "Vorbemerkung zur Art. 125- 132", *FamKomm Scheidung*, Ed.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. Baskı, Bern, Stampfli Verlag, 2017, Art. 129 ZGB, §. 44. Özellikle yaşam koşullarının asgari standartların altında olmasının (İsviçre Hukuku'nda icra hukuku anlamında asgari geçim giderlerinin karşılanmamasının) eksik nafakanın tipik bir örneğini teşkil ettiğini, diğer bir durumda ise evlilik sırasında çok yüksek standartlara sahip

II. NAFKA MİKTARININ BELİRLENMESİNDE ESAS ALINAN ÖLÇÜTLER

Nafaka miktarının hesaplanmasında dikkate alınacak ölçütleri düzenleyen ilişkin ZGB ile TMK hükümleri arasında benzerlik bulunmaktadır. Söz konusu hükümlerde şu temel ölçütler sayılmıştır; çocuğun ihtiyaçları, anne ve babanın hayat koşulları, anne ve babanın ödeme güçleri ve çocuğun gelirleri (TMK m. 330 f. 1; ZGB Art. 285 Abs. 1)³⁰. Yukarıda aktarılan İsviçre Hukuku'nda çocuk nafakasına ilişkin hükümlerde çeşitli değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Ancak İsviçre Medeni Kanunu'nda söz konusu değişiklikler ve eklemelere rağmen (TMK m. 330 f. 1'in mehzası olan) ZGB Art. 285 Abs. 1 muhafaza edilmiş olması dikkat çekicidir³¹.

iken, ayrılık sonrasında böyle bir imkana sahip olamamanın (geçmiş yaşam standardının devam etmemesinin) söz konusu olduğu, bu anlamda uygun nafaka ("*gebührender Unterhalt*") ile borçlanılan/ ödenmesi gereken ("*geschuldete/ zu leistende Unterhalt*") nafakanın birbirinden ayrıldığı hakkında krş. Büchler-Schwenzer, "FamKomm Scheidung", Art. 129 ZGB, Anhang UB, N. 4; Urs Gloor- Annette Spycher Annette, **Basler Kommentar ZGB I**, Ed.: Thomas Geiser vd., 5. Baskı, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2016, Art. 129 ZGB, §. 19. Somut olayın koşulları dikkate alınarak belirlenecek uygun nafaka ile borçlanılan nafaka kavramlarının karşılaştırılmasına ilişkin örneğin bkz. Sabine Aeschlimann vd., "Die Praxis des Familienrechts, Berechnung des Kindesunterhalts - Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A_311/2019", **Die Praxis des Familienrechts**, 2021, S. 2, s. 254 vd.

²⁹ Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 14. Söz konusu durumun Türk Hukuku'nda bir boşluk teşkil ettiği ve bu boşluğun mehzaz ZGB Art. 279'ye uygun şekilde geriye etkili şekilde nafaka isteyebilecek şekilde doldurulması gerektiği hakkında bkz. Beşir Mehmet Acabay, "Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Konular", **İzmir Barosu Dergisi**, 2006, S. 4, s. 88- 138, s. 124. Mehaz İsviçre Hukuku'nda beş yıllık nafaka istenebilmesinin nafakanın geriye yürümemesi esasına gerçek anlamda bir istisna oluşturmadığı, aslında bu durumda olması gereken miktarı yansıtmayan nafakanın normal haline çekildiği hakkında bkz. Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 120 vd.

³⁰ Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 253; Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 307; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 402 vd.; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 489.

³¹ Bu aktarılanların yanında ZGB'de çocuğunun nafakasına ilişkin haricen yapılan ödemelerin nafaka hesabında/ödemesinde nasıl dikkate alınabileceğine ilişkin 1 Ocak 2017'den itibaren yürürlükte olan ayrı bir madde yer almaktadır (ZGB Art. 285a). Çocuğa bakan ebeveyn tahsis edilen aile yardımları ile aksi mahkeme tarafından öngörülmedikçe sosyal sigorta ödemeleri ve çocuğun bakımı için kendisine tahsis edilen ödemeler, çocuğa tahsis edilen nafakaya ilaveten ödenir (Krş. ZGB Art. 285a f. 1, 2). Buna karşılık çocuğun nafakasını ödeyen ebeveyn yaşlılık veya maluliyet nedeniyle sonradan sosyal sigorta emekli maaşı veya çocuğun bakımı nedeniyle benzeri bir nafakayı gelirinin yerine geçmek üzere alması durumda, söz konusu ebeveyn bu meblağları çocuğa ödemek zorundadır; çocuğun daha önce tespit edilmiş olan nafakası kanun gereği bu ödeme nispetinde azalır (İMK m. 285a f. 3). Söz konusu hükümler çocuğa ödenecek nafakada çocuğun üstün menfaatinin korunması ilkesi yanında, nafaka hesabında işaret edilen çocuk ile anne ve babanın menfaatleri arasında dengeyi öngören ZGB Art. 285 Abs. 1 gözetilerek ihdas edilmiştir. Çocuk nafakasına ilişkin hükümlerde değişiklik ve eklemeler yapılmakla birlikte hazırlık çalışmalarında yer alan açıklamalarda, değişiklikten önceki sistemin muhafaza edilmek isten-

Bu ölçütler arasında öncelikle çocuğun ihtiyacı kavramı zikredilebilir. Çocuğun ihtiyaçları dinamik bir kavram olup, burada hüküm içi boşluk bırakılmıştır. Bu kavramın ilgili olayda hâkimin takdir hakkı dahilinde geniş yorumlanması gerekir. Çocuğun ihtiyaçları kavramının somutlaştırılmasında örneğin çocuğun yaşı, kişilik değerleri, eğitimin gerekleri, sağlık durumu, giyecekleri, gıdası gibi olgular³² yanında örneğin tiyatroya gitme veya müze ziyareti gibi çocuğun entelektüel ve kültürel ihtiyaçları da gözetilmelidir³³.

Çocuğun ihtiyaçları ölçütünün diğer ölçütlerle ilişkisi tartışmalıdır. Bir görüşe göre çocuğun ihtiyaçları tamamen diğer kriterlerin önüne geçmemekte olup, nafaka borçlularının asgari geçim koşullarının (anne ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçlerinin) çocuklara karşı da koruma altına alınmak ve nafakanın belirlenmesinde tarafların menfaatleri arasında bir denge gözetilmek istenmektedir³⁴. Diğer bir görüş ise ölçütler arasında çocuğun ihtiyaçlarının önceliği ol-

diği belirtilmektedir (Erläuterungen VE-ZGB, 37 vd.) Bu konuda yapılan açıklamalar için bkz. Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 15. Yazarların belirttiği üzere aynı nedenle nafaka miktarının belirlenmesinde temel hüküm olan (TMK m. 330 f. 1 ile de büyük oranda örtüşen) ZGB Art. 285 Abs. 1 muhafaza edilmiştir (s. 15). TMK m. 330 f. 1 de benzer şekilde taraflar arası menfaatleri gözetmekte olup, aktarılan düzenlemelerle kabul edilen esaslar (bunun ne şekilde ve ne kapsamda olabileceği ayrıca tartışılabilir olmakla birlikte) Türk Hukuk uygulaması için yol gösterici niteliktedir. Nitekim devletin müşterek olan çocuk için ebeveynlerden birine yaptığı katkının iştirak nafakası ödeme yükümlülüğünü sona erdirmeyeceği yönünde bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 14. 12. 2015 tarihli ve 2015/11564 Esas, 2015/20180 karar sayılı kararı, www.lexpera.com, (10.08.2022).

³² Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar*, 2. Teilband, 1. Unterteilband, Art. 270-295 ZGB, Stämpfli Verlag, 1997, Art. 285, §. 13; Honsell-Vogt-Geiser, *Basler Kommentar*, Art. 285, §. 4, s. 1530; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 3 vd.; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 10 vd.

³³ Krş. Andreas Brauchli, *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*, Schulthess Verlag, Zürich, 1982, s. 114 vd.; Akyüz, *Çocuk Hukuku*, s. 53; Gülçin Elçin Grassinger, *Türk medeni kanununda yer alan velâyet hükümleri kapsamında küçüğün kişi varlığının korunması için alınacak tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 4 vd.; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 113, 245; Gonca Gülfem Bozdağ, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 60; Akıntürk-Ateş, *Aile Hukuku*, s. 402. Yine bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 10.04.1997 tarihli ve 3075 Esas, 4027 karar sayılı kararında şu şekilde aktarılmaktadır: "...Çocuğun özel okul giderleriyle bunun dışında kalan sosyal gereksinimleri...dikkate alınarak uygun miktarda nafaka hüküm edilmesi..."(Özüğür, *Nafaka Hukuku*, s. 486); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 8.03.2016 tarihli ve 2015/15853 Esas, 2016/1186 karar sayılı kararında şöyle ifade edilmektedir: "...nafaka belirlenirken çocuğun yaşı, okul seviyesi, sosyal çevreye göre yaşam seviyesi, ... birlikte değerlendirilip, hakkaniyete uygun bir karar verilmelidir..." , www.lexpera.com, (10.08.2022).

³⁴ Krş. Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 15; Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 121.Yazarlar ZGB Art. 285'nin hazırlık çalışmalarındaki raporda da bu ölçütler arasında bir üstünlük ilişkisi kurulmadığını belirtmektedirler.

duğunu (öncelikle dikkate alınması gerektiğini) belirtmektedir³⁵. Bu görüş içinde bazılarınca nafaka yükümlüsünün de asgari geçim seviyesi bu konuda bir sınır teşkil etmemekte olup, asgari geçim seviyesinin korunması nafakanın belirlenmesi aşamasında değil, bunun icra edilebilirliği aşamasında dikkate alınması gerekmektedir³⁶. İsviçre ve Türk hukuku uygulamasında ise katılımcılar arasındaki menfaat dengesinin her zaman muhafaza edilemediği durumlarla karşılaşılabildiği ya çocuğun ihtiyaçları ölçütünden ya da nafaka yükümlüsünün geçiminin asgari koşulları sağlamasından taviz verilebildiği görülebilmektedir³⁷.

Bize göre TMK m. 330 f. 1'in açık sözünde çocuğun ihtiyaçları yanında anne babanın hayat koşulları ve ödeme güçlerinin (ve çocuğun gelirinin) de dikkate alınacağı öngörülmüştür. Öte yandan hükümde bu ölçütler arasındaki geçişin nasıl olması gerektiği hâkimin takdir hakkına bırakılmıştır. Söz konusu düzenleme amaca göre yorumla temel ilke olan çocuğun üstün menfaatlerinin korunması ilkesi ile birlikte okunmalıdır. Böylece bize göre çocuğun ihtiyaçlarının diğer ölçütlere nazaran öncelikle gözetilmesi, fakat bunun sınırını nafaka hesaplaması aşamasında (yoksa icra edilebilirlik aşamasında değil) anne ve baba-

³⁵ Felix Schöbi, "Mankoteilung oder Mankoüberbindung?", *Recht*, 2009, S. 1, s. 27 vd.; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 16; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 489.

³⁶ Krş. Schöbi, "Mankoteilung", s. 27 vd.; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 16.

³⁷ İsviçre hukuk uygulaması açısından bu yöndeki bir değerlendirme için bkz. Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 4. Türk Hukuk uygulamasında çocuk aleyhine dengenin bozulduğu örnek bir ilk derece mahkemesi kararını şu şekilde paylaşılabilir: Bu olayda nafaka yükümlüsü ebeveyn (baba): 4000 TL maaş, kira ödemesi (1700) söz konusu olup, yeniden evlenmemiş iken; velayet hakkı sahibi ebeveyn (anne): 1400TL maaş, kira ödüyor, yeniden evlenmiş; çocuk ise 13yaşında (7.sınıf), geliri yok, dersane ücreti bulunuyor (yıllık 7000 TL: aylık yaklaşık 600 TL). Bu davada ilk derece mahkemesi 80 TL iştirak nafakasına hükmetmiştir. Bu rakam orantısız olarak nafaka yükümlüsünün gelirinin sadece 2%'ne denk düşmektedir. Ayrıca çocuğun ilave eğitim ihtiyaçları da düşünüldüğünde (velayet hakkı sahibinin nafaka yükümlüsüne nazaran daha düşük geliri olduğu da dikkate alınınca) makul görülmemektedir. Haklı olarak Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını "orantısız şekilde düşük" olduğu gerekçesi ile uygun bulmamıştır. Bu karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 30.01.2013 tarihli ve 2012/23641 Esas, 2013/1365 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 385 vd.). Aksi yönde nafaka yükümlüsü aleyhine dengenin bozulduğu örnek olarak seçilen bir ilk derece mahkemesi kararında ise: Nafaka yükümlüsünün (babasının) geliri: 550 TL, ödediği kira: 200 TL ve mahkeme iki çocuk için her birine 200'er TL'den toplam 400 TL iştirak nafakasına hükmediyor. Burada mahkeme bir gerekçe (dürüstlük kuralına aykırı hareket, çalışabilecekken çalışmama vb.) sunmadan fiili olarak farazi nafakayı hesaplıyor ve kişinin ay sonunda elinde kalan gelirin üstü bir rakama, orantısız olarak gelirinin 100%'den fazlası bir rakama hükmediyor. Nitekim mahkemenin bu kararı haklı olarak nafaka miktarı çok yüksek olduğu gerekçesi ile bozulmuştur. Bu karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 08.02.2010 tarihli ve 2010/398 Esas, 2010/1547 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 477 vd.).

nın kural olarak asgari geçim koşullarının teşkil ettiği söylenebilir. Ancak istisnai olarak ileride ayrı bir başlıkta aktarılacak farazi gelirin dikkate alındığı bazı özel durumlarda asgari geçim seviyesinin üstünde bir nafakaya hükmedilmesi de mümkündür.

Hayat koşulları, ödeme gücü ve çocuğun ihtiyaçları ölçütleri arasındaki ilişkiye ve çocuğun ihtiyacı ölçütüne diğerlerinden daha fazla önem gösterildiğine yönelik olarak TMK m. 182 f. 2 c. 2 hükmüne işaret edilebilir. Buna göre nafaka yükümlüsü eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır (TMK m. 182 f. 2 c. 2). Burada ödeme gücü ölçütü çıkış noktası alınarak (finansal olarak buna imkân varsa) çocuğun ihtiyaçları ölçütünü asgari düzeyde karşılayanın üstünde bir bedele, nafaka yükümlüsünün hayat koşullarının kısıtlanması anlamına gelse de hükmedilebilmektedir³⁸. Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasında karine olarak ailenin ödeme gücünün eşlerin yaşam standardı ile uyum içinde olduğu kabul edilmektedir³⁹. Şayet nafaka borçlusunun hayat koşulunun üstünde bir ödeme gücü imkânı bulunmaktaysa, nafaka alacaklısı ebeveyn, ödeme gücündeki fazlalığı ve buna ilişkin yapılan tasarrufu ispatlama imkanına sahip olup, söz konusu durum nafaka hesaplama-sında dikkate alınacaktır⁴⁰.

TMK m. 182 f. 2 c. 2 hükmünde geçen gücü oranı ifadesinden yola çıkılarak nafakanın hesaplanmasında, kişinin ekonomik durumunun yüksek olması ile nafaka miktarı arasında (tek başına) doğrudan bir bağlantı kurulmamasına dikkat edilmesi gerekir⁴¹. Burada nafaka yükümlüsünün şayet ödeme gücü yeterliyse çocuğun asgari ihtiyaçlarının üstünde de bir nafaka ödemesinin söz konusu olabileceğine, söz konusu durumun iştirak nafakasının miktarına uygun bir şekilde yansıtılması gerektiğine işaret edilmek istenmektedir⁴².

³⁸ Krş. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 4.

³⁹ BGE 5A_311/2019, 11.11. 2020, § 5.4, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

⁴⁰ Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 255.

⁴¹ Krş. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1361.

⁴² Krş. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 4. İsviçre Federal Mahkemesi, nafaka katkısının, ebeveynlerin hayattaki konumlarını ve ödeme güçlerini makul bir şekilde yansıtması gerektiğini açıkça belirtmektedir. Bu yönde örneğin bkz. BGE 116 II 110. Yine İsviçre Federal Mahkemesi (BGE 116 II 113) nafaka yükümlüsünün ortalamasının çok üzerinde bir ödeme gücüne sahip olması durumunda ödeme gücünün tamamını nafakaya yansıtılmakta, sınırlayıcı bir ölçüt olarak bunun belli oranın onun tarafından biriktirileceğinden yola çıkmaktadır. Türk Hukuk uygulamasında da iştirak nafakasında taraflar arasında dengenin gözetilmesi gerektiğini özellikle vurgulayan kararlar bu bağlamda zikredilebi-

Nafaka hesaplamalarında çocuğun ihtiyaçlarının belirlenmesinden sonra bunun (ve farklı nafaka yerine getirme şekillerinde)⁴³ ebeveynler arasında paylaşımı aşamasında dikkate alınan önemli ölçütlerden biri onların hayat koşulları olup, İsviçre Hukuk uygulaması ve öğretisinde bu ölçüt farklı ayrımlar dahilinde incelenmektedir⁴⁴. Bu şekilde de nafaka yükümlüsünün ödemesi gereken iştirak nafakası miktarına ulaşılmaktadır.

Nihayet sayılan ölçütler arasında çocuğun gelirleri zikredilmiştir (TMK m. 330 f. 1; ZGB Art. 285 Abs. 1). Ancak çocuğun gelirleri yanında İsviçre Mevaz düzenlemesinde (ZGB Art. 285 Abs. 1) çocuğun malvarlığının da nafaka hesaplamasında dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Aynı sonuç Türk hukuku için de belli durumlarda kabul edilebilir. Nitekim TMK m. 327 f. 2'de gösterilen istisnai durumlardan biri mevcutsa (anne ve babanın yoksul olmaları veya çocuğun özel durumunun olağanüstü harcamaların yapılmasını gerektirmesi durumunda veya genel olarak olağan dışı herhangi bir sebebin bulunması hâlinde) hâkimin izninin alınması suretiyle çocuğun bakım ve eğitimi için mallarından belli bir miktarının harcanabileceği belirtilmiştir⁴⁵. O yüzden bu ölçüt çocuğun gelirleri

Örneğin Yargıtay bir kararında (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 03.11.2016 tarihli ve 2016/8687 Esas, 2016/12427 karar sayılı kararı) ilk derece mahkemesinin çocuğun büyüdüğü, eğitimine devam ettiği, ihtiyaçlarının arttığı dikkate alınmak suretiyle nafaka yükümlüsü babayı zorlamayacak, ama aynı zamanda velayet hakkı sahibi annenin yaptığı katkı dikkate alınarak ve son soyutlamada TMK. m. 4'deki hakkaniyet ilkesi gözetilerek, dengeyi sağlayacak bir nafaka miktarına hükmetmesi gerektiğine işaret etmiştir (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?p=379037>, (02.08.2022)). Yine örneğin nafaka yükümlüsünün de gelir durumuyla orantılı ilk derece mahkemesinin kararının hakkaniyete uygun olduğu hakkında bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 38. Hukuk Dairesinin 23.12.2019 tarihli ve 2019/723 Esas, 2019/1967 karar sayılı kararı, www.lexpera.com, (1.09.2022).

⁴³ Bu konudaki açıklamalar için bkz. IV.

⁴⁴ Krş. Heiz Hausheer- Annette Spycher, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2010, § 06.103 vd.; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 13. Son zikredilen yazarın işaret ettiği üzere bu konuda yapılan temel ayrımlardan biri hayat koşullarının ortalamanın altında, ortalama seviyede ve ortalamanın çok üstünde olması şeklinde üçlü ayrımdır (s. 13).

⁴⁵ Cem Baygın, *Soybağı Hukuku*, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 424; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 486; Erdem-Makaracı Başak, Aile Hukuku, s. 426 vd.; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 428 vd.; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 255. Bu anlamda TMK m. 327 f. 1'de öngörülen ana kural anne ve babanın çocuğun bakım, eğitim ve korunması için, çocuğun gelirlerinden yararlanma haklarının bulunmamasıdır. Bu konuda bkz. Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 201; Dural-Öğüz-Gümüş, Aile Hukuku, §. 1675; Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 485. Nafaka hesabında çocuğun malvarlığında elde edilen gelirin kendisine tahsis edilecek nafakadan indirilebilmesi için, çocuğun ekonomik durumunun açıkça nafaka yükümlüsünde daha iyi olması gerektiği hakkında bkz. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunter-

yanında çocuğun malvarlığını da içine alacak şekilde çocuğun finansal durumu şeklinde⁴⁶ bundan sonraki açıklamalarda ifade edilecektir.

III. NAFAKANIN YERİNE GETİRİLME ŞEKİLLERİ

İsviçre Hukuku'nda çocuk nafakasının farklı şekillerde yerine getirilebileceği ve bunların (bazılarının öncelik sırası değişmekle birlikte) aynı değerde olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. İsviçre Hukuku'nda çocuk nafakası bakma, eğitime/yetiştirme ve parasal olarak ifa edilir (ZGB Art. 276 f. 1). Bu kapsamda nafaka yükümlüsü, standart olarak parasal şekilde (nakdi nafaka), yine belli durumlarda bunun kapsamının belirlenmesinde dikkate alınabilecek, örneğin beslenme, barınma ve giysi ihtiyaçlarını sağlayarak aynı şekilde (aynı katkı) veya çocuğu kurslarına götürme, çocuğun saç tıraşını yapma, yabancı dil öğretme gibi bakım ve eğitime yönelik iş görme edimlerini üstlenerek nafakayı aynen yerine getirebilir⁴⁸. Ancak son aktardıklarımızın yanında İsviçre Medeni Kanunu'nda son yıllarda yapılan değişikliklerle çocuğun bakımına yönelik faaliyetlerin ve buna ilişkin fedakarlıkların değeri ayrı bir kalem olarak dikkate alınmaktadır. Çocuğa bakma ve eğitime ilişkin giderler; çocuğun ebeveynleri tarafından bakımı ("*Eigenbetreuung*") giderleri yanında, (İsviçre Medeni Kanunu'nda kanun değişikliği sonrası) üçüncü bir kimse tarafından bakılması ("*Drittbetreuung*"), bir başka deyişle bakım hizmetlerinin ikamesine ilişkin giderleri de kapsar (Krş. ZGB Art. 285 f. 2)⁴⁹. Bu anlamda çocuk nafakasına ilişkin kararlarda (her iki ebeveynin temel gelir ve varlıkları yanında) çocuğun ihtiyaçları ve buna

haltsbeiträge", s. 13. Öğretide para dışındaki diğer çocuk mallarını tasarruf etme hakkının bulunup bulunmadığının tartışmalıdır. Başvurulamayacağı yönündeki görüş için bkz. Erdem-Makaracı Başak, Aile Hukuku, s. 426 vd., 476; Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 256; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 430. Aksi yöndeki görüş ise TMK m. 356 f. 2'de geçen hâkimin izninin çocuğun sermayesinin kullanılmasına ilişkin olduğu, yoksa para dışındaki diğer mallarda hâkimin iznini aramadığını ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Cem Baygın- Murat Doğan, "Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 9, S. 1-2, s. 422; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 521 vd.

⁴⁶ Krş. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 4.

⁴⁷ Regina E. Aebi-Müller, "Familienrechtlicher Unterhalt in der neusten Rechtsprechung", *Jusletter*, 3.05.2021, § 2, 40 vd.; BGE 114 II 26; Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 272; Hartmann, "Betreuungsunterhalt", s. 86, 111.

⁴⁸ Krş. Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 116 vd.

⁴⁹ BGE, Medienmitteilung des Bundesgerichts, Lausanne, Urteil vom 17. Mai 2018 (5A_454/2017), 17. Mai 2018; Annette Spycher, "Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen - heute und demnächst", *Die Praxis des Familienrechts*, 2016, S. 1, s. 7, 15 vd.; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 14.

ilişkin tüm katkıların niteliği ve niceliği gösterilmelidir. Böylece İsviçre Hukuku'nda velayet hakkı sahibinin çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine ilişkin üstlendiği emek, zaman ve giderlerin (dolaylı maliyetler) göz ardı edilmeyeceği ve bunların nafaka hesabında dikkate alınması gerektiği açıkça yasal düzlemde ortaya konmuştur.

Türk Hukuku'nda bir görüşe göre nafakanın ödeme biçimine ilişkin TMK m. 330 f. 2 geçen "*peşin olarak ödenir*" ifadesinin lafzından⁵⁰ hareketle nafaka borçlusunun yükümlülüğünü ancak para ödemek suretiyle yerine getirebileceği, aynı yardım veya çocuğa bakma şeklinde bunun yerine getirilemeyeceği ve bu anlamda değişen durumlarda da para ödemesi şeklinde nafakanın arttırılması, azaltılması veya kaldırılmasının söz konusu olabileceği belirtilmektedir⁵¹. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise TMK m. 331'in sözünde geçen "*nafaka*

⁵⁰ Hükümde geçen "*her ay peşin*" ifadesinin sözü ise önceden (her ayın başında) anlamına gelmektedir. Bu yönde peşin ifadesinin zarf olarak kullanımında "*daha önceden, önceden*" anlamlarına geldiği hakkında bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (01.09.2022). Bu bağlamda öğretilerde söz konusu husus da tartışmalı olup, burada amaca göre yorumla çocuğun menfaati esas alınmak suretiyle (bunun da kapsamı tartışılabilir olmak üzere) toplu bir şekilde para ödemesine (veya benimsenecek görüşe göre başka bir edime) hükmedilebileceğine savunan yazarlar olduğuna da çalışmanın kapsamını genişletmemek üzere işaret etmekle yetinilecektir. Bu yönde bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1051; Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 116; Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 311. Yine Krş. Hegnauer, Berner Kommentar, Art. 285, N. 13; Honsell-Vogt-Geiser, Basler Kommentar, Art. 285, §. 4, s. 1530; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 3 vd.; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 10 vd.; Çelikel, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, s. 137 vd. Örneğin nafaka yükümlüsü ebeveynin geliri çok dalgalıysa veya TMK'da öngörülen diğer tedbirlere rağmen malvarlığını tüketebileceği düşünüüyorsa bu tarz bir kabulün söz konusu olabileceği ve bu konudaki diğer örnekler hakkında Krş. Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 311. TMK m. 331'da geçen "*gerektiğinde diğer önlemler*" ifadesi ve alınabilecek tedbirler öğretide ve uygulamada geniş yorumlanmakta olup, bu şekilde nafaka yükümlüsüne ilişkin gerekli tedbirlerin alınmasıyla çocuğun menfaatleri gözetilebileceği belirtilmektedir. TMK m. 331'da geçen "*önlemler*" ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği ve bu kapsamda aynı, şahsi güvenceler yer aldığı gibi belirli bir miktar paranın bankaya depolanmasının da düşünülebileceği hakkında bkz. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 493; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 406; Dural-Öğüz-Gümüş, Aile Hukuku, § 1684. Bize göre somut olayda yapılacak müdahalede ölçülülük ilkesi gözetilerek tedbirler arasında bir seçim yapılmalıdır. Bu anlamda toptan bir ödemenin nafaka yükümlüsünün ekonomik özgürlüğüne ve malvarlığı menfaatlerine sıklıkla ağır bir müdahale teşkil edebileceği göz ardı edilmemelidir. Ancak gerekli tedbirlerin alınması çocuğun menfaatlerinin korunması yönünden yetersiz kalıyorsa, özellikle çocuğun ileriye dönük menfaatleri dikkate alınarak (bakım yükümlülüğü dahilinde beklenebilir olan aylık ödemelerin ötesinde) gelecek yıllarda da çocuk menfaatine yönelik özel bir harcama yapılması gerekiyorsa, aksi takdirde sonradan telafisi güç zararlar doğacaksa, toptan ödeme gerektiren bir durum söz konusu olabilecektir.

⁵¹ Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 404 vd.

miktarını yeniden belirler” ifadesi (değişen durumlarda) mehz düzenlemeye uygun şekilde nafaka borçlusunun yükümlüğünü para ödeme dışında diğer şekillerde yerine getirebileceği şeklinde okunmalıdır⁵².

Eşler boşandıktan sonra velayet hakkına sahip ebeveyn bunu çocuğun bakım yükümlülüğünü üstlenerek yerine getirirken, diğer ebeveyn kural olarak nakden yerine getirir⁵³. Ancak her iki tarafın bu temel kabulden farklılaşan katkıları da dikkate alınmalıdır. Bize göre taraflardan velayet hakkı sahibi olan ebeveyn eğitim ve bakım faaliyetinin yürütümü yanında gelir elde ediyorsa söz konusu durum karşı tarafın kural olarak nakden ödeyeceği nafaka ile çocuk bakımına etkisi yönünden dikkate alınmalıdır⁵⁴.

Velayet hakkı sahip olmayan ebeveyne ilişkin olarak ise kanaatimizce ikinci görüşün sonuçlarına kısmen katılmak suretiyle karma bir görüş ileri sürülebilir. Buna göre para dışında diğer nafaka yerine getirme şekillerine kural olarak nakdi nafakayı tamamlayıcı olarak (ondan mahsup edilmek suretiyle)⁵⁵ başvurulmalı (tamamlayıcı fonksiyon) ve ancak para ödeyememe gibi durumlarla sınırlı olarak bunlara ikame edici bir anlam (ikame fonksiyonu) yüklenmelidir. Böylece ebeveynlerin yaptığı katkıların farklılaşabileceği dikkate alınacak, bu katkılar aksi ispat edilmedikçe ahlaki bir borcun ifası⁵⁶ veya bir bağışlama söz-

⁵² Krş. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 490. Yazarın işaret ettiği üzere çocuk nafakasının yerine getirilme şekillerine yönelik değerlendirmede nafakanın sonradan değişmesine ilişkin ZGB Art. 286 hükmünde geçen ifadeler dikkate alınmalıdır. Burada önemli değişiklik halinde nafakanın artırılması, azaltılması, kaldırılması veya öngörülemeyen olağanüstü ihtiyaçlarının ortaya çıkması durumunda nafaka ödeme yerine başka edimlerin de yerine getirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir (s. 489 vd.).

⁵³ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 12; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 245; Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 231 vd.

⁵⁴ Krş. Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 13; Yağcıoğlu, “İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak”, s. 114. Bu anlamda boşanmadan sonra velayet hakkına sahip eşin hangi şartlar dahilinde çalışmak zorunda olduğu, bunun oranı ve bu tespitlerin çocuğun bakımına ve nafaka miktarının hesaplanmasına ilişkin etkisi aşağıda irdelenecektir.

⁵⁵ Krş. Serdar Çelikel, *Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 141; Yağcıoğlu, “İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak”, s. 117.

⁵⁶ Krş. Akıntürk-Ateş Kahraman, Aile Hukuku, s. 317. Yazarlara göre velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn çocuğun okul masraflarını karşılasa, söz konusu bu harcamalar iştirak nafakasından indirilir (s. 317). Bununla birlikte öğretilde velayet hakkı kendisinde olmayan tarafın yaptığı giderlerin ahlaki bir borcun ifası olarak kabul edilmek suretiyle eksik borç olarak nitelendirilmesi gerektiği, bu anlamda bu giderlerin geri istenemeyeceği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 233. Ancak yazarlar yapılan bu giderlerin geri istenememekle birlikte nafaka hesabında belgelendirilmek suretiyle ödemeleri gereken mik-

leşmesinin ifası olarak görülmeyecektir. İfa edilen aynı veya diğer edimlerin piyasa değeri tespit edilip, velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin kural olarak nakden ödeyeceği nafaka miktarından mahsup edilerek veya buna eklenecek daha adil bir nafaka hesaplamasına katkı sağlanacaktır⁵⁷. Öte yandan daha sonra değinileceği üzere; özellikle ebeveynlerin çocuğa yönelik bakım ve eğitime ilişkin edimler dolayısıyla başka bir işte çalışmamak suretiyle gösterdikleri fedakarlığın hesaplanmasına yönelik bazı belirsizlik ve tartışmalar da bulunmaktadır⁵⁸. Bununla birlikte daha sonra incelenecek olan söz konusu durum, nafaka hesaplamasında bu katkıları dikkate almamaya yönelik haklı bir gerekçe teşkil etmemektedir.

Velayetin kullanımı kendisine verilmeyen eş yönünden TMK m. 182 f. 2 c. 2'de onun çocuğun bakım ve eğitime ilişkin giderlere katılması zorunluluğu öngörülmüştür. Bu bağlamda TMK m. 330 f. 2'nin sözünde geçen "*her ay peşin olarak ödenir*" ifadesi çocuğun menfaatinin korunması esası gözetilerek amaca

tardan mahsup edilebileceğini belirtmektedirler (s. 233). Nafaka yükümlüğü ahlaki bir görev olarak toplumda kabul edildiğinden, bunun ahlak kurallarından hukuk kurallarına geçmiş bir borç olduğu hakkında bkz. Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 29. Yargıtay bir kararında (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 20.05.2004 tarihli ve 5398/6530 sayılı kararı) velayet hakkı sahibi olmayan ebeveynin yaptığı masrafları ahlaki bir borcun ifası olarak gördüğünü şu şekilde ifade etmiştir: "...velayet hakkı anneye verilen küçük için anne tarafından yapılan karar dışı harcamaların tahsiline ilişkindir. Davacı tarafından nafakanın artırılması konusunda dava açılması gerekirken kendiliğinden yapılan masraflar ahlaki bir borcun yerine getirilmesi niteliğinde olup istenemez." (Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1349). Son zikredilen yazar ise söz velayet hakkı sahibi olmayan ebeveynin çocuk için yaptığı harcamanın çocuğun yaşamını korumak için zorunlu olup olmadığına göre bir ayırım yapmakta olup, buna olumlu yanıt verilirse bunun geri istenebileceği görüşündedir (s. 1349 vd.). Buna karşılık İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin iştirak nafakasına ilişkin güncel bir kararında (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin, 22.12.2020 tarihli ve 2020/1505 Esas, 2020/1572 karar sayılı kararı) velinin yanında velayet hakkı sahibi olmayan ebeveynin (nafaka yükümlüsünün) eğitim ve bakım faaliyetlerine yönelik katkısı dikkate alınmış ve bu faaliyetleri eksik bir borç olarak görmemiştir. İlgili kararda şu şekilde ifade edilmiştir: "...İştirak nafaka miktarı belirlenirken, çocuğa fiilen bakan anne babanın, bu görev nedeniyle emeğinin ve yüklendiği sorumlulukların karşılığı olan harcamaların dikkate alınması zorunludur...", www.lexpera.com.tr, (10.08.2022).

⁵⁷ Krş. Honsell-Vogt-Geiser, Basler Kommentar, Art. 276, § 26; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 4. Yine bu doğrultuda yukarıda işaret edilen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararı için bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin, 22.12.2020 tarihli ve 2020/1505 Esas, 2020/1572 karar sayılı kararı.

⁵⁸ Alexander Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", *Anwaltsrevue*, 2018, S. 4, s. 151 vd.; Thomas Gabathuler, "Unterhaltsrecht: Kinderbetreuung", *Plädoyer*, 2016, S. 5, s. 32 vd.; Hausheer-Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, § 03.160 vd.; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 13 vd.

göre yorumlanmalıdır. Yukarıda aktarıldığı üzere bize göre bu ebeveyn ancak istisnai olarak diğer nafaka yerine getirme biçimlerine başvurulabilmeli⁵⁹ ve bu bağlamda hükümde geçen "... ödenir" ifadesi "*yerine getirilir*" şeklinde okunmalıdır. Bu şekilde istisnai durumlar gözetilmek suretiyle çocuğun menfaati ve taraflar arası dengenin korunması esası en uygun şekilde muhafaza edilebilecektir. İstisnai olarak diğer nafaka yerine getirme şekillerinin dikkate alınabilmesi özellikle nafaka yükümlüsü nafakayı tamamen⁶⁰ veya kısmen⁶¹ nakden yerine getiremeyecekse gündeme gelebilecektir.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır (TMK m. 182 f. 3 c. 2). Hükümde geçen "*gücü oranı*" ifadesi ile kastedilen de nafakanın hesaplanmasında kişinin ekonomik durumunun yüksek olması ile nafaka miktarı arasında (tek başına) doğrudan bir bağlantı kurulması değildir⁶². Burada nafaka yükümlüsünün ödeme gücünün yeterli olması durumunda, çocuğun asgari ihtiyaçlarının üstünde de bir nafaka ödemesinin söz konusu olabileceğine, söz konusu durumun çocu-

⁵⁹ Nafaka yükümlüsü anne veya babanın nakdi nafaka yerine aynen yerine getirilen veya aynı nafaka şeklindeki yollara hiçbir şekilde başvuramayacağı şeklindeki aksi yöndeki görüş için örneğin bkz. Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 403.

⁶⁰ Örneğin işsiz durumda olan nafaka yükümlüsünün iş aradığı geçiş döneminde kendisinden beklenebilecek olan ilave zaman dilimlerinde (olağan dönemde velinin üstlenmiş olduğu) çocuğun okuluna refakat, okuldan alma veya ödevlerine yardım gibi eğitim veya bakım faaliyetlerine kabiliyeti ölçüsünde katkı sağlayabilecektir. Velayet hakkına sahip ebeveynin aynı zamanda çalışması durumunda, özellikle çalıştığı saatlerde bakıcı gibi üçüncü kişilere ödeme yapmaktan tasarruf etmesi, sürekli izin almak suretiyle çocuğun bakım ve eğitimine ayırdığı ilave zamanlardan dolayı işyerinde problemler yaşamaktan kaçınması vb. nedenlerle ona yapılan bu katkı önem taşıyabilir. Böylece nafaka yükümlüsünün nafakayı aynen yerine getirebileceğinin kabulüyle çocuk ve ebeveynlerin menfaatleri gözetilmiş olmaktadır.

⁶¹ Örneğin bakım ve giyecek ürünleri satan ancak finansal durumundan ötürü nafakayı tamamen veya kısmen nakdi olarak ödeyemeyecek bir nafaka yükümlüsü düşünelim. Nakdi olmamakla birlikte işyeri deposunda söz konusu ürünlere sahip olan nafaka yükümlüsü nafaka ödemek üzere bunları hemen elden çıkarmak durumunda kalırsa, somut olayda bunları özel piyasa şartlarından dolayı piyasa değerinin çok daha altında satmak durumunda kalabilir. Eğer bu ürünler çocuğun ihtiyaçlarına da eş zamanlı hizmet ediyorsa, bu ürünlerin sadece nafakayı nakdi olarak yerine getirilebilmek için satılmasını nafaka yükümlüsünden beklemek makul olmayacaktır. Bilakis finansal koşullarını olumsuz etkileyen söz konusu durum sonraki dönemdeki nakdi nafaka ödemeleri ve bu anlamda çocuğun menfaatlerini olumsuz etkileyecektir. Böyle bir durumda da nafaka borçlusunun nafakayı bu ürünlerin verilmesi suretiyle kısmen veya tamamen aynı şekilde yerine getirmesi mümkün kabul edilmelidir. Aktarılan örnekte kısmen aynı şekilde yerine getirilen edimin (aynı katkının) piyasa değeri nafaka hesaplamasında nakdi ödemededen mahsup edilecektir.

⁶² Krş. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1361.

ğâ uygun bir şekilde yansıtılması gerektiğine işaret edilmektedir⁶³. Bize göre “*gücü oranı*” ifadesine bunun yanında nafakanın yerine getirilmesi şekillerine ilişkin de bir anlam yüklenebilir. Şöyle ki ödeme gücü nafaka miktarının hesaplanmasında diğerleri yanında dikkate alınan temel ölçütlerde biridir. Bu bağlamda hükümde geçen gücü oranında ifadesi ile belirtilmek istenen çocuğun velisinin harcadığı emek ve zaman gözetilmek suretiyle oransal olarak dikkate alınması gereken katkıdır⁶⁴. Nafaka yükümlüsünün katkı sağlaması gereken giderler arasında, velayet hakkı sahibinin bakım ve eğitime harcadığı emek, zaman⁶⁵ ve hatta bu konularda üçüncü kişilerden alınan destek için ödenen giderler de dahildir. Öte yandan söz konusu hükmün sözünün giderlere “*ödeme gücü*” değil, sadece “*gücü*” oranında katılım ifadesi öngörmesi de dikkate çekici olup, amaca göre yorumla çalışmada varılan sonucu desteklemektedir. Bu anlamda söz konusu katkının (bu çalışmada savunulan görüşe göre istisnai olarak) sadece ödeme gücü ile sınırlı olmadığı da ileri sürülebilir ve bu düşünce yukarıda aktarılan ödeme dışındaki faaliyetlerin eksik borç olmadığı görüşünü de destekleyici niteliktedir. Velayet hakkı sahibine yapılacak katkıda/ katılmada⁶⁶ önemli olanın bunun türünden öte çocuğun menfaatidir. Nitekim TMK m. 182 f. 3 c. 1’de velâyetin kullanılması kendisine verilmemiş olan ebeveynin çocukla kişisel ilişkisinde önemli olanın özellikle çocuğun sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından menfaati olduğuna işaret edilmiştir. Böylece karşı taraf gücü oranında bakım ve eğitime aynen bir katkı sağlarsa bu da nafaka hesaplamasında istisnai olarak düşürülmesi gereken bir kalem olarak dikkate alınabilecektir.

Bu başlığın başında aktarıldığı üzere İsviçre uygulama ve öğretisinde çocuğun bakım ve eğitimine ilişkin parasal olarak yerine getirilen faaliyetler (doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin)⁶⁷ “nakdi nafaka” (“*Barunterhalt*”) olarak isim-

⁶³ Krş. Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 4. İsviçre Federal Mahkemesi, nafaka katkısının, ebeveynlerin hayattaki konumlarını ve ödeme güçlerini makul bir şekilde yansıtması gerektiğini açıkça belirtmektedir. Bu yönde bkz. BGE 116 II 110. Hakkaniyet kurallarının anne ve/veya babanın yararlandığı yaşam biçiminden ve eğitim durumundan çocuğun da yararlanmasını gerektireceği hakkında bkz. Akyüz, Çocuk Hukuku, s. 203.

⁶⁴ Krş. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 153; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 316 vd.

⁶⁵ Krş. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 153; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 316 vd.

⁶⁶ TMK m. 182 f. 3’te geçen “*katılma*” ile kastedilenin velayet hakkı sahibi ebeveynin katkısını fiili olarak gerçekleştirdiği varsayılmak suretiyle, diğer eşin iştirak nafakası adı verilen bir bedel ödemesi olduğu hakkında bkz. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1362.

⁶⁷ Aslında burada nakdi nafaka ifadesinin çok geniş olduğu, hemen aşağıda aktaracak olan, burada (“*Barunterhalt*”) ile kastedilmek istenenin nakdi nafakanın doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin bölümü olduğunu anlamaktayız.

lendirilir⁶⁸. Nafakanın maddi olmayan boyutunu teşkil eden ve iş görme edimlerini üstlenerek yerine getirilen nafakayı ifade eden (“*Naturalunterhalt*”)⁶⁹ ise; aynen yerine getirilen nafaka, aynen nafaka veya anlamsal olarak olumsuz yapılacak bir tanımla gayri nakdi nafaka⁷⁰ gibi nitelendirilebilmesi mümkündür. Aynen (yerine getirilen) / gayri nakdi nafakanın doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin nakdi nafaka ile eşdeğerde olduğu esas kabul edilmektedir⁷¹. İsviçre Federal Mahkemesi nakdi nafakanın ebeveynler arasında sadece ilgili mali kapasiteye göre dağıtılmaması gerektiğini, aksi takdirde aynen yerine getirilen/ gayri nakdi nafakanın ve nakdi nafakanın eşit değerde olduğu ilkesinin göz ardı edileceğine işaret etmiştir⁷². İsviçre hukukundaki çocuk nafakasının üçüncü bir görünümü olan bakım nafakası (“*Betreuungsunterhalt*”)⁷³ ise dolaylı çocuk maliyet-

⁶⁸ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 6.6.

⁶⁹ “Çocuğun bakım ve yetiştirilmesine ilişkin olan aynen yerine getirilen nafaka (gayri nakdi nafaka) çocuk nafakasının maddi olmayan boyutunu teşkil eder. Nakdi-ve bakım nafakası (ise) para ödeme suretiyle yerine getirilir” (BGE 144 III 481 § 4.3’ten naklen). Çocuğun bakım yükümlülüğünü bizzat üstlenen ebeveyn, yani onun velisi aslında çocuğa ilişkin kendisine düşen nafakayı kural olarak sadece bu şekilde yerine getirmekteyken (aynen yerine getirilen nafaka/ gayri nakdi nafaka “*Naturalunterhalt*”), çocuğun sürekli bakım yükümlülüğünü üstlenmemiş olan diğer ebeveyn ise kural olarak iştirak nafakasının nakdi nafaka bölümünün tamamını karşılamak zorunda olduğu hakkında bkz. Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 12.

⁷⁰ Aşağıda aktarılacağı üzere “*Naturalunterhalt*” ifadesine karşılık gelmek üzere çalışmada kullanılan ifadeler arasında “aynen nafaka” / “aynen yerine getirilen nafaka” ifadeleri yer almaktadır. Bu doğrultuda Türk öğretisindeki eserlerde “*Leistung in Natura*” kavramının “aynen ifa” şeklinde; “*Naturalrestitution*” kavramının ise “aynen tazmin” şeklinde kullanılması, yapmış olduğumuz terminolojik seçimi destekleyici niteliktedir. Meslektaşım sayın Doç. Dr. Sinan Okur ile yaptığımız bir görüşmede kendisi bu terminolojik seçime katılmakla birlikte, bu çevirinin uygulamada benimsenmeyebileceğine dikkat çemiştir. Okur’a göre, buna alternatif olarak anlamsal olarak olumsuz yapılacak bir tanımla bu kavrama karşılık gelmek üzere; parasal niteliği olmayan nafaka tipini ifade etmek üzere, nakdi/ parasal nafakanın zıttı olarak “gayri nakdi nafaka” ifadesinin kullanılabilmesi önerisinde bulunmuştur. Bu anlamda çalışmada “gayri nakdi nafaka” ifadesi de “aynen nafaka” / “aynen yerine getirilen nafaka” ifadesine alternatif olarak kullanılabilir.

⁷¹ Bu konuda bkz. “...çocuğa bakmayan veya önemli ölçüde bakmayan ebeveyn nafaka ödemek zorundadır, çocuğa bakan diğer ebeveyn ise nafakaya aynı miktarda katkıda bulunur, yani bakım ve yetiştirme ... yoluyla...” (BGer 5A_727/2018, 22.08.2019, § 4.3.1’den naklen), <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

⁷² BGer 5A_727/2018, 22.08.2019, § 4.3.3.

⁷³ Annette Spycher, “*Betreuungsunterhalt*”, *Die Praxis des Familienrechts*, 2017, S. 1, s. 198 vd.; BGE 144 III 377 § 7; Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 13; Roland Fankhauser, “Der *Betreuungsunterhalt* - Zur Spurensuche und -deutung anhand von Materialien, Das Zivilrecht und seine Durchsetzung”, *Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm*, Ed.: Roland Fankhauser vd., Zürich, Schulthess Verlag, 2016, s. 806; Jonas Schweighauser- Daniel

leri (“*indirekte Kosten*”) ile ilgili olup, bunlara bir ebeveyn çocuğa kişisel olarak bakması (aynen yerine getirilen nafakanın yürütümü) ve çalışmaması veya daha az çalışması nedeniyle hayatını kazanamaması sonucu maruz kalmaktadır⁷⁴. Velinin üçüncü kişinin bakım konusunda desteğini alması durumunda ise buna ilişkin tüm giderler (çocuğun bakım ve eğitime ilişkin diğer masrafların yanında) doğrudan çocuk maliyetlerine (“*direkte Kosten*”) ilişkin nakdi nafaka başlığı altında değerlendirilmektedir⁷⁵. Nafaka yükümlüsünün finansal kaynaklarının nafakanın dağıtımında yetersiz kalması durumunda çocuk nafakasının nakdi nafaka bölümünün, bakım nafakası bölümüne karşı önceliği olduğu, bir başka deyişle mevcut kaynağın buraya tahsisi edilmesi gerektiği, zira bunlardan ilkinin çocuğun doğrudan menfaatlerinin gerçekleşmesine hizmet ettiği belirtilmektedir⁷⁶. Dikkat edilirse bakım nafakası olarak nitelendirilen kısım da para

Bähler, “Betreuungsunterhalt - Berechnungsmethoden und andere Fragen”, *Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen*, **9. Symposium zum Familienrecht 2017**, Ed.: Alexander Jungo, Christiana Fountailakis, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Verlag, 2018, s. 170.

⁷⁴ Krş. Botschaft, BBl 2014 554, §§ 1.5.2 ve 576, § 2.1.3; BGE 144 III 481 § 4.3, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022). İsviçre Federal Mahkemesi son zikredilen kararda Alman Hukuku ile yaptığı karşılaştırmada, ZGB revizyonundan sonra artık aynen nafakanın (gayri nakdi nafakanın) ve (doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin) nakdi nafakanın yanında üçüncü bir kategori olarak bakım nafakasının da geldiği belirtmektedir (§ 4.3). Alman Hukuku’nda (BGB § 1570 Abs. 1, BGB § 1615I, Abs. 2) ise İsviçre Hukuku’ndan farklı olarak dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin nafakanın eşin nafakası olarak kabul edilir, İsviçre Hukuku’nda ise aktarılan söz konusu nafaka kalemi çocuk nafakasının bir bölümünü teşkil etmektedir. Bu konuda İsviçre ve Alman hukukuna ilişkin bir karşılaştırma için bkz. Martin Menne, “Der Betreuungsunterhalt im Rechtsvergleich: ein Blick auf die Entwicklung des Betreuungsunterhalts in der Schweiz”, in Österreich und in Deutschland, *Die Praxis des Familienrechts*, 2017, S. 4, s. 1021 vd.

⁷⁵ BGE 144 III 481 § 4.3. Yine nafaka yükümlüsünün çocuğun bakımına ilişkin faaliyetlere katılmasının (dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin) bakım nafakası altında değil, (doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin) nakdi nafaka altında (bunu mahsup edilmesi suretiyle) değerlendirilmesine yönünde bkz. BGE 144 III 377, § 7.1.3, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

⁷⁶ Marga Burri, *Der Betreuungsunterhalt*, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 81; Annette Spycher - Daniel Bähler - Nadja Majid, *Kommentar Unterhaltsberechnung, Aktualisierung Kommentar, Stand Rechtsprechung und Literatur sowie Tabellen, Kommentar-Unterhaltsberechnung*, Juni 2022, <https://berechnungsblaetter.ch/wp-content/uploads/2022/09/Kommentar-Unterhaltsberechnung-2022-09-15.pdf> (29.08.2022), s. 11. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre uygun nafakanın finansal olanakların yetersizliğinden dolayı karşılanamadığı durumunda (eksik nafaka durumu) bu eksikliğin orantısız olarak bakım nafakası (dolaylı çocuk maliyetleri) ile nakdi nafaka (nın doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin bölümü) arasında bölünmesi kabul edilmemelidir. Bu durumda mahkemeye göre çocuğun üstün menfaatlerinin korunması ilkesi gereği nakdi nafakaya (nakdi nafakanın doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin bölümüne) öncelik verilmelidir, zira nakdi nafaka (nın doğrudan çocuk maliyetle-

ödemek suretiyle yerine getirilmektedir⁷⁷, aslında nakdi nafakanın diğer bir bölümünü teşkil etmektedir.

Böylece İsviçre Hukuku'nda yukarıda aktarılan nafakanın yerine getirme şekillerine ilişkin ayrımla, çocuğun bakımına ilişkin menfaatlerin en üst düzeyde korunması amaçlanmıştır⁷⁸. Türk Hukuk uygulamasında ise Yargıtay'ın bazı kararlarında velayet hakkı sahibinin katkısından söz edilmekte, ancak bundan sıklıkla velinin çalışmakta bir işte olduğu dikkate alınarak sadece nakdi olarak yapılan katkı anlaşılmaktadır⁷⁹. Öte yandan Yargıtay'ın diğer bazı kararlarında ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin güncel kararlarında isabetli olarak açıkça çocuğun bakımına ve eğitimine yönelik faaliyetlerin (bundan sonraki açıklamalarda kısaca bakım faaliyetlerinin) ve buna ilişkin fedakarlıkların iştirak nafakası hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğine işaret edilmektedir⁸⁰. Bu şekilde

rine ilişkin bölümü) çocuğun maddi ihtiyaçlarına dönüktür ve çocuk bundan ekonomik olarak (dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin bakım nafakasından farklı olarak) doğrudan yararlanır. Bu konuda Krş. BGE 144 III 481 § 4.3. Mahkeme bu sonuca ZGB Art. 276a Abs. 1'in kıyasen uygulanmasıyla varılabileceğine işaret etmektedir (§ 4.3). Ancak söz konusu hükmünde temel dayanağı çocuğun üstün yararının korunması ilkesi olduğu için, söz konusu hüküm olmasaydı dahi aynı sonuca varılabileceği düşüncesindeyiz.

⁷⁷ Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 10; BGE 144 III 481 § 4.3.

⁷⁸ Botschaft vom 29. November 2013 zu einer Änderung des ZGB, **Kindesunterhalt**, BBl 2014, s. 530 vd.

⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 07.11.2019 tarihli ve 2019/3-117 Esas, 2019/1153 karar sayılı kararında şöyle ifade edilmektedir: "...Somut olayda tarafların (nafaka yükümlüsü ve alacaklısının) asgari ücret düzeyinde sürekli ve düzenli gelir elde ettikleri, ekonomik ve sosyal durumlarının benzer oldukları, davacının (nafaka yükümlüsü) ... yeninden evlendiği ve bu evlilikten bir çocuğu olduğu anlaşılmaktadır. Yasal düzenlemeler, iştirak nafakasının amacı ve niteliği de gözetildiğinde davalı annenin (nafaka alacaklısı) de ödeme gücü oranında ortak çocukların bakım ve eğitim giderlerine katkıda bulunması zorunludur...", www.lexpera.com.tr, (10.08.2022). Velayet hakkına sahip annenin bir işte çalıştığı (kararda açıkça zikredilmemekle birlikte bu durum) dikkate alınarak annenin iştirak nafakasına katkı ile yükümlü olduğundan takdir edilen nafakanın çok olduğu, hakkaniyet ilkesine uygun şekilde iştirak nafakasının takdiri gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11.03.2002 tarihli ve 2611 Esas, 3296 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 2.10.2012 tarihli ve 2012/13860 Esas, 2012/20509 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 389, 472).

⁸⁰ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 28.01.2014 tarihli ve 2013/16838 Esas, 2014/1091 Karar sayılı kararında şöyle aktarılmaktadır: "...anne çalışmakta olup, küçüğün bakıcıya ihtiyacı olduğu gibi çocuğun yaşı ve ihtiyaçları, tarafların ekonomik durumu, geçen süre nazara alındığında nafaka azdır: ... velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eş çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorunda olduğun TMK m. 182 f. 2'de hükme bağlanmıştır...Diğer taraftan nafaka belirlenirken anne ve babanın ekonomik durumları göz önünde bulundurulmakla birlikte velayet kendisine tevdi olunmuş tarafın bu görev nedeniyle emeğinin ve yüklediği sorumlulukların karşılığı olağan harcamalarında göz önüne alınması zorunludur. Nafaka takdir edilirken tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile çocuğun yaşı, eğitimi

velinin bu tür katkılarının nakdi karşılığı (dolaylı çocuk maliyetleri) göz ardı edilmeden diğer ebeveynin ödeyeceği iştirak nafakasının hesaplanması daha adil sonuçlara sebebiyet verecektir.

İsviçre Hukuku'nda kabul edilen ayırım çocuk nafakasına ilişkin her iki ebeveyn farklı katkılarına dikkate almaktadır. Bu şekilde çocuk menfaatleri farklı ayrımlar dahilinde farklı boyutlarıyla ele alınması, aynı zamanda adil ve sistematik bir anlayışı yansıtmaktadır. Bu tarz bir ayırım Türk aile hukukumuz genelinde geçerli olan çocuğun üstün menfaatinin korunması ilkesini gözetmektedir. Bunun yanında yukarıda belirtildiği üzere TMK'nın ilgili hükümlerine kanaatimizce yüklenen anlam dahilinde nafakanın farklı görünümünün Türk hukuku yönünden de kabul edile-

ve ihtiyaçları göz önünde bulundurulmalıdır. Somut olayda... davacı annenin Berlin'e tayini çıktığı ve çocuğun yaşı itibarıyla bakıcıya ihtiyacı olduğu anlaşılmaktadır..." (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 360 vd.). Söz konusu kararda velayet hakkı sahibi eş çalışmakla birlikte sadece nakdi katkıdan (doğrudan maliyetlerden) söz edilmemiş, özellikle onun çocuğun bakım ve eğitim ihtiyaçlarına yönelik emeğinden (edimlerinden) ve bunun parasal karşılığında bahsedilmiştir. Öte yandan üçüncü kişi bakımına ve bunun maliyetlerine işaret edilmesi de dikkat çekicidir. Yine bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11.03.2002 tarihli ve 2611 Esas, 3296 karar sayılı kararında şöyle aktarılmaktadır: "...İştirak (ve yoksulluk) nafakasının takdirinde tarafların ekonomik güçlerinin yanında fikri ve bedeni kabiliyetleri...de dikkate alınması gerektiği..." (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 472); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 11.03.2002 tarihli ve 2611 Esas, 2015/13608 karar sayılı kararında ise şu şekilde ifade edilmiştir: "nafakası belirlenirken anne ve babanın ekonomik durumları göz önünde tutulmakla birlikte velayet hakkı kendisine tevdi olunmuş tarafın bu görev nedeniyle emeğinin ve yüklendiği sorumlulukların karşılığı olağan harcamaların da dikkate alınması zorunludur" (Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 329). Bunun gibi bakım ve eğitim ihtiyaçlarına yönelik velinin emeğinin dikkate alındığı diğer bazı Bölge Adliye Mahkemesi kararlar için bkz. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 2.Hukuk Dairesinin, 14.07.2021 tarihli, 2021/1614 esas, 2021/1768 karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin, 8.07.2021 tarihli, 2020/615 esas, 2021/1270 karar sayılı kararı; İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesinin, 29.12.2020 tarihli, 2020/1231 esas, 2020/1831 karar sayılı kararı. Hatta Bölge Adliye Mahkemesi'nin güncel kararlarında (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesinin, 22.12.2020 tarihli, 2020/1505 esas, 2020/1572 karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 38. Hukuk Dairesinin, 6.02.2020 tarihli, 2019/523 esas, 2020/120 karar sayılı kararı; İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin, 27.10.2020 tarihli, 2019/2205 esas, 2020/1357 karar sayılı kararı) yerinde bir şekilde öncelikle sadece velayet hakkı sahibinin değil, aynı zamanda nafaka yükümlüsünün de bakım ve eğitime ilişkin faaliyetlerinin (dolaylı çocuk maliyetlerinin) dikkate alınması gerektiği belirtilmiş, daha sonra somut olayda velayet sahibi annenin çocuğun bakım ve eğitime ilişkin yaptığı nakdi katkıdan (doğrudan çocuk maliyeti) şu şekilde bahsedilmiştir: "...İştirak nafaka miktarı belirlenirken, çocuğa fiilen bakan anne babanın, bu görev nedeniyle emeğinin ve yüklendiği sorumlulukların karşılığı olan harcamaların dikkate alınması zorunludur. ... annenin gelir durumuna göre bu giderlere yapacağı katkı oranı ile davalının gelir durumu karşılaştırıldığında...", www.lexpera.com.tr, (10.08.2022). Yine Yargıtay'ın bu yöndeki bazı kararları için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin, 30.05.2016 tarihli, 2016/5077 esas, 2016/8442 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin, 2.04.2015 tarihli, 2014/20602 esas, 2020/5422 karar sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (10.08.2022).

bilmesi mümkün olup, bu hükümler en azından bu tarz bir ayırımın niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk hukuk uygulamasında dikkate alınabilmesine engel teşkil etmemektedir. Öte yandan Türk uygulamasında bazı kararlarda açıkça olmasa da bu ayırımın farklı görünüşlerinin dikkate alındığı gözlemlenmektedir.

Terminolojik olarak bu makalede öğretisi ve uygulamadaki ifadelerle bir karışıklığa sebebiyet vermemek üzere bakım ve eğitime yönelik iş görme edimlerinin ekonomik değerine karşılık gelmek üzere; dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin nakdi nafaka (nakdi nafakanın dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin bölümü) veya kısaca dolaylı çocuk maliyeti ifadesini esas alınacaktır. Aslında söz konusu bu nafaka kalemi de aktarıldığı üzere niteliği gereği nakdi olmakla birlikte, çocuk nafakası hesaplaması metotlarında klasik ve teknik anlamda karşılaşılan nakdi nafakadan (“*Barunterhalt*”) çeşitli yönlerden ayrılmaktadır. Bir öncekinden farkını ortaya koymak üzere nakdi nafakanın klasik görünümüne karşılık gelmek üzere; doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin nakdi nafaka (nakdi nafakanın doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin bölümü) veya kısaca doğrudan çocuk maliyeti ifadesi kullanılacaktır. Özellikle doğrudan ve dolaylı çocuk maliyeti ifadelerinin nakdi nitelikte olan bu iki nafaka kalemi arasındaki farkı terminolojik olarak daha iyi şekilde ortaya koymaktadır⁸¹. Çocuk nafakasının maddi olmayan boyutunu teşkil eden “*Naturalunterhalt*” kavramına karşılık gelmek üzere ise terminolojik olarak aynen yerine getirilen nafaka veya daha kısa bir şekilde aynen nafaka veya gayri nakdi nafaka ifadeleri tercih edilecektir⁸². Söz konusu katkı daha önce aktarıldığı üzere nafaka hesabında nafaka yükümlüsü yönünden istisnai olarak mahsup edilmek suretiyle dikkate alınabilecek bir hesaplama kalemi teşkil etmektedir. Çocuğun beslenme, barınma ve giysi ihtiyaçlarını doğrudan sağlama durumunu ifade eden iş görme dışındaki aynı katkı ise iş görme dışında aynı nafaka şeklinde bağımsız bir nafaka kalemi olarak değil, daha önce aktarıldığı üzere⁸³ çocuk nafakası hesaplamada velayet sahibi eşin nakdi gider-

⁸¹ Çalışmada naklen veya anlamsal olarak yararlanılan mehzaz öğretisi ve uygulamasındaki ifadeler de (anlamsal bir karışıklık yaratmamak üzere) tercih edilen terminolojiye uygun şekilde bazen parantez içinde, bazen doğrudan paylaşılacaktır. Bu bağlamda çalışmada bazen naklen paylaşılan bazı ifadeler, bunların asıllarının birebir tercümelerinden farklılaşabilmektedir. Buna ilişkin sıklıkla karşılaşılabilecek bir örnek İsviçre öğretisi ve uygulamasında; iştirak nafakasının dolaylı çocuk maliyeti bölümü ifadesi yerine, kısaca bakım nafakası ifadesi kullanılabilir. Ancak bu incelemede bir karışıklığa sebebiyet vermemek üzere yukarıda aktarılan terminolojiye sadık kalınarak söz konusu ifadeler paylaşılacaktır.

⁸² Bu terminolojik tercihimize ilişkin gerekçelerimiz için bkz. dn. 70.

⁸³ Bu konuda paylaşılan örnek için bkz. dn. 60.

leri yönünden her zaman, nafaka yükümlüsü yönünden ise istisnai olarak mahsup edilmek suretiyle dikkate alınacak bir hesaplama kalemi olarak bu çalışmada dikkate alınmıştır.

IV. NAFKA HESAPLAMA METOTLARI

A. İsviçre'deki Nafakası Hesaplama Metotlarına İlişkin Uygulamanın Türkiye'de Uygulanabilirliği

1. Genel Olarak

İsviçre'deki nafaka hesaplama metotlarının ve çözüm önerilerinin Türk Hukuku'nda dikkate alınıp- alınamayacağını ön mesele olarak metodik anlamda irdelenebilir. Akıl yürütme tasımlama, dedüksiyon, tümünden gelim, uslama gibi kavramlarla ifade edilebilir⁸⁴. Akıl yürütmedeki değerlendirme faaliyeti yukarıdan aşağıya doğru gerçekleşir, daha somut olarak büyük önermeden (tanım bölümünden) küçük önermeye (somut olguya) inilir. Önermeler arasında bir uyuşma söz konusu olursa büyük önermede benimsenen sonuç/ sonuçlar küçük önermeye de uygulanabilir. Büyük ve küçük önerme arasındaki uyuşmayı sağlayan belirteç ise ara kavramdır, bağlamdır⁸⁵. Bu anlamda mukayeseli metotta⁸⁶ ve bu makalenin özelinde yabancı hukuk sistemindeki bazı yaklaşımlar-

⁸⁴ Hukukta akıl yürütme faaliyeti hakkında bkz. Peter Vogt Forstmoser- Hans Ueli Vogt, *Einführung in das Recht*, 5. Baskı, Stämpflis Verlag, Bern, 2012, § 1, N. 5 vd.; § 2, N. 16 vd., 33; Franz Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Baskı, Springer Verlag, Wien Newyork, 2011, s. 395 vd.; Hansjörg Seiler, *Einführung in das Recht*, 3. Baskı, Schult-hess Verlag, Zürich- Basel- Genf, 2009 s. 208 vd., 210 vd.; O. Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi Cilt: II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, §§ 88, 2073 vd.; Sinan Okur, *Borçlar Hukuku Pratik Çalışması Çözüm Metodu ve Örnek Çözümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 30 vd.; Rona A. Serozan, *Hukukta Yöntem*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, § 20 vd.

⁸⁵ Serozan, Metot, § 20.

⁸⁶ Walter R Schlupe, *Einladung zur Rechtstheorie*, Nomos Verlag, Bern, 2006, N. 1623 vd.; Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, s. 385 vd., 386, 461 vd.; Forstmoser-Vogt, *Einführung in das Recht*, § 5, N. 64 vd.; Sinan Okur, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 30 vd.; Antalya, *Metodoloji*, § 3386 vd.; Çisil Durgun Arslan, "Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmalarında Yöntem", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, S. 27, s. 1540 vd. Son zikredilen yazarın işaret ettiği mukayeseli metot yaklaşımlarından biri olan işlevsel (fonksiyonel) denklik meto- dunda ("*functional equivalence method*"), belirli bir hukuki soruna ilişkin değerlendirme faa- liyetinin yürütüldüğü ülke hukuklarında üretilen çözümlerin fonksiyonel anlamda büyük oranda benzerlik taşıdığından hareket edilmektedir (s. 1546). Bu metotta olan hukukun anlaşılmasında ve olması gereken hukuka yönelik yaklaşımların geliştirilmesinde, hukuk kurallarının yanında özellikle somut hukuk ihtilafların mahkemelerce de nasıl ele alındığı, benzer du-

dan tümden gelim metoduyla Türk hukukunda da yararlanılabilmesi için öncelikle ara kavramın örtüşmesi, bir başka deyişle sorunsal düzeyde bir benzerlik olmalıdır⁸⁷. Bunun yanında ilgili yasal düzlemlerde de benzerlik olmalıdır. Aşağıda sırasıyla sorunsal ve yasal düzeyde benzerlik incelenecek ve varılan ara sonuç paylaşılacaktır.

2. Sorunsal Düzeyde Benzerlik

Uygulamada nafaka miktarının hesaplanmasında bir yeknesaklığın olmadığı, standart bir hesaplama metodu izlenmediği, benzer olaylarda hakimlerin takdir hakkı dahilinde makalede ilgili dipnotlarda bazılarını örnek olarak paylaştığı üzere farklı oranları⁸⁸ yansıtan nafaka miktarları hesaplayabildikleri gözlemlenmektedir. Söz konusu durumun bir eşitsizliğe ve belirsizliğe sebebiyet verebileceği eleştirisine karşı⁸⁹, somut bir ihtilafta olayın tüm koşullarını dikkate almak ve hakkaniyete göre karar verebilmek için hâkimin takdir hakkını kullanmasının gerekli olduğu ileri sürülebilir⁹⁰. Fakat diğer bir açıdan göz ardı edil-

rumlarda nasıl çözümler üretmiş oldukları inceleme konusu yapılmaktadır (s. 1547 vd.). İşlevsel denklik metodunun görünüşlerinden biri olan sorun çözme yaklaşımında ise, tespit edilen bir hukuki soruna farklı hukuk sistemlerinin nasıl yaklaştığına, hangi çözümleri ürettiğine odaklanılır (s. 1550). Yine işlevsel (fonksiyonel) hukuk mukayesesi hakkında bkz. Schlupe, Einladung zur Rechtstheorie, N. 1634; Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, s. 386. Son zikredilen yazar işlevsel mukayeseli yorumda hukuk uygulayıcısının gerçek amacının farklı ülke hukuklarında işlevsel (fonksiyonel) anlamda aynı nitelikteki hukuki sorunlara ilişkin farklı çözümleri karşı karşıya getirmekten ziyade bunlara eleştirel yaklaşabilmek ve amaca uygun en iyi çözümü bulmak olduğunu belirtmektedir (s. 386). Mukayeseli metot yaklaşımlarından biri olan mikro yaklaşımda (birtakım hukuksal kurumların benzerlik ve farklılıkları dikkate alınarak) belirli sorunlara ilişkin hukuk sistemlerinin çözümleri karşılaştırılmaktadır. Mikro mukayeseli hukuk yaklaşımı için bkz. Forstmoser-Vogt, Einführung in das Recht, § 5, N. 68 vd.; Schlupe, Einladung zur Rechtstheorie, N. 1631 vd.; Antalya, Metodoloji, § 3390. Yine diğer mukayeseli metot yaklaşımları için bkz. Durgun Arslan, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 1546 vd.; Antalya, Metodoloji, §§ 3388 vd., 3399 vd.

⁸⁷ Okur, Hukuki Sorumluluk, s. 30; Yine (işlevsel, fonksiyonel) bir hukuk mukayesesinde öncelikle çıkış noktası olarak bir sorunun tespiti ve daha sonra bunun çözümü odaklı hareket etmek gerektiği hakkında krş. Forstmoser-Vogt, Einführung in das Recht, § 5, N. 75; Schlupe, Einladung zur Rechtstheorie, § 1634.

⁸⁸ Örneğin hükmedilen nafaka miktarı ile nafaka yükümlüsü geliri arasında oran gibi.

⁸⁹ Krş. Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", s. 151; Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 284.

⁹⁰ Krş. Botschaft, Kindesunterhalt, s. 539, 554 vd. Yine Bkz: "Yaşam koşullarının çeşitliliği ve sosyal ve ekonomik koşulların gelişimi ancak uyarlanabilir bir düzenleme ile dikkate alınabilir...O yüzden kanunda bunun ötesinde bir somutlaştırma ne gerekli, ne de mümkündür."/ "Der Vielfalt der Lebensverhältnisse und der Entwicklung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse lässt sich nur mit einer anpassungsfähigen Formulierung Rechnung

memesi gereken husus; nafaka yükümlülüğü getirilmesinin, her zaman anayasal olarak korunan kişi özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği⁹¹ ve bunun için kanuni bir dayanağa ihtiyaç bulunduğu⁹². Bu anlamda iştirak nafakası yükümlülüğünün kapsamı kişinin malvarlığı (ve dolaylı olarak kişisel özgürlüğün kullanılması üzerinde) somut duruma göre çok önemli olabilecek bir etkiye sahip olup, bu durum temel olarak anayasal olarak korunan mülkiyet hakkına müdahale eder. Yasal barışın tesisinde yasal düzenin ve düzenlemele- rin maddi içeriği kadar, bunların bizzat mevcudiyeti (ve öngörülebilirliği) de belirleyicidir⁹³. Nafaka hesaplama ile ilgili ölçütleri öngören TMK m. 330 f. 1’de hüküm içi boşluk söz konusudur. Bu hükmün somutlaştırılması ve nafaka yükümlüsünün malvarlığına yönelik müdahaleye ilişkin hâkimin takdir hakkının kullanımının objektif kriterlere dayanması hukuki barışın tesisi, istikrarlı bir hukuk uygulaması ve hukuk güvenliğinin sağlanması açısından önemlidir.

Bu anlamda mahkeme takdir hakkı dahilinde nafakayı hesaplarken öngörülebilir ve sonradan denetime elverişli bir yaklaşım takip etmeye özen göstermeli-

tragen... Eine weitergehende Konkretisierung im Gesetz ist weder nötig noch möglich” (Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, **Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung**, BBl 1996 I, s. 115 vd.’dan naklen).

⁹¹ Krş. Seda Baş- Nisa Özcan, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2022, C. 4, S. 1, s. 363 vd.; Mustafa Şahin, “Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 - ZGB m. 125)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2017, C. 21, S. 3, s. 75 vd.; Zekeriya Kurşat, “Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu**, Ed.: Tufan Öğüz, İlhan Helvacı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 227.

⁹² Uygulamada mülkiyet hakkına yönelik sınırlandırmaların mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğinin tespitinde Anayasa Mahkemesi tarafından üç aşamalı bir test yürütülmekte olup, bu aşamalar sırasıyla; bu müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği (hukukilik/ kanunilik testi), bu müdahalenin sınırlama ölçütleri/ meşru amaçlara uygunluğu (meşru amaç testi/ kamu yararı), bu müdahalenin ölçülü olup olmadığıdır (adil denge/ ölçülülük testi). Bu konuda örneğin bkz. Burak Gemalmaz, **Mülkiyet Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018. s. 6 vd. Mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararları için bkz. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 265 vd.

⁹³ Miras hukuku yönünden söz konusu tespit için Krş. Eugen Huber, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements**, Band I, Böhler & Company, Bern, 1914, s. 320.

dir⁹⁴. Nafaka hesabına ilişkin kararın gerekçeli olması adil yargılanmanın en önemli unsurlarından biri olduğu gibi, bu konuda öngörülebilirliği arttırmak suretiyle hukuk güvenliğini sağlayacaktır⁹⁵. Aynı şekilde nafaka hesabı objektif esaslara dayanmalı, verilen kararlarda somut ve uygulanabilir sonuçlara⁹⁶ ulaşılabilir. Bu bağlamda nafakaya ilişkin benimsenecek görüşe göre tercih edilecek hesaplama

⁹⁴ Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 15.

⁹⁵ Yargıtay iştirak nafakasının indirimine (ve yoksulluk nafakasının kaldırılmasına) ilişkin bir davada; gerekçeli kararın denetiminin yapılabilmesinin ve tarafların kararın doğruluğu ve yanlışlığı konusunda fikir sahibi olmasının sağlanmasının, onların kanun yollarına başvurma konusundaki tutumlarının belirlenebilmesi açısından önemli bir işlev göreceğine işaret etmiştir (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin, 11.09.2014 tarihli, 2014/4089 esas, 2014/11720 karar sayılı kararı). Yine iştirak nafakasının hesaplanmasına ilişkin kararın gerekçeli olmasının önemine ilişkin Yargıtay bir kararındaki ifadeleri aynen şu şekildedir: "...iki taraf davet edilip usulüne uygun inceleme yapılarak taraf delilleri toplanmadan dosya üzerinden iştirak nafakası takdiri kanuna aykırıdır...HMK'da hukuki dinlenme hakkı başlığı altında m. 27 2), c'de: "Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Hukuki dinlenme hakkı AY m. 36'da ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m. 6'ta düzenlene adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. İddia ve Savunma hakkı olarak bilinen de bu hak, tarafların yargılama konusunda tam bilgi sahibi olmalarını, açıklama ve ispat hakkını tam ve eşit olarak kullanabilmelerini, yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermelerini zorunlu kılmaktadır." (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 25.09.2014 tarihli, 2014/5324 esas, 2014/12474 karar sayılı kararı). Bu kararlar için bkz. Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 332 vd., 335. Buna karşılık mahkemelerin somut araştırma yapmadan soyut tanık beyanlarıyla yetindikleri kararlarla uygulamada karşılaşılabilmektedir. Tedbir nafakasını hesabını konu alan bir kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.03.2014 tarihli, 2013/654 esas, 2014/283 karar sayılı kararı) söz konusu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "...Somut olayda; tarafların sosyal ve ekonomik durumları araştırılmamış, ne iş yaptıkları, varsa gelir ve malvarlıklarının ne kadar olduğu konularında da hiçbir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Sadece soyut olan tanık beyanları doğrultusunda hüküm kurulmuştur...", www.lexpera.com, (20.08.2022).

⁹⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.05.2014 tarihli, 2014/689 esas, 2014/8108 karar sayılı kararında: "...ilamla hükmedilse dahi hüküm bölümünün infazı kabil olması zorunlu olup, yorum, tahmin, takdir yoluyla infaz kabiliyeti olmayan ilam hükmünün infazı sağlanamaz...hükmün içeriğinin aynen infazı zorunludur. O nedenle mahtud yetki icra tetkik mercii hakimii ilamın infaz edilecek kısmı yorum yoluyla belirleme yetkisine sahip değildir. her ne kadar mahkemece ilam hükmünün... (davacı tarafın talebi doğrultusunda)...müşterek çocuğun özel okul, servis, yemek, dersane ve özel kursa giderlerinin davalı tarafından ödenmesine, şeklinde hüküm tesis edilmiş ise de bu hükmün infaz kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira her zaman tek taraflı olarak temin edilebilecek okul taksitlerine, dersane ve özel kursa ücretlerine ilişkin belgelere dayanarak (ayrıca alacak ilama bağlanmaksızın) ilamların icrası yoluyla takip yapılamaz. O halde mahkemece çocuğun yaşı, okul, servis ve diğer ihtiyaçları hep birlikte değerlendirilerek nafaka yükümlüsü davalının geliri ile orantılı şekilde, TMK m. 4'deki hakkaniyet ilkesi gözetilerek infazı tereddüte mahal bırakmayacak şekilde hüküm tesis edilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir" şeklinde aktarılmıştır (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 342 vd.).

metodu bahsedilen hassasiyete katkı sağlayacaktır. Ancak nafaka hesaplama ile ilgili bir metodun seçimi ve bunun yürütümü hukuk alanı dışında somut olayda istatistik, matematik, ekonomi, çocuk gelişimi vb. alanlara ilişkin bilgi gerektirebilir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da hâkimin Aile Mahkemesi'nin görev alanına giren, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek ve mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak üzere farklı uzmanlık dallarına sahip, uzman kişilerden yararlanabileceği öngörülmüştür (4787 sayılı Kanun m. 5). Böylece objektif esaslara göre gerekçeli karar vermesi gereken hâkim söz konusu metodların uygulanması konusunda da ilgili alanların uzmanlarının inceleme ve görüşlerinden yararlanabilir.

Daha önce değinildiği üzere TMK ve ZGB'de nafaka hesaplama metoduna ilişkin olarak sadece ölçütler belirtilmiş; ancak bunun nasıl hesaplanacağı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Böylece her iki hukuk sisteminde de iştirak nafakasının nasıl hesaplanacağı konusunda sorunsal/olgusal düzeyde bir benzerlik bulunduğu söylenebilir. Bu bağlamda İsviçre öğretisi ve uygulamasında çocuğun durumuna, menfaatlerine uygun olması ("*gebührender Kindesunterhalt*")/Art. 286a ZGB⁹⁷ beklenen iştirak nafakasının nasıl hesaplanacağı hususundaki belirsizliği azaltarak hukuk güvenliğini sağlamak⁹⁸ üzere uzun yıllardır uygulanmakta olan çeşitli metotlar geliştirilmiştir⁹⁹. Türk Hukuku'nda hâkim hukuku uygularken, hukuka ve hakkaniyete uygun karar verirken mehz öğretisindeki görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanabilir (TMK m. 1 f. 3, m. 4)¹⁰⁰. Bu anlamda genel olarak mehz öğretideki görüş ve uygulamalar, hâkimin takdir hakkı dahilinde farklı kapsam ve bağlamlarda yararlanılabilir niteliktedir.

⁹⁷ ZGB'nin ilgili maddelerinde de karşılık bulan uygun nafaka ("*gebührender Kindesunterhalt*") kavramı için bkz. BGer 5A_311/2019, 11.11.2020, § 5; Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 252 vd.

⁹⁸ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 4; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 15.

⁹⁹ bkz. Phillip Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO", *Die Praxis des Familienrechts*, 2014, S. 2, s. 311 vd.; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 3 vd.; Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", s. 152 vd.

¹⁰⁰ Kemal Oğuzman - Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 28. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, N. 394, 398, 457; O. Gökhan Antalya- Murat Topuz, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt I: Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 324, 326; Çetin Karaca, *Medeni Hukuk-I*, Ed.: Metin İkizler, Özlem Tüzüner, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 86 vd., dn. 150, 151; Mustafa Dural- Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, § 895, 907 vd.

3. Yasal Düzlemde Benzerlik

İsviçre Hukuku'ndaki nafaka hesaplama ile ilgili bazı metotların Türk Hukuku'nda (küçük önerme) dikkate alınabilmesi için sadece sorunsal/ olgusal düzeyde benzerlik yeterli olmayıp, inceleme konusu sorunun çözümüne ilişkin metotların geliştirildiği ve uygulanacağı (metodolojik olarak büyük önerme olarak da ifade edebilecek olan) yasal düzenlemlerde de aynıyet veya benzerlik olmalıdır¹⁰¹.

Öncelikle ilkesel düzeyde bir aynıyet olduğunu ve daha önce bahsedildiği üzere her iki hukuk sisteminde de çocuk hukukuna ilişkin konularda farklı görünüm ve yoğunlukta olabilmekle birlikte bir üst, çatı ilke olarak çocuğun üstün menfaatlerinin korunması ilkesinin esas alındığı söylenebilir. Öte yandan yukarıda paylaşıldığı üzere mehz ZGB'de çocuk nafakasına ilişkin olarak son yıllarda bazı eklemeler ve değişiklikler yapılmıştır. Örneğin nafakanın değişen koşullara uyarlanması, taraflarca yapılacak nafaka anlaşmasının şartları ve neleri içermesi gerektiği, nafakanın paylaşımında çocuğa yönelik nafaka yükümlülüğünün her türlü ailevi nafaka talebinden önce geleceği, ergin çocuğa verilen nafakanın şartları, nafaka ödeme şekli ve usulü vb. hususlarda her iki hukuku düzeni arasında farklılıklar bulunmaktadır. Öğretide yer alan görüşler dahilinde Türk Hukuku'nda da sıklıkla benzer sonuçlara ulaşılabildiği aktarılan söz konusu düzenlemeler makalenin en azından doğrudan inceleme konusu dışında kalmaktadır. Ancak inceleme konumuz olan boşanma sonrası çocuğun nafakasının mahkeme tarafından hesaplanmasına ilişkin temel bir hüküm olan ve hesaplamada temel ölçütleri belirleyen TMK m. 330 f. 1'in mehz ZGB Art. 285 Abs. 1 aynen muhafaza edilmiştir. Böylece incelemenin özelinde yasal düzeyde de genel olarak hukuk sistemleri arasında bir benzerlik olduğu söylenebilir. Öte yandan İsviçre Hukuku'nda nafaka hesaplama metotları önceki başlıklarda belirtildiği üzere nafakanın farklı şekillerde yerine getirilebileceği esas alınarak yapılandırılmıştır. Türk hukukunda da kanaatimizce nafakanın farklı şekillerde yerine getirilmesinin mümkün olduğu ve bu durumun iştirak nafakasının hesaplanmasında dikkate alınabileceği gerekçeleriyle tartışılmıştır.

İsviçre Hukuku'nda dolaylı çocuk maliyetlerini dikkate alan daha sonraki başlıklarda bazıları aktaracak olan nafaka hesaplama metotlarında çocuğa bakan eşin fiilen çalışıp- çalışmadığı dikkate alınmaktadır. İlgili hesaplama metoduna göre farklı ölçütler dahilinde ondan çalışmasının beklenip beklenmeyece-

¹⁰¹ Krş. Okur, Hukuki Sorumluluk, s. 32 vd.

ği irdelenmektedir. Bu bağlamda bir eşin isteyebileceği ve sıklıkla¹⁰² onun çalışıp çalışmama durumunu esas alan ve “süresiz” ibaresini içeren yoksulluk nafakasına ilişkin TMK m. 175 hükmü zikredilebilir. Yargıtay uygulamasında evlilikten sonra eşler arasında dayanışma ilkesi ön plana alınarak¹⁰³ hâkimin bunun süresini sınırlama konusunda bir takdir hakkı olmadığı belirtilmekte ve bu anlamda bir eşin belli bir süreden sonra çalışması gerektiğinden yola çıkılarak, nafaka miktarında bir indirim veya süre kısıtlamasına gidilememektedir. Söz konusu durum ile (eşe verilen ve bu çalışmada savunulan görüşe dolaylı maliyetlerin hesaplanması dahilinde nafaka hesaplama metotlarında eşin çalışma durumunun dikkate alındığı) iştirak nafakası arasında benzerlik kurulduğunda, aynı yönde bir çıkarımın iştirak nafakasında da kurulması gerektiği akla gelebilir. Buna karşılık bu tarz bir genelleme ve tespitin hemen aşağıda belirtilen gerekçelerle yerinde olmayacağı ifade etmek gerekir.

Bu yönde ilk olarak iştirak nafakasının ve yoksulluk nafakasının birbirinden farklı amaçlara sahip olduğu söylenebilir. Yoksulluk nafakasında amaç yoksulluğa düşen eşin desteklenmesidir¹⁰⁴. İştirak nafakasında ise çocuğun eğitiminin ve

¹⁰² Yoksulluk ifadesi her zaman gelire sahip olmama ile örtüşmediği hakkında bkz. Remzi Demir, “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, S. 147, s. 226; Oğuz Ersöz, “Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, S. 12, s. 470 vd.; Ali Demirbaş, “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 5, S. 2, s. 228; Dural-Öğüz-Gümüş, *Aile Hukuku*, s. 149; Yiğit, “Yoksulluk Nafakası”, s. 12; Akıntürk-Ateş, *Aile Hukuku*, s. 304; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 134. Aksi yönde yoksulluk nafakasının ancak asgari ücretli bir işe girmedikçe devam edebileceği yönünde bkz. Öztan, *Aile Hukuku*, s. 506. Yargıtay uygulamasındaki bazı kararlarda yoksulluk nafakasını talep eden eş asgari ücrete sahip olsa da onun lehine nafakaya hükmedilebilmektedir. Bu yönde bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 09.10.2017 tarihli ve 2017/11957 esas, 2017/13613 karar sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23.12.2020 tarihli ve 2020/5476 esas, 2020/6801 karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.11.2019 tarihli ve 2019/117 esas, 2019/1153 karar sayılı kararı. Aksi yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 08.02.2005 tarihli ve 2005/607 esas, 2005/1601 karar sayılı kararı (Yiğit, “Yoksulluk Nafakası”, s. 12, dn. 39).

¹⁰³ Gediz Kocabaş, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 1, s. 366; Yiğit, “Yoksulluk Nafakası”, s. 22.

¹⁰⁴ Demir, “Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar”, s. 227; Demirbaş, “Yoksulluk Nafakası”, s. 226, Dural-Öğüz-Gümüş, *Aile Hukuku*, s. 150; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi”, s. 241; Akıntürk-Ateş, *Aile Hukuku*, s. 302; Yiğit, “Yoksulluk Nafakası”, s. 6; Fatma Duygu Bozkurt, “Yoksulluk Nafakasını İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Ekseninde Yeniden Düşünmek”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 12 S. 2, s. 575 vd.

bakımının karşılanması söz konusu olup, bu nafaka çocuğun menfaatlerine yöneliktir. Bunların şartları¹⁰⁵ da birbirinden farklı olup, aralarındaki farklılıklardan bazıları burada paylaşılabilir. Örneğin yoksulluk nafakası gibi iştirak nafakası da aynı eşe verilebilir, ancak o bu nafakayı kendisi için değil, çocuk adına almaktadır. Nitekim çocuk ile velisi arasında olası bir menfaat çatışmasında veya çocuk vesayet altında ise iştirak nafakası davası anne ve babaya karşı açılacaktır¹⁰⁶. Yine yoksulluk nafakasının istenebilmesi için eşin bunu talep etmesi gerekir¹⁰⁷. Buna karşılık kamu düzeninden olan iştirak nafakası¹⁰⁸ talep edilmese bile yargılamanın tüm aşamalarında hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Bunun gibi yoksulluk nafakasında aranan yoksulluğa düşmüş olma/ yoksulluğa düşme tehlikesi, diğer taraftan daha ağır kusurlu olmama gibi şartlar¹⁰⁹ iştirak nafakasında aranmaz. Ayrıca TMK m. 175'te yer alan süresiz gibi bir ifade iştirak nafakasına ilişkin düzenlemelerde yer almamaktadır. Daha önce aktarıldığı üzere iştirak nafakası kural olarak çocuğun ergin olmasından itibaren sona erer (TMK m. 328). Anne babanın çalışmasının beklenip beklenmeyeceği dikkate almaya engel bir ifade nafaka hesaplama ile ilgili TMK m. 327'de yer almamaktadır. Kaldı ki Yargıtay'ın yoksulluk nafakasına ilişkin aktarılan yaklaşımı ve süresiz nafaka öğretide; bu tarz bir yaklaşımın TMK m. 175'in amacıyla bağdaşmadığı, ömür boyu kan bağı olmayan ve ayrıldığı birine bakmanın hakkaniyetli olmadığı, sosyal hukuk devletine ve Anayasa'daki çeşitli temel hak ve hürriyetlere aykırı olduğu, nafaka yükümlüsünün bir kere daha evlenme ve aile kurma hakkına müdahale teşkil ettiği, adalet duygusunu zedelediği, böyle bir uygulamanın nafaka yükümlüsünü çalışmamaya veya bazı kötüniyetli yaklaşımlara

¹⁰⁵ bkz. Baş-Özcan, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", s. 334 vd.; Ersöz, "Yoksulluk Nafakası", s. 468 vd.; Dural-Öğüz-Gümüş, Aile Hukuku, s. 156 vd.; Kılıçoğlu, s. 135 vd.; Dila Okyar Karasmanoğlu, "Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 15, S. 2, s. 423 vd.; Şahin, "Yoksulluk Nafakasının Şartları", s. 80 vd.

¹⁰⁶ Erdem-Makaracı Başak, Aile Hukuku, s. 430 vd.; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 488.

¹⁰⁷ Ersöz, "Yoksulluk Nafakası", s. 468 vd.; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 302; Öztan, Aile Hukuku, s. 452, 497; Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 107; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi", s. 244 vd.; Bozdağ, Nafaka, s. 40.; Dural-Öğüz-Gümüş, Aile Hukuku, s. 148.

¹⁰⁸ Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 27 vd.; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1341.

¹⁰⁹ Şahin, "Yoksulluk Nafakasının Şartları", s. 81 vd., 84 vd.; Baş-Özcan, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", s. 133 vd.; Ersöz, "Yoksulluk Nafakası", s. 470 vd., 472 vd.; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi", s. 245 vd.; Yiğit, "Yoksulluk Nafakası", s. 9 vd. Eşin kusur halinde de yoksulluk nafakasına hükmedilmesi mümkündür. Bu konuda bkz. Abdülkadir Yıldırım, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, 2016, C. 14, S. 157, s. 63; Öztan, Aile Hukuku, s. 499.

yönlendirdiği, kişinin ekonomik haklarını ve hatta kişilik haklarını¹¹⁰ ihlal ettiği vb. gerekçelerle¹¹¹ ciddi eleştirilere konu olmaktadır.

Bu anlamda öğretilen hukuk (*de lege lata*) yönünden hâkimin yoksulluk nafakasını kesme konusunda bir takdir hakkı olmadığı şeklinde görüşler bulunmaktadır¹¹². Ayrıca öğretilen mehz düzenlemelere uygun şekilde boşanma sonrası eşlerin kişisel sorumluluğunu ve eşlerin kendi geçimlerini sağlayabilmesi esasını ön plana çıkaran¹¹³ olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) yönünden farklı içeriklerde görüşler bulunmaktadır. Örnek olarak bunlar arasında; nafakanın kaldırılması veya azaltılması hususunda haklı neden veya mehz düzenlemelerdeki gibi birtakım ölçütler öngörülerek, bazılarında sürenin kaldırılmaması durumunda bunun belli (veya daha önce evli kalınan süre gibi ölçütlerle belirlenebilir) üst bir süreye bağlanarak ve/veya nafakanın kesilmesi hususunda haklı neden öngörülerek, diğerlerince farklı alternatif üst süreler öngörülerek vb. şekilde bu konuda hakime bir takdir hakkı bırakacak daha farklı bir düzenleme yapılması gerektiği gibi görüşler yer almaktadır¹¹⁴.

¹¹⁰ Zekeriya, “Boşanma ve Yoksulluk Nafakası”, s. 227.

¹¹¹ Aktarılan gerekçeler için bkz. Kürşad Yağcı, “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2018, C. 76, S. 1, s. 334 vd.; Saibe Oktay Özdemir, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2015, C. 35, S. 1, s. 43; Yalçın Tosun, “Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 10, S. 129- 130, s. 67; Zekeriya, “Boşanma ve Yoksulluk Nafakası”, s. 227; Şahin, “Yoksulluk Nafakasının Şartları”, s. 88 vd., 104; Demirbaş, “Yoksulluk Nafakası”, s. 227 vd., 230; Baş-Özcan, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, s. 363 vd.; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi”, s. 262; Yiğit, “Yoksulluk Nafakası”, s. 21; İzzet Doğan, Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2015, C. 35, S. 1, s. 83. Yine bkz. AYM, E. 2011/136 K. 2012/72, 17/05/2012 sayılı kararın karşı oy yazısı.

¹¹² Ersöz, “Yoksulluk Nafakası”, s. 474.; Dural-Öğüz-Gümüş, Aile Hukuku, s. 158; Mine Uzun, *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 100; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1204; Mecit Demir, Yoksulluk Nafakası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 64; Kocabaş, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, s. 78.

¹¹³ Demirbaş, “Yoksulluk Nafakası”, s. 224; Kocabaş, “Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, s. 363. Boşanma sonrasında eşlerin ekonomik olarak geçimlerini sağlamak üzere gerekli girişimlerde bulunmalarını, kendilerinden beklenebilir olması durumunda çalışmak için gerekeni yapmaları gereğini işaret eden İsviçre Hukuku’ndaki “*clean break*” ilkesi ile benzer şekilde Alman Hukuku’ndaki kişisel sorumluluk ilkesi hakkında bkz. Kocabaş, “Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, s. 363, 366 vd. Yine İsviçre Hukuku’ndaki bu esasa işaret eden Türk öğretisindeki bazı güncel çalışmalar için bkz. Demir, “Yoksulluk Nafakası”, s. 220; Kulaklı, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi”, s. 255; Demirbaş, “Yoksulluk Nafakası”, s. 220; Yiğit, “Yoksulluk Nafakası”, s. 20.

¹¹⁴ Aktarılan görüşler için bkz. Burçak Çitak, “Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. 74, S. 1, s. 253; Ahmet Cemal Ruhi- Canan Ruhi, *Nafaka Huku-*

Öte yandan olan hukuk açısından öğretide (ve 17.05.2021 tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi tarafından¹¹⁵) TMK m. 175'te geçen "süresiz" ifadesinin amaca uygun okunması gerektiği ve hâkimin yoksulluk nafakasının miktarı yanında, bunun süresini belirleme noktasında da takdir hakkı olduğu belirtilmiştir¹¹⁶. Ancak son görüşler içinde açıklık sağlamak ve hukuk güvenliğinin sağlanması üzerine yine de kanunda değişiklik yapılması gerektiği hususu da vurgulanmaktadır¹¹⁷. Son yıllarda Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında¹¹⁸ da yerinde bir şekilde eşlerin yaşı, fiili evli kaldıkları süre gibi kriterleri gözetmek suretiyle yoksulluk nafakasının süresiz olarak hükmedilmesinin yerinde olmayacağı belirtilerek, olan hukuk açısından yoksulluk nafakasının süresiz olmadığına işaret edilmektedir.

ku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 49; Yiğit, "Yoksulluk Nafakası", s. 22 vd.; Yağcı, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", s. 354 vd.; Dural-Öğüz-Gümüş, Aile Hukuku, s. 159; Kocabaş, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", s. 78, 83; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi", s. 265; Demirbaş, "Yoksulluk Nafakası", s. 224 vd., 232. Son zikredilen yazarın görüşünü tamamlayıcı olarak yoksulluk nafakası alacağını alamamış eşin mağdur olmasının önüne geçilebilmesi ve ona ödeme yapılabilmesi için devletçe kurulacak bir fon, havuz oluşturulması önerisi olduğuna da işaret edebilir (s. 232 vd.). Yine olması gereken hukuka yönelik bir öneri olarak süresiz nafaka düzenlemesi ile bunun yanında edinilmiş mallara katılma payı, maddi ve manevi tazminat taleplerinin kaldırılarak bunlar yerine boşanma tazminatı (boşanması nafakası) çatısı altında tek bir kaleme hükmedilmesi gerektiği hakkında bkz. Hatemi, Aile Hukuku, s. 140; Baş-Özcan, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", s. 369 vd.

¹¹⁵ Süresiz kaydının Anayasa'daki ilkelere bir aykırılık oluşturmadığı, zira TMK m. 175'te geçen "süresiz" ifadesinin nafaka alacaklısı ölünceye kadarki sürece yayılacak şekilde yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmeyeceği, bunun sosyal hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmesi ve sosyal dayanışma ile ahlaki düşüncelerin bir sonucu olduğu yönünde bkz. AYM, E. 2011/136, K. 2012/72, 17/05/2012.

¹¹⁶ Bu konuda bkz. Yıldırım, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", s. 78; Şükran Şıpka, "Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım" *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı*, Ed.: Yasemin Güllüoğlu Altun, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 17; Ezgi Gelmez, "Yoksulluk Nafakasının Süresine İlişkin Güncel Gelişmeler", *Terazi Hukuk Dergisi* 14, no. 159 (2019), s. 2153 Yağcı, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", s. 340; Kulaklı, "Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi", s. 254; Baş-Özcan, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", s. 354 vd.; Kocabaş, "Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler", s. 366 vd.

¹¹⁷ Yağcı, "Yoksulluk Nafakasında Süresizlik Sorunu", s. 354 vd.

¹¹⁸ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 15.10.2018 tarihli ve 2018/2622 esas, 2018/1201 karar sayılı kararında: "... yoksulluk nafakasına da karar verilmesi doğrudur ancak tarafların yaşları, 14/05/2013 tarihinde evlenip boşanma davasının 03/08/2015 tarihinde açıldığı fiili evlilik süresinin az olduğu gözetildiğinde yoksulluk nafakasının süresiz olarak hüküm altına alınması doğru bulunmamıştır..." şeklinde aktarılmıştır.

4. Ara Sonuç

Aktarılan gerekçelerle ön bir tespit olarak inceleme konumuz açısından, mukayeseli bir değerlendirmede İsviçre ve Türk Medeni Hukuku'nda sorunsal düzeyin yanında ilkesel ve yasal düzlemde benzerlik söz konusu olduğunu ve söz konusu metot ve çözümlerin (küçük ve büyük önermeler arasındaki benzerlikten hareketler varılan sonuçların) hukuk sistemleri arasındaki özgün yapısal farklılıklar gözetilerek Türk Hukuku yönünden de yol gösterici nitelikte olduğu söylenebilir¹¹⁹. Ancak somut olarak bu metotların söz konusu sorunsala ve amaca en uygun çözüm bulma noktasında¹²⁰ ne derece ve nasıl katkı sağlayabileceği aşağıda incelenecektir.

Aşağıda İsviçre hukuk uygulama ve öğretisinde kabul gören iştirak nafakası hesaplama metotlarından bazılarına değinilecektir. Yukarıda aktarılan iştirak

¹¹⁹ Krş. Okur, Hukuki Sorumluluk, s. 41. Mukayeseli hukukun TMK m. 1 f. 3 anlamında yardımcı bir hukuk kaynağı olarak ikinci hukuku tanıma kaynağı olduğu, hukukun kanunlaştırılması yanında hukukun yorumlamasına, tamamlanmasına ve düzeltilmesine sistematik yorum araçlarından biri olarak ve diğer elemanları destekleyici şekilde dolaylı olarak hizmet ettiği; aynı hukuk sistemi içindeki yabancı ülke hukuklarındaki düzenleme ve uygulamaları tamamlama, düzeltmeyi destekleyici ve gerekçelendirici bir fonksiyonu olduğu hakkında bkz. Antalya, Metodoloji, §§ 3391 vd., 3395, 3397. Son zikredilen yazar mukayeseli hukuku yorum elemanı içinde ve diğer elemanları destekleyici şekilde değerlendirirken, diğer bir görüş bunu bir yorum aracı, metodu olarak görmektedir. Diğer görüşe yönelik değerlendirmeler için bkz. Schlupe, Einladung zur Rechtslehre, §§ 1620 vd., 1630 vd., 1650 vd.; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, s. 385 vd., 461 vd.; Seiler, Einführung in das Recht, s. 224 vd. Yine *Antalya* (Antalya, Metodoloji) bir hukuk uygulayıcısı kendi ülke normu ile yabancı ülke normunu değerlendirirken farklı yaklaşımlardan yararlanılabileceğine işaret etmektedir. Bunlardan kontrast metoduna göre yabancı ve kendi hukuk kurallarının ve hukuk sistemlerinin zıtlık ve benzerlikleri değerlendirmede gözetilmelidir (§ 3403 vd.). Transfer metoduna göre ise kıyasın şartları dahilinde yabancı hukukun iç hukuk uygulamasında doğrudan dikkate alınması, boşluk doldurmada iç hukuka dahil edilmesi, doğrudan iktibas yoluyla transferi söz konusudur (§ 3405). Esinlenme metodunda ise hukuk uygulamasında yabancı hukuk normu aynen iktibas edilmeyerek benzer bir yaklaşım geliştirilmektedir, bu bağlamda hukuk yaratımında da benzer bir hukuk kuralı yaratılmaktadır (§ 3405).

¹²⁰ Artık günümüzde hukuk mukayesesinin bir bulmacayı çözme veya merakı tatmin etmenin ötesinde bir anlamı olduğu, esas fonksiyonu bilgi kazanımı olan farklı ülkelerde uygulanmış farklı çözümlerin karşılaştırıldığı hukuk mukayesesinde, bu şekilde öncelikle sosyal bir problem aynen tespit edildiği ve ayrıca buna makul, en iyi, en adil çözüm bulunduğu hakkında bkz. Schlupe, Einladung zur Rechtslehre, § 1625. İşlevsel mukayeseli yorumda hukuk uygulayıcısının gerçek amacının farklı ülke hukuklarında fonksiyonel anlamda aynı nitelikteki somut hukuki sorunlara ilişkin farklı çözümleri karşı karşıya getirmekten ziyade bunlara eleştirel yaklaşabilmek ve amaca uygun en iyi çözümü bulmak olduğu hakkında Krş. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, s. 386; Forstmoser-Vogt, Einführung in das Recht, § 5, N. 78.

nafakasına ilişkin doğrudan çocuk maliyetlerinin yanında dolaylı çocuk maliyetlerinin de hesaplamada dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda her iki maliyet kalemine ilişkin olarak geliştirilmiş metotlardan bazıları ve bunlara ilişkin (sıklıkla Türk Hukuku'na uygunluğu ve buna olumlu yanıt verilirse bunun nasıl olabileceği yönünden) bazı değerlendirmeler aşağıda paylaşılacaktır.

Aşağıda öncelikle doğrudan, sonrasında ise dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin nafaka hesaplama metotları incelenecektir. Doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin metotlar ve buna ilişkin değerlendirmelerden bahsedildikten sonra alt başlıklarında ayrıca; farazi gelir, iki aşamalı metottaki (hesaplamada bir fazlalık kalması durumunda söz konusu olan) son halka olan fazla değerlerin paylaşılması, tarafların refah seviyesinin değerlendirmeye etkisi incelenecektir. Dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin metotlar ve buna ilişkin değerlendirmelere değinildikten sonra, alt başlıklarda ayrıca; yaşama maliyeti metodunda esas alınan gelirin tespitine yönelik bazı mikro ekonomik değerlendirme modelleri ile dolaylı çocuk maliyeti hesaplamada dikkate alınan önemli olgulardan biri olan çocuk sayısı ve çocuk/çocukların yaşı paylaşılacaktır.

B. Doğrudan Çocuk Maliyetleri

Yukarıda aktarılan doğrudan çocuk maliyetleri iştirak nafakasında nakdi nafakanın esas, tipik bölümünü teşkil eder. Bu anlamda bir çocuğun varlığından kaynaklanan ve para ile ölçülebilen tüm masraflar, doğrudan çocuk masraflarına dahil edilir. Bir başka deyişle doğrudan çocuk maliyetleri çocuğun nakit ihtiyacına ilişkindir.

Türk hukuk öğretisindeki bazı çalışmalarda¹²¹ ve uygulamada sıklıkla gider olarak zikredilen aslında doğrudan çocuk maliyetlerine dair farklı kalemlerdir. Bunlar arasında kararlarda özellikle iştirak nafakasından ayrı olarak hükmedilmemesi gerektiği¹²² vurgulanan yiyecek, giyecek, barınma, sağlık, dinlenme, eğitim ve öğretim, ulaşım giderleri¹²³ sayılabilir¹²⁴.

¹²¹ Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 17 vd.; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1335 vd.

¹²² "Velayeti anneye bırakılan küçük için hükmedilen iştirak nafakasının dışında okul, servis ve yemek giderleriyle ilgili hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir" (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 25.09.2007 tarihli ve 3670 esas, 12587 karar sayılı kararı). "İştirak nafakasına hükmedilmesi gerekirken infazda karışıklık yaratacak şekilde...eğitim ve sağlık giderleri ayrı tutularak hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır" (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2.05.2009 tarihli ve 5088 esas, 8933 karar sayılı kararı). Bu kararlar için bkz. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1335 vd. Ancak kalıcı rahatsızlıklar iştirak nafakası kapsamında hesaplanırken, geçici, tek seferlik sağlık harcamalarının iştirak nafakasından bağımsız şekilde talep edilebil-

Uygulamada nafaka hesaplamasında anne ile babanın gelir durumunun tespitinde sosyal ve ekonomik durum (SED) araştırması adı verilen bir rapor (SED- Raporu) dikkate alınmaktadır¹²⁵. Bu kapsamda ebeveynlerin geliri araştırılırken sadece zabıta araştırması ve tanık beyanları ile yetinilmemeli¹²⁶, ilgili Ta-

mesinin mümkün olduğu hakkında bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.05.2017 tarihli ve 2016/18021 esas, 2017/7655 karar sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16.11.2017 tarihli ve 2016/21174 esas, 2017/12856 karar sayılı kararı (Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 18 vd.).

¹²³ Yiyecek için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 07.11.2007 tarihli ve 2007/15046 esas, 2007/15271 karar sayılı kararı; giyecek ve barınma için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24.05.2017 tarihli ve 2017/2375 esas, 2017/6136 karar sayılı kararı; harçlık için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 19.10.2016 tarihli ve 2016/8331 esas, 2016/11862 karar sayılı kararı (Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 17 vd.). Ulaşım için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 03. 06. 2003 tarihli ve 5179 esas, 8201 karar sayılı kararı (Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1339). Sağlık için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 04.03.2015 tarihli ve 17403 esas, 2015/3510 karar sayılı kararı (Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 315); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 14.09.2017 tarihli ve 2017/11341 esas, K. 2017/11962 karar sayılı kararı (Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 18). Eğitim için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 09.11.2017 tarihli ve 2017/16123 esas, 2017/15627 karar sayılı kararı (Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 19); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.05.2014 tarihli, 2014/689 esas, 2014/8108 karar sayılı kararı, Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 18.10.2012 tarihli ve 2012/16085 esas, 2012/21967 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 30.01.2013 tarihli ve 2012/23641 esas, 2013/1365 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 342 vd., 385 vd., 388 vd.); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 07.09.2015 tarihli, 2015/6305 esas, 2015/13608 karar sayılı kararı (Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 329).

¹²⁴ Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 17 vd.; Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 309, 310, 315 vd.; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1335 vd.; Serozan, Çocuk Hukuku, s. 245.

¹²⁵ Buna ilişkin araştırma ise Cumhuriyet Başsavcılığı kanalıyla tarafların oturdukları yere göre belediye sınırlarında polis memurları, belediye sınırları dışında jandarma tarafından yürütülmektedir. Bu konuda örneğin bkz. Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 234.

¹²⁶ Ancak tarafların dinlenilmesi ile yetinilerek hazırlandığı görülen bu raporların sağlıklı sonuçlar vermeyeceği, söz konusu raporun yanında bilirkişi tespitleri ile tamamlanması gerektiği öğretilmiş ve Yargıtay kararlarında vurgulanmaktadır. Bu konuda bkz. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1359; Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 89; Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 234; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 26.01.1998 tarihli ve 676 esas, 881 karar sayılı kararında şöyle aktarılmıştır: "...Davalı emniyette...geliri olduğu beyan etmiş, ... emniyetse davalının verdiği bilgiyi mahkemeye aktarmış ... Emniyet araştırmasından önce delillerin toplanması gerekir. ... Eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır"; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.10.2014 tarihli, 2014/6314 esas, 2014/ 13941 karar sayılı kararında ise: "...Mahkeme davalının ekonomik ve sosyal durumuna ilişkin araştırma yapıp (tapu dairesi ve ilgili yerlerden sorulup) hasil olacak sonuca göre tarafların gerçek sosyal ve ekonomik durumları, nafakanın niteliği, müşterek çocuğun yaşı, eğitim durumu, ihtiyaçları, nafaka yükümlüsünün (davalı babanın) gelir durumu nazara alınarak TMK 4. maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesine uygun bir miktarda iştirak nafakasına hükmedilmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme sonucunda yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir..." (Özüğür, Nafaka

pu Sicil Müdürlükleri, bankalar, mal müdürlüğü ve diğer ilgili kurumlardan bilgi alınmalı, çocuğun ihtiyaçları yönünden ayrımlar yapılmak suretiyle daha somut bir değerlendirme yapılmalı ve gerekirse bilirkişi desteği alınmalıdır¹²⁷. Söz konusu hassasiyetlere riayet edilmemesi gerek çocuk gerek taraflar yönünden hak kayıplarına neden olabilecektir¹²⁸.

Nafakanın hesaplanabilmesi için daha önce de işaret edilen 4787 sayılı Kanun m. 5'te hâkimin davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapması ve sonucunu bildirmek üzere diğer uzmanların yanında sosyal çalışmacılardan ve hatta uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer kamu kurum ve kuruluşların çalışanlardan (veya serbest meslek icra edenlerden) yararlanabileceği öngörülmüştür. Bu kapsamda hâkim takdir hakkını kullanırken hukuk güvenliğini sağlamak ve uygulamada istikrarı gözetmek üzere nafakanın belirlenmesinde ve buna ilişkin matematiksel metot ve matrislerden yararlanmak üzere istatistik kurumu uzmanlarından, matematikçilerden, üniversitelerin ilgili bölümlerinin görüşlerinden ve tespitlerinden yararlanmalıdır. Yapmış olduğumuz bu açıklamalar makalenin sonraki bölümündeki dolaylı ço-

Hukuku, s. 326 vd., 488) şeklinde paylaşılmıştır. Hatta uygulamada bazen ilk derece mahkemelerinin sosyal durum araştırması dahi yapmadıkları ve nafakanın takdirinde sadece soyut tanık beyanları ile yetindikleri görülmektedir. Bu bağlamda Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 12.07.2010 tarihli ve 2010 /9074 esas, 2010 /12581 karar sayılı kararında şu şekilde aktarılmıştır: "...nafaka yükümlüsü davalı babanın sosyal ve ekonomik durum araştırması yapılmamış, ne iş yaptığı, gelir veya malvarlığını ne olduğunu konusunda bir inceleme ve araştırma yapmadan sadece davacı tanık beyanları doğrultusunda eksik araştırma ve inceleme ile hüküm verilmesi doğru görülmemiş..." (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 438). Tedbir nafakasının hesaplanmasına ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.03.2014 tarihli ve 2013 /654 esas, 2014 /283 karar sayılı kararı) şu şekilde ifade etmiştir: "...Somut olayda; tarafların sosyal ve ekonomik durumları araştırılmamış, ne iş yaptıkları, varsa gelir ve malvarlıklarının ne kadar olduğu konularında da hiçbir inceleme ve araştırma yapılmamıştır. Sadece soyut olan tanık beyanları doğrultusunda hüküm kurulmuştur..." , www.lexpera.com, (20.08.2022).

¹²⁷ Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1359; Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 89. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 27.11.2013 tarihli ve 2013/14613 esas, 2013/16775 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 24.06.2013 tarihli ve 2013/9102 esas, 2013/10820 karar sayılı kararı, www.lexpera.com, (02.09.2022): "...nafaka belirleme esaslarına göre; tarafların ekonomik sosyal durumlarının, gelir ve giderlerinin, taşınmaz, araç, banka hesabına sahip olup olmadıklarının, ayrıntılı olarak araştırılması, gelen cevaba göre iştirak nafakasının takdir edilmesi gerekirken, ayrıntılı bir araştırma yapmaksızın varsayıma dayalı bir bedelin iştirak nafakası olarak takdir edilmesi TMK m. 4 gereğince vurgulanan hakkaniyet ilkesine uygun değildir..." şeklinde aktarılmaktadır.

¹²⁸ Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 89.

çocuk maliyetlerinin hesaplanması için de geçerli olup, tekrardan kaçınmak üzere bu konuda burada yapılan açıklamalar ile yetiniyoruz. Aşağıda mehz İsviçre hukuk öğreti ve uygulamasında karşılaşılan doğrudan çocuk maliyetine ilişkin nafaka hesaplama metotlarından bazıları hakkında genel hatlarıyla bilgi verip, bazı değerlendirmeler ve (her iki hukuk sistemi arasındaki farklılıklarda gözetilerek) bazı öneriler paylaşılacaktır.

1. Doğrudan Çocuk Maliyetlerinin Hesaplanmasına İlişkin Bazı Metotlar

a. Doğrudan İstatistiksel Harcama Belirleme Metodu

Doğrudan istatistiksel harcama belirleme metodu/ yaklaşımı (“*das Konzept der direkten statistischen Aufwandsermittlung*”) dar anlamda doğrudan çocuk maliyetlerini dikkate almakta olup, bunlar doğrudan çocuklara tahsis edilebilecek bir ailenin masraflarını yansıtmaktadır¹²⁹.

Ancak yapılan bu masrafların hangilerinin doğrudan çocuklara tahsis edildiğinin tespiti her zaman açık olmayıp, bunun tespitinde güçlüklerle karşılaşılabilir¹³⁰. Bu anlamda gerçekte bir hanenin toplam harcaması bilinse bile, bunun her zaman hane halkı üyelerine tahsisi zordur. Bu özellikle genel giderler (“*Gemeinkosten*”) için geçerli kabul edilmektedir. Bu sorunu Alman Aile Bakanlığı geçmiş yıllarda ele almış ve genel giderleri paylaşmak için bilimsel metotlar geliştirmek amacıyla çeşitli uzmanlardan oluşan bir çalışma grubu kurmuştur¹³¹.

b. Denklik/Eşdeğerlik Ölçeği Metodu

Denklik/eşdeğerlik ölçeği metodu/ yaklaşımı (“*das Äquivalenzskalenkonzept*”) geniş anlamda doğrudan çocuk maliyetlerini dikkate almakta olup, bir önce aktarılan yaklaşıma benzer şekilde bir ailenin özel tüketim için yaptığı fiili harcamayı varsayar.

En geniş anlamıyla doğrudan çocuk maliyetleri kavramı çocuksuz bir hanenin gideri ile çocuklu bir hanenin gideri arasındaki fark olup, burada yalnızca büyüklük, bileşim ve demografik özellikler açısından benzer haneler karşılaştırı-

¹²⁹ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 7.

¹³⁰ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 7.

¹³¹ Krş. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, **Lebenshaltungsaufwendungen für Kinder**, W. Kohlhammer, Stuttgart, 1995; Institut für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik, “Aufwendungen für den Lebensunterhalt von Kindern. Möglichkeiten zur personenbezogenen Aufteilung der Verbrauchsaufwendungen im Rahmen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS)”, **Unterlagen zur Fachtagung**, Bonn, 1995.

lır¹³². Bu karşılaştırmada bir araç olarak ise denklik/ eşdeğerlik ölçekleri (“Äquivalenzskalen”) ve denklik/ eşdeğerlik katsayısı/denklik numarası (“Äquivalenzkoeffizient” / “Äquivalenzziffer”) kullanılmaktadır.

Eşdeğerlik ölçekleri, artan ölçek ekonomilerinin¹³³ bir sonucu olarak hane halkı büyüklüğü arttıkça hane halkı harcamalarının orantılı olmayacak şekilde ve daha düşük bir oranda arttığı varsayımına dayanmaktadır. Eşdeğerlik ölçekleri, farklı haneleri aynı refah düzeyine getirmek için gereken gelir değişikliklerini ölçerek, farklı büyüklük ve yapıdaki aileler arasında servet karşılaştırmalarına izin veren, genel bir hane halkı davranışı modeline dayanan bir gelir ve bütçe endeksidir¹³⁴. Farklı denklik ölçekleri bulunur. Örneğin aşağıda aktaracak SAKE Tablosuna dayanan metotta doğrudan çocuk maliyetlerinin belirlenmesinde BARTEN(-ELES) ölçeği tercih edilmiştir. Bu ölçeğe göre tüketim harcamalarında çocukların payı hane yapısına göre %25 ile %49 arasında değişmektedir¹³⁵.

Eşdeğerlik ölçeği katsayısı hesaplanırken, çocuk maliyetlerinin üzerinde etkisi olan, ailenin gelir durumu, çocukların yaşı ve sayısı gibi kriterlerin dikkate alınması mümkündür. Yukarıda aktarılan örnek üzerinden devam edecek olursak; BARTEN(-ELES) ölçeğine göre daha küçük iki çocuğa sahip olan ebeveynler, nakit ihtiyaçları için harcamaların yaklaşık %28’ini kullanmak zorunda iken, daha büyük 2 çocuğa sahip ebeveynlerde bu değer %38’e karşılık gelmektedir¹³⁶. Yine çocukların giderleri ailenin gelir durumuna da bağlı olabilir. Bir ha-

¹³² Annette Spycher-Tobias Bauer - Beat Baumann, *Die Schweiz und ihre Kinder. Private Kosten und staatliche Unterstützungsleistungen*, Schlussbericht NFP 29, Rüegger Verlag, Zürich, 1995, s. 200 vd.; Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 8 vd.

¹³³ Ölçek ekonomisi ürün veya hizmetin daha geniş bir boyutta gerçekleştirilmesi halinde buna ilişkin birim maliyetinin azalmasını ve maliyet yönünden avantaj elde edilmesini ifade eder. Aktarılan tanım ve bu kavram hakkında diğer açıklamalar için bkz. Finans Sözlüğü, Piyasa Rehberi, <https://piyasarehberi.org/sozluk/olcek-ekonomileri#:~:text=Bir%20%C3%BCretim%20ya%20da%20hizmetin,d%C3%BC%C5%9F%C3%BCk%20maliyetler%20ile%20%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fmas%C4%B1%20beklenmelidir> (20.10.2022).

¹³⁴ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 9. Yazarlara göre denklik ölçeği metoduna alternatif olarak doğrudan çocuk maliyetlerini ilişkin diğer bir hesaplama metodu olarak; doğrudan çocuk maliyetlerinin dağıtım anahtarı (“Verteilschlüssel”) yardımıyla bulunması zikredilebilir. Dağıtım anahtarında da bir tabloda yararlanılmaktadır. Bu hesaplama metodunda dağıtım anahtarının tespitinde toplam giderler önemli bir başlangıç noktasıdır. Dağıtım anahtarına göre çocukların yaşları dikkate alındığında maliyet tüketim harcamasının %39,5’i kadardır (s. 12).

¹³⁵ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 9.

¹³⁶ Spycher-Bauer-Baumann, *Private Kosten und staatliche Unterstützungsleistungen*, s. 215, 228; Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 9. Yine yazarlara göre örneğin BARTEN(-ELES) ölçeği dahilinde evli ve tek çocuklu bir çift aynı refah seviyesine ulaşabilmek için evli ve çocuksuz bir çiftten %25 daha fazla harcamak zorundadırlar.

nenin durumu ne kadar iyiye, çocuklar için yapılan harcamaların buna yansıtıldığı, bununla birlikte ikinci ve üçüncü çocukta (mali durumdan bağımsız olarak) ölçek ekonomilerinin fark edilir olduğu, yani maliyetlerin artışının gelir ile orantılı olmadığı (gelir ile aynı oranda artmadığı) belirtilmektedir¹³⁷.

Eşdeğerlik katsayısı ise, her iki ailenin aynı yaşam standardına sahip olması için gerekli olan, farklı büyüklük ve yapıdaki iki hane arasındaki gelir- harcama ilişkisini gösterir. Eşdeğerlik katsayısı çocuklu bir ailenin çocuksuz veya daha az sayıda çocuklu bir aile ile aynı yaşam standardına sahip olarak kabul edilebilmesi için, geliri ile çarpılması gereken oranı gösterir¹³⁸. Örneğin benzer koşullar altında yaşayan çocuksuz bir çift ile tek çocuklu bir çift karşılaştırıldığı zaman denklik katsayısının 1,2 olduğunu varsayalım. Böyle bir varsayımda tek çocuklu bir ailenin, çocuksuz bir hane ile aynı refah düzeyine ulaşmak için $(1,2-1=0,2)$ %20 daha fazla gelire ihtiyacı bulunmaktadır.

c. Tahmin Süreci Metodu

Doğrudan çocuk maliyetlerini belirlemek üzere, buna esas hanenin gelir-gider durumunu daha pratik bir şekilde tespit edebilmek için tahmin süreci ("Approximationsverfahren") metodundan yararlanılmaktadır. Bu metotta gelir ölçütü esas alınarak, bir ailenin alınan ücret, malvarlığındaki kira, faiz iradı gibi gelirler vb. den oluşan finansal kaynaklarından fazlasını harcamayacağından yola çıkılmaktadır¹³⁹.

Ayrıca gelirin bir kısmının tasarruf edildiğinden yola çıkılırsa bunun da bir bütçe kısıtlamasına yol açacağı kabul edilmektedir. Böylece şu denkleme varılmaktadır:

Hane geliri ("Haushaltseinkommen") = toplam giderler ("gesamte Ausgaben") + tasarruf miktarı ("Sparbeitrag").

¹³⁷ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 10. Yazarlarda doğrudan çocuk maliyetlerinin hesaplanabilmesi için ise dağıtım anahtarının ("Verteilschlüssel") ve denklik ölçeklerinin bilinmesi gerektiğine işaret etmektedirler (s. 12).

¹³⁸ Krş. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 9.

¹³⁹ Genel olarak tahmin süreci metodu hakkında bkz. Marc Schaetzle- Stephan Weber, *Kapitalisieren: Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln*, Schulthess Verlag, Zürich, 2001, § 1.138 vd. Tahmin süreci metodundan Sake tablosuna dayanan metodun doğrudan çocuk maliyetlerinin hesaplanmasına ilişkin bir ara aşamasında yararlanılması yönünde bkz. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 12.

Toplam gider ise; bir yanda “zorunlu gider” olarak adlandırılan gelir ve ser-
vet vergileri gibi harcamalardan ve diğer yandan tüketim harcamalarından olu-
şur. Tasarruf miktarı ve oranı ise gelir durumuna göre değişir¹⁴⁰.

ç. Zürih Tablosu Metodu

İsviçre Hukuk uygulamasında yararlanılmış olan popüler nafaka hesaplama
metotlarından biri arasında; Zürih Kantonu Gençlik ve Kariyer Danışmanlığına
ilişkin Eğitim Müdürlüğü (“Kanton Zürich Bildungsdirektion Amt für Jugend und
Berufsberatung”) resmi tavsiyelerine dayanılarak hazırlanmış olan ve Zürih
tablosu (“Zürcher Tabelle”) isimli bir tabloyu/ şemayı esas alan¹⁴¹ bundan son-
raki açıklamalarda kısaca Zürih tablosu metodu olarak ifade edilecek metod
yer almaktadır.

Bu metotta objektif bir ölçüt olarak istatistiksel ortalamalardan hareket
edilmektedir. Şöyle ki burada (somut olaydan bağımsız şekilde) model olarak
orta gelirli bir ailedeki çocuğun nakit gereksinimin ne olduğu tespit edilir. Söz
konusu nakit gereksinimi ve velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin nafaka
yükümlülüğü ampirik olarak İsviçre Federal İstatistik Kurumu (“BfS”) ve Federal
Halk Sağlığı Kurumu (“BAG”) verilerinden yararlanılarak oluşturulan Zürih tab-
losu yardımıyla belirlenir¹⁴².

Güncel 2023 tarihli Zürih Tablosu’nun çevirisine aşağıda naklen şu şekilde
paylaşılabilir¹⁴³:

¹⁴⁰ Geçmiş yıllarda İsviçre İstatistik enstitüsünün yaptığı bir araştırmanın belirli bir gelirin üzerin-
de olan (4000 İsviçre Frankı olarak bu ücret belirlenmiş) İsviçreli hanelerin ortalama tasarruf
oranının harcanabilir gelirin yaklaşık %9’unu oluşturduğunu gösterdiği hakkında bkz. Geiser-
Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 12.

¹⁴¹ Maier, “Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen”, s. 314.

¹⁴² Krş. Hausheer-Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, § 06.168; Rumo Jungo-Hotz, “Revi-
sion des Kindesunterhalts”, s. 198.

¹⁴³ Kanton Zürich Bildungsdirektion Amt für Jugend und Berufsberatung, Zürcher Kinderkosten-
Tabelle vom 1. Januar 2023, [https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/
themen/familie/sorgerecht-unterhalt/kinderkosten_2023.pdf](https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/familie/sorgerecht-unterhalt/kinderkosten_2023.pdf), (10.01.2022).

		Yiyecek	Giyecek	Konut maliyeti	Konaklama ve yan giderler	Sağlık sigortası	Sağlık	Telefon ve internet	Boş zaman (hobiler)	Toplam maliyet
	Yaş	Maliyet	Maliyet	Maliyet	Maliyet	Maliyet	Maliyet	Maliyet	Maliyet	Maliyet
Tek Çocuk	4 yaşına kadar	285	105	520	70	115	175	0	50	1320
	5 ile 12 yaş arası	315	95	520	70	115	50	0	300	1465
	13'den 18 yaşa kadar	350	125	520	70	115	185	65	360	1790
İki çocuktan biri	4 yaşına kadar	220	60	465	40	115	110	0	50	1055
	5 ile 12 yaş arası	265	45	465	40	115	40	0	300	1265
	13'den 18 yaşa kadar	350	95	465	40	115	130	45	360	1595
Üç çocuktan biri	4 yaşına kadar	195	55	390	35	115	100	0	50	935
	5 ile 12 yaş arası	250	40	390	35	115	40	0	300	1165
	13'den 18 yaşa kadar	350	95	390	35	115	130	45	300	1515

Yukarıda aktarılan 2023 Zürih Tablosu kapsamında (tablonun en üst tarafında) çocuğun yiyecek, giyecek, yaşama, konaklama ve yan giderler, sağlık sigortası, sağlık, telefon ve internet, boş zaman (hobiler), toplu ulaşım giderleri yer alır¹⁴⁴. Bu giderler Zürih Tablosu'nun sol tarafında yer alan farklı yaş grupları (4 yaşına kadar, 5 ile 12 yaş arası, 13'den 18 yaşa kadar) ve hanedeki çocuk sayıları (tek çocuk, 2 çocuk, 3 çocuk) gözetilerek hesaplanmıştır.

Ancak bu metotta bir sonraki aşamada yukarıdaki tablo esas alınarak belirlenen değerlerin, somut olayda çocuğun özel durumu dikkate alınarak değiştirilebileceği kabul edilmektedir. Şöyle ki somut olayda ispatlanması durumunda çocuğun bireysel bakım gereksiniminin, yalnızca istatistiksel ortalama bakım gereksinimi hakkında bilgi sağlayan Zürih Tablosu'ndan %25'e kadar aşağıda veya kural olarak bir sınır olmaksızın yukarıda olacak şekilde belirlenebileceği kabul edilmektedir¹⁴⁵.

Belirtilebilir ki İsviçre'de farklı kantonların yine benzer tabloları esas almakla birlikte yukarıdaki tablodan gider kalemi ve/ veya oranlar yönüyle kısmen

¹⁴⁴ Yukarıda a.g.e.'den naklen.

¹⁴⁵ Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 10.

veya tamamen ayrılan alternatif metotlar izlemiş oldukları görülmektedir. Örneğin Tessin, Wallis kantonları, Freiburg Metodu'nda geçim koşullarının daha düşük bir seviyede kabul edilmesinden dolayı yukarıda aktarılanlardan daha düşük oranlar kabul etmektedirler¹⁴⁶. Bunlar arasında yer alan örneğin Zürih tablosundan yola çıkan Freiburg Metodu, gündelik hayatta daha düşük hayat koşulları maliyeti mevcut olduğu gerekçesiyle, Zürih tablosunu %25 daha düşük oranda uygulamaktadır¹⁴⁷.

d. Sake Tablosuna Dayanan Metot

Geçmiş yıllarda diğer nafaka hesaplama metotlarının kanunda öngörülen nafaka hesaplama ölçütlerini yeterli şekilde göstermemesine bir tepki olarak öğretilen *Widmer- Geiser* tarafından geliştirilmiş bir metottur¹⁴⁸. Burada SAKE tablosu/ şeması¹⁴⁹ adı verilen, İsviçre İstatistik Kurumu tarafından 1997 yılında gerçekleştirilen ve İsviçre'deki ailelerin bakım maliyetleri konusunda ayrıntılı bilgiler veren (16.000¹⁵⁰den fazla kişiye çocuk bakımına ilişkin yöneltilen sorulardan alınan cevaplardan hareketle hazırlanan) İsviçre İşgücü Anketine dayanılmaktadır¹⁵¹.

¹⁴⁶ Hausheer-Spycher, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, s. 439; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 12; Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 118.

¹⁴⁷ Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 12.

¹⁴⁸ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 6 vd.

¹⁴⁹ Söz konusu metodun esas aldığı 1997 tarihli SAKE tablosuna ilişkin soru ve değerlendirme şeması için bkz. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/arbeit-erwerb/erhebungen/sake.assetdetail.291384.html> (17.07.2022).

¹⁵⁰ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge" in bu metodu savunduğu makalesi 2000 yılında yayınlanmıştır. Ancak Sake tablosunun esas aldığı soru yöneltilen kişiler ileriki yıllarda daha da artmıştır. Buna göre 2002-2009 yılları arasında 35.000 kişiyle, 2010-2017 yılları arasında 105.000 kişiyle, 2018'den 2021'e kadar 100.000'in üzerinde kişiye Sake tablosunun esas aldığı sorular yöneltilmiştir. Ayrıca bunların yanında 2003 yılından itibaren yabancılara da soru yönetilmektedir. Böylece yıllık ortalama 120.000 kişiye soru yöneltilmektedir. Adaylar rastgele Federal İstatistik Kurumu'nun (BFS) aday sicilinden seçilmektedir. Açıklamalarımız için bkz. Bundesamt für Statistik (BFS), Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE), Steckbrief - Erhebung / Statistik, Thema: Arbeit und Erwerb, 13.12.2021.

¹⁵¹ Aslında bu tablodaki bilgilerin, İsviçre Federal Mahkeme'nin hane hasarını belirlediği içtihatlarında ev işi ve aile işini tespit için standart hipotezler olarak kabul edilen istatistiksel olarak oluşturulmuş temellere dayandığı hakkında bkz. Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 19 vd. İsviçre Federal Mahkeme'nin hane hasarını Sake tablosu ile belirlediği bir karara örnek olarak bkz. BGE 132 III 321; 131 III 360; 127 II 403.

Genel olarak çocuk nafakasına ilişkin hesaplama metotlarında ilk aşamada çocuğun ihtiyaçları, giderleri ve maliyetleri hesaplanmakta ve daha sonra ikinci aşamada çocuk maliyetleri eşler arasında bölünmektedir. Böylece nafaka yükümlüsünün ödemesi gereken nakdi tutara ulaşabilmektedir. Söz konusu metodun özellikle ilk zikredilen aşamaya özgün bir katkı sağladığı söylenebilir. *Widmer-Geiser* nafaka miktarının değerlendirilmesi için birtakım temel bilgiye sahip olunması gerektiğine işaret ederler¹⁵². Bu bağlamda öncelik çocukların yaşı ve sayısı, ebeveynlerin hane geliri ve çocukların (mal ve) geliri zikredilebilir. Gelir hesaplamasında yapılan harcamaların yanında gelir durumuna göre de (tarafaların para biriktirdiklerinden yola çıkılarak) belli bir tasarruf miktarı dikkate alınır. Ayrıca bu bilgilerin yanında somut olaya ilişkin tespit edilen birtakım bilgiler de gözeltmelidir, örneğin bir çocuğun neden olduğu somut mali harcama böyledir.

Genel olarak nafaka hesaplanmasının yukarıda aktarılan ilk aşaması da (kendi içinde tercih edilecek görüşlere göre içeriği farklı olarak şekillenebilen) üç alt aşamadan oluşmaktadır.¹⁵³ İlk olarak çocuğun bakımına yönelik ebeveynlerin gösterdikleri faaliyetlerin piyasa değerini ifade eden dolaylı çocuk maliyetleri belirlenmektedir¹⁵⁴. Görüldüğü üzere bu metotta bakıma yönelik gösterilen faaliyetler özellikle dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda öncelikle çocuğun yaşına ve çocuk sayısına göre değişkenlik gösteren bakım için harcanan süre belirlenir¹⁵⁵. Çocuk bakımına harcanan süre belirlendikten sonra ise söz konusu sürenin parasal olarak değeri değerlendirilecektir. Bu amaçla çeşitli mikro ekonomik değerlendirme modelleri kullanılması önerilmektedir. SAKE tablosunda tüm çalışanlar için ortalama bir ücret seçilmiş (genel ücret yaklaşımı/ *“Generalistenlohnansatz”*) ve bu tabloda yer alan eşdeğer ücretler (*“Äquivalenzlöhne”*) asga-

¹⁵² Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 11.

¹⁵³ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 12.

¹⁵⁴ Bu aşamada benimsenecek görüşe göre dolaylı çocuk maliyetlerini belirleyen faktörler (özellikle çocukların yaşı ile çocuk sayısı) tek tek değerlendirilebileceği ya da bu faktörlerin birlikte etkileşiminin sonuçlarının dikkate alınabileceği yönünde bkz. Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 12.

¹⁵⁵ Örneğin velayet hakkına sahip ebeveyn ile benzerlik kurulabilecek SAKE tablosunda yer alan *“bekar anneler”* için: 6 yaşına kadar olan çocuklar için çocuk bakımı için haftada 24,3 saat, ev işlerine ise toplam haftada 54,6 saat harcanmaktadır. 7-14 yaşları arasındaki çocuklar için: Çocuk bakımı için harcanan ortalama süre haftada 11,4 saat, toplam ev işlerine harcanan süre ise 42,6 saattir. Bekar annenin bir çocuğu varsa, çocuklara bakma süresi ortalama haftada 21,8 saat (15 yaşına kadar tüm çocuklar için), iki veya daha fazla çocuğu varsa, ortalama haftada 18,1 saattir. Aynen (bazı vurgu ve değişikliklerle) paylaşılan bu örnek için bkz. Rumo Jungo-Hotz, “Revision des Kindesunterhalts”, s. 20.

ri saatlik ücreti olarak referans alınmıştır. SAKE tablosunda harcanan süreye göre hesaplanan çocuk bakım masrafları, yaş ve çocuk sayısına bağlı olarak değişebilmektedir. Ancak *Widmer- Geiser* ücretin esas alınacağı referans meslek kategorisi seçilirken bir dadı veya kreş yöneticisi gibi velayet hakkı sahibi ile benzer işleri gören kişilerin ücretinin (uzman ücret yaklaşımı/" *Spezialisten-lohnansatz*") esas alınması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁵⁶.

Nafaka hesaplanmasına ilişkin (ilk aşamanın) ikinci alt aşamada ise: Hane gelirine dayalı olarak, bir ailenin kendi özel tüketimi için ayda ne kadar paraya ihtiyacı olduğu (benimsenecek görüşe göre soyut veya somut bir metotla) belirlenir. İlk iki aşamadaki harcamaların toplamı ise üçüncü aşamada hesaplanacak olan doğrudan çocuk maliyetlerinin hesaplanması için temel oluşturur¹⁵⁷. Burada da aşağıda ilgili başlıklarda bazıları aktaracak farklı alt hesaplama metotlarının tercih edilmesi mümkündür.

Nihayet çocuğun ihtiyaçlarının belirlenmesinden (doğrudan ve dolaylı çocuk maliyetleri hesaplandıktan) sonraki adım, buna ilişkin nafaka katkılarının ebeveynler arasında bölüştürülmesidir. Diğer metotlarla da benzerlik gösteren bu aşamada velayet hakkına sahip olmayan nafaka yükümlüsünün ödemesi gereken (doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin) nakdi nafaka tutarı; ebeveynlerin hayat koşullarının ortalamasının üstünde, ortalamada veya ortalamanın altı olması durumuna ve velayet hakkı sahibinin çalışıp çalışmadığına göre belirlenecektir¹⁵⁸. Çocuğun malvarlığı ve geliri de (mahsup edilmek suretiyle) bu aşamada dikkate alınmaktadır.

e. Soyut Metot

İştirak nafakasını hesaplamaya ilişkin diğer bir yaklaşım ise soyut metottur. Soyut metoda göre mevcut bir gelirin belirli bir oranının çocuğun nafakası için ayrılması gerekir. Örneğin bu metotta nafaka yükümlüsünün gelirinin; tek çocukta 15-17%, iki çocukta 25-27%'nin çocuğa tahsis edilecek nafakaya ayrılması öngörülmektedir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 6. Yazılar burada esas alınacak ücretin net mi, yoksa brüt ücret mi olması gerektiğini ilgili eserde tartışılmaktadırlar (s. 7).

¹⁵⁷ Bunun için benimsenecek görüşe göre soyut olarak bir tablodan yararlanılabileceği ya da somut olay özellikleri gözetilerek somut bir metot tercih edilebileceği yönünde bkz. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 12.

¹⁵⁸ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 13 vd.

¹⁵⁹ Rumo- Jungo/Hotz, s. 11-12; Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafkasına İlişkin Öntaslak", s. 118.

Gelirin bir kısmının her türlü çocuğa/ çocuklara tahsisinin kabulü öngörülebilirliği arttırmaktadır. Öte yandan burada gelirin paylaşılmasında esas alınan oranların belli durumlarda artırılabilmesi kabul edilmektedir¹⁶⁰. Özellikle çocuğun üstün yararının korunması ilkesi gözetilerek bazen soyut metotta çocuğa tahsis edilen gelir oranının seviyesinin yükseltilebilmesi kabul edilebilmektedir.

f. Tek Aşamalı Somut Metot

Nafaka hesaplamasına ilişkin somut metot üst başlığı altında; tek aşamalı (somut) metot ve iki aşamalı (somut) metot ayrımı yapılabilir. Bu başlık altında aktarılabilecek tek aşamalı somut metotta iştirak nafakası tek bir aşamada çocuğun bireysel gider kalemlerinin toplanmasıyla bulunur¹⁶¹. Bu metotta hemen aşağıda aktarılabilecek olan iki aşamalı (somut) metottan farklı olarak nafaka hesabında kural olarak bir tasarruf payı ("*Sparquote*") ayrılmamaktadır¹⁶².

Burada nafaka alacaklısı somut olarak, gerekli tüm kalemleri belirtmek suretiyle birlikte yaşama sırasında çocuk için hangi harcamaların yapıldığını ve çocuğun önceki yaşam standardını devam ettirebilmenin ayrılmadan sonra hangi finansal araç ve imkânlarla bağlı olduğunu kanıtlarla sunar¹⁶³. Nafaka alacaklısının ispat yükü iki aşamalı metottan daha ağırdır¹⁶⁴. Özellikle tek aşamalı somut metotta daha yüksek nafaka miktarına hükmedilebilmekte olup, bu şekilde çocuğun önceki yaşam standardının olabildiğince korunması amaçlanır.

g. İsviçre Hukuk Uygulamasındaki Güncel Gelişmeler Işığında İki Aşamalı Somut Metot

i. Genel Olarak

İki aşamalı (somut) hesaplama metodunda çıkış noktası asgari geçim değeridir (gideridir). O yüzden bu metotta ilk aşamada İsviçre icra dairelerinin asgari geçim giderleri hakkında Yönetmelik ("*Richtlinien der Betreibungs- und Konkursbeamten der Schweiz*")¹⁶⁵te yer alan asgari geçim değeri (gideri) hesapla-

¹⁶⁰ Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 312.

¹⁶¹ Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 314; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 5.

¹⁶² Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 314.

¹⁶³ Krş. BGE 5A_891/2018, 2.2.2021, § 4.4, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

¹⁶⁴ Regina, "Familienrechtlicher Unterhalt", s. 11.

¹⁶⁵ Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG vom 24. November 2000.

nır. İncelemede kısaca buna karşılık gelmek üzere asgari geçim değeri/gideri ifadesini terminolojik olarak tercih edilecektir.

Asgari geçim değerini dikkate alan bu metodun ilk aşaması özellikle sınırlı finansal imkanların mevcudiyetini gözetmektedir. Burada hesaplamada sadece ebeveynler veya eşler için değil, aynı zamanda her çocuk için de barınma giderlerinde bir pay/ dilim ayrılması gerekir. Ayrıca her aile üyesi için ayrı ayrı sağlık sigortası primleri, özel sağlık giderleri, iş giderleri, okul masrafları ve üçüncü şahıslara ödenen bakım masrafları eklenmelidir¹⁶⁶. Böylece asgari geçim değeri bulunur. Asgari geçim değerinin yanında ayrıca mevcut gelir de hesaplanır. Sonra da bulunan iki rakam birbiriyle karşılaştırılır.

Şayet mevcut gelir bunu karşılamaya yetiyorsa ikinci aşamada asgari geçim değeri üzerine ekleme yapılır. Yapılacak bu ekleme aynı anlama gelmekle birlikte, kullanılan farklı terminolojilere göre; aile hukukuna özgü asgari geçim düzeyi ("*familienrechtlichen Existenzminimum*")¹⁶⁷; aile hukukuna özgü temel gereksinim ("*familienrechtlichen Grundbedarf*")¹⁶⁸, genişletilmiş asgari geçim düzeyi ("*erweiterten Existenzminimum*")¹⁶⁹, genişletilmiş aile hukukuna özgü temel gereksinim ("*erweiterten familienrechtlichen Grundbedarf*") şekillerinde nitelendirilmektedir. Devam eden açıklamalarımızda buna karşılık gelmek üzere kısaca genişletilmiş asgari geçim değeri/ gideri ifadesini terminolojik olarak tercih edilecektir.

Devamında gelirden (ön incelemede yeterli kabul edildiğinden) genişletilmiş asgari geçim değeri çıkarılır. Genişletilmiş asgari geçim değeri içinde aile üyelerine tahsis öngörülen hobiler, tatil, sigorta meblağları gibi kalemler yer alır¹⁷⁰. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre¹⁷¹: "... Vergiler, ayrıca

¹⁶⁶ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 9.

¹⁶⁷ Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 12; Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 3; BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.2, 7.3.

¹⁶⁸ Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 256; Hausheer-Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, § 10.97 vd.; BGER, 22.5.2019, 5A_743/2017, § 5.2.3.

¹⁶⁹ Hausheer-Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, § 02.27.

¹⁷⁰ Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 256.

¹⁷¹ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.2'den naklen. Ancak işaret edilmesi gereken yukarıdaki esaslar çerçevesinde genişletilmiş asgari geçim değeri yanında, çocuklar için vergi payının hesaplanmış olan gelir tutarından düşülmesi gerekir. Bu ek tutarın ne kadar yüksek olduğu, örneğin daha geniş bir daire için ne kadar fark oluşacağı belirli koşullara göre belirlenir. İsviçre öğretisinde uygulamada sabit ek ücretlerden, örneğin mahkemenin temel miktarda %20 artış veya indirim yapması gibi, kaçınılması gerektiğine işaret edilmektedir. Bu konudaki aktarılan açıklamalar için bkz. Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 9.

iletişim ve sigorta için toplu ödeme, kaçınılmaz (olmazsa olmaz) kabul edilen ileri eğitim masrafları, asgari geçim değeri yerine finansal koşullara uygun barınma masrafları, ziyaret hakkının kullanılması ve borçların uygun şekilde ödenmesi...” hususları gözetilmesi, “... daha iyi finansal imkanların mevcut olması ve ilgili aile bireyinin ihtiyacının mevcut olması durumunda ise özellikle zorunlu temel sigortayı aşan sağlık sigortası primlerinin ve gerektiğinde serbest meslek erbabının emeklilik giderlerinin¹⁷² de dikkate alınması gerekir”.

Bunlar çıkarıldıktan sonra bir bakiye/fazla değer/ artık değer (“Überschuss”) kalırsa, söz konusu bu fazla değerın ebeveynler arasında paylaşılması söz konusu olur¹⁷³. Ayrıca bu paylaşımında ergin olmayan çocuğun da payı yer almaktadır¹⁷⁴. Bu paylaşma neticesinde (velayet hakkı sahibinin yaptığı katkılar düşüldükten sonra) nafaka yükümlüsünün yapacağı iştirak nafakasına konu parasal katkı belirlenmiş olur. Bu aşama hakkındaki açıklamalar aşağıda ayrı bir başlıkta paylaşılacaktır.

ii. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Meseleye Yaklaşımı

İsviçre uygulamasında iştirak nafakası hesabında kabul edilmiş olan metot çokluğu yaklaşımının hâkime geniş bir takdir hakkı sağlarken, beraberinde de hukuk güvenliğini azalttığı belirtilmektedir¹⁷⁵. Geçmiş yıllarda İsviçre kantonları arasında temel gereksinimler için kullanılan tablolar ile esas alınan sabit oranlara ilişkin önemli farklılıklar gözlemlenmiştir¹⁷⁶. İsviçre Federal Mahkemesi son yıllarda verdiği kararlarla iştirak nafakasının hesaplanması konusundaki ayrılıkların azalması ve bu konudaki uygulamanın yeknesaklaşması konusunda önemli tes-

¹⁷² Nafaka hesaplamasının net maaş üzerinden yapıldığı, burada sabit bir işte çalışanın emeklilik planına katkı paylarının halihazırda zaten kesildiği ve işveren katkı paylarının da olduğu dikkate alınması gerektiği ve bu nedenle yalnızca hiç ya da yeterli mesleki emeklilik güvencesine sahip olmayan kişilerin, genişletilmiş asgari geçim değeri içinde dikkate alınabileceği hakkında bkz. Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 258 vd.

¹⁷³ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 5; Maier, “Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen”, s. 313; Hausheer-Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, § 02.27 vd.; Rumo Jungo-Hotz, “Revision des Kindesunterhalts”, s. 12; Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 256. Son zikredilen yazarlar vergilerin, prensip olarak uyulması gereken yasal yükümlülükler olduğunun unutulmaması gerektiğini işaret etmekte, şayet toplam gelir asgari geçim değerinin üstünde ise, ancak fazla değerden vergiler karşılanamıyorsa, eldeki miktar aile bireylerine eşit oranda yansıtacak şekilde vergilere özgülenerak fazla değerın rakamsal olarak sıfırlanacağını belirtmektedirler (s. 258).

¹⁷⁴ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.3.

¹⁷⁵ Frei vd., “Irrgarten Unterhaltsrecht”, s. 157; Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 2; Maier, “Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen”, s. 312.

¹⁷⁶ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 9.

pitlerde bulunmuştur¹⁷⁷. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel kararlarına göre artık iştirak nafakasının doğrudan maliyetlere ilişkin bölümünün ("Barunterhalt") hesaplanmasında; kural olarak asgari geçim değerinin dikkate alındığı ve hesaplanan fazlalığın nafaka alacakları arasında paylaşıldığı iki aşamalı somut metottan yararlanılacaktır¹⁷⁸. Böylece İsviçre Federal Mahkemesi nafaka hesaplamada metot çokluğu yaklaşımından vazgeçmiş ve bu anlamda nafaka hesabında kural olarak kota ve yüzde gibi soyut metotları kabul etmemiştir¹⁷⁹.

Bununla birlikte mahkeme (daha önceki dönemde İsviçre uygulama ve öğretisinde kabul edildiği gibi)¹⁸⁰ sadece somut olayda istisnai olarak alışılmışın dışında makul/ uygun finansal ilişkilerin ("*aussergewöhnlich günstigen finanziellen Verhältnissen*") mevcut olması durumunda, hesaplamada tek aşamalı somut metottan yola çıkılabileceğine işaret etmektedir¹⁸¹. Bu ihtimalde nafaka alacaklısının tek tek birlikte yaşama esnasındaki maliyet kalemlerinin ve boşanmadan sonra önceki yaşam standardını devam ettirmek için sahip olması gereken finansal koşulları ispatlaması, önceki yaşam tarzının ayrıca tartışılmadığı, daha kolay ispatlanabilen tasarruf oranının ve boşanmadan önceki yaklaşık maliyetlerin ortaya konduğu iki aşamalı metoda nazaran daha zordur¹⁸². Her iki metodu karşılaştıran İsviçre Federal Mahkemesi tek aşamalı metodun¹⁸³ "... çoğu zaman nafaka hakkına sahip kişiye ağır bir yük getiren karmaşık ve önemsiz bir delil prosedürü ile sonuçlandığını...", iki aşamalı metotta ise ispat zorluğu daha az olup, somut olayın özelliklerinin de yeteri kadar dikkate alınabildiğini belirtmektedir. Bu anlamda tek aşamalı metot artık güncel İsviçre hukuk uygulamasında istisnai olup, bunun tercih edilmesi durumunda genel hesaplama metodundan ayrılmayı gerektirecek gerekçenin ve bunu haklı kılan finansal durumun ispatlanması gerekecektir¹⁸⁴.

¹⁷⁷ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.2.

¹⁷⁸ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 6.6.

¹⁷⁹ Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 251. Bu yönde bkz. BGE 5A_891/2018, 2.02.2021, § 4.5; BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, §§ 6.6, 7; BGE 5A_800/2019, 9.02.2021, § 4.3, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

¹⁸⁰ Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 314; Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 11; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 5.

¹⁸¹ BGE 5A_800/2019, 9.02.2021, § 4.5.

¹⁸² Krş. BGE 5A_891/2018, 2.2.2021, § 4.4.

¹⁸³ BGE 5A_891/2018, 2.2.2021, § 4.4.'den naklen.

¹⁸⁴ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 12. Yazar böylece çok iyi ekonomik koşullar altında her iki metottan birinin uygulama alanı bulmasının mümkün olduğunu, ancak seçilecek meto-

Ancak tek aşamalı metotla iki aşamalı metodu birleştirerek hibrit metotlar kullanarak temel tutarı arttırmak, kaçınılması gereken durumlardan biri olarak gösterilmektedir¹⁸⁵. Söz konusu bu metotta öngörülenler dışında ek gider kalemlerinin genişletilmiş asgari geçim değeri dahilinde dikkate alınmaması, bu tür ek yaşamsal ihtiyaçların iki aşamalı hesaplama metodunun (şayet mevcutsa) fazlalıkların/ bakiyenin paylaşılması aşamasında finanse edilmesi gerekmektedir¹⁸⁶.

ğ. Değerlendirmeler

Yukarıda aktarılan her metodun kendine özgü güçlü ve zayıf yanları bulunmaktadır. Bu konuda bazı değerlendirmeler aşağıda paylaşılacaktır.

Doğrudan istatistiksel harcama belirleme metodu objektif ve öngörülebilir bir yaklaşım sunmaktadır. Ancak yukarıda aktarıldığı üzere gerçekte bir hanenin toplam harcaması bilinse bile, bunun içinden her bir aile üyesine düşen payın bulunması zorluk teşkil eder. Bu durum belirtildiği üzere özellikle genel giderler ("*Gemeinkosten*") için geçerlidir. Bu konuda gerçek ve gerçek olmayan genel giderler arasında bir ayırım yapılabilir:¹⁸⁷ Gerçek olmayan genel giderler aslında kişiye isnat edilebilen, ancak teknik nedenlerle genel giderler olarak kaydedilmeleri ve daha sonra ayrıştırılmaları gereken giderlerdir. Örneğin yemek için

dun taraflar arasındaki ispat yükünün dağılımını ciddi şekilde etkileyeceğine dikkat çekmektedir. Yazara göre ideal olan tarafların hesaplama metodu üzerine anlaşmalarıdır (s. 12).

¹⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, iki aşamalı hesaplama metodu ile uyumlu şekilde, asgari geçim değerinin genişletilmesinde seyahat ve hobi gibi ek kalemlerin dikkate alınmaması, bunların (şayet kalırsa) fazla değer üzerinden finanse edilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Aksi bir yaklaşım, tek aşamalı somut hesaplama metodu ile izin verilmeyen bir karışıma/ hibrit bir metodun oluşmasına sebebiyet verecektir. Gerçekten de asgari geçim değerinin çok fazla genişletildiği böyle bir durumda, iki aşamalı hesaplama metodunun büyük bir kısmında taviz verilmiş ve tabiri caizse bu metodun içi boşaltılmış olacaktır. Ayrıca bazı aile bireylerinin genişletilmiş asgari geçim değeri daha geniş belirlenirse, bunlar diğerlerine karşı kayırlanmış olacaktır. Buna karşın iki aşamalı somut metodun öngördüğü fazlalığın dağıtım aşamasında aile bireyleri kural olarak aşamalı ve eşit şekilde tatmin edilmektedir. Ancak belirtilebilir ki böyle bir ihtimalde bu yaklaşımın öngördüğü esaslar gereği sıranın sonunda yer alan ergin çocukların tatmin edilememe ihtimali artacaktır. Yapılan açıklamalar için bkz. Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 257 vd. Genişletilmiş asgari geçim seviyesine dahil edilen kalemlerin tartışıldığı bir karar için bkz. BGer, 5A_891/2018, 2.2.2021, § 4.4.

¹⁸⁶ Krş. BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.2.

¹⁸⁷ Gerçek genel giderler ("*echte gemeinkosten*") ve gerçek olmayan genel giderler ("*unechte gemeinkosten*") hakkında bkz. <https://www.bwl-lexikon.de/wiki/echte-unechte-gemeinkosten/>, (6.10.2022); Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 8.

yapılan harcamalar çoğunlukla böyledir. Gerçek genel giderler ise tüm aile üyelerini etkileyen giderlerdir. Buna daire kirası, ısınma giderleri gibi kalemler dahildir. Aktarılan durumlarda amaç- araç ilişkisi bağlamında “sebepl olan öder” ilkesine (“*Verursacherprinzip*” / “*Kostenverursachungsprinzip*”)¹⁸⁸ göre genel giderlerin kime, ne ölçüde isnat edilebileceği konusunda net bir ayırım yapılması zordur. Nihayet çocuklara doğrudan tahsis edilebilecek bireysel maliyetlerden de söz edilebilir. Bunların tespiti ve ispatı daha kolaydır. Buna örneğin bebek maması, çocuk giysileri veya harçlık dahildir. Yukarıda aktarılan çeşitli Yargıtay kararlarında da iştirak nafakası hesaplamalarında bu tarz giderler zikredilmektedir¹⁸⁹. Bu anlamda çocuklara doğrudan tahsis edilebilecek bireysel maliyet kalemlerine ilişkin belirtilen metodun sonuçlarından, benzer kalemleri zikreden mevcut uygulamada tamamlayıcı olarak yararlanılması mümkündür.

Ancak diğer genel giderler konusunda aktarıldığı üzere masrafları ebeveynler ve çocuklar arasında bölmek kolay değildir. Çocukların genel giderlerle birlikte tüketim harcamalarına ne ölçüde katıldığına dair göstergelere ihtiyaç vardır. Örneğin bu konuda yukarıda belirttiği üzere Alman Aile Bakanlığı uzman grubu çeşitli araştırmalar yapmıştır. Ancak incelendiği kadarıyla Türkiye’de böyle bir çalışma olmadığı için Alman uzman grubunun sonuçlarından yararlanabilmesi ilk başta düşünülebilir. Böyle bir öneri Türkiye’deki çocukların belli tüketim alışkanlıklarına ve ihtiyaçlara sahip olduğu ve bunların Almanya’daki çocuklar ile benzerlik taşıdığı varsayımına dayanır. Ancak her iki ülkedeki ihtiyaçlar ve tüketim alışkanlıkları arasında farklılıklar bulunması muhtemeldir. Bu durum doğrudan istatistiksel harcama belirleme metodundan Türk Hukuku’nda yararlanabilmeyi sınırlamaktadır. O yüzden dar anlamda çocuk maliyetlerinde genel giderlerde çocuğa ayrılan payın hesaplanabilmesi için Adalet Bakanlığı, İstatistik kurumu, sosyologlar, çocuk gelişim uzmanları ve diğer bilim alanındaki temsilcilerin katılımıyla Almanya’dakine benzer şekilde bir bilimsel çalışma yapılmasını önermekteyiz. Böyle bir önerinin hayata geçirilmesi durumunda bu

¹⁸⁸ Söz konusu ilke bir maliyet paylaşımı veya maliyetin isnat edilmesi ilkesi olup, bununla maliyet ve faaliyet muhasebesinde oluşan genel giderler maliyeti taşıyacak olanlara paylaşılır. Sebepl olan öder ilkesinin tanımı, görünümleri ve uygulamaları hakkında bkz. <https://www.bwl-lexikon.de/wiki/verursachungsprinzip/> (16.10.2022).

¹⁸⁹ bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24.05.2017 tarihli ve 2017/2375 esas, 2017/6136 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 14.09.2017 tarihli ve 2017/11341 esas, 2017/11962 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 07.09.2015 tarihli ve 2015/6305 esas, 2015/13608 karar sayılı kararı.

verilerden nafaka hesaplaması uygulamasında aşağıda değinilecek diğer bazı metodlarla birlikte yararlanılabilmesi mümkündür.

Eşdeğerlik ölçeği metodunda nafaka hesaplamada ise eşdeğerlik ölçekleri ile özellikle yaşam koşullarının toplumun demografik özelliklerini gözeterek somutlaştırılması; çocuk maliyetleri üzerinde etkisi olan, ailenin gelir durumu, çocukların yaşı ve sayısı gibi kriterlerin dikkate alınması; eşdeğerlik ölçeği katsayısı ile farklı aile yapılarını karşılaştırarak değerlendirmeler yapılması bizlere objektif ve detaylandırılmış bir bakış açısı sunmaktadır. Eşdeğerlik ölçeği metodu ve yukarıda örnek olarak paylaşılan BARTEN(-ELES) ölçeği; tüm hanelerin aynı fayda işlevine ("*Nutzenfunktion*") sahip olduğunu ve gözlemlenebilir harcama davranışlarındaki farklılıkların ise, yalnızca hane halkı özellikleri ve gelir gibi gözlemlenebilir değişkenlerdeki farklılıklardan kaynaklanabileceğini varsaymaktadır. Özellikle ilk çocuktaki sapmaların ve harcamaların tespitinin özel bir önem taşıdığı, ikinci ve üçüncü çocuk için yapılan harcamalarda ise gelir durumuna bakılmaksızın toplam giderlerin nispeten sabit bir oranı oluşturduğu şeklindeki tespit de dikkat çekicidir¹⁹⁰.

Ancak eşdeğerlik ölçeği metodunun varsayımı her zaman gerçekçi değildir. Şöyle ki bir kişinin bir cep telefonu, ceket vb. 'ye ne kadar para harcanacağına ilişkin kararın, diğer şeylerin yanı sıra bireysel tercihlerden de etkilenebilir. Bu anlamda bir toplumda ve hatta toplumun farklı kesimlerinde farklı fayda fonksiyonlarının olması ve dolayısıyla farklı eşdeğerlik ölçeklerinin olması çok daha olasıdır.

Aynı şekilde iki haneyi eşdeğerlik katsayısı ile aynı refah düzeyine getirmek için yapılan harcamalar üzerinde yürütülen karşılaştırmanın da ne ölçüde mümkün olduğu tereddüt yaratmakta olup, bizzat bu yaklaşımdan yararlananlar tarafından söz konusu hususun ucu açık bırakılmaktadır¹⁹¹. Tek başına bu metodun uygulanması ile yetinilmesi nafaka hesaplamasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına sebebiyet verebilir. Bize göre denklik ölçeği metoduna ("*das Äquivalenzskalenkonzept*") uygun bir endeks olarak Türkiye'ye özgülenmiş olarak hazırlanabilecek hem çocukların yaşlarına göre farklılaşan hem de gelir ve hane yapısı üzerine odaklanan bir tabloda nafaka hesaplamasında tamamlayıcı olarak faydalanılabilir.

¹⁹⁰ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 10. Bu yönde bir tablo için bkz. Spycher-Bauer-Baumann, *Private Kosten und Staatliche Unterstützungsleistungen*, s. 230.

¹⁹¹ Krş. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 16.

kullanımı kolay ve pratiktir. Öte yandan çocuk nafakasının hesaplanmasında çocuk yaşı ve sayısı gibi iki temel faktörü ayrı ayrı değil, bir arada (aralarındaki etkileşimi) dikkate alması da bu metodun güçlü yanlarından biridir.

Ancak tablo değerleri yurtdışında orta gelirli ailelerden gelen ve temsili olmayan istatistiksel bilgilere dayanmaktadır. Bu anlamda Türk Hukuku uygulaması için bu tarz bir metodun uygulanabilmesi için Türkiye'deki orta gelirli bir ailenin tabloda yer alan ihtiyaç kalemleri için yapacakları giderlerin tespit edilmesi gereklidir. Bu konuda özellikle benzer bir tablonun hazırlanması üzere Türkiye İstatistik Kurumu ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ortak katılımıyla bir çalışma yürütülmesi ve bu tablonun belirli aralıklarla güncellenmesi önerilebilir. Ancak bu tarz bir tablonun nafaka hesaplamasında tek başına esas alınması TMK'daki iştirak nafakası belirleme esasları ile uyumlu olmayacaktır. Nitekim bu metotta görüldüğü üzere açıkça kanunda zikredilen ebeveynlerin hayat koşulları ve ödeme gücü ölçütü yeterli şekilde dikkate alınmamaktadır¹⁹³. Yine çocuğun bakımına ve eğitimine yönelik faaliyetlerin bu tabloya yeteri kadar yansımaması da bu metodun zayıf yönlerinden biridir.

Gerek Zürih Tablosu metodu gerekse farklı tablolara dayanan nafaka hesaplama metodlarının yukarıda aktarıldığı üzere (ilgili kanton veya metoda göre referans alınan asgari geçim seviyesi değişebilmekle birlikte) ortalama değerleri esas aldığı ve bu yüzden de özellikle somut olayda düşük ve orta seviyeli ekonomik ilişkilerde daha uygun sonuçlar verebileceği belirtilmektedir¹⁹⁴. Anne ile babanın hayat koşulları ve ödeme güçlerinin yüksek olduğu bir ihtimalde, söz konusu finansal durum çocuğun eğitim ve bakım ihtiyaçlarına daha düşük bir oranda yansıtılmaktadır. Bir başka deyişle nafaka yükümlüsünün refah seviyesinin yüksek olduğu durumlarda, bu metodlar çocuğun üstün yararına daha az hizmet etmektedir. Aktarılan gerekçelerle; Türkiye şartlarına ve yaşam koşullarına uyarlanmak kaydıyla, özellikle orta veya düşük gelirli ebeveyn yönünden, iştirak nafakasının doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin bölümünün hesaplanmasında bu metottan diğer yaklaşımları tamamlayıcı olarak yararlanılması düşünülebilir.

¹⁹³ Krş. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 5.

¹⁹⁴ Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 118 vd. Yapılan ampirik bir çalışmada Zürih Tablosunun, daha ziyade düşük ve orta finansal koşullara sahip ebeveynlerin çocukları için en elverişli metod olduğunu ve burada çocuk sayısının nafaka ödemeleri üzerinde çok küçük bir etkiye sahip olduğunu gösterdiği hakkında bkz. Andreas Brenner, Der Kindesunterhalt: Ökonomische Bewertung der verschiedenen Unterhaltsberechnungsmethoden", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2012, S. 1, s. 9; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 13.

SAKE Tablosuna dayanan metot ise daha önce bahsedilen Zürich tablosuna dayanan veya diğer tabelaya dayanan bazı nafaka hesaplama metotlarında göz ardı edilebilen velayet hakkı sahibi ebeveynin çocuğunun bakım ve eğitime harcadığı vaktin piyasa değerini (dolaylı çocuk maliyetini) daha fazla dikkate almaktadır. Dikkat çekici olan bu metodun ZGB’de 2013 ve sonrasındaki yıllarda gerçekleşen kanun değişikliklerinden önce ve genel olarak TMK ile benzerliklerin daha yoğun olduğu bir dönemde geliştirilmiş olmasıdır. TMK’da yer alan ölçütlerin ön plana çıkarılması bizim sistemimize uygulanabilirliğini desteklemektedir. Ayrıca ölçüt olarak çocuğun yaşı, çocuk sayısı, bakıma ayrılan süre gibi faktörleri dikkate alması isabetli bir tercih olmuştur.

Bu metodun ilk bakışta Zürich tablosu metodu gibi kullanımının kolay olduğu ve sistematik bir prosedüre izin verdiği görülmektedir. Ancak söz konusu metot daha yakından incelendiğinde, dikkate aldığı ölçütlere ilişkin kendi içinde benimsediği bazı görüşlerin çok tartışmalı olduğu görülmektedir. Bu sebeple aslında öngörülebilirliği arttırmak üzere geliştirilen bu metodun, bilakis hukuki belirsizlik yarattığını bizlere göstermektedir. Bu metodun çeşitli aşamalarında aktarıldığı üzere soyut veya somut metotla hesaplama konusunda alternatifler sunulmakta ve benzer olaylara ilişkin nafakanın hesaplanmasında ulaşılabilecek farklı sonuçlar uygulamada şeffaflığı azaltma ve hukuk güvenliğini zedeleme riski taşımaktadır.

Bu metot dolaylı çocuk maliyetlerini doğrudan çocuk maliyetlerini hesaplamada esas alınacak kalemlerden biri olarak dikkate almaktadır. Her ikisi de çocuğu konu alan bu iki kalemin bazen dikkate aldıkları olgular örtüşebilmekte ve bunlar birbirini etkileyebilmektedir. Bununla birlikte bize göre bu iki kalem ayrı hesaplanması gereken, iki bağımsız maliyet kalemidir. Nitekim aktarılan üzere İsviçre Medeni Kanunu’nda da bunu vurgulamak üzere gerekli değişiklikler yapılmıştır.

Ayrıca aşağıda ele alınacağı üzere genel olarak dolaylı çocuk maliyetlerinin hesaplanmasına ilişkin metotlarda olduğu gibi burada da hesaplamanın ne şekilde olabileceği tartışılacak konular arasındadır. SAKE Tablosu metodunun yararlandığı mikroekonomik modeller bazı gerçekçi varsayımlara dayanmakla birlikte, bunların somut olaydan farklılaşabilmesi mümkündür. Bu ve paylaşılan diğer bazı metotlarda hanenin mali durumuna göre değişen tasarruf (para biriktirme) oranının dikkate alınması gerektiğine işaret edilmektedir. Ancak farklı gelir kategorilerine göre tasarruf oranını gerçek duruma yakın hesaplamanın her zaman mümkün olmadığı söylenebilir. Yine aktarılan SAKE Tablosu

metodunun eşdeğerlik ölçeği metodunda referans harcamanın özel tüketim harcamalarına karşılık geldiği örtülü olarak varsayılır. Bu bağlamda bu metodun geliştiricileri *Geisser-Widmer*'de (diğer hususların yanında) örneğin bu metodun çıkış noktası olarak esas aldığı eşdeğerlik ölçeği metodunun varsayımlarında sorunlar ile karşılaşılabilceği, bunun kullanımında dikkatli olunması gerektiğini işaret etmektedirler¹⁹⁵. Yazarlar somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiği ve genel anlamda SAKE Tablosu metodundan (asli olarak değil) ancak tamamlayıcı olarak yararlanılabileceğini belirtilmektedirler¹⁹⁶.

Soyut nafaka hesaplama metodu ise gelirin bir kısmının her türlü çocuğa aktarımını öngörerek, çocuğun asgari menfaatlerini gözetmekte ve öngörülebilirliği arttırmaktadır. Soyut nafaka hesaplama metodu özellikle nafaka yükümlüsünün finansal durumu ortalamanın üstündeyse, gelirin oransal olarak nafaka yansıtılmasını ve son durumda uygulamada çocuklar lehine daha yüksek nafaka miktarlarına hükmedilebilmesini mümkün kılmaktadır. Ancak bu metodun katı bir şekilde uygulanması somut olayın ve çocuğun özel koşullarının göz ardı edilmesini beraberinde getirecektir. Nitekim bu metotta bazen esas alınması gereken gelir oranı seviyesinin değiştirilebileceği kabul edilmektedir¹⁹⁷. Soyut metottan Türk hukuku uygulamasında özellikle nafaka yükümlüsünün finansal durumunun ortalamanın üstünde olduğu ihtimalde yararlanılabilir. Bu ihtimalde farklı bir gelir oranının esas alınmasını haklı kılan istisnai durumların hangi somut kriterlere göre kabul edilebileceğinin saydam bir şekilde ortaya konması önem taşır. Aksi halde bu metodun benimsenmesi suretiyle hukuk güvenliğini sağlama amacı zedelenmiş olur ve keyfi uygulamalara sebebiyet verilir¹⁹⁸.

Tek aşamalı somut nafaka hesaplama metodu ise soyut metot kadar pratik ve öngörülebilir bir uygulama sunmamaktadır. Diğer taraftan somut olayın dinamiklerini incelemenin merkezine almaktadır. Soyut metot gibi tek aşamalı somut nafaka hesaplama metodu da benzer şekilde nafaka yükümlüsünün

¹⁹⁵ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 15 vd. Yazarlar farklı finansal ilişkilerde BARTEN ELES ölçeğinin kullanımının doğru sonuçlar verebileceğini bir tabloda ispatlamaktadırlar, ancak bunun sınırlı bir ölçüde değişeceği gerçeğinin hesaba katılması konusunda uyarıda bulunmaktadırlar. O yüzden yazarlar söz konusu metodun pragmatik bir yaklaşımı yansıttığı ve bu anlamda çeşitli varsayımlar ve basitleştirmeler yapmanın kaçınılmaz olduğunu belirtmektedirler (s. 15 vd).

¹⁹⁶ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 16.

¹⁹⁷ Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 312.

¹⁹⁸ Krş. Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 312.

ödeme gücünün yüksek olduğu durumlarda çocuk lehine onun üstün yararını daha iyi gözetmektedir¹⁹⁹.

Buna karşın gerek tek aşamalı somut nafaka hesaplama metoduna, gerekse soyut nafaka hesaplama metoduna yönelik olarak öğretide haklı olarak getirilen bir eleştiri, bunların daha ziyade nafaka yükümlüsünün ödeme gücü ölçütünü dikkate aldığı, çocuğun ihtiyacı ölçütünü yeterli şekilde gözetmedikleridir²⁰⁰. Ayrıca bu metotlarda her iki tarafın da çalıştığı durumda sadece nafaka alacaklısının dikkate alınması adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilmektedir²⁰¹.

Kanaatimizce iştirak nafakası hesabında nafaka yükümlüsünün finansal durumu ortalamanın üstündeysen ve çocuğun menfaatleri gerektiriyorsa tek aşamalı somut metot ile soyut metodun sonuçlarının daha yüksek bir nafakaya hükmedilebilmesi için hâkimin takdir hakkı dahilinde tamamlayıcı olarak dikkate alınması düşünülebilir. Yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak²⁰² bu tarz bir yaklaşım yürütümü, kişinin ekonomik durumunun yüksek olması ile nafaka miktarı arasında makul bir bağlantı sağlanmasına objektif bir katkı sağlayacaktır.

¹⁹⁹ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 5; Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 314. Son zikredilen yazarın işaret ettiği üzere tek aşamalı somut nafaka hesaplama metodunun uygulanmasına ilişkin olarak, hane gelirin mali koşullarının çok iyi olmasının ("sehr guten finanziellen Verhältnisse") rakamsal olarak neyi ifade ettiği İsviçre uygulamasında ilgili Kantondaki içtihatlarına göre ve İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre değişebilmektedir. Nafaka hesabında hane gelirinin mali koşulların çok iyi olması, Züriç kantonu mahkemelerinin nafakası hesabına ilişkin uygulamasında yazarın işaret ettiği bir kararda (OGer ZH, 15.03.2013, LE110045) 26.000 İsviçre Frankı'nın üstünde bir geliri ifade ettiği görülmektedir (s. 312, dn. 98). Yine İsviçre Federal Mahkemesi'nin geçmiş yıllardaki bazı kararlarında bu rakam 10.000 İsviçre Frankı'nın üstünde bir gelire karşılık gelmektedir. Bu karar için bkz. BGE 137 III 102, § 4.2.1, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

²⁰⁰ Urs Gloor -Myriam Grütter, "Nachehelicher Unterhalt und Kindesunterhalt bei günstigen Verhältnissen", *Sechste Schweizer Familienrechtstage*, Ed.: Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, s. 63 vd., 67 vd. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 5; Roland Hofmann- Claudia M. Mordasini, "Nachehelicher Unterhalt in sehr guten Verhältnissen", *Neunte Schweizer Familienrechtstage: 18./19. Januar 2018 in Basel*, Ed.: Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer, Bern, Stämpfli Verlag, 2018, s. 183 vd., 190.

²⁰¹ Krş. Hausheer-Spycher, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, § 02.66; Christine Arndt- Paul Langer, "Neuere Entwicklungen im Recht des nachehelichen Unterhalts in guten finanziellen Verhältnissen", *Achte Schweizer Familienrechtstage: 28./29. Januar 2016 in Zürich*, Ed.: Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer, Bern, Stämpfli Verlag, 2016, s. 177 vd., 196.

²⁰² Örneğin velinin çalışması durumunda bunun hesaplamada gözetilmesi gibi.

İsviçre Federal Mahkemesi, nafaka hesaplama ile ilgili metot konusunda yasanın bağlayıcı bir kural bulunmadığı için 2017'deki yasal revizyonu iştirak nafakasına ilişkin uygulamasını kademeli olarak geliştirmek için bir fırsat olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre çocukların (doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin) nakdi nafakası kural olarak fazla değer paylaşıldığı iki aşamalı somut metoda göre belirlenmelidir²⁰³. İsviçre hukuk öğretisinde bu yaklaşım ve uygulamayı yeknesaklaştırma arzusu genel olarak hukuki güvenlik ve açıklık sağlamak adına olumlu bir adım olarak değerlendirilmektedir²⁰⁴. İsviçre Federal Mahkemesi'nin benimsediği iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodu özellikle standart (ortalama) veya bunun altı ekonomik koşullara sahip ailelerde, kanunda zikredilen (ZGB Art. 285 Abs. 1; TMK m. 330 f. 1) ebeveynlerin hayat koşulları ve ödeme gücü ölçütleri ile çocuğun ihtiyacı ölçütü arasında aşamalı olarak uygun bir denge kurmaktadır.

İsviçre Medeni Kanunu'nda nafakanın hesaplanmasında bir çocuğun bakılmasına ilişkin harcanan emeğe ve zamana bağlı maliyetlerin (dolaylı çocuk maliyetlerinin) dikkate alınacağına açıkça vurgulanmasından önceki dönemde, iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodu bu metodun sözü edilen dolaylı maliyetleri gözetelememesi yönünden eleştirilmişti²⁰⁵. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi yakın zamanda vermiş olduğu kararlarında, dolaylı maliyetlere ilişkin olarak artık iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodunu kullanmakta, bu metot ile sadece doğrudan çocuk maliyetlerini hesaplamaktadır. Başlı başına ayrı bir nafaka kalemi olarak dolaylı çocuk maliyetlerini ise, daha sonra incelenecek olan yaşam maliyeti metodunu uygulamak suretiyle hesaplamaktadır²⁰⁶. Böylece söz konusu eleştirinin dikkate alınmış olduğu görülmektedir. Bu, mahkemenin uygulamasında kullandığı farklı nafaka hesaplama metodlarıyla bütünsel anlamda doğrudan çocuk maliyetleri yanında dolaylı çocuk maliyetlerini göz ardı etmeyen olumlu bir gelişmedir.

Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi'nin doğrudan çocuk maliyetlerinin hesaplamasına ilişkin uygulamayı yeknesaklaştırmak üzere benimsediği güncel metodunda, halen önemli olabilecek konular dahilinde ucu açık hususlar bu-

²⁰³ BGer, 11.11.2020, 5A_311/2019, § 6.6.

²⁰⁴ Angelo Schwizer, "BGer 5A_311/2019: Praxisänderung bzw. -vereinheitlichung beim Kindesunterhalt (zweistufige Methode)", *Aktuelle Juristische Praxis*, 2021, S. 2, 237 vd.; Aeschliemann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 266.

²⁰⁵ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 5.

²⁰⁶ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 6.6.

lunduğu öğretilerde belirtilmektedir²⁰⁷. Nitekim bizzat İsviçre Federal Mahkemesi de güncel uygulamasında (ucu açık bir şekilde) özel durumlarda hakimın takdir hakkını kullanabileceğine ve bu tür durumlarda gelecekte diğer metotların da halen uygulanabileceğine açıkça şu şekilde işaret etmektedir:²⁰⁸ “(Kararda)... aktarılmış olan hususlar, özel durumlarda, özellikle olağanüstü (finansal) ilişkiler söz konusu olduğunda farklı şekilde hareket etme veya belirli bir hesaplama tamamen kaçınma olasılığını dışlamaz, çünkü sonuçta tek temel sorun, (çocuk) yetiştirmeye ve (çocuğun) somut ihtiyaçlar (ı) nedeniyle iştirak nafakasının sınırlarının bulunmasıdır”.

Bu tür özel durumlar arasında “özellikle” ifadesiyle sınırlı olmayacak şekilde, bir örnek olarak olağanüstü (finansal) ilişkiler gösterilmektedir. Bu ifadeyle İsviçre Federal Mahkemesi muhtemelen belirli rakamsal bir seviye belirtilmek yerine, bir kural sapmasının istisnai karakterini vurgulamak istemiştir²⁰⁹. Özel durumlarda farklı bir metodun, SAKE tablosuna veya Zürih tablosuna dayanan bir metodun, özellikle ödeme gücünün yüksek olduğu özel durumlarda (daha önce aktarılan ilgili kararlarda sadece ispat zorluğuna işaret edilen) tek aşamalı somut metodun, belki de soyut bir metodun uygulanması mümkündür. Hatta belki somut bir hesaplama yapmaksızın daha geniş bir şekilde öngörülmüş toptan bir yaklaşım²¹⁰ de tercih edilebilir. Genel olarak dürüstlük kuralı ve çocuğun menfaatinin korunması gereği iki aşamalı hesaplama metodunun uygun sonuçlara yol açmadığı çok açıksa veya mahkemenin başka bir kararında işaret ettiği gibi “hiçbir anlam taşımıyorsa”²¹¹ hakimın uygun gördüğü farklı bir hesaplama metodu tercih edilebilir.

Bu anlamda eşiğin yüksek tutulduğu açık olmakla birlikte, aslında somut olarak gelecekte ne zaman iki aşamalı sistemden ayrılacağı ortaya konmamaktadır. Böylece İsviçre hukuk uygulamasında iştirak nafakasının hesaplan-

²⁰⁷ Schwizer, “Vereinheitlichung beim Kindesunterhalt”, s. 237; Diego Stoll, “Entscheidbesprechung: Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. - 5A_311/2019”, *Die Praxis des Familienrechts*, 2021, S. 1, s. 227; Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 266.

²⁰⁸ Parantezde bazı eklemelerle naklen aktarılan söz konusu mahkemenin kararı için bkz. BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 6.

²⁰⁹ Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 268.

²¹⁰ “ganz von einer konkreten Rechnung abgesehen” (BGer, 11.11.2020, 5A_311/2019, § 6.6, dan naklen). Bu konuda Krş. Stoll, “Entscheidbesprechung: 5A_311/2019”, s. 225; Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 268.

²¹¹ BGer, 5A_891/2018, 2.2.2021, § 4.

masında metodun ilk bakışta açıklığa kavuşturulmasına rağmen, ilgili güncel kararlar daha detaylı incelendiğinde, çok sayıda ucu açık husus bulunduğu²¹² ve hakimlerin takdir hakkının kapsamının halen çok geniş olduğu söylenebilir²¹³. İsviçre öğretisinde iştirak nafakası uygulamasının yeknesaklaşması hedefine bu noktada ulaşılmamasının pek mümkün olmadığına, nafakanın belirlenmesiyle ilgili olarak çok sayıda belirsizliğin devam ettiğine, nafaka miktarının tamamlayıcı olarak diğer metotların yardımı olmadan sınırlandırılmasının olası görünmediğine işaret edilmektedir²¹⁴.

Türk hukukunda iştirak nafakasının doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin bölümünün hesaplanmasında; objektif esaslara dayalı iki aşamalı somut metodun en azından çıkış noktası olarak esas alınması, uygulamada öngörülebilirliğin artırılmasına önemli bir katkı sağlayacaktır. Çıkış noktası olarak esas alınacak nafaka hesaplama metodunda özellikle kanunda yer alan ebeveynlerin “hayat koşulları ve ödeme gücü” ölçütleri ile “çocuğun ihtiyacı” ölçütlerinin gözetilmesi ve uygun bir dengenin sağlanması önem taşır. Bu anlamda iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodu TMK m. 330 f. 1’de yer alan temel ölçütleri dikkate aldığı gibi, sunduğu aşamalı ve sistematik yaklaşım farklı finansal gelir durumları ile taraf menfaatleri arasındaki hassas dengeyi de azami şekilde gözetmektedir. Bu metotta hareket noktası bir kişinin asgari geçim değeridir.

²¹² “...iki aşamalı metodun bağlayıcı olduğunun ilan edilmesi yasal kesinlik açısından, İsviçre genelinde çocuk nafakası katkı paylarını hesaplamak için müşterek bir prosedüre yönelik ileri bir adım olarak memnuniyetle karşılanabilir. Ancak, tartışılan kararın daha ayrıntılı bir analizi, metodun açıklığa kavuşturulmasına rağmen, halen nafakanın belirlenmesiyle ilgili olarak çok sayıda belirsizliğin devam ettiğini açıkça ortaya koymaktadır. (Nafaka hesabında) Gereken ihtiyaç belirlenirken bile sorular cevapsız kalmaktadır. Ebeveynler ve çocuklar arasında barınma masraflarının ve vergilerin uygun bir şekilde dağıtılması buna örnek verilebilir. Yasayı uygulayan mahkemeler ve merciler de gelecekte çeşitli açılardan büyük bir takdir yetkisine sahip olacaklar: Metod seçiminde ve özellikle de fazla değer dağıtımında hala belirli bir miktar serbestlik bulunmaktadır. Birlikte velayette çocuk bakımı durumunda nafakanın hesaplanmasına ilişkin açıklamalarla, Federal Yüksek Mahkeme, takdir yetkisinin geniş kalacağı başka bir karmaşık konuyu ele almıştır. Aynı şekilde, tartışılan kararlar bağlantılı olarak ergin çocuğun nafakasına ilişkin olarak da bazı soruların cevabının ucu açıktır. Ayrıca, aile hukukunda nafaka hesaplamalarının son kararın özellikleriyle yeniden karmaşık hale geldiği ve özel bilgi ve hesaplama programları olmadan pek kolay sürecin yönetilemeyeceği belirtilmelidir...” (Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 284 vd.’dan naklen).

²¹³ Frei vd., “Irrgarten Unterhaltsrecht”, s. 151; Schwizer, “Vereinheitlichung beim Kindesunterhalt”, s. 237 ve dn. 25’te işaret edilen karar; Spycher, “Betreuungsunterhalt”, s. 199.

²¹⁴ Krş. Schwizer, “Vereinheitlichung beim Kindesunterhalt”, s. 234 vd., 237; Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 270 vd., 284. Yazarlar özellikle de yüksek derece mahkemelerinin ilk derece mahkemelerinin takdirine bağlı kararlarına müdahale etme konusunda çok isteksiz olmalarına dikkat çekmektedirler.

İki aşamalı somut metottan Türk hukukunda yararlanılabilmesi için, bu metodun esas aldığı asgari geçim değeri ile genişletilmiş asgari geçim değerlerinin hazırlanmasında ve buna dahil olan kalemlerin ne olduğunun tespitinde, TÜİK'in bir kişi açısından ilgili bölgelere ve şehirlere göre belirlediği güncel gelir ve yaşam koşullarının araştırma sonuçları ve yoksulluk sınırı değerleri²¹⁵ dikkate alınabilir. Bu konuda iştirak nafakası hesabına esas alabilmek için asgari geçim ile genişletilmiş asgari geçim değerinin belirlemek üzere; TÜİK, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vb. diğer kurumlar ve üniversitelerin (çocuk gelişimi, çocuk psikolojisi, aile hukuku, istatistik vb.) ilgili uzmanlık alanlarına sahip öğretim elemanlarının katılımıyla bir kurul oluşturulmasını önermekteyiz. Bu kurul aracılığıyla farklı bölge, şehir sınıflandırmalarının yanında, çocukların sayısı ve farklı yaş kategorilerine göre gelir ve yaşam koşullarıyla yoksulluk sınırı değerleri ve buna ilişkin kalemler özelleştirilmelidir.

Öte yandan istatistiksel harcama belirleme metodundan, denklik ölçeği metodundan, Sake tablosu veya Zürih Tablosu gibi bir Türkiye özelinde hazırlanacak tabloları esas alan metotlardan, tek aşamalı somut nafaka metodundan ve soyut metottan tamamlayıcı olarak yararlanılmalıdır. Özellikle iki aşamalı somut metot ile varılan sonuçların son sayılan metotların sonuçları ile karşılaştırılması, olası sapmaların nedenlerinin analizi yeknesak, adil kararların verilebilmesine önemli bir katkı sağlayabilir. Bazen tamamlayıcı metotlardan bir bütün olarak, bazen ise yukarıda aktarılan belli durumlarda sadece bazılarında²¹⁶ faydalanılabilir. İştirak nafakasının belirlenmesine ilişkin hukuki bir uyuşmazlıkta hâkim takdir hakkı dahilinde, fiili (maddi) karineye²¹⁷ konu bir olgu olarak genel anlamda nafaka hesaplama metotlarının sonuçlarını değerlendirecektir.

²¹⁵ Bu konuda bkz. Türkiye İstatistik Kurumu, "Gelir, Yaşam, Tüketim ve Yoksulluk", İstatistik Veri Portalı, <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Gelir,-Yasam,-Tuketim-ve-Yoksulluk-107> (11.11.2022).

²¹⁶ Değindiği üzere ortalamanın altı ödeme gücü ve hayat koşullarında Zürih tablosu metodundan faydalanılabilir. Ortalamanın üstü ödeme gücü ve hayat koşullarında ise tek aşamalı somut nafaka ve soyut metodun sonuçlarından yararlanılabilir.

²¹⁷ Maddi bir olguya dayanan fiili karinede dolaylı ispat söz konusu olup, ispat yükü değişmez, hâkim bunu takdir yetkisi dahilinde dikkate alır. Bu konuda bkz. M. Kâmil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 121; Hakan Pekantez- Oğuz Atalay- Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 660; Demirboğa, Dursun Ali, iç: Medeni Hukuk-I, Ed.: Metin İkizler, Özlem Tüzüner, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 275; Oğuzman-Barlas, Medeni Hukuk, § 1047 vd.; Antalya-Topuz, Medeni Hukuk, s. 568 vd., 570 vd. Son zikredilen eserde yazarlar maddi karine ile fiili karinenin aynı anlama gelip gelmediğinin öğretilde tartışmalı olduğuna işaret etmişler ve bunların farklı kavramlar olduğuna ilişkin görüşe katılmışlardır. Buna göre

2. Farazi Gelir

Türk hukuk uygulamasında hâkimin takdir hakkı kapsamında iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodundan yararlanabileceğine yukarıda değinilmişti. Bu başlıkta ise bu metotta yer alan gelirin tespiti hususu daha yakından irdelenecektir. Bu metotta gerekli nafakanın ("*gebührender Unterhalt*") ve bu kapsamda genişletilmiş asgari geçim değerinin hesaplanabilmesi için ailenin hangi imkanlara sahip olduğunun tespiti önem taşımaktadır²¹⁸. Bu husus öncelikle dolaylı olarak katılımcıların kendilerinden beklenebilir gelirlerinin, harcamalarının bilinmesini içerir²¹⁹. Ayrıca bir kişinin fiili (tedarik) imkanları ("*die Eigenversorgungskapazität*") tespit edilir²²⁰. Bir başka deyişle bu aşamada bir kişinin kendi olanakları ile gerekli olan nafakayı ödeme imkânı ve bunun kendisinden beklenebilirliği incelenir.

TMK m. 330 f. 1'de çocuğun ihtiyaçları ve anne babanın hayat koşulları yanında ebeveynlerin ödeme gücü ölçütüne yer verildiğini belirtilmiş ve nafakanın hesaplanmasında, kişinin ekonomik durumunun yüksek olması ile nafaka miktarı arasında (tek başına) doğrudan bir bağlantı kurulmamasına dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmıştı. Anne ve babanın ödeme gücü değerlendirilirken kural olarak onların malvarlıkları ve fiilen elde ettikleri gelir (fiili gelir) esas alınır. Çeşitli Yargıtay kararlarında ekonomik durumu elvermeyen veya kendisi yoksul olan bir ebeveynin nafaka ödeme yükümlülüğü bulunmadığı²²¹ veya

her ikisi de hâkimin takdir yetkisi dahilinde dikkate alınmakla ve dolaylı ispat etkisi bulunmakla birlikte aralarındaki fark, ispatın konusundadır. Fiili karine nedensellik bağının ve kusurun ispatına ilişkin iken, maddi karine maddi olayların ispatında kullanılır (s. 571 vd.). Şayet fiili karine ile maddi karine arasında böyle bir ayırımın kabulü halinde, nafaka hesaplama metotları ile varılan sonucun maddi bir karine teşkil ettiği düşüncesindeyiz.

²¹⁸ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 6.6.

²¹⁹ Krş. Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 3 vd.

²²⁰ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 6.6.

²²¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11.12.2014 tarihli ve 2014/14461 esas, 2014/25529 karar sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 09.05.2011 tarihli ve 2010/7445 esas, 2011/7958 karar sayılı kararı (Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 309 vd.). Örneğin asker olan ve hiçbir geliri olmayan nafaka yükümlüsü hakkında askerde bulunduğu dönemde nafakaya hükmedilmesi gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 29.03.2000 tarihli ve 1928 esas, 3827 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 481 vd.). Yine bkz. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1361: "...kendisi yoksul olan kadının iştirak nafakası ile sorumlu tutulması mümkün bulunmamasına göre..." (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24.11.2005 tarihli ve 13606 esas, 16253 karar sayılı kararı); "...kendisi yoksul olan kişi aleyhine iştirak nafakasına hükmedilemeyeceği nazara alınmadan..." (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 31.5.2005 tarihli ve 4369 esas, 8485 karar sayılı kararı).

finansal durumu aşmayacak şekilde nafaka ödeme yükümlülüğü bulunduğ²²² belirtilerek fiili ödeme durumu esas alınmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi de hedeflenebilir nitelikte olmayan çalışma sonucu elde edilen gelirin dikkate alınmayacağını, örneğin çalışma hayatına katılma fiili olarak mümkün değilse, artık bir kişinin çalışma faaliyetinde bulunup bulunmamasının belirleyici olması gerektiğini kararlarında işaret etmektedir²²³.

Burada çıkış noktası, eşlerin ödeme gücünü yansıtan istihdam geliri (işinden elde ettiği gelir) ve örneğin sahip olduğu taşınmazın kirası gibi malvarlığı gelirleridir. Ancak bununla yetinilmemelidir. Bunun üzerine bir ebeveynin kişisel tüketimine ilişkin harcamalar da eklenmelidir. Nitekim bu tür harcamalar eşlerin hayat koşulları ve fiili ödeme gücü hakkında bizlere bilgi verir²²⁴. Bu bağlamda uygulamada nafaka hesaplamasında mahkemelerce dikkate alınan SED-Raporunda örneğin bir yerde çalışıyorsa ücret dökümü, serbest çalışıyorsa serbest meslek makbuzu ve gelir vergisi beyannamesi, malvarlığı durumunu gösterir araç, tapu kayıtları vb. istenilmesi ile yetinilmemelidir²²⁵. Ayrıca somut olayda fiili ödeme gücü ve hayat koşullarının göstergesi olarak harcama alışkanlıklarının tespiti için diğer hususlar da gözetilmelidir. Örneğin bankalardan geriye etkili olarak aylık bazda hesap dökümleri istenmesi düşünülebilir.

Bununla birlikte daha önce belirtildiği üzere farazi gelirin de belli durumlarda dikkate alınması mümkündür. Gelecekte elde edilecek, öngörülebilir standart bir prim, bir ücret artışı böyledir. Yine nafaka hesabında nafaka yükümlüsünün fiilen çalışma olanağına sahip olmasına rağmen çalışmadığı bir ihtimalde, çalışmış olsaydı elde etmesi beklenen makul gelir de dikkate alınır²²⁶. Bu bağlamda somut olayda nafakayı ödeyebilmesi için kendisinden mesleğini ve hatta yerleşim yerini değiştirmesi bile beklenebilir²²⁷. Bu yönde bazı Yargıtay kararlarında farazi (varsayımsal) gelirin esas alındığı görülmekte olup, nafaka yükümlüsünün geliri olmamasının her zaman onu borcundan kurtarmayacağı,

²²² Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 21.12.2006 tarihli ve 2006/16359 esas, 2006/18199 karar sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (10.08.2022).

²²³ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 5.

²²⁴ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 15.

²²⁵ Sırma, Yoksulluk ve İştirak Nafakası, s. 89; Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1359.

²²⁶ Krş. Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 310; Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafkasına İlişkin Öntaslak", s. 116; Serozan, Çocuk Hukuk, s. 244 vd.; Çelikel, Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, s. 141.

²²⁷ Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafkasına İlişkin Öntaslak", s. 116.

çalışarak iştirak nafakasını ödemek zorunda olduğu belirtilmiştir²²⁸. Bu kararlar-
da tüm çabalarına rağmen uygun bir iş bulamadığını ve başka gelir elde ede-
mediğini ispat edemeyen nafaka yükümlüsü söz konusu ise; artık onun varsa-
yımsal (farazi) gelirinden yola çıkıldığı, nafaka borçlusunun eğitime ve manevi
durumuna uygun bir iş yapmaması, mevcut imkanlarından yararlanmayıp daha
az bir gelir ile yetinmesi suretiyle nafaka alacaklısı çocuğa zarar veremeyeceği-
nin kabul edildiği²²⁹ görülmektedir. Böylece Yargıtay uygulamasında farazi gelir
istisnai durumlarda dikkate alınmaktadır. Bu tür durumlarda ise belirleyici olan
temel ölçüt; dürüstlük kuralı dahilinde nafaka yükümlüsünden beklenebilirlik-
tir. Bu anlamda nafaka yükümlüsünün sağlık durumu çalışmaya elvermiyorsa
nafaka ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaz iken²³⁰, sadece boşanmayı sağla-
yabilmek için ödeyebileceğinden daha fazla nafaka ödemeyi üstlenen ebevey-
nin, daha sonradan nafaka ödeme yükümlülüğünün kaldırılması veya azaltılma-
sı talebinde bulunması kabul görmeyecektir²³¹.

²²⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 19.10.2010 tarihli ve 2010/14890 esas, 2010/ 16919 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 430 vd.). Yine yazarın aktardığı Yargıtay'ın başka bir kararında (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 16.09.2010 tarihli ve 2010/10441 esas, 2010/14410 karar sayılı kararı) nafaka yükümlüsü babanın işsiz oluşunun onun nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına ve çocuğun değişen ihtiyaçları nazara alınarak nafaka artırımının gerekeceğine işaret edilmiştir.

²²⁹ Bu yöndeki çeşitli Yargıtay kararları için bkz. Özüğür, Ali İhsan, Nafaka Hukuku, Ankara 2015, s. 490 vd., 491. Yazarın işaret ettiği bir Yargıtay kararında (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 19.10.2010 tarihli ve 2010/14890 esas, 2010/ 16919 karar sayılı kararı) mahkeme yüksek okul mezunu, üst pozisyonlarda çalışmış olan, ancak sonradan emekli olan 50 yaşında birinin çalışacak durumda olduğunu kabul etmiştir (s. 430 vd.).

²³⁰ Nafaka yükümlüsü çalışmayacak durumdaysa ve söz konusu durum ile birlikte herhangi bir malı da bulunmadığı tahkikat yazıları, sağlık kurulu raporu ile belirlenmişse nafaka ödeme yükümlülüğü de gündeme gelmeyeceği yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.02.1995 tarihli ve 1604 esas, 2406 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 490).

²³¹ "... *sırf boşanmayı sağlayabilmek için imzaladığı protokol gereğince iştirak nafakası ödemeyi kabul etmesi ve boşanma davası kesinleşmesi sonrasında, eldeki dava tarihi arasında geçen kısa sürede müşterek çocuk lehine olan iştirak nafakasının kaldırılması-indirilmesi talebinin, nafakanın niteliği, müşterek çocuğun ihtiyaçları karşısında, iyiniyet, sözleşmeye bağlılık ve sözleşmenin devamlılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı açık olup, davacının önceki işindeki konumu ve mesleği itibarıyla iş bulma imkanı da değerlendirildiğinde...*" (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 26.01.2017 tarih ve 2016/9940 esas, 2017/660 karar sayılı kararı); "... *Sırf boşanmayı sağlayabilmek için bilerek ve isteyerek mali gücünün üzerinde bir yükümlülüğü üstlenen ya da karşı tarafın mali durumunun iyi olduğu ya da geçinmek için nafakaya ihtiyacı olmadığını bilen kişinin, sonradan bu yükümlülüğün kaldırılması veya azaltılması yönünde talepte bulunması da iyiniyet ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile bağdaşmaz* Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.06.2015 tarihli ve 2014/22084 esas, 2015/11488 karar sayılı kararı). Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 16.09.2010 tarihli ve 2010/10441 esas, 2010 /14410 karar sayılı kararı); yine bu yön-

Türk hukuku uygulamasında herhangi bir gerekçe olmaksızın farazi gelirin esas alınmak suretiyle nafakanın ödeme gücü ve hayat koşulları elverişsiz olan nafaka borçlusuna çocuğun ihtiyaç kalemlerinin doğrudan yansıtıldığı birtakım kararların²³² da bulunduğunu ve bu şekilde bir yaklaşıma katılmamaktayız. Gerekçesiz olarak farazi değeri esas alınır, nafaka borçlusunun nafakayı finansal olarak ödeyememesi ihtimalinde, hayat koşulları ve ödeme gücünün üzerinde nafakaya hükmedilmesi söz konusu olur. Bu durum TMK m. 330 f. 1'in öngördüğü katılımcılar arasındaki menfaat dengesini nafaka yükümlüsü aleyhine bozacaktır.

Farazi gelirin istisnai olarak esas alındığı olaylarda sıklıkla bir ölçüt olarak, örneğin nafaka borçlusunun eğitime göre iş yapmaması gibi, nafaka yükümlüsünün çalışma faaliyeti ve bu anlamda nafaka yükümlüsünün hedeflenebilir geliri dikkate alınabilir. Aşağıda hedeflenebilir gelir ölçütünün dikkate alındığı hallerle ilişkin bazı tespitler paylaşılacaktır.

Çalışma sonucu elde edilen gelirin hedeflenebilir olup olmadığı ölçütü hukuken değil, maddi bir sorunsaldır²³³. Tespit edilen hedeflenebilir gelirin dikkate alınıp, alınmayacağı ise beklenebilirlik sorunu olup, bunun tespiti de dürüstlük kuralı bağlamında yürütülmesi gereken yasal bir değerlendirmedir²³⁴. İsviçre uygulama-

de bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.06.2010 tarih ve 2010/3-288 esas, 2010/297 karar sayılı kararı; "... hâkimin iradı onayladıktan çok kısa zaman sonra bunun indirilmesini talep etmenin, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği, sadece boşanmayı sağlamak üzere bilerek ve isteyerek ekonomik gücünün üzerinde bir nafaka ödeme yükümlülüğünü protokolle üstlenmiş olan kişinin daha sonradan bunun azaltılması için bir talepte bulunması durumunun dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı..." (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 02.10.2012 tarih ve 2012/14248 esas, 2012/20466 karar sayılı kararı), www.kazanci.com, (03.09.2022).

²³² Yargıtay'ın bir kararında nafaka yükümlüsü (kararda açıkça belirtilmese de karardaki rakamsal değerlerden anlaşıldığı kadarıyla) ekonomik olarak iyi bir durumda değildir. Öte yandan velayet hakkı sahibi finansal olarak ondan daha iyi durumdadır. Çocuğun da masraf gerektirecek özel bir durumu bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay nafaka yükümlüsünün net olarak elinde kalan miktardan daha yüksek bir nafakaya hükmedildiği bir ilk derece mahkemesi kararını uygun bulmuştur. Bu karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 13.10.2011 tarih ve 2011/10062 esas, 2011/15424 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 408 vd.). Buna karşılık Yargıtay'ın haklı olarak hükmedilen nafaka miktarına uygun olmadığı gerekçeyle bozduğu bir kararda (Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 08.02.2010 tarih ve 2010/398, 2010/1547 karar sayılı kararı) ilk derece mahkemesi nafaka yükümlüsünün masrafları düşüktükten sonra elinde kalan miktarın üstünde bir iştirak nafakasına hükmetmiştir (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 477 vd.).

²³³ BGE 144 III 481 § 4.

²³⁴ Krş. Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 6. Yazar bu konuda çalışmada "beklenebilirlik" ifadesini kullanmaktadır (s. 6).

masında farazi gelirin hesaplamasında bulunan rakamın (hedeflenebilir gelirin) ilk aşamada sorumlu olunan nafaka miktarından yüksek olması mümkündür. Böyle bir ihtimalde elde edilen bu rakam iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodunun aşkın değer dağıtım aşamasında dürüstlük kuralı dahilinde dikkate alınmaktadır²³⁵. Buna karşılık daha önce aktarılan bazı Yargıtay kararlarında gerekçeli ve istisnai olarak farazi gelirin dikkate alındığı ve bu kapsamda yukarıda belirtilen hedeflenebilir gelirin tartışıldığı durumlarda bu miktar, doğrudan nafaka yükümlüsünün ödemesi gereken miktara karşılık gelmektedir. Bir başka deyişle burada tek aşamada doğrudan nafakaya ulaşılmaktadır. Örneğin nafaka borçlusunun sipariş üzerine yürüttüğü bir işte seviyesinin altında iş alması veya haklı neden olmadan çalışmama durumlarında doğrudan hedeflenebilir gelir dikkate alınmakta, böylece hesaplanan nafaka tutarı nafaka yükümlüsünün fiili gelirinden (ödemesi gereken asgari miktardan) daha yüksek olabilmektedir.

Bu anlamda Yargıtay, bazı kararlarında hedeflenebilir gelir ölçütünün tartışıldığı farazi gelire ilişkin durumlar istisnai ve gerekçeli şekilde dürüstlük kuralı dahilinde tek aşamalı ele almaktadır. Söz konusu yaklaşımın istisnai ve gerekçeli olması yerindedir. Ancak bize göre iki aşamalı somut nafaka hesaplama metodu uygulanmak suretiyle, söz konusu ölçüt standart bir uygulama olarak dikkate alınmalı, buna karşılık gelen miktarın dürüstlük kuralı ve beklenebilirlik dahilinde fazla değer paylaşılması aşamasında istisnai ve gerekçeli olarak ödenmelidir. Bu şekilde önerilen standart bir yaklaşım aşamalı ilerleyen, öngörülebilir, objektif, menfaatler arasındaki dengeyi gözetten bir nafaka paylaşımına imkân sunar.

İki aşamalı somut metodun ve paylaşılan önerinin kabulünün bir sonucu olarak, farazi gelirin iştirak nafakasında dikkate alınabilmesi için ebeveynlerin gelir miktarının asgari ve genişletilmiş asgari geçim seviyesini karşılaması (fazla değer paylaşılması aşamasına geçilmiş olması) gereklidir. Söz konusu durumun çocuğun aleyhine nafaka miktarını sınırladığı düşünülebilir. Ancak burada dürüstlük kuralının ve beklenebilir ölçütünün sınırlayıcı bir fonksiyonu olduğu ve bu şekilde çocuğun menfaatlerinin yanında ebeveynlerin menfaatinin de gözetildiği söylenebilir. Bu anlamda dürüstlük kuralına aykırı şekilde hedeflenebilir gelir ölçütünün karşılanamadığı durumları bunun dışında tutmaktayız. Örneğin keyfi olarak çalışmamayı seçen bir kişi için nafaka ödeme yükümlülüğünün sınırını onun asgari geçim seviyesi teşkil etmemektedir. Paylaşılan ör-

²³⁵ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 5.

nekteki hesaplamada ikinci aşamaya²³⁶ ulaşamamış olsa da, istisnai olan ve icra edilebilirlik aşamasında ele alınması gereken bu durumda bu kişi aleyhine farazi değeri esas alınarak nafakaya hükmedilebilmelidir. Benzer bir tespit nafaka yükümlüsünün kusuru ile nafakayı ödeyemeyeceği diğer durumlarda da geçerlidir. Sırf boşanmayı sağlayabilmek için bilerek ve isteyerek mali gücünün üzerinde bir iştirak nafakası ödeme yükümlülüğü üstlenen kişinin durumu buna örnek olarak verilebilir. Bunun yanında beklenebilirlik dahilinde yakın zamanda hedeflenebilir gelirin karşılanması mümkün (öngörülebilir) olduğu durumlar da fazla değer paylaşılması aşamasından önce dikkate alınır. Örneğin iştirak nafakası hesaplanmasında yakın zamanda maaşının çok yükseleceği öngörülebilir olan ebeveynin durumu böyledir.

3. Fazla Değerin Paylaşılması

İki aşamalı somut nafaka hesaplama metodunda gelirden genişletilmiş asgari değer çıkarılmasından sonra, (şayet mevcutsa) bulunan fazla değer ebeveynler ve ergin olmayan çocuk arasında paylaşılması gündeme gelir.

Fazla değer paylaşılması aşamasında kabul edilen esaslardan biri evliyen tasarruf edilen meblağın ayrılık sonrası kural olarak doğrudan paylaşılmasıdır²³⁷. Şöyle ki her iki eşin boşanmadan önce, evlilikleri boyunca yaşadıkları standardı koruyarak ve aynı zamanda çocuğun eğitim ve bakımına ilişkin katkı sağlayarak ekonomik olarak belirli bir tasarrufta bulunması mümkündür. İşte doğrudan çocuk maliyetlerinin hesabında tasarruf oranı yanında ayrılık ek maliyetleri ve ek gelirlerinin hep birlikte dikkate alınması gerekli olup, hesaplanan iştirak nafakası alacağında velayet hakkı sahibinin nafaka borçlusu aleyhine tasarruf yapmasına imkân tanınmamalıdır²³⁸. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi hesaplamadan sonra ortaya çıkan fazla değer paylaşılmasına ilişkin olarak: *“özel durum ne olursa olsun, (fazla değer) basitçe her zaman eşler arasında eşit olarak bölünmemelidir. Bunun yerine, [...] şimdiye kadar yaşanan standart, evlilikten sonra hala uygun görülebileceklerin (evliyen tasarruf edilen meblağın ayrılık sonrası paylaşılmasının) üst sınırıdır (maksimumudur)”*²³⁹ şeklinde ifade etmiştir.

²³⁶ Genişletilmiş asgari geçim aşaması veya fazla değer paylaşılması aşamasına.

²³⁷ Krş. BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.3.

²³⁸ Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 255; Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 10.

²³⁹ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 4.4’dan naklen.

Benzer bir değerlendirme, çalışmaya yeniden başlamadan veya evlilikten önceki çalışma faaliyetini genişletmeden önce dikkate alınacak önceki gelir ölçütü için de yapılabilir. Önceki gelir ölçütünün de her zaman tek başına kullanılması uygun olmayıp, adil olmayan bir hesaplama sebebiyet verebilir. Doğrudan, tek başına önceki gelir ölçütünün dikkate alınmasının somut olayda, örneğin evlilikten sonra yeniden evlenme ve buna bağlı oluşan ek giderler gibi durumların ihmal edilmesi sonucunu doğurabileceği belirtilmektedir²⁴⁰.

Fazla değer ebeveynler arasındaki paylaşımında çocuğa bakan ebeveynin durumu gözetilmektedir. Nitekim çocuğun da (giderleriyle) değere etkisi olur²⁴¹. Her bir aile üyesine ilişkin doğru bir hesaplama yapılabilmesi için, barınma masraflarının çocuklara ilişkin olan oranın ayrılması gerekir²⁴². Bu sebeple İsviçre öğretisi ve uygulamasında çeşitli esaslar geliştirilmiştir.

Bu bağlamda öğretilerde ve uygulamada üçte bir kuralı ("*Drittelsregel*") adı verilen bir metoda göre; çocuğa bakan ebeveyn paylaştırmada kural olarak fazla değer 2/3'ünü alır²⁴³. Ancak belli durumlarda bu kuraldan sapılabileceği kabul edilmektedir. Örneğin veli dört çocuğa bakıyorsa, bu durumda ona fazla değer 3/4'ünün verilebileceği belirtilmiştir²⁴⁴.

Öte yandan özellikle eskiden beri uygulanan ve uygulamanın yeknesaklaşmasına ilişkin mahkeme kararlarında zikredilen; fazlalığın büyük ve küçük kafalara göre dağılımı ("*eine Verteilung nach grossen und kleinen Köpfen*") adı verilen bir metottan bahsedilebilir. Bununla kastedilen ergin olmayan çocuklara anne ve babalarına verilenin yarısı oranında arta kalan değer tahsis edilmesidir²⁴⁵. Ergin olmayan çocuğa fazla değer yarısının verilmesine ilişkin Federal Mahkeme'nin gerekçesi şu şekildedir²⁴⁶: "(çocuğun) *anne-babanınkinden daha*

²⁴⁰ Krş. Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 11.

²⁴¹ Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 313.

²⁴² BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.2.

²⁴³ BGE, 5A_122/2011, 9.06.2011, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

²⁴⁴ Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 313.

²⁴⁵ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, §§ 7.3, 8.3.1. Bu bağlamda iştirak nafakasının doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin nakdi nafaka bölümünün dolaylı çocuk nafakası bölümünden önce geldiği hatırlatılabilir. Bu konuda bkz. BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.3.

²⁴⁶ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.3.'dan naklen. Ergin olan çocuğa fazla değer hiç verilmesinin başka bir gerekçesi olarak ise öğretilerde yetiştirilme tarzı nedeniyle ergin çocuk yönünden fazla payın sınırlandırılmasının haklı görülebileceği belirtilmektedir. Açıklamalarımız için bkz. Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 10.

fazla artık/ fazla değer dağılımını veya anne-baba ayrılmadan önceki geleneksel standart çerçevesinde bir yaşam tarzı talep edemeyeceği" nin açık olmasıdır.

Örneğin bir çocuklu boşanmış bir aile düşünelim. Üçte bir kuralına göre çocuğa bakan ebeveyn paylaştırmada kural olarak fazla değerın 2/3'ünü, nafaka yükümlüsü ise 1/3'nü alır. Fazlalığın büyük ve küçük kafalara göre dağıtım metodunda ise iştirak nafakası ödemekle yükümlü ebeveyn 2x alırken, tek çocuk bakan ebeveyn ise (çocuk için) x + (kendisi için)2x=3x alır. Bu anlamda yine oran benzer şekilde 2/3'tür²⁴⁷. Başka bir örnek olarak dört çocuklu boşanmış bir aile düşünelim. Bu ihtimalde büyük ve küçük kafalara göre dağıtım metodunda nafaka ödemekle yükümlü ebeveyn 2x alırken, dört çocuk bakan ebeveyn ise (4 tane çocuk) 4x + (veli) 2x=6x alır. Bu paylaşım esasında ise veliye fazla değerın 6x/8x= 3/4'nün verilmesi gündeme gelecektir.

Her iki metot objektif ve basittir. Ancak ilk aktarılan üçte bir kuralı (metodu) özel koşullar dahilinde çocuk sayısını dikkate alır. Son aktarılan büyük ve küçük kafalara göre dağıtım metodunda ise paylaşmanın genel kuralı olarak çocuk sayısı standart bir oran dahilinde dikkate alınmakta, daha şeffaf, öngörülebilir bir yaklaşım sunmaktadır. Kanaatimizce fazla değerın paylaşımında büyük ve küçük kafalara göre dağılım kabul edilebilir. Ancak bu esasın sadece bir çıkış noktası olarak kabulü uygundur. Büyük ve küçük kafalara göre dağıtım metodunun sonuçları fazla değerın paylaşımı aşamasında, "özel durumun tüm özellikleri" dikkate alınarak²⁴⁸ değerlendirilmelidir.

Bu doğrultuda İsviçre öğretisi ve uygulamasında söz konusu paylaşım kuralının her zaman genelleştirilmemesi gerektiğine, bunlardan ayrılmayı gerektirebilecek bakım ilişkileri, zorunlu olanın ötesinde işe yönelik gösterilen çabalar, özel ihtiyaç durumları vb. gibi dikkate alınması gereken çok sayıda durumun somut olayda gerçekleşebileceğine işaret edilmektedir²⁴⁹. Yine söz konusu özellikler arasında ilk olarak bakım ilişkisi ve bu kapsamda velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin ziyaret hakkını ne şekilde kullandığı, çocuğun bakımına çok yoğun katılım sağlaması vb. durumlar zikredilebilir. Aslında çocuk bakımına

²⁴⁷ Zürih Yüksek Mahkemesi büyük ve küçük kafa esasını kabul etmek suretiyle bir ebeveyn ve iki çocuklu bir hanede fazla değer paylaşma oranını; çocuklar için 25%'er, ebeveyn için 50% olarak belirlemektedir. Bu konuda bkz. Maier, "Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen", s. 356; Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 259.

²⁴⁸ BGer, 5A_311/2019, § 7.3, 11.11.2020.

²⁴⁹ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 10; BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.3.

konu faaliyetler dolaylı maliyetlere ilişkin incelemenin merkezindedir. Ancak doğrudan maliyetlerin hesaplanmasına ilişkin bu aşamada diğer olguların yanında velinin bakım ilişkisi dolaylı olsa da dikkate alınabilmektedir. Yine fazlalığın paylaşımında dikkate alınabilecek hususlar arasında, örneğin bir eşin tam zamanlı çalışmasının yanında ek iş yapıp yapmadığı²⁵⁰, asgari geçim ve genişletilmiş asgari geçim giderleri dahilinde dikkate alınmayan özel ihtiyaçlar, yapılan tasarrufun harcanmasını gerektiren ek maliyetler, (daha sonra aktarılacak okul düzeyi modelinin esasları²⁵¹ dikkate alınarak) çocuğun kaçınıcı sınıfta olduğu vb. hususlar yer almaktadır²⁵².

4. Tarafların Refah Seviyesinin Değerlendirmeye Etkisi

Nafakanın belirlenmesinde ve özellikle iki aşamalı somut metotta fazla değer taraflar arasında paylaşımında; sıklıkla tarafların içinde buldukları hayat koşullarına ve gelir elde edip etmemesine (refah seviyesine) göre belirlenen gelirin ortalamasının çok üstünde, ortalamada veya ortalamasının altında kalmasına göre (kendi içinde de eşlerin durumuna göre alt ayrımlara ayrılan) üçlü bir ayrıma başvurulabilir²⁵³. Söz konusu ölçütler ayrıca nafaka miktarının belirlenmesine ilişkin TMK m. 300 f. 1'de zikredilen ölçütler ile de uyumlu olup, bu ayrımlara ilişkin tespitler Türk hukuku açısından da dikkate değerdir. Bu konuda mehaz öğreti ve uygulamasındaki tespitlerden bazılarını, aşağıda Türk hukukundaki uygulamadaki bazı benzerlik ve farklılıklarıyla karşılaştırmalı olarak değerlendirmeler ile birlikte paylaşılacaktır.

Öncelikle velayet hakkına sahip olan ebeveynin hayat koşulları ve ödeme gücünün ortalamasının ve aynı zamanda diğer eşin finansal durumunun çok üs-

²⁵⁰ Krş. Jonas Schweighauser, "Allgemeine Bemerkungen zu Art. 285-285a", *FamKomm Scheidung*, Ed.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, Bern, 3. Baskı, Stampfli Verlag, 2017, Art. 285, § 136.

²⁵¹ bkz. IV, C, 1, c.

²⁵² Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 269 vd. Söz konusu ölçütlere ilişkin yazarın işaret ettiği kararlar için Krş. BGer, 11.11.2020, 5A_311/2019, § 7.2.; BGer, 2.2.2021, 5A_891/2018, § 4.4. Tasarruf edilen kısmın boşanma/ ayrılık sonrasındaki dinamikler gözetilerek belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. Aebi-Müller, "Familienrechtlicher Unterhalt", s. 7; Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 270.

²⁵³ Hausheer-Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, § 03.103 vd.; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 13 vd. Son zikredilen yazarların işaret ettiği üzere (kanundaki diğer ölçütlerin yanında) ebeveynlerin hayat koşulları ve ödeme güçleri, doğrudan ve dolaylı çocuk maliyetlerinin hesaplanmasının yanında, fazla değer taraflar arasında paylaşımında da dikkate alınmaktadır (s. 15 vd.).

tünde olması ihtimali zikredilebilir. Bu durumda İsviçre Federal Mahkemesi veliden çocuğun tüm (nakit) ihtiyaçlarını tek başına karşılamasını beklenmenin sakıncalı olmadığı esasını benimsemiştir²⁵⁴. Olağan finansal koşullarda İsviçre uygulamasında çıkış noktası olarak; sürekli bakım yükümlülüğünü üstlenmemiş olan ebeveynin kural olarak iştirak nafakasının (doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin) nakdi nafaka bölümünü karşıladığı, velinin ise sadece çocuğun bakımını karşıladığı (aynen yerine getirilen/aynen nafaka bölümü) ve bunların eşit olduğu esası kabul edilir²⁵⁵. İşte velinin önemli ölçüde daha iyi mali koşullara sahip olması durumunda (velinin aleyhine) söz konusu esastan sapılabileceği kabul edilmektedir²⁵⁶. Bir başka deyişle açık bir şekilde daha yüksek bir ödeme gücünün (*“deutlich höherer finanzieller Leistungsfähigkeit”*) bulunması durumunda, halihazırda çocuğa bakan ebeveynin ayrıca doğrudan çocuk maliyetlerini üstlenmesi sakıncalı görülmemektedir²⁵⁷. Bu durum özellikle, nafaka yükü, mütevazı koşullarda yaşayan nafaka borçlusu üzerinde ağır bir yük olacaksa haklı görülmektedir²⁵⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel bir kararında söz konusu durumu şu şekilde aktarmıştır: *“... kural olarak velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn nafakasının parasal bölümünü karşılar... Ancak mahkeme çocuğa bakan ebeveynin ödeme gücü diğerinden daha iyi ise takdir hakkını kullanarak söz konusu esastan ayrılabilir ve ayrılmak zorundadır...”*²⁵⁹. Buna karşılık incelenen bazı Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararlarında (bunlardan bazılarında en azından dolaylı anlamda) velinin finansal durumunun nafaka yükümlüsüne nazaran daha iyi olmasının, iştirak nafakası ödenmemesi için bir gerekçe olarak kabul edilmediğini göstermektedir²⁶⁰. Kanaatimizce taraflar arasındaki menfaat

²⁵⁴ BGE 120 II 290, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

²⁵⁵ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 12; BGer, 5A_727/2018, 22.08.2019 § 4.3.1.

²⁵⁶ BGE 5A_583/2018, 18.01.2019, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

²⁵⁷ BGer, 5A_584/2018, 10.10.2018, § 4.3, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

²⁵⁸ Krş. BGer, 5A_339/2018, 8.5.2019, § 5.4.3, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

²⁵⁹ *“...grundsätzlich derjenige Elternteil für den geldwerten Unterhalt des Kindes aufkommen muss, welcher nicht die Obhut innehat ... Vom soeben festgehaltenen Grundsatz kann und muss das Gericht jedoch ermessensweise abweichen, wenn der hauptbetreuende Elternteil leistungsfähiger ist als der andere”* (BGer, 11.11.2020, 5A_311/2019, § 8.1'dan naklen). Yine bu konuda bkz. s. 272 vd.; Stoll, “Entscheidbesprechung: 5A_311/2019”, s. 229; Aeschlimann vd., “Berechnung des Kindesunterhalts”, s. 273; Aebi-Müller, “Familienrechtlicher Unterhalt”, s. 1, 4, 7.

²⁶⁰ İştirak nafakasının hesaplanmasına ilişkin bir ihtilafta ilk derece mahkemesi, annenin (velinin) maddi durumunun iyi olmasının babaya (nafaka yükümlüsüne) iştirak nafakasından muafiyet sağlamadığını belirtmiştir. Söz konusu kararın temyiz itirazı üzerine Yargıtay tarafından bo-

dengesi (TMK m. 300 f. 1), çocuğun bakımına birlikte özen gösterme (TMK m. 185 f. 2), giderlere gücü oranında katılma (TMK m. 186 f. 3) gözetilerek bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda toptan bir yaklaşım tercih edilmemesi gerekmekte olup, bazen ilk, bazen ise ikinci yaklaşım ön plana çıkabilir. Buna göre nafaka yükümlüsünün gelir durumu asgari geçim seviyesinin²⁶¹ altında ise kural olarak velinin doğrudan maliyetleri üstlenmesi haklı görülebilir. TMK m. 2'ye aykırılık teşkil edebilecek, daha önce bazıları anılan durumlar saklıdır. Buna karşılık nafaka yükümlüsünün gelir durumu asgari geçim seviyesinin üstünde olduğu bir ihtimalde onun finansal durumu gözetilerek ve bununla orantılı olarak onun aleyhine makul bir miktar iştirak nafakasına hükmedilebilmelidir. Aksi bir kabul veli aleyhine menfaat dengesini bozup, adil olmayan sonuçlara iştirak nafakası uygulamasına sebebiyet verecektir.

Daha farklı bir ihtimal olarak her iki ebeveynin hayat koşulları ve ödeme gücü ortalamanın çok üstünde ise; İsviçre Federal Mahkemesi velayet hakkına sahip kişinin çocuğun bakım ve yetiştirmeyi doğrudan üstlenmiş olmasını dikkate almaktadır. Nafaka yükümlüsünün her iki ebeveynin net gelirinin birbiriyle orantısının üstünde bir birikim yaptığından yola çıkılmaktadır²⁶². Yargıtay'ın da incelemiş olduğumuz bir kararında bahsedilen gerekçeyi açıkça paylaşıp haklı olarak benzer sonuca vardığı görülmektedir²⁶³. İki aşamalı somut metotta bu

zulma nedeniyle ön inceleme duruşmasının yapılmamış olmasıydı. Bu karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 9.2.2015 tarihli ve 2014/15543 esas, 2015/ 1871 karar sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (10.08.2022). Velinin nafaka yükümlüsüne kıyasla gelirinin (kiralar düşüktükten sonra) yaklaşık 2,5 kat fazla olmasına ve çocuğun özel bir ihtiyacı bulunmamasına (ayrıca kararda geçen çocuğun dersane ücretinin velinin gelirine kıyasla makul olmasına) rağmen, ilk derece mahkemesinin hükmettiği iştirak nafakası bedelinin yetersiz olduğu yönündeki bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 18.10.2012 tarihli ve 2012/16085 esas, 2012/21967 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 388). Trabzon Bölge Adliye Mahkemesinin 1. Hukuk Dairesinin 18.12.2020 tarihli ve 2020/ 666 esas, 2020/ 671 karar sayılı kararı: "... (somut olayda velayet hakkına sahip olan) *babanın işinin daha iyi ve gelirinin fazla olmasının ya da annenin çalışmıyor olmasının, gelirinin az olmasının, anneyi nafaka yükümlülüğünden kurtarmadığı...*" nı belirtmiştir, www.lexpera.com.tr, (10.08.2022).

²⁶¹ Aynı şekilde benimsenecek görüşe göre nafaka yükümlüsünün gelir durumu genişletilmiş asgari geçim seviyesinin altında ise aynı sonuca varılabilir.

²⁶² Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 13.

²⁶³ Yargıtay incelemiş olduğumuz bir kararında, mahkemece hükmedilen nafakayı az bulmuştur. Her iki ebeveyninde finansal durumu kararın verildiği zamanın şartlarında ortalamanın çok üstündedir. Çocuğun (doğrudan maliyet kalemi olarak nitelendirilebilecek) özel bir bakım gideri olmayıp, yıllık özel okul giderleri bulunmaktadır. Karardaki gider ve gelir kalemleri şu şekildedir: Nafaka yükümlüsü ebeveyn: şirkete sahip ve aylık 5000 TL kazancı var, Yalova'da 24 tane dairesi bulunuyor

şekilde doğrudan çocuk maliyeti hesabında fazla değer paylaşımı aşamasında diğer olguların yanında bakım ve eğitime yönelik faaliyetler dikkate alınmakta, göz ardı edilmemiş olmaktadır.

Daha önce ifade edildiği üzere gelirin yüksekliği ve ortalamanın (çok) üstü finansal hayat koşulları ile ödenecek iştirak nafakası miktarı arasında doğrudan bir bağlantı kurulmamalıdır. TMK m. 182 f. 3 c. 2 hükmünde geçen “gücü oranı” ifadesinden yola çıkılarak ödeme gücünün yüksekliği makul bir şekilde çocuğun nafakasına yansıtılmalıdır. Bu bağlamda İsviçre Federal Mahkemesi de “*özelliikle elverişli finansal koşullarda*” (“*bei besonders günstigen Verhältnissen*”) bile çocukların nafakasını hesaplamak için ebeveynlerin ödeme gücünün tamamını esas almamaktadır. Bu anlamda mahkemenin doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin iştirak nafakası hesaplamasında çıkış noktası, kural olarak mümkün olan en üst seviyedeki yaşam koşulları (“*maximal mögliche Lebensstellung*”) değil, fiili yaşam koşullarıdır (“*tatsächlich gelebten Lebensstellung*”)²⁶⁴.

Diğer bir ihtimal hayat koşullarının (ve ödeme gücünün) ortalama bir seviyeyi yansıtmasıdır. Bu durumda nafakanın dağılımında yine eşlerden biri veya ikisinin çalışıp çalışmadığına bakılır²⁶⁵. Bir eşin geliri olduğu için diğer eş kendini tamamen çocukların bakımına ve yetiştirilmesine adanmış ise, geliri olan eşin çocuğun nakdi nafakasının tamamını karşılayacağı kabul edilir²⁶⁶. Aslında bu

Velayet sahibi ebeveyn: geliri var (20.000); Sarıyer’de üç tane dairesi bulunuyor

Çocuk: ortak çocuğun özel okul ücreti: 17760 TL

Mahkeme velinin aylık geliri daha yüksek olmasına rağmen, çocuğun bakımına ilişkin üstlendiği faaliyeti dikkate alarak onun lehine (nafaka uyarlama davasında) nafakanın artırımına hükmetmiştir. Mahkemenin karardaki ifadeleri şu şekildedir: “*İştirak nafakası belirlenirken anne ve babanın ekonomik durumları göz önünde tutulmakla birlikte velayet hakkı kendisine tevdi olunmuş tarafın bu görev nedeniyle emeğinin ve yüklendiği sorumlulukların karşılığı olağan harcamaların da dikkate alınması zorunludur*”. Söz konusu karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 07.09.2015 tarihli ve 2015/6305 esas, 2015/13608 karar sayılı kararı (Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 329).

²⁶⁴ BGE 116 II 110, S. 113, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

²⁶⁵ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 14.

²⁶⁶ Krş. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 15.02.2010 tarihli ve 2010/6903 esas, 2010/12099 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 441 vd.). Söz konusu kararda velayet hakkına sahip anne çalışmıyor, nafaka yükümlüsü ise ona hem yoksulluk nafakası ödemekte hem de çocuk için iştirak nafakası ödemektedir. Nafaka yükümlüsünün (kararın verildiği zamanki asgari ücretin biraz daha üstünde) ortalama bir geliri bulunmaktadır. Bunun yanında nafaka yükümlüsü çeşitli taşınmazlara sahiptir ve yeniden evlenmiştir. Yeni eşin çalışma durumu ise kararda zikredilmediği görülmektedir. Müşterek çocuklar ise son sınıfta okumakta ve dershaneye gitmemektedir.

ihtimal nafaka paylaşımında sıklıkla karşılaşılan standart durumu yansıtır. Nafakanın yerine getiriliş usulleriyle ifade edersek; velayet hakkına sahip olan ebeveyn çocuğun nafaka miktarından kendi payını çocuğuna bizzat bakıp, yetiştirmek, yani aynen nafaka/ gayri nakdi nafaka suretiyle yerine getirirken, diğer ebeveyn payını bir miktar para ödemek suretiyle yerine getirir.

Fakat her iki eş de eşit şartlarda çalışıyorsa, çocukların bakımını üstlenen eşin çifte yüke maruz kaldığının dikkate alınması gerekir. Çocukların bakım ve eğitimi nedeniyle iş hayatında çalışmama veya eksik oranda çalışma zaten bir sonraki başlıkta incelenen dolaylı çocuk maliyetlerinin dikkate alınmasının temel gerekçeleri arasındadır. Ancak daha sonra ifade edileceği üzere veli çocuk bakımına ve çifte bir yük altına girmesine rağmen geçim masraflarını kendi geliriyle tamamen karşılaması durumunda artık dolaylı çocuk maliyetlerini talep edememektedir²⁶⁷. İşte velinin ev işi, çocuk bakımı gibi yaptığı katkıların (benimsenecek görüşe göre tamamının veya belli oranının) ekonomik değeri, doğrudan çocuk maliyetlerinin hesaplanmasındaki fazla değer paylaşılması aşamasında diğer hususların yanında dikkate alınabilecektir²⁶⁸. Bunun gibi hayat koşullarının hangi seviyeye karşılık geldiği hususunun tespitinde belirsizlik halinde ve özellikle ortalama finansal ilişkilerin alt seviyelerinde (veya en azından sınırda kalan durumlarda) velinin lehine aynı sonuç kabul edilebilir²⁶⁹.

Nihayet nafaka yükümlüsünün finansal durumu ortalama seviyenin altında kalabilir. Bu konuda İsviçre Medeni Kanunu'na bazı hükümler yer almaktadır. Örneğin eksik nafaka ödeyen/ nafaka ödeyememiş olan nafaka yükümlüsü-

²⁶⁷ Krş. Spycher, "Betreuungsunterhalt", s. 212; Hans-Martin Allemann, "Betreuungsunterhalt - Grundlagen und Bemessung", *Jusletter*, 11. Juli 2016, https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2016/854/betreuungsunterhalt-_8ee875da39.html__ONCE&login=false (14.12.2022), § 16 vd.

²⁶⁸ Krş. Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 14. Ancak yazarların geçmiş tarihli söz konusu eserlerinde nafaka hesaplama metodu olarak bu makalede önerilen iki aşamalı nafaka hesaplama yolunu benimsemedikleri görülmektedir. Bununla birlikte onlar velinin ev işi, çocuk bakımı gibi yaptığı katkıların, sanki ondan parasal katkı alınmış gibi görülmesi ve bu değer onun nafaka payından düşülmesi (bir başka deyişle nafaka hesaplamasında nafaka yükümlüsünün nafaka payının genişlemesi) gerektiğine haklı olarak işaret etmektedirler. Kararda müşterek çocuklarla ilgili özel bir gider zikredilmemiştir (s. 14).

²⁶⁹ Krş. Hausheer-Spycher, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, § 06.127; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 14. Yazarların benimsedikleri nafaka hesaplama metodu kapsamındaki açıklamalarında böyle bir durumda (nafaka yükümlüsünün ödeyeceği iştirak nafakası hesaplamasında onun lehine olacak şekilde) velinin (doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin) nakdi nafakayı kısmen de olsa üstlenmesinin aranmaması gerektiği belirtilmektedirler (s. 14).

nün²⁷⁰ sonradan gelir durumunun düzelmesi durumunda, kendisinden eksik kalan kısmın yükümlülüğünün bulunduğu beş yıl öncesine kadarki zaman dilimi için geriye etkili olarak istenebileceği düzenlenmiştir (ZGB Art. 286a). Yine bir diğer düzenlemede yardım nafakası hükümleri saklı kalmak üzere bir çözüm için kamu hukuku kurallarına yollama yapılmıştır (ZGB Art. 293).

İsviçre Medeni Kanunu'nda çocuk nafakasına ilişkin değişiklikler ve eklemelerde nafaka yükümlüsünün asgari geçim seviyesinin korunması ile bağlantılı olarak çocuğa asgari bir nafaka ödenmesine ilişkin Alman Hukuku'ndaki gibi²⁷¹ bir düzenlemeye yer verilmemiştir²⁷². Bir başka deyişle nafaka yükümlüsünün asgari geçim düzeyinin korunması esas alınmış olup, bu durumda nafaka ala-

²⁷⁰ Bir kişinin somut olayda maddi olanakları kısıtlı olup, kendi geçim giderlerini karşılamayacak durumdaysa, nafaka miktarında eksiklik bulunduğu ve bunun da tipik örneklerinden birini asgari geçim değerinin karşılanamaması durumunun teşkil ettiği hakkında bkz. Büchler-Schwenzer, "FamKomm Scheidung", Art. 129 ZGB, § 44 ve Anhang UB, § 4.

²⁷¹ Alman Hukuku'nda BGB Art. 1612a'da sınırlı ehliyetsiz çocuğun aynı hanede yaşamadığı ebeveyninden asgari bir nafaka talep edebileceği düzenlenmiştir. Bunun tutarı ise sınırlı ehliyetsiz çocuğun vergiden muaf olan geçim düzeyi/ gideri esas alınarak ve çocuğun yaşına göre (altı yaşını doldurana kadar; yedi yaşından on iki yaşını doldurana kadar; on üç yaşında itibaren) yüzdesel (yaş kategorilerine göre sırasıyla; 87%, 100%, 117%) olarak belirlenir. Asgari geçim gideri ise kademeli olarak farklı (net) gelir seviyelerine göre, avro olarak ödenecek tutarın paylaşıldığı Düsseldorf Tablosu esas alınarak ("*Düsseldorfer Tabelle*") belirlenir. Bu tablonun ekinde yer alan ödeme tutarları tablosunda ("*Anhang: Tabelle Zahlbeträge*") ise birden fazla çocuk olması durumunda çocuk başına ödenecek tutarlar düzenlenmektedir. 1.1.2023 tarihli güncel Düsseldorf Tablosu için bkz. https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorf_Tabelle/Tabelle-2023/Duesseldorf-Tabelle-2023.pdf, (08.01.2023). Alman Hukuku'nda asgari nafaka için bkz. Jens Langeheine, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII*, Ed.: Franz Jürgen Säcker vd., 8. Baskı, München, Beck Verlag, 2020, BGB § 1612a, § 1 vd.; Soyka Jürgen, *Prütting-Wegen-Weinreich, BGB Kommentar*, Ed.: Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, 5. Baskı, Köln, Luchterhand Verlag, 2008, § 1612a, § 1 vd.; Işık Yasin, "Alman Hukuku'nda İştirak (Hısımlık) Nafakası ve Düsseldorf cetveli", *Türkiye Adalet Akademisi: Akademik Kürsü*, 2021, S. 13, s. 62 vd.

²⁷² Çocuk nafakasına ilişkin meclis raporunda eksik nafaka durumunda hâkimin şu iki seçim arasında karar verebilmeye dönük bir takdir hakkı olduğuna işaret edilmektedir: Çocuğa normal şartlarda ödenecek nafaka miktarı (en azından çocuğa verilecek olan kısmının buna yetmesi durumunda) veya önceden belirlenen asgari, sabit bir miktarın ödenmesi. Bu konuda bkz. Botschaft, Kindesunterhalts, s. 581. İsviçre Federal Mahkemesi bu durumda "gerekli nafaka" teriminin dinamik yapısına işaret ederek, bunun asgari geçim değerine karşılık gelebileceğini belirtmektedir. Eksik nafaka ise mahkemenin benimsediği son yıllardaki güncel nafaka hesaplama metoduna göre; doğrudan veya dolaylı çocuk maliyetlerinin karşılanmasına ilişkin olarak, asgari geçim değerinin sağlanmaması durumunda gündeme gelir. Bu konuda bkz. BGer 5A_311/2019, 11.11.2020, § 5. İsviçre Federal Mahkemesi'nin aktarılan karardaki tespitlerinin çelişkili olduğu, zira burada mahkemenin sadece ödeme gücünü esas alınarak hareket ettiği hakkında bkz. Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 252.

caklısı sosyal yardım ve destek talebinde bulunmak durumunda kalmaktadır²⁷³. Ancak İsviçre Hukuk öğretisinde olması gereken hukuk açısından çeşitli gerekçelerle asgari bir nafaka öngörülmesini öneren görüşler²⁷⁴ olduğu gibi, olan

²⁷³ Rumo-Jungo-Hotz, "Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts", s. 16 vd., 26. Ancak yazarlara göre nafaka miktarının belirlenmesi aşamasında nafaka borçlusu asgari geçim seviyesinin altında diye ve onu koruma düşüncesi ile daha düşük bir miktara hükmedilmemelidir. İlk adımda nafaka açıkça belirlenmeli ve ikinci adımda nafaka borçlusunu koruma düşüncesi gerektiriyorsa bu rakam azaltılmalıdır (s. 17). Yazarlara göre ZGB'de eksik nafakaya ilişkin düzenlemelerin etkili olabilmesi, ancak çocuk nafakasının nafaka yükümlüsünün sosyal yardım bütçesinden karşılanabilmesi durumunda bir anlam kazanır. O yüzden sosyal güvenlik alanında ve eksik nafaka desteği konusunda gerekli değişikliklerin yapılması gereklidir. Yazarlara göre gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar ise olan hukuk yönünden çocuk nafakasına ilişkin hükümler ile sosyal yardım düzenlemelerinin amaca uygun yorumlanması gereklidir (s. 27).

²⁷⁴ Elisabeth Freivogel, "Nachehelicher Unterhalt - Verwandtenunterstützung - Sozialhilfe Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen", *Die Praxis des Familienrechts*, 2007, S. 3, s. 497 vd.; Elisabeth Freivogel, "Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung", *Die Praxis des Familienrechts*, 2012, S. 3, s. 640; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 23 vd. Son zikredilen eserde yazarlara göre çocuğun üstün yararının korunması düşüncesiyle ve çocuk bakımı ve yetiştirmenin sosyal ve maddi olarak asgari düzeyde takdir edilmesi gereken bir (piyasa) değeri olduğu bilinciyle, tek tip bir asgari çocuk bakımı desteğinin öngörülmesi haklı görülebilir. Yazarlara göre ilk olarak çocuk bakımına ilişkin ebeveynin edimlerinin ve özellikle duygusal katkının piyasa değeri tam olarak tespit edilemez. İkinci olarak medeni durumları ve yetenekleri ne olursa olsun, ebeveynler iyi bakım sağlama konusunda aynı sorumluluğa sahip iken, her çocuk da koşullar altında mümkün olan en iyi bakımı alma hakkına sahiptir. Üçüncü olarak kanunda yer alan ölçütler, uyarılma imkânları, taraflar arasında yapılan bir anlaşma vb. somut olayda çocuk aleyhine düşük nafaka miktarlarına hükmedilmeyeceğini garanti etmez. Dördüncüsü nafaka artık ebeveynler ve mahkemeler için stratejik manevra edilebilen bir alan haline getirilmemelidir (s. 23). Aktarılan gerekçelerle asgari bir bakım nafakası bedeli, özellikle nafaka borçlusunun ödeme gücünden bağımsız şekilde belirlenmelidir (s. 23 vd.). Bu tarz asgari bir bakım nafakasının öngörülmesi çocuğun güvenliğini ve ayrıca genel olarak öngörülebilirliği arttıracak, hukuk güvenliğini sağlamaya katkı sağlayacaktır. Nihayet Yazarlar asgari nafaka öngörülmesine ilişkin görüşün diğer durumlarda çocuğun ihtiyaçları, ailenin hayat koşulları ve ödeme durumu ölçütlerine göre daha yüksek bir nafaka miktarına da hükmedilmesinin önüne geçmediğine işaret etmektedir (s. 24). Ayrıca yazarlar asgari nafaka ödeme yükümlülüğü dışında kamunun yapacağı nafaka desteğine yönelik olması gereken hukuka yönelik önerilerde bulunmaktadır. Yazarlara göre ZGB'de eksik nafakaya ilişkin düzenlemelerin etkili olabilmesi, ancak çocuk nafakası yükümlüsünün eksik nafakasını sosyal yardım bütçesinden karşılayabilmesi durumunda bir anlam kazanır. O yüzden sosyal güvenlik alanında ve eksik nafaka desteği konusunda gerekli değişikliklerin yapılması gereklidir. Ancak gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar olan hukuk yönünden çocuk nafakasına ilişkin hükümlerin, sosyal yardım düzenlemelerinin amaca uygun yorumlanması gerekir (s. 26). Yazarlara göre özellikle olması gereken hukukta çocuk bağımsız olarak desteklenmesi gereken bir birim ("*als eine eigene Unterstützungseinheit*") olarak ele alınması gerekmektedir. Böylece sosyal destek alan velayet hakkı sahibinin çocuğa yapılmış olan bu sosyal desteği geri ödemek zorunda kalmayacağı da teminat altına alınmış olur. Bu şekilde nafaka alacaklısı (veli) ekonomik durum düzelmesi durumunda (diğer ebeveynin -nafaka yükümlüsünün- aynı şekilde çocuğun

hukuk açısından da düzenlemelerin katı yorumlanmaması ve bu durumda çocuk lehine nafakaya hükmedilmesi gerektiğini ifade eden görüşler²⁷⁵ de mevcuttur. Bu bağlamda İsviçre Medeni Kanun'da 1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren ZGB Art. 329 Abs. 1'de eksik nafakaya ilişkin olarak yardım nafakası aracılığı ile nafaka yükümlüsünün yakınlarından, söz konusu eksikliği gidermelerinin veya bu konuda çocuğa yapılan sosyal yardımının geri ödemesine katılmalarının istenemeyeceğinin öngörüldüğüne işaret edilebilir.

Türk hukuk uygulamasındaki kararlarda ise yoksulluğun kabulüne ilişkin olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun çeşitli kararlarında²⁷⁶: *“yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim” gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanların “yoksul” kabul edilmesi*” gerektiğine işaret edilmiştir. Bu anlamda yoksulluk ifadesi her zaman gelire sahip olmama ile örtüşmemektedir²⁷⁷. Yoksulluk genel olarak *“insanca yaşayıp geçinme olasılığı sağlayamayacak düzeyde ol-*

nafakasını sağlama borcu olmasına ve şimdi ekonomik olarak daha iyi durumda olmasına rağmen) çocuğun sosyal güvenlik yardımlarını tek başına geri ödemek zorunda kalma riskini taşımamış olacaktır. Bunun yerine nafaka alacaklısı gelecekte mali koşulları düzelirse ancak kendi şahsi sosyal yardım ödemelerini geri ödemek zorunda kalmalıdır (s. 27).

²⁷⁵ Eksik nafakanın taraflar arasında paylaşılması yönünde bkz. Freivogel, *“Aktuelle Reform”*, s. 639. Asgari geçim tutarını aşan durumlarda şayet nafaka yükümlüsünden beklenebilir ise somut olayda mevcut düzenli gelir dışındaki, örneğin mevcut olan bir taşınmazın satışı veya kiralamasından elde edilen gelirler gibi diğer malvarlığı değerlerinin de eksik nafakayı tamamlamak üzere nafaka ödemesine yönlendirilebileceğinin kabulü yönünde bkz. Honsell-Vogt-Geiser, *Basler Kommentar*, Art. 285, § 20 vd.

²⁷⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 tarihli ve 1998/2-656 esas, 688 karar sayılı kararından; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 16.05.2007 tarihli ve 2007/2-275 esas, 2007/275 karar sayılı kararından; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 11.03.2009 tarihli ve 2009/2-73 esas, 2009/118 karar sayılı kararından; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1.06.2021 tarihli ve 2017/2628 esas, 2021/651 karar sayılı kararından; Kayseri Bölge Adliye Mahkemesinin 2. Hukuk Dairesinin 12.02.2020 tarihli ve 2020/164 esas, 2020/163 karar sayılı kararlarından; Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin 1. Hukuk Dairesinin 8.1.2020 tarihli ve 2019/1173 esas, 2020/ 276 karar sayılı kararlarından naklen, www.lexpera.com, (20.08.2022). Yine *“yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür, eğitim gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul”* sayılacağı yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 18.03.2015 tarihli ve 2014/20412 esas, 2015/4902 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 23.06.2016 tarihli ve 5196 esas, 9854 karar sayılı kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>, (3.11.2022).

²⁷⁷ Demir, *“Yoksulluk Nafkasının Süresizliğine Dair Tartışmalar”*, s. 226; Ersöz, *“Yoksulluk Nafakası”*, s. 470 vd.; Demirbaş, *“Yoksulluk Nafakası”*, s. 228; Dural-Öğüz-Gümüş, *Aile Hukuku*, s. 149; Yiğit, *“Yoksulluk Nafakası”*, s. 12; Akıntürk-Ateş, *Aile Hukuku*, s. 304; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 134. Aksi yönde yoksulluk nafkasının ancak asgari ücretli bir işe girmedikçe devam edebileceği yönünde bkz. Öztan, *Aile Hukuku*, s. 506.

*mayı*²⁷⁸ ifade eder²⁷⁹. Nitekim Yargıtay uygulamasındaki bazı kararlarda yoksulluk nafakasını talep eden eş, asgari ücrete sahip olsa bile onun lehine nafakaya hükmedilebilmektedir²⁸⁰. Öte yandan TMK'da ailenin finansal durumu ortalama seviyenin altında kaldığı ve çocuğun nafakasının karşılanamadığı durumlara yönelik iştirak nafakasına ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiştir²⁸¹. Yargı-

²⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.10.1998 tarihli ve 1998/2-656 esas, 1998/688 karar sayılı kararı (Baş-Özcan, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", s. 337). Yoksulluk kavramı hakkında, bkz. Demir, Yoksulluk Nafakası, s. 36-38.

²⁷⁹ Yoksulluk nafakasına ilişkin öğretilerdeki çalışmalarda yoksulluk kavramı nafaka talep eden eşin, boşanma sonrasında geçim ve bakımını kendi çalışması ve ekonomik gücüyle sürdürmesine olanak bulunmaması biçiminde açıklanmaktadır. Bu yönde Krş. Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 303; Kocabaş, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu", s. 68; Ersöz, "Yoksulluk Nafakası", s. 470; Bilal Köseoğlu- Köksal Kocağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011, s. 187; Demir, "Yoksulluk Nafakası", s. 36. Yine yoksulluğun nafaka isteminde bulunan tarafın, bu nafaka olmaksızın yaşamını orta halli bir kimse seviyesinde dahi sürdürememesini ifade ettiği yönünde bkz. Ersöz, "Yoksulluk Nafakası", s. 470.

²⁸⁰ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 09.10.2017 tarihli ve 2017/11957 esas, 2017/13613 karar sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23.12.2020 tarihli ve 2020/5476 esas, 2020/6801 karar sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.11.2019 tarihli ve 2019/117 esas, 2019/1153 karar sayılı kararı. Aksi yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 08.02.2005 tarihli ve 2005/607 esas, 2005/1601 karar sayılı kararı (Yiğit, "Yoksulluk Nafakası", s. 12, dn. 39). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.12.2001 tarihli ve 2001/2-1158 esas, 2001/1185 karar sayılı kararında: "*Somut olayda; davalı eşin ... asgari ücretle özel bir işletmede çalışmakta olduğu belirlenmiş olup, yukarıda açıklandığı üzere bu miktarın davalı eşi yoksulluktan kurtarmayaacağı ve ona insanca yaşayıp geçinme olanağı sağlamayacağı kuşkusuzdur. ...*" şeklinde aktarılmıştır. Aynı yönde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.05.2002 tarihli ve 2002/2-397 esas, 2002/339 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 23.10.2013 tarihli ve 2013/12156 esas, 2013/14691 karar sayılı kararında şöyle paylaşılmaktadır: "*... Somut olayda tarafların ... boşandıkları, davacının perdecide asgari ücretle çalıştığı, evli olduğu, eşinin çalışmadığı, davalının boşandıktan sonra öğrenci yurdunda çalıştığı, asgari ücret düzeyinde gelir elde ettiği ve 3 yaşındaki çocuğu ile birlikte yaşadığı dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Nafaka alacaklısı kadının, aldığı asgari ücretin yukarıda belirtilen zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılaması beklenemez. Başka bir anlatımla, davalının eline geçen toplam gelir miktarı, onu yoksulluktan kurtaracak mahiyette değildir. Bu nedenle davalının geliri yoksulluğu ortadan kaldırmayıp, bu durumun sadece nafaka miktarının tayininde nazara alınacağı hususu gözetilmeksizin davanın tümünden kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir...*". Asgari ücret seviyesinde gelirin mevcudiyetinin yoksulluk koşulunun gerçekleşmesine engel olmayıp, bunun sadece nafaka miktarının belirlenmesinde nazara alınacağı yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.02.2007 tarihli ve 2007/3-84 esas, 2007/95 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 25.01.2016 tarihli ve 2015/16309 esas, 2016/552 karar sayılı kararı, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>, (3.11.2022).

²⁸¹ TMK'da velayetin kaldırılması halinde ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu giderlerin Devletçe karşılanacağı öngörülmüştür (TMK m. 350 f. 2). Ebeveynler ödeme gücüne kavuşmaları durumunda ise Devlet veya onlara bakan kurumlar da iştirak nafakası davası açabilir. Bu konuda bkz. Ceylan, "Nafaka Hesaplama", s. 303.

tay uygulamasında bu tür durumlarda sıklıkla (aksi yönde herhangi bir gerekçe olmaksızın yoksulluk sınırının üzerinde nafaka miktarına hükmedilen ve eleştiriyeye çok açık bazı mahkeme kararları istisna tutulursa)²⁸² nafaka yükümlüsünün yoksulluk durumu gözetilerek iştirak nafakasına hükmedilmemekte veya daha düşük miktarlarda hükmedilmektedir²⁸³.

İki aşamalı hesaplama metodunu esas alan İsviçre Federal Mahkemesi, nafaka borcunda eksiklik bulunması durumunda mevcut tutarın nasıl paylaşılabilirliğine ilişkin yaklaşımını güncel içtihatlarında ortaya koymuştur²⁸⁴. Buna göre

²⁸² Geçmiş yıllarda Yargıtay kararına konu olan bir olayda kira ödemesi ve kredi ödemesi gibi bedeller düşüldükten sonra, nafaka yükümlüsünün elinde kalan net gelir 1100 TL'dir. İlk derece mahkemesi çocuğun özel durumu, dürüstlük kuralı gibi özel bir gerekçe göstermeden iştirak nafakası olarak 1100 TL'ye hükmetmiştir. Söz konusu karar Yargıtay tarafından haklı olarak bozulmuştur. Bu karar için bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, 29.05.2013 tarihli ve 2013/6463 esas, 2013/8833 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 378 vd.). Yine başka bir kararda ise nafaka yükümlüsü (kararda açıkça belirtilmese de) karardan anlaşıldığı kadarıyla yoksul olmasına ve velayet hakkı sahibinin finansal olarak daha iyi durumda olmasına ve çocuğun özel bir durumu olmamasına rağmen, nafaka yükümlüsünün net olarak elinde kalandan miktardan daha yüksek bir nafakaya hükmedilmiştir.

Olayı kısaca şu şekilde şematize edebilir:

Nafaka yükümlüsü ebeveyn: 680 TL (o zamanki asgari ücret) maaş, 400 TL kira, 150 TL yakıt ve ayrıca bakmakla yükümlü olduğu bir eşi ve çocuğu

Velayet sahibi ebeveyn: 680 TL (o zamanki asgari ücret) maaş, ailesiyle yaşıyor, bir taşınmazı var
Çocuk (bir adet): Çocuğun özel durumuna veya masraflarına ilişkin ilave bir bilgi paylaşılmamış

İlk derece Mahkemesi iştirak nafakasını 225 TL'ye çıkarmış, ancak Yargıtay'a göre ise 150 TL iştirak nafakası tutarı uygun görülmüştür. Bize göre böyle bir durumda nafaka yükümlüsü asgari geçim seviyesinin altında kaldığı için nafaka ödemekle de yükümlü tutulmayabilirdi. Bu karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 13.10.2011 tarihli ve 2011/10062 esas, 2011/15424 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 407 vd.).

²⁸³ "...kendisi yoksul olan kadının iştirak nafakası ile sorumlu tutulması mümkün bulunmamasına göre" (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24.11.2005 tarihli ve 13606 esas, 16253 karar sayılı kararı); "...kendisi yoksul olan kişi aleyhine iştirak nafakasına hükmedilemeyeceği nazara alınmadan" (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, 31.5.2005 tarihli ve 4369 esas, 8485 karar sayılı kararı). Velayet hakkına sahip olmayan eşin çalışmayacak olduğu sağlık kurulu raporu ile ve gelirin de bulunmadığı soruşturma yazısı ile anlaşılmış ise, ödeme gücü bulunmayan anne ve babanın iştirak nafakası ile yükümlü tutulmasının olanaklı olmadığı hakkında bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 20.10.1994 tarihli ve 8909 esas, 9851 karar sayılı kararı; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 27.2.1995 tarihli ve 1604 esas, 2406 karar sayılı kararı (Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1361). Yoksul olan anne ve babanın iştirak nafakası vermemesi yönündeki çeşitli Yargıtay kararları için bkz. Gençcan, Nafaka Hukuku, s. 1360 vd. Nafaka yükümlüsünün gelir durumuyla orantılı olan ilk derece mahkemesinin kararının hakkaniyete uygun olduğu hakkında bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 38. Hukuk Dairesinin 23.12.2019 tarihli ve 2019/ 723 esas, 2019/ 1967 karar sayılı kararı, www.lexpera.com, (1.09.2022).

²⁸⁴ BGE 5A_311/2019, 11.11.2020, §7.3.

ilk olarak mevcut olan gelirden nafaka borçlusunun asgari geçim değeri düşü-
lür. Daha sonra ergin olmayan çocuğun doğrudan maliyetleri (iştirak nafakası-
nın nakdi nafaka bölümü) öncelikle finanse edilmelidir. Gelir yeterli gelirse,
nafaka miktarı genişletilmiş asgari geçim değerine²⁸⁵; sıkı mali koşullar altında,
sadece asgari geçim değerine karşılık gelir. Bir bakiye kalması durumunda ise,
bu miktar yine sıkı şartlar dahilinde dolaylı çocuk maliyetlerinin hesabına ilişkin
bölüme dahil edilir²⁸⁶. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yaklaşımının
İsviçre hukuk öğretisince bazı yönlerden eleştirilmektedir. Özellikle nafakanın
yetersiz kaldığı durumda bu yaklaşımıyla mahkemenin nafaka hesabında sade-
ce ödeme gücü ölçütüne başvurduğuna, oysa (TMK m. 330 f. 1'e karşılık gelen)
ZGB Art. 285 Abs. 1'in açık lafzı başta çocuğun menfaatleri olmak üzere eşlerin
yaşam koşullarının da dikkate alınmasını gerektirdiğine, bu kriterler dikkate
alınarak hesaplanan uygun nafaka kavramı ile borçlanılan nafakanın farklı oldu-
ğuna²⁸⁷ dikkat çekilmektedir²⁸⁸. Bu bağlamda somut olayda bunun adaletli olup
olmadığının incelenmesi gerektiğine işaret edilmektedir²⁸⁹.

Türk hukukunda iştirak nafakası hesabında nafaka yükümlüsünün finansal
durumunun ortalama seviyenin altında kalması (eksik nafaka) ihtimalinde de-

²⁸⁵ Mevcut gelirin yeterli olması halinde, ilgililerin, nafaka borçlularının miktarı asgari geçim değeri-
nden (seviyesinden) genişletilmiş asgari geçim değerine (seviyesine) yükseltilir "...Söz konu-
su bu prosedür... aşamalar halinde gerçekleştirilmelidir, örneğin ilk adımda, vergiler her ta-
rafta hesaba katılır ve ardından bir iletişim ve sigorta sabit oranı kullanılır vb." (BGE
5A_311/2019'den naklen).

²⁸⁶ Doğrudan ve dolaylı çocuk maliyetlerinin hesaplanması ilişkisi için bkz. BGE 144 III 481 § 4.3.
Halen bir miktar tutar kalmışsa bununla; dolaylı çocuk maliyeti tutarı dahil edilerek, asgari
geçim değeri karşılanmayan ilgili eşin kişisel nafaka taleplerinin karşılanacağı yönünde bkz.
BGE 146 III 169; 144 III 481 § 4.3. Ergin çocuğa ödenecek nafakanın ise diğer aile bireylerinin
sadece asgari geçim değerinin değil, bunun ötesinde genişletilmiş asgari geçim değerinin kar-
şılanmasından sonra ödenmesi gereken son kalemi teşkil ettiği yönünde bkz. BGE
5A_311/2019, 11.11.2020, § 7.3. Yoksulluk nafakasının ergine ödenecek nafakaya yönelik
önceliği olduğu hakkında bkz. BGE 146 III 169, <http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

²⁸⁷ Büchler-Schwenzer, "FamKomm Scheidung", Art. 129 ZGB, Anhang UB, § 4; Aeschlimann vd.,
"Berechnung des Kindesunterhalts", s. 254 vd.; Gloor-Spycher, Basler Kommentar, Art. 129
ZGB, § 19. Nitekim daha önce aktarıldığı üzere İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB Art. 279) ge-
rekli olan nafakanın karşılanamama (eksik nafaka) durumunda geriye etkili olarak 5 yıllık na-
fakanın istenebileceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır.

²⁸⁸ Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 254 vd.

²⁸⁹ Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 255. Yazarlar bir öneri olarak örne-
ğin Zürih tablosu metodundaki gibi, özellikle çocuğun ortalama ihtiyaçlarına göre sabit bir
orana dayalı olarak nafakanın belirlenebileceğini belirtmektedirler (s. 255). Yine nafaka he-
sabında sabit orana dayanılabileceği Çocuk Nafakasına ilişkin meclis raporunda belirtilmiştir.
Bu konuda bkz. Botschaft, Kindesunterhalt, s. 581.

ğerlendirmenin merkezinde nafakanın paylaşılmasının değil, daha ziyade nafaka yükümlüsünün asgari geçim seviyesinin (değerinin) muhafaza edilebilmesi bulunmalıdır. Nafaka miktarının takdirinde ebeveynler ile çocuğun menfaatleri arasındaki dengeye işaret eden TMK m. 330'da bu sonucu desteklemektedir. Bu anlamda nafaka borçlusu asgari geçim seviyelerinde ise kural olarak eksik nafakaya çocuk katlanma durumunda kalmaktadır.

Bazı Yargıtay kararlarında işaret edildiği üzere eksik nafaka durumunda farazi (varsayımsal) gelirin esas alınması gündeme gelirse çocuk lehine uygun bir nafakaya hükmedilmelidir. Bir başka deyişle söz konusu durumlarda eksik nafakaya çocuğun katlanması adil görülmemektedir. Bu bağlamda eksik nafakaya ilişkin İsviçre Hukuku'na yönelik yukarıda yapılan açıklamalar, iki aşamalı somut metodun Türk hukuk uygulamasında benimsenmesi durumunda yol göstericidir. Öte yandan Anayasa m. 41 f. 2'de devletin çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı ve bu konuda teşkilatı kuracağı öngörülmüş olup, bu durumda çocuk nafakasının olası yetersiz finansmanında, tamamlayıcı olarak, inceleme konumuz dışında kalan sosyal yardım hukuku ile vesayet hukukunun uygulanması²⁹⁰ söz konusu olabilir²⁹¹.

²⁹⁰ Krş. Hausheer-Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, § 06.128; Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 27.

²⁹¹ Yağcıoğlu, "İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntaslak", s. 124; Akıntürk-Ateş, Aile Hukuku, s. 399. Nitekim 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da Aile Mahkemesi'nin, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda küçükler hakkında (diğer yetkilerinin yanında) bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri alma konusunda karar vermeye yetkili olduğu düzenlenmiştir (4787 sayılı Kanun m. 6 f. 1). Mahkeme bu kararın takibi ve yerine getirilmesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç bulunuyorsa, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanılabileceği öngörülmüştür (4787 sayılı Kanun m. 5, 6 f. 2). Bunun gibi 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu (ÇK) gereğince mahkemenin alabileceği koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında yer alan bakım tedbiri dahilinde "*çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine*" karar verileceği belirtilmiştir (ÇK m. 5 f. 1, c)). Adli ve idarî merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kimseler çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir (ÇK m. 6 f. 1). Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından, kendisine intikal eden olaylarda ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapar ve gerekli önlemler derhâl olarak çocuk, resmî veya özel kuruluşlara yerleştirilir (ÇK m. 6 f. 2, 10).

C. Dolaylı Çocuk Maliyetleri

Dolaylı çocuk maliyetleri ebeveynin çocuğunun bakım ve eğitimine harcadığı vaktin ve emeğin piyasa değerini ifade eder²⁹².

Yargıtay'ın ve Bölge Adliye Mahkemeleri'nin ilgili kararlarında velayet hakkı kendisine tevdi olunmuş tarafın bu görev nedeniyle emeğinin ve yüklendiği sorumlulukların finansal değerinin gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁹³. Yine bu kararlarda nafaka yükümlüsü olan taraf çocuğa fiilen bakıyorsa onun da bu emeğinin ve harcadığı zamanın nafaka hesaplamasında dikkate alınması²⁹⁴ gerektiğine haklı olarak işaret edilmektedir. Öte yandan çocuğa ilişkin eğitim ve bakımın da doğrudan yürütülebileceği gibi, bu konuda örneğin bakıcı gibi üçüncü kişilerden²⁹⁵ destek alınabileceği ve bu durumunda nafaka hesabında bu emeğin piyasa değerinin gözetilmesi de yerinde olarak vurgulanmıştır²⁹⁶. Ancak bu kararlarda dolaylı çocuk maliyetine işaret edilmekle birlikte, hâkimin takdir hakkını kullanarak bunları dikkate alması/ hesaplaması gerektiğinin belirtilmesi ile yetinildiği görülmektedir.

1. Dolaylı Çocuk Maliyetlerinin Hesaplanmasına İlişkin Bazı Metotlar

a. 45 Yaş Kuralı

İsviçre Federal Mahkemesi'nin eski tarihli içtihatlarında "45 yaş kuralı" diye ifade edilebilecek bir esas dikkate alınmaktaydı. Bu kurala göre eşlerden

²⁹² Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 12.

²⁹³ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin 10. Hukuk Dairesinin 18.07.2021 tarihli ve 2020/615 esas, 2021/1270 karar sayılı kararı; İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin 18. Hukuk Dairesinin 29.12.2020 tarih ve 2020/1231 esas, 2020/1831 karar sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (10.08.2022); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 28.01.2014 tarih ve 2013/16838 esas, 2014/1091 karar sayılı kararı (Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 360 vd.).

²⁹⁴ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin 10. Hukuk Dairesinin 22.12.2020 tarihli ve 2020/1505 esas, 2020/1572 karar sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin 38. Hukuk Dairesinin 30.12.2019 tarihli ve 2019/816 esas, 2019/ 2237 karar sayılı kararı; İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin 2. Hukuk Dairesinin 27.10.2020 tarihli ve 2019/2205 esas, 2020/1357 karar sayılı kararı; Yargıtay, 3. Hukuk Dairesinin 30.05.2016 tarihli ve 2016/5077 esas, 2016/8442 karar sayılı kararı; Yargıtay, 3. Hukuk Dairesinin 7.09.2015 tarihli ve 2015/4667 esas, 2015/13592 karar sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (10.08.2022).

²⁹⁵ Yukarıda üçüncü kişilerden alınan eğitim ve bakım desteğinin doğrudan çocuk maliyetleri altında değerlendirilebileceğini paylaşmıştık. Bundan dolayı aşağıda dolaylı maliyetin konusunu teşkil eden ebeveynin kendisinin çocuğunun bakım ve eğitimine ilişkin faaliyet esas alınarak açıklamalar yapılacaktır.

²⁹⁶ Yargıtay, 3. Hukuk Dairesinin 28.01.2014 tarihli ve 2013/16838 esas, 2014/1091 karar sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (22.09.2022); Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 360 vd.

biri (tipik olarak sıklıkla kadın) evlilik esnasında çalışmamış ve ayrılık anında 45 yaşına ulaşmış ise, artık çalışma zorunluluğu olmadığından yola çıkılmaktadır²⁹⁷.

b. 10/16 Kuralı

10/16 kuralı İsviçre Federal Mahkemesi ve çok sayıda kanton mahkemesi tarafından geçmişten yakın tarihe kadar uzun yıllar uygulanmıştır. Bu kurala göre boşandıktan sonra geleneksel rol dağılımına sahip evli çiftlerde, birlikte yaşarken gelir getirici bir işte çalışmayan ve ağırlıklı olarak çocuklara bakan eşin; en küçük çocuğun 10 yaşından itibaren %50 oranında ve 16 yaşından itibaren %100 oranında çalışması gerektiğinden yola çıkılmaktadır²⁹⁸. Daha sonra 10/16 kuralının uygulamada bazı kararlarda kısmen değişikliğe uğradığı ve daha farklı bir şekilde uygulanmaya başladığı gözlemlenmiştir. Örneğin İsviçre uygulamasında bazı kararlarda çocuklara bakan eşten, çocuk 6 yaşını tamamlayana kadar çalışması beklenmemekte; buna karşılık çocuğun 7 yaşından 12 yaşını tamamlayana kadar ondan %35; çocuğun 13 yaşından 16 yaşını tamamlayana kadar %55 çalışması ve daha sonra ise %100 oranında çalışması beklenmektedir²⁹⁹. Buna göre iştirak nafakasının dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin bölümü hesaplanırken velayet hakkına sahip ebeveynin söz konusu oranlar dahilinde, bu orana karşılık gelen geliri dikkate alınır. Bunun sonucuna göre diğer eşin nafaka ödemeleri söz konusu yaş gruplarına ulaşıldıkça, ilgili yaş grubuna ilişkin oranlara karşılık gelen miktar kadar azaltılabilir veya kaldırılabilir.

c. Okul Düzeyi (Sınıf Esası) Modeli/Kuralı

İsviçre uygulamasında ilerleyen yıllarda 10/16 kuralı uygulaması terk edilmeye başlanmış ve ona alternatif olarak okul düzeyi modeli (kuralı), sınıf esası („*Schulstufenmodell*“) uygulanmıştır³⁰⁰. Okul düzeyi yönergesi („*Schulstufenrichtlinie*“) adı da verilen bu esasa göre çocuğun bulunduğu sınıflara göre farklı oranlarda, ebeveynlerin kendisinden beklenenden daha az bir iş üstlenmiş olup

²⁹⁷ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 7.

²⁹⁸ Rumo Jungo-Hotz, „Revision des Kindesunterhalts“, s. 18; Frei vd., „Irrgarten Unterhaltsrecht“, s. 152.

²⁹⁹ BGE 144 III 481 § 4.2. 10/16 kuralının farklı şekilde de uygulamaları olmuştur. Örneğin İsviçre’de St. Gallen Kantonu ve St. Luzern Kantonu’ndaki farklılaştırılmış ve özelleştirilmiş 10/16 kuralı uygulaması için bkz. Frei vd., „Irrgarten Unterhaltsrecht“, s. 153.

³⁰⁰ Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 7; BGE 144 III 481, § 4.7.6.

olmadığı belirlenmeye çalışılmaktadır. Bir başka deyişle velayet hakkına sahip bir ebeveyn den medeni durumundan bağımsız olarak çocuğa bakmanın yanı sıra, çalışmasının beklenip beklenemeyeceği, çocuğun okuduğu sınıfın dahil olduğu kabul edilen ilgili dilime göre incelenmektedir³⁰¹. Buna göre veliden en küçük çocuğu zorunlu eğitime başladığında %50, çocuk liseye geçtiğinde %80 ve çocuğun on altıncı doğum gününden itibaren piyasada %100 iş yüküyle çalışması beklenebilir³⁰². Ancak çocuğun 18 yaşına kadar bakım ve eğitimine ilişkin ebeveynlerinin harcamalarının değeri, devam etmekte olan nakit ödeme yükümlülüğünde (iştirak nafakasının doğrudan çocuk maliyeti bölümünde) dikkate alınmaktadır³⁰³. Okul düzeyi modelinin gerekçesini; çocuğun okula kaydolmasının, esas olarak bakımdan sorumlu olan ebeveyn üzerindeki yükü hafifletmesi ve okul tarafından yürütülecek bakımının yıllar içinde genişleyecek olması teşkil eder³⁰⁴.

ç. Yaşam Maliyeti Metodu

Doğrudan çocuk maliyetlerinin hesaplanmasına ilişkin olarak İsviçre Federal Mahkemesi kural olarak iki aşamalı metodu uygulamaktadır. Dolaylı çocuk maliyetinin hesaplanmasında ise İsviçre Federal mahkemesi son yıllardaki güncel kararlarında, daha önceki yıllarda kantonlar arasındaki farklı hesaplama metodlarına izin veren³⁰⁵ metod çoğulculuğu yaklaşımını ("*Methodenpluralismus*") artık terk ettiğini, gelecekte İsviçre genelinde bağlayıcı olarak uygulamada zamanla geliştirilecek olan tek bir metottan yola çıkılacağını belirtmektedir³⁰⁶. Mahkeme dolaylı çocuk maliyetinin karşılanması velinin çocuğun kişisel

³⁰¹ Krş. Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 6.

³⁰² BGE 144 III 481, § 4.7.6; BGE, 5A_743/2017, 22.05.2019, § 5.3.2'den naklen: "*Normal durumda velinin, en küçük çocuğun zorunlu eğitime başladığı andan itibaren %50, ortaokula başladığı andan itibaren %80 ve 16 yaşından itibaren tam zamanlı olarak çalışması kendisinden beklenebilir*", <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022).

³⁰³ BGE 5A_727/2018, 22.08.2019, § 4.3.3.

³⁰⁴ Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 7 BGE, 5A_743/2017, 22.05.2019, § 5.3.2.

³⁰⁵ Geçmiş yıllarda bu yöndeki uygulamaya yönelik bkz. BGE 140 III 485 § 3.3, s. 488; BGE 128 III 411 § 3.2.2, s. 414 vd.; BGE 140 III 337 § 4.2.2, s. 339, <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022). İsviçre'de farklı kantonlarda uygulanmış olan, ancak makalenin kapsamını genişletmemek üzere ayrıca inceleme konusu yapılmayan diğer bazı dolaylı çocuk maliyeti hesaplama metodlarına ilişkin örnek olarak zikredebilecek olan; sabit oranlı çocuk bakımı kotası metodu ("*Pauschalisierte Betreuungsquotenmethode*") ile somut çocuk bakımı kotası metodu ("*Konkrete Betreuungsquotenmethode*") hakkında bkz. Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", s. 153 vd.

³⁰⁶ Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 6; BGE 144 III 481 § 4.1.

bakımındaki fiziksel varlığını sağlamayı gözettiğine işaret etmekte, bunun hesabında yaşam maliyeti metodunun ("*Lebenshaltungskostenmethode*") kullanılmasını tavsiye etmekte ve bunu esas almaktadır³⁰⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi dolaylı çocuk maliyetlerinin hesaplanmasında bundan sonra yaşam maliyeti metodunun benimsediğine ilişkin bir kamuoyu duyurusu yapmıştır³⁰⁸. Bu duyuruda mahkeme öncelikle son yıllarda çocuk nafakasına ve bunun farklı görünümüne ilişkin İsviçre Medeni Kanunu'ndaki gelişmeleri hatırlatmıştır. Daha sonra çocuğun bakımına bir ebeveynin harcadığı zamanın finansal maliyetlerinin her iki ebeveyn tarafından da üstlenilmesi gerektiğine, ancak bunun rakamsal karşılığının nasıl hesaplanabileceğine ilişkin kanun koyucunun somut bir hesaplama metodu öngörmediğine işaret etmiştir. Duyuruda yaşama maliyet metodunun (dolaylı maliyetlere ilişkin) çocuk nafakasının hesaplanmasına en uygun çözümü sunduğu, bunun ortaya koyduğu çözümün kanun koyucunun amaçlarıyla ve öğretideki baskın görüşle örtüşüğünü belirtilmektedir³⁰⁹.

Bu anlamda çocuğun bakımına ilişkin faaliyetlere yönelik bu hesaplama metoduna göre; bir işten elde edilen gelir ile çocuğa bakan ebeveynin yaşam maliyeti arasındaki fark belirleyici olup³¹⁰, bu da kural olarak yine genişletilmiş

³⁰⁷ BGE 144 III 481 § 4.4; BGE 144 III 377 § 7. Bu metot hakkında bkz. Burri, der Betreuungsunterhalt, s. 32 vd., 55 vd.

³⁰⁸ İsviçre Federal Mahkemesi, **17 Mayıs 2018 tarihli Kamuoyu Bildirisi** ("*Medienmitteilung des Bundesgerichts*"), Urteil vom 17. Mai 2018 (5A_454/2017), Lausanne, 17.05.2018.

³⁰⁹ Ayrıca Duyuruda bu metodun birtakım esasları aynen şu şekilde paylaşılmıştır: "...*Normalde çocuğa bakan ebeveynin istihdam ve gelir elde etme olanakları azalmaktadır. Bu durum çoğunlukla da onun gelirinin azalmasını beraberinde getirmektedir. Bunun anlamı dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin çocuk nafakası esas olarak, çocuğa bakan ebeveynin bakım nedeniyle kendi başına karşılayamadığı yaşam maliyetlerini kapsamak zorundadır. Ancak burada söz konusu olan çocuğa bakan ebeveyni ücretlendirmek değildir. Yaşam maliyeti metoduna göre çocuk bakımının bir nafaka talebine sebebiyet verebilmesi, ancak bu ebeveynin başka bir işte çalışabileceği zaman diliminde söz konusu olur. Bu anlamda hafta sonu veya diğer boş zamanlarda çocuğun bakılması dikkate alınmamalıdır...Yaşam maliyetleri çocuğa bakan ebeveynin finansal olarak çocuğa bakabilmesi için gerekli olandan fazla olamaz Bu bakımdan nafaka, bunu ödemekle yükümlü kişinin gelirin göre değil, çocuğa bakan ebeveynin ihtiyaçlarına göre belirlenir. Burada prensip olarak genişletilmiş asgari geçim değeri esas alınmalıdır...*" (İsviçre Federal Mahkemesi, 17 Mayıs 2018 tarihli Kamuoyu Bildirisi'nden birtakım yapılan vurgu ve makalede tercih edilen terminolojiye bağlı değişikliklerle naklen).

³¹⁰ Buna karşılık diğer bir dolaylı nafaka hesaplama metodu olan İsviçre'de St. Gallen Kantonu'nda uygulanmış olan sabit oranlı çocuk bakımı kotası metodunun ("*Pauschalisierte Betreuungskostenmethode*") yaşam maliyeti metodundan temel farkı, burada çıkış noktasının gelirin doğrudan mahsubu olmasıdır. Söz konusu metot yaşamsal gider maliyetlerinin karşı-

asgari geçim düzeyine dayanmaktadır³¹¹. Veli çocuk bakımı nedeniyle tek başına bunu karşılayamayacak durumdadır. Ancak yaşam maliyeti metoduna göre iştirak nafakasının dolaylı çocuk maliyetine ilişkin bölümünün hesaplanmasında fazlalığın (artığın) paylaşılması ("*Überschussverteilung*") söz konusu olmamaktadır³¹².

Yine duyuruda dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin hakimlerinin takdir hakkı konusunda yapılan açıklamalar dikkat çekicidir. Buna göre bildiride hâkimin

lanmasından bağımsız olarak iştirak nafakasının dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin bölüme karşılık gelen miktarın hükmedilmesini öngörmekte olup, bu metoda göre hesaplanmanın temeli, çocuğa bakan ebeveynin çocuk bakımı nedeniyle kazanç getirici bir işte çalışmaktan yuzdesel olarak ne ölçüde kaçındığıdır. Burada velayet hakkı sahibinin çocuklara bakması ve bunun yanında aynı zamanda çalışmaması durumunda esas alınan sabit tutarın (geçim maliyetinin) oransal olarak tamamı; daha düşük bakım oranında ise (dolaylı çocuk maliyetleri de buna uygun şekilde düşeceğinden) oransal olarak sabit oranının daha altı nafaka miktarı olarak belirlenir. Ancak hükmedilebilecek nafakanın sınırının nafaka borçlusunun asgari geçim seviyesi olduğu belirtilmekte, ancak esas alınan asgari geçim seviyesinin kantonlara göre farklılaşabileceğine işaret edilmektedir. Bu konudaki aktarılan açıklamalar için bkz. Christine Arndt- Gian Brändli, "Berechnung des Betreuungsunterhalts - ein Lösungsansatz aus der Praxis", *Die Praxis des Familienrechts*, 2017, S. 1, s. 240; Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", s. 153; Alexandra Jungo- Regina E. Aebi Müller, "der Betreuungsunterhalt", "der Betreuungsunterhalt, das Konzept - die Betreuungskosten - die Unterhaltsberechnung, *die Praxis des Familienrechts*, 2017, S. 1, s. 174 vd.

³¹¹ BGE 144 III 377 E.7. Geçim maliyetleri ifadesinden Zürih yüksek mahkemeleri genişletilmiş asgari geçim düzeyini anlamakta olup, belli durumlarda bu rakam sigorta primleri ve vergileri kapsayacak şekilde genişletilmektedir. Bu konuda bkz. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LC 160041 vom 23.06.2017 E. 10.2. Yine Krş. Gabathuler, "Unterhaltsrecht: Kinderbetreuung", s. 27; Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", s. 152. Bu makalede inceleme konusu yapılmayan diğer bir dolaylı nafaka hesaplama metodu olan, İsviçre'de St. Luzern kanton mahkemelerinde uygulanmış olan somut çocuk bakımı kotası metoduna ("*Konkrete Betreuungsquotenmethode*") göre somut olarak hesaplanan çocuk nafakasında da çıkış noktası genişletilmiş asgari geçim seviyesidir. Bu konuda bkz. Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", s. 153. Yazarlar Luzern kantonu mahkemelerinde (çalışmada tercih edilen terminolojiyle ifade edersek) doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin iştirak nafaka için ise ya tabelaları esas alınarak soyut metotla ya da somut ihtiyaçlar (genişletilmiş asgari geçim gideri kalemleri) metoduyla hareket edildiğini, doğrudan çocuk maliyetlerinin finansmanının iki ebeveynin gelirleri (bakım nafakası da dahil) ve temel ihtiyaçları arasındaki fark temelinde ölçülen ödeme güçleri arasındaki farka dayandığını ve çocukların sadece doğrudan çocuk maliyetleri çerçevesinde iştirak nafakadan sorumlu olan ebeveynin yaşam standardına katılmaya devam ettiğini, buna karşılık dolaylı çocuk maliyetlerinde daha yüksek yaşam standartlarının hiçbir zaman çocuğa yansıtılmadığını (Urteil des Kantonsgerichts Luzern 3B 16 57, 27. 3. 2017, § 5.1.2) belirtmektedirler (s. 153). Burada iştirak nafakasının dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin kısmı, çocuğa bakan ebeveynin gelirine dahil değildir. Bu nedenle çocuğa nafaka ödemekle yükümlü olan ebeveynin fazla değeri, ihtiyaçları, doğrudan ve dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin nafakası desteği düşüldükten sonra (kalan kısım) dağıtılır (s. 155).

³¹² BGE 144 III 377 § 7.

somut olayda nafakanın şekli ve kapsamını çocuğun üstün yararı gözetilerek takdir edeceğine işaret edilmekte; özellikle güncel İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında bunun hangi somut kriterlere göre gerçekleşebileceği, çocuğun bakımında bizzat bakıma mı, yoksa üçüncü kişinin bakım desteğinin alınmasına mı öncelik verilmesi gerektiği şeklindeki soruların cevabının açıkça verilmediği vurgulanmaktadır³¹³.

d. Değerlendirmeler

45 yaş kuralı ve bu anlamda 45 yaşın çalışmanın beklenebilirliğinde üst sınır olarak tek başına ele alınması, güncel İsviçre hukuk uygulamasında kabul görmemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi çıkış noktasının kural olarak tek başına bir yaş sınırı olmayıp, bunun yerine: *“evlilik sonrası ilişkide her eşin ekonomik bağımsızlık için çaba göstermesi gerektiği ilkesi esas alınmalıdır; bu ise, temelde, fiili anlamda var olan bir kişinin kendi kendine yeterli olabilme kapasitesini tüketme yükümlülüğüyle bağlantılı”*³¹⁴ olduğuna işaret etmektedir. Gerçekten de günümüzde ekonomik bağımsızlık için çaba göstermesi beklenen ve buna bağlı olarak emeklilik beklentisi olan³¹⁵ bir kişinin çalışmasını beklemek hayatın olağan gidişatına da uygun olmaktadır.

10/16 kuralı ise dolaylı çocuk maliyetinin hesaplanmasına çok pratik, uygulanabilir, öngörülebilir bir çözüm sunmaktadır. Ancak tek başına referans alınması özellikle özel koşullar dahilinde eksik bir değerlendirmeyi beraberinde getirebilir. Sunduğu 10 ve 16 yaş şeklinde ayırım da çok genel ve yetersizdir. Nitekim daha sonraki yıllarda da İsviçre uygulamasında 10/16 kuralı yerine sıklıkla daha detaylandırılmış sınıfı esası kuralına başvurulmanın tercih edildiği görülmektedir.

³¹³ İsviçre Federal Mahkemesi, 17 Mayıs 2018 tarihli Kamuoyu Duyurusu.

³¹⁴ *“Ausgangspunkt bildet vielmehr einzig der «Grundsatz, wonach im nahehelichen Verhältnis ein jeder Ehegatte die wirtschaftliche Eigenständigkeit anzustreben hat; damit ist grundsätzlich eine Obliegenheit zur Ausschöpfung einer in tatsächlicher Hinsicht bestehenden Eigenversorgungskapazität verbunden”* (bir takım vurgularla: BGE 5A_104/2018, 2.2.2021, § 5.4'dan naklen), <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022).

³¹⁵ Günümüzde emeklilik yaşı 60'lı yaşlara karşılık gelmektedir. Bu konuda Krş. https://www.sgk.gov.tr/Content/Post/785eac3b-d260-47b5-8103-ae591b2ac320/4a-Hizmet-Akdi-ile-Calisanlar-2022-05-13-11-43_08#:~:text=Kad%C4%B1n%20i%C3%A7in%2058%2C%20erkek%20i%C3%A7in%2060%20ya%C5%9F%20ile%202036%20y%C4%B1%C4%B1ndan,belirlenecek%20kademeli%20ya%C5%9Fta%20ya%C5%9F%C4%B1l%C4%B1k%20ayl%C4%B1%C4%9F%C4%B1, (29.11.2022).

İsviçre öğretisinde 10/16 kuralının uygulanmasının, nafaka yükümlüsü daha sonra evlendiğinde onu katlanması güç bir yük altına sokabileceğine dikkate çekilmektedir³¹⁶. Gerçekten de iştirak nafakasından velayet sahibi ebeveyn değil, çocuk hak sahibi olduğundan nafaka alacaklısının yeniden evlenmesi halinde de bu ödeme devam eder. Bunun yanında nafaka yükümlüsü, örneğin yeni bir ortaklık veya ikinci evlilik için finansal olarak zor bir durumda kalabilir. Ancak anılan durumlar sadece 10/16 kuralına özgü değil, genel olarak tüm dolaylı ve hatta doğrudan çocuk maliyeti hesaplamalarında geçerlidir. Kaldı ki nafaka yükümlüsünün finansal durumunun değişmesi durumunda istem halinde nafaka miktarının yeniden belirlenmesi veya kaldırılması mümkündür (TMK m. 331). 10/16 kuralı ve onun türevleri velayet hakkı sahibinin bizzat çocukla ilgilenmesi hususunu özendirir. Velilerin bizzat ebeveynleri tarafından bakılmasının hangi yaşa kadar ve ne kapsamda olması çocuğun menfaatlerine ne ölçüde hizmet ettiği çocuk gelişimi, psikolojisi gibi alanlarda değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Kanaatimizce 10/16 kuralının çeşitli alanlardaki verileri de gözetilerek benimsenecek görüşe göre oluşturulacak detaylandırılmış türevleri, hukuk güvenliğinin ve öngörülebilirliğinin sağlanması yönüyle en azından çıkış noktası olarak dikkate alınabilir niteliktedir.

Okul düzeyi modeli 10/16 kuralı gibi pratik, uygulanabilir, öngörülebilir bir çözüm sunmaktadır. Aynı zamanda 10/16 kuralının klasik uygulamasından daha detaylandırılmış bir yaklaşım öngörmektedir. Okul düzeyi modelinde ebeveynlerden, 10/16 kuralından daha erken bir zamanda çalışmaları beklenmektedir. Bundan dolayı okul düzeyi modelinin çocukların kişisel olarak bakılmasına öncelik verme yönüyle, “10/16 kuralı”ndan daha erken bir zamanda üçüncü taraf (bakıcı, kreş vb.) bakımından yararlanmayı gerektirdiği görülmektedir.

İsviçre öğretisi ve güncel uygulamasında da okul düzeyi modelinin doğrudan olmasa da dolaylı şekilde dikkate alınabileceği kabul görmektedir³¹⁷. Hemen aşağıda değerlendirilecek olan yaşam maliyeti yaklaşımını kabul eden İsviçre Federal Mahkemesi güncel içtihadında; okul düzeyi modelinin detaylandırılmış bir versiyonundan dolaylı çocuk maliyetlerinin hesabında çıkış noktası olarak yararlanılabileceği görüşünü benimsemiştir. Federal Mahkeme çıkış noktası olarak objektif bir esas öngören okul düzeyi kuralının, hâkimin takdir yetkisini

³¹⁶ Bu konuda bkz. Gabathuler, “Unterhaltsrecht: Kinderbetreuung”, s. 32 vd.

³¹⁷ Gelir dağılımı düzeyinde doğrudan, topyekûn bir ön tahsis, artık güncel İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ve İsviçre öğretisindeki baskın görüş tarafından kabul edilmemektedir. Bu konuda bkz. Schweighauser-Bähler, “Betreuungsunterhalt- Berechnungsmethode”, § 7.1.

kullanırken bir başlangıç noktası olarak dikkate alınabileceğini, ancak somut olayın şartları dahilinde bunun üzerinde veya altında bir oranın esas alınması gerekebileceğine dikkat çekmektedir³¹⁸. Bu anlamda Federal Mahkeme daha objektif sonuçlara varılabilmesi ve çocuğun menfaatlerinin gözetilebilmesi için uygulamada okul düzeyi modelinin öngördüğü sınırların aşamalarının genişletilmesi ve özelleştirilebilmesi gerektiğini belirtmektedir³¹⁹.

Okul düzeyi modelinin uygulamasında ebeveynlerden birinin boşanmadan önce evlilik içinde eşiyle kendi aralarında kararlaştırdıkları görev dağılımı nedeniyle çocuğun bakımına daha fazla dahil olması söz konusu olabilir. Böyle bir durumda okul düzeyi modelinde öngörülen oranlar esnetilebilmeli ve boşanma sonrası veli için makul bir geçiş süreci öngörülmesi³²⁰ veya velinin çalışmaması gerektiği³²¹ söylenebilir. Yine bir eşin kendi kendine yeterli olabilmesi ve çalışabilmesi için ek eğitim veya ileri düzey eğitim alması somut olayda gerekli görülürse, bu durumun çalışma hayatına daha uzun bir geçiş dönemini haklı kılabilmesine³²² işaret edilmektedir. Bunun gibi örneğin somut olayda emeklilik yaşına çok yaklaşan bir eşin bulunması durumunda; standart olmayan bir işe girişmesinin bu eşten beklenemeyeceği de söylenebilir³²³.

Yaşama maliyeti metoduna göre ise nafaka tutarı, nafaka alacaklısının genişletilmiş asgari geçim değeri/ gideri ile geliri arasındaki farkı yansıtır³²⁴. Bir başka deyişle çocuk nafakası hesaplamasının genişletilmiş asgari geçim giderlerinin tespitine ilişkin ilk kısmı doğrudan ve dolaylı maliyetlerin hesaplanmasının

³¹⁸ Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 7 vd.; Heiz Hausheer, "Weitere Rechtsprechung zum neuen Betreuungsunterhalt", *Die Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2019, S. 18, s. 1513 vd.; BGE 144 III 481 §§ 4.7.6, 4.7.7.

³¹⁹ Krş. BGE 144 III 481 § 7.6.

³²⁰ BGE 144 III 481 § 4.5.

³²¹ Böyle bir kabulü destekleyici yönelik olarak: "...çeşitli sebeplerden dolayı evlilik eşlerden birinin hayatını önemli ölçüde şekillendirmiş, bu bağlamda kendi kariyer arayışından veya buna devam etmekten vazgeçerek, bunun yerine diğer eşle ortak bir kararla kendini ev işlerine ve çocukların yetiştirilmesine adanmış ve diğer eşe onlarca yıl destek vermiş, böylece diğer eş de rahatlıkla kendini tamamen mesleki gelişimine adayabilmiş ve buna bağlı gelir artışıyla ev hanesini finanse edebilmiş" (BGE 5A_104/2018, 2.2.2021, § 5.6'dan naklen) olma durumu gösterilebilir. Yine bu yönde bkz. BGE 5A_800/2019, 9.02.2021, § 6.2.

³²² BGE 5A_104/2018, 2.2.2021, § 5.4.4.

³²³ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 8.

³²⁴ Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 6; Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 13.

her ikisinde de aynı şekilde gerçekleşir³²⁵. Bu şekilde nafakanın farklı görünüşleri ve bunlara ilişkin farklı hesaplama metotları arasında bir bağlantı kurulmakta, iç tutarlılık sağlanmış olmaktadır.

Ancak yaşam maliyeti metoduna göre dolaylı çocuk maliyetlerinin hesaplanmasında fazlalığın (artığın) paylaşılması ("*Überschussverteilung*") söz konusu olmamaktadır³²⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'nin güncel tespitler ve duyurusundan önceki yıllarda da özellikle Zürih Kantonu'nun uygulamasını yansıtan bu yaklaşıma göre, dolaylı çocuk maliyetlerinin istenebilmesi için çocuğa bakmakta olan ebeveynin çocuğa bakmış olmasından dolayı, genişletilmiş asgari geçim giderlerini karşılayamaması gerekmektedir³²⁷. Bir başka deyişle çocuğa bakan ebeveyn, çocuk bakımıyla ilgili kısıtlamalara rağmen geçim masraflarını kendi geliriyle tamamen karşılayabiliyorsa, nafaka yükümlüsünün iştirak nafakasının dolaylı çocuk maliyetleri bölümünü ödeme borcu bulunmamaktadır³²⁸. Gerçekten de bu nafaka velayet hakkı sahibi eşe ödenmekle birlikte çocuğa özgülenmiş bir nafaka olup, bu durumda çocuğun dolaylı maliyetlerine ilişkin bir açık meydana gelmemektedir.

Kanaatimizce dolaylı çocuk maliyetlerinin hesaplanmasına ilişkin yaşam maliyeti metodunun seçilmiş olması yerinde bir tercihi yansıtmaktadır. Öncelikle genişletilmiş asgari geçim değerini esas almak, yaşam maliyeti metodunun ilk bölümünü objektif bir ölçüte bağlamaktadır³²⁹. Öte yandan burada doğrudan çocuk maliyetlerinin hesaplanmasına ilişkin iki aşamalı somut metodun ilk aşaması ile bütünlük sağlanmaktadır³³⁰. Bir başka deyişle yaşama maliyeti metodu ilk kısmı ve bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı objektif temele dayanmakta, dolaylı çocuk maliyetlerinin niteliği ile bağdaşmakta ve nafakanın farklı görünüşleri arasında bağlantı ve tutarlılığı sağlamaktadır. Bunun yanında doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin bu makaledeki öneriler ve gerekçelerle ile tutarlı şekilde dolaylı çocuk

³²⁵ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 13.

³²⁶ BGE 144 III 377 § 7.

³²⁷ Allemann, "Betreuungsunterhalt- Grundlagen und Bemessung", § 16 vd.; Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", s. 152; Jungo-Aebi Müller-Schweighauser, "der Betreuungsunterhalt", s. 163 vd., 172 vd. Yine Krş. Spycher, "Betreuungsunterhalt", s. 212.

³²⁸ Krş. Spycher, "Betreuungsunterhalt", s. 212; Allemann, "Betreuungsunterhalt- Grundlagen und Bemessung", § 16 vd.; Jungo-Aebi Müller-Schweighauser, "der Betreuungsunterhalt", s. 176 vd.

³²⁹ Krş. Burri, der Betreuungsunterhalt, s. 50 vd.

³³⁰ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 2.

maliyeti hesaplanmasına yönelik yaşama maliyeti metodunun ilk kısmı Türk hukuk uygulaması için de önerilebilir niteliktedir.

Yaşam maliyeti metodunun ikinci kısmına ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi genelleme yapmaktan kaçınmakta, somut olayın özelliğini ön plana çıkarmakta, bilinçli olarak bunun somutlaştırılmasını uygulamaya bırakmaktadır³³¹. Bu anlamda bir eşten çalışmasının beklenip beklenmeyeceği (beklenebilirlik) çocuk sayısı, çocuğun yaşı, sağlık durumu, eşlerin finansal durumu vb. gibi tüketici olarak sayılmayacak çeşitli olguların dikkate alınmasını gerektirebilir. Hâkime bu konuda tanınan geniş takdir hakkı çocuk menfaatinin somut olayda daha hassas bir şekilde gözetilmesine hizmet ederken, bu şekilde çocuk nafakası hesaplamasında arzu edilen farklı uygulamaların yeknesaklaşması ve hukuk güvenliğinin arttırılması amacından uzaklaşmaktadır³³².

Çocuğa bakan eşin somut olayda çalışmasının beklenip beklenemeyeceği hususunda yapılacak değerlendirmenin arka planında farklı denge noktaları bulunmaktadır. Bir yanda ebeveynler arasında zamanında yapılmış görev dağılımı ve bu kapsamda çocuğun boşanma öncesi dönemdeki durumunun sürdürülmesi esası ("*Kontinuitätsprinzip*")³³³ yer alır. Diğer yanda ise taraflar arasındaki rol dağılımının sonsuza kadar sürmeyeceği ve ayrılmanın beraberinde uyum sağlanması gereken yeni yaşam ilişkilerini getireceği hususu³³⁴ yer alır. Artık İsviçre uygulamasında ebeveyn bakımı ile üçüncü kişi bakımı aynı tutulmaktadır. Öte yandan yukarıda paylaşılan 10/16 kuralı (ve türevleri) ile okul düzeyi kuralında bu duruma ilişkin farklı bir yaklaşım takip edilmektedir. Örneğin 10/ 16 kuralının klasik uygulamasında 10 yaşına kadar çocuğa ebeveynin (yoksa üçüncü kişinin değil) bakmasının çocuk üstün yararına hizmet ettiği kabul edilmektedir. Görüldüğü gibi çocuğun üstün yararının belli bir yaşa kadar ebeveyn tarafından bakılmasını gerektirdiği³³⁵ yaklaşımı ile çocuk hakkında en iyisini ebeveynlerin düşüneceği ve bu konuda onların çalışarak üçüncü kişi des-

³³¹ BGE 144 III 481 § 4. 4.

³³² Krş. Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 284; Frei vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", s. 151; Spycher, "Betreuungsunterhalt", s. 199.

³³³ Aksi yönde çocuğun önceki durumunun her zaman çocuğun üstün menfaatine hizmet etmeyeceği, söz konusu çözümün çocuk için her zaman en iyisi olmadığı yönünde bkz. Burri, der Betreuungsunterhalt, s. 64.

³³⁴ BGE 144 III 481 §§ 4.5, 4.6.

³³⁵ 10/ 16 Kuralının çocuğun üstün menfaatine hizmet ettiği şeklinde açıkça yapılan tespit için bkz. BGE, 5A_336/2015, 3.3.2016, § 5.3, <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022).

teğini almalarının da aynı şekilde çocuğun menfaatlerine hizmet ettiği³³⁶ şeklinde yaklaşım karşı karşıya gelmektedir³³⁷. Bu yaklaşımlara ilişkin tercih ve öneriler bir hukuk politikası tercihi ile alakalıdır.

Kanaatimizce Türk Hukuk uygulaması yönünden yaşam maliyeti metodunun ikinci kısmında çocuğa bakan eşten beklenen çalışma oranının tespitine ilişkin çıkış noktası olarak ikili bir yaklaşım kabul edilmelidir. Buna göre asgari bir alt yaş sınırının kabulü şeklinde bir yaklaşım³³⁸ ile bu yaşın üzerinde kullanılmak üzere aşamalı ilerleyen, objektif bir ölçüt sunan okul düzeyi (sınıf esası) kuralının birlikte uygulanması hukuk güvenliğine önemli bir katkı sağlayacaktır. Böylece uygulamada kişisel olarak çocuk bakımına öncelik verilmesi gereken okul (bu çalışmada katılan görüşe göre kreş) öncesi dönemde belirlenecek yaşın dolmasına kadar eşten her türlü çalışması beklenmemeli, sonrasında ise eşten sınıf esasına göre çalışmaması veya aşamalı olarak farklı oranlarda çalışması beklenebilir. Ancak ulaşılan bu oran katı yorumlanmamalı, somut olayın

³³⁶ İsviçre Federal Mahkemesi ebeveynlerin kural olarak çocukları için en iyisini istediklerinden yola çıkılması gerektiğine işaret etmektedir. Bu anlamda ebeveynler gerek çocuğa bizzat bakma ile üçüncü kişinin desteğini alma konusundaki seçimde olsun, gerekse boşanmadan/ayrılıktan önceki koşullarının devam edip etmeyeceği konusunda olsun, kural olarak devlet müdahalesine karşı bir özerklikleri olduğundan yola çıkılabilmektedir. Söz konusu açıklamalar için Krş. BGE 144 III 481 § 4.5, 4.6. Velayet hakkına müdahalenin ikincilliği esaslı ile (ebeveynlerin aldığı tedbirleri) tamamlayıcılık esaslı hakkında bkz. Öztan, Aile Hukuku, s. 1138.

³³⁷ Aktarılan farklı yaklaşımlar hakkında bazı açıklamalar için Krş. Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 10; Regina E. Aebi Müller, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht", *Jusletter*, 21.01.2019, § 93 vd.; BGE 144 III 481 § 4.6.3.

³³⁸ İsviçre'de dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin çocuk nafakasının hesaplanmasında velinin çalışmamasına yönelik bir alt yaş öngören 10/16 kuralından, reformdan sonra da yararlanmaya devam edilebileceği yönünde bkz. Spycher, "Betreuungsunterhalt", s. 219; Fankhauser, "der Betreuungsunterhalt", s. 805. Okul düzeyi modelinden farklı açılardan yararlanılmaya devam edilebileceği yönünde bkz. Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 7 vd.; Jungo-Aebi Müller-Schweighauser, "der Betreuungsunterhalt", s. 167; Arndt-Brändli, "Berechnung des Betreuungsunterhalts", s. 241. Alman Hukuku'ndaki velinin çalışmamasına yönelik 3 yaş kuralından İsviçre uygulamasında da yararlanılabileceği yönünde bkz. André Keller, "Gesetzliche Verankerung der Dreijahresregel nach deutschem Vorbild de lege ferenda auch in der Schweiz", *die Praxis des Familienrechts*, 2014, S. 3, s. 582; Alexandra Rumo Jungo, "Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern", *recht*, 2008, S. 1, s. 35. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararlarında görüldüğü üzere kural olarak okul esasından hareket edilmesinin çok iyimser bir bakış açısını yansıttığı, ancak böyle bir kabul durumunda somut olayda farklılaşabilecek çok fazla ucu açık durum bulunduğu (örneğin kreşe başlangıç yaşı, günlük bakım süresinin yaklaşık yarısının geçirildiği kreş/ okulda bakım hizmetlerinin somut olarak nasıl organize edildiği, okul tatillerinin süresi ve bu zaman zarfında bakımın nasıl yürütüleceği vb. böyledir) hakkında eleştirel bir değerlendirme için bkz. Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 9.

özel koşulları gerektiriyorsa burada varılan nafaka miktarının altı veya üstüne hâkim gerekçeleriyle hükmedebilmelidir³³⁹. Bu yaklaşım uygulamada şeffaflığı arttıracak gibi, kararın gerekçeli olması hususunu da vurgulamaktadır. Ancak bu konuda okul öncesi ve sonrası dönemde çalışmamayı veya oransal çalışmayı öngören, özel koşullar altında hakkaniyet gerektiriyorsa farklı bir uygulamaya imkân tanıyan bir düzenlemenin açıkça TMK'da ihdas edilmesi hukuk güvenliğine çok daha fazla katkı sağlayacaktır.

Çocuğun doğumundan itibaren belirli bir süre ona bakan kişinin değişmesine yönelik hassas tepkiler verdiği konusunun tartışmalı olmadığı görülmektedir³⁴⁰. Burada tartışmalı olan bu sürenin ne kadar olduğu, bir başka deyişle ebeveynlerden çalışması beklenmeyecek yaşın ne olması gerektiğidir. Benimsenecek görüşe göre örneğin 10/ 16 kuralı gibi 10 yaşın veya bu kuralın sonraki değişik uygulaması olan 6 yaşın veya Alman Hukuku'nda öngörüldüğü üzere 3 yaşın³⁴¹ tamamlanmasının esas alınması veya okul düzeyi modeli gibi doğrudan belli bir sınıfı esas alarak hare-

³³⁹ Çocuk nafakasına ilişkin bir değerlendirmeyi sadece en yüksek refahı esas alan ekonomik analize tabi tutmak uygun olmadığı, somut olayda çocuğun menfaatlerinin değerlendirilmesinin önem taşıdığı yönünde bkz. BGE 144 III 481 § 4.7.1.

³⁴⁰ İsviçre federal Mahkemesi çocuk psikolojisi ve gelişimi alanındaki araştırmaları gözettiği bir kararında (BGE 121 III 441 § 3b/aa) naklen şu tespitlerde bulunmuştur: "... Çocuk psikiyatrisi alanındaki bulgularına göre küçük çocuklar, yaşamın ilk aylarında herhangi ona bakan kişinin değişikliğine karşı hassas tepkiler vermektedir, özellikle de bu durum ev ortamındaki bir değişiklikle de ilişkiliyse, söz konusu durum küçük çocuğun duygusal gelişimi üzerinde ciddi sonuçlar doğurabilecektir. Bir çocuk ne kadar küçükse, kişisel bakım için tüm gün uygun ve muhtemelen değişmeyen bir kişinin bulunması o kadar iyi sağlanmalıdır...", <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022). Yine çocuğun fiziksel, ruhsal ve sosyal gelişim hakkında yürütülen uluslararası farklı araştırmalar için bkz. Keller, "Gesetzliche Verankerung der Dreijahresregel nach deutschem Vorbild", s. 574 vd. Yine çocuk psikoloji hakkında yapılan araştırmalarda bir yaşından sonrasına ilişkin çocuğun ebeveyni tarafından bakılmasının onun en üstün yararına hizmet ettiğine ilişkin net bir sonuca varılamadığı hakkında bkz. BGE 144 III 481 §§ 4.7.4, 4.7.5; BGE 5A_98/2016, 25.06.2018, § 3.5...", <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022).

³⁴¹ Bu konuda Alman Hukuku'nda önceleri 8/15 kuralının geçerli olmuş, daha sonra ise yasal düzeyde çocuğun bakım nafakasının normal şartlar altında onun 3 yaşına kadar istenebileceği esası kabul edilmiştir (BGB Art. 1570 Abs. 1, 1615I Abs. 3). BGB Art. 1570 Abs. 1: "*Boşanan eş, ortak çocuğun bakımı veya yetiştirilmesi nedeniyle doğumdan itibaren en az üç yıl süreyle diğerinden nafaka talep edebilir. Nafaka talebinin süresi, hakkaniyete uygun olduğu sürece ve ölçüde uzar. Çocuğun çıkarları ve mevcut çocuk bakımı seçenekleri dikkate alınmalıdır.*". Görüldüğü üzere Alman Hukuku'nda bir alt yaş sınırı öngörülüp, bunun üzerine ancak çocuğun menfaati ve hakkaniyet gerektiriyorsa hükmedilebilmektedir. Alman Hukuku'ndaki düzenleme ve bu yaklaşımdan İsviçre hukuk uygulamasında da yararlanılabileceği hakkında bkz. Keller, "Gesetzliche Verankerung der Dreijahresregel nach deutschem Vorbild", s. 574; Rumo Jungo, "Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern", s. 35.

ket edilmesi gerektiği ileri sürülebilir³⁴². Kanaatimizce ebeveynin iş yükünün azalabileceği dikkate alınarak, okul düzeyi modelinin dilimlerinin kreş aşamasından itibaren oluşturulması daha uygun olacaktır. Buna göre çocuğun somut olayda objektif olarak tespit edilebilecek³⁴³ bireysel gelişimi ve temel ihtiyaçlarını karşılayabildiğinin kabulüne göre, gelişim bozukluğu gibi özel durumlar istisna tutularak, asgari yaşın 3-4 yaş arası belirlenebilmesi önerilebilir³⁴⁴.

Okul düzeyi modelindeki oranlarda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin vurguladığı üzere geniş ve detaylı bir belirleme somut olayda çocuğun menfaatlerini daha iyi gözetecektir. Ancak somut olayın özel koşulları gerektiriyorsa, hâkimin okul kuralındaki oranlar detaylandırılmış dahi olsa farklı bir orana hükmedebilmesi mümkündür. Örneğin somut olayda yaşanan yerde bir kreşin veya okul sonrası tamamlayıcı bir etüt programının bulunmaması bu oranın aşağıya çekilmesini gerektirebilir³⁴⁵. Benzer bir şekilde çocuğun sağlık durumunun iyi olmaması³⁴⁶ ve annenin çocuk bakımı nedeniyle evliliği esnasında çalışma hayatı-

³⁴² Diğer bir nafaka hesaplama metodu olan sabit oranlı çocuk bakımı kotası metodunu ("*Pauschaliserte Betreuungsquotenmethode*") uygulamış olan İsviçre'deki ST. Gallen Kantonu Mahkemeleri'nin önceki kararlarında 10/16 kuralını esas alınmış olmaktadır, daha sonraları çocuk 6 yaşını dolduruncaya kadar velayet hakkı sahibinden çalışması beklenmemiş; 6 yaşını doldurduktan sonra 12 yaşını doldurana kadar 35%, 12 yaşını doldurduktan sonra 16 yaşını doldurana kadar 55% çalışma beklenmiştir. Bu şekilde hesaplanan dolaylı çocuk maliyetleri çocukların somut ihtiyaçlarına göre paylaştırılmaktadır. Yapılan açıklamalar için bkz. Frei vd., "*Irrgarten Unterhaltsrecht*", s. 153. Buna karşılık St. Luzern kanton mahkemelerinde uygulanmış olan somut çocuk bakımı kotası metodunda ("*Konkrete Betreuungsquotenmethode*") ise 10/16 kuralı kendi okul sınıflandırma sistemine göre değiştirilmiştir. Çocuğun ana okuluna başladıktan sonra 20 ile 30 % arasında, ilk okula başladıktan sonra (6 veya 7 yaşını doldurduktan sonra) 40 ile 50 % arasında, ortaokula başladıktan sonra (11 veya 12 yaşını doldurduktan sonra) 70 ile 80 % arasında bir çalışma, 16 yaşını doldurduktan sonra ise (liseye başladıktan sonra) tam bir çalışma beklenebilmektedir. Yapılan açıklamalar için bkz. Urteil des Kantonsgerichts Luzern 3B 16 57, 27.3.2017, § 5.1.2; Jungo-Aebi Müller-Schweighauser, "*der Betreuungsunterhalt*", s. 166 vd.; Frei vd., "*Irrgarten Unterhaltsrecht*", s. 153.

³⁴³ Örneğin tuvalet alışkanlığını kazanıp kazanmadığı, iletişim konusunda temel becerilerinin gelişkinliği gibi objektif ölçütler zikredilebilir.

³⁴⁴ Krş. <https://abapsikoloji.com/krese-baslama-yasi-kac-olmali/>; <https://www.bebek.com/cocuk-laricin-krese-baslama-yasi-ne-olmalidir/>, (26.11.2022). Böyle bir uygulamanın veya kanun değişikliğinin kabulü durumunda, hangi okul sınıflarında ne kadar aile bakımı gerektiği ve buna göre oransal olarak velinin ne kadar çalışmamasının beklenebileceği gibi hususların net olarak tespiti bu incelemenin dışında kalan ilgili alanların uzmanları tarafından cevaplaması gereken bir husustur.

³⁴⁵ Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 6.

³⁴⁶ Çocuğun engelli olması durumunda daha düşük bir çalışmanın beklenmesi gerektiği yönünde bkz. Margot Michel- Claudio Ludwig, *Kurzkomentar ZGB*, Ed.: Andrea Büchler, Dominique, Jakob, 2. Baskı, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, Art. 285 ZGB, § 8c. Okul sınıfı esasına göre anneden 80% çalışması beklenirken, somut olayda çocuğun okula ilişkin ve kişisel olarak yaşadığı sorun-

na atılmamış olması³⁴⁷, çocuk birinci sınıfa başlayıp da okula adaptasyon sorunları yaşaması³⁴⁸, babanın önceden kararlaştırılan ziyaret etme protokolüne uygun olarak çocukla hafta sonu kalma hakkını kullanmaması sonucu velayete sahip olan annenin daha fazla yük altına girmesi³⁴⁹, birden çok çocuğun bulunması nedeniyle velinin okul harici bakım yükümlülüğünün yoğunluğu³⁵⁰ gibi durumlarda velayet hakkına sahip ebeveynin çalışmaması veya okul esası kurallında öngörülenden daha az oranda çalışması beklenebilir. Bunun gibi somut olayda velinin çalışmasının beklenip beklenmeyeceği üçüncü bir kişi tarafından bakım desteğinin olup olmadığı, ev ile işyeri arasındaki mesafe, birden çok çocuğun bulunup bulunmadığı³⁵¹, yarım günlük ders dışı zamanı süresi, belirli okul/ kreş saatleri vb. durumlara bakılarak değerlendirilmelidir³⁵².

2. Yaşam Maliyeti Metodunda Çocuğa Bakan Eşin Kendisinden Beklenen Çalışma Oranına Esas Gelirin Tespitine İlişkin Bazı Mikro Ekonomik Değerlendirme Modelleri

Yaşam maliyeti metodunun ikinci aşamasında yukarıda değinilen esaslar çerçevesinde çocuğa bakan eşin belirli bir çalışma oranı hesaplamada çıkış noktası olarak dikkate alınabilir. Fakat burada eşin çalışması beklenen belirli bir çalışma oranı tespit edildikten sonra, bu oranın uygulanacağı gelirin nasıl tespit edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Ancak bu şekilde tespit edilen gelirden,

lar nedeniyle (öğrenme zorluğu, Asperger Sendromu) bunun 50% olarak kabulü gerektiği yönünde çok güncel bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE, 5A_944/2021, 19.5.2022, § 6.2, Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, 2.2.5, (28.08.2022).

³⁴⁷ BGE 5A_830/2018, 21.06.2019, Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, 2.2.3, (28.08.2022).

³⁴⁸ Krş. BGE 5A_743/2017, 22.05.2019, § 5.3.2, <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022).

³⁴⁹ BGE 5A_327/2018, 17.01.2019 (Aebi-Müller, "Familienrechtlicher Unterhalt", s. 6); BGE 5A_743/2017, 22.5.2019, § 5.3.2, <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022).

³⁵⁰ Krş. BGE 144 III 481 § 4.7.9; Burri, der Betreuungsunterhalt, s. 82 vd. Yine sınıfı esasına göre %50 beklenebilir çalışma oranı öngörülmekle birlikte, somut olaydaki üç çocuğun bulunmasından dolayı %40 çalışma oranından yola çıkılması gerektiği yönünde bkz. BGE 5A_1065/2020, 2.12.2021 <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022).

³⁵¹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 26.03.2021 tarihli güncel bir kararında en azı 9 yaşında olan üç çocuğun bulunmasından dolayı okul düzeyi modelinde kabul edilenden farklı olarak 50%'nin altında bir çalışma oranından yola çıkılabileceği (böyle bir kabulün keyfi olmadığı) belirtilmiş, buna gerekçe olarak ise üç çocuğun bakımının daha yoğun bir emek gerektirmesi ve ayrıca somut olayda velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin tatillerde ve ziyaretlerde çok az katılım sağlaması zikredilmiştir. Bu karar ve aktarılan açıklamalar için bkz. BGE 5A_85/2021, 26.03.2021 § 7.3, <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022).

³⁵² Aebi-Müller, Familienrechtlicher Unterhalt, s. 6; Spycher-Bähler-Majid, Kommentar-Unterhaltsberechnung, s. 8 vd.

genişletilmiş asgari geçim değeri çıkarıldıktan sonra dolaylı çocuk maliyeti miktarına ulaşılabilir. Bunun tespitine ilişkin bir değerlendirme başlı başına bir çalışma konusu teşkil etmektedir. Aşağıda sadece bir fikir vermesi üzerine mikro ekonomik değerlendirme modelleri arasında³⁵³ yer alan yaklaşımlardan iki tanesi ve bunlara ilişkin bazı değerlendirmeler paylaşılacaktır.

a. Fırsat Maliyeti Yaklaşımı

Fırsat maliyeti yaklaşımı ("*der Opportunitätskostenansatz*") bir mikro ekonomik değerlendirme modeli olup, bir kişinin ücretli bir işe sahip olmak yerine evde çocuğa bakması durumunda hangi kazançlardan vazgeçeceğini sorar³⁵⁴. Şayet bu kişi çalışıyorsa fırsat maliyetini hesaplamanın basit bir yolu, onun ücretini esas almaktır. Ancak çalışmayan veya çalışamayan anne ve babalar söz konusu olduğunda fırsat maliyetleri bu şekilde basit belirlenememektedir. Bu durumda bir çıkış yolu farazi, potansiyel ücretleri tahmin etmektir. Bu ise velinin³⁵⁵ yaş, eğitim, iş tecrübesi vb. gibi sosyo-ekonomik özelliklerine göre işgücü piyasasından bekleyebileceği ücrete karşılık gelir³⁵⁶.

³⁵³ Örnek olarak bu konuda incelemiş olduğumuz bir eserde ev işinin değeri ("*Wert der Hausarbeit*") mikro ve makro ekonomik bakış açılarıyla ayrı ayrı güçlü ve zayıf yanlarıyla incelenmiş, mikro ekonomik değerlendirme modelleri arasında ise; çıktıları esas alan metotlar ("*Outputorientierte Methode*") ile girdileri esas alan metotlar ("*Inputorientierte Methode*") şeklinde ikili bir alt ayırım yapılmıştır. Çıktıları esas alan metotlarda hane üyelerinin evde ürettikleri mal veya hizmetlerin piyasada karşılığı olan değerler dikkate alınmaktadır. İlgili eserde zikredilen söz konusu metodun zayıf yanlarından bazıları: Üretilen malların veya yürütülen hizmetlerin türü, kapsamı ve kalitesi hakkında ayrıntılı bilgi sağlama konusunda yaşanabilecek büyük sorunlar, ev hanesinden bu konuda yeterli bilgi edineme ihtimali, üretilen mal ve hizmetler için karşılaştırılabilir piyasa fiyatlarının her zaman belirlenememesi, bu metodun beraberinde getireceği çok geniş değerlendirme ihtimallerinin değerlendirme yapan kişiye bağlı olarak ev işinin değerinin çok farklı hesaplanabilmesi sonucu doğurması, varılan soyut sonuçlarının her zaman piyasada uygulanabilir olmayacağıdır. Öte yandan kendi zayıf yanları olmasına karşın girdileri esas alan metotlar çıktıları esas alan metotlara nazaran; ev işi değerinin hesaplanmasında daha kolay, istatistiksel olarak uygulanabilir yaklaşımlar sunmaktadırlar. Girdileri esas alan mikro ekonomik hesaplama metotları da söz konusu eserde aşağıda incelenecek olan fırsat maliyeti yaklaşımı ve piyasa maliyeti yaklaşımı şeklinde ikili bir alt ayırmda incelenmiştir. Yapılan açıklamalar için bkz. Klaus Hesse- Antje Judt, "Das Wert der Hausarbeit", *Haushalte an der Schwelle zum nächsten Jahrtausend*, Ed.: Thomas Preuß, Ulrich Oltersdorf, Frankfurt-New York, Campus Verlag, 1996, s. 166 vd., 168 vd., 172 vd.

³⁵⁴ Hesse-Judt, "das Wert der Hausarbeit", s. 169.

³⁵⁵ Burada çıkış noktası olarak alınan kişi velidir, yoksa bir sonraki piyasa maliyeti yaklaşımı gibi bir üçüncü kişi değildir.

³⁵⁶ Dieter Schäfer, "Haushaltsproduktion in gesamtwirtschaftlicher Betrachtung", *Wirtschaft und Statistik*, 1988, C. 5, s. 316; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 6.

b. Piyasa Maliyeti Yaklaşımı

Diğer bir mikro ekonomik değerlendirme modeli ise piyasa maliyeti yaklaşımı (“*der Marktkostenansatz*”) olup, burada bir işi üçüncü bir kişiye yaptırmanın maliyetinin ne olacağı sorulur³⁵⁷. Burada esas alınabilecek model olarak objektif bir üçüncü kişinin nasıl olması gerektiği tartışılabilir. Ancak burada çocuğun menfaatinin korunması ilkesi gözetilerek eşdeğer meslek kategorisi seçilirken, velayet hakkına sahip kişi gibi günlük işlerinde aynı gerekliliklere ve sorumluluklara sahip olmalarına özen gösterilmelidir³⁵⁸. Üçüncü kişiler tarafından yürütülen bakım edimlerinin değerinin tespitinde benimsenecek görüşe göre farklı referanslar alınabilir. Bunlar arasında örneğin SAKE tablosu, ortalama kreş maliyetleri, ortalama bir çocuk bakımıcısının bakım ücreti, kreş yöneticisi ücreti veya bir aşçının ücreti³⁵⁹, çocuğun vesayetini üstlenen bir vasinin veya vasilerin³⁶⁰ ücreti³⁶¹, çocuk bakım hizmetlerine veya eğitimine ilişkin vergi indirimlerinde esas alınan tutarlar³⁶² vb. sayılabilir.

c. Değerlendirmeler

Öncelikle her iki yaklaşımın bazı ortak güçlü ve zayıf yanlarından bahsedilebilir. Her iki yaklaşımın ev işi değerinin hesaplanmasında kolay, istatistiksel olarak ise gerçekçi ve uygulanabilir sonuçlar sundukları belirtilmektedir³⁶³. Öte

³⁵⁷ Hesse-Judt, “das Wert der Hausarbeit”, s. 169.

³⁵⁸ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 6.

³⁵⁹ Dieter Schäfer- Nobert Schwarz, “Wert der Haushaltsproduktion”, *Wirtschaft und Statistik*, 1994, C. 8, s. 605; Hesse-Judt, “das Wert der Hausarbeit”, s. 169.

³⁶⁰ “Gereken durumlarda, bu görevi birlikte veya vesayet makamı tarafından belirlenen yetkileri uyarınca ayrı ayrı yerine getirmek üzere birden çok vasi atanabilir” (TMK m. 413 f. 2).

³⁶¹ Öğretide referans olarak alınabileceği belirtilen ölçütlerden biri de çocuğun vesayetini üstlenen bir vasinin veya vasilerin ücretidir. Bunun nedeni de vesayet ilişkisinde bakım hizmetlerinin oranının, çocuk nafakasının belirlenmesinde çocuk bakımı kapsamında belirlenecek bakım hizmetlerinin değeriyle (dolaylı maliyetleri) karşılaştırılabilir olmasıdır. Söz konusu durumun doğrudan çocuk maliyetleri için ise sınırlı bir şekilde geçerli olduğu belirtilmektedir. Bir başka deyişle vesayet ücretlerinde doğrudan tüketim maliyetlerinden ziyade, özellikle medeni hukuk kapsamındaki çocuğun eğitim ve bakımına ilişkin faaliyetlerin değeri ön plandadır. Bu anlamda söz konusu bu ücretin kapsamına yalnızca doğrudan çocuk maliyetleri altında değerlendirilebilecek, örneğin giyim veya yiyecek harcamaları gibi masrafları içermeyen durumlar da dahildir. Bu konudaki yapılan açıklamalar için bkz. Rumo Jungo-Hotz, “Revision des Kindesunterhalts”, s. 21 vd.

³⁶² Krş. Hakan Değirmenci, “Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile İlgili Vergisel Kolaylıklar”, *İş ve Hayat*, 2021, S. 14, s. 34 vd.

³⁶³ Piyasa maliyeti ve fırsat maliyeti ile bu çalışmada inceleme konusu yapılmayan diğer mikro ekonomik yaklaşımlar karşılaştırılarak varılan bu sonuç için bkz. Hesse-Judt, “das Wert der Hausarbeit”, s. 170.

yandan bu yaklaşımların ortak zayıf yönleri arasında; her bir ev faaliyetinin her zaman piyasada karşılığı bulunmayabileceği, piyasada karşılığı bulursa bile evdeki iş gücü verimliliği hakkında bir değerlendirmenin her zaman kolay olmadığı, zira ev hanesi faaliyetlerinde zamanın kullanımının her zaman etkinlik ilkesi ile örtüşmeyebileceği belirtilmektedir³⁶⁴. Ayrıca her iki yaklaşımın her birinin kendine özgü zayıf ve güçlü yanları bulunmaktadır.

Daha önce belirtilen SAKE Tablosuna dayanan metotta, piyasa maliyeti yaklaşımının tercih edildiği görülmektedir. Söz konusu tercihin temel gerekçelerinden biri de piyasa maliyeti yaklaşımının aynı Zürih tablosu metodu gibi, öngörülebilir nitelikte ve kullanımı kolay olması ve sistematik bir prosedüre izin vermesidir³⁶⁵. Ancak burada eğitim ve bakım sürecinin tamamen dışında kalan üçüncü bir kişinin bakım ediminin değeri (tamamlayıcı/destekleyici bakım masrafları/ *“Familienergänzende Betreuungskosten”*) esas alınarak hareket edilmesi³⁶⁶ tereddüt yaratmaktadır. Piyasa maliyeti yaklaşımına yönelik getirilen diğer bir eleştiri; ev işinin değerinin çeşitli nedenlerle bazen gereğinden çok yüksek, bazen ise gereğinden çok düşük belirlenebilmesidir³⁶⁷.

Buna karşılık aşağıda ifade edilen zayıf yanları olmakla birlikte, daha ağır basan gerekçelerle katılmış olduğumuz fırsat maliyeti yaklaşımı doğrudan bakım ve eğitim faaliyetlerini üstlenen ebeveyni esas alarak hareket etmektedir. Bir başka deyişle bir önceki yaklaşıma getirilen eleştirilerden biri olan sürecin dışında kalan bir üçüncü kişi dikkate alınmamaktadır. Aslında bu iki mikro ekonomik teori bizlere esas alınan kişiden kaynaklı farklılık bağlamında; hukuki işlem teorisinde irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin klasik güven teorisi ile modern güven teorisi arasındaki farkı anımsatmaktadır. Bunlardan ilkinde

³⁶⁴ Schäfer, “Haushaltsproduktion”, s. 314; Hesse-Judt, “das Wert der Hausarbeit”, s. 170.

³⁶⁵ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 6.

³⁶⁶ Referans olarak dikkate alınan üçüncü kişiler tarafından yürütülen tamamlayıcı/ destekleyici bakım masraflarının tespitinde örneğin kreş maliyetleri, çocuk bakıcısının bakım ücreti vb. dikkate alınabileceği yönünde bkz. Rumo Jungo-Hotz, “Revision des Kindesunterhalts”, s. 21.

³⁶⁷ Ev işinin değerinin gereğinden çok yüksek belirlenebilmesinin nedenleri arasında; ev hanesinde bir kişiye ödenecek ücrette bu kişiyle örtüşmeyecek çok daha nitelikli üçüncü kişilerin referans alınabilmesi, referans alınan üçüncü kişi ücretlerinde çeşitli nedenlerle çok daha verimli, daha fazla iş yapılıyor olması gösterilmektedir. Ev işinin değerini gereğinden çok daha düşük belirlemesinin nedenleri arasında ise; sıklıkla ev işlerinde söz konusu olan ve toplamı önemli boyutlara ulaşabilen ikinci seviyedeki örneğin toz alma, çocuğu servise bırakma ve hatta ev işi planlaması vb. ev işi faaliyetlerinin hesaplamada göz ardı edilmesi veya değerinden düşük hesaplanması gösterilmektedir. Yapmış olduğumuz açıklamalar için bkz. Schäfer, “Haushaltsproduktion”, s. 314, 316; Hesse-Judt, “das Wert der Hausarbeit”, s. 171.

hukuk işlemin bizzat tarafı olan muhataba karşılık gelen bir model kişi esas alınırken, diğerinde sürecin dışındaki objektif, model bir üçüncü kişinin durumu dikkate alınır³⁶⁸. Öte yandan modern güven teorisinin ekonomik bir fonksiyonu da bulunmakta olup, hukuki işlem hayatındaki güveni ve bakış açısını, dengeyi gözetir³⁶⁹. Benzer şekilde fırsat maliyeti yaklaşımı da üçüncü kişinin değil, çocuğa bakan ebeveynin (kural olarak velinin) soyutlaştırılıp, objektifleştirilen (ve bu şekilde modellenen) özelliklerinden ve durumundan yola çıkar.

Çocuk nafakası miktarının hesaplanmasına ilişkin TMK m. 330 açıkça nafaka miktarının “*ana ve babanın hayat koşulları ... dikkate alınarak*” belirleneceğini belirtmektedir. Bir ebeveynin (yoksa fırsat maliyeti yaklaşımının öngördüğü gibi bir üçüncü kişinin değil) sahip olduğu meslek, hayat koşullarını belirleyen en önemli etkenlerden biridir. Bu anlamda nafakayı hesaplamada yararlanılabilecek fırsat maliyeti yaklaşımı TMK m. 330’un lafzı ile uyumludur.

Öte yandan fırsat maliyeti yaklaşımına karşı bir eleştiri olarak burada, dikkate alınanın kaybedilen iş dolayısıyla yaşanacak ekonomik kaybın değerinin tespiti olduğu ve bunun da iştirak nafakasında değil, eşlere ödenecek (tedbir veya yoksulluk) nafakanın belirlenmesinde önem taşıdığı ileri sürülebilir³⁷⁰. Ancak söz konusu argümana karşı da iştirak nafakası davasını her ne kadar çocuğa fiilen bakan ebeveynin kendisi açarsa da, onun nafakaya konu bedeli kendi adına değil, çocuk adına diğer ebeveyninden talep ettiği söylenebilir³⁷¹. Nitekim çocuğa fiilen bakan ebeveyni ile çocuk arasında bir menfaat çatışması durumunda bu davayı açacak olan da TMK m. 426 b. 2 gereğince atanacak olan kayyımdır³⁷².

Yine fırsat maliyeti yaklaşımının zayıf yanları arasında öncelikle bunun hesaplanabilmesinin ve pratik olarak uygulanabilmesinin zorluğu zikredilebilir. Bu

³⁶⁸ Krş. O. Gökhan Antalya, *Marmara Hukuk Yorumu: Cilt 5 1 1: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 141; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Genel hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N. 410; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan /Arpacı*, 7. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017, § 13, N. 2; Burcu Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 35 vd.; İbrahim Kaplan, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 3. Baskı Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 40 vd., dn. 86.

³⁶⁹ Krş. Eren, *Borçlar Hukuku Genel*, N. 413 vd.; Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, s. 8, 10 vd.

³⁷⁰ Hausheer-Spycher, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, § 06.127; Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 6.

³⁷¹ Krş. Ceylan, “Nafaka Hesaplama”, s. 301; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 488.

³⁷² Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 488; Erdem-Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, s. 430 vd.

konuda ebeveyn tarafından yerine getirilen bakım ve eğitim hizmetlerinin fiyatlarının arz ve talep tarafından kontrol edilememe nedeniyle gözlemlenebilir olmadığı vb. gerekçelerle³⁷³ bir piyasa fiyatının zor belirlenebileceği belirtilmektedir. Söz konusu görüşün savunulmasından sonraki dönemde daha önce bazıları ilgili başlıklarda aktarılan İsviçre Medeni Kanunu'nda çeşitli değişiklik ve eklemeler olmuştur. Bunlarda biri de ZGB Art. 285 f. 2 olup, açıkça çocuk bakımının bir ebeveyn ya da bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilebileceği vurgulanmıştır. Burada ebeveyn bakımı ("*Elternbetreuung*") ve üçüncü kişi bakımı ("*Drittbetreuung*") ayrımı yapılmış, ancak bunun nasıl hesaplanacağı uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır. Bu anlamda ebeveyn bakımının zor hesaplanıyor olması, onun üçüncü kişi bakımı ile eşdeğer tutulacağı anlamına gelmemelidir³⁷⁴. Bir ebeveyn çocuğuna bizzat bakarken çocuk üzerinde sıklıkla olumlu etkiler bırakan, manevi fayda olarak nitelendirilebilecek ve onun faaliyetinin değerini üçüncü kişilere kıyasla arttıracak durumlarla karşılaşılabilecektir³⁷⁵.

Söz konusu manevi fayda ve süreçler yapılan değerlendirmeyi fiziksel olarak ölçülebilirlik yönünde sınırlandırdığından bazı varsayımsal veya yaklaşım belirlemelerinin yapılması kaçınılmaz olacaktır³⁷⁶. Ancak bu durum ebeveynin faaliyetinin özel bir kıymeti olduğu durumunu değiştirmemekte ve bunun dikkate alınmamasını haklı kılmamaktadır. Söz konusu değer objektif olarak da bir hukuki değerlendirmede dikkate alınabilir³⁷⁷.

³⁷³ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 6, 15. Ayrıca yazarlara göre çocuk bakımının parasal olarak değerlendirilmesi zor olan bir başka özelliği de sürekli erişilebilirlik yönüdür. Bu iş olsaydı ve bunun değiştirilmesi gerekseydi, teorik olarak günde 24 saat mevcut olan bir ikamenin mevcut olmasını gerektirecekti. Çocuk bakımında bu durum, anne veya baba gibi uygun bir yedek kişinin her zaman mevcut olması gerektiği anlamına gelir. Ancak yazarlara göre yapılan incelemelerde bu yön dikkate alınamamakta olup, sadece çocuklara gerçekten bakmak için harcanan zaman değerlendirilir (s. 15).

³⁷⁴ Gerek Sake tablosu, gerekse tamamlayıcı/destekleyici bakım masrafları ölçütü ile varılan sonuçlarda bakım maliyetinin düşük yansıdığı, bu durumun toplumda bu tür faaliyetlere objektif değerinden daha düşük bir değer atfedildiğini bizlere gösterdiği, ebeveynlerin tamamlayıcı bakım faaliyetlerinin yüksek değer taşıması durumunda ise bunlardan yararlanmama yolunun tercih edildiği yönünde bkz. Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 21. Yazar daha sonraki açıklamalarında referans olarak alınabilecek bir vasinin/vasilerin ücreti konusunda da aynı durumun geçerli olduğunu ve yapmış olduğu incelemelerin onların ücretinin ortalama piyasa ücretine göre çok daha düşük olduğunu gösterdiğine işaret etmektedir (s. 22 vd.).

³⁷⁵ Hesse-Judt, "das Wert der Hausarbeit", s. 170; Schäfer, "Haushaltsproduktion", s. 316; Schäfer, "Wert der Haushaltsproduktion", s. 606.

³⁷⁶ Rumo Jungo-Hotz, "Revision des Kindesunterhalts", s. 23; Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 15.

³⁷⁷ Bu bağlamda medeni ve borçlar hukukuna manevi değerlerin objektifleştirilmesinin yabancı olmadığı da hatırlatılabilir. Örneğin manevi zararın niteliğine ilişkin onu manevi değerlerdeki

Kanaatimizce çocuğun bizzat velisi tarafından bakıldığı ve onun daha önce hiç çalışmamış olduğu (veya asgari ücretli bir işte çalışmış olduğu) bir ihtimalde, söz konusu bakıma ilişkin manevi bir faydanın mevcut olduğu göz ardı edilmemelidir. Böyle bir durumda çocuğun menfaatlerinin korunması ilkesine uygun bir değerlendirme ile velinin emek değeri uzman üçüncü kişi (kreş görevlisi, hemşire vb.) ücretinden az olmayacak şekilde ve sıklıkla daha yukarıda belirlenebilir³⁷⁸. Buna karşılık yetiştirme ve bakım faaliyetlerinde sürece doğrudan üçüncü kişiler dahil ediliyorsa, örneğin hafta içi bazı günler okul sonrası akşam yemeğine kadar evde çocuğa bakılması ve ödevlerine yardımcı olmak üzere üçüncü bir kişinin görevlendirilmesi gibi, bu kişiye verilen (kural olarak işin piyasa değerini çok geçmemesi gereken) ücret esas alınmalıdır. Ancak son aktarılan durum zaten doğrudan çocuk maliyetleri altında değerlendirilmesi gereken bir durumdur.

bir eksilme ve hesaplanabilir ekonomik bir değer olarak gören objektif görüş ve yine objektif zarar teorisine dayanan manevi tazminatın amacına ilişkin telafi (giderim) görüşü böyledir. Manevi zararın niteliğine ilişkin objektif, sübjektif ve karma görüş için bkz. O. Gökhan Antalya, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 14 vd.; § 1652. Manevi zarara ilişkin objektif görüş için bkz. Rona A. Serozan, "Manevi Zarara Değişik Bir Yaklaşım", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan*, Ed.: Turhan Esener, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990, s. 67 vd., s. 82 vd.; Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 48 vd., 68 vd. Manevi tazminatın amacına ilişkin telafi görüşü, özel hukuk cezası görüşü, tatmin görüşü, önleme ve caydırma görüşü, denkleştirme görüşü ile maddi tazminatı tamamlayıcı- düzeltici sosyal denkleştirme görüşü için bkz. Arzu Genç Ardemir, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 7 vd.; Erlüle, "Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat", s. 70 vd.; Antalya, *Manevi Zarar*, s. 24 vd. Bu anlamda telafi görüşü kişilik değerlerinin ihlalden doğan manevi zararı, maddi zarar ile kurmuş olduğu paralellikle birlikte sanki bir malvarlığı zararımış gibi ele alır. Bu konuda bkz. Eren, *Borçlar Hukuku Genel hükümler*, § 2446; Çiğdem Kırca, *Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği*, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 1999, C. 25, S. 3, s. 252 vd.; Erlüle, "Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat", s. 85 vd.; Ardemir, "Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat", s. 7 vd. Bunun gibi manevi tazminatın hesaplanmasına ilişkin metotlardan iki aşamalı metotta ihlal edilen kişilik değerinden hareketle, özellikle öğretide tarafından geliştirilen tablolardan yararlanarak manevi tazminat objektif olarak belirlenir. Bu konuda bkz. Antalya, *Manevi Zarar*, s. 91 vd. Yine örnek olarak manevi zararı bir risk olarak gören manevi zarara ilişkin doğrudan veya dolaylı ekonomik analiz metotları da bunu hesaplarken emek piyasası ücreti, ortalama bir kişinin riske atfettiği değer, manevi zararı önleyici veya sınırlayıcı maliyetlerin tutarı, riskin objektif değeri (risk primi) gibi tamamen objektif ölçütlerden yararlanır. Paylaşılan açıklamalar için bkz. Kerem Cem Sanlı, *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017, s. 397 vd.

³⁷⁸ Görüldüğü üzere fırsat maliyeti yaklaşımı ile piyasa maliyeti yaklaşımlarının sonuçları arasındaki farklılık özellikle eşlerin daha önce çalışmamış olduğu (veya daha doğrusu çalışmasa bile belirli bir işe yönelik bir formasyonu olmadığı) zaman azalmaktadır.

Öte yandan velinin daha önce çalışmış olması ihtimalinde fırsat maliyeti yaklaşımının bazen eleştiriye açık sonuçlara sebebiyet verebileceği belirtilebilir. Şöyle ki burada bazen “Ev Kadını/Erkeği Paradoksu” (“*Homemaker’s Paradox*”)³⁷⁹ adı verilen bir sorunla karşılaşılabilir. Örneğin iki ayrı velinin durumunu düşünelim. Bunlardan bir tanesi kurumsal bir şirkette zamanında en üst pozisyonda çalışmış bir ebeveyn olsun. Diğer velayet hakkı sahibi ebeveyn ise daha önce bir kreşte çalışmış olsun. Her ikisinin de çocuğa bakmak için haftalık olarak aynı zaman dilimini kendilerine ayırdıklarını varsayalım. Bu durumda fırsat maliyeti yaklaşımında kreşte çalışan ve çocuk konusunda çok daha yetkin olan daha düşük ücret alırken, şirket çalışanı daha yüksek ücret alacaktır³⁸⁰. Fakat bu durumda piyasa maliyeti yaklaşımı tercih edilmiş olsaydı, her iki örnekteki ebeveynin farazi ücreti, onların daha önce yaptıkları işten bağımsız olarak, müşterek şekilde referans alınabilecek üçüncü bir kişinin ortalama ücreti esas alınarak belirlenecekti. Fırsat maliyeti yaklaşımının ilk bakışta eşitliğe aykırı görünen somut örnekteki uygulamasına yönelik objektif, makul bir gerekçesi olarak ise, şirket çalışanının çocuk bakımı nedeniyle fedakârlık yaptığı ücret miktarının çok daha fazla olması gösterilebilir. Söz konusu fedakârlık dolaylı çocuk maliyetinin tahsilinin çıkış noktası olup, söz konusu ödemede zaten çocuk adına velayet hakkı sahibine çocuğun menfaatinin korunması üzere yapılmaktadır.

3. Çocuk Sayısı ve Çocuk/Çocukların Yaşı

Çocuk bakımının değerinin belirlenmesi birden fazla faktöre bağlıdır. Bunlar arasında özellikle çocuk sayısı ve çocuk/çocukların yaşı zikredilebilir. Çocuk/lar büyüdükçe, bir taraftan doğrudan çocuk maliyetleri sıklıkla artarken³⁸¹, diğer

³⁷⁹ Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 6.

³⁸⁰ Fırsat maliyeti yaklaşımına dahil olan farklı kişilerin, aynı zaman ve emek için farklı değerlendirilmesine yönelik eleştiri için bkz. Hesse-Judt, “das Wert der Hausarbeit”, s. 170; Geiser-Widmer, “Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge”, s. 6.

³⁸¹ Yargıtay 3 Hukuk Dairesinin 7.7.2011 tarihli ve 2011/6289 esas, 2011/11963 karar sayılı kararında şu şekilde aktarılmıştır: “...iştirak nafaka artışı ÜFE oranında belirlenmişse de çocuğun yaşı büyüdüğünden ihtiyaçlar artmıştır. Çocuğun değişen ihtiyaçlara göre uygun nafakaya hükmedilmelidir...”. Buna karşılık çocuğun yaşının büyümesi ile artan ihtiyaçlarını doğrudan ÜFE oranına endeksleyen bir Yargıtay kararında (Yargıtay 3 Hukuk Dairesinin 6.10.2011 tarihli ve 2011/10112 esas, 2011/14982 karar sayılı kararı) nafaka yükümlüsünün yeni doğan çocuğun doğumu nedeniyle hayat koşulları değişmesine rağmen ÜFE oranı nazara alınmadan fazla nafaka takdirinin doğru olmadığı belirtilmiştir. Başka bir Yargıtay kararında (Yargıtay 3 Hukuk Dairesinin 13.10.2011 tarihli ve 2011/9838 esas, 2011/15395 karar sayılı kararı) ise artan enflasyon oranının iştirak nafaka artışının bir alt sınırı oluşturduğu, bir başka deyişle en azından bu oranda arttırılması gerektiğine işaret etmiştir. Bu kararlar için bkz. Özüğür, Nafaka Hukuku, s. 408 vd., 411 vd., 416 vd.

tarafından ebeveynler dolaylı çocuk maliyetlerine ilişkin olarak özel durumlar dışında çocuğun bakım ve eğitime daha az zaman ayırmaktadırlar. Bu yönde İsviçre'deki bir çalışma verisine göre bakım faaliyetinin süresi, küçük çocuklar için ayda 74 saat iken, gençler için bu süre 19 saate düşmektedir³⁸². Bu süreler ülkelere ve zamana göre değişebilmekle birlikte en azından çocuğun belli bir yaşı geçmesinden itibaren veya bir birey olarak sorumluluk üstlenmeye başladığı andan sonra³⁸³, kural olarak³⁸⁴ bakım için gereken sürenin azaldığı söylenebilir.

İsviçre uygulamasında çocuk sayısı ve buna bağlı maliyetler konusunda bazı tespitlerle, genellemelerle karşılaşabilmekteyiz. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında iki çocuk için ailenin toplam barınma masraflarının %46'sını çok yüksek bulmuştur³⁸⁵. Yine İsviçre'de farklı kantonlarda farklı mahkeme uygulamalarına da rastlanmaktadır. Örneğin Bern Bölge Mahkemesi çocuk başına %20, Vaud kantonu ise çocuk başına %15 oranı uygulamaktadır³⁸⁶.

Bu iki değer de (çocuk sayısı ve çocuk yaşı) ayrı ayrı değil, aynı Zürih tablosu metodunda olduğu gibi birbirleriyle kombinasyonu dikkate alınmalıdır. Ancak Zürih tablosundan farklı olarak gider kalemi olarak sadece doğrudan bakım ve destek maliyetleri dikkate alınmamalı, bunun yanında, yine dolaylı çocuk maliyetleri altında değerlendirilebilecek örneğin çocuğun kıyafetlerini yıkama, ödevlerine yardımcı olma gibi kalemler de buna dahil edilmelidir. Temel olarak, çocukların yaşı ne kadar küçükse ve hanede ne kadar çok çocuk yaşıyorsa, onlara bakmanın o kadar uzun sürdüğü ve buna bağlı olarak yürütülen bakım ve eğitim faaliyetlerinin parasal değerinin daha yüksek olduğu söylenebilir. Ancak belirli bir aile büyüklüğü için, çocuklar büyüdükçe değer azalmaktadır. Bu yönde ergenler giderek daha bağımsız hale gelmekte, kardeşlerine bakabilmekte ve bu durum ebeveynlerin eğitim ve bakım işlerini azaltmaktadır³⁸⁷.

³⁸² Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 7.

³⁸³ Örneğin zamansal olarak çocuk kreşe veya okula başladıktan sonra veya ödevlerini vb. faaliyetlerini kendi yapmaya başlamasından itibaren bu durum kabul edilebilir.

³⁸⁴ Örneğin özel bakım gerektiren bir hastalık vb. durumlarda aksi yönde bakım için gereken sürenin artması söz konusu olabilir.

³⁸⁵ BGer, 5A_743/2017, 22.5.2019, § 5.2.5.

³⁸⁶ BGer, 5A_874/2015, 2.3.2016, § 4.2, <http://relevancy.bger.ch>, (11.10.2022). Yine Aargau Yüksek Mahkemesi'nin çocuklar için nafaka katkı paylarının değerlendirilmesine ilişkin tavsiyelerine göre; çocukların maliyetlerinin oranı en fazla tüm çocuklar için bakan ebeveynin maliyetlerinin %50'sine kadar olabilir. Öte yandan Solothurn kantonu mahkemeleri; bir çocuk için %17, iki çocuk için %27, üç çocuk için %35 oranı uygulamaktadırlar. Söz konusu örnek uygulamalar için bkz. Aeschlimann vd., "Berechnung des Kindesunterhalts", s. 260.

³⁸⁷ Geiser-Widmer, "Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", s. 7.

Bunun yanında her bir çocuğun özel durumu ve ihtiyaçları da gözetilmelidir. Yukarıda doğrudan maliyetlere ilişkin belirtildiği gibi, dolaylı maliyetlere ilişkin birtakım tablolar ve metotlar ile elde edilen sonuçlar da standart durumu yansıtan asgari bir değer olarak kabul edilmelidir. Böylece çocuğun özel ihtiyaçları³⁸⁸ ve buna bağlı olarak velinin artan bakım ve eğitim işleriyle bu rakam artırılabilir. Yargıtay'ın bazı kararlarında ilk derece mahkemesi ile benzer şekilde her bir çocuk için belirlenecek nafaka konusunda genelleme yapılarak aynı rakama hükmedildiği³⁸⁹, diğer bazı kararlarında ise haklı olarak bunun doğru bir yaklaşım olmadığı, gerekçesi ortaya konularak her bir çocuk için ne miktarda nafakanın hesaplandığının açıkça gösterilerek hüküm tesis edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁹⁰.

³⁸⁸ Diğer hususların yanında çocuğun özel sağlık durumunun (A tipi otizm epilepsi rahatsızlığı) ve buna bağlı özel bakım gereksiniminin dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 3 Hukuk Dairesinin 04.03.2015 tarihli ve 2014/17403 esas, 2015/3510 karar sayılı kararı; İştirak nafakasının hesabında kararda belirtilen diğer hususların yanında, hastalığı sebebiyle çocuğun zarar gören dişleriyle ilgili ortodonti tedavisine başlanacağını ve buna ilişkin giderlerin dikkate alındığı ve nafaka yükümlüsünün de gelir durumuyla orantılı ilk derece mahkemesinin hakkaniyete uygun olduğu hakkında bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 38. Hukuk Dairesinin 23.12.2019 tarihli ve 2019/ 723 esas, 2019/ 1967 karar sayılı kararı, www.lexpera.com (1.09.2022).

³⁸⁹ Müşterek çocukların her biri için (kararlarda gördüğümüz kadarıyla) ayrı bir inceleme olmaksızın ortak bir rakama hükmedildiği çeşitli ilk derece mahkemesinin kararları bulunmaktadır. Söz konusu kararların bu yönünün tartışma konusu yapılmadığı, genel olarak küçüklerin yaş ve ihtiyaçları yanında gelir durumu ile orantılı olması gerektiğine işaret edilerek, sadece bunun miktarının tartışıldığı Yargıtay kararlarından bazılarını örnek olarak bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 15.02.2010 tarihli ve 2010/6903 esas, 2010/12099 karar sayılı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 08.02.2010 tarihli ve 2010/398 esas, 2010/1547 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 07.03.2014 tarihli ve 2013/20020 esas, 2014/5537 karar sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 29.05.2013 tarihli ve 2013/6463 esas, 2013/8833 karar sayılı kararı (Özğür, Nafaka Hukuku, s. 348 vd.; 378 vd., 441 vd., 447). Hatta müşterek her iki çocuğun farklı özel okul ücretleri (sırasıyla: 7439 TL ve 8994 TL) olmasına rağmen, ilk derece mahkemesince hükmedilen nafaka miktarının müşterek çocukların ihtiyacı ve tarafların gelir durumuna göre sadece düşük olduğu tespitinin yapıldığı bir karar için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 08.06.2015 tarihli ve 2015/3224 esas, 2015/10380 karar sayılı kararı (Özdemir-Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 352). Yine üç müşterek çocuktan her biri lehine ilk derece mahkemesinin 150'er TL'ye hükmetmesinin uygun olduğu yönünde bkz. Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 4.12.2020 tarihli ve 2020/2198 esas, 2020/3059 karar sayılı kararı, www.lexpera.com, (1.09.2022).

³⁹⁰ Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 07.02.2000 tarihli ve 1094 esas, 1353 karar sayılı kararı. Yine Yargıtay başka bir kararında (Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 04.03.2002 tarihli ve 1758 esas, 2818 karar sayılı kararı): "...*İştirak nafakası istenen çocuklar birden çok ise her bir çocuk için ne miktar iştirak nafakası istendiği ayrı ayrı açıklattırılarak, nafakaya da sonuçta her bir çocuk için ayrı ayrı hükmedilmelidir...*" şeklinde ifade etmektedir. (Özğür, Nafaka Hukuku, s. 482 vd.).

SONUÇ

İsviçre Hukuku'nda çocuk nafakasının farklı şekillerde, ayrımlarda yerine getirilebileceği kabul edilmektedir. İştirak nafakasına ilişkin bu ayrımların her iki ebeveynin farklı katkılarını ve çocuk menfaatlerini azami şekilde ve farklı boyutlarıyla dikkate almakta, adil ve sistematik bir anlayışı yansıtmaktadır. Bu ayrımların niteliği uygun düştüğü ölçüde Türk hukuk uygulamasında dikkate alınabilmesine TMK'nın ilgili hükümleri engel teşkil etmemektedir. Öte yandan Türk hukuk uygulamasında bazı kararlarda açıkça olmasa bile iştirak nafakasının farklı görünüşlerinin dikkate alındığı gözlemlenmektedir.

TMK ve ZGB'de nafaka hesaplama metoduna ilişkin ölçütler belirtilmiş; ancak bunun nasıl hesaplanacağı doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır. Bu bağlamda tercih edilecek iştirak nafakası hesaplama metodu nafaka hesabında öngörülebilir ve sonradan denetime elverişli bir yaklaşıma katkı sağlayacaktır. Mukayeseli bir değerlendirmede İsviçre ve Türk Medeni Hukuku'nda sorunsal düzeyin yanında ilkesel ve yasal düzlemde benzerliklerin söz konusu olduğu tespit edilmiştir. İsviçre hukuk uygulaması ve öğretisinde geliştirilen metot ve çözümler hukuk sistemleri arasındaki özgün yapısal farklılıklar gözetilerek Türk Hukuk uygulamasında da yararlanılabilecektir. Somut olarak bu metotların hangilerinin amaca en uygun çözüm bulma noktasında nasıl katkı sağlayabileceği doğrudan ve dolaylı çocuk maliyetlerinin hesaplama metotlarına ilişkin olarak makede ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Türk Hukuk uygulamasında iştirak nafakasının doğrudan çocuk maliyetlerine ilişkin nakdi nafaka bölümünün hesaplanmasında çalışmada belirtilen şartlar ve çeşitli öneriler dahilinde iki aşamalı somut metodun en azından çıkış noktası olarak esas alınması, uygulamada öngörülebilirliğin artırılmasına önemli bir katkı sağlayacaktır. Objektif esaslara dayalı bu metot TMK m. 330 f. 1'de yer alan temel ölçütleri dikkate aldığı gibi sunduğu aşamalı, sistematik yaklaşım farklı finansal gelir durumlarını ve taraf menfaatleri arasındaki dengeyi gözetmektedir. İki aşamalı somut metodu tamamlayıcı olarak, çalışmada aktarılan kapsam, şartlar ve öneriler dahilinde yararlanılabilecek diğer bazı metotlar şu şekildedir; istatistiksel harcama belirleme metodu, denklik ölçeği metodu, Sake tablosu veya Züriç Tablosu gibi bir Türkiye özelinde hazırlanacak tabloları esas alan metotlar, tek aşamalı somut nafaka metot ve soyut metot. İştirak nafakasının belirlenmesine ilişkin hukuki bir uyumsuzlukta hâkim takdir hakkı dahilinde, fiili (maddi) karineye konu bir olgu olarak genel anlamda nafaka hesaplama metotlarının sonuçlarını değerlendirecektir.

Dolaylı çocuk maliyeti hesaplamasına ilişkin olarak ise çalışmada belirtilen şartlar ve çeşitli öneriler dahilinde yaşama maliyeti metodundan yararlanılabılır. Yaşama maliyeti metodunun ilk kısmını teşkil eden genişletilmiş asgari geçim değeri ve bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımı objektif temellere dayanmaktadır. Ayrıca bu metot dolaylı çocuk maliyetlerinin niteliği ile bağdaşmakta, iştirak nafakasının farklı görünüşleri arasında bağlantı ve tutarlılığı sağlamakta olup, Türk hukuk uygulaması için önerilebilir niteliktedir. Yaşam maliyeti metodunun ikinci kısmı ise gelire, velinin çalışmasının beklenip beklenmeyeceğine, çalışma bekleniyorsa bunun oranının ne olması gerektiğine ilişkindir. Burada Türk Hukuk uygulaması yönünden çalışmada belirtilen şartlar dahilinde çıkış noktası olarak asgari bir alt yaş sınırı öngören bir yaklaşım ile bu yaşın üzerinde kullanılmak üzere aşamalı ilerleyen, objektif bir ölçüt sunan okul düzeyi modelinin birlikte uygulanması önerilmektedir. Ancak bu konuda çalışmada öngörülen hassasiyetleri karşılayan bir düzenlemenin açıkça TMK'da ihdas edilmesi hukuk güvenliğine katkı sağlayacaktır.

Yaşam maliyeti metodunun uygulanmasında velinin çalışması beklenen belirli bir çalışma oranı tespit edildikten sonra, bu oranın uygulanacağı gelirin nasıl tespit edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Burada çalışmada paylaşılan gerekçelerle mikro ekonomik teoriden biri olan fırsat maliyeti yaklaşımından faydalanılabilecektir. Yine çocuk bakımının değerinin belirlenmesi etkileyen faktörler arasında çocuk sayısı ve çocuk/çocukların yaşı da yer alır. Çalışmada belirtilen şartlar dahilinde bunlarda hesaplamada dikkate alınmalıdır. Nihayet çocuk nafakası hesaplamaya ilişkin yürütülecek incelemede çocuğun özel durumu ve ihtiyaçları göz ardı edilmemek suretiyle birtakım genellemelerden de yararlanılabileceği çalışmada belirtilmiştir.

Doğrudan maliyetler gibi dolaylı maliyetlere ilişkin de birtakım tablolar ve metotlar ile elde edilen sonuçlar, standart durumu yansıtan bir değer olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda çocuğun özel ihtiyaçları ve buna bağlı olarak velinin artan bakım ve eğitim işleriyle bu rakam arttırılabilmelidir. Her bir çocuk için ne miktarda nafaka belirlendiği gerekçeli olarak ve açıkça gösterilerek hüküm tesis edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ACABEY, Beşir Mehmet, "Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Konular", *İzmir Barosu Dergisi*, 2006, S. 4, ss. 88- 138.
- AEBI-MÜLLER, Regina E., "Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Familienrecht", *Jusletter*, 21. 01. 2019, ss. 1- 33.
- AEBI-MÜLLER, Regina E., "Familienrechtlicher Unterhalt in der neusten Rechtsprechung", *Jusletter*, 3. 5. 2021, S. 5, ss. 1- 14.
- AESCHLIMANN, Sabine vd., "Die Praxis des Familienrechts, Berechnung des Kindesunterhalts - Einige Überlegungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. 5A_311/2019", *FamPra.ch*, 2021, S. 2, ss. 281-285.
- AKINTÜRK, Turgut- ATEŞ KAHRAMAN, Derya, *Aile Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- AKYÜZ, Emine, *Çocuk hukuku: Çocukların Hakları ve Korunması*, 7. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2020.
- ALLEMANN, Hans-Martin, "Betreuungsunterhalt - Grundlagen und Bemessung", *Jusletter*, 11. Juli 2016, ss. 1- 40.
- ANTALYA, O. Gökhan- TOPUZ, Murat, *Marmara Hukuk Yorumu, Cilt I: Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ANTALYA, O. Gökhan, *Hukuk Metodolojisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ANTALYA, O. Gökhan, *Hukuk Metodolojisi Cilt: II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ANTALYA, O. Gökhan, *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ANTALYA, O. Gökhan, *Marmara Hukuk Yorumu: Cilt 5 1 1: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ARIDEMİR, Arzu Genç, *Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- ARNDT, Christine- BRÄNDLI, Gian, "Berechnung des Betreuungsunterhalts - ein Lösungsansatz aus der Praxis", *FamPra.ch*, 2017, S. 1, ss. 236-244.
- ARNDT, Christine- LANGER, Paul, "Neuere Entwicklungen im Recht des nahehelichen Unterhalts in guten finanziellen Verhältnissen", *Achte Schweizer Familienrecht&Tage: 28./29. Januar 2016 in Zürich*, Ed.: Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer, Bern, Stämpfli Verlag, 2016, ss. 177- 202.
- AYAN, Mehmet- AYAN, Nursen, *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, 2020.
- BAŞ, Seda- ÖZCAN, Nisa, "Yoksulluk Nafakasında Süre Sorununun Anayasal ve Medeni Hukuk Boyutuyla Tartışılması ve Bir Öneri Olarak Boşanma Tazminatı", *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C. 4, S. 1, ss. 328-383.

- BAYGIN, Cem- DOĞAN, Murat, “Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı”, *AÜEHFD*, 2005, C. 9, S. 1-2, ss. 379- 428.
- BAYGIN, Cem, *Soybağı Hukuku*, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, *Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung*, BBl 1996 I.
- Botschaft vom 29. November 2013 zu einer Änderung des ZGB, *Kindesunterhalt*, BBl 2014.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- BOZKURT, Fatma Duygu, “Yoksulluk Nafakasını İnsan Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Ekseninde Yeniden Düşünmek”, *İNÜHFD*, 2021, C. 12 S. 2, ss. 566-584.
- BRAUCHLI, Andreas, *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*, Schulthess Verlag, Zürich, 1982.
- BRENNER, Andreas, “Der Kindesunterhalt: Ökonomische Bewertung der verschiedenen Unterhaltsberechnungsmethoden”, *AJP*, 2012, S. 1, ss. 5-10.
- BUCHLER, Andrea- CANTIENI, Linus- SIMONI, Heidi, “Die Regeln der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda - ein Vorschlag”, *FAMPRA.CH*, 2007, S. 2, ss. 207-227.
- BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE), Steckbrief - Erhebung / Statistik, Thema: Arbeit und Erwerb, 13.12.2021.
- BURRI, Marga, *Der Betreuungsunterhalt*, Schulthess Verlag, Zürich, 2018.
- BÜCHLER, Andrea- SCHWENZER, Ingeborg, “Vorbemerkung zur Art. 125- 132”, *Fam-Komm Scheidung*, Ed.: Ingeborg Schwenzer, Roland Fankhauser, 3. Baskı, Bern, Stampfli Verlag, 2017.
- BYDLINSKI, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufgabe, Springer Verlag, Wien Newyork, 2011.
- CEYLAN, Ebru, “İştirak Nafakasının Belirlenmesiyle İlgili Seçilmiş Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2017, S. 133, ss. 299 - 324.
- CEYLAN, Ebru. “Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk”, *LHD*, 2018, C. 16, S. 190, ss. 4561-4588.
- ÇELİKEL, Serdar, *Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÇİTAK, Burçak, “Yoksulluk Nafakası”, *İÜHFM*, 2016, C. 74, S. 1, ss. 241-257.
- DAĞLIOĞLU, Duygu, “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk”, *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 2, S. 2 ss. 551- 587.

- DEĞİRMENCİ, Hakan, "Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile İlgili Vergisel Kolaylıklar", *İş ve Hayat*, 2021, S. 14, ss. 28- 41.
- DEMİR, Mecit, *Yoksulluk Nafakası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- DEMİR, Remzi, "Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine Dair Tartışmalar", *TBBD*, 2020, S. 147, ss. 221-249.
- DEMİRBAŞ, Ali, "Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası", *İMÜHFD*, 2018, C. 5, S. 2, ss. 219- 236.
- DEMİRBOĞA, Dursun Ali, *Medeni Hukuk-I*, Ed.: Metin İkizler, Özlem Tüzüner, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, ss. 257- 285.
- DOĞAN, İzzet, "Türk Medeni Kanununun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", *Public and Private International Law Bulletin*, 2015, C. 35, S. 1, ss. 59- 95.
- DURAL, Mustafa- ÖĞÜZ, Tufan- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2016.
- DURAL, Mustafa- SARI, Suat, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, 17. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2022.
- DURGUN ARSLAN, Çisil, "Karşılaştırmalı Hukuk Araştırmalarında Yöntem", *MÜHF-HAD*, 2021, S. 27, ss. 1540-1564.
- ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin, *Türk medeni kanununda yer alan velâyet hükümleri kapsamında küçüğün kişi varlığının korunması için alınacak tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ERDEM, Betül Pektaş, "Türkiye'de Hanehalkı Tasarruflarını Etkileyen Faktörler", *T.C. Kalkınma Bakanlığı, Ekonomik Modeller ve Stratejik Araştırmalar Genel Müdürlüğü*, (Uzmanlık Tezi, Yayın No: 2973), Ankara 2017.
- ERDEM, Mehmet- BAŞAK, Aslı Makaracı, *Aile Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ERLÜLE, Fulya, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ERSÖZ, Oğuz, "Yoksulluk Nafakasının Sona Ermesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, S. 12, ss. 463-509.
- FANKHAUSER, Roland, "Der Betreuungsunterhalt- Zur Spurensuche und -deutung anhand von Materialien, Das Zivilrecht und seine Durchsetzung", *Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm*, Ed.: Roland Fankhauser vd., Zürich, Schulthess Verlag, 2016, ss. 793-806.
- FORSTMOSER, Peter- VOGT, Hans Ueli, *Einführung in das Recht*, 5. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2012.

- FREI, Alexander vd., "Irrgarten Unterhaltsrecht", *Anwaltsrevue*, 2018, S. 4, ss. 151-159.
- FREIVOGEL, Elisabeth, "Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung", *FamPra.ch*, 2012, S. 3, ss. 627- 656.
- FREIVOGEL, Elisabeth, "Nachehelicher Unterhalt- Verwandtenunterstützung- Sozialhilfe Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen", *FamPra.ch*, 2007, S. 3, ss. 497- 525.
- GABATHULER, Thomas, "Unterhaltsrecht: Kinderbetreuung", *Plädoyer*, 2016, S. 5, ss. 32-37.
- GEISER, Thomas- WIDMER, Rolf, "Ein Vorschlag zur Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge", *AJP*, 2000, S. 3, ss. 3-17.
- GEISER, Thomas, "Übersicht über die Revision des Kindesunterhaltsrechts: Rechtspolitische Überlegungen zur Reform vom 20. März 2015", *AJP*, 2016, S. 10, ss. 1279-1289.
- GEMALMAZ, Burak, *Mülkiyet Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 6, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ankara, 2018.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, *Nafaka Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- GLOOR Urs- SPYCHER Annette, *Basler Kommentar ZGB I*, Ed.: Thomas Geiser vd., 5. Baskı, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2016, ZGB Art. 1-456.
- GLOOR, Urs- GRÜTTER, Myriam, "Nachehelicher Unterhalt und Kindesunterhalt bei günstigen Verhältnissen", *Sechste Schweizer Familienrechtstage*, Ed.: Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer, Bern, Stämpfli Verlag, 2012, ss. 65-84.
- HARTMANN, Stephan, "Betreuungsunterhalt - Überlegungen zur Methode der Unterhaltsbemessung", *ZBJV*, 2017, S. 153, ss. 85- 115.
- HATEMİ, Hüseyin, *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul, 2021.
- HAUSHEER, Heiz, "Weitere Rechtsprechung zum neuen Betreuungsunterhalt", *FamRZ*, 2019, S. 18, ss. 1513- 1515.
- HAUSHEER, Heiz.- SPYCHER, Annette, *Handbuch des Unterhaltsrechts*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2010.
- HEGNAUER, Cyril, *Berner Kommentar*, 2. Teilband, 1. Unterteilband, Art. 270-295 ZGB, Stämpfli Verlag, 1997.
- HESSE, Klaus- JUDT, Antje, "Das Wert der Hausarbeit", *Haushalte an der Schwelle zum nächsten Jahrtausend*, Ed.: Thomas Preuß, Ulrich Oltersdorf, Frankfurt-New York, Campus Verlag, 1996, ss. 156- 192.
- HOFMANN, Roland- MORDASINI, Claudia M., "Nachehelicher Unterhalt in sehr guten Verhältnissen", *Neunte Schweizer Familienrechtstage: 18./19. Januar 2018 in Basel*, Ed.: Andrea Büchler, Ingeborg Schwenzer, Bern, Stämpfli Verlag, 2018, ss. 183- 204.
- HONSELL, Heinrich- Vogt, N. Peter- GEISER, Thomas, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3. Baskı, Helbing&Lichtenhahn Verlag, Basel-Genf-München, 2006.

- HUBER, Eugen, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, Band I, Böhler & Company, Bern, 1914.
- INSTITUT FÜR SOZIALFORSCHUNG UND GESELLSCHAFTSPOLITIK (ISG), “Aufwendungen für den Lebensunterhalt von Kindern. Möglichkeiten zur personenbezogenen Aufteilung der Verbrauchsaufwendungen im Rahmen der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS)”, *Unterlagen zur Fachtagung*, Bonn, 1995.
- İLKAY, Engin Baki, “Ergin Çocuk Nafakası”, *Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları*, Cilt II Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 3-34.
- JUNGO, Alexandra- AEBI- MÜLLER, Regina E.- SCHWEIGHAUSER, Jonas, “der Betreuungsunterhalt, das Konzept - die Betreuungskosten - die Unterhaltsberechnung, in: *FamPra.ch*, 2017, S. 1, ss. 163- 197.
- JÜRGEN, Soyka, *Prütting-Wegen-Weinreich, BGB Kommentar*, Ed.: Hanns Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, 5. Baskı, Köln, Luchterhand Verlag, 2008, §§ 1601 - 1615.
- KAPLAN GÜLER, Beyhan, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*, Sümer Kitapevi, İstanbul, 2014.
- KAPLAN, İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- KARACA ÇETİN, Hatice, *Medeni Hukuk-I*, Ed.: Metin İkizler, Özlem Tüzüner, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, ss. s. 37- 91.
- KARAOSMANOĞLU, Dila Okyar, “Yargıtay Kararları Işığında Yoksulluk Nafakası Ödeme Yükümlülüğünün Şartları ve Ortadan Kalkması”, *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 15, S. 2, ss. 421- 434.
- KELLER, André, “Gesetzliche Verankerung der Dreijahresregel nach deutschem Vorbild de lege ferenda auch in der Schweiz”, *FamPra.ch*, 2014, S. 3, ss. 558-583.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- KIRCA, Çiğdem, “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, *Yargıtay Dergisi*, Temmuz 1999, C. 25, S. 3, ss. 242- 270.
- KOCABAŞ, Gediz, “Evlilik Sonrası Dayanışma İlkesi ve Bu İlkenin Sınırı Olarak Clean Break İlkesi Doğrultusunda Yoksulluk Nafakasını Belirleyici Ölçütler”, *MÜHFAD*, 2013, C. 19, S. 1, ss. 357-392.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem, Sözleşme, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I*, Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan /Arpacı, 7. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2017.
- KÖSEOĞLU, Bilal- KOCAAĞA, Köksal, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2011.

- KULAKLI, Emrah, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasının Süresi Bağlamında Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 5, S. 2, ss. 237- 268.
- KURŞAT, Zekeriya, “Anayasa Mahkemesinin Anlaşmalı Boşanma ve Yoksulluk Nafakasına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, Ed.: Tufan Öğüz, İlhan Helvacı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- LANGHEINE, Jens, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII*, Ed.: Franz Jürgen Säcker vd., 8. Baskı, München, Beck Verlag, 2020, BGB § 1612a, N. 1- 71.
- MAIER, Phillipp, “Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO”, *FamPra.ch*, 2014, S. 2, ss. 302- 343.
- MENNE, Martin, “Der Betreuungsunterhalt im Rechtsvergleich: ein Blick auf die Entwicklung des Betreuungsunterhalts in der Schweiz, in Österreich und in Deutschland”, *FamPra.ch*, 2017, S. 4, ss. 1021-1056.
- MICHEL, Margot- LUDWIG, Claudio, *Kurzkommentar ZGB*, Ed.: Andrea Büchler, Dominique, Jakob, 2. Baskı, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, Art. 276-287a.
- OĞUZMAN, M. Kemal-SELİÇİ, Özer-OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, Kemal- BARLAS, Nami, *Medeni Hukuk*, 28. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- OĞUZTÜRK, Burcu, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, *Public and Private International Law Bulletin*, 2015, C. 35, S. 1, ss. 29-46.
- OKUR, Sinan, *Borçlar Hukuku Pratik Çalışması Çözüm Metodu ve Örnek Çözümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- OKUR, Sinan, *Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınları, Ankara 2021.
- ÖZDEMİR, Hayrünnisa - RUHİ, Ahmet Cemal, *Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÖZTAN, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan kitabevi, Ankara 2015.
- ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, *Nafaka Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- PEKCANITEZ, Hakan- ATALAY, Oğuz- ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- RUHİ, Ahmet Cemal- RUHİ, Canan, *Nafaka Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

- RUHİ, Ahmet Cemal, **Yargıtay İçtihatlarıyla Nafaka Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- RUMO JUNGO, Alexandra- HOTZ, Sandra: "Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts: ein erster Schritt", **FAMPRA.CH**, 2013, S. 1, ss. 1-32.
- RUMO JUNGO, Alexandra, "Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern", **recht**, 2008, S. 1, ss. 27-39.
- SANLI, Kerem Cem, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2017.
- SCHAETZLE, Marc- WEBER, Stephan, **Kapitalisieren: Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln**, Schulthess Verlag, Zürich, 2001.
- SCHÄFER, Dieter- SCHWARZ, Nobert, "Wert der Haushaltsproduktion", **Wirtschaft und Statistik**, 1994, C. 8, ss. 597-612.
- SCHÄFER, Dieter, "Haushaltsproduktion in gesamtwirtschaftlicher Betrachtung", **Wirtschaft und Statistik**, 1988, C. 5, ss. 309-318.
- SCHLUEP, Walter R., **Einladung zur Rechtstheorie**, Nomos Verlag, Bern, 2006.
- SCHWEIGHAUSER, Jonas- BÄHLER, Daniel, "Betreuungsunterhalt- Berechnungsmethoden und andere Fragen", Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen, **9. Symposium zum Familienrecht 2017**, Ed.: Alexander Jungo, Christiana Fountailakis, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Verlag, 2018, ss. 161-196.
- SCHWEIGHAUSER, Jonas, "Allgemeine Bemerkungen zu Art. 285-285a", **FamKomm Scheidung**, Ed.: Ingebor Schwenzer, Roland Fankhauser, Bern, 3. Baskı, Stampfli Verlag, 2017.
- SCHWIZER, Angelo, "BGer 5A_311/2019: Praxisänderung bzw. -vereinheitlichung beim Kindesunterhalt (zweistufige Methode)", **AJP**, 2021, S. 2, ss. 234- 243.
- SEILER, Hansjörg, **Einführung in das Recht**, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich- Basel-Genf, 2009.
- SEROZAN, Rona A., "Manevi Zarara Değişik Bir Yaklaşım", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ed.: Turhan Esener, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990, ss. 67- 101.
- SEROZAN, Rona A., **Çocuk Hukuku**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- SEROZAN, Rona A., **Hukukta Yöntem**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- SIRMA, Özgecan, **Yoksulluk ve İştirak Nafakası**, Platon Hukuk, İstanbul, 2020.
- SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- SPYCHER, Annette- BAUER, Tobias- BAUMANN Beat, **Die Schweiz und ihre Kinder. Private Kosten und staatliche Unterstützungsleistungen**, Schlussbericht NFP 29, Rügger Verlag, Zürich, 1995.
- SPYCHER, Annette, "Betreuungsunterhalt", **FamPra.ch**, 2017, S. 1, ss. 198-235.

- SPYCHER, Annette, “Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen - heute und demnächst”, *FamPra.ch*, 2016, S. 1, ss. 1- 34.
- STOLL, Diego, “Entscheidbesprechung: Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 11. November 2020 i.S. A. gegen B. - 5A_311/2019”, *FamPra.ch*, 2021, S. 1, ss. 200- 230.
- ŞAHİN, Mustafa, “Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları (TMK m. 175 - ZGB m. 125)”, *AHBVÜ-HFD*, 2017, C. 21, S. 3, ss. 75-108.
- ŞIPKA, Şükran, “Yoksulluk Nafakasının Süresine Eleştirel Bir Yaklaşım” *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı*, Ed.: Yasemin Güllüoğlu Altun, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, ss. 15-20.
- TOSUN, Yalçın “Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakasının ve Doğurduğu Hukuki Sorunların İncelenmesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 10, S. 129- 130, ss. 129-130.
- TUNA Sıla, “Boşanmanın Mali Sonuçlarından İştirak ve Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2015, C. 89, S. 3, ss. 291-303.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- TÜRKMEN, Ahmet, “Eğitim Nafakası (TMK m. 328/II)”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, Haziran 2013, S. 8 (Özel), ss. 2707-2764.
- UZUN, Mine, *Yargıtay Kararları Kapsamında Yoksulluk Nafakası*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- UZUN, Tuba Birinci, “Eğitime Devam Eden Ergin Çocuğa Ödenen Nafakanın Bazı Yargıtay Kararlarında Yardım Nafakası Olarak Nitelendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 20, S. 2, ss. 89-125.
- YAĞCI, Kürşad, “Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu”, *İÜHFİM*, 2018, C. 76, S. 1, ss. 323-358.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, “İsviçre Hukukunda Çocuk Nafakasına İlişkin Öntasarıdaki Önemli Yenilikler”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 15, S. 1, ss. 107-135.
- YASİN, Işık, “Alman Hukuku’nda İştirak (Hısımlık) Nafakası ve Düsseldorf cetveli”, *Türkiye Adalet Akademisi: Akademik Kürsü*, 2021, S. 13, ss. 62- 65.
- YILDIRIM, Abdülkadir, “Yoksulluk Nafakası ve Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2016, C. 14, S. 157, ss. 59-88.
- YILDIRIM, M. Kâmil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.
- YİĞİT, Elif, “Yoksulluk Nafakası”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2022, C. 5, S. 1, ss. 1-37.

ZEVKLİLER, Aydın- ACABEY, M. Beşir- GÖKYAYLA, K. Emre, **Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

Elektronik Kaynaklar

SPYCHER, Annette- BÄHLER, Daniel- MAJID, Nadja, Kommentar Unterhaltsberechnung, Aktualisierung Kommentar, Stand Rechtsprechung und Literatur sowie Tabellen, **Kommentar-Unterhaltsberechnung**, Juni 2022, <https://berechnungsblaetter.ch/wp-content/uploads/2022/09/Kommentar-Unterhaltsberechnung-2022-09-15.pdf> (29.08.2022).

Kanton Zürich Bildungsdirektion Amt für Jugend und Berufsberatung, Zürcher Kinderkosten-Tabelle vom 1. Januar 2023, https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/familie/sorgerecht-unterhalt/kinderkosten_2022.pdf, (10.01.2023).

TÜİK, Haber Bülteni, **Kurumsal Sektör Hesapları 2021**, 2022, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Kurumsal-Sektor-Hesaplari-2021-45684#:~:text=Gayrisafi%20hanehalk%C4%B1%20tasarruf%20oran%C4%B1%202021,y%C4%B1%C4%B1nda%20%11%20oldu.> (10.11. 2022).

Türkiye İstatistik Kurumu, “Gelir, Yaşam, Tüketim ve Yoksulluk”, İstatistik Veri Portalı, <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Gelir,-Yasam,-Tuketim-ve-Yoksulluk-107> (11.11.2022).

1.1.2023 tarihli güncel Düsseldorf Tablosu için bkz. https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/Tabelle-2022/Duesseldorfer-Tabelle-2022.pdf, (08.01.2022).

<https://sozluk.gov.tr/>, (5.07.2022).

https://www.kararara.com, (5.07.2022).

<https://piyasaehberi.org/sozluk/olcekekonomileri#:~:text=Bir%20%C3%BCretim%20yada%20hizmetin,d%C3%BC%C5%9F%C3%BCk%20maliyetler%20ile%20%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fmas%C4%B1%20beklenmelidir>, (20.10.2022).

<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html>, (03.09.2022).

www.mevzuat.gov.tr, (12.08.2022).

<https://www.lexpera.com.tr>, (10.08.2022).

<https://legalbank.net>, (06.06.2022).

www.swisslex.ch, (06.08.2022).

<http://relevancy.bger.ch>, (06.08.2022).

<https://www.admin.ch>, (20.10.2022).

<https://abapsikoloji.com/krese-baslama-yasi-kac-olmeli/>

<https://www.bebek.com/cocuklar-icin-krese-baslama-yasi-ne-olmalidir/> (26.11.2022).

GAYRİMENKUL SERTİFİKALARINDA ASLİ EDİMİN GECİKMESİNDEN YA DA YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK^(*)

Dr. Öğr. Üyesi Özge BÖLÜKBAŞI^(**)

Öz

Ülkemizde konut yatırımlarının artması ve sektörde alım gücüne destek sağlanması amacıyla “*gayrimenkul sertifikaları*” ihraç edilmektedir. Böylece, bireylerin konut sahibi olmaları sağlanmakta; bir konut alabilecek kadar yatırıma sahip olmayan, fakat bu yatırımlara ortak olmak isteyenlere de piyasalarda alternatif bir finans aracı sunulmaktadır. Günümüzde konut fiyatlarının fahiş bir şekilde arttığını düşünürsek; gayrimenkul sertifikaları, cazip bir yatırım aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna rağmen sertifikalar ülkemizde yeterince ilgi görmemektedir. Cazibesi yıllar geçtikçe artacağını düşündüğüm bu sertifikaların ülkemize tanıtılması ve olası sorunlara çözüm önerileriyle birlikte sunulması gerekir. Özellikle nakit sıkıntısı ya da depremler gibi sık karşılaşılan sorunlardan dolayı projenin gecikmesi veya gerçekleşmemesi ihtimalinde, kim/kimlerin, hangi hükümlere göre sorumlu olacağı iyi bilinmelidir. Bu nedenle çalışmamızda bir yandan gayrimenkul sertifikalarını kısaca tanıtmak, sertifikaların yasal sınırlarını ve edimlerini belirlemek; diğer yandan ise, asli edim borcunun yerine getirilmemesi ya da gecikmesi halinde hukuki sorumluluğu ve cezai şart sorumluluğunu ortaya koymak amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Gayrimenkul Sertifikası, Asli/Tali Edim, Temerrüt, Cezai Şart.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.03.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 06.05.2023.

Atıf Şekli: Özge Bölükbaşı, “Gayrimenkul Sertifikalarında Asli Edimin Gecikmesinden ya da Yerine Getirilmemesinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 819-844.

DOI: 10.52273/sduhfd..1265790.

^(**) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Erzincan, Türkiye.

E-posta: obolukbasi@erzincan.edu.tr.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6382-1437>.

LEGAL LIABILITY ARISING FROM DELAY OR NON-PERFORMANCE OF PRIMARY PERFORMANCE IN REAL ESTATE CERTIFICATES

Abstract

In our country, “real estate certificates” are issued in order to increase housing investments and to support purchasing power in the sector. Thus, individuals are provided with housing; An alternative financial instrument is offered in the markets for those who do not have enough investment to buy a house, but want to be a partner in these investments. Considering that housing prices have increased exorbitantly today; In fact, real estate certificates appear as an attractive investment tool. Despite this, certificates do not attract enough attention in our country. These certificates, which I think will increase in attraction over the years, should be introduced to our country and presented with solutions to possible problems. Especially in case of delay or non-realization of the project due to frequently encountered problems such as cash shortages or earthquakes, it should be well known who/who will be responsible according to what provisions. For this reason, in our work, on the one hand, to briefly introduce real estate certificates, to determine the legal limits and actions of certificates; On the other hand, it is aimed to reveal the legal responsibility and penal liability in case the main performance debt is not fulfilled or delayed.

Keywords

Real Estate Certificate, Primary/ Secondary Performance, Default, Penal Clause.

GİRİŞ

Gayrimenkul sertifikaları, emlak piyasasının hareketlenmesi, gayrimenkul finansman yöntemlerinin geliştirilmesi ve yatırımcıların sermaye piyasası araçlarından faiz olmaksızın faydalanması gibi amaçlarla düzenlenen bir yatırım aracıdır¹. Gayrimenkul sertifikasının, bağımsız bölümlerin değerini eşit birimlere ayırarak ihraç edilmesi, dar bütçeli ailelerin konut sahibi olabilmesi ya da yatırımcıların tedavüle çıkan sertifikaların değer artışından faydalanabilmesi bakımından önemli bir fırsattır². Böylece, büyük-küçük her yatırımcı hem ev sahibi olabilmekte hem de meşhur inşaat projelerine yatırım yapabilmektedir³. Bu yatırımlar, aynı zamanda yüksek meblağlı projelere de finansman sağlamaktadır⁴.

Gayrimenkul sertifikaları ilk defa, “konut sertifikası” ismi ile Başbakanlık Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi (TOKİ) aracılığıyla 1989 yılında piyasalarda yerini

¹ İbrahim Sırma, “Gayrimenkul Sertifikalarının İhracında Yatırımcıların Korunması”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, C. 10, S. 18, 2018, s. 127; Mehmet Ersoy-Zehra Zeynep Gümrükçüoğlu, “Bir Sermaye Piyasası Aracı Olarak Gayrimenkul Sertifikası: Park Maveria III Projesi Üzerine Bir İnceleme”, *Yorum-Yönetim-Yöntem Uluslararası Yönetim-Ekonomi ve Felsefe Dergisi*, C. 5, S. 2, 2017, s. 43; Lale Heper Baran, Türkiye’de Gayrimenkul Finansmanı Yönünden Gayrimenkul Sertifikaları, *Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü*, Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020, s. 86; Çetin Ali Dönmez, “An Innovative Capital Markets Instrument: Real Estate Certificates”, *Açık Medeniyet Dergisi*, C. 1, S. 10, 2017, s. 1, <https://hdl.handle.net/20.500.12154/178>, (17.03.2022); Umut Gün, “Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Kavram: Gayrimenkul Sertifikaları”, s. 4. https://www.academia.edu/43076388/SERMAYE_PİYASASI_HUKUKUNDA_YENİ_KAVRAM_GAYRİMENKUL_SERTİFİKALARI, (05.05.2023).

² Kemal Oğuzman, “Özel Sektörde Gayrimenkul Sertifikası Sistemi Kurulması”, *Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul 1995, s. 300; Nevzat Aypek, “Konut Finansman ve Yatırım Aracı Olarak Konut Kooperatifleri”, *Karınca Kooperatifçilik Postası*, S. 903, Y. 77, İstanbul 2012, s. 4; Meltem Kutlu Gürsel, *İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 240; Dönmez, 2017, s. 1; Baran, 2020, s. 87; Abdulkadir Köroğlu, “Gayrimenkul Sertifikası Modeli ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Gazi İktisat ve İşletme Dergisi*, C. 2, S. 1, 2016, s. 29.

³ David Miltz- Jean-Yves De Vel- Thibaud Dedier, “Valuation of Real Estate Certificates”, *Journal of Property Valuation & Investment*, C. 11, S. 4, 1992, s. 317; Köroğlu, 2016, s. 28; Baran, 2020, s. 87.

⁴ Dönmez’e göre, bu özellikleriyle gayrimenkul sertifikaları islami hassasiyetlere de cevap vermektedir (Dönmez, 2017, s. 1). Ayrıca bkz. İpek Nacar, Gayrimenkule Dayalı Sermaye Piyasası Araçları: Gayrimenkul Sertifikası ve Uygulanabilirliği, *Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Genel İşletmecilik Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 16; Köroğlu, 2016, s. 27; Baran, 2020, s. 85; Burçay Akçalı- Ebubekir Mollaahmetoğlu, “Gayrimenkul Sertifikası Modeli: Toda-Yamamoto Nedensellik Yaklaşımı ile Analizi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi/ Journal of Management and Economics Research*, C. 16, S. 4, 2018, s. 291; Ersoy-Gümrükçüoğlu, 2017, s. 44; Gün, s. 5.

almıştır⁵. Ancak sertifikalara yeterince rağbet gösterilmemiş ve bu nedenle “konut sertifikası” yerini, 1995 tarihinde yayınlanan “Gayrimenkul Sertifikalarının Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliği” ile “Gayrimenkul Sertifikası” olarak isimlendirilen, yeni bir konut edinme sertifikasına bırakmıştır⁶. Böylece “gayrimenkul sertifikası” kavramı, hukukumuzda ilk kez 1995 tarihinde düzenlenmiştir.

1995 tarihli Tebliğ’in ardından, son olarak 2013 yılında “Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği (VII-128.2)” yayınlanmıştır⁷. Bu tebliğ, defalarca kez revize edilerek günümüzdeki halini almıştır. Gayrimenkul sertifikası kavramının kanuni bir kavram olarak düzenlenmesi ise, 2017 yılında, Sermaye Piyasası Kanunu’na (SPK’ya) eklenen 61/A maddesiyle gerçekleşmiştir⁸.

I. GAYRİMENKUL SERTİFİKASININ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Gayrimenkul sertifikası, ilk kez düzenlendiği 1995 tarihli Gayrimenkul Sertifikalarının Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliği’nde, “*ihraççıların bedellerini inşa edilecek veya edilmekte olan gayrimenkul projelerinin finansmanında kullanılmak üzere ihraç ettikleri, nominal değeri eşit kanunda bulunan belirli nitelikleri haiz hamiline yazılı menkul kıymet*” olarak tanımlanmıştır⁹. 2013 tarihli

⁵ 15 Ekim 1989 tarihinde konut finansmanı bakımından yeni bir kaynak oluşturması amacıyla düzenlenen ilk konut sertifikaları, İstanbul Halkalı Toplu Konut Sertifikaları ismi ile ihraç edilmiştir. Bu sertifikalar, brüt 1 m²’lik konutun satışına eşdeğer olarak toplamda 250.000 m²’lik bir alan için ihraç edilmiştir. Ancak, bu finansman aracı başarılı olamamıştır. Zira, konut sertifikaları ihraçtan itibaren birikim yapabilmek için 5 yıl gibi bir süreyle kısıtlanmış ve bu süre ancak üst gelir grubuna hitap edebilmiştir. Bu sebeple konut sertifikalarının bir daha ihracı söz konusu olmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Bahadır Teker, *Sermaye Piyasası Araçları Yoluyla Gayrimenkul Finansmanı ve Yatırımı*, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1996, s. 94; Köroğlu, 2016, s. 29; Eymen Çağatay Bilge, “A Real Estate Development Model for Turkey: Real Estate Certificates and Integrated Project Delivery”, *Property Management*, C. 39, S. 3, 2021, s. 366; Gün, s. 5; Sırma, 2018, s. 127; Baran, 2020, s. 85.

⁶ R.G. T. 20.07.1995, S. 22349.

⁷ R.G. T. 05.07.2013, S. 28698. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erdal Yılmaz- Cemal Altınkeser, “Konut Finansmanında Yeni Bir Finansal Araç Olarak Gayrimenkul Sertifikaları ve Muhasebeleştirilmesi”, *İşletme Araştırmaları Dergisi*, C. 10, S. 4, 2018, s. 503; Akçalı- Mollaahmetoğlu, 2018, s. 290; Ersoy-Gümrükçüoğlu, 2017, s. 45; Köroğlu, 2016, s. 31; Gün, s. 5.

⁸ Gayrimenkul Sertifikası, 29.04.2017 tarihli ve 30052 sayılı Resmi Gazete ‘de yayınlanan “*Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirlerin Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin*” 66. maddesiyle, Sermaye Piyasası Kanunu’na (SPK’ya) eklenen 61/A maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

⁹ Ayşe Sumer, *Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat*, B. 3, Alfa Yayınevi, İstanbul 2002, s. 47; Berna Taner- G. Cenk Akkaya, *Sermaye Piyasası Faaliyet Alanı ve Menkul Kıymetler*, Detay Yayıncılık, Ankara 2009, s. 156; Vural Günal, *Sermaye Piyasası Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 224.

Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği'nin "*Tanımlar ve Kısaltmalar*" başlıklı 3. maddesinde ise, gayrimenkul sertifikası, "*ihraççıların inşa edilecek veya edilmekte olan gayrimenkul projelerinin finansmanında kullanılmak üzere ihraç ettikleri, gayrimenkul projesinin belirli bağımsız bölümlerini veya bağımsız bölümlerinin belirli bir alan birimini temsil eden nominal değeri eşit menkul kıymet*" şeklinde ifade edilmiştir. Her iki tebliğde de gayrimenkul sertifikalarının *nominal değeri eşit menkul kıymet* niteliği vurgulanmıştır¹⁰. Ancak 2016 yılında Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği'nin "*Tanımlar ve Kısaltmalar*" başlıklı 3. maddesi revize edildiğinde, gayrimenkul sertifikasının tanımı yapılırken, "*menkul kıymet*" ifadesi yerine "*sermaye piyasası aracı*" ifadesi tercih edilmiştir. Aynı ifadeye, 2017 yılında SPK'ya eklenen 61/A maddesinde de yer verilmiştir. Hükme göre gayrimenkul sertifikaları, "*ihraççıların inşa edilecek veya edilmekte olan gayrimenkul projelerinin finansmanında kullanılmak üzere ihraç ettikleri, gayrimenkul projesinin belirli bağımsız bölümlerini veya bağımsız bölümlerinin belirli bir alan birimini temsil eden nominal değeri eşit sermaye piyasası aracı*" olarak tanımlanmaktadır.

Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği m. 3 ve SPK m. 61/A hükümlerinde, "*menkul kıymet*" ifadesi yerine, "*sermaye piyasası aracı*" ifadesinin kullanılması, sertifikaların hukuki niteliğinin tespitini zorlaştırmıştır. Bu konuda bir sonuca varabilmek için öncelikle "*menkul kıymet*" ve "*sermaye piyasası araçları*" kavramlarının izahına ihtiyaç vardır. Çalışmamızın konusunu oluşturmadığından, söz konusu kavramların izahı ve Sermaye Piyasası Hukuku bakımından sertifikaların hukuki niteliğine kısaca değinmekle yetinilecektir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPK'da) ne sermaye piyasası araçları kavramının ne de menkul kıymetin tanımı yapılmıştır. Öğretide ise, "*sermaye piyasası aracı*", sermaye piyasasında işleme konu olan ve koşulları sermaye piyasası kuralları ile belirlenen araçlar olarak tanımlanmaktadır¹¹. SPK'da da sermaye piyasası aracı kavramı, sermaye piyasasında işlem gören araçları kapsayan bir

¹⁰ Ayrıca bkz. Oğuz Kürşat Ünal, "Gayrimenkul Sertifikaları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, 2005, s. 2, https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/9_1.pdf, (25.03.2022); Miltz -De Vel-Dedier, 1992, s. 315; Ahmet Gökgöz- Ahmet Selçuk Dizkırıcı, "Türkiye'de Gayrimenkul Sertifikaları ve Muhasebe Uygulamaları", *Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies*, C. 4, S. 1, 2018, s. 168; Köroğlu, 2016, s. 31; Akçalı-Mollaahmetoğlu, 2018, s. 290; Baran, 2020, s. 86; Gün, s. 7.

¹¹ Burak Adıgüzel, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 123; Burçak Yıldız, *Sermaye Piyasası Hukukunda -Genel Yatırım Tavsiyesi Sunma Faaliyeti ve Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti Kapsamında- Yatırım Tavsiyeleri*, Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst., Ankara 2015, s. 29; Aysel Gündoğdu, *Sermaye Piyasası Hukuku*, B. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 23; Kutlu Gürsel, 2016, s. 240.

üst kavram olarak benimsenmiş ve “menkul kıymet”, dört tür sermaye piyasası aracından biri olarak sayılmıştır¹² (SPK m. 3/ş).

Menkul kıymet, en çok işlem gören önemli bir sermaye piyasası aracıdır¹³. Kanunda tanımlanmasa da doktrine göre menkul kıymet, dönemsel gelir getirmesi sebebiyle kişilerin yatırım amacıyla edindiği ve ona ortaklık veya alacak hakkı sağlayan, misli nitelikte, koşulları SPK tarafından belirlenen ve sabit bir meblağı temsilen seri halinde çıkarılan kıymetli evraktır¹⁴. Tüm bu özellikler dikkate alındığında, gayrimenkul sertifikalarının menkul kıymet olarak nitelendirilmesine bizce hukuken bir engel bulunmamaktadır. Menkul kıymetin özellikleri bakımından incelendiğinde; gayrimenkul sertifikaları da sahibine gayrimenkulü veya değerini talep edebilme hakkı bakımından bir “alacak hakkı”, değerini borsada tasarruf edebilme imkanı bakımından ise “dönemsel gelir getiren bir yatırım aracı olma” özelliğini taşımaktadır¹⁵. Sertifikaların nominal değeri eşit birimlere bölünerek ihraç edilmesi sebebiyle misli nitelikte olduğu ve sabit bir meblağı temsil ettiği de söylenebilir¹⁶.

Sözleşmeler hukuku açısından da gayrimenkul sertifikalarının hukuki niteliğinin tespiti çok kolay değildir. Zira sertifikalar, karışık bir yapıya sahiptir. Sözleşmeler genel olarak; edimler arasındaki ilişkiye, hukuki sonuçlarına, sürelerine, ivazlı olup olmamalarına, kanunda düzenlenip düzenlenmediklerine ya da amaçlarına göre sınıflandırılmaktadır¹⁷. Bu sınıflandırmaya göre, gayrimenkul

¹² Tekin Memiş- Gökçen Turan, *Sermaye Piyasası Hukuku*, B. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 55; Yıldız, 2015, s. 29; Gündoğdu, 2018, s. 23; Kutlu Gürsel, 2016, s. 241.

¹³ Adıgüzel, 2017, s. 123; Memiş-Turan, 2016, s. 56; Kutlu Gürsel, 2016, s. 241. Aynı şekilde nelerin menkul kıymet olabileceği de Kanun’da sayılmıştır. Buna göre; “para, çek, poliçe ve bono hariç olmak üzere; paylar, pay benzeri diğer kıymetler ile söz konusu paylara ilişkin depo sertifikaları ve borçlanma araçları veya menkul kıymetleştirilmiş varlık ve gelirlere dayalı borçlanma araçları ile söz konusu kıymetlere ilişkin depo sertifikaları” menkul kıymet olarak nitelendirilmiştir (SPK m. 3/o).

¹⁴ Sumer, 2002, s. 16, 17; Taner-Akkaya, 2009, s. 119, 120; Günal, 2007, s. 215; Memiş- Turan, 2016, s. 56.

¹⁵ Günal, gayrimenkul sertifikalarını, alacaklılık hakkı sağlayan menkul kıymetler arasında saymıştır. Bkz. Günal, 2007, s. 219 vd.

¹⁶ Adıgüzel, 2017, s. 128; Mesut Kaya, *Gayrimenkul Sertifikaları ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 15-17.

¹⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, B. 2, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 15 vd.; Aydın Zevkliler- Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, B. 13, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 1; Murat Aydoğdu- Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri*, Adalet Yayınevi, B. 2, Ankara 2014, s. 3; Borçlar Kanunu’nda düzenlenen sözleşmeler bakımından ise sözleşmelerin tasnifi şu şekilde yapılmaktadır: “Temlik borcu doğuran sözleşme-

sertifikasının, iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı, ani ve içerdiği edimlerin ifası bakımından şekle tabi bir sözleşme olduğu söylenebilir¹⁸. Nitekim, gayrimenkul sertifikasında yatırımcı, sertifika biriktirme ve yeterli miktarda sertifikayı ihraççıya teslim etme edimlerini, ihraççı ise karşılığında talep edilen bağımsız bölümü veya bu bölümün satış değerini yatırımcıya devretme edimlerini borçlanmaktadır¹⁹. Gayrimenkul sertifikasının, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer alması ve tüm esaslı unsurların Gayrimenkul Sertifikası Tebliği'nde düzenlenmesi de onun isimli bir sözleşme olduğunu göstermektedir²⁰.

Gayrimenkul sertifikalarının, amaçlarına göre sözleşmeler arasındaki yerinin tespiti ise, sertifikada yer alan edimler dikkate alındığında, diğer sınıflandırmalara göre daha zordur. Zira yatırımcı ile ihraççı arasındaki ilişki, basit bir alım-satım ilişkisinden farklıdır. Bu ilişki, mülkiyetin devri bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK'da) yer alan gayrimenkul satış sözleşmesinin özelliklerini taşıdığı gibi, bağımsız bölümü başkasına devredip satış bedelinin yatırımcıya devri bakımından da iş görme borcu doğuran sözleşmelerden, vekalet sözleşmesine ilişkin özellikleri taşıdığı söylenebilir²¹. Böylece kanunda düzenlenmiş iki farklı sözleşmeye ait asli edimin üstlenilmesi söz konusu olur²². Bu nedenle gayrimenkul sertifikasındaki hukuki ilişkinin karma sözleşme çeşitlerinden, birleşik tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür²³.

*ler, kullandırma sözleşmeleri, iş görme akitleri, muhafaza akitleri, teminat sözleşmeleri, sonuçları talih veya tesadüfe bağlı sözleşmeler, ortaklık sözleşmeler". Detaylı bilgi için bkz., Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, B. 6, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 2-7; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 4; Zevkliler- Gökyayla, s. 25-27; Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, B. 9, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2011, s. 6-8; Fahrettin Aral- Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, B. 11, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 50-52; Aydoğdu-Kahveci, 2014, s. 43-47.*

¹⁸ Kaya, 2021, s. 29; Nacar, 2019, s. 57.

¹⁹ Kaya, 2021, s. 29; Nacar, 2019, s. 57.

²⁰ Kaya, 2021, s. 28. İsimli sözleşmeler az ya da çok herhangi bir kanunda düzenlenmeyen sözleşmelerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman- Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, B. 14, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 46; Altan Fahri Gülerci, **Borçlar Hukuku Dersleri**, B. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 154.

²¹ Kaya, 2021, s. 28 ve 32.

²² Eren, **Özel Hükümler**, s. 874; Zevkliler- Gökyayla, 2013, s. 19; Yavuz, 2011, s. 11, 12; Aral- Ayrancı, 2015, s. 60; Gümüş, 2008, s. 9; Tandoğan, 2008, s. 75.

²³ Eren, **Özel Hükümler**, s. 874; Zevkliler- Gökyayla, 2013, s. 19; Yavuz, 2011, s. 11, 12; Aral- Ayrancı, 2015, s. 60; Gümüş, 2008, s. 9; Tandoğan, 2008, s. 75.

II. GAYRİMENKUL SERTİFİKALARINDA İHRAÇÇININ EDİMLERİ

A. Genel Olarak Asli ve Tali Edim Kavramları

Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği'nin 3. maddesinin (i) bendine göre, gayrimenkul sertifikalarında edimler, asli ve tali edimler olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir²⁴. Asli edim, ihraççının ifa süresi içerisinde, izahname ya da ihraç belgesine uygun bir biçimde bağımsız bölümü tamamlayarak sertifika sahiplerine mülkiyetini devretmesidir²⁵ (VII-128.2 m. 3/1-b). Tali edim ise, talep edildiği takdirde, ihraççının söz konusu gayrimenkul sertifikalarına mahsuben ilgili bağımsız bölümleri satması ve satış tutarını sertifika sahiplerine, sahip oldukları sertifikalar oranında dağıtmasıdır²⁶ (VII-128.2 m. 3/1-u).

Tebliğ'de tanımlanan asli ve tali edim yükümlülükleri, borçlar hukukunda yer alan asli ve tali edim açıklamalarından farklı olarak, ihraççının ifa ile yükümlü olduğu, birbirinden bağımsız iki ayrı edimi içermektedir. Borçlar hukukunda asli edim, sözleşmenin çeşidini belirleyen edim yükümlülüğü olarak; tali edim ise, tarafların iradeleriyle asli edime tabi kılınmış, ikinci derecede bir yan edim yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır²⁷. Oysa ki, gayrimenkul sertifikalarında yatırımcı (alacaklı) dilerse bağımsız bölümün, dilerse bağımsız bölümün satılarak karşılığında elde edilen gelirin teslimini talep edebilir. Başka bir ifadeyle her iki yükümlülük de tamamen birbirinden bağımsız edimlerdir. Bu nedenle, ihraççının asli edim ya da tali edim sorumluluğunun, TBK m. 87 anlamında seçimlik borç olarak kabul edilmesi daha yerindedir²⁸. Seçimlik borç, kural olarak borçlunun, tek taraflı bir irade beyanıyla, birçok edim arasından seçeceği tek bir edimi ifa ile yükümlü oldu-

²⁴ Hisse senedi olarak gayrimenkul sertifikası satın alan yatırımcılar içinse gerçekte üç seçenek mevcuttur: (1) Yatırımcılar borsada işlem yapabilir, (2) bağımsız birimin tapu senedinin devrini talep edebilirler (asli edim) veya (3) proje tamamlandıktan sonra sertifika bedellerinin karşılığını nakit olarak talep edebilirler (tali edim). Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilge, 2021, s. 365.

²⁵ Kaya, 2021, s. 166; Sırma, 2018, s. 130; Ersoy- Gümrükçüoğlu, 2017, s. 47; Bilge, 2021, s. 365; Köroğlu, 2016, s. 32; Gün, 2022, s. 8; Ünal, 2005, s. 8.; Gökgöz- Dizkırıcı, 2018, s. 169; Yılmaz-Altınkeser, 2018, s. 506; Nacar, 2019, s. 23; Günel, 2007, s. 224.

²⁶ Kaya, 2021, s. 178; Sırma, 2018, s. 130; Miltz-De Vel- Dedier, 1992, s. 47; Köroğlu, 2016, s. 32; Gün, 2022, s. 9; BİLGE, s. 365; Yılmaz-Altınkeser, 2018, s. 506; Nacar, 2019, s. 25; Baran, 2020, s. 93; Günel, 2007, s. 224.

²⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 19, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 31 vd.; Gülerci, s. 60, 61; Murat Tümerdem, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 94 ve 96.

²⁸ Kaya, 2021, s. 25, 26.

ğu borçtur²⁹. Kanundan, sözleşmeden ya da durumun gereği olarak, alacaklı veya üçüncü bir kişi tarafından bu hak kullanılabilir³⁰. Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği'nin 7. ve 8. maddelerine göre, asli ve tali edim, izahname ve ihraç belgesinde düzenlenen sürelerle göre, yatırımcı (alacaklı) tarafından talep edilmektedir. Yatırımcının tek taraflı irade beyanıyla asli veya tali edimlerden birini seçmesi üzerine borç doğmakta ve ihraççı talep edilen edimi ifa ettiğinde de borç sona ermektedir. Bu özelliği, edimlerin seçimlik borç niteliğine işaret etmektedir³¹.

B. Asli ve Tali Edimin İfa Koşulları ve Şekli

1. Asli Edimin İfa Koşulları ve Şekli

Asli edim ile ihraççı, sertifikaya konu bağımsız bölümün devir ve teslimini yüklenir. Bunun için asli edimin, ifa süresi içinde talep edilerek gerekli sayıda gayrimenkul sertifikasının ihraççı adına aktarılması şarttır³². Karşılığında ihraççı, asli edim sorumluluğunu yerine getirmek zorundadır (VII-128.2 m. 7/2). İhraççının asli edim (mülkiyeti devir) borcu, yatırımcının bağımsız bölüme konu gayrimenkul sertifikalarını ilk kez satın aldığı anda, gayrimenkul üzerinde aynı bir hak elde edip etmediği hususunu akla getirmektedir. Zira, sermaye piyasası araçlarından bazıları, inançlı mülkiyetin özelliklerini taşıması sebebiyle sahibine aynı bir hak sağlamaktadır³³. İnançlı malik, teminat veya idare amacıyla sahip olduğu eşyayı ve hakkı kullanma imkanına sahip olmakta; ancak bunu yaparken inananın çıkarlarına uygun davranmak ve devrin süresi ya da amacı sona erdiğinde onu tekrar inanan veya bir üçüncü kişiye devretmekle yükümlü olmaktadır³⁴.

²⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu- Hüseyin Hatemi- Rona Serozan- Abdulkadir Arpacı, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, B. 6, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 64; Hüseyin Hatemi- Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 4, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 231; Eren, Genel Hükümler, s. 967; Oğuzman- Öz, 2016, s. 284; Gülerci, 2018, s. 439; Kaya, 2021, s. 25.

³⁰ Oğuzman- Öz, 2016, s. 286; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014, s. 64; Eren, Genel Hükümler, s. 967; Hatemi- Gökyayla, 2017, s. 231; Kaya, 2021, s. 25; Gülerci, 2018, s. 439.

³¹ Detaylı bilgi için bkz. Kaya, 2021, s. 25, 26.

³² Tebliğ'in 7. maddesinin 8. fıkrasında yapılan düzenleme ile, kafi miktarda gayrimenkul sertifikasına sahip olmamasına rağmen asli edimin ifasını isteyen yatırımcıların, izahname veya ihraç belgesinde belirtilmek koşuluyla, eksik kalan kısım için kredi kullanmalarına veya varsa nakit olarak eksik kısmı tamamlamalarına imkan verilebilir. Ayrıca bkz. Sırma, 2018, s. 130; Köroğlu, 2016, s. 32; Gün, 2022, s. 10; Ünal, 2005, s. 6; Bilge, 2021, s. 365; Gökgöz- Dizkırıcı, 2018, s. 171; Yılmaz- Altınkeser, 2018, s. 506; Nacar, 2019, s. 24.

³³ Kaya, 2021, s. 167.

³⁴ M. Kemal Oğuzman- Özer Seliçi- Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, B. 19, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 380; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, B. 3, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 229, 230.

Gayrimenkul sertifikaları, sermaye piyasası aracı olarak zikredilmesine rağmen, inançlı mülkiyet esaslarına göre aynı hak doğurması bakımından uygun olmayabilir³⁵. Sertifikalar hukukten, konut projelerinde belirli bir bağımsız bölümü ya da bu bölümlerin nominal değeri eşit belirli bir alanını temsil etmektedir³⁶. “*Temsil etme*” ifadesi ile kastedilen, her bir sertifikanın bağımsız bölümler üzerindeki mülkiyet hakkı değil, elinde yeterli sertifika bulunan yatırımcının asli edim talebi ile bağımsız bölümün kendisine teslimi bakımından bir alacak hakkıdır³⁷. Gayrimenkullerde mülkiyetin kazanılması, tapu senedinin resmi memur huzurunda tescili ile mümkündür³⁸. Başlangıçta bir tapu senedi düzenlenmediği ya da senette devir gerçekleşmediği için sertifika sahibi yatırımcının zilyedi olduğu sertifika ile gayrimenkul üzerinde bir aynı hak, başka bir ifadeyle mülkiyet hakkının doğması mümkün değildir. TMK’nın “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması*” başlıklı 705. maddesinin 2. fıkrasında zikredilen tescilsiz kazanım hallerinden birisi de söz konusu değildir³⁹. O halde, yatırımcının sertifikaya sahip olması, ona, mülkiyetin devri için ihraççıdan sadece asli edimi talep etme hakkı vermektedir.

Henüz proje tamamlanmadan ya da başlamadan önce de asli edimin ifasını talep mümkündür. Ancak, tescile konu bağımsız bir bölümün varlığı söz konusu olmadığından, tapuda devir gerçekleşemez. Bu durumda, Tebliğ’in 7. maddesine göre tapuya şerh verilerek, bağımsız bölüm hakkında

³⁵ Aksi görüş için bkz. Oğuzman, 1995, s. 302.

³⁶ Bilge, 2021, s. 364; Yılmaz- Altınkeser, 2018, s. 503; Baran, 2020, s. 86; Dizkırııcı, s. 168; Köroğlu, 2016, s. 31; Gün, 2022, s. 5; Akçalı-Mollaahmetoğlu, 2018, s. 290; Kaya, 2021, s. 167.

³⁷ Miltz- De Vel-Dedier, 1992, s. 315; Kaya, 2021, s. 168.

³⁸ Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, 2016, s. 358; Turhan Esener- Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, B. 5, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 195; Mehmet Ünal- Veyssel Başpınar, *Eşya Hukuku*, B. 10, Savaş Yayınları, Ankara 2018, s. 395; Haluk Nami Nomer- Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*, B. 5, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 128; Gökhan Antalya- Murat Topuz, *Eşya Hukuku*, Legal Yayıncılık, C. 3, İstanbul 2018, s. 171; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, B. 5, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 312; Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 208; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku 1, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, B. 10, Mimoza Yayınevi, Konya 2014, s. 181.

³⁹ TMK m. 705/2, “*Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır*”. Tescilsiz kazanım halleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Oğuzman- Seliçi- Oktay Özdemir, 2016, s. 404-424; Esener- Güven, 2012, s. 208-212; Sirmen, 2017, s. 341-356; Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 244-263.

taşınmaz satış vaadi ya da alım hakkı sözleşmesi yapılabilir⁴⁰. Gayrimenkulün devir için tescili gerçekleşmeden mülkiyet hakkı kazanılmış değildir⁴¹.

Özetle, sertifika sahibinin aynı bir hak elde ettiğini, buna bağlı olarak, tapu senedi dışında gayrimenkul sertifikalarının da mülkiyet hakkını temsil ettiğini söylemek mümkün değildir. Kaldı ki sertifikaya sahip olmak, yalnızca bağımsız bölümün mülkiyeti hakkında bir talepte bulunmayı değil, bunun dışında yatırım amacıyla BİST de işlem yapmayı ya da tali edimi talep ederek sahip olunan sertifika oranınca kendisine bir ödeme yapılmasını da kapsamaktadır. Tüm bu özellikler, sertifikaya bağlı hakkın bir alacak hakkı olma niteliğini güçlendirir. Başka bir ifadeyle, yatırımcılar gayrimenkulün sahibi değil, ihraççıdan alacaklı olarak kabul edilmelidir⁴².

Yatırımcılar, ihraççıya karşı asli edimden doğan alacaklarını, asli edim kul lanım süresi içerisinde ileri sürmelidir⁴³ (VII-128.2 m. 3/1-b). Bu sürenin ilk gününü, izahname veya ihraç belgesinde belirtilir (VII-128.2 m. 7/1). Belirlenen tarihten itibaren yatırımcıların asli edim talepleri ihraççıya sunulmaya başlanmaktadır (VII-128.2 m. 7/1). Yatırımcılar, sahip olmak istedikleri bağımsız bölümler için gereken sayıda gayrimenkul sertifikasını ihraççının hesaplarına aktarmalı ve gerekirse talep ettiği bağımsız bölümün manzara vb. nedenlerle oluşabilecek fiyat farkını da ödemelidir⁴⁴. İhraççı ise, söz konusu bağımsız bölümlerin mülkiyetini devretmekle yükümlüdür. Aynı bağımsız bölümün birden fazla yatırımcı tarafından talep edilmesi durumunda, ihraççı, izahname veya ihraç belgesinde belirlediği öncelikli yatırımcılara daireyi teslim eder⁴⁵. Böyle bir belirleme söz konusu değilse, aynı süre içerisinde, o bağımsız bölümü ilk talep eden yatırımcıya dairenin teslimi gerçekleşecektir. (VII-128.2 m. 7/2). Şüphesiz öncelikli alım hakkı ya da öncelikli talep şartı, bazı yatırımcıların asli ediminin ifa edilmeme

⁴⁰ Gün, 2022, s. 8; Gökgöz- Dizkırıcı, 2018, s. 171; Yılmaz- Altınkeser, 2018, s. 507; Nacar, 2019, s. 24; Kaya, 2021, s. 177. Böylece, asıl edim gerçekleşinceye kadar, başka bir deyişle tapuda devir yapılıncaya kadar ihraççının tasarrufunu engellemek maksadıyla, bağımsız bölüme konu sertifikalar bloke edilmektedir (VII-128.2 m. 7/6-b).

⁴¹ Kaya, s. 2021, 168; Nacar, 2019, s. 58.

⁴² Miltz-De Vel-Dedier, 1992, s. 315; Kaya, 2021, s. 168.

⁴³ Gün, 2022, s. 8; Gökgöz- Dizkırıcı, s. 175; Nacar, 2019, s. 28; Baran, 2020, s. 93; Kaya, 2021, s. 196.

⁴⁴ Gündoğdu, 2018, s. 27; Gün, 2022, s. 9; Köroğlu, 2016, s. 32; Yılmaz-Altınkeser, 2018, s. 504; Nacar, 2019, s. 4; Baran, 2020, s. 93.

⁴⁵ Bilge, 2021, s. 365; Ersoy- Gümrükçüoğlu, 2017, s. 49; Gökgöz- Dizkırıcı, 2018, s. 169; Nacar, 2019, s. 23, 24; Baran, 2020, s. 93.

riskini taşır⁴⁶. Bu riskin de -aşağıda açıklanacağı üzere- asli edimin ifasının gerçekleşmemesi sebepleri arasına dahil edilmesi mümkündür.

İhraççının mülkiyeti devir borcunu yerine getirmesi için gereken süre, Tebliğ'de asli edim ifa süresi olarak tanımlanmaktadır (VII-128.2 m. 3/c). Belirlenen bu süre, ihraççının temerrüde düşmesi bakımından dikkate alınması gereken önemli sürelerden biridir⁴⁷.

2. Tali Edimin İfa Koşulları ve Şekli

Asli edim kendi kullanım süresi içerisinde talep edilmez ya da asli edim kullanım süresi tamamlanır ve artık tali edim kullanım süresi işlemeye başlarsa; yatırımcının "tali edimi" talep ettiği kabul edilir⁴⁸. Bu durumda, Tebliğ'in 8/3-c hükmü uyarınca, "Tali edime konu bağımsız bölümlerin satışından elde edilen satış tutarı, tali edim ifa süresi boyunca tali edime konu bağımsız bölümlerin tamamı satılıncaya kadar vekilin özen borcu çerçevesinde yetkili kuruluş tarafından devlet tahvili, hazine bonosu, Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen kira sertifikaları, mevduat veya katılma hesabı olarak veya Kurulca uygun görülecek diğer sermaye piyasası araçlarına yatırılmak suretiyle yatırımcılar adına değerlendirilir". Bağımsız bölümlerin tamamı satıldığında ise ihraççı; satıştan itibaren iki iş günü içinde yatırımcıların hesaplarına, sertifika bedellerini aktarmakla yükümlüdür⁴⁹ (VII-128.2 m. 8/3-c).

Tali edim yerine getirilirken, ihraççının; yatırımcı lehine hareket etmesi, sertifikaya konu bağımsız bölümü onun adına satarak, elde ettiği geliri yatırımcıya teslim etmesi ve bunların tamamında Tebliğ'in 8. maddesi uyarınca "vekil gibi sorumlu olması" esaslarından hareket ederek; tali edimde, TBK m. 502 vd. düzenlenen vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği söylenebilir⁵⁰. Nitekim, TBK'nın 502. maddesinde vekalet sözleşmesi, "vekilin vekalet

⁴⁶ Ersoy- Gümrükçüoğlu, 2017, s 49; Akçalı- Mollaahmetoğlu, 2018, s. 292.

⁴⁷ Bkz. "IV. Gayrimenkul Sertifikalarında Asli Edimin Gecikmesinden ya da Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk" başlığı altındaki açıklamalar.

⁴⁸ Bilge ve Nacar'a göre, asli edim talep süresi ve ifası ilk aşama kabul edilirse, tali edim talebi ve ifası da ikinci aşamadır. Zira, yatırımcıların tali edimi talep edebilmeleri için, önce asli edimi talep süresi sona ermelidir. Aynı şekilde, süresi içinde asli edimin talep edilmediği durumlar için de geçerlidir. O halde tali edim kendiliğinden talep edilmiş kabul edilir, ancak bu varsayım için dahi birinci aşamadaki sürelerin sona ermesi gerekir. Bkz. Bilge, 2021, s. 365; Nacar, 2019, s. 25, 26. Ayrıca bkz. Sırma, 2018, s. 130; Gün, 2022, s. 10; Ünal, 2005, s. 9; Yılmaz-Altınkeser, 2018, s. 507; Baran, 2020, s. 83; Kaya, 2021, s. 178.

⁴⁹ Gökgöz- Dizkırıcı, 2018, s. 171; Yılmaz- Altınkeser, 2018, s. 506.

⁵⁰ Oğuzman, 1995, s. 305; Kaya, 2021, s. 181.

veren bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmaktadır. Hükmün devamında, “vekalete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır” düzenlemesi yer almaktadır⁵¹. Tali edim yükümü de vekalet sözleşmelerinde olduğu gibi, “bir işin görülmesi veya bir işlemin yapılması” unsuru bakımından, ihraççının yatırımcı lehine iş görme edimini içeren bir yükümdür⁵². Bu nedenle, TBK m. 502 uyarınca, ihraççının vekil gibi objektif özen sorumluluğu olduğu söylenebilir. Dolayısıyla ihraççı, bağımsız bölümleri satma ve tüm bölümlerin satışı tamamlanıncaya kadar elde ettiği satış bedellerini değerlendirme konusunda, aynı şartlar altında iş gören basiretli ve özenli diğer ihraççılar gibi davranmakla yükümlüdür. Aksi halde, tali edimin ifasındaki özen borcunun ihlali söz konusu olur. Bu takdirde, yatırımcı zarar görmüşse, ihraççının onu giderme yükümü doğmaktadır. Burada giderilmek zorunda olunan zarar, yatırımcının müspet zararıdır⁵³.

Tali edimin ifası için başvurulduğu takdirde, ihraççı belirlenen zaman aralığında, sertifikaya tabi bağımsız bölümleri satmak ve satıştan elde edilen miktarı yatırımcılara paylaşmak zorundadır. Tebliğ’de bu süre, “tali edim ifa süresi” olarak anılır (VII-128.2 m. 3/ü). Tali edim ifa süresi bitmesine rağmen, satışı gerçekleşmeyen bağımsız bölümler varsa, bu bölümlere karşılık gelen gayrimenkul sertifikalarının itfası, başka bir ifadeyle geri alınması söz konusu olur⁵⁴ (VII-128.2 m. 8/3-e). Hükme göre, yatırımcılara itfa bedelleri, tali edim ifa süresi tamamlandıktan itibaren on iş günü içinde gerçekleştirilir.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, 2011, s. 523 vd.; Eren, Özel Hükümler, s. 705 vd.; Aral- Ayrancı, 2015, s. 435.

⁵² Kaya, 2021, s. 181.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 729, 730; Yavuz, 2011, s. 545; Aral- Ayrancı, 2015, s. 448.

⁵⁴ Dönmez, 2017, s. 1; Köroğlu, 2016, s. 32; Gökgöz- Dizkırı, 2018, s. 171. Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği m. 8/3-e bendi gereği; “Tali edim ifa süresi bitiş tarihi itibarıyla satılmayan bağımsız bölümlerin olması durumunda, bu bağımsız bölümlere karşılık gelen gayrimenkul sertifikalarının itfasına ilişkin olarak ihraççı tarafından yatırımcılara yapılacak ödemelerde, gayrimenkul sertifikalarının vade tarihinden önceki üç aylık dönemde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalaması esas alınır. Bu fiyatların hesaplanamaması veya hesaplanan fiyatların sağlıklı oluşmadığının Borsa veya Kurulca tespiti halinde söz konusu bağımsız bölümlerin değerinin tespiti için bir değerlendirme raporu hazırlanır ve yatırımcılara yapılacak ödemelerde bu değerlendirme raporunda tespit edilen değer esas alınır. Ayrıca söz konusu bağımsız bölümler, hazırlanacak değerlendirme raporunda tespit edilen değerden aşağı olmamak şartıyla ihraççının ilişkili taraflarına satılabilir”.

III. GAYRİMENKUL SERTİFİKALARINDA ASLİ EDİMİN GECİKMESİNDEN YA DA YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Gayrimenkul sertifikaları ihraç edilirken, kamuoyunu bilgilendirmek ve halkı piyasaya sürülen sertifikaları satın almaya davet etmek amacıyla, bir “izahname” ve halka arz edilsin ya da edilmesin, sertifikanın niteliğini ve satış şartlarını içeren bir “ihraç belgesi” düzenlenmektedir⁵⁵. Söz konusu belgelerde, projenin gecikmesi veya gerçekleşmemesinin tespiti bakımından önem arz eden bazı sürelerle yer verilmektedir⁵⁶. Bunlar, “asli edim kullanım süresi”, “asli edim ifa süresi”, “tali edim ifa süresi”, “vade” ve “projenin bitiş tarihleri” dir.

Asli edim kullanım süresi, sertifika sahibi yatırımcılara, bağımsız bölümün kendilerine teslimini talep etmeleri için verilen süredir⁵⁷ (VII-128.2 m. 3/1-b). İhraççının mülkiyeti devir borcunu yerine getirmesi için gereken süre ise, asli edim ifa süresi olarak tanımlanır (VII-128.2 m. 3/c). İhraççının, sertifikaya tabi bağımsız bölümleri satmak ve satıştan elde edilen miktarı yatırımcılara paylaşmak zorunda olduğu süre, Tebliğ’de “tali edim ifa süresi” olarak anılır (VII-128.2 m. 3/r).

İzahname veya ihraç belgesinde gösterilen son iki süre, vade ve projenin bitiş tarihleridir. Tebliğ’e göre vade, ihraç tarihinden başlayarak sertifikalara ilişkin ifa sürelerinin sonuna kadar geçen süre şeklinde ifade edilmektedir (VII-128.2 m. 3/1-t). Tanımdan anlaşılacağı üzere, vadenin, asli ve tali edim kullanım süreleri ile ifa sürelerini de kapsadığı söylenebilir. Ayrıca vade, projenin bitiş tarihinden sonraki bir dönemi ifade etmektedir. Zira Tebliğ’de projenin bitiş tarihi, projenin ihraççı tarafından izahname veya ihraç belgesine uygun bir şekilde bitirilmesi için öngörülen tarihtir (VII-128.2 m. 3/1-ö).

Gayrimenkul sertifikalarına konu asli edimin gecikmesi ya da gerçekleşmemesi, yukarıda izah edilen tarihlerin dikkate alınması suretiyle tespit edilir.

B. Asli Edimin Gecikmesi ya da Yerine Getirilmemesi

Asli edimin, ihraç belgesi veya izahnamede yer verilen ifa süreleri içinde ve bu belgelere uygun bir şekilde ifa edilemeyeceğinin anlaşılması, projenin ge-

⁵⁵ Adıgüzel, 2017, s. 24, 25; Sumer, 2002, s. 9.

⁵⁶ Dönmez, 2017, s. 1; Kaya, 2021, s. 195.

⁵⁷ Gün, 2022, s. 8; Gökgöz- Dizkırıcı, 2018, s. 175; Nacar, 2019, s. 28; Baran, 2020, s. 93; Kaya, 2021, s. 196.

cikmesi olarak değerlendirilmektedir (VII-128.2 m. 9/1). Gecikmenin tespiti, ihraççı tarafından ya da yatırımcının bildirim üzerine veyahut Sermaye Piyasası Kurulu tarafında resen gerçekleştirilebilir⁵⁸. Bu takdirde ihraççı, Tebliğ'in 9/1-a hükmü uyarınca, bir fizibilite raporu hazırlatarak⁵⁹, projenin tamamlanabilmesi için gerekli süreyi tespit ettirebilir ve Kurul'dan bu süre kadar bir ek süre talebinde bulunabilir. Kurul tarafından verilecek süre ise, ancak projenin bitiş tarihinden itibaren yüz sekseninci güne kadardır⁶⁰ (VII-128.2 m. 9/1-a). Ek süreye rağmen veya ek süre talep edilmediği hallerde, vade sonunda edimlerin hala yerine getirilmediği ya da getirilemeyeceği anlaşılmakta ise, "projenin gerçekleşmediği" kabul edilir (VII-128.2 m. 9/2).

C. Asli Edimin Gecikmesi ya da Yerine Getirilmemesi Halinde İhraççının Hukuki Sorumluluğu

1. Asli Edimin Gecikmesi Halinde İhraççının Hukuki Sorumluluğu

Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği'nin "Projenin gecikmesi ve gerçekleşmemesi durumları" başlıklı 9. maddesine göre, projenin gecikmesi sebebiyle asli edimin yerine getirilmemesi halinde ihraççıya, Kurul tarafından projeyi tamamlaması için ek süre verilir. Bu sürede ihraççı, asli edimin aynen ifasını ve ihraç belgesi ya da izahnamede belirtilen cezai şartı ödemekle yükümlüdür⁶¹. Asli edimin gecikmesi halinde, cezai şartın yanı sıra, TBK m. 117'de yer alan temerrüt hükümlerinin de uygulanması mümkündür⁶².

Türk Borçlar Kanunu'nun 117/2 hükmü gereğince, muaccel bir borçta borçlu, alacaklı tarafından çekilecek bir ihtarla temerrüde düşmektedir. Belirli ya da

⁵⁸ Kaya, 2021, s. 198; Nacar, 2019, s. 28. Sermaye Piyasası Kanunu m. 128/1-e bendinde de Kurul'un denetim yetkisi zikredilmektedir.

⁵⁹ Fizibilite raporu, ihraççı tarafından edimlerin zamanında yerine getirilemeyeceğinin anlaşılması ile yapı denetim firmaları aracılığıyla projeye ilişkin hazırlanan bir rapordur. Ayrıntılı bilgi için bkz Sırma, 2018, s. 134; Gün, 2022, s. 13; Gökgöz-Dizkırıcı, 2018, s. 170; Nacar, 2019, s. 28; Baran, 2020, s. 92; Kaya, 2021, s. 199.

⁶⁰ Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği m. 9/1-b; "b) Projenin geciktiği bilgisi, fizibilite raporunun sonuç bölümü, Kurulca verilen ek süre, bu kapsamda yeniden belirlenen edim kullanım ve ifa süreleri ile yatırımcılara bu süre boyunca ödenecek cezai şartla ilişkin esaslar, izahname veya ihraç belgesi ile aynı usuller çerçevesinde duyurulur". Ayrıca bkz. Gün, 2022, s. 13; Gökgöz-Dizkırıcı, 2018, s. 171; Nacar, 2019, s. 28; Baran, 2020, s. 92; Kaya, 2021, s. 199.

⁶¹ Gayrimenkul Sertifikalarının 1995 tarihli SPK Seri III No 19 Tebliği ile yapılan düzenlemelerde de projenin gerçekleşmemesi halinde ihraççının cezai şart ödemesi zorunluydu (SPK seri III No 19 m. 15). Ayrıca bkz. Sumer, 2002, s. 48; Günel, 2007, s. 224.

⁶² Kaya, 2021, s. 199.

bildirim yoluyla belirlenecek vadeli bir borçta ise borçlu, vadenin geçmesiyle temerrüde düşmüş olur⁶³.

Gayrimenkul sertifikalarında ihraççı, kanaatimizce, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmüş sayılmalıdır. Zira asli edimin proje tamamlanmadan talep edildiği hallerde ihraççı ile yatırımcı arasında akdedilen gayrimenkul satış vaadi veya alım sözleşmesi gereği, ihraççı proje tamamlandıktan sonra mülkiyeti devir borcunu üstlenir (VII-128.2 m. 7/6-a ve b). Böylece, proje vade tarihinde tamamlanamamış, gecikme yaşanmış ise, TBK m. 117/2 gereği, vade ile birlikte ihtara gerek olmaksızın, ihraççı temerrüde düşecektir⁶⁴. Bu durumda yatırımcı, ihraççıya edimlerini ifa için bir süre verebilir. Yatırımcı, proje hala tamamlanamazsa sürenin sonunda, süre verilmesini gerektirmeyen bir hal varsa⁶⁵ süre vermeksizin, TBK m. 125'te belirtilen seçimlik haklardan birini kullanabilir⁶⁶. Yatırımcı, ifanın aynen gerçekleştirilmesini ve bununla birlikte temerrüt tazminatı talep edebileceği gibi; yalnızca müspet zararının ya da menfi zararının karşılanmasını da talep edebilir. Aynı haklar, proje tamamlandıktan sonra, başka bir ifadeyle, tali edim kullanım süresi içinde talep edilen asli edimin gecikmesi halleri için de söz konusudur.

⁶³ TBK m. 117/2; *“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer. Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur”*.

⁶⁴ TBK m. 117/2, *“Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur”*.

⁶⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun *“Süre verilmesini gerektirmeyen durumlar”* başlıklı 124. maddesine göre; *“Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur: 1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa. 2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa. 3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa”*. Ayrıca bkz. Tümerdem, 2018, s. 206 vd.

⁶⁶ Söz konusu hükme göre, *“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”*.

2. Asli Edimin Yerine Getirilmemesi Halinde İhraççının Hukuki Sorumluluğu

Tebliğ'in 9. maddesine göre, vade tarihinin dolması üzerine verilen ek süreye rağmen, ihraççının asli ya da talim edim yükümlülüklerini yerine getirememiş olması ya da getiremeyeceğinin anlaşılması, projenin gerçekleşmeyeceği anlamına gelmektedir. İşte bu gibi hallerde ihraççı yatırımcılara, sahip oldukları sertifikalara karşılık gelen itfa bedellerini ve ihraç belgesinde belirtilen cezai şartı ödemekle yükümlüdür (VII-128.2 m. 9/2). Bu yükümlülüğün de yerine getirilmediği durumlarda, ilgili hükmün 3. fıkrası gereği⁶⁷, gayrimenkul sertifikası sahipleri toplanarak, fonda bulunan meblağ ile inşaatın tamamlattırılmasına veya sahip oldukları sertifika oranında fonun kendilerine dağıtılmasına karar verebilirler. Bu düzenleme ile ilk kez, sermaye piyasası alacaklılarına temerrüt veya imkansızlık hallerinde toplantı yapma olanağı tanınmıştır⁶⁸.

Tebliğ'in 9. maddesinde yer alan özel hükümlerin dışında, borcun ifa edilmemesinin hukuki sonuçları bakımından, bizce TBK m. 112 ve devamındaki hükümlerin de uygulanabilmesi mümkündür. TBK m. 112'ye göre, "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü-*

⁶⁷ "a) İlk iş günü Kurula bilgi verilir ve konu hakkında KAP'ta özel durum açıklaması yapılır.

b) 6 ncı madde uyarınca hazırlanan güncel fizibilite raporu ile gayrimenkul sertifikası sahipleri toplantısının yeri ve tarihi en geç 30 gün içerisinde yetkili kuruluş tarafından KAP'ta ilan edilir. Bu bentte geçen fizibilite raporunun hazırlanması ve gayrimenkul sertifikası sahipleri toplantısının düzenlenmesine ilişkin işlemler yetkili kuruluş tarafından yerine getirilir ve bu işlemlerden doğan masraflar yetkili kuruluş nezdinde bloke edilen fondan karşılanır.

c) (b) bendindeki açıklama tarihinden itibaren en geç 30 gün içerisinde, projenin tamamlanması veya yetkili kuruluş nezdinde bloke edilen fonun ve gayrimenkul projesinde ihraca konu olan ancak tamamlanmayan kısmın satılarak bedelinin sahip olunan gayrimenkul sertifikaları nispetinde yatırımcılara iadesi hususunun görüşülerek karara bağlanacağı gayrimenkul sertifikası sahipleri toplantısı yapılır. Gayrimenkul sertifikası sahipleri toplantısına mahiyetine uygun düştüğü ölçüde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun anonim şirketlerin genel kurul toplantılarına ilişkin hükümleri uygulanır. Gayrimenkul sertifikası sahipleri toplantısında toplantı nisabı aranmaksızın toplantıya katılanların çoğunluğunun alacağı karara göre hareket edilir.

ç) Gayrimenkul sertifikası sahipleri toplantısında başka yönde bir karar alınmadıkça;

1) Projenin tamamlanması yönünde karar çıkması halinde, yatırımcılar tarafından anlaşma sağlanacak üçüncü kişilerce proje tamamlanarak edimler bu kişi tarafından yerine getirilir.

2) Yetkili kuruluş nezdinde bloke edilen fonun ve gayrimenkul projesinde ihraca konu olan ancak tamamlanmayan kısmın satılarak bedelinin sahip olunan gayrimenkul sertifikaları nispetinde yatırımcılara iadesi yönünde karar çıkması halinde, kalan fon ile tamamlanmayan kısmın satışından elde edilen tutar, yatırımcılara sahip oldukları gayrimenkul sertifikaları nispetinde dağıtılarak gayrimenkul sertifikaları itfa edilir".

⁶⁸ Kaya, 2021, s. 207; Gün, 2022, s. 13; Baran, 2020, s. 95.

dür". Borcun ifa edilmemesi, "hiç ifa etmeme" ve "gereği gibi ifa etmeme" hallerini kapsamaktadır⁶⁹.

Borcun hiç ifa edilmemesi, gayrimenkul sertifikaları bakımından projenin gerçekleşmemesi veya gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumudur. Bu durumdan, projenin gerçekleşmeme sebepleri tam olarak anlaşılammamaktadır. Proje temerrüt nedeniyle ya da kusurlu veya kusursuz imkansızlık sebeplerinden biriyle gerçekleşmemiş olabilir. Projenin vadesinde yetiştirilememesi yahut gerçekleşmemesi, daha çok "temerrüt" halini oluşturmaktadır⁷⁰. Projenin hiç ifa edilmemesi ise, ancak temerrüt halinden sonraki bir zaman diliminde ve projenin hiçbir zaman bitmeyeceğinin anlaşıldığı hallerde söz konusu olmaktadır⁷¹. Bu durumda her somut olay ayrıca değerlendirilerek, projenin gerçekleşmeme sebebinin bir temerrüt haline mi yoksa imkansızlık nedenine mi dayandığının tespiti önemlidir.

Kusurlu sonraki imkansızlık, borçlunun sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra, sözleşmede yer alan edimi kendi kusuru nedeniyle kesin olarak yerine getirememesi halidir⁷². Buradaki imkansızlık kesin ve sürekli olmalıdır; aksi halde geçici imkansızlıktan söz edilir. Geçici İmkansızlık ise, ifa imkansızlığını, başka bir ifadeyle "hiç ifa etmeme" halini değil; borçlu temerrüdünü doğurur⁷³. Şu halde TBK m. 117 vd. yer alan hükümler uygulanmalıdır. Temerrüt sonunda imkansızlığın anlaşılması halinde ise, ihraççının temerrütten doğan hakları saklı kalmalıdır⁷⁴.

İhraççının kusuruna dayalı olarak projenin gerçekleşmemesi, TBK m. 112 gereği, tazmin yükümlülüğü doğurur⁷⁵. Burada sertifika sahiplerinin, asli edimin gerçekleşmemesinden doğan zararlarının giderilmesi gerekir.

Borcun ifa edilmemesi kusursuzsa, borçlunun sorumluluğu doğmaz⁷⁶. Ancak, Tebliğ'in 9/3 hükmü değerlendirildiğinde, gayrimenkul sertifikalarında, sertifika sahiplerinin bir toplantı yaparak, sertifika oranlarınca fondan kendile-

⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 1027, Hatemi- Gökyayla, 2017, s. 257, Oğuzman-Öz, 2016, s. 369.

⁷⁰ Kaya, 2021, s. 205; Tümerdem, 2018, s. 94, 95; Hatemi- Gökyayla, 2017, s. 276, Gün, 2022, s. 13.

⁷¹ Kaya, 2021, s. 205; Tümerdem, 2018, s. 95.

⁷² Eren, Genel Hükümler, s. 1036; Oğuzman-Öz, 2016, s. 443; Gülerci, 2018, s. 505; Hatemi- Gökyayla, 2017, s. 272.

⁷³ Eren, Genel Hükümler, s. 1040; Oğuzman-Öz, 2016, s. 455.

⁷⁴ Kaya, 2021, s. 205.

⁷⁵ Oğuzman- Öz, 2016, s. 450; Hatemi- Gökyayla, 2017, s. 268, 269.

⁷⁶ Oğuzman- Öz, 2016, s. 450.

rine bir ödeme yapılmasına ya da projenin üçüncü kişilere tamamlattırılmasına karar verebilme imkanı dikkati çekmektedir. Böylece, projenin gerçekleşmemesi halinde üçüncü bir kişiye tamamlattırılabilmesi, ihraççıya dair subjektif nitelikte bir imkansızlığın varlığına işaret etmektedir⁷⁷. Hemen belirtilmelidir ki, ekonomik güçsüzlük, subjektif ifa imkansızlığı olarak kabul edilemez. Bu durumda borçlunun kusuru olmaksızın bir güçsüzlük söz konusu olursa, aşırı ifa güçlüğünden, yani TBK m. 138'den bahsedilmesi gerekir. O halde sözleşmenin hakim müdahalesi ile yeniden uyarlanması söz konusu olabilir. Ancak borçlunun kusuruna dayalı ekonomik bir güçsüzlüğün varlığı, borçlunun temerrüdü ile aynı hukuki yaptırıma tabidir⁷⁸.

D. Gayrimenkul Sertifikalarında Yer Alan Cezai Şartın Uygulanması

1. Gayrimenkul Sertifikalarında Cezai Şartın Tanımı ve Hukuki Niteliği

Cezai şart, borçlunun edimini yerine getirmemesi ya da gereği gibi ifa etmemesi olasılığına karşılık alacaklının alacağını teminat altına almasının bir yoludur⁷⁹. Bu yönüyle cezai şart, bir tazmin aracı olarak değil, sözleşmeden doğan borcun ifasını temin aracı olarak düzenlenmektedir⁸⁰. Cezai şartın, borcun ifa edilmemesi halinde TBK m. 112 gereği talep edilecek tazminatta olduğu gibi, ispat zorunluluğu da yoktur⁸¹. Bu gibi nedenlerle taraflar sözleşmede TBK'nın 179. maddesinde öngörülen cezai şartlardan birini kararlaştırabilir. Hükme göre, üç tür cezai şart vardır⁸²: Seçimlik, ifaya eklenen ve ifayı engelleyen cezai şart. Seçimlik cezai şartta alacaklı, sözleşmede kararlaştırılmışsa, edimin ifasını ya da cezai şartı talep edebilir. İfaya

⁷⁷ Kaya, 2021, s. 206.

⁷⁸ Detaylı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1039, 1040.

⁷⁹ M. Kemal Oğuzman- Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, B. 14, İstanbul 2016, s. 529.

⁸⁰ Burcu Yağcıoğlu, *Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, Legal Kitabevi, Ankara 2019, s. 29; Eren, Genel Hükümler, s. 1181; Oğuzman- Öz, C. 2, 2016, s. 529, 530. Gülerci, 2018, s. 391; Hatemi-Gökayla, 2017, s. 376.

⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s. 1181; s. 545; Gülerci, 2018, s. 397; Hatemi-Gökayla, 2017, s. 383; Yağcıoğlu, 2019, s. 218.

⁸² TBK'nın 179. maddesine göre, "(1) Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. (2) Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. (3) Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır".

eklenen cezai şart, başka bir deyişle hem cezai şartın hem edimin ifasının aynı anda talebi, ancak borcun vaktinde ve belirtilen yerde ödenmemesi hali için kararlaştırılabilir. İfayı engelleyen cezai şart ise, borçlunun cezai şartı ödemek koşuluyla sözleşmeden dönebilmesi ya da onu feshedebilmesidir. Bu tür cezai şartta alacaklı, borçludan asıl edimin ifasını talep edemez⁸³.

Gayrimenkul sertifikalarında cezai şart, Tebliğ'in 3. maddesinde, edimlerin yerine getirilmemesi hallerinde ihraççı tarafından, edimlere ek olarak belirlenen yükümlülükler şeklinde tanımlanmaktadır. O halde, gayrimenkul sertifikalarına konu asli ya da tali edimin ifasının gecikmesinden ihraççı sorumlu olsa da onun cezai şart yükümlülüğü, ancak ihraç belgesi veya izahnamede belirtilmişse mümkündür⁸⁴. Aksi halde yatırımcılar cezai şart talep edemeyecektir⁸⁵. Tebliğ'in 14/c hükmünde de açıkça *"Tebliğ'in 9 uncu maddesinde yer alan cezai şarta ilişkin hükümler, ancak ihraççı tarafından cezai şart öngörülmesi durumunda uygulanır"* ifadeleri yer almaktadır.

Tebliğ'de kullanılan *"edimlere ek olarak"* ifadesinden ise, ihraç belgesi veya izahnamede öngörüldüğü takdirde ödenecek olacak cezai şartın, ifaya eklenen cezai şart olduğu anlaşılmaktadır⁸⁶. Şu halde yatırımcı, ihraççının gecikmesi halinde hem cezai şartı hem de edimin ifasını talep edebilir.

2. Gayrimenkul Sertifikalarında Cezai Şartın Uygulanması

Gayrimenkul sertifikalarında ihraççı, yatırımcılara projenin gecikmesi ya da projenin gerçekleşmemesi hallerinde cezai şart ödemekle yükümlüdür. Projenin gecikmesi hali, yukarıda da izah edildiği üzere, ihraççının, edimlerini ihraç belgesi veya izahnamede öngörüldüğü şekilde gerçekleştirmemesidir. Bu durumun anlaşılması üzerine, Tebliğ'in 6. maddesine göre, on beş iş günü içinde ihraççının bir fizibilite raporu hazırlatması ve projeyi tamamlaması için gereken süreyi tespit ettirmesi, ardından ise Kurula başvuruda bulunması gerekir. Başvuru üzerine Kurul, Tebliğ'in 9. maddesinde belirtilen, azami yüz seksen gün kadar ek süre verebilir. Bu süre, proje bitiş tarihinden itibaren hesaplanır. Süre devam ederken yatırımcılara ödenecek olan cezai şarta ilişkin hususlar, ihraç belgesi veya izahname ile duyurulmalıdır. Böylece ihraççı, verilen ek süre içeri-

⁸³ Cezai şartın türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1186; Oğuzman-Öz, C. 2, 2016, s. 538-544; Gülerci, 2018, s. 394-396; Hatemi- Gökayla, 2017, s. 380-383; Yağcıoğlu, 2019, s. 52-59.

⁸⁴ Ayrıca bkz. VII-128.2 m. 13//4.

⁸⁵ Kaya, s. 211.

⁸⁶ Ayrıca bkz. Sırma, 2018, s. 132; Kaya, 2021, s. 213.

sinde hem geciken edimlerini yerine getirmek hem de belirtilen cezai şartı ödemekle yükümlü olur (VII-128.2 m. 9/1-c).

Kurulca ihraççıya ek süre verilmesine rağmen veya ek sürenin verilmediği hallerde vade bitiminde, edimlerin halen ifa edilmemesi veya edilmeyeceğinin anlaşılması durumlarında projenin gerçekleşmemesi hali söz konusudur. Bu takdirde ihraççı, Tebliğ'in 9/3 hükmü uyarınca, yatırımcılara sahip olduğu sertifikaların itfa bedellerini ve öngörülen cezai şartı ödemelidir. İtfa bedeli, projenin gerçekleşmemesi veya gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde ihraççı tarafından gayrimenkul sertifikası sahiplerine ödenen bedeldir⁸⁷. Cezai şart ise, ihraççının itfa bedeli ödeme edimine ek olarak öngörülen yükümlülüktür⁸⁸.

İtfa bedeli ve cezai şart, ihraççıdan talep edilmelidir⁸⁹. Bu bedellerin değeri, izahnamede ya da ihraç belgesinde belirtilen miktar kadardır⁹⁰. Sermaye Piyasası Kurulu, söz konusu bedelleri ihraççının ödememe riskine karşı, bir bankanın güvence olarak gösterilmesini talep edebilir (VII-128. 2). Böylece ihraççının yükümlülükleri banka garantisi ile teminat altına alınmaktadır⁹¹.

İtfa bedeli ve cezai şart ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde ise, gayrimenkul sertifikası sahiplerinin bir toplantı yaparak, sertifika sahiplerine sertifika oranlarınınca fondan ödeme yapılmasına veya projenin üçüncü kişilere tamamlattırılmasına karar vermeleri mümkündür (VII-128.2 m. 9/3). Tebliğ'de Sertifika sahiplerine toplantı yapma imkanı verilerek, ihraçta elde edilen fonun ne şekilde kullanılacağına karar vermeleri sağlanmıştır. Böylece yatırımcılar, elde edilen fonu, itfa bedelini ve cezai şart ödemelerini gerçekleştirmek üzere de kullanabilir⁹².

⁸⁷ Sırma, 2018, s. 132; Kaya, 2021, s. 213.

⁸⁸ Ayrıca bkz. Sırma, 2018, s. 132; Gün, 2022, s. 13; Köroğlu, 2016, s. 33; Ünal, 2005, s. 7.

⁸⁹ Sırma, 2018, s. 132.

⁹⁰ Sırma, 2018, s. 132; Gökgöz- Dizkırıcı, 2018, s. 170.

⁹¹ İhraççının edimleri, 1995 tarihli SPK Seri III No 19 sayılı Tebliğ ile yapılan düzenlemelerde de banka tarafından garanti altına alınmaktaydı (SPK seri III No 19 m. 6). Hükme göre; "İhraççının edimlerinin ve belirlenen cezai şartların bir banka tarafından garanti edilmesi zorunludur. Bankanın ihraççı lehine vereceği garantiler için şekli ve projeye göre miktarı Kurul'ca belirlenecek, Kurul'a hitaben düzenlenmiş Banka Teminat Mektubu'nun Kurul'a verilmesi gereklidir." Ayrıca bkz. Sumer, 2002, s. 48; Miltz-De Vel-Dedier, 1992, s. 16; Köroğlu, 2016, s. 33; Gün, 2022, s. 13; Ünal, 2005, s. 3; Gökgöz-Dizkırıcı, 2018, s. 176; Nacar, 2019, s. 26; Baran, 2020, s. 90; Günel, 2007, s. 224.

⁹² Kaya, 2021, s. 215; Gökgöz- Dizkırıcı, 2018, s. 170; Nacar, 2019, s. 29.

SONUÇ

Gayrimenkul sertifikaları, ülkemizde sınırlı sayıda projeye ve ancak metropollerde karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle sertifikalar hakkında yeterli bilgi sahibi olunamaması olağandır. Oysa ki gayrimenkul sertifikaları, kimine yeni bir yatırım aracı olma; kimine ise yeterli sertifikayı biriktirmesi koşuluyla konut sahibi olma imkanı sağlamaktadır. Ayrıca, Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği'nde, özellikle projenin gecikmesi ya da gerçekleşmemesi durumlarına ilişkin yapılan düzenlemeler, onun güvenilir bir sermaye piyasası aracı olduğunu göstermektedir. Bununla beraber çalışmamız içerisinde yer alan tespitlerimizi de belirtmemiz gerekir:

- Gayrimenkul sertifikalarının, tanımı ve özellikleri değerlendirildiğinde, menkul kıymet niteliği açıktır. Sözleşmeler hukuku açısından ise, sertifikaların hukuki niteliğinin tespiti zordur. Ancak hukuki niteliğinin ortaya koyulması, gelecekte doğabilecek sorunların çözümünü kolaylaştıracaktır. Bu kapsamda gayrimenkul sertifikasının, iki tarafa borç yükleyen, karşılıklı, ani ve içerdiği edimlerin ifası bakımından şekle tabi bir sözleşme olduğu söylenebilir. Ayrıca sertifikada yer alan hukuki ilişkinin, birleşik tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Böylece bu ilişki, mülkiyetin devri bakımından gayrimenkul satış sözleşmesinin özelliklerini, bağımsız bölümü başkasına devredip satış bedelinin yatırımcıya devri bakımından ise vekalet sözleşmesinin özelliklerini taşımaktadır.
- Gayrimenkul sertifikasında yer alan edimlerin de Borçlar Hukuku açısından değerlendirilmesi gerekir. Zira sertifikaların doğurduğu asli ve tali edimler kavramsal olarak Borçlar Hukukunda da karşımıza çıkmaktadır. Ancak çalışmamızda yaptığımız karşılaştırma neticesinde, asli ve tali edim kavramlarının, Borçlar Hukukunda yer alan asli ve tali edim kavramlarından farklı olduğu sonucuna varılmaktadır. Kanaatimizce, ihraççının asli ya da tali edim sorumluluğunun, birbirinden bağımsız olma özelliği dolayısıyla, TBK m. 87 anlamında, seçimlik borç olarak kabul edilmesi daha uygundur.
- Sertifikaların gayrimenkul üzerinde aynı hak doğurup doğurmadığı meselesi de önemlidir. Zira sermaye piyasası araçlarından bazıları, inanca mülkiyetin özelliklerini taşıması sebebiyle sahibine aynı bir hak sağlamaktadır. Gayrimenkul sertifikalarında ise, başlangıçta bir tapu senedi düzenlenmediği ya da senette devir gerçekleşmediği için, yatırımcının zilyedi olduğu sertifika ile gayrimenkul üzerinde aynı bir hakkın doğması mümkün değildir. Bu gibi sebeplerle bağımsız bölümler üzerinde mülkiyet hakkı değil, yatırımcı açısından ancak bir alacak hakkı doğduğu söylenebilir.

- Gayrimenkul sertifikalarında, ifanın gecikmesi ya da gerçekleşmemesi halinde, Tebliğ'in 9. maddesinde, ihraççının borçları ve yatırımcının hakları detaylı bir şekilde düzenlenmektedir. Ancak yatırımcıların, TBK m. 112 vd. yer alan hükümlere başvuru haklarının da olduğuna dikkat çekmek gerekir. Bu kapsamda, projenin vadesinde yetiştirilememesi yahut gerçekleşmemesi, TBK m. 117 vd. gereği temerrüdün hukuki sonuçlarını; temerrüt halinden sonraki bir zaman diliminde gerçekleşen projenin hiç ifa edilmemesi ise, TBK m. 112 vd. yer alan hükümler gereği tazmin sorumluluğunu doğurur. Ancak, borcun ifa edilmemesi kusursuzsa, ihraççının sorumluluğu doğmayacaktır. Bu noktada, ihraççının ekonomik güçsüzlüğünden imkansızlığın değil; aşırı ifa güçlüğü'nün anlaşılması gerektiği de belirtilmelidir. Bu takdirde yatırımcı, ancak TBK m. 138'e göre yeniden uyarılma talep edebilir.

Ayrıca, ihraç belgesi veya izahnamede öngörüldüğü takdirde ihraççının cezai şart yükümlülüğünün de olduğunu unutmamak gerekir. Ödenecek olan cezai şart ise, TBK m. 179'da yer alan ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirilmelidir.

Sonuç olarak gayretimiz; konut yatırımında bulunan kimselerin sertifikaları tanınması, temerrüt ya da imkansızlık hallerinde hak ve yükümlülüklerini tam olarak anlaması ve böylece kendini güvende hissetmesidir. Yaptığımız tespitlerin bu amaca hizmet etmesini ve sertifikalara olan rağbetin artmasını dileriz.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Burak, *Sermaye Piyasası Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- AKÇALI, Burçay- MOLLAHMETOĞLU, Ebubekir, "Gayrimenkul Sertifikası Modeli: Toda-Yamamoto Nedensellik Yaklaşımı ile Analizi", *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi/ Journal of Management and Economics Research*, C. 16, S. 4, 2018, ss. 289-300.
- ANTALYA, Gökhan- TOPUZ, Murat, *Eşya Hukuku*, C. 3, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- ARAL, Fahrettin- AYRANCI, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, B. 11, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku 1, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, B. 10, Mimoza Yayınevi, Konya 2014.
- AYDOĞDU, Murat- KAHVECİ, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, B. 2, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- AYPEK, Nevzat, "Konut Finansman ve Yatırım Aracı Olarak Konut Kooperatifleri", *Karınca Kooperatifçilik Postası*, S. 903, Y. 77, İstanbul 2012, ss. 3-9.
- BARAN, Lale Heper, Türkiye'de Gayrimenkul Finansmanı Yönünden Gayrimenkul Sertifikaları, *Ankara Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü*, Gayrimenkul Geliştirme ve Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Danışmanı: Prof. Dr. Harun Tanrıvermiş, Ankara 2020.
- BİLGE, Eymen Çağatay, "A Real Estate Development Model for Turkey: Real Estate Certificates and Integrated Project Delivery", *Property Management*, C. 39, S. 3, 2021, ss. 362-375.
- DÖNMEZ, Çetin Ali, "An Innovative Capital Markets Instrument: Real Estate Certificates", *Açık Medeniyet*, C. 1, S. 10, 2017, ss. 1-10.
- EREN, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, B. 3, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, B. 2, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015.
- ERSOY, Mehmet- GÜMRÜKÇÜOĞLU, Zehra Zeynep, "Bir Sermaye Piyasası Aracı Olarak Gayrimenkul Sertifikası: Park Mavera III Projesi Üzerine Bir İnceleme", *Yorum-Yönetim-Yöntem Uluslararası Yönetim-Ekonomi ve Felsefe Dergisi*, C. 5, S. 2, 2017, ss. 43-60.
- ESENER, Turhan- GÜVEN, Kudret, *Eşya Hukuku*, B. 5, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- GÖKGÖZ, Ahmet-DİZKIRICI, Ahmet Selçuk, "Türkiye'de Gayrimenkul Sertifikaları ve Muhasebe Uygulamaları", *Journal of Accounting, Finance and Auditing Studies*, C. 4, S. 1, 2018, ss. 167-181.
- GÜLERCİ, Altan Fahri, *Borçlar Hukuku Dersleri*, B. 2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- GÜN, Umut, "Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Kavram: Gayrimenkul Sertifikaları", ss. 1-18, https://www.academia.edu/43076388/SERMAYE_PİYASASI_HUKUKUNDA_YENİ_KAVRAM_GAYRİMENKUL_SERTİFİKALARI, (05.05.2023).

- GÜNAL, Vural, **Sermaye Piyasası Hukuku Esasları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- GÜNDOĞDU, Aysel, **Sermaye Piyasası Hukuku**, B. 3, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- HATEMİ, Hüseyin- GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 4, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- KAYA, Mesut, **Gayrimenkul Sertifikaları ve Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip vd. **Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem**, Sözleşme, B. 6, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- KÖROĞLU, Abdulkadir, “Gayrimenkul Sertifikası Modeli ve Türkiye’de Uygulanabilirliği”, **Gazi İktisat ve İşletme Dergisi**, C. 2, S. 1, 2016, ss. 25-42.
- KUTLU GÜRSEL, Meltem, **İdare Hukuku Açısından Sermaye Piyasası**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- MEMİŞ, Tekin- TURAN, Gökçen, **Sermaye Piyasası Hukuku**, B. 2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- MİLTZ, David- DE VEL, Jean-Yves- DEDIER, Thibaud, “Valuation of Real Estate Certificates”, **Journal of Property Valuation & Investment**, C. 11, S. 4, 1992, ss. 315-326.
- NACAR, İpek, Gayrimenkule Dayalı Sermaye Piyasası Araçları: Gayrimenkul Sertifikası ve Uygulanabilirliği, **Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Genel İşletmecilik Yüksek Lisans Programı**, Yüksek Lisans Tezi, Danışmanı: Prof. Dr. Ali Hepşen, İstanbul 2019.
- NOMER, Haluk Nami- ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, B. 5, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, Kemal, “Özel Sektörde Gayrimenkul Sertifikası Sistemi Kurulması”, **Reha Poroy’a Armağın**, İstanbul 1995, ss. 300-319.
- OĞUZMAN, M. Kemal- ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1-2, B. 14, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN, m. Kemal- SELİÇİ, Özer- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, B. 19, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- SIRMA, İbrahim, “Gayrimenkul Sertifikalarının İhracında Yatırımcıların Korunması”, **Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi**, C. 10, S. 18, 2018, ss. 125-136.
- SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, B. 5, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- SUMER, Ayşe, **Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat**, B. 3, Alfa Yayınevi, İstanbul 2002.
- TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, B. 6, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

- TANER, Berna- AKKAYA, G. Cenk, *Sermaye Piyasası Faaliyet Alanı ve Menkul Kıymetler*, Detay Yayıncılık, Ankara 2009.
- TEKER, Murat Bahadır, *Sermaye Piyasası Araçları Yoluyla Gayrimenkul Finansmanı ve Yatırımı*, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1996.
- TÜMERDEM, Murat, *Sürekli Borç İlişkilerinde Borçlunun Temerrüdü ve Sonuçları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- ÜNAL, Mehmet- BAŞPINAR, Veysel, *Eşya Hukuku*, B. 10, Savaş Yayınları, Ankara 2018.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat, "Gayrimenkul Sertifikaları", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1-2, 2005, ss. 1-8.
- YAĞCIOĞLU, Burcu, *Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)*, Legal Kitabevi, Ankara 2019.
- YAVUZ, Cevdet, *Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)*, B. 9, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2011.
- YILDIZ, Burçak, *Sermaye Piyasası Hukukunda -Genel Yatırım Tavsiyesi Sunma Faaliyeti ve Yatırım Danışmanlığı Faaliyeti Kapsamında- Yatırım Tavsiyeleri*, Banka ve Tic. Huk. Araş. Enst., Ankara 2015.
- YILMAZ, Erdal- ALTINKESER, Cemal, "Konut Finansmanında Yeni Bir Finansal Araç Olarak Gayrimenkul Sertifikaları ve Muhasebeleştirilmesi", *İşletme Araştırmaları Dergisi*, C. 10, S. 4, 2018, ss. 502- 519.
- ZEVKLİLER, Aydın- GÖKYAYLA, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, B. 13, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

Diğer Kaynaklar

- Gayrimenkul Sertifikalarının Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Tebliği, R.G. T. 20.07.1995, S. 22349.
- Gayrimenkul Sertifikaları Tebliği (VII-128.2) R.G. T. 05.07.2013, S. 28698.

KAMU KURUMLARINDAKİ ALT İŞVEREN ÇALIŞANLARININ KADROYA ALINMASININ ANAYASAL ELEŞTİRİSİ^(*)

Dr. Yalçın ARSLANTÜRK^(**)

Öz

Kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarına kadro verilmesi geçmişte uygulandığı gibi günümüzde de gündem olmaya devam etmektedir. Politik rasyonalite açısından uygun görülerek gerçekleştirilen söz konusu uygulamaların, Anayasa hükümleri açısından analiz edilmesi önem taşımaktadır. Zira söz konusu uygulamalar kanuni düzenlemelere dayanılarak yapılmakta olup normlar hiyerarşisine göre kanuni düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu aranmalıdır. Mevcut kamu işçileri ile bu kadrolara atanmak isteyenler, mevzuat uyarınca belirli koşullarla bu kadrolara atanabilmektedir. Bu itibarla çalışmada kamudaki alt işveren çalışanlarına ayrı bir düzenleme ile kadro tahsisinin yapılması, Anayasa'nın özellikle "kanun önünde eşitlik" hükümleri doğrultusunda analiz edilmiştir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın farklı kararlarında varlıklarını aramış oldukları kamu yararı, haklı neden gibi unsurlar dikkate alındığında söz konusu uygulamanın eşitlik ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilmiştir. Ayrıca söz konusu uygulamanın Anayasa'nın 70'inci maddesindeki; hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez, hükmüne de tezatlık teşkil ederek fırsat eşitliğini ortadan kaldırdığı yorumlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kanun Önünde Eşitlik, Haklı Neden, Kamu Yararı.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 16.01.2023.

Atıf Şekli: Yalçın Arslantürk, "Kamu Kurumlarındaki Alt İşveren Çalışanlarının Kadroya Alınmasının Anayasal Eleştirisi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 845-871.

DOI: 10.52273/sduhfd..1185085.

^(**) Uzman, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ankara, Türkiye.

E-posta: yalcintrabzon@gmail.com.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-0895-0022>.

CONSTITUTIONAL CRITICISM OF THE REGISTRATION OF SUBCONTRACTOR EMPLOYEES IN PUBLIC INSTITUTIONS

Abstract

Staffing the employees of subcontractors in public institutions continues to be on the agenda today as it was practiced in the past. It is important to analyze the said practices, which were deemed appropriate in terms of political rationality, in terms of the provisions of the Constitution. Because the said practices are based on legal regulations and the conformity of legal regulations with the Constitution should be sought according to the hierarchy of norms. Existing public workers and those who want to be appointed to these positions can be appointed to these positions under certain conditions in accordance with the legislation. In this respect, in this study, the allocation of staff to subcontractor employees with a separate regulation was analyzed in line with the provisions of the Constitution, especially "equality before the law". Considering the factors such as public interest and justification sought by the Constitutional Court and the Council of State in their different decisions, it has been evaluated that the said practice is contrary to the principle of equality and therefore to the Constitution. In addition, the application in question has also been interpreted that it abolishes the equality of opportunity by being in contradiction with the provision which in Article 70 of the Constitution; in requirement, no discrimination other than the qualifications required by the job can be made.

Keywords

Equality Before the Law, Justification, General Interest.

GİRİŞ

Çalışma hayatında kamu çalışanı olmak, özellikle sağlamış olduğu iş güvenesi nedeniyle hem günümüzde hem de geçmişte pek çok çalışan tarafından tercih nedeni olmuştur. İş güvencesiyle birlikte özel kesime göre işçiler için sağlanan daha yüksek ücret ve daha iyi sosyal imkânlar, işçiler açısından söz konusu tercihi çok daha keskin hale getirmektedir. Bu da işçi kadrolarına atanma hedefinde olanların, kamu kadrolarının artırılması yönünde baskı oluşturmalarına neden olmaktadır. Söz konusu baskılar ise genellikle kamu kadrolarının genişlemesiyle neticelenmektedir.

Genel olarak kamu kadrolarının genişlemesi ilave bütçe yükü dışında hukuksal bir sorun oluşturmamaktadır. Zira mevzuatın öngördüğü ve fırsat eşitliğini tanıyacak şekilde sınavla ya da başka belirli yöntemlerle bu kadrolara atamalar gerçekleştirilmektedir. Memurlar ve benzeri statüdeki kamu personeli sınavla söz konusu kadrolara atanırken işçiler de eğitim durumuna göre sınavla ya da belirli şartları taşıyanlar arasında noter huzurunda yapılacak kuralarla bu kadrolara atanmaktadır. Dolayısıyla her vatandaş için fırsat eşitliğini sağlayan bir atama süreci gerçekleştirilmektedir.

Bununla birlikte belirli dönemlerde, kamu kurumlarında hizmet alımına yönelik istihdam edilmekte olan ve kamuoyunda taşeron firma adıyla bilinen alt işverenle hizmet akdi bulunan çalışanların, kamu kadrolarına atanması gündeme gelmekte ve buna ilişkin düzenlemeler yapılabilmektedir. Kanuni düzenlemelerle yapılmasına rağmen bu düzenlemeler hukuki çerçevede sorunlu bir husus olarak dikkat çekmektedir. Söz konusu düzenlemelerle gerçekleştirilen uygulamayla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda¹ (Anayasa) hüküm altına alınan bazı temel ilkelere riayet edilmediği değerlendirilmektedir. Özellikle Anayasa'da yer alan "kanun önünde eşitlik" hükümleri bahse konu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı noktasında irdelenmesini gerektirmektedir. Bu itibarla çalışmanın temelini, kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarına kadro verilmesine ilişkin uygulamaların Anayasa hükümleri doğrultusunda analizi oluşturmaktadır.

Çalışmada öncelikle farklı mevzuat hükümleri çerçevesinde asıl işveren ve alt işverenlik ilişkisi tanımlanmıştır. Sonrasında, kamu kurumlarının alt işveren niteliğine sahip firmalarla çalışma gerekçeleri ve akabinde bu kurumlardaki söz

¹ 09/11/1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

konusu firma çalışanlarına kadro verilmesine ilişkin geçmiş düzenlemeden yola çıkılarak hukuki dayanak açıklanmıştır. Son olarak söz konusu uygulamanın Anayasa hükümleri karşısında hukuki değerlendirmesi yapılmıştır.

I. ASIL İŞVEREN VE ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ

İşverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklar, kapsamlı bir şekilde 4857 sayılı İş Kanunu'nda² (4857 sayılı Kanun) düzenlenmiştir. Kanunda; bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişki ise iş ilişkisi olarak tanımlanmaktadır³.

4857 sayılı Kanun'da işveren, yalnızca bu tanımla sınırlı bir şekilde kendine yer bulmamakta; asıl işveren ve alt işveren ayrımı yapılmak suretiyle iş ilişkileri açısından detaylandırılmaktadır. Kanun'da asıl işveren-alt işveren ilişkisi; bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişki şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Kanunda yer alan alt işveren terimi, yaygın olarak kullanılan taşeron teriminin karşılığı olarak kullanılmaktadır⁵. Zira taşerona ilişkin literatürde yapılan tanım, alt işverene ilişkin Kanunda belirtilen temel unsuru karşılamaktadır. Nitekim terimler sözlüğünde yer alan genel bir tanımlamaya göre taşeron; büyük bir işi yapmayı üstlenen bir üstenciden iş alan, işin herhangi bir bölümünü onun hesabına yapan ikinci, küçük üstenci olarak tanımlanmaktadır⁶.

Alt işveren aracılığıyla iş yaptırma, 4857 sayılı Kanunda yer almak suretiyle kanuni bir dayanağa sahip olmakla birlikte iş hukukunda istisna bir iş görme yöntemi olarak dikkate alınmaktadır⁷. Zira iş hukukunda asıl olan iş görme yön-

² 10/06/2003 tarihli ve 25134 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³ Madde 2/1.

⁴ Madde 2/6.

⁵ Gazanfer Kaya, "Kamudaki Taşeron İşçiler Üzerine Bir Alan Araştırması: Adıyaman Örneği", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, C. 14, S. 55, s. 258.

⁶ Ali Püsküllüoğlu, *Arkadaş Türkçe Sözlük*, Arkadaş Yayınları, Ankara, 1997, s. 1024.

⁷ Ali Güzel, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", *Çalışma ve Toplum*, 2004, S. 2004/1, s. 38.

temi; işverenin kendi işyerinde, kendi işçileri ile iş görmesidir⁸. Ancak işverenler ekonomik, teknik ya da başka bazı nedenlerle; özellikle temizlik, bakım-onarım, yemek, servis ve güvenlik gibi yardımcı işlerin görülmesini alt işverene bırakabilmektedir⁹. Bu örneklerin de işaret etmiş olduğu gibi yardımcı iş; işyerindeki mal veya hizmet üretimiyle doğrudan ilişkisi kurulmasa ve üretimin başından sonuna kadarki herhangi bir aşamanın içerisinde doğrudan yer almasa da mal veya hizmet üretimiyle dolaylı bir biçimde ilişkisi olan işler şeklinde tanımlanabilir¹⁰. Bunların yanı sıra tanımlardan da anlaşılacağı üzere alt işveren, asıl işverenin vekili olmayıp burada iş görme sözleşmesi bulunmaktadır¹¹. Nitekim alt işverenin işçilerine karşı iş ilişkisinden kaynaklanan genel yükümlülükleri olan ücretin ödenmesi, koruma ve gözetme, eşit şekilde bulunma gibi yükümlülükleri devam etmektedir¹².

Mevzuatta alt işverene ilişkin tanımlama yalnızca 4857 sayılı Kanun'da yapılmamıştır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda¹³ (5510 sayılı Kanun) alt işveren tanımı "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin bir işte veya bir işin bölümü veya eklentilerinde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği sigortalıları çalıştıran üçüncü kişiye alt işveren denir." şeklinde yapılmıştır¹⁴. 4857 sayılı Kanun'da alt işverenlik ilişkisine yönelik tanımlamanın, 5510 sayılı Kanun'daki tanıma göre daha dar olduğu anlaşılmaktadır. Zira 5510 sayılı Kanun'da aksi belirtilmemesine rağmen 4857 sayılı Kanuna göre bir işyerinde asıl işe ilişkin alt işverenlik anlaşması için söz konusu işin "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" olması ve ayrıca "alt işverenin bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştırması" hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hükümler arasındaki farklılığın temel nedenlerinden biri olarak her iki kanunun kapsamının bazı unsurlar açısından ayrılmış olması değerlendirilebilir. 5510 sayılı Ka-

⁸ Güzel, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", s. 38.

⁹ Ali Kemal Sayın, "Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 2015, S. 69 - 2015/2, s. 63.

¹⁰ Nuri Çelik vd. *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 34. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 98.

¹¹ İbrahim Aydın, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 183.

¹² Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 20.

¹³ 16/06/2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁴ Madde 12/6.

nun'un kapsamı¹⁵ "Sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri, işverenleri, sağlık hizmeti sunucularını, bu Kanunun uygulanması bakımından gerçek kişiler ile her türlü kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği olmayan diğer kurum ve kuruluşları kapsar." şeklinde belirlenerek Kanun'un kapsamına ilişkin bir istisna getirilmemiştir. 4857 sayılı Kanun'da ise Kanun hükümlerinin uygulanması noktasında; deniz ve hava taşıma işleri, 50 ve daha az işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerleri ve işletmeler gibi bazı unsurlara yönelik Kanun'un uygulanmayacağına ilişkin istisna hükümleri¹⁶ konulmuştur. Dolayısıyla sosyal sigorta kapsamındaki tüm kesimleri kapsayan 5510 sayılı Kanun, alt işverenliği belirli kesimler için zorlaştırmamak adına daha geniş bir şekilde tanımlamış; bazı istisnaların getirilmesiyle bazı unsurların Kanun'a tâbi olmaması dolayısıyla buradaki esnekliği dikkate alarak 4857 sayılı Kanun alt işveren ilişkisini ilave koşullarla tanımlamış olarak değerlendirilebilir. 5510 sayılı Kanun ve bahse konu alt işveren tanımına ilişkin maddesi, 4857 sayılı Kanun'dan daha sonra kanunlaşmasına¹⁷ rağmen amaç maddesindeki "İşverenler ile bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştırılan işçilerin çalışma şartları ve çalışma ortamına ilişkin hak ve sorumluluklarını düzenlemek" hüküm dolayısıyla alt işverenlik ilişkisine yönelik tanımlamada, 4857 sayılı Kanun'u dikkate almak hukuken uygun olacaktır. Zira amaç maddesinden de anlaşılacağı üzere konuya ilişkin 4857 sayılı Kanun, 5510 sayılı Kanun'a göre özel kanun olarak değerlendirilebilecektir.

4857 sayılı Kanun'un alt işverenlik hususunda özel kanun olarak değerlendirilmesi, Alt İşverenlik Yönetmeliği'nden¹⁸ de teyit edilmektedir. Zira söz konusu Yönetmelik 5510 sayılı Kanun yerine 4857 sayılı Kanun'a dayanarak çıkarılmıştır¹⁹.

Alt İşverenlik Yönetmeliği, 4857 sayılı Kanun'da tanımı yapılan alt işverenlik ilişkisinin tarafları olan asıl ve alt işvereni ayrıca tanımlamıştır. Şöyle ki alt işveren; bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan

¹⁵ Madde 2.

¹⁶ Bkz. Madde 4.

¹⁷ 4857 sayılı Kanun hükmü 2003 yılında, 5510 sayılı Kanun hükmü ise 2006 yılında yayımlanmıştır.

¹⁸ 27/09/2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁹ Alt İşverenlik Yönetmeliği madde 2.

kurum ve kuruluşlar olarak tanımlanmıştır²⁰. Asıl işveren ise; işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar şeklinde tanımlanmıştır²¹.

4857 sayılı Kanun'da asıl işveren-alt işveren ilişkisine ilişkin yapılan tanım- da yardımcı işlerin yanı sıra işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde asıl işin bir bölümü için de bu ilişkinin kurulabileceği belirtilmekteydi. Alt İşverenlik Yönetmeliği'nde asıl işin bir bölümüyle kastedilen husus, daha açık belirtilmiştir. Buna göre asıl iş ancak bölünerek alt işverene verilebilir²².

Yine Kanun'da asıl işin bir bölümünün ancak işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren hallerde alt işverene yaptırılabilmesine ilişkin sınırlandırmalar Yönetmelik'te de yinelenmiştir²³. Bununla birlikte Yönetmelik'te "işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren iş" ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre söz konusu iş; mal veya hizmet üretiminin zorunlu unsurlarından olan, işin niteliği gereği işletmenin kendi uzmanlığı dışında ayrı bir uzmanlık gerektiren iştir²⁴.

Sonuç olarak alt işverenlik ilişkisinin kurulabilmesi için şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Alt işveren işin sadece bir kısmını almalı, dolayısıyla işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işveren mevcut olmalı,
- Asıl işverenin işyerinde işin bütününe yapılmasını başka bir işverene devretmemiş olmak suretiyle işyerinde işveren kimliğini korumalı,
- Alt işveren, asıl işverenin işyeri veya eklentilerinde mal veya hizmet üretiminde bulunmalı, dolayısıyla işçilerini asıl işverene ait işyerinde çalıştırmalı,
- Alt işveren, asıl işverenden aldığı iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde çalıştırmalı,

²⁰ Alt İşveren Yönetmeliği madde 3/1-a.

²¹ Alt İşveren Yönetmeliği madde 3/1-ç.

²² Madde 4/1-b.

²³ Madde 4/1-b.

²⁴ Madde 11/1.

- Alt işveren işçilerini, asıl işverenin işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin “yardımcı işlerde” veya “asıl işin bir bölümünde” çalıştırılmalı ve alt işverenin yaptığı işin asıl işverenin işinin “tamamlanmasına yardımcı” olan bir iş olmalıdır²⁵.

Yukarıda belirtilen şartlardan sonuncusunun da bir gereği olarak alt işverene verilen iş, asıl işe bağımlı ve asıl iş sürdüğü müddetçe devam eden bir iş olmalıdır²⁶.

Asıl işverenin mal veya hizmet üretimini, işçi çalıştırmaksızın bizzat kendi gerçekleştirmesi gibi kendisine bağlı işçi çalıştırmaması durumlarında, alt işverenlik ilişkisi kurulamamış olacağından dolayı söz konusu sözleşme; işin duruma göre eser, taşıma veya kira sözleşmesi olarak kabul edilecektir²⁷.

Bu şartların yanı sıra alt işverenlik ilişkisinin geçerliliği konusunda, alt işverenin şahsına ilişkin ilave bir koşul da bulunmaktadır. Buna göre alt işveren daha önce asıl işverene ait alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu işyerinde çalıştırılan bir kimse olmamalıdır²⁸. İşverenlerin risklerini veya maliyetlerini azaltma gibi amaçlarla alt işverenlik imkânını kötüye kullanmalarının önüne geçme gibi iyi niyetli bir yaklaşımla getirilen bu sınırlamaya; sözleşme, çalışma, çalıştırılma ve ekonomik özgürlüğü engellemesi ve anayasal eşitliğe aykırılık teşkil etmesi konularında eleştiriler yöneltilmektedir²⁹. Bununla birlikte söz konusu işyerinde çalıştırılan işçinin, tüzel kişi şirketin ya da adi ortaklığın hissedarı olmasının, alt işveren ilişkisi kurmasına engel olmayacağına ilişkin mevzuat hükmü de bulunmaktadır³⁰. Dolayısıyla asıl işverende daha önce çalışan bir kimsenin, alt işveren şirkette yönetici olmayıp yalnızca hissedar olması, söz konusu ilişkinin kurulmasına mani olmamaktadır.

Alt işverenlik ilişkisine ait sınırlandırıcı bir başka hüküm, asıl işin bir bölümünde iş alan alt işverenin, üstlendiği işi bölerek bir başka işverene veremesidir³¹. Bu sınırlamanın yalnızca alt işveren tarafından asıl işin bir bölümünün görülmesi durumuna ilişkin olması ve yardımcı işlerde mevzuatta buna benzer

²⁵ Sayın, “Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar”, s. 64-66.

²⁶ Alt İşveren Yönetmeliği madde 4/1-ç.

²⁷ Aydın, 2021, s. 183.

²⁸ Alt İşveren Yönetmeliği madde 4/1-d.

²⁹ Mustafa Kılıç - Mehmet Merve Özyayın, “Türkiye’de Alt İşveren Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 2022, C. 13, S. 1, s. 92-93.

³⁰ Alt İşveren Yönetmeliği madde 4/1-d.

³¹ Alt İşveren Yönetmeliği madde 11/4.

bir sınırlama olmaması dolayısıyla yardımcı işlere ilişkin alt işverenlik ilişkisinde alt işverenin söz konusu işin bir bölümünü bir başkasına devredebileceği kanaatine varılabilir. Bunun yanı sıra alt işverene verilen işin asıl iş de olsa bölünmesinin bir bütün olarak başka bir alt işverene devredilmesi ise mümkün görülmektedir³². Zira bu durumda alt işverenin, asıl işverenin rızasını almak kaydıyla aldığı işi bir bütün olarak başka bir işverene devretmesi halinde zincirleme dolayısıyla birden fazla alt işverenlik sözleşmesi olmayacağı, iş bölünmediği için o iş için tek bir alt işveren bulunduğu ve ilişkinin devrinin söz konusu olacağı kabul edilmektedir³³. Böylece alt işverenlik ilişkisi, asıl işveren ile alt işverenden işi tamamıyla devralan ikinci alt işveren arasında kurulmuş olmaktadır³⁴. Bununla birlikte alt işverenden işi devralan yeni işverenin alt işveren sayılabilmesi için Kanunda aranan alt işverenlik şartlarını sağlaması gerekmektedir³⁵.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulması, yeni bir işyeri kurulması olarak değerlendirilmektedir³⁶. Bu itibarla alt işveren, kendi işyeri için yeni bir tescil işlemi gerçekleştirmektedir³⁷. Söz konusu tescil için ise işyeri bildirgesinin yanı sıra alt işverenlik sözleşmesi ve ekleri de ilgili mercilere sunulmaktadır³⁸. Bununla birlikte tescil için ilgili mercilere sunulan belgelerde 4857 sayılı Kanun'a aykırılık veya yeterli delillerin bulunması üzerine yapılacak teftiş neticesinde muvazaanın tespitinde bulunulması ve bu tespite ilişkin işverenlerce yargı yoluna gidilerek itiraz ve akabinde temyiz başvurusu üzerine yargıda da muvazaalı işlemin tespitinin onanmış olması durumunda, tescil işlemi iptal edilmektedir³⁹. Bu durumda alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılmaktadır⁴⁰. Böylece alt işverenin işçileri, asıl işveren işyerinde imzalanacak toplu iş sözleşmesinden de yararlanılabilecektir⁴¹. Kamu asıl işvereni, baştan

³² Betül Erkanlı, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 18, S. 1, s. 104.

³³ Erkanlı, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", s. 104.

³⁴ Erkanlı, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", s. 104.

³⁵ Ercan Akyiğit, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 47.

³⁶ Alt İşveren Yönetmeliği madde 5/3.

³⁷ Alt İşveren Yönetmeliği madde 5/2 ve madde 7.

³⁸ Alt İşveren Yönetmeliği madde 6.

³⁹ 4857 sayılı Kanun madde 3/2.

⁴⁰ 4857 sayılı Kanun madde 3/2.

⁴¹ İrem Çelik, *Sendikal Örgütlenmede İşkolunun Belirlenmesi*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 143.

itibaren asıl işveren işçisi olarak işlem görecektir işçilere, daimi işçi statüsünde çalışan işçilerin almış olduğu ücret ve diğer alacak taleplerini oluşacak ücret farkları ile birlikte ödemekle yükümlü hale gelecektir⁴². Bunlar da alt işverenlik ilişkisine yönelik düzenlenebilecek aldatıcı belge ve uygulamalara karşı ciddi bir yaptırım olarak dikkat çekmektedir.

Bunlarla birlikte teftiş raporlarında tespit edilen muvazaalı iddiasına ilişkin yargıya itiraz noktasında, asıl işverenin özel ya da kamu kurumu olmasına göre bir farklılık da bulunmaktadır. Şöyle ki kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunlu iken özel şirketlerin yargı yoluna başvurup başvurmaması kendi takdirindedir⁴³. Böyle bir farklılık da kamu otoritesinin güvenilirliğini sağlama açısından önem arz etmektedir. Zira kamu otoritesinin asıl işveren olarak kendisinin de içinde bulunduğu işleme yönelik muvazaalı iddiasına karşı yargı yoluna giderek söz konusu işleminde muvazaalı bulunmadığını ortaya koyması beklentisiyle güvenilirliğini koruması amaçlanmıştır. Nitekim yargılama neticesinde çıkacak aksi bir karar, söz konusu güvenilirliği ciddi bir biçimde zedeleyecektir. Alt İşveren Yönetmeliği'nde alt işverenliğe ilişkin tescilin iptali şeklinde aleyhine yaptırım hükmü bulunan muvazaalı işlem, 4857 sayılı Kanun ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda⁴⁴ daha ciddi yaptırımlara tâbi tutulmuştur. 4857 sayılı Kanun uyarınca söz konusu muvazaalı işleme karşı, asıl işveren ile alt işveren veya vekillerine ayrı ayrı on bin TL para cezası verilir⁴⁵. Söz konusu para cezası, yeniden değerlendirme oranlarıyla artırıldığında 2022 yılı için 47.409 TL hesaplanmaktadır. Ayrıca Kamu İhale Kanunu'nda, alt işverenlik ilişkisinde muvazaalı kararının kesinleşmesi ve buna istinaden kamu idaresi aleyhine zarar ortaya çıkması durumunda, oluşan zararın, bu zarara neden olduğu tespit edilen kişilere rücu edileceği hüküm altına alınmıştır⁴⁶. Söz konusu Kanun'daki yaptırımlar bununla da sınırlı değildir. Bu kişiler hakkında uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere bu kişilere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para cezası uygulanmaktadır⁴⁷. Ayırı-

⁴² Ömer Ekmekçi - Esra Yiğit, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 160-162.

⁴³ 4857 sayılı Kanun madde 3/2.

⁴⁴ 22/01/2002 tarihli ve 24648 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴⁵ Madde 98/1.

⁴⁶ Ek madde 8/3.

⁴⁷ Kamu İhale Kanunu ek madde 8/3.

ca 4857 sayılı Kanun'la muvazaa isnadına karşı itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmakla yükümlü tutulan kamu idaresinin ilgili sorumluları, buna aykırı eylemlerinde her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası yaptırımına maruz kalmaktadır⁴⁸.

Tüm bu hükümlerden; alt işverenlik ilişkisindeki muvazaaya ilişkin genel olarak ciddi yaptırımların öngörüldüğü, bununla birlikte söz konusu ilişkinin tarafının kamu idaresi olması durumunda söz konusu idarenin sorumluları hakkında ilave yaptırımlara hükmedilerek kamu kurumları için muvazaaya karşı daha yüksek hassasiyet gözetildiği anlaşılmaktadır.

II. KAMU KURUMLARININ ALT İŞVERENLERLE ÇALIŞMA GEREKÇELERİ

Kamu kurumlarında farklı statüde personel istihdamı söz konusudur. Bu statüler; devlet memurları (657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tâbi), akademik personel (2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tâbi), askeri personel (926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tâbi), hâkim-savcılar (2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa tâbi), sözleşmeli personel (7/15754 sayılı Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslara tâbi), Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT) personeli (399 sayılı KİT Personel Rejiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye tâbi), sürekli işçiler ve belediye şirket işçileri (4857 sayılı Kanuna tâbi) olarak sayılabilir. Bunlar dışında kamu kurumları, kamuoyunda taşeron firma olarak bilinen alt işverenlere de iş gördürebilmektedir.

1990'lı yıllardan itibaren "açıktan atama izni" sınırlamasıyla kamu kurumlarının memur alımlarına sınırlama getirilmiş ve kurumlar önce geçici işçi alımına, sonra sözleşmeli personel alımına ve son olarak da alt işveren eliyle istihdama yönlendirilmiştir⁴⁹.

Kamu kurumlarının alt işveren niteliğine sahip firmalarla çalışmalarında, kurumdan kuruma ya da dönemden döneme farklı nedenler olabilmektedir.

Teknolojik gelişmeler, firmalarda ve kamu kurumlarında uzmanlık ihtiyacını artırmakta; özellikle teknoloji yoğun hizmetler, maliyet ve zaman tasarrufunu sağlamak amacıyla uzman firmalara bırakılarak etkinlik ve kalite artışı hedef-

⁴⁸ Kamu İhale Kanunu ek madde 8/3.

⁴⁹ Kalkınma Bakanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023): Kamuda İnsan Kaynakları Yönetimi Çalışma Grubu Raporu*, Ankara, 2018, s. 12.

lenmektedir⁵⁰. Kamu kurumları özellikle son yıllarda teknolojik gelişmelerin çok hızlanması neticesinde, teknoloji kullanımı gerektiren faaliyetlerinde çalışacak personeli istihdam etme ya da mevcut personelini bu konuda eğitme konusundaki gecikmeleri yaşamamak ve hizmet kalitesini düşürmemek için bu alanlarda alt işveren firmalarla çalışma yolunu tercih etmektedir. Kamuya personel alımındaki sürecin uzun olması karşısında, teknolojik gelişmelere adapte olmak için gerekli sürenin oldukça azalması da bu alanlarda alt işveren firmayla çalışma talebini artırmaktadır.

Kamu kurumlarına bütçeyle tahsis edilen kadroların sınırlı olması, kamu kurumlarının belirli faaliyetlerini hizmet alımıyla görmesine neden olmaktadır. Böylece hizmetlerde yaşanabilecek kalite noksanlığı ve gecikmelerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Kadro sınırının yanı sıra kamu işçilerinin ücretlerinin yüksek olması karşısında, teknoloji alanı gibi istisnai durumlar dışında özel firma çalışanlarının daha düşük ücretle çalışması dolayısıyla kamu kurumları, bütçeye daha az yük olması nedeniyle alt işverenlerle çalışabilmektedir.

Bazı hizmetlerin kamu kurumları için geçici bir süreyle yapılacak olması ve sonrasında söz konusu hizmetlere ve dolayısıyla o konuda çalışan işçilere ihtiyaç kalmayacak olması dolayısıyla bu gibi hizmetlerin alt işveren çalışanlarınca yerine getirilmesiyle ileride oluşabilecek atıl istihdamın önüne geçilmek suretiyle kaynak kullanımında etkinlik hedeflenmektedir.

III. ALT İŞVERENE BAĞLI İŞÇİLERİN KAMU KADROLARINA ALINMASINA YÖNELİK HUKUKİ DAYANAK

Sözleşmeye bağlı olarak alt işveren konumundaki firmaların kamu kurumlarında görev alan işçilerinin sürekli işçi kadrolarına alınması, 375 sayılı “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”⁵¹ (375 sayılı KHK) ile

⁵⁰ Muzaffer Koç, “Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 2016, C. 4, S. 2, s. 80.

⁵¹ 30/06/1989 tarihli ve 20211 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

uygulama alanı bulmuştur. Söz konusu uygulama, 375 sayılı KHK'ye 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin⁵² (696 sayılı KHK) 127'nci maddesiyle eklenen geçici 23, 24 ve 25'inci maddelerinde hüküm altına alınmıştır.

Bu maddelerde kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeleri kuruluşlarda; ödemeleri merkezi yönetim, sosyal güvenlik kurumu, fon, kefalet sandığı, yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı, gençlik hizmetleri ve spor il müdürlüğü bütçelerinden veya döner sermaye bütçelerinden, 375 sayılı KHK'ye ekli I sayılı liste kapsamındaki diğer idareler için ise kendi bütçelerinden karşılanan 4734 sayılı Kanun ve diğer mevzuattaki hükümler uyarınca personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alım sözleşmeleri kapsamında yükleniciler tarafından 4/12/2017 tarihi itibarıyla çalıştırılmakta olanlar çalışanlara;

- “657 sayılı Kanununun 48'inci maddesinin (A) bendinin (1), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı alt bentlerinde belirtilen şartları taşımak,
- Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik, yaşlılık veya malullük aylığı almaya hak kazanmamış olmak,
- Bu kapsamda çalıştırılmalarına ilişkin olarak açtıkları davalardan ve/veya icra takiplerinden feragat edeceğine dair yazılı beyanda bulunmak,
- En son çalıştığı idare ile daha önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işveren işçisi olarak çalıştığı iş sözleşmelerinden dolayı bu madde ile tanınan haklar karşılığında herhangi bir hak ve alacak talebinde bulunmayacağını ve bu haklarından feragat ettiğine dair yazılı bir sulh sözleşmesi yapmayı kabul ettiğini yazılı olarak beyan etmek”

koşuluyla çalışmakta olduğu kamu idaresinin hizmet alım sözleşmesinin yapıldığı birimine, sürekli işçi kadrolarında istihdam edilmek üzere yazılı olarak başvurabilme imkânı getirilmiştir.

Söz konusu kadrolara 375 sayılı KHK'nin geçici 23 ve 24'üncü maddeleri uyarınca; 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri (MİT Müsteşarlığı hariç) ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, 375 sayılı KHK'ye ekli (I) sayılı listede yer alan idarelerin merkez ve taşra teşkilatları ile il özel idareleri ve belediyeler ile bağlı kuruluşlarında ve bunların üyesi olduğu mahalli idare birliklerinde, birlikte veya ayrı ayrı sermayesinin

⁵² 24/12/2017 tarihli ve 30280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

yarısından fazlası il özel idareleri, belediyeler ve bağlı kuruluşlarına ait şirketlerde çalışanların başvurabilmesine hükmedilmiştir.

375 sayılı KHK'nin geçici 25'inci maddesinde de geçici 23 ve geçici 24'üncü maddeler kapsamına giren hususlara ilişkin usul ve esaslar ile bu maddelerin uygulanmasında ortaya çıkacak tereddütleri giderecek idarelerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Maliye Bakanlığınca müştereken belirleneceğine ilişkin hüküm altına alınmıştır.

Bu düzenlemelerle alt işverenlere bağlı; merkezi yönetimde çalışan yaklaşık 400 bin personel sürekli işçi kadrolarına, yerel yönetimlerde çalışan yaklaşık 450 bin personel ise belediye şirketlerinde işçi statüsüne geçirilmiştir⁵³.

IV. ALT İŞVEREN ÇALIŞANLARININ KAMU KADROLARINA ALINMASININ ANAYASA HUKUKU KAPSAMINDA ANALİZİ

A. Normlar Hiyerarşisi ve Anayasa'nın Üstünlüğü

Modern devlet anlayışı, hukukun üstünlüğü görüşüne dayanır ve Thomas Hobbes'la beraber bu görüşün temel amacı, devletin kuruluş amacı birbiriyle rekabet içinde olan iradeleri denetlemektir⁵⁴.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü, toplum ve devlet hayatında hukuk ilkelere bağlılığı, ideal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki mesafeyi kapatma niyetini ve hedefini ifade etmektedir⁵⁵. Bu hedefi gerçekleştirmede pozitif bir hukuk kuralı olan Anayasa'nın üstünlüğü ve normlar hiyerarşisi temel bir rol oynamaktadır⁵⁶.

Normlar hiyerarşisi, hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemektedir⁵⁷. Pozitif hukukun bir teorisi olan normlar hiyerarşisine göre normlar arasında bir eşitliğin aksine hiyerarşi bulunmaktadır⁵⁸. Hukuk düzeni bir piramit ola-

⁵³ Kalkınma Bakanlığı, 2018, s. 48.

⁵⁴ Mustafa Yaylalı, "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, 2018, Y. 23, S. 91-92, s. 97.

⁵⁵ Yaşar Karayalçın, "Hukukun Üstünlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1992, C. 47, S. 3, s. 212.

⁵⁶ Karayalçın, "Hukukun Üstünlüğü", s. 212.

⁵⁷ Erdal Kuluçlu, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, 2009, S. 71, s. 3.

⁵⁸ Metin Şahin, "Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması", *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), 2014, s. 40, 43.

rak kabul edilirse bu piramit; anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden oluşan birden çok normun varlığını temsil etmektedir⁵⁹. Farklı kademelerde bulunan normlar arasında astlık ve üstlük ilişkisi söz konusu olmakta ve her norm geçerliliğini bir üst hukuk normundan almaktadır⁶⁰. Genel ve soyut olan normlar hiyerarşiye göre altlarında bulunan daha somut normların belirginleşmesi işlevini görmekte olup somut normlar üstte yer alan soyut olan normlara aykırı olmamak suretiyle yukarıdan aşağıya doğru bir uyum sağlamaktadır⁶¹.

Normlar hiyerarşisi olarak ifade edilen bu sıralamayla hukuk kuralları aracılığıyla sağlanmak istenen toplumsal ahengin, hukuk düzeni içinde de geçerli olması hedeflenmektedir⁶². Aksine kendi içinde uyumu yakalayamamış ve uygulama açısından da tereddütlerle dolu hukuk normlarının mevcudiyeti durumunda, bu normların kendisinden beklenen sonuçları ortaya koyması, dolayısıyla toplumsal uyumu temin etmesi zor bir hâl olacaktır⁶³.

Normlar hiyerarşisine göre birinci sırada Anayasa, Anayasa Mahkemesi kararları, anayasa teamülleri, temel haklara ilişkin uluslararası anlaşmalar; ikinci sırada temel haklar dışındaki uluslararası anlaşmalar; üçüncü sırada kanunlar, içtihadı birleştirme kararları; dördüncü sırada Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan tüzükler, beşinci sırada Bakanlar Kurulu kaide kararnameleleri, altıncı sırada Başbakanlık, bakanlar ve kamu tüzel kişiliklerinin çıkardığı yönetmelikler belirtilebilmekteydi⁶⁴. Cumhurbaşkanlığı sistemiyle birlikte normların sıralamasında Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan tüzük ve kaide kararnamelelerinin yerini Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin, Başbakanlık yönetmeliklerinin yerini ise Cumhurbaşkanlığı yönetmeliklerinin almış olduğu değerlendirilebilir.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleleri normlar hiyerarşisinde kanunlardan sonra gelmekle birlikte olağan üstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin kanunlardan

⁵⁹ Kuluçlu, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", s. 3-4.

⁶⁰ Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 283.

⁶¹ Ender Ethem Atay, "Normlar Hiyerarşisi, Erklar Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri, 2008, s. 310.

⁶² Mustafa Yaşar Demircioğlu, "Düzenleyici İşlemin Konusunun Gayrimeşru Olması", *TBB Dergisi*, 2016, S. 126, s. 182.

⁶³ Kuluçlu, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", s. 3.

⁶⁴ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 86.

daha üst normu teşkil edeceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Anayasa hükmü⁶⁵ uyarınca olağanüstü hal Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kanun hükmünde olmasına rağmen bu görüşün dayandığı temel gerekçe, yine Anayasa hükmü⁶⁶ uyarınca söz konusu kararnamelerin Anayasa denetimi dışında tutulmasıdır⁶⁷.

Normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alması dolayısıyla diğer hukuk normlarının Anayasa'ya uygun olması gerekmektedir. Bu da Anayasa'nın üstünlüğünün bir göstergesi olup bu itibarla çalışma konusunu teşkil eden düzenleme olan kanun hükmünde kararnameler de Anayasa'ya uygun olarak çıkarılmalıdır.

B. Kadro Düzenlemesinin Anayasa Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirmesi

Anayasa'nın 10'uncu maddesinde "Kanun önünde eşitlik" hükümlerine yer verilmiştir. Maddenin beşinci fıkrası uyarınca, devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır. Maddenin dördüncü fıkrasında "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz." hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte 2010 yılında aynı maddeye üçüncü fıkra olarak "Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." hükmü ilave edilmiştir. Dolayısıyla eşitlik ilkesi ancak pozitif ayrımcılık kapsamında değerlendirilebilecek olan üçüncü fıkrada bahsi geçen kişiler lehine olabilecek şekilde istisnaya tâbi tutulabilecektir. Bunun dışında dördüncü fıkra hükmünde de belirtildiği üzere hiçbir kimseye eşitliğe aykırılık teşkil edebilecek bir imtiyaz tanınamayacaktır.

"Kanun önünde eşitlik" hükümlerinin Anayasa hükmü olması dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu hususa yaklaşımı önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi muhtelif davalara yönelik vermiş olduğu kararlarda, Anayasa'nın 10'uncu maddesinin; herkese her zaman aynı kuralın uygulanması anlamına gelmediğini; eşitlik anlayışının, hukuksal eşitlik olduğunu yani eşit durumdakilere eşit davranılmasını ancak eşit olmayan konumda bulunanlara da farklı davranılmasını öngördüğünü belirtmektedir⁶⁸. Bununla birlikte "kanun önünde eşitlik" hükümlerinin uygulamasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin daha detaylı bir yo-

⁶⁵ Madde 119/6.

⁶⁶ Madde 148/1.

⁶⁷ Yasin Aydoğdu, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı İşlemleri", *Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2019, Y. 9, S. 1, s. 91.

⁶⁸ Jülide Gül Erdem, "Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği", *Akademik Hassasiyetler*, 2017, C. 4, S. 8, s. 28.

rumu, karara bağlamış olduğu bir davada⁶⁹ kaydetmiş olduğu açıklamalarından anlaşılmaktadır. Söz konusu açıklamalarda Mahkeme ancak “haklı neden” ve “kamu yararı” gibi unsurların varlığı halinde kişiler arasında yapılan ayrımcılığın “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırılık oluşturmayacağı yorumunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin bahse konu Kararındaki açıklaması özetle “Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının anlam ve öneminin tüm ağırlığını taşıyan ‘haklı neden’ ve ‘kamu yararı’ kavramlarına, öğretide eşitliği bozduğu ileri sürülen sınıflandırma ya da ayırımın a) Anlaşılabilir, b) Amaçla ilgili, c) Mâkul ve adil olması ölçütleriyle hukuksal biçim ve içerik kazandırılmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi halinde de Anayasa kurallarına aykırı hale gelebilirler.”⁷⁰ şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu açıklamalarından, bir düzenlemenin “kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırılık oluşturmaması için “haklı neden” ve “kamu yararı” unsurlarının varlığını aradığı anlaşılmaktadır. Bunların varlığı için de Anayasa Mahkemesi düzenlemenin anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması gerektiğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu ölçütleri, alt işveren çalışanlarının kamu kadrolarına alınmasına yönelik düzenlemeye uygulandığında, bu düzenlemenin “kanun önünde eşitlik” hükümlerine aykırılık teşkil etmiş olduğu değerlendirilmektedir. Zira alt işveren çalışanlarına tanınan kadrolarda mevcut durumda istihdam edilmekte olan kamu işçileri bu kadrolara eğitim durumlarına göre sınavla ya da noter huzurunda çekilen kura ile atanırken⁷¹ alt işveren çalışanlarından bu kadrolara atanmalar herhangi bir sınav ya da

⁶⁹ AYM, E. 1991/24, K. 1991/40, 31/10/1991.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi, *Kararlar Dergisi*, 1993, C. 2, S. 27, s. 636.

⁷¹ 09/11/2018 tarihli ve 30590 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelikle değiştirilmiş olan 09/08/2009 tarihli ve 27314 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Madde 10/1: “Kamu kurum ve kuruluşlarının önlisans ve lisans düzeyindeki işçi talepleri KPSS puanıyla, aynı eğitim düzeyindeki münhasıran engelli işçi talepleri EKPSŞ puanıyla; ortaöğretim ve daha alt eğitim düzeyindeki işçi talepleri ile temizlik hizmetlerinde, güvenlik ve koruma hizmetlerinde, bakım ve onarım hizmetlerinde, eğitim şartı aranmaksızın kömür ve maden işletmelerinin yeraltı işlerinde çalıştırılacaklara ilişkin taleplere gönderilecek adaylar ise noter huzurunda çekilecek kura ile belirlenir.”

kuraya tâbi olmaksızın bu kadrolara atanmaktadır. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin aramış olduğu "adil olma" unsurunu karşılamamaktadır. Aynı şekilde alt işveren çalışanlarının sınavsız ve kurasız bir şekilde bu kadrolara atanması, herhangi bir alt işverende çalışmayan ancak söz konusu kamu kadrolarına atanmak için sınavlara girmekte olan adaylar için haksız rekabet oluşturmaktadır. Bu husus dikkate alındığında da söz konusu uygulamanın "makul ve adil" olmamasının yanı sıra "haklı neden" unsurunu karşılamadığı değerlendirilmektedir. Nitekim söz konusu kadrolara atanmayı bekleyen pek çok kişi var iken kamu idarelerinin personel ihtiyacı nedeniyle alt işverendeki çalışanları kadroya alma gibi bir gerekçeye başvuramayacağı ortadadır. Ayrıca söz konusu ihtiyacın hâlihazırda alt işveren aracılığıyla yerine getirilmiş olması sebebiyle böyle bir gerekçe bu açıdan da makul görülmeyecektir.

Bunların yanı sıra bahse konu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin aramış olduğu "kamu yararı" unsurunu da ihtiva etmemekte, aksine mevcut duruma göre kamu bütçesine ilave maddi bir yük getirmek suretiyle kamu yararı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira alt işverene bağlı işçilere ödenen ücret, işin mahiyetine göre değişmekle birlikte yaklaşık olarak asgari ücret tutarıdır. Ancak söz konusu işçilerin kadroya alınması durumunda kamu işçisi olarak almaya hak kazandıkları ücret, asgari ücretin üzerinde olmaktadır. Dolayısıyla aradaki ücret farkı, kadroya alınan işçi sayısına paralel bir şekilde bütçe yükünü artırmaktadır.

Ayrıca kamu kurumlarının alt işveren statüsündeki firmalarla anlaşmasının temel gerekçesi, firmalara yaptırılan işin, istisnalar olmakla birlikte genellikle kamunun asli işi olmaması ya da geçici bir süreyle sınırlı olması gibi gerekçelerle kamunun kendi personeliyle iş yapmasının rasyonel olmamasıdır. Dolayısıyla alt işverenlere yaptırılan söz konusu işler ve bu itibarla buna ilişkin yapılan ödemeler genellikle belirli bir süreyle sınırlı olabilmektedir. Bu kapsamda çalışanların kadroya alınması durumunda ileride böyle bir işe ihtiyaç kalmadığı durumda, söz konusu personelin başka işlere kaydırılmasıyla tecrübe kazandığı iş dışında çalıştırılmak suretiyle kendilerine ödenen ücretten daha az verim alma riski bulunmaktadır. Bu hususların gerçekleşmesi ise bütçeden çıkan kaynağın verimli kullanılmaması bakımından kamu yararına aykırılık oluşturacaktır.

Mesai ücretleri konusunda kamu bütçesindeki sınırlamalar karşısında, fazla mesai ağırlıklı hizmetlerde hizmet kalitesi sorunu yaşamamak ve daha uygun maliyetle işi yaptırabilmek amacıyla da kamu kurumları alt işverenlerle çalışabilmektedir. Alt işveren çalışanlarının kadroya alınması bir yandan bu işlerin gereği gibi yerine getirilmesinde sorunlar oluşturabilirken diğer yandan ise fazla

mesai ağırlıklı olmaları dolayısıyla daha fazla maliyet oluşturabilmektedir. Bu da söz konusu uygulamanın kamu yararının aksine sonuç doğuran durumlardan birine örnek teşkil etmektedir.

Tüm bu olumsuz sonuçlara ilave olarak alt işveren çalışanlarının ücretlerinin genel olarak kamu işçilerine göre daha düşük olduğu ve kamu kadrolarına atamaları neticesinde kamudan emekli olmaları dikkate alındığında, bu işçilere daha yüksek emeklilik ikramiyesi ve emeklilik aylıkları ödenmesi, mevcut sosyal güvenlik finansman açığını daha da artıracaktır. Sosyal güvenlik finansman açıklarının nihayetinde bütçeden karşılanacak olması dolayısıyla bu da bütçe yükünü artıran bir unsur olarak dikkate alınabilecektir. Alt işveren çalışanlarının kadroya alınmasının bütçe üzerindeki bu olumsuz etkisi de buna ilişkin düzenlemenin “kamu yararı” doğrultusunda yapılan bir düzenleme olmadığı bir başka göstergesini teşkil etmektedir. Zira bu düzenlemenin; lehine sonuç doğuracak kesim olan kamu kadrosuna geçen ya da geçecek işçi sayısı ile dolaylı ve dolaysız vergiler aracılığıyla bütçe finansmanını sağlamaları nedeniyle ilave bir maddi yük yükleyecek kesim olan ülke nüfusunun neredeyse tamamını kapsayan vatandaşların sayısı karşılaştırıldığında, bu uygulamada kamu yararının varlığı iddia edilemeyecektir. Anayasa madde 10/3’te sayıldığı üzere ancak çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gazilere yönelik böyle bir uygulama kamu yararına aykırılık oluşturmayacaktır. Zira böyle bir durumda söz konusu kimselere yapılan ayrımcılık “makul” ve “haklı neden” kavramları içerisinde değerlendirilebilecektir. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere bahse konu uygulamada ise herhangi bir haklı neden unsuru bulunmamaktadır.

Danıştay da vermiş olduğu kararlarda, kamu idarelerinin uygulamalarında Anayasa’nın kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmalarının önemini vurgulamıştır. Danıştay’ın bir dava kararında⁷² yapmış olduğu “Hukuk Devletinde, idareye tanınan hiçbir yetki sınırsız değildir. İdare, yetkisini, hukuk kurallarına uygun olarak kullanmak zorundadır. Anayasa’nın idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu söyleyen 125’inci maddesi, bu zorunluluğun anayasal kanıtıdır. Anayasa’nın 10’uncu maddesinde öngörülen kanun önündeki eşitlik ilkesi, idarenin yetkisini kullanırken uymak zorunda olduğu söz konusu hukuk kurallarının en önemlilerinden biridir. İdare, idare edilenler yönünden, hak yaratırken ve külfet getirirken bu ilkeye uygun davran-

⁷² Danıştay 7’nci Dairesinin 11/06/2001 tarihli ve K. 2001/2124, E. 2001/1 sayılı Kararı.

makla yükümlüdür.” şeklinde açıklamasıyla⁷³ idarenin hak yaratırken de bu ilkeye uygun davranması gerektiğini açık bir şekilde belirtmektedir. Alt işveren çalışanlarının kadroya alınması, kamuda kadroya atanma açısından bir hak oluştururken bu haktan alt işveren çalışanları dışındakilerin yararlanmaması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere bu durum; adalet, kamu yararı, haklı neden unsurlarının hiçbirini ihtiva etmemektedir. Bu itibarla yukarıda açıklandığı üzere gerek ilgili Anayasa hükümlerinin lafzi yorumları gerekse Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin yorumları dikkate alındığında, alt işveren çalışanlarına kamu kadrosu tahsisine ilişkin düzenlemeler Anayasa’ya aykırı olarak değerlendirilmektedir.

Tüm bunlara ilave olarak Anayasa’nın 70’inci maddesinde “Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” hükmü bulunmaktadır. Alt işveren çalışanlarına kadro verilmesi, bu Anayasa hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır. Zira söz konusu kadrolara alt işveren çalışanlarının atanmasında, görevin gerektirdiği nitelik dışında, o kamu kurumuyla alt işverenlik ilişkisine sahip firmada istihdam edilme gibi başka bir unsur dikkate alınmaktadır. Bu da açık bir şekilde 70’inci madde hükmünün aksine bir uygulamayı içermektedir. Bu maddeyle Anayasa, kamu hizmetine girmeyi herkese tanımakla fırsat eşitliğinin sağlanmasını emretmektedir⁷⁴. Ancak alt işveren çalışanlarına kadro ihdası uygulaması, alt işverenlik ilişkisine sahip firmada çalışmayıp söz konusu kadrolara atanmak isteyenler aleyhine olmak üzere fırsat eşitliğini ortadan kaldırmaktadır. Yalnızca alt işveren çalışanlarına ayrılan kadrolara başvuru yapamayan kişiler, bütçe kısıtı nedeniyle kamu kadrolarının sınırlı olması dolayısıyla başka bir şekilde kamu kadrolarına atanmayabilmekte ve böylece mağdur kesimi temsil etmektedir. Bu gerekçeler dikkate alındığında söz konusu uygulama, Anayasa’nın 70’nci maddesiyle sağlanmak istenen amacın tam aksi bir sonuç doğurmaktadır.

Anayasa madde 148/1’de, “Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasa’ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları

⁷³ Danıştay Başkanlığı, “Danıştay Karar Arama”, <https://karararama.danistay.gov.tr/> (28.09.2022).

⁷⁴ Yasin Sezer, “Kamu Hizmetine Girme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 11, S. 3-4, s. 155.

karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” hükmü bulunmaktadır.

Bu hükümden, olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için gerek şekil gerekse esas bakımından Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmayacağı açık bir şekilde anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Anayasa madde 119/6, “Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104’üncü maddenin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.” hükmünü ihtiva etmektedir.

Bu hükümden ise olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabileceği anlaşılmaktadır. Bu hüküm uyarınca olağanüstü halin gerekli kılmadığı konularda çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin olağanüstü hal dönemlerinde çıkarılsa dahi olağanüstü hal kararnamesi olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Zira Anayasa hükmü, bir kararnamenin söz konusu kapsamda kabul edilebilmesi için konu itibarıyla bir şart koymuş ve kararnameyi olağanüstü halin gerekli kıldığı konuyla sınırlandırmıştır.

Kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarına kadro verilmesine ilişkin düzenleme 375 sayılı KHK’ye eklenen geçici maddelerle yapılmıştır. Bu maddeler ise 696 sayılı KHK’yle 375 sayılı KHK’ye eklenmiştir. 696 sayılı KHK ise bir olağanüstü hal kararnamesidir. Dolayısıyla Anayasa madde 199/6 uyarınca söz konusu Kararname hükümlerinin, olağanüstü halin gerekli kıldığı konulardan olma zorunluğu bulunmaktadır. Alt işveren çalışanlarının kamu kadrolarına atanmasının olağanüstü halin gerekli kıldığı konulardan olmaması nedeniyle söz konusu hükümlerin olağanüstü hal kararnamesi kapsamında değerlendirilmesi hukuken mümkün olmayacaktır. Olağanüstü hal kararnamesi olarak değerlendirilemeyen bu hükümler ise ancak olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda ise bu hükümler Anayasa madde 148/1 hükmü uyarınca şekil ve esas bakımlarından Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamına girmektedir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde izahatı yapıldığı üzere söz konusu hükümlerin Anayasa hükümlerine aykırılığı dolayısıyla iptalinin gerektiği düşünülmektedir. Buna benzer yapılacak düzenlemeler de aynı koşullar altında Anayasa’ya aykırılıktan kurtulamayacaktır. Sonuç olarak tüm idari işlemlerin yanı sıra kanuni düzenlemelerde de hukuk devleti ve hukukun üs-

tünlüğü ilkeleri uyarınca bir pozitif hukuk kuralı olan normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan Anayasa hükümlerine riayet edilmesinin önemi, bu çalışma konusu özelinde de ortaya konulmuştur.

SONUÇ

Politik gerekçelerle gerek iktidar gerekse muhalefet partileri olmak üzere politikacıların geneli kamu kadrolarının genişletilmesi konusunda hemfikir olabilmektedir. Aynı gerekçelerle kamu kurumlarıyla alt işveren ilişkisine sahip firmaların bu kurumlardaki çalışanlarına kadro verilmesi de politik zeminde uzlaşmaya varılan konulardan birini teşkil etmektedir. Ancak politik olarak makul görünen bu husus, hukuki olarak sorunlu bir uygulama alanı olmaktan kurtulmayabilmektedir. Yalnızca söz konusu firmaların kamu kurumlarındaki çalışanlarının düzenleme kapsamında olması, bahse konu sorunun temel nedenidir. Zira kamu kadroları, kamu kaynağının kullanımını ve dolayısıyla bir idari işlem gerektirmektedir. Yalnızca sınırlı bir kesimin bu kadrolardan faydalanmasını mümkün kılan bir idari işlemin dayanağı olan düzenlemenin ise özellikle Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki "kanun önünde eşitlik" hükümlerini karşılama noktasındaki eksikliği, muhtemel bir sonuç olarak belirlemektedir.

Bu bağlamda, konuya ilişkin son yapılan kanuni düzenleme de dikkate alınarak kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarına kadro hakkı verilmesine ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği sonucuna varılmıştır. Söz konusu aykırılık öncelikle Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki "kanun önünde eşitlik" hükümlerinden kaynaklanmaktadır. 10'uncu maddede; devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır. Bahse konu uygulamayla ise kişiler arasında bir ayırım yapılarak yalnızca kamu kurumlarındaki alt işveren firma çalışanlarına kadro hakkı tanınmaktadır. Halbuki kamu kurumlarındaki işçi kadrolarına ilgili mevzuat hükümleri gereği, eğitim durumlarına göre sınavla ya da noter huzurunda kura yöntemiyle atama yapılmaktadır. Alt işveren çalışanlarına kadro hakkı verilmesiyle söz konusu yöntemler atlanarak doğrudan bu işçilere kadro verilmek suretiyle söz konusu kamu işçisi olma talebinde bulunan diğer vatandaşlar arasında eşitsizlik oluşturularak diğer vatandaşlar mağdur edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bir düzenlemenin "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturmaması için "haklı neden" ve "kamu yararı" unsurlarının varlığını

aramakta; bunun için de ilgili düzenlemenin anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olmasının gerektiğini belirtmektedir. Kamu kurumlarındaki alt işverene bağlı işçilere tanınan kadrolarda mevcut durumda istihdam edilmekte olan kamu işçileri, bu kadrolara eğitim durumlarına göre sınavla ya da noter huzurunda çekilen kura ile atanırken alt işveren çalışanlarının herhangi bir sınav ya da kuraya tâbi olmaksızın bu kadrolara atanması, “adil olma” unsurunu karşılamamaktadır. Aynı şekilde alt işveren çalışanlarının sınavsız ve kurasız bir şekilde bu kadrolara atanması, herhangi bir alt işveren firmada çalışmayan ancak söz konusu kamu kadrolarına atanmak için sınavlara girmekte olan adaylar için haksız rekabet oluşturmaktadır. Bu husus da söz konusu uygulamanın “makul ve adil” olmamasının yanı sıra “haklı neden” unsurunu karşılamadığını ortaya koymaktadır. Zira söz konusu kadrolara atanmayı bekleyen pek çok kişi var iken kamu idarelerinin personel ihtiyacı nedeniyle alt işveren çalışanlarını kadroya alma şeklinde olası bir gerekçesinin kabulü mümkün olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi’nin “kamu yararı” unsuru dikkate alındığında da söz konusu uygulama, kanun önünde eşitlik hükümlerine aykırılıktan kurtulamamaktadır. Zira alt işveren işçilerine ödenen ücret, işin mahiyetine göre değişmekle birlikte yaklaşık olarak asgari ücret tutarında olup söz konusu işçilerin kadroya alınması durumunda kamu işçisi olarak almaya hak kazandıkları ücret, asgari ücretin üzerinde olmaktadır. Bu itibarla bahse konu uygulama, aynı hizmetin daha fazla maliyetle yapılmasını, dolayısıyla bütçe yükünü artırmak suretiyle kamu yararının aksine bir sonuç doğurmaktadır.

Ayrıca bu kapsamdaki işçilerin kadroya alınması durumunda ve bahse konu işin kamu idaresinin asli işi olmaması nedeniyle ileride böyle bir faaliyete ihtiyaç kalmaması durumunda, söz konusu personelin başka işlere kaydırılmasıyla tecrübe kazandığı iş dışında çalıştırılmak suretiyle kendilerinden daha az verim alma riski bulunmaktadır. Bu hususların gerçekleşmesi ise bütçeden çıkan kaynağın verimli kullanılmaması bakımından kamu yararına aykırılık oluşturacaktır.

Kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarının kadroya alınmasının, kamu yararına aykırılık teşkil edecek diğer bir nedeni ise sosyal güvenlik finansman açığını artırmasıdır. Zira alt işveren çalışanlarının ücretleri genel olarak kamu işçilerine göre daha düşük olup kamu kadrolarına atamaları neticesinde kamudan emekli olmaları dikkate alındığında, bu işçilere daha yüksek emeklilik ikramiyesi ve emeklilik aylıkları ödenecektir. Mevcut sosyal güvenlik finansman açığını daha da artıracak olan böyle bir sonuç ise sosyal güvenlik finansman açıklarının nihayetinde bütçeden karşılanacak olması dolayısıyla bütçe yükünü

artıracaktır. Dolaylı ve dolaysız vergiler dikkate alındığında ülke nüfusunun neredeyse tamamının katkısı olduğu kamu kaynaklarının, “haklı neden” olmaksızın yalnızca belirli bir kesim için daha fazla kullanılması ise kamu yararının varlığının iddiasını mümkün kılamayacaktır.

Anayasa Mahkemesine benzer şekilde Danıştay da Anayasa’nın 10’uncu maddesinde öngörülen kanun önündeki eşitlik ilkesinin önemini ve idarenin idare edilenler yönünden, hak yaratırken ve külfet getirirken bu ilkeye uygun davranmakla yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Alt işveren çalışanlarının kadroya alınması, kamuda kadroya atanma açısından bir hak oluştururken bu haktan alt işveren çalışanları dışındakilerin yararlanmaması, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere bu durum; adalet, kamu yararı, haklı neden unsurlarının hiçbirini ihtiva etmemektedir. Bu itibarla yukarıda açıklandığı üzere gerek ilgili Anayasa hükümlerinin lafzi yorumları gerekse yüksek mahkemelerin eşitlik ilkesinin uygulanmasına ilişkin yorumları dikkate alındığında, alt işveren çalışanlarına kamu kadrosu tahsisine ilişkin düzenlemeler Anayasa’ya aykırı olarak değerlendirilmektedir.

Anayasa’nın kanun önünde eşitlik hükümlerine aykırılığının yanı sıra alt işveren çalışanlarına kadro verilmesinin, Anayasa’nın 70’inci maddesindeki “Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” hükmüne de aykırı olduğu düşünülmektedir. Zira söz konusu kadrolara alt işveren çalışanlarının atanmasında; eğitim, beceri sertifikası, sağlık durumu gibi görevin gerektirdiği nitelik dışında, o kamu kurumuyla alt işveren ilişkisi bulunan firmada istihdam edilme gibi başka bir unsur dikkate alınmaktadır. Bu unsur ise alt işveren firmada çalışmayıp söz konusu kadrolara atanmak isteyenler aleyhine olmak üzere fırsat eşitliğini ortadan kaldırmaktadır.

Anayasa hukuku çerçevesinde yapılan bu tespitlerin yanı sıra çalışmada, kamu kurumlarındaki alt işveren çalışanlarının kadroya alınmasına ilişkin yapılan son fiili düzenlemenin Anayasa denetim yolu da yorumlanmıştır. Şöyle ki söz konusu düzenleme, bir olağanüstü hal kararnamesi olması dolayısıyla ilgili Anayasa hükmü⁷⁵ uyarınca Anayasa denetimine tâbi görünmemektedir. Ancak yine bir başka Anayasa hükmüne⁷⁶ göre olağanüstü hal kararnameleri ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilmektedir. Kamu kurumla-

⁷⁵ Madde 148/1.

⁷⁶ Madde 199/6.

rındaki alt işveren çalışanlarına kadro imkânı tanıyan uygulamanın, olağanüstü halin gerekli kıldığı konular dışında olması sebebiyle söz konusu uygulamayı mümkün kılan KHK hükümlerinin, her ne kadar olağanüstü hal kararnamesi altında alınsa da bu kapsamda kabul edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Zira Anayasa madde 199/6'da bu kapsamda düzenlenebilecek konular, açık bir şekilde olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla sınırlandırılmıştır. Bu koşulu yerine getirmemesi nedeniyle alt işveren çalışanlarına kadro verilmesine ilişkin hükümler ancak olağan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri olarak kabul edilebilir. Bu durumda ise gerekçeleri çalışmada detaylı bir şekilde açıklandığı üzere gerek Anayasa'nın kanun önünde eşitlik hükümlerine gerekse 70'inci madde hükümlerine aykırılıktan dolayı söz konusu hükümlerin iptalinin gerektiği değerlendirilmiştir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Alt İşverenlik*, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Anayasa Mahkemesi, *Kararlar Dergisi*, 1993, C. 2, S. 27, ss. 627-643.
- ATAY, Ender Ethem, "Normlar Hiyerarşisi, Erkekler Hiyerarşisi İkilemi ve Düzenleyici Denetleyici Kurumlar", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Rekabet Kurumu, Kayseri, 2008, ss. 287-343.
- AYDINLI, İbrahim, *Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AYDOĞDU, Yasin, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı İşlemleri", *Düzce Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2019, Y. 9, S. 1, ss. 85-92.
- ÇELİK, İrem, *Sendikal Örgütlenmede İşkolunun Belirlenmesi*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇELİK, Nuri - Canıklıoğlu, Nurşen - CANBOLAT, Talat - ÖZKARACA, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar, "Düzenleyici İşlemin Konusunun Gayrimeşru Olması", *TBB Dergisi*, 2016, S. 126, ss. 167-210.
- EKMEKÇİ, Ömer - Yiğit, Esra, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 160-162.
- ERDEM, Jülide Gül, "Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği", *Akademik Hassasiyetler*, 2017, C. 4, S. 8, ss. 19-48.
- ERKANLI, Betül, "Alt İşverenlikte Asıl İş - Yardımcı İş Ayrımı", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 18, S. 1, ss. 63-111.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, İkinci Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2016.
- GÜZEL, Ali, "İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Sınırları", *Çalışma ve Toplum*, 2004, S. 2004/1, ss. 31-65.
- Kalkınma Bakanlığı, *On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023): Kamuda İnsan Kaynakları Yönetimi Çalışma Grubu Raporu*, Ankara, 2018.
- KARAYALÇIN, Yaşar, "Hukukun Üstünlüğü", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1992, C. 47, S. 3, ss. 193-214.
- KAYA, Gazanfer, "Kamudaki Taşeron İşçiler Üzerine Bir Alan Araştırması: Adıyaman Örneği", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, C. 14, S. 55, ss. 257-267.
- KILIÇ, Mustafa - ÖZAYDIN, Mehmet Merve, "Türkiye'de Alt İşveren Uygulamasına İlişkin Güncel Sorunlar", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 2022, C. 13, S. 1, ss. 81-106.
- KOÇ, Muzaffer, "Kamuda Bir İstihdam Modeline Dönüşen Alt İşverenlik", *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 2016, C. 4, S. 2, ss. 65-90.

- KULUÇLU, Erdal, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", *Sayıştay Dergisi*, 2009, S. 71, ss. 3-22.
- PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, *Arkadaş Türkçe Sözlük*, Arkadaş Yayınları, Ankara, 1997.
- SAYIN, Ali Kemal, "Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 2015, S. 69 - 2015/2, ss. 59-98.
- SEZER, Yasin, "Kamu Hizmetine Girme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 11, S. 3-4, ss. 153-171.
- SÜMER, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ŞAHİN, Metin, "Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması", *Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), 2014.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- YAYLALI, Mustafa, "Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Kavramları: Albert Venn Dicey ve Hans Kelsen", *Liberal Düşünce Dergisi*, 2018, Y. 23, S. 91-92, ss. 93-109.

Elektronik Kaynak

- Danıştay Başkanlığı, "Danıştay Karar Arama", <https://karararama.danistay.gov.tr/> (28.09.2022).

TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 350. MADDESİ KAPSAMINDA KİRAYA VERENDEN KAYNAKLANAN İHTİYAÇ SEBEBİYLE KONUTUN DAVA YOLUYLA TAHLİYESİ^(*)

Kübra Nur GÜNEŞ SEFİL^(**)

Öz

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkileri başlığı altında düzenlenen kira sözleşmelerinin ikinci ayırımında konut ve çatılı iş yeri kiralarna özgü maddelere yer verilmiştir. Konut ve çatılı iş yerlerine ilişkin kira sözleşmeleri genel hükümlerde belirtilen sebeplerle sona erebileceği gibi kiraya verenden ya da kiracıdan kaynaklanan sebeplerle bildirim veya dava yoluyla sona erebilir. Kiraya verenden kaynaklanan sebeplerle konut ve çatılı işyeri kiralarnın dava yoluyla sona erme halleri TBK 350 ile 351. maddelerde düzenlenmiştir. Kiraya verenin ve yakınlarının gereksinimleri sebebiyle kira sözleşmesinin sona ermesi TBK 350. maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiştir.

TBK 350. maddesinin ilk fıkrası ile kiraya veren tarafından kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin konut veya işyeri ihtiyacı olduğunda tahliye davası açılarak kiracıyı tahliye edebileceği düzenlenmiştir. Çalışmamızda kiraya verenin ve kanunda belirtilen diğer kişilerin gereksinimleri, konut ihtiyacı bakımından incelenmiş olup ihtiyacın samimi, zorunlu olması hususu doktrin ve Yargıtay kararları göz önünde bulundurularak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kira, Kiraya Veren, İhtiyaç, Tahliye, Konut.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.05.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 28.05.2023.

Atıf Şekli: Kübra Nur Güneş Sefil, "Türk Borçlar Kanunu'nun 350. maddesi Kapsamında Kiraya Verenden Kaynaklanan İhtiyaç Sebebiyle Konutun Dava Yoluyla Tahliyesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 873-900.

DOI: 10.52273/sduhfd..1294379.

^(**) Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi.

E-posta: av.kubranurgunes@outlook.com.

Orcid: <http://orcid.org/0009-0005-3469-0673>.

EVACUATION OF THE HOUSE DUE TO THE NEED ARISING FROM THE LESSOR WITHIN THE SCOPE OF ARTICLE 350 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

Abstract

Under the title of “special debt relationships” in the Turkish Code of Obligations No. 6098, specific provisions for residential and commercial lease agreements are included in the second classification. Lease agreements for residential and commercial properties may terminate due to reasons stated in general provisions, or by notice or through legal action based on reasons arising from the lessor or the lessee. The termination of residential and commercial lease agreements due to reasons arising from the lessor is regulated in Articles 350 and 351 of the Turkish Code of Obligations. The termination of lease agreements due to the lessor and their relatives’ needs are regulated in the first paragraph of Article 350.

According to the first paragraph of Article 350, the lessor can file an eviction lawsuit and evict the lessee when there is a need for their own or their spouse’s, descendants’, ascendants’, and other persons whom they are legally obligated to support’s residential or commercial needs. In this study, the needs of the lessor and other persons mentioned in the law were examined with regards to residential needs, and the sincerity and necessity of the need were examined based on doctrine and court decisions.

Keywords

Lease, Lessor, Need, Eviction, Residential.

GİRİŞ

Toplumsal hayatta konut kirası kiraya veren ile kiracı arasında önem arz etmektedir. Son dönemde kiraya verenin konut ihtiyacının oluşması halinde kiracıyı tahliye etmekte zorluklar yaşanmaktadır. Zira yeni bir kiralık konut bulunmasının zorluğu, kira bedellerinin yüksek olması nedenleriyle kiracı konutu tahliye etmek istememekte olup bu durumda kiraya verenler mağduriyet yaşamaktadır. Ayrıca kiraya verenin ihtiyacı sebebiyle açtığı tahliye davasının kanun yolları aşamasında geçen süre de düşünüldüğünde davanın uzun yıllar sürmesi nedeniyle kiraya verenin mağduriyeti daha da artmaktadır. Bu nedenle kiraya veren her durumda kiracıyı tahliye edememekte olup sadece kanunda belirtilen sebeplerle kiracıyı tahliye edebilmektedir.

Kira sözleşmesi, kiracı tarafından kira bedelinin ödenmesine karşılık kira konusundan yararlanmayı, onu kullanmayı içeren sözleşmelerdir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu(TBK)¹'nin özel borç ilişkileri başlığı altında yer alan kira sözleşmesi, TBK'nın 299-378. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kiracı ile kiralayan arasında yapılan işbu sözleşmeler çeşitli sebeplerle sona erdirilebilmektedir.

Konut hakkında düzenlenen kira sözleşmeleri, bildirim yoluyla sona erdirilebilmekle birlikte dava yoluyla da sona erdirilebilir. Çalışma konusunu oluşturan TBK 350. maddenin ilk fıkrası kapsamında kiraya verenden kaynaklanan ihtiyaç sebebiyle konutun dava yoluyla tahliyesi, Türk Borçlar Kanunu'nun konut kiralalarında sözleşmenin sona ermesi başlığı altında düzenlenen, dava yoluyla sona erme sebeplerinden birisidir.

Konut kiralalarında kiraya verenin ihtiyacı sebebiyle taşınmazın tahliyesi, "Gereksinim, yeniden inşaa ve imar" başlıklı TBK 350. maddesinde düzenlenmiştir.

TBK'nın 350. maddesinde kiraya verenin kiralananı kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu veya kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin konut ya da işyeri gereksinimi sebebiyle kullanma zorunluluğu bulunuyorsa kira sözleşmesini sona erdirebileceği düzenlenmiştir. Kiraya veren belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin sonunda, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirim için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde açacağı dava ile sona erdirebilir. Bu hükümlerin genişletilemeyeceği ve sınırlı sayıda olduğu hususu TBK 354. maddede belirtilmiştir.

¹ RG. T. 04.02.2011 S. 27836. Çalışmanın geri kalanında TBK şeklinde zikredilecektir.

TBK 350. maddede düzenlenen kiraya verenden kaynaklanan konut ihtiyacı sebebiyle dava yoluyla taşınmazın tahliyesi, Mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun maddelerine eklemeler ve değişiklikler yapılarak oluşturulmuştur. Mülga 6570 sayılı Kanunun 7. maddesinde kullanılan mesken terimi yerine Türk Borçlar Kanunu'nda konut terimi, ihtiyaç terimi yerine ise gereksinim terimi kullanılmıştır. Değişikliklerin bu kapsamda kalmadığı, maddenin kapsamının kişiler bakımından genişletildiği², kiraya verenin kendisi, eşi ve çocukları yerine kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyacı sebebiyle konutun tahliyesini talep edebileceği Türk Borçlar Kanunu kapsamında belirtilmiştir³.

TBK 350. maddede düzenlenen kiraya verenin dava yoluyla konut veya iş yeri ihtiyacı sebebiyle taşınmazın tahliyesi, konut ihtiyacı açısından incelenmiş olup bu kapsamda konut kavramına kısaca değinilmiştir. Konutun kiraya verenden kaynaklanan ihtiyaç sebebiyle tahliye koşulları başlığı altında kiraya veren ve kanun kapsamında sayılan diğer kişiler kapsamlı şekilde incelenmiştir. Bu aşamada gereksinim kavramı açıklanmış olup ihtiyacın gerçek ve zorunlu olması hali örneklerle ve Yargıtay kararlarıyla ele alınmıştır. Kiraya verenin konut ihtiyacı sebebiyle kiracı aleyhine tahliye davası açmasının usulüne ve süresine de çalışmamızda değinilmiştir.

KİRAYA VERENDEN KAYNAKLANAN İHTİYAÇ SEBEBİYLE KONUTUN TAHLİYESİ

I. KONUT KAVRAMI

Konut, sözlük tanımında “*İnsanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. gibi yer, mesken, ikametgah*” olarak ifade edilmiştir⁴. Türk Medeni Kanunu (TMK)'nda⁵ ve gerekçesinde konut kavramı açıklanmamış olup⁶ yerleşim yerinin, sürekli kalma niyetiyle oturulan yer olduğu belirtilmiştir. Ancak konut, her durumda Türk Medeni Kanunu anlamında yerleşim yeri olarak ifade edilmeyebilir.

² Maddenin kapsamının kiracıyı koruma ilkesine aykırı olarak genişletildiği hakkındaki eleştiri için Alper Uyumaz- Mehmet Akçaal, “Türk Borçlar Kanununun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile Ürün Kirasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, 1/2, ss. 137-169, s. 153-154.

³ TBK 350. madde gerekçesi; <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunu-madde-350>, e.t. 20.04.2023.

⁴ <https://sozluk.gov.tr/>, e.t. 20.04.2023.

⁵ RG. T. 08.12.2001 S. 24607. Çalışmanın geri kalanında TMK şeklinde zikredilecektir.

⁶ Mustafa Özdoğan - Tuba Oymak, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, 88/2, ss. 54-66, s. 55.

Konut kişilerin yaşamsal faaliyetlerini devam ettirdiği, çevresel etkilere karşı koruyucu yapılardır⁷. Şıpka'ya göre konut, insanların dış etkenlerden uzaklaşarak dinlendiği, özel hayatını geçirdiği, kısmen ya da tamamen kapalı mekanlar olarak tanımlanabilir. Konut her zaman sürekli kalma amacıyla oturlan meskenler değildir. Bu kapsamda ev, yazlık, kulübe, otel odasının konut olarak nitelendirilmesi mümkündür⁸. Bir görüşe göre konut, kişinin barınma ihtiyacını giderebileceği ve özel hayatı yaşamak için tercih edilen kapalı mekanlar olarak ifade edilebilir. Bu kapsamda yazarlar, konutun fiziksel özelliklerinin önemli olmadığını ancak konut ve çatılı işyerlerine ilişkin hükümlerin taşınmaz niteliğinde olan konutlar hakkında uygulanabileceğini belirtmektedir⁹. Ancak doktrinde TBK 339. maddenin lafzı göz önünde bulundurularak çatısız konut düşünülmemeyeceğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır¹⁰. Kanaatimizce konut sürekli kalma niyetinin her zaman bulunmadığı, yaşamsal faaliyetlerin sürdüğü koronaklı yapılardır.

II. KONUTUN KİRAYA VERENDEN KAYNAKLANAN KONUT İHTİYACI SEBEBİYLE DAVA YOLUYLA TAHLİYENİN KOŞULLARI

TBK 350 ve 351. maddelerinde kiraya verenden kaynaklanan nedenlerle tahliye davası yoluyla konut ve çatılı işyerleri hakkındaki kira sözleşmesinin sona erdirilmesi düzenlenmiş olup maddelerde belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, kiracının kira sözleşmesine aykırı davranışı bulunmasa bile taşınmazdan tahliyesi gerçekleştirilebilecektir¹¹. Kira konusu konut hakkındaki kira sözleşmesi kiraya veren tarafından sadece kanunda belirtilen sebeplerle sona erdirilebilir. Kanun, kiraya verenin konut ihtiyacı sebebiyle kira sözleşmesini sona erdirebilmesini ihtiyaç sahibi kişiler ve ihtiyacın niteliği bakımından sınırlayıcı hükümlerle açıklamış olup bu hükümlerle kiraya veren karşısında zayıf konumda bulunan kiracıyı korumayı hedeflemiştir. Kiraya verenden kaynakla-

⁷ Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 229.

⁸ Şükran Şıpka, *Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 72-73.

⁹ Özdoğan-Oymak, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı", s. 56-57.

¹⁰ Eyüp İpek, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 102, ss. 60-92, s. 61.

¹¹ İpek, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", s. 61-62.

nan nedenlerle kira konusu konuttan kiracının dava yoluyla tahliyesi aşağıda yer alan koşulların varlığı halinde mümkündür. Bu koşulların oluşması halinde kiracı konuttan tahliye edilebilir.

A. Kiraya Veren, Eşinin, Altsoyunun, Üstsoyunun veya Kanun Gereği Bakmakla Yükümlü Olduğu Kişilerin Kapsamı

Türk Borçlar Kanunu'nda kiraya verenin; kendisi, eşi, altsoyu, üstsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyacı sebebiyle konutun tahliyesini gerçekleştirebileceği belirtilmiş olup bunların dışındaki kişilerin konut ihtiyacının oluşması halinde kiraya veren ihtiyacı sebebiyle tahliye hükümleri ile kiracının tahliyesini gerçekleştiremeyecektir¹². Diğer bir ifade ile kiraya verenin ihtiyacı sebebiyle kiracının tahliyesi ancak maddede belirtilen kişilerin ihtiyacı sebebiyle mümkündür¹³. Bu nedenle kanunda sayılmayan kayın baba, kayın annenin konut ihtiyacı için işbu davanın açılmayacağı kabul edilmiştir¹⁴.

Kanun koyucu TBK 350. maddesinde, kiraya verenin eşinin konut ihtiyacı sebebiyle kiracının tahliyesini talep edebileceğini belirtmiştir. Buradaki eş teriminden yasa gereğince kurulan resmi evlilikteki eş anlaşılmalıdır. İmam nikahı gibi dini birliktelikler ya da birlikte yaşayan kişilerin kurmuş olduğu birliktelikler, resmi evlilik niteliğinde olmadığından bu birliktelikleri yaşayan kişiler eş olarak adlandırılmamaktadır. Nişanlılar da henüz yasa gereği evli olmadıklarından eş olarak nitelendirilmemektedir¹⁵.

Eşler hakkında ayrılık davası sonucunda hakim kararıyla ayrılık kararı verilmesi halinde kiraya veren, evlilik ilişkisi devam ettiğinden dolayı, eşinin konut ihtiyacı sebebiyle kiracının tahliyesini isteyebilir. Zira ayrılık kararı verilmiş olsa bile evlilik sona ermiş değildir. Ancak eşlerin boşanması halinde bu kararın kesinleşmesiyle birlikte ya da evlilikte kesin hükümsüzlük ya da iptal sebeplerinin bulunması nedenleriyle evlilik ilişkisi son bulduğunda, eşin ihtiyacı nedeniyle konutun tahliyesi talep edilemeyecektir¹⁶.

¹² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 414.

¹³ Erol Türel, *Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmeleri (Cilt I)*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2015, s. 124.

¹⁴ Mustafa Özdoğan - Tuba Oymak, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira*, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 537.

¹⁵ Nurşen Ayan, "Kira Konusu Taşınmazın İhtiyacı Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, 15/2, ss. 11-24, s. 17; Ercan Akçiğit, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 175.

¹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 415.

Kiraya veren eşinin ihtiyacı için tahliye davası açabileceği gibi altsoy ve üstsoyunun konut ihtiyacı nedeniyle de tahliye davası açabilir. Altsoy ve üstsoy kavramları birbirinden üreyen kişilerin kurduğu hısımlık türüdür¹⁷. Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen altsoy terimi ile kiraya verenin çocukları, torunları, torunlarının çocukları ve devamındaki kişiler kastedilmektedir. Bunların dışında evlatlık da yine altsoy kavramı içerisinde yer almaktadır¹⁸. Zira Türk Medeni Kanunu'nda, evlat edinme ile birlikte evlat edinen ile evlatlık arasında soy bağının kurulmuş olacağı belirtilmiştir¹⁹. Önemli olan hukuken soy bağının kurulmasıdır²⁰. Diğer bir ifade ile evlatlığın konut ihtiyacı sebebiyle kiracının konuttan tahliyesi istenebilir. Önemle belirtilmelidir ki, kiraya veren, TMK'nın 578. maddesinde belirtilen yoksunluk sebeplerinin bulunması halinde de mirastan yoksun bırakılan altsoyun konut ihtiyacından dolayı tahliye isteminde bulunulabilmelidir. Zira mirastan yoksunluk miras bırakanın ölümü ile sonuç doğurmaktadır²¹. Mirastan yoksun bırakılan kişi dahi olsa altsoyun ihtiyacının bulunması halinde kiraya veren tahliye isteminde bulunabilir. Üstsoy kavramı ise kiraya verenin anne, babası, büyük anne, büyük babası ve devamındaki kişiler için kullanılmaktadır.

Kiraya veren kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişilerin konut gereksinimi sebebiyle de tahliye davası açabilir. TBK 350. madde lafzında belirtilen "*kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişiler*" kavramından ne anlaşılması gerektiği ise TMK'nın 364. maddesi göz önünde bulundurularak açıklanmalıdır²². Zira TBK 350. madde gerekçesinde bu durum açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda TMK 364. maddede, herkes altsoy, üstsoy ve kardeşlerin yoksulluğa düşmesi halinde yardım nafakası ödemekle yükümlü kılınmıştır. TBK 350. maddede ise altsoy ve üstsoy kavramları sayılmış olup maddede kişinin bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler kısmı ile kiraya verenin bakmakla yükümlü olunan kardeşi kastedilmektedir²³.

¹⁷ M. Kemal Oğuzman-Özer Seliçi-Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 116.

¹⁸ Özdoğan-Oymak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira, s. 537.

¹⁹ TMK 282/III; "*Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur.*"

²⁰ Ali Hulki Cihan, "Yargıtay Uygulaması Işığında Kiraya Veren Duyduğu Gereksinim Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve Tahliyesinin Hukuki Esasları", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 4/7, ss. 67-84, s. 71.

²¹ Halil Akkanat, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul, 2004, s. 61.

²² Ayan, "Kira Konusu Taşınmazın İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi", s. 18.

²³ İpek, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", s. 63; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 349.

TBK 350. madde lafzında açıkça kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler lehine kiraya verenin tahliye davası açabileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle bakma yükümlülüğünün sözleşme ile kararlaştırılmış olması halinde lehine bakma yükümlülüğü kararlaştırılan kişinin ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açılmayacaktır²⁴. TBK 350'nin gerekçesinde her ne kadar sadece TMK'nın 364. maddesine atıf yapılmış olsa da diğer kanunlarla kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu başkaca kişiler olabileceğini, TMK 364 ile sınırlandırılmayacağını savunan görüşler bulunmaktadır²⁵. Kanaatimizce TBK 350. madde ve madde gerekçesi ile atıf yapılan TMK 364 birlikte incelendiğinde, kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu kişinin sadece kardeşi olabileceği anlaşılmaktadır. Gelin ve damat da bakmakla yükümlü olunan kişiler kapsamında olup kanun koyucunun TMK 364. madde ile sınırlandırması sonucunda bu kişilerin ihtiyacı sebebiyle kiraya verenin tahliye davası açamayacağı kabul edilmelidir²⁶. Belirtilen sebeplerle kanun lafzının açıklığa kavuşturulması ve madde ile gerekçesinin uyumlu hale getirilmesi için kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler yerine kardeş teriminin getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

TBK 350. maddede kiraya verenin yakınları sınırlı sayıda sayılmıştır. Yeğenin bu kapsamda olup olmadığı ise doktrinde tartışma konusudur. Kiraya verenin yeğenin, kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu kişiler kapsamına gireceğini doktrinde savunan yazarlarımız mevcuttur²⁷. Zevkliler/Gökyayla'ya göre, kiraya veren yeğenine bakmakla yükümlü ise, TBK 350. maddeye göre yeğenin konut gereksinimi sebebiyle dava açılabilir²⁸. Ancak Kahveci/Aydoğdu TBK 350. maddenin kişi bakımından sınırlayıcı olduğunu, yeğenin bu kapsamda olmadığını düşünmektedir²⁹. Kanaatimizce de TBK 354. maddesinde kiracı aleyhine

²⁴ Özdoğan-Oymak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira, s. 538.

²⁵ Cihan, "Yargıtay Uygulaması Işığında Kiraya Veren Düşündüğü Gereksinim Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve Tahliyesinin Hukuki Esasları", s. 71; hükmün geniş yorumlanması gerektiğini, bu nedenle bakmakla yükümlü olunan vesayet altındaki kişinin konut ihtiyacı için TBK 350. maddesinin uygulanabilir olduğunu ifade eden görüş için Ahmet Kalender, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, S. 136, ss. 27-35, s. 33.

²⁶ İpek, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", s. 63.

²⁷ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 415.

²⁸ Aydın Zevkliler - Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 348.

²⁹ Murat Aydoğdu-Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Bası, Ankara, 2014, s. 666.

hükümlerin değiştirilemeyeceği belirtildiğinden, TBK'nın 350. maddesinden yararlanacak kişiler tahdidi olarak sayıldığından ve yeğen kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu kişiler arasında olmadığından bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.

B. Konut İhtiyacının Samimi, Gerçek ve Zorunlu Olması

TBK'nın 350. maddesinde "... kullanma zorunluluğu varsa.." ifadesi ile kiraya verenin ya da maddede sayılan kişilerin ihtiyacı sebebiyle taşınmazın tahliyesinde, ihtiyacın zorunlu olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kanunda belirtilen kişilerin ihtiyacı nedeniyle konutun tahliyesinde ihtiyacın samimi, zorunlu ve gerçek olması gerekmektedir.

Kiraya verenin ihtiyaç nedeniyle kiracının tahliyesini talep edebilmesi için kendisinin ya da kanun maddesinde belirtilen diğer kişilerin kiraya konu taşınmazı kullanma ihtiyacı olmalıdır. İhtiyacın tanımı kanunda ya da madde gerekçesinde yapılmamış olup ihtiyaç nedeninin olup olmadığı hususu her bir dava konusu somut durum için hakim tarafından değerlendirilmelidir. Bu nedenle doktrin ve Yargıtay kararlarıyla ele alınan ihtiyacın olduğu durumlar incelenmiştir.

Kiraya verenin ihtiyacının zorunlu, gerçek ve samimi nedenlere dayandığını, hakim davadaki somut duruma göre değerlendirir³⁰. Davayı inceleme aşamasında hakim, kiraya verenin, eşinin, altsoy ve üstsoyunun ya da bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin konut ihtiyacını, bu kişilerin sosyal ve ekonomik koşulları ile kültürel, mesleki ve sosyal durumlarına ilişkin verileri birlikte değerlendirerek incelemelidir³¹. Ancak hakim değerlendirme yaparken ihtiyaç kavramının sınırını aşacak şekilde yorumlamamalıdır³².

İhtiyaç iddiasına dayanan kiraya verenin, ihtiyacının gerçek, samimi ve zorunlu olması gerekir. Doktrinde bu şartı maddi koşul olarak ifade eden yazarlar bulunmaktadır³³. Kiraya veren, ihtiyacının gerçek ve zorunlu olduğu hususunu her türlü delille ispatlayabilir³⁴. Kiraya verenin ihtiyacının sadece davanın açıldı-

³⁰ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 667.

³¹ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 417.

³² Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 667.

³³ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 667.

³⁴ Metin Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", *Journal of Life Economics*, 2017, 4/4, ss. 179-190, s. 181.

ğı tarihteki varlığı yeterli olmamakla birlikte yargılama süresince ihtiyacının devam etmesi gerekmektedir. Zira devamlı olmayan, geçici, doğmamış ya da gerçekleşmesi uzun bir süreye bağlı olan ihtiyaçlar tahliye sebebi olarak kabul edilmemektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu güncel bir kararında³⁵ bu hususa değinmiştir. Kiraya verenin ihtiyacının dava süresince devam etmemesi halinde mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir³⁶.

Yargıtay'ın ihtiyacın zorunlu, samimi ve sürekli olması³⁷ ve bu ihtiyacın hükmün kesinleşmesine kadar devam etmesi gerektiğine ilişkin kararları mevcuttur³⁸. Sonuç olarak, ihtiyacın davanın açıldığı tarihten hükmün kesinleşmesine kadar devam etmesi zorunlu olup devam etmemesi halinde mahkemece davanın reddine karar verilmelidir.

Önemle belirtilmelidir ki, kiraya verenin konut gereksinimi sebebiyle kiracının tahliyesini talep edebilmesi için ihtiyacının gerçek, samimi, zorunlu olması gerekmektedir. Bu nedenle kiraya verdiği konutu hakkında, gereksinimini ileri sürerek kiracının tahliyesini talep ederken, diğer taraftan tahliyeye konu konutu hakkında satılık ya da kiralık ilanı vermesi halinde ihtiyacın samimi, gerçek ve zorunlu olduğu söylenemeyecektir³⁹. Zira Yargıtay da bir kararında, tahliye davası sürerken kiraya verenin dava konusu konutunun satışı için çabalamasının, TMK madde 2 gereğince iyiniyet kuralına aykırı bulunduğunu ve bu nedenle ihtiyacın samimi olmadığını kanıtlar nitelikte olduğuna hükmetmiştir⁴⁰.

Kiraya verenin, tahliye davasından önce ya da bu sırada kiracıya karşı kiranın artırılmasına ilişkin dava açması halinde, yalnız bu talep gereksinimin samimi olmadığı anlamına gelmemektedir⁴¹. Kira bedelinin artırılması istemi ile tahliye talebinin aynı davada ileri sürülmesi mümkün olup mahkemece davanın kabulü ile reddi yönünde

³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.04.2006 tarih ve 2006/1602 E., 2006/3434 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, e.t. 15.04.2023.

³⁶ Cihan, "Yargıtay Uygulaması Işığında Kiraya Veren Duvduğu Gereksinim Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve Tahliyesinin Hukuki Esasları", s. 73.

³⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 22.05.2019 tarihli ve 2019/2702 E., 2019/4829 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 17.04.2023.

³⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 21.03.2018 tarihli ve 2017/9251 E., 2018/2813 K. sayılı kararı, Hikmet Kanık, *Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1300.

³⁹ Aydoğdu-Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 669.

⁴⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 22.09.2008 tarihli ve 2008/8610 E., 2008/9958 K. sayılı kararı, www.corpus.com, e.t. 23.04.2023.

⁴¹ Kanık, *Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları*, s. 1287.

karar verilebileceği gibi davanın kısmen kabulü kısmen reddine de hükmedilebilir. Kiraya verenin bu taleplerini aynı davada ileri sürmesi ihtiyacının samimi olmadığını göstermemekte olup kiraya veren tahliye davasının uzun sürmesini göz önünde bulundurarak iki talebi de mahkemede ileri sürmesi mümkündür⁴².

1. Kiraya Veren Konut İhtiyacı

Kiraya verenin konut ihtiyacı nedeniyle kiracıyı tahliyesinde ihtiyacın bulunup bulunmadığı hususu, her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Hakim, kiraya verenin hayat standartlarını, ihtiyaçlarını, sosyal yaşamını dikkate alarak karar vermelidir⁴³.

Kiraya verenin halihazırda kirada oturması gereksinimin samimi ve zorunlu olduğunu göstermektedir. Bu durumda kiraya verenin oturduğu evden tahliye edilme tehdidi ile karşı karşıya kalması hususu aranmayacaktır⁴⁴. Ancak doktrindeki bir görüşe göre kiraya verenin, kendi evinden oturma gereksinimi nedeniyle kiracıyı tahliye edebilmesi, ikamet ettiği evden çıkarılma tehdidi ile karşılaşması halinde mümkün olmalıdır⁴⁵. Önemle belirtilmelidir ki, Yargıtay kiraya verenin kirada oturması⁴⁶ ya da çocuğu olsa bile başkasının yanında oturması⁴⁷ durumlarında ihtiyacın samimi ve zorunlu olduğuna kanaat getirmiştir. Yine Yargıtay kiraya verenin başkasının evinde kira vermeden oturması halinde de konut ihtiyacının samimi olduğuna karar vermiştir⁴⁸.

Kiraya verenin kira konusu konutu dışında başka konutlarının da bulunması ve bu konutların boş durumda bulunması⁴⁹ ya da ihtiyacını karşılayan dairenin boş durumda iken yargılama devam ederken veya dava açılmadan kısa bir süre

⁴² Müslim Tunaboylu, *Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 599-600.

⁴³ Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 347.

⁴⁴ Olcay Göçüm, *Kira Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 273.

⁴⁵ Aydoğdu-Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 669; Zevkliler-Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, s. 350.

⁴⁶ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2019 tarihli ve 2018/7751 E., 2019/493 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 17.04.2023.

⁴⁷ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2019 tarihli ve 2018/7829 E., 2019/131 K. sayılı kararı; Osman Oğ-Gerçek Onur Oğ, *Kira Sözleşmeleri ve Tahliye Davaları*, 1. Baskı, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 120.

⁴⁸ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 16.02.2011 tarihli ve 2011/90 E., 2011/1454 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 24.04.2023.

⁴⁹ Göçüm, *Kira Hukuku*, s. 273.

önce kiraya verilmesi⁵⁰ ya da satılması⁵¹ durumlarının yargılama sırasında mahkemece incelenmesi gerekmekte olup bu durumlardaki ihtiyaçların gerçek ve samimi olduğu söylenemeyecektir.

Kiraya verenin başka bir iş yerine atanması veya iş yeri değişikliği yapması sonucunda kiraya konu konut, iş yerine yakınlığı bakımından avantajlı konumda olabilir. Bu nedenle kiraya verenin, kiracının tahliyesini talep etmesi halinde ihtiyacının samimi, zorunlu ve gerekli olduğu kabul edilmelidir⁵². Zira iş yeri değişikliği sonucunda ikamet ettiği evin iş yerine uzak olması ve kiraya verdiği evin yeni iş yerine yakın olması ihtiyacın gerçek ve zorunlu olduğunu gösterir⁵³. Ancak, Tunaboşlu kiraya verilen konutun işyerine yakın olmasını ileri süren kiraya verenin ihtiyacının samimi, zorunlu olduğunu düşünmemektedir⁵⁴. Zira Yargıtay bir kararında ulaşım sıkıntısı olmayan bir şehirde, kiraya verenin oturduğu konutun çalıştığı yere uzak olması sebebiyle, konutun tahliyesini talep eden kiraya verenin ihtiyacının zorunlu olduğunu kabul etmemiştir⁵⁵. Bu nedenle kiraya verenin büyükşehir koşullarında daha merkezi yerde bulunan konuta ihtiyacı olduğundan kiracının tahliyesini talep etmesi halinde her türlü ulaşım imkanına sahip bir şehirde konutun uzak olmasının, zorunlu ve samimi bir ihtiyaç olmadığı kabul edilmelidir⁵⁶.

Kiraya veren sağlık durumlarından kaynaklı olarak da kiraya verdiği evin tahliyesini talep edebilir. Örneğin asansörsüz bir binanın en üst katında ikamet eden kiraya verenin, kalp hastası ve yürüme engelli olması halinde kiraya verdiği evin asansörlü olduğunu ileri sürerek kiracının tahliyesini talep edebilir⁵⁷. Başka bir örnek vermek gerekirse astım hastası olan bir kiraya verenin sobalı dairede ikamet etmesi ve kaloriferli, doğalgazlı konutunu sağlığı açısından tercih ederek kiracının bu konuttan tahliyesini talep etmesi halinde ihtiyacının

⁵⁰ Zevkliler-Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 351.

⁵¹ Göçüm, Kira Hukuku, s. 273; Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 669.

⁵² Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1285; Özdoğan-Oymak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira, s. 539-540.

⁵³ Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", s. 184.

⁵⁴ Tunaboşlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 599.

⁵⁵ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 10.12.2001 tarihli ve 2001/9210 E., 2001/9526 K. sayılı kararı, Mustafa Kırmızı, **Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 413.

⁵⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.10.2003 tarihli ve 2003/590 E., 2003/533 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 20.04.2023.

⁵⁷ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 416.

samimi, gerçek olduğu kabul edilmelidir⁵⁸. Ancak kiraya verenin sağlık açısından kira konusu konuta ihtiyacı bulunduğu hususunu sağlık raporu ile kanıtlaması gerekmektedir⁵⁹. Yine kiralayanın sürekli tedavi gördüğü hastaneye yakın konutunda oturmak istemesi nedeniyle kiracının tahliyesini talep etmesi halinde de ihtiyacın gerçek ve zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Kiraya verenin sağlık sebeplerinden dolayı kira konusu konutun tahliyesini talep etmesi halinde kendi oturduğu konutu makul kira bedeli ile kiracıya tahsis etmesi gerekir⁶⁰.

Kiraya verenin kira konusu konutunun site içinde olduğunu, ikamet ettiği taşınmazdan muhit olarak daha güvenli olduğunu beyan ederek kiracının tahliyesini talep ettiği durumlarda ihtiyacının gerçek, samimi olduğu söylenebilir. Ayrıca, ikamet ettiği konutun giderlerinin fazla oluşu bakımından da konut ihtiyacının samimi olduğu söylenebilir⁶¹.

Kiraya verenin devamlı ikamet ettiği konutu olsa dahi, yazlık konuta ihtiyacı olması nedeniyle kiracı aleyhine dava açması mümkündür⁶². Ancak davanın mahkemece kabul edilmesi için tahliyesi talep edilen konutun yazlık ihtiyacına uygun konut niteliğinde olması gerekir. Konutun yazlık vasfında olup olmadığı hususu mahkemece bilirkişi marifetiyle tespit edilir⁶³. Yargıtay bir kararında, yazlık ihtiyacının sürekli konut ihtiyacının devamı niteliğinde olduğunu belirterek ve mevcut delilleri ele alarak kiraya verenin ihtiyacının samimi ve zorunlu olduğuna hükmetmiştir⁶⁴. Kiraya verenin devamlı ikamet ettiği konut ile yazlık konutunun aynı büyükşehir sınırlarında olması halinde de ihtiyacın samimi ve gerçek olduğu kabul edilmektedir. Zira Yargıtay bir kararında İzmir ilinde ikamet eden kiraya verenin, İzmir'in Çeşme ilçesinde bulunan yazlık konuta ihtiyacı olması nedeni ile kiracının tahliyesini talep etmesinde konut ihtiyacının samimi ve gerçek olduğuna karar vermiştir⁶⁵.

⁵⁸ Tunaboşlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 599.

⁵⁹ Oy-Oy, Kira Sözleşmeleri ve Tahliye Davaları, s. 114.

⁶⁰ Özdoğan-Oymak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira, s. 541; Zevkliler-Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 350; Göçüm, Kira Hukuku, s. 274.

⁶¹ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1287.

⁶² Cihan, "Yargıtay Uygulaması Işığında Kiraya Veren Dıyduğu Gereksinim Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve Tahliyesinin Hukuki Esasları", s. 73.

⁶³ Tunaboşlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 598.

⁶⁴ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 12.01.2015 tarihli ve 2014/13336 E., 2015/39 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 20.04.2023.

⁶⁵ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 11.09.2014 tarihli ve 2014/8982 E., 2014/9676 K., www.corpus.com.tr, e.t. 26.05.2023.

Kiraya verenin yurt dışından dönmesi sonucu, Türkiye’de kiraya verdiği evine ihtiyacının olduğunu iddia etmesi halinde ihtiyacının gerçek ve samimi olduğunu düşünen yazarlar mevcuttur⁶⁶. Yurt dışından Türkiye’ye her yıl tatil amacı ile gelmesi halinde de, konut ihtiyacı nedeniyle kiracının tahliyesi mümkündür⁶⁷. Zira ihtiyacın sürekli olması şartı aranmakta olup kiraya verenin tahliye konusu konutta sürekli ikamet etmesine gerek yoktur.

Kiraya verenin ikamet ettiği evinin deprem gibi olağanüstü sebeplerle zarar görmesi ya da yıkılması halinde, kiraya verdiği başka bir konuta taşınma gereksinimi duyabilir. Kiraya verenin depremde halihazırda oturduğu evinin zarara uğraması, ağır hasar almış olması ya da yıkılmış olması hallerinde, kiraya verenin ihtiyacının samimi, gerçek olduğu düşünülmektedir. Zira kiraya verenin oturduğu konut hakkında riskli yapı olduğundan yıkım kararı alındığı ve kiraya verenin kira konusu konuta ihtiyacı olduğundan bahisle kiracı aleyhine açtığı tahliye davasında, Yargıtay ihtiyacın gerçek, samimi ve zorunlu olduğunu vurgulayarak davalının kiralananından tahliyesine karar vermiştir⁶⁸.

Kiraya verenin hayatında zamanla meydana gelen çocuk sayısının artması, yaşlı anne babanın kiraya verenle birlikte yaşaması hallerinde konut gereksinimi ortaya çıkabilir. Bu sebeple kiraya veren koşullarına uygun konuttan kiracıyı tahliye edebilir⁶⁹.

Kiraya verenin ihtiyacını karşılayan bir konutu varken, tahliye davasını taciz aracı olarak kullanarak kiracının tahliyesini talep etmesi halinde ihtiyaç halinin oluştuğu ve ihtiyacın samimi olduğu söylenememektedir⁷⁰.

2. Kiraya Veren Eşinin Konut İhtiyacı

Kiraya verenin eşi ile boşanma davasının devam etmesi nedeniyle eşinin kira konusu konuta taşınmak istemesi halinde, konut ihtiyacının doğduğu kabul edilmelidir⁷¹. Zira boşanma davası sürecinde eşle birlikte aynı evde yaşamak çekilmez hale gelebilir. Bu sebeple konut gereksinimi nedeniyle, taşınmazın

⁶⁶ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1287; Göçüm, Kira Hukuku, s. 273.

⁶⁷ Zevkliler-Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 351.

⁶⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 01.03.2018 tarihli ve 2018/1057 E., 2018/1859 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, e.t. 15.04.2023.

⁶⁹ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1286.

⁷⁰ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 670.

⁷¹ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1288.

tahliyesi kiracıdan talep edilebilir. Bu durumda ihtiyacın samimi, gerçek olduğu düşünölmektedir⁷².

Ayrılık davası süresince ya da mahkemece ayrılık kararı verilmesi halinde, evlilik hukuken devam ettiğinden eşin ayrı yaşamak istemesi nedeniyle kira konusu konutun tahliyesi talep edilebilir⁷³.

3. Kiraya Verenin Altsoy ve Üstsoyunun Konut İhtiyacı

Kiralayanın çocuğunun ya da torununun konut gereksinimi evlilik, eğitim ya da iş yeri değışikliği nedeniyle olabilir. Kiraya verenin, kendisinin veya altsoyunun evlenecek olması sebebiyle konutunun tahliyesini talep edebilmesi mümkündür⁷⁴. Bu durumda Yargıtay, evlilik hususunda somut adım atılıp atılmadığı aşamasını irdelemektedir⁷⁵. Zira somut bir adım atılmamış olması halinde evlilikten kaynaklı gereksinimin şartlarının oluşmadığının kabulü gerekmektedir⁷⁶. Bu nedenle kiraya veren tarafından altsoyun evlilik hazırlığı yaptığına dair somut kanıtların sunulması halinde konut gereksiniminin samimi ve zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Kiraya veren bu sebeplere dayanarak konutun tahliyesini gerçekleştirebileceği gibi, üstsoy ve altsoyunun yazlık ihtiyacı için de kiracının tahliyesini talep edebilir⁷⁷.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, altsoyun reşit olması halinde ihtiyacın oluştuğunu kabul ederek ihtiyacın samimi olduğuna, konut gereksinimi sebebiyle tahliye davasının açılacağına hükmetmiştir⁷⁸. Yargıtay, reşit altsoyun ekonomik durumunu göz önünde bulundurarak ihtiyacın samimiliğine karar vermektedir⁷⁹. Bu nedenle reşit altsoyun konut ihtiyacının bulunduğunu iddia eden kiraya verenin, altsoyun ekonomik durumunu da ispat etmesi gerekmektedir.

⁷² M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku 2. Cilt*, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 344.

⁷³ Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", s. 186.

⁷⁴ Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", s. 183.

⁷⁵ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 24.02.2004 tarihli ve 2004/763 E., 2004/1100 K., www.corpus.com.tr, e.t. 24.04.2023.

⁷⁶ Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", s. 183-184; Göçüm, *Kira Hukuku*, s. 273.

⁷⁷ Göçüm, *Kira Hukuku*, s. 273.

⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.10.2015 tarihli ve 2014/224 E., 2015/2354 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 24.04.2023.

⁷⁹ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 20.05.1996 tarihli ve 1996/1476-4814 sayılı kararı, Enes Etlik, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına Özgü Tahliye Sebepleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2019, 93/3, ss. 71-99, s. 78.

Kiraya verenin altsoy ya da üstsoyunun kiracı olarak başka bir konutta yaşamaması halinde de ihtiyacın samimi ve zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Her somut olaya göre ihtiyacın samimi olup olmadığı hususu mahkeme tarafından belirlenmelidir. Kiraya veren, tanık delili ile ihtiyacın samimi, gerçek olduğunu ispatlayabilir⁸⁰. Zira Yargıtay kiraya verenin ya da kanunda sayılan altsoy ve üstsoyunun kirada oturmasını ihtiyacın zorunlu, samimi olduğu konusunda yeterli olduğuna hükmetmiştir⁸¹.

4. Kanun Gereği Bakmakla Yükümlü Olduğu Kişilerin Konut İhtiyacı

Kiraya veren, kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyacı sebebiyle kiracının konuttan tahliyesini talep edebilir. TBK 350. maddenin gerekçesinde, TMK 364. madde göz önünde bulundurularak kiraya verenin kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişilerin tespitinin mümkün olacağı belirtilmiştir⁸². Bu kapsamda üstsoy, altsoy ve kardeşin bakmakla yükümlü olunan kişiler olduğu ve TBK 350. maddede üstsoy ve altsoy açıkça belirtildiğinden kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu kişiler kavramından kardeşin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle gelin ve damadın bu kapsamda olmadığı savunulmaktadır⁸³. Önemle belirtilmelidir ki, yeğenin kiraya verenin bakmakla yükümlü olduğu kişiler içerisinde olduğunu bu nedenle kiraya verenin, yeğenin konut ihtiyacı nedeniyle kiracının tahliyesini talep edebileceğini ifade eden yazarların⁸⁴ yanı sıra yeğenin bu kapsamda düşünülmemeyeceğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır⁸⁵. Kanaatimizce kiraya verenin kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişiler teriminden sadece kardeş kastedilmekte olup maddenin lafzı ile gerekçesinin uyumlu hale getirilmesi nedeniyle kardeşin madde lafzında açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Kiraya veren, yardımla yükümlü olduğu kardeşinin yoksulluğa düşecek olması nedeniyle konutun tahliyesini talep edebilir⁸⁶. Mahkemenin, kiraya verenin kardeşinin bu konutun tahliye edilmemesinin sonucunda yoksulluğa düşme

⁸⁰ Tunaboşlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 595.

⁸¹ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2019 tarihli ve 2018/7751 E., 2019/493 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 24.04.2023.

⁸² Ayan, "Kira Konusu Taşınmazın İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi", s. 18.

⁸³ İpek, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", s. 63.

⁸⁴ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 415.

⁸⁵ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 666.

⁸⁶ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1288.

tehlikesiyle karşılaşacağını ve bu nedenle ihtiyacın zorunlu olduğunu araştırarak bir sonuca gitmesi gerekmektedir⁸⁷.

Yardım etmekle yükümlü bulunduğu kardeşinin konut gereksinimi nedeniyle tahliye isteminde bulunan kiraya verenin, TMK 364. maddenin ikinci fıkrası⁸⁸ gereğince refah içerisinde bulunması gerektiğini, sadece kardeşinin ihtiyacına tahsis edeceği bir konutunun olmasını yeterli sayan görüşler mevcuttur⁸⁹. Bunun yanı sıra kiraya verenin işbu davayı kardeşi aleyhine açması halinde, kiraya verenin refah içerisinde bulunması gerektiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır⁹⁰. Kanaatimizce kiraya verenin, kardeşinin konut ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açabilmesi, kardeşin konut tahsis edilmemesi halinde yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşması ve kiraya verenin TMK 364 hükmü gereğince kardeşine konut tahsis edebilmesi bakımından refah içerisinde bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde mümkün olmalıdır.

C. Tahliye Davasında Taraflar ve Dava Açma Süresi

1. Davacı

TBK 350. maddesinin lafzında kiraya verenin, gereksinim sebebiyle tahliye davası açabileceği açıkça belirtilmiştir. Kiraya veren sıfatına sahip olması halinde malik, intifa hakkı sahibi ile alt kiraya veren kiracı gereksinim sebebiyle tahliye davası açabilir. Ancak doktrinde kiraya veren sıfatına sahip olmayan maliklerin işbu davayı açıp açamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Kiraya veren sıfatının, gereksinim sebebiyle tahliye davası açılabilmesi için bir koşul olduğunu, bu nedenle malik ancak kiraya veren sıfatını haiz bulunmayan kişilerin bu davayı açamayacağını savunan görüşlerin⁹¹ yanı sıra kiraya veren sıfatına sahip olmayan malikin gereksinim sebebiyle bu davayı açabileceğini savunan görüşler de⁹² bulunmaktadır. Yargıtay bir kararında da kiraya veren

⁸⁷ Türel, Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmeleri (Cilt I), s. 123.

⁸⁸ TMK 364/II; "Kardeşlerin nafaka yükümlülükleri, refah içinde bulunmalarına bağlıdır."

⁸⁹ Yalçın Tosun, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Gereksinimi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 11/137-138, ss. 31-53, s. 45.

⁹⁰ Özdoğan-Oymak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira, s. 538.

⁹¹ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 667; Zevkliler-Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 348; Cihan, "Yargıtay Uygulaması Işığında Kiraya Veren Gereksinim Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve Tahliyesinin Hukuki Esasları", s. 69.

⁹² Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", s. 181; Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 271.

sifatına sahip olmayan malikin ihtiyaç nedeniyle kiracı aleyhine dava açabileceğine hükmetmiştir⁹³. Kanaatimizce, TBK'nın 350. maddesinde belirtilen kiraya veren teriminin dar yorumlanmaması gerekmektedir. Zira kanun koyucu, kiraya veren terimi ile öncelikle maliki kastetmektedir. Uygulamada da genel kabul malikin kiraya veren konumunda olmasıdır. Belirtilen nedenlerle kiraya veren sıfatına sahip olup olmaması önem arz etmeksizin malikin ihtiyaç nedeniyle tahliye davası açabileceği kanaatindeyiz.

Kiraya veren sıfatına sahip olan kişi, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Konutun TBK 350. maddenin ilk bendine dayanılarak konut gereksinimi sebebiyle tahliyesi kiraya verenin gerçek kişi olması halinde mümkündür. Doktrinde tüzel kişilerin konut ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açabileceğini savunan görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe göre, tüzel kişiliğin ana sözleşmesi ve tüzüğünden anlaşılan ihtiyaç sebeplerinin gerçekleşmesi halinde tüzel kişiler konut ihtiyacı nedeniyle kiracı aleyhine tahliye davası açabilecektir⁹⁴. Doktrinde aksini savunan diğer görüşe göre, tüzel kişiler konut gereksinimi nedeniyle değil, iş yeri gereksiniminden kaynaklı tahliye davası açabilirler⁹⁵. Kanaatimizce de konut gereksinimi sebebiyle bentte belirtilen sebeplerin ve sayılan kişilerin, kiraya verenin ancak gerçek kişi olması halinde değerlendirilmesi mümkündür. Tüzel kişilerin konut ihtiyacı için değil, iş yeri ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açabilmesi mümkündür.

Tüzel kişi hissedarının ya da personelinin konut ihtiyacı için tüzel kişi tarafından TBK 350. maddesinin ilk bendine göre konutun tahliyesinin gerçekleştirilemeyeceği doktrinde kabul edilmektedir⁹⁶. Ancak Göçüm'e göre, şirketin esas sözleşmesinde çalışanlara yönelik konut tahsis etme amacına ilişkin bir düzenlemenin bulunması halinde tüzel kişi, çalışanın konut gereksinimi sebebiyle dava açabilecektir⁹⁷. Kanaatimizce tüzel kişilerin, hissedarlarının veya çalışanla-

⁹³ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2001 tarihli ve 2001/6543 E., 2001/6647 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 22.04.2023; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2006 tarihli ve 2006/9443 E., 2006/12237 K. sayılı kararı, www.kazancı.com.tr, e.t. 11.05.2023.

⁹⁴ Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", s. 182; tüzel kişilerin, esas sözleşmesinde bulunan lojman ihtiyacından kaynaklanan konut gereksinimi nedeniyle tahliye davası açabileceklerine ilişkin diğer görüş Tunaboğlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 596.

⁹⁵ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 415; İnceoğlu, Kira Hukuku 2. Cilt, s. 382.

⁹⁶ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 668; Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 415; Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", s. 182; Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1285.

⁹⁷ Göçüm, Kira Hukuku, s. 272.

rının ihtiyacı nedeniyle, TBK 350. maddenin ilk bendine dayanılarak konut gereksinimi talebinde bulunulamayacağını ancak kendilerinin iş yeri ihtiyacı nedeniyle gereksinim sebebiyle tahliye isteminde bulunabileceklerini düşünmekteyiz. Aynı şekilde gerçek kişinin, TBK 350. maddesine göre, bir şirketin ihtiyacı nedeniyle konutun tahliyesini talep etmesi de mümkün değildir⁹⁸.

Kiraya veren tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi olması da mümkündür. Ancak kiraya verenler arasında elbirliği ya da paylı mülkiyet ilişkisi olması halinde kiraya verenlerden her biri, ihtiyaç nedeniyle kiracıyı tahliye edememektedir. Kiraya verenler arasında elbirliği mülkiyeti varsa ya da sonradan kiraya konu konut üzerindeki mülkiyet elbirliği mülkiyetine dönüşmüş ise tüm paydaşların tamamının katılımıyla, kiracı ihtiyaç sebebiyle tahliye edilebilir⁹⁹. Elbirliği mülkiyetinde tüm ortaklar birlikte ya da birinin açtığı davaya diğerlerinin katılmasıyla kiracıya karşı tahliye davası açılabilir¹⁰⁰. Paylı mülkiyette ise tahliye davası kural olarak TMK 624. madde gereğince pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması ile açılabilir¹⁰¹. Kiraya verenin paydaşlardan biri ya da bir kısmı olması durumunda kiraya verilen konut paylı mülkiyette ise sözleşmenin tarafı olan paydaş ya da paydaşlar ihtiyaç nedeniyle tahliye davasını kiracıya karşı açabilirler. Kiraya veren sıfatı olmayan paydaşın tahliye davası açması halinde tahliye davası açıldığında, diğer paydaşların katılımı ile, pay ve paydaş çoğunluğu sağlanarak davaya devam edilmelidir¹⁰². Pay ve paydaş çoğunluğu oluşturularak açılan davada, paydaşların davadan feragat etmesi halinde pay ve paydaş çoğunluğu sağlanamazsa davanın reddine karar verilmelidir¹⁰³. Yine elbirliği mülkiyetinde de bir paydaşın davadan feragat etmesi halinde aynı sonuç ortaya çıkacaktır.

Kiraya veren ile kiracı arasında yapılan kira sözleşmesinin ardından konutun kiracı tarafından üçüncü kişiye kiralanması halinde alt kira ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Alt kira ilişkisinin bulunması halinde ilk kiraya veren TBK 350.

⁹⁸ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 17.05.2018 tarihli ve 2018/1074 E., 2018/5424 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 17.04.2023.

⁹⁹ TMK 702. maddesinin ikinci fıkrasında aksi kararlaştırılmamışsa, ortakların tasarruf ve yönetim işlemleri hakkında oybirliği ile karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir.

¹⁰⁰ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1284.

¹⁰¹ Pehlivan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", s. 182.

¹⁰² Tunaboğlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 596.

¹⁰³ Göçüm, Kira Hukuku, s. 272; Oy-Oy, Kira Sözleşmeleri ve Tahliye Davaları, s. 114-115.

maddede sayılan gereksinimleri sebebiyle alt kiracı aleyhine tahliye davası açabilir¹⁰⁴. Zira TBK 350. maddenin lafzında kiraya verenin ihtiyaç sebebiyle tahliyesi düzenlenmiş olup kiraya verenin aynı zamanda malik olması aranmamıştır. Önemle belirtilmelidir ki, asıl kiracının konutu alt kiraya vermesi halinde, taşınmazı kiraya verenin konut ihtiyacı sebebiyle tahliye davasının asıl kiracıya karşı ileri sürülmesi gerekmektedir¹⁰⁵.

Kira sözleşmesine konu konut üzerinde intifa hakkı kurulması suretiyle, taşınmazdan yararlanma ve taşınmazı kullanma hakları intifa hakkı sahibine devredilebilir. Bu durumda intifa hakkı sahibinin kiracıya karşı TBK 350. madde gereğince kendisi veya maddede belirtilen diğer kişilerin konut gereksinimi sebebiyle dava açması mümkündür¹⁰⁶. Doktrinde çıplak mülkiyet sahibinin böyle bir hakkı bulunmadığı görüşü savunulmaktadır¹⁰⁷. Tunaboğlu, çıplak mülkiyet sahibinin intifa hakkı sahibi ile birlikte tahliye davası açmasının mümkün olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸.

2. Davalı

Kiraya verenin konut ihtiyacı nedeniyle açtığı tahliye davasının davalısı kiracı olmalıdır. Kiraya konu konutta birden fazla kiracının olması halinde kiracılar zorunlu dava arkadaşı olup bu nedenle davanın tüm kiracılara birlikte açılması gerekmektedir¹⁰⁹. Zira tahliye davası bölünemez nitelikte olup kiracılar arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır¹¹⁰. Yine, birden fazla kiracının bulunması nedeniyle konut ihtiyacı sebebiyle yapılan ihtarnamenin de tüm kiracılara bildirilmesi gerekir¹¹¹. Önemle belirtilmelidir ki, TMK 194. maddesine uygun olarak, kira sözleşmesinin tarafı olmak amacıyla eşin kiraya verene bildirimde bulunması halinde, gereksinim nedeniyle konut ihtiyacı nedeniyle açılan tahliye davasının kiracı yanında eşine karşı da açılması gerekmektedir¹¹².

¹⁰⁴ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 667.

¹⁰⁵ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1285.

¹⁰⁶ Göçüm, Kira Hukuku, s. 271.

¹⁰⁷ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1285; Göçüm, Kira Hukuku, s. 271.

¹⁰⁸ Tunaboğlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 596.

¹⁰⁹ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 668; Bu aşamada gerçekleşen eksikliğin sonradan giderilemeyeceğine ilişkin olarak Tunaboğlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 596.

¹¹⁰ Zevkililer-Gökayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 349.

¹¹¹ Göçüm, Kira Hukuku, s. 272.

¹¹² Göçüm, Kira Hukuku, s. 272.

3. Tahliye Davasında Süre

TBK'nın 350. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen tahliye davası hakkındaki süreler, Mülga 6570 sayılı Kanun ve eski Borçlar Kanunu'nda yer almayan yeni bir düzenlemedir¹¹³. Tahliye davası, TBK 350. maddesinin ikinci fıkrasına göre belirli süreli kira sözleşmelerinde sözleşmenin sona ermesinden, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise genel hükümlere göre belirlenecek sona erme tarihinden itibaren 1 ay içinde açılmış olmalıdır. Yargıtay'a göre dava açma süresi kamu düzenine ilişkin olup, hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁴.

Belirli süreli kira sözleşmelerinde, akdedilen sözleşmenin başlangıcı belli ve süresi kararlaştırılmış olup dolayısıyla sözleşmenin sona erdiği günü belirli olmaktadır¹¹⁵. Kira süresinin sona erdiği günün kiracı ile kiralayan arasında yapılan kira sözleşmesiyle tespit edilmesi mümkün olup tespit edilen tarihten itibaren 1 ay içerisinde işbu dava açılmalıdır. Kira sözleşmesinin başlangıcının tespit edilememesi halinde, kiracının zilyetliği ve kiralananı kullanımı maddi olay olduğundan tanık dinlenebilir¹¹⁶. Yine konut hakkında su, doğal gaz, elektrik aboneliklerinin bağlanması için kurumlarla yapılan sözleşmeler, kiracı ile kiraya veren arasındaki sözleşmenin başlangıcına karine teşkil edecektir¹¹⁷. Kira sözleşmesinin başlangıç tarihi ile birlikte sözleşmenin süresinin tespiti de büyük önem arz etmektedir. Zira sözleşmenin başlangıç tarihi belli olduğu halde süresi belirlenemiyorsa sözleşme, belirsiz süreli sözleşme olarak adlandırılmalıdır¹¹⁸. Belirli süreli kira sözleşmelerinde kira süresinin sona ermesinden itibaren 1 ay içerisinde tahliye davası açılmalıdır. Bir örnek vermek gerekirse, konutun 02.02.2020 tarihli kira sözleşmesi ile bir yıllığına kiraya verilmesi halinde sözleşmenin 02.02.2021 tarihinde sona ereceği belirlidir. Kiraya veren konut ihtiyacından kaynaklanan tahliye davasını sözleşmenin sona erdiği tarih olan 02.02.2021 tarihinden itibaren 1 ay içerisinde açmalıdır. Belirtilen örnekte kiraya verenin açacağı tahliye davasına ilişkin sürenin sonu 02.03.2021'dir.

¹¹³ Uyumaz- Akçaal, "Türk Borçlar Kanununun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile Ürün Kirasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", s. 157.

¹¹⁴ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 06.07.2017 tarihli ve 2017/4069 E., 2017/11195 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 17.04.2023.

¹¹⁵ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1295.

¹¹⁶ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 262.

¹¹⁷ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 417.

¹¹⁸ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1295.

Kiraya veren ile kiracı arasında düzenlenen kira sözleşmesinin başlangıç tarihi belirli olup süresi belirsiz ise belirsiz süreli sözleşme olarak adlandırılır¹¹⁹. Kira sözleşmesinin belirli süreli yapılmasına rağmen belirlenen sürenin geçmesiyle birlikte sözleşme belirsiz süreli hale gelir¹²⁰. Kanun koyucu belirsiz süreli kira sözleşmelerinde tahliye davasının, kiraya ilişkin genel hükümlere göre belirlenecek sona erme tarihinden itibaren 1 ay içerisinde açılması gerektiğini belirtmiştir. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kiraya veren fesih bildiriyle kira sözleşmesinin sona ereceği günü belirlemelidir. Sona ereceği günün belirlenmesinden itibaren bir ay içerisinde ihtiyaç nedeniyle tahliye davası açılmalıdır¹²¹. Diğer bir ifade ile belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, TBK 328 ve devamı maddelere göre sözleşmenin sona ereceği günün belirlenmesinden itibaren, bir ay içerisinde tahliye davası açılmalıdır¹²². Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, yerel adette belirlenen kira dönemi sonunda, yerel adetin olmaması halinde altı aylık kira döneminin sonu için üç ay önce bildirim yapılarak sözleşmenin sona ereceği gün belirlenmiş olacaktır. Belirlenen günden itibaren 1 ay içinde dava açılabilecektir¹²³. Belirtilen düzenlemeye göre belirsiz süreli kira sözleşmesini sona erdirmek isteyen kiraya verenin fesih dönemi ve bildirim süresine uyarak fesih iradesini açıklaması gerekmektedir. Böylece kiracıya önceden bildirimde bulunularak kiracının mağduriyetinin önüne geçilecektir¹²⁴.

Kanun koyucu belirsiz süreli kira sözleşmelerinde TBK m. 329 hükmünde belirtilen fesih bildirim sürelerine ve fesih dönemlerine uyularak sözleşmenin sona ermesini gerektiğini belirtmiştir¹²⁵. Bu nedenle her altı aylık fesih dönemi için üç aylık fesih bildirim süresine uyularak sözleşmenin sona ereceği gün belirlenmelidir. Belirlenen günden itibaren bir ay içerisinde tahliye davası açılmalıdır. Somutlaştırmak gerekirse, başlangıç süresi 02.02.2020 tarihli olan belirsiz süreli kira sözleşmesi, altışar aylık fesih dönemlerine ayrılır. 02.02.2020 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin ilk fesih dönemi 02.08.2020 tarihine kadardır. İkinci altı aylık fesih dönemi ise 02.02.2021 tarihine kadardır. 01.04.2023 tarihinde fesih iradesi ortaya çıkan kiraya verenin altı

¹¹⁹ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1295.

¹²⁰ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 263.

¹²¹ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1295.

¹²² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 30.04.2019 tarihli ve 2017/6068 E., 2019/3923 K. sayılı kararı, www.corpus.com.tr, e.t. 24.04.2023.

¹²³ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 671.

¹²⁴ Gülşah Sinem Aydın, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 90.

¹²⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 299.

aylık fesih dönemini ve üç aylık fesih bildirimini dikkate alması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile kiraya veren kira sözleşmesini sona erdirmeye isteğini kiracıya 02.05.2023 tarihine kadar bildirmelidir. Bu durumda kiraya veren ile bildirimde bulunulan kiracı arasındaki sözleşme 02.08.2023 tarihinde sona erecektir. Kiracının konutu tahliye etmemesi halinde kiraya veren 02.08.2023 tarihinden itibaren bir ay içerisinde yani en geç 02.09.2023 tarihine kadar tahliye davası açmalıdır. Kiracıya 02.05.2023 tarihine kadar bildirimde bulunulmaması halinde, kiraya veren bir sonraki kira dönemi olan 02.02.2024 tarihinde kira sözleşmesini feshedebilmek için 02.11.2023 tarihine kadar kiracıya fesih bildiriminde bulunmalıdır.

Kiraya verenin kiracı ile akdettiği sözleşmede tahliyenin gerçekleştirilebilmesi için ihbar süresi belirlenmiş olabilir. Bu durumda kiraya verenin ihtiyacı nedeniyle kiracının tahliyesini talep etmesi için bu süreye uyması gerekmekte olup süreye uyulmadığı takdirde kural olarak kira sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde tahliye davası açamayacaktır¹²⁶.

TBK 353. maddesinde, belirli ve belirsiz süreli kira sözleşmelerinde en geç dava açılması için öngörülen sürede, kiracıya yazılı bildirimde bulunulması halinde dava açma süresinin bir kira yılı uzayacağı belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile, kiraya verenin kiracıya, kira sözleşmesinin sona ermesinden önce ya da bir aylık dava açma süresi içerisinde ihtarda bulunmuş olması halinde, kiraya veren bir kira yılının sonuna kadar ihtiyacı sebebiyle tahliye davası açabilir¹²⁷. Kiraya verenin bildirimini yazılı olması gerektiği maddede açıkça belirtilmiş olup yazılı olması koşulu, bildirimde geçerlilik şartıdır¹²⁸. Örnek vermek gerekirse kiracı ile kiraya veren arasında 01.11.2014 sona erme tarihli kira sözleşmesinin bulunması halinde kiraya verenin tahliye iradesini içerir ihtarnamenin, 15.10.2014 tarihinde kiracıya tebliğ edilmesi ile kiraya veren 01.11.2014 ile 01.11.2015 tarihli kira dönemi içerisinde tahliye davası açabilir¹²⁹. Önemle belirtmek gerekir ki dava açma süresinin bir kira yılı uzaması için kiraya verenin yazılı bildirimini kira sözleşmesinin sona ermesinden önce ya da bir aylık dava açma süresi içerisinde kiracıya tebliğ edilmesi gerekmektedir¹³⁰.

¹²⁶ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1293.

¹²⁷ Mehmet Remzi- Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul, 2016, s. 188.

¹²⁸ Aydoğdu-Kahveci, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 671.

¹²⁹ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin 01.06.2016 tarihli ve 2015/11003 E., 2016/4315 K. sayılı kararı, Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1306.

¹³⁰ Zevkliler-Gökayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 353.

4. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)¹³¹ gereğince, sulh hukuk mahkemele-ri, kiraya verenin konut gereksinimi sebebiyle açılan tahliye davalarına bakmak-la görevlidir. Yetkili mahkeme ise HMK hükümlerindeki genel yetki kuralları dikkate alınarak belirlenmelidir¹³². Sulh hukuk mahkemesinin kira sözleşmesinin sona erdirilmesiyle ilgili kararları bozucu yenilik doğuran karar niteliğinde olup eda hükmü de içermektedir¹³³. Zira mahkeme tarafından kiraya verenin ya da maddede belirtilen yakınlarının ihtiyacının samimi ve zorunlu olduğuna kanaat getirilmesi halinde, kira sözleşmesinin sonlandırıldığına dair karar ile birlikte kira konusu konutun tahliyesine de hükmedilir. Bu durumda kira sözleşmesinin sonlandırıldığına ilişkin karar bozucu yenilik doğuran hüküm niteliğinde olup kira konusu konutun tahliyesine ilişkin hüküm de eda yönünü içermektedir¹³⁴. Mahkeme tarafından verilen hüküm, kiraya verenin ilerleyen dönemlerde açılan tahliye davaları için kesin hüküm niteliğinde değildir¹³⁵. Tahliye kararının kesinleşmesi ile kira sözleşmesi de sona ermiş olur¹³⁶.

Kiraya veren mahkemede konut gereksiniminin zorunlu ve gerçek olduğunu kanıtlamalıdır¹³⁷. Kiraya veren bu durumda iddiasını, her türlü delil ile kanıtlayabilir¹³⁸.

Kiraya verenin konut gereksinimi nedeniyle açtığı tahliye davasında, HMK 176. maddenin uygulanması mümkündür¹³⁹. Zira kiraya veren, altsoyun ihtiya-cını ileri sürerek açtığı tahliye davasının sebebini islah yoluyla değiştirerek, da-vanın eşinin ihtiyacı nedeniyle açıldığını ileri sürebilir¹⁴⁰.

Yargılama sürerken dava konusu konuttan kiracı tahliye edilmişse, dava konusuz kaldığından, dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı ve-

¹³¹ RG. T. 04.02.2011 S. 27836. Çalışmanın geri kalanında HMK şeklinde zikredilecektir.

¹³² Kalender, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi", s. 33.

¹³³ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 338.

¹³⁴ Kırmızı, Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, s. 421.

¹³⁵ Mehmet Öztürk, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19/Özel Sayı, ss. 1549-1595, s. 1567.

¹³⁶ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 338.

¹³⁷ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1291.

¹³⁸ Tunaboğlu, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 595.

¹³⁹ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1293.

¹⁴⁰ Göçüm, Kira Hukuku, s. 273-274.

rilmelidir. Bu durumda vekalet ücreti ve yargılama giderlerinin davacı ya da davalının haklılık durumu tespit edilerek ödenmesine hükmedilir¹⁴¹.

Önemle belirtilmelidir ki, TBK 355. madde kiraya verenin, ihtiyacından dolayı mevcut kiracısını taşınmazdan tahliye etmesi halinde konutu ihtiyaç sebebine uygun kullanması amacıyla getirilmiştir. Zira kiraya veren, kiracısını ihtiyacı nedeniyle tahliye etmişse konutu bu amaca uygun kullanmalıdır. Bu nedenle kiraya veren ihtiyacı sebebiyle kiracıyı konuttan tahliye ettiğinde haklı sebep olmaksızın, konutu üç yıl geçmeden eski kiracısından başkasına kiralayamayacak olup kiralaması halinde konuttan tahliye ettiği kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü olacaktır¹⁴².

SONUÇ

TBK'nın 350. maddesinde kiraya verenin kendisinin, eşinin, altsoyunun, üstsoyunun ya da kanunen bakmakla yükümlü olduğu diğer kişilerin konut veya işyeri ihtiyacı sebebiyle kira sözleşmesini tahliye davası açmak suretiyle sona erdirilebileceği düzenlenmiştir. Kiraya verenin konut ihtiyacı sebebi ile kiracıyı tahliye ettirebilmesi kanunda sınırlı sayıda belirtilen kişiler için mümkündür. Kiraya veren Türk Medeni Kanunu anlamında resmi evlilikteki eşinin konut ihtiyacı için tahliye isteminde bulunabileceği gibi soy bağıının bulunduğu altsoy ve üstsoyunun ihtiyacından dolayı da tahliye isteminde bulunabilir. Bu kapsamda evlat edinen ile evlatlık arasında evlat edinme ile birlikte soy bağı kurulmuş olduğundan evlatlığın konut ihtiyacı için tahliye isteminde bulunulabilir. Kanun maddesinin lafzında belirtilen "*kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişiler*" kavramının ise TBK'nın 350. maddesinin gerekçesinde TMK'nın 364. maddesine atıf yapıldığından sadece kardeşi kapsayacağı kabul edilmelidir. Kanaatimizce madde ile gerekçenin uyumlu hale getirilmesi amacıyla kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler yerine kardeş teriminin getirilmesi uygun olacaktır.

Kanunda belirtilen kişilerin konut ihtiyacı tahliye için yeterli değildir. Kanun maddesinin lafzında belirtilen "*kullanma zorunluluğu*" ifadesinden de bu durum anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın kararlarında özellikle üzerinde durduğu husus

¹⁴¹ Kanık, Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları, s. 1292.

¹⁴² Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 418; Hüseyin Altaş, *Kira Sözleşmesindeki Sorunlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 292.

tahliye sebepli olan ihtiyacın samimi, gerekli ve zorunlu olmasıdır. Kiraya verenin kendisi ya da kanunda belirtilen diğer kişiler için ileri sürdüğü ihtiyacın samimi ve zorunlu olması gerekmektedir. Bu durum tanık dahil her türlü ispat aracıyla kiraya veren tarafından ispatlanabilir.

Yargıtay uygulamasına göre kiraya verenin ikamet ettiği konutun kira olması halinde ihtiyaç samimi ve zorunlu nitelikte olup kiracının kira konusu konuttan tahliyesi mümkün olabilir. Bunun yanı sıra kiraya veren sağlık, eğitim, iş yeri değişikliği, yazlık ihtiyacı gibi sebeplerle de kiracıyı tahliye edebilir. Kiraya verenin ihtiyacına uygun başka konutlarının bulunması, ihtiyacını karşılayan bir dairenin tahliye davası açılmadan kısa süre önce ya da dava sırasında kiraya verilmesi veya satılması durumunda kiraya verenin konut ihtiyacının samimi ve zorunlu olduğu söylenemeyecektir.

Kiraya veren, altsoyunun evlenecek olması sebebi ile konutun tahliyesini talep edebilir. Bu durumda evlilik hazırlığının yapılmasına ilişkin somut kanıtları sunması halinde gereksinimin samimi, zorunlu olduğu kabul edilecektir. Kiraya verenin altsoy ve üstsoyunun başka konutta kiracı olması halinde de ihtiyacın varlığı kabul edilmelidir.

Kiraya veren sıfatına sahip olan kişi, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Konutun gereksinim sebebiyle tahliyesi kiraya verenin gerçek kişi olması halinde mümkündür. Doktrinde tüzel kişilerin konut ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açabileceğini savunan görüşler de bulunmaktadır. Kanaatimizce tüzel kişi sadece işyeri ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açabilmekle birlikte konut ihtiyacı nedeniyle tahliye davası açamayacaktır.

Tahliye davası belirli süreli kira sözleşmelerinde sürenin sona erdiği tarihten itibaren, belirsiz süreli kira sözleşmelerinde ise kiraya ilişkin genel hükümlere göre belirlenecek tarihten itibaren bir ay içerisinde açılmalıdır. Tahliye davasının görüldüğü mahkeme tarafından belirtilen süreler re'sen gözetilip somut koşullar göz önünde bulundurularak her bir dava hakkında karar verilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil, *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, İstanbul, 2004.
- AKYİĞİT, Ercan, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ALTAŞ, Hüseyin, *Kira Sözleşmesindeki Sorunlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYAN, Nurşen, "Kira Konusu Taşınmazın İhtiyaç Nedeniyle Tahliye Ettirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, 15/2, ss. 11-24.
- AYDIN, Gülşah Sinem, *Kira Sözleşmesinin Genel Hükümlere Göre Sona Ermesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- AYDOĞDU, Murat - KAHVECİ, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- CİHAN, Ali Hulki, "Yargıtay Uygulaması Işığında Kiraya Verenin Duyduğu Gereksinim Nedeniyle Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve Tahliyesinin Hukuki Esasları", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, 4/7, ss. 67-84.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ETLİK, Enes, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına Özgü Tahliye Sebepleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2019, 93/ 3, ss. 71-99.
- GÖÇÜM, Olcay, *Kira Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- İNCEOĞLU, M. Murat, *Kira Hukuku 2. Cilt*, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- İPEK, Eyüp, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 102, ss. 60-92.
- KALENDER, Ahmet, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2017, S. 136, ss. 27-35.
- KANIK, Hikmet, *Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KIRMIZI, Mustafa, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- OĞUZMAN, M. Kemal - SELİÇİ, Özer - OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Kişiler Hukuku*, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- OY, Osman - ONUR OY, Gerçek, *Kira Sözleşmeleri ve Tahliye Davaları*, 1. Baskı, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul, 2022.

- ÖZDOĞAN, Mustafa - OYMAK, Tuba, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira**, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- ÖZDOĞAN, Mustafa- OYMAK, Tuba, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları Kapsamı ve Uygulama Alanı", **İstanbul Barosu Dergisi**, 2014, 88/2, ss. 54-66.
- ÖZTÜRK, Mehmet, "Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Erme Halleri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 19/Özel Sayı, ss. 1549-1595.
- PEHLİVAN, Metin, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Konut İhtiyacı (Gereksinimi) Sebebiyle Tahliye", **Journal of Life Economics**, 2017, 4/4, ss. 179-190.
- REMZİ, Mehmet - AYDIN, Sezer, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul, 2016.
- ŞİPKA, Şükran, **Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- TOSUN, Yalçın, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Gereksinimi", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, 11/137-138, ss. 31-53.
- TUNABOYLU, Müslim, **Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- TÜREL, Erol, **Türk Borçlar Kanunu'na göre Kira Sözleşmeleri (Cilt I)**, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2015.
- UYUMAZ, Alper - AKÇAAL, Mehmet, "Türk Borçlar Kanununun Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları ile Ürün Kirasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, 1/2, ss. 137-169.
- ZEVKLİLER, Aydın - GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Elektronik Kaynaklar

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

<http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-borclar-kanunu/turk-borclar-kanunumadde.350>.

www.corpus.com.tr.

www.kazanci.com.tr.

ÇEVİRİ
TRANSLATION

ELEKTRONİK TİCARET BELGELERİ KANUN TASARISI 2022^(*)

Çev. Alperen Furkan TAŞ^(**)

GİRİŞ

Uluslararası ticaret endüstrisinin her yıl dünya çapında 28 milyar ticaret belgesi ürettiği tahmin edilmektedir. Bu noktada devletler, evrak maliyetlerinin düşürülmesi, ticaretin daha kolay ve hızlı hale getirilmesi ve çevrenin korunması amacıyla ticari belgelerin dijitalleştirilmesi konusuna ağırlık vermektedir. Bahse konu devletlerden biri de dünya ticaretinde öncü konumunda olan Birleşik Krallık'tır. Birleşik Krallık, kendi ulusal hukukunda elektronik ticaret belgelerinin kullanımının hukuki altyapısını oluşturmak amacıyla Mart 2022'de konuya ilişkin bir rapor yayımlamış ve bu raporla birlikte bir kanun tasarı metni de sunmuştur.¹ "Elektronik Ticaret Belgeleri Kanun Tasarısı 2022 (Electronic Trade Documents Bill 2022)"² başlığı altında yayımlanan bu kanun tasarı metni, 2022-

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.02.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 12.03.2023.

Atıf Şekli: Alperen Furkan Taş, "Elektronik Ticaret Belgeleri Kanun Tasarısı 2022", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1, 2023, s. 903-909.

DOI: 10.52273/sduhfd..1253838.

Bu çalışma, "Electronic Trade Documents Bill 2022" adlı kanun tasarısının Türkçe çevirisidir. Kanun tasarı metninin orijinal kopyası için bkz. <<https://bills.parliament.uk/publications/47901/documents/2301>> (Erişim Tarihi: 16.02.2023).

(**) Northumbria Üniversitesi, Doktora Öğrencisi, Newcastle upon Tyne, İngiltere.

E-posta: alperen.tas@northumbria.ac.uk.

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-5501-0551>.

¹ Rapor ve kanun tasarı metni için bkz. <<https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2022/03/Electronic-Trade-Documents-final-report-ACCESSIBLE-1.pdf>> (Erişim Tarihi: 11.03.2023).

² Her ne kadar kanun metninin 7. maddesinden de anlaşılacağı üzere söz konusu kanuna "Electronic Trade Document Act 2022" yani "Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu 2022" olarak atıf yapılması öngörülmüşse de ilgili metin henüz Kanun Tasarısı (Bill) hükmündedir. Bu sebeple "Kanun (Act)" yerine "Kanun Tasarısı (Bill)" ifadesi kullanılmıştır.

2023 Birleşik Krallık ulusal parlamentosu programına dahil edilmiş ve kanunlaşma aşaması başlamıştır. Mezkûr Kanun Tasarısı, dünya ticaret gündeminde kendisine geniş yer bulmuş ve çoğu çevrelerce dijitalleşme ve elektronik ticarete geçiş sürecindeki en önemli adımlardan biri olarak değerlendirilmiştir.

Elektronik Ticaret Belgeleri Kanun Tasarısı, Birleşik Krallık'taki mer'î hukukta olduğu gibi zilyetlik (*possession*) kazanımının ve devrinin ancak maddi (*tangible*) belgelerle mümkün olacağını; soyut ve/veya elle tutulamayan (*intangible*) belgelerin bu noktada geçersizliğini öngören hukuki düzenlemelerden ayrılmaktadır. Bu bağlamda Kanun Tasarısı, elektronik belgeler, tokenlar vb. maddi olmayan eşyaların da belirli kurallar çerçevesinde maddi belgelerle aynı konumda değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır ve böylece literatürde “zilyetlik sorunu (*possession problem*)” adıyla ele alınan problemleri çözmeyi amaçlamaktadır. Ayrıca bu Kanun Tasarısı, blok zincir teknolojisi gibi gelişen teknolojilerin kullanımı ve bu bağlamda dijital platformlar vasıtasıyla yapılacak elektronik işlemler için hukuki bir temel inşa etme gayesi de gütmektedir.

Dünya üzerindeki en büyük iş sahalarından olan taşımacılıkta ve ticarete, elektronik ve dijital ticaret belgelerinin yaygın olarak kullanılmasının kaçınılmaz olduğu günümüzde, bu yönde güçlü bir temayülün oluşması amacıyla güvenilir bir sisteme ve hukuka ihtiyaç olduğu aşikardır. Bu eksiğin kapatılması noktasında Elektronik Ticaret Belgeleri Kanun Tasarısı ile önemli bir adım atılmıştır. Kanun Tasarısı, her ne kadar ulusal statüde olsa da Birleşik Krallık Devleti'nin dünyadaki konumu göz önünde bulundurulduğunda diğer ulusal hukuklara ve hatta uluslararası ticaret hukukuna dijitalleşme yolunda ışık tutacak niteliktedir.

Elektronik Ticaret Belgeleri Kanun Tasarısı, uluslararası ticaretin hemen hemen her safhasında söz sahibi olan ve jeopolitik konumu ile uluslararası taşımacılıkta önemli bir yer işgal eden Türkiye için de dijital dünyaya geçiş aşamasında önem arz eden bir hukuk metnidir. Bu bağlamda söz konusu Kanun Tasarısının Türkçe'mize kazandırılmasının faydalı olacağı düşünülerek bu çeviri yapılmıştır.

ELEKTRONİK TİCARET BELGELERİ KANUN TASARISI 2022
(ELECTRONIC TRADE DOCUMENTS BILL 2022)
TÜRKÇE ÇEVİRİSİ

Elektronik ticaret belgelerine ilişkin ve bununla bağlantılı amaçlar için hükümler getiren bu Kanun Tasarısı; en mükemmel majesteleri Kral tarafından ve Ruhani ve Dünyevi Lordlar Kamarasının ve Avam Kamarasının tavsiyesi ve rızasıyla; bu mevcut toplanan parlamentoda ve aynı otorite tarafından aşağıdaki şekilde kanunlaştırılacaktır:

1. “Kâğıt Ticaret Belgesi”nin Tanımı

- (1) Bir belge, bu kanunun amaçları doğrultusunda aşağıdaki şartların varlığı halinde “kâğıt ticaret belgesi” olarak kabul edilir:
- (a) Kâğıt biçimindeyse,
 - (b) Aşağıdakilerle bağlantılı olarak Birleşik Krallık’ın en az bir bölgesinde yaygın olarak kullanılan türde bir belgeyse,
 - (i) malların ticareti veya taşınması veya
 - (ii) bu ticaret veya taşımanın finansmanı.
 - (c) Kişinin bir yükümlülüğün ifasını talep etmesi için kanun, ticari teamül, kullanım veya uygulama gereği belgenin zilyetliğini elinde bulundurması gerekiyorsa.
- (2) Aşağıda sayılanlar, birinci fıkranın (b) bendinde zikredilen ve yaygın olarak kullanılan belgelere örnek olarak verilebilir:
- (a) Kambiyo senedi;
 - (b) Ödeme senedi;
 - (c) Konişmento;
 - (d) Gemi teslimat emri;
 - (e) Depo makbuzu;
 - (f) Yükleme ordinosu;
 - (g) Deniz sigorta poliçesi;
 - (h) Yük sigorta sertifikası.

2. “Elektronik Ticaret Belgesi”nin Tanımı

- (1) Bu madde hükmü, elektronik biçimdeki bilgilerin, kâğıt biçimdeki bir belgede yer alması halinde, ilgili belgenin kâğıt ticaret belgesi olarak kabul edilmesine yol açacak nitelikteki bilgilerin söz konusu olduğu hallerde geçerlidir.
- (2) Aşağıda sayılan kriterler doğrultusunda güvenilir bir sistem kullanıldığı takdirde; bilgiler, mantıksal olarak ilişkili oldukları elektronik biçimdeki diğer bilgilerle birlikte bu kanunun amaçları doğrultusunda “elektronik ticaret belgesi”ni oluşturur:
 - (a) belgeyi, herhangi bir kopyadan ayırt edilebilecek şekilde tanımlayan,
 - (b) belgeyi yetkisiz değişikliklere karşı koruyan,
 - (c) aynı anda birden fazla kişinin belge üzerinde tasarrufta bulunmasının mümkün olmamasını sağlayan,
 - (d) belge üzerinde tasarruf yetkisi olan kişinin, bu yetkisini göstermesine izin veren ve
 - (e) belge üzerinde tasarruf yetkisini haiz olan kişiyi, belgenin devrinden hemen önce bu yetkiden mahrum bırakabilecek etkiye sahip olan (meğerki bu kişi devralan kişi olmasından dolayı belge üzerinde tasarrufta bulunabiliyor olsun).
- (3) İkinci fıkranın amaçları doğrultusunda;
 - (a) bir kişi bir belgeyi (yasal olarak hakkı olsun veya olmasın) kullandığında, devrettiğinde veya başka bir şekilde elden çıkardığında o belge üzerinde tasarrufta bulunmuş sayılır ve
 - (b) müştereken tasarrufta bulunmuş kişiler, tek kişi olarak muamele görür.
- (4) Üçüncü fıkranın (a) bendi bağlamında, bir belgeyi okumak veya görüntülemek, tek başına ilgili belgenin kullanılmış sayılması için yeterli değildir.
- (5) Birinci fıkranın amaçları doğrultusunda bir sistemin güvenilir olup olmadığı tespit edilirken dikkate alınabilecek hususlar aşağıda sayılanları içerir:
 - (a) sistemin işleyişi için geçerli olan tüm kurallar;
 - (b) sistemde tutulan bilgilerin bütünlüğünü güvence altına almak için alınan önlemler;

- (c) sisteme yetkisiz olarak erişimi ve sistemin yetkisiz bir biçimde kullanımını önlemek için alınan her türlü önlem;
- (d) sistem tarafından kullanılan donanımın ve yazılımın güvenliği;
- (e) bağımsız bir kurum tarafından yapılan herhangi bir sistem denetiminin düzenliliği ve kapsamı;
- (f) denetleyici veya düzenleyici işlemlere sahip bir kurum tarafından yapılan sistemin güvenilirliğine ilişkin herhangi bir değerlendirme;
- (g) sistemle ilgili olarak geçerli olan herhangi bir gönüllü programın veya endüstri standardının hükümleri.

3. Elektronik Ticaret Belgelerinin Zilyetliği, Ciro Edilmesi ve Hükümü

- (1) Bir kişi, bir elektronik ticaret belgesini elinde bulundurabilir, ciro edebilir ve elinden çıkartabilir.
- (2) Bir elektronik ticaret belgesi, eş değer bir kâğıt ticaret belgesi ile aynı etkiye sahiptir.
- (3) Bir elektronik ticaret belgesine ilişkin yapılan her şey (eğer varsa), bu belgeye eş değer bir kâğıt ticaret belgesine ilişkin yapılmış herhangi bir şeyle aynı etkiye sahiptir.
- (4) Bir elektronik ticaret belgesi, İskoç Parlamentosu'nun taşınır mal üzerindeki bir rehin teminatının oluşturulmasına ilişkin herhangi bir kanunun amaçları doğrultusunda cismani taşınır mal olarak kabul edilecektir.

4. Biçim Değişikliği

- (1) Yalnızca aşağıdaki durumların varlığı halinde; bir kâğıt ticaret belgesi, bir elektronik ticaret belgesine dönüştürülebilir ve bir elektronik ticaret belgesi, bir kâğıt ticaret belgesine dönüştürülebilir:
 - (a) belgenin dönüştürüldüğüne dair bir beyanın belgenin yeni biçimine eklenmesi ve
 - (b) belgenin dönüştürülmesine ilişkin sözleşmeden doğan veya diğer gerekliliklere uyulması.
- (2) Bir belgenin, birinci fıkra uyarınca dönüştürülmesi durumunda;
 - (a) belgenin eski şeklinin geçerliliği sona erer ve
 - (b) belgeye ilişkin tüm hak ve yükümlülükler belgenin yeni haliyle geçerli olmaya devam eder.

5. İstisnalar

- (1) Elektronik ticaret belgesine ilişkin olarak, 3. maddenin uygulanmaması gerektiğine yönelik bir irade, belgede tezahür etmişse veya bu irade, belgeden veya belgeyle ilgili hükümlerden makul bir şekilde anlaşılabilirse;
 - (a) 3. madde geçerli olmaz ve
 - (b) 4. madde de bununla bağlantılı olarak uygulanmaz.
- (2) 1'den 4'e kadar olan maddeler ve bunların fıkraları, aşağıdakilerle ilgili durumlarda uygulanmaz:
 - (a) Sertifikasız Menkul Kıymetler Düzenlemeleri 2001 (S.I. 2001/3755) uyarınca ilgili bir sistem aracılığıyla devredilebilen bir menkul kıymetin sertifikasız birimi veya
 - (b) Devlet Bakanı³ tarafından yapılan düzenlemelerde belirtilen türden bir belge veya senet.
- (3) Devlet Bakanı, yönetmelikler vasıtasıyla ikinci fıkranın (a) bendi ile tanınan istisnayı değiştirmek ve kaldırmak için bu maddeyi tanzim edebilir.
- (4) Devlet Bakanı, İskoçya ile ilgili olarak yürürlüğe girecek hükmü içeren ikinci fıkranın (b) bendi kapsamındaki düzenlemeleri yapmadan önce İskoç Bakanlarına danışmalıdır.
- (5) Bu madde kapsamındaki düzenlemeler,
 - (a) kanuni belge⁴ ile yapılacaktır;
 - (b) geçici hüküm, atıf hükmü, geçiş hükmü veya koruyucu hüküm içerebilir.
- (6) Bu madde kapsamındaki düzenlemeleri ihtiva eden bir kanuni belge, bu mevzuatın taslağı önceden sunulup parlamento kararıyla onaylanmadıkça düzenlenemez.

³ Kanun Tasarısının orijinal metninde "Secretary of State" olarak zikredilmiştir. Birleşik Krallık'ta genellikle devlet dairelerinden sorumlu kabine bakanları tarafından taşınan bir unvandır. Çoğu devlet dairesi bu unvanı taşıyan kişiler tarafından yönetilir. Bkz. <<https://www.parliament.uk/site-information/glossary/secretary-of-state/>> (Erişim Tarihi: 16.02.2023).

⁴ Kanun Tasarısının orijinal metninde "Statutory Instrument" olarak zikredilmiştir. Türkçeye "ikincil mevzuat" veya "kanuni belge" olarak çevrilebilir. Bu düzenlemeler, Birleşik Krallık'ta, yürütme organına devredilen yetki neticesinde ihdas edilmiş normlar olarak tanımlanabilir. Bkz. "Statutory Instruments Act 1946", <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/9-10/36/contents>> (Erişim Tarihi: 16.02.2023).

6. Atıf Hükümleri

- (1) 1882 tarihli Kambiyo Senetleri Kanununun⁵ 89B sayılı maddesinin ikinci fıkrasına şu düzenleme eklenecektir: “*veya Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu 2022’nin amaçları doğrultusunda elektronik ticaret belgesi olan herhangi bir şeye (bkz. ilgili kanunun 2. maddesi).*”
- (2) 1992 tarihli Deniz Yoluyla Mal Taşıma Kanununun⁶ 1. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ilga edilecektir.

7. Kapsam, Yürürlüğe Giriş ve Başlık

- (1) Bu Kanun, İngiltere, Galler, İskoçya ve Kuzey İrlanda’yı kapsar, ancak 3. maddenin dördüncü fıkrası yalnızca İskoçya’yı kapsar.
- (2) Bu Kanun, yayımlandığı günden başlayarak iki aylık sürenin sonunda yürürlüğe girer.
- (3) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce düzenlenen kâğıt ticaret belgesi veya elektronik ticaret belgesi hakkında 3. ve 4. maddeler uygulanmaz.
- (4) Bu Kanuna, “Elektronik Ticaret Belgeleri Kanunu 2022” olarak atıfta bulunulabilir.

⁵ Bkz. “Bills of Exchange Act 1882”, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/45-46/61>> (Erişim Tarihi: 16.02.2023).

⁶ Bkz. “Carriage of Goods by Sea Act 1992”, <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1992/50/section/1>> (Erişim Tarihi: 16.02.2023).