

ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi  
*This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.*

**Cilt: XXI, Sayı: 2  
Vol. XXI, No. 2  
Yıl / Year: 2024**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

*YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

**Yayın Sahibi / Publisher**

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /  
*On Behalf of Yeditepe University*

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor**

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

**Editör Yardımcıları / Associate Editors**

Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Teknik Hazırlık / Layout and Page Design**

Ar. Gör. Ecrin Baydak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Fatmagül Yazıcı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yönetim Yeri / Place of Management**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

**İnternet Adresi / Web Address**

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

**Yayının Türü / Type of Publication**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan,  
**ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na  
kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal  
published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in  
the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and  
Information Center).*

**Basımcının Adı / Printed by**

Armoni Nuans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

Yukarı Dudullu Bostancı Yolu Keyap Çarşı B-1 Blk No:24

Ümraniye / İstanbul. Tel.: (0216) 540 36 11

**Basım Yeri / Place of Publication**

İstanbul / *Istanbul*

**Basım Tarihi / Publication Date**

Eylül 2024 / *September 2024*

**ISSN: 1303 - 4650**

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)*

**Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri**  
*All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to*

**E-posta / E-mail:** yuhfd@yeditepe.edu.tr

**Telefon / Phone:** (0216) 578 07 67

**Faks / Fax:** (0216) 578 07 56

**Editör / Editor :** (Oktay Uygun) oktay.uygun@yeditepe.edu.tr

**Editör Yardımcıları / Associate Editors :**

(Tevfik Sönmez Küçük) tevfik.kucuk@yeditepe.edu.tr

(Erhan Kanışlı) erhan.kanisli@yeditepe.edu.tr

**Posta Adresi / Postal Address:**

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos

Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*

*Copyright © 2024*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

*For citations please use the abbreviation: “YUHFD”*

## **Dergimiz Hakkında**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi’de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi’imize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi’mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

## ***About Our Journal***

*Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.*

*We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.*

## **Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Yener Ünver, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Erhan Kanışlı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Danışma Kurulu / *Advisory Board***

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Devrim Güngör, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Halûk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Handan Yokuş Sevük, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ercan Akyiğit, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ender Ethem Atay, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Atay, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Necla Öztürk, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Pınar Akan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Vesile Sonay Evik, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

## ***PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW***

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir. *The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.*

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli araştırma makaleleri, mevzuat kronikleri, karar incelemeleri ve çevirilerdir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

*The articles that are published in the journal are legal articles, legislation chronicles, case notes, and translations. Translations are also subject to referee evaluation. The Articles are written in Turkish and in other European languages are welcome.*

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. *Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

*Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:*

*Paper size: A4*

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)*

*Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm*

*Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified*

*Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified*

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (yuhfd@yeditepe.edu.tr). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

*The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

**10)** Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

**11)** Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır. *The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.*

**12)** Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

*In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.*



**13)** Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

**14)** Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

**15)** Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM'e** kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

**16)** Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

*Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

**17)** Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

*The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
Cilt: XXI, Sayı: 1, Yıl: 2024

**İÇİNDEKİLER**

**ARAŞTIRMA MAKALELERİ**

**“6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNUN 376 NCI MADDESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR HAKKINDA TEBLİĞ”İN SERMAYE KAYBINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Dr. Ecrin BAYDAK.....1**  
e-posta: ecrin.baydak@yeditepe.edu.tr

**TERK SEBEBİYLE BOŞANMA**

**Fatih DURMUŞ.....61**  
e-posta: fatihdurmus@duzce.edu.tr

**CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ ÜZERİNDE SOMUT NORM DENETİMİ YOLUNUN KULLANILMASINA İLİŞKİN ANAYASAL DÜZENLEMELERDEN (M.104/17-BEŞİNCİ VE ALTINCI CÜMLELER) KAYNAKLI SORUNLAR**

**Dr. Öğr. Üyesi Mustafa OKŞAR.....101**  
e-posta: musoksar@hotmail.com

**BİREYSEL BAŞVURU (ANAYASA ŞİKÂYETİ) MEKANİZMASINDA ÇELİŞMELİ YARGILAMA GEREKLİLİĞİ**

**Doç. Dr. Tolga ŞİRİN.....149**  
e-posta: tolga.sirin@marmara.edu.tr

**TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA HAYVANLARIN KORUNMASI: HAYVANLARIN MAĞDURLUK KONUMUNUN TÜR ADALETİ PERSPEKTİFİYLE İNCELENMESİ**

**Arş. Gör. Büşra UYAR & Arş. Gör. Didem DURMAZ.....185**  
e-posta: busranuruyar@gmail.com & didem.durmaz@antalya.edu.tr

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA  
ÇOCUKLARIN İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELEDEN KORUNMASI  
Dr.Öğr. Üyesi Esra YILMAZ-EREN.....257  
e-posta: eren@tau.edu.tr**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY**  
**FACULTY OF LAW**  
**Volume: XXI, No: 2, Year: 2024**

**CONTENTS**

**ARTICLES**

**EVALUATION OF THE PROVISIONS OF THE “COMMUNIQUE ON THE PROCEDURES AND PRINCIPLES REGARDING THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE 376 OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102” REGARDING CAPITAL LOSS**

**Dr. Ecrin BAYDAK.....1**  
**e-mail: ecrin.baydak@yeditepe.edu.tr**

**DIVORCE DUE TO ABONDONMENT**

**Fatih DURMUŞ.....61**  
**e-posta: fatihdurmus@duzce.edu.tr**

**ON PRESIDENTIAL DECREES THE USE OF THE CONCRETE NORM REVIEW PROCEDURE CONSTITUTIONAL PROVISIONS (ART. 104/17-FIFTH AND SIXTH SENTENCES) PROBLEMS ARISING FROM**

**Asst. Prof. Mustafa OKŞAR.....101**  
**e-posta: musoksar@hotmail.com**

**THE NECESSITY OF ADVERSARIAL PROCEEDINGS IN THE MECHANISM OF INDIVIDUAL APPLICATION (CONSTITUTIONAL COMPLAINT) IN TÜRKİYE**

**Asst. Prof. Dr. Tolga ŞİRİN.....61**  
**e-mail: tolga.sirin@marmara.edu.tr**

**PROTECTION OF ANIMALS IN TURKISH AND GERMAN CRIMINAL LAW: EXAMINING THE VICTIMIZATION OF ANIMALS FROM THE PERSPECTIVE OF SPECIES JUSTICE**

**Res. Asst. Büşra UYAR & Res. Asst. Didem DURMAZ.....185**  
**e-posta: busranuruyar@gmail.com & didem.durmaz@antalya.edu.tr**

---

**PROTECTION OF CHILDREN FROM TORTURE AND ILL-TREATMENT IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

**Asst. Prof. Esra YILMAZ-EREN.....257**

**e-posta: [eren@tau.edu.tr](mailto:eren@tau.edu.tr)**



**H “6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNUNUN 376 NCI  
MADDESİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR  
HAKKINDA TEBLİĞ”İN SERMAYE KAYBINA İLİŞKİN  
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(EVALUATION OF THE PROVISIONS OF THE “COMMUNIQUE ON  
THE PROCEDURES AND PRINCIPLES REGARDING THE  
IMPLEMENTATION OF ARTICLE 376 OF THE TURKISH  
COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102”  
REGARDING CAPITAL LOSS)*

**Dr. Ecrin BAYDAK \* \*\***

**ÖZ**

*6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 376. maddesinde “sermaye kaybı ve borca batık olma durumu” düzenlenmiştir. TTK'nın 376. maddesi kapsamında sermaye kaybı ve borca batık olma durumlarında uygulanacak usul ve esasların düzenlenmesi hakkında Ticaret Bakanlığı tarafından “Türk Ticaret Kanunu'nun 376. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” isimli Tebliğ yayımlanmıştır. Çalışmamızda TTK'nın 376. maddesi ile bu Tebliğ'in sermaye ve kanunî yedek akçelerin karşılıksız kalmasına ilişkin düzenlemelerinin karşılaştırmalı bir incelemesi yapılmış, farklılık arz eden noktaların tespitine çalışılmıştır. Ayrıca Tebliğ'de 2020 yılında yapılan değişiklikler de bu çalışma kapsamında ele alınmıştır.*

**Anahtar Kelimeler:** *Sermaye kaybı, yedek akçe, sermaye azaltımı, sermayenin tamamlanması, sermaye artırımı.*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.08.2024. İlk hakem raporu tarihi: 25.08.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 01.09.2024. Onaylanma Tarihi: 09.09.2024.

\* Doktor, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4465-1142.

**Esere Atıf Şekli:** Ecrin Baydak, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ”in Sermaye Kaybına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XXI, 2024/2, s.1-39.

## ABSTRACT

*Article 376 of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) regulates 'loss of capital and insolvency'. Within the scope of Article 376 of the TCC, the Ministry of Trade published the Communiqué titled "Communiqué on the Procedures and Principles Regarding the Implementation of Article 376 of the Turkish Commercial Code" to regulate the procedures and principles to be applied in cases of capital loss and insolvency. In our study, a comparative analysis of Article 376 of the TCC and the provisions of this Communiqué regarding the uncovering of capital and legal reserves has been made, and it has been tried to determine the points that differ. In addition, the amendments made to the Communiqué in 2020 are also discussed within the scope of this study.*

**Keywords:** *Capital loss, reserve fund, capital decrease, capitalisation, capital increase.*

\*\*\*

## GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 376. maddesinde "*sermaye kaybı ve borca batık olma durumu*" düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının *yarisinin*; ikinci fıkrasında ise *üçte ikisinin* zarar sebebiyle karşılıksız kalması durumuna ilişkindir. İlgili maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen son olasılık ise şirketin *borca batık* hale gelmesidir.

TTK'nın 376. maddesi kapsamında sermaye kaybı ve borca batık olma durumlarında uygulanacak usul ve esasların düzenlenmesi hakkında Ticaret Bakanlığı tarafından "*Türk Ticaret Kanunu'nun 376. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*"<sup>1</sup> isimli Tebliğ yayımlanmıştır [Tebliğ m. 1; 2]. Bu tebliğ, TTK'nın 210. maddesinin 1. fıkrası ile 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 446. maddesi dayanak alınarak hazırlanmıştır [Tebliğ m. 3]. 2020 yılında Tebliğ'de "*6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğde*

<sup>1</sup> RG. 15.09.2018, 30536.



*Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ*” ile çeşitli değişiklikler yapılmış ve ilave bazı düzenlemeler getirilmiştir<sup>2</sup>.

TTK’nın 376. maddesindeki düzenlemeden bazı farklılıklar içeren Tebliğ hükümlerinin incelenmesi önem arz etmektedir. Çalışmamız da bu amaçla kaleme alınmıştır. Çalışmamızda, TTK’nın 376. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında öngörülen sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının karşılıksız kalmasına ilişkin düzenlemeler ile konuya ilişkin Tebliğ hükümleri karşılaştırmalı biçimde inceleme konusu yapılacaktır.

## I. SERMAYE KAYBI VE KANUNİ YEDEK AKÇELERİN KARŞILIKSIZ KALMASI

### A. Sermaye Kaybı ve Kanuni Yedek Akçelerin Karşılıksız Kalmasının Tanımı

Anonim şirketlerin mali bünyesindeki bozulma kural olarak, işletme zararları sonucunda özkaynakların esas sermayenin altına düşmesi ile meydana gelir<sup>3</sup>. TTK’nın 376. maddesinin kenar başlığı “*Sermayenin Kaybı, borca batık olma durumu*”dur. Kenar başlıkta sadece sermayenin kaybindan bahsedilse de birinci fıkrada sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının *en az* yarısının, ikinci fıkrada *en az* üçte ikisinin karşılıksız kalması durumu düzenlenmiştir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (eTK) 324. maddesinde, sadece “*sermayenin karşılıksız kalması*”ndan bahsedilmekteydi. İlgili düzenlemenin birinci fıkrasında sermayenin yarısının, ikinci fıkrasında üçte ikisinin karşılıksız kalması haline ilişkin düzenlemeler getirilmişti. Böylece TTK’da, eTK’den farklı olarak sadece sermayenin karşılıksız kalmasına değil, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamında oluşan kayba sonuç bağlanmıştır<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> RG. 26.12.2020, 31346.

<sup>3</sup> Şirketin mali durumunun bozulması ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **Kayar, İsmail**, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s. 6 vd.; **Türk, Ahmet**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999, s. 9 vd.; **Çoşğun-Yıldırım, Gizem**, Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, İstanbul 2023, s. 1 vd.; **Cebe, Sinan M.**, Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulması ve İyileştirme Önlemleri, İstanbul 2024, s. 5 vd.

<sup>4</sup> Kanun koyucunun kanuni yedek akçeleri de hesaba katan bu tercihinin isabetli olup olmadığı hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre kanuni yedek akçelerin bir amacı da zararların kapatılmasıdır. Bu nedenle zararların kapatılması bakımından kanuni yedek akçelerin çözülmesine zorlayan kanunkoyucunun bu tercihi isabetlidir. **Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar**, Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, C. I, Ankara 2013, s. 576; **Türk, Ahmet**, “*Yeni YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)*”

Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının veya en az üçte ikisinin karşılıksız kalması Tebliğ'in ikinci bölümünde, 5 ilâ 11. maddeler arasında düzenlenmiştir. Anılan bölümün başlığı "Sermaye Kaybı"dır. Bölüm başlığı Sermaye Kaybı olmakla birlikte bu bölümde TTK'nın 376. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına paralel şekilde, sadece sermayenin kaybı değil sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının karşılıksız kalmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Kanun'da, sermaye ve kanunî yedek akçelerin kaybından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tanıma yer verilmemiştir. Tebliğ'in yürürlüğe giren ilk halinde de böyle bir tanım bulunmamaktadır. *Öğretide* ise çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bir tanıma göre sermaye kaybı, zararlar sonucunda özkaynakların esas (veya çıkarılmış) sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısı veya daha aşağı düzeyine inmesidir<sup>5</sup>. Diğer bir tanıma göre ise sermaye kaybı, bilanço zararının esas sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının asgari olarak yarısı düzeyine ulaşmış olmasıdır<sup>6</sup>.

Tebliğ'de 2020 yılında yapılan değişiklikler ile 6. maddenin 1. fıkrasında sermaye ve kanunî yedek akçelerin kaybının tanımına yer verilmiştir.

*Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları*, DEÜHFD, C. 17, S. 2, 2015, s. 69; **Kayar, İsmail**, "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları", MÜHFD-HAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 646; Erken uyarı işlevine dikkat çekerek aynı yönde bkz. **Aksu Özkan, Raziye**, "Anonim Şirkette Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70 (3), 2021, s. 730-731, dn. 41. Diğer bir görüşe göre, münhasıran sermayede oluşan kayıp yerine sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamında oluşan kaybın esas alınması, şirketlerin mali yapısını gerçekte olduğundan daha kötü gösterecek ve şirketlerin aleyhine sonuç doğuracaktır. Bu nedenle kanuni yedek akçelerin hesaba katılması doğru olmamıştır. **Ayoğlu, Tolga**, "TTK m. 376 F. 1 ve 2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler", LHD, C. 15, S. 172, 2017, s. 1595 vd.; **Aydın, Alihan**, "Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlenmesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış", İÜHFM, C. 70, S. 2, İstanbul 2012, s. 105.

<sup>5</sup> **Türk**, s. 18; **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 67-68; **Aksu-Özkan**, Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi, s. 725; **Aksu-Özkan, Raziye**, "Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçelerin Yarısının Kaybının Hukuki Sonuçları", Legal Hukuk Dergisi, C. 19, S. 220, 2021, s. 1578; **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Baskı, Ankara 2018, § 38, N. 405; **Kayar** sermaye kaybını, "şirket aktifleri toplamından borçları çıkarıldıktan sonra kalan öz sermayenin, sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının yarısından veya üçte birinden az olması gerekir" şeklinde tarif etmiştir. **Kayar**, Sermaye Kaybı, s. 646. Kayar'ın aktifler üzerinden yaptığı ve netice olarak özkaynak rakamına ulaşılmasını sağlayan bu tarifi de öğretilerde yer verilen bu tanımla aynı anlamı ifade ettiği belirtilmiştir. Bu yönde bkz. **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 67, dn. 4.

<sup>6</sup> **Manavgat [Kırca/Şehirli-Çelik]**, s. 577.

Tebliğ’de getirilen bu tanımla ilgili değerlendirmelere yer verilmeden önce *sermaye*, *kanunî yedek akçe* ve *öz kaynak* kavramları hakkında bazı açıklamalar yapılması yerinde olacaktır.

TTK’nın 376. maddesinde yer alan "sermaye" terimi ile bilançoda sermaye kalemi altında yer alan esas sermaye ve kayıtlı sermaye sisteminde çıkarılmış sermaye kastedilmiştir<sup>7</sup>. Bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir.

TTK’nın 376. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına giren hallerin belirlenmesinde hesaba katılan kanunî yedek akçenin kapsamı açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Madde gerekçesinde kanunî yedek akçe ile TTK’nın 519. maddesinde düzenlenen kanunî yedek akçelerin kastedildiği belirtilmiştir. *Öğretide*, kanunî yedek akçenin kapsamına TTK’nın 519. maddesinde düzenlenen kanunî yedek akçenin, TTK’nın 520. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ayrılan yedek akçenin ve TTK’nın 520. maddesinin 2. fıkrasında yer verilen yeniden değerlendirme fonlarının girip girmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TTK’nın 519. maddesinde düzenlenen tüm kanunî yedek akçeler ile TTK’nın 520. maddesi kapsamında, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, iktisap edilen paylar için ödenen bedeli karşılayacak tutarda ayrılması öngörülen yedek akçeler bu kapsamda kabul edilebilecektir<sup>8</sup>. İkinci görüş ise TTK 519 ve 520/1’de yer alan kanuni yedek akçeleri kapsama alırken, farklı olarak TTK 520/2’de düzenlenen yeniden değerlendirme fonunu kapsam dışında bırakmıştır<sup>9</sup>. Türk hukuku öğretisinde savunulan bir başka görüş ise, yedek akçelerin kapsamına sadece TTK’nın 519. maddesinde düzenlenen kanunî yedek akçelerin dahil edilmesi gerektiği yönündedir<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> **Kayar**, Sermaye Kaybı, s. 646; **Türk**, s. 69; **Kaya, Mustafa İsmail**, “Ticaret Kanunu ve TTK Tasarısının Yönetim Kuruluna Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması Halinde Yüklediği Yükümlülükler”, Kazancı Hukuk Dergisi, 2007, S. 37-38; s. 7, 11; **Aksu-Özkan**, Sermayenin Yarısının Kaybı, s. 1579.

<sup>8</sup> **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 70-71; **Ayoğlu**, s. 1595, dn. 26; **Can, Mustafa Erdem**, “Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Üçte İkinin Kaybının Hukuki Sonuçları”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, s. 7; **Aksu-Özkan**, Sermaye Kaybı, s. 732-733; **Çoşgun-Yıldırım**, s. 67 vd.

<sup>9</sup> **Pulaşlı**, II, § 38, N. 404.

<sup>10</sup> **Manavgat [Kırca/Şehirali-Çelik]**, s. 574; **Kayar**, Sermaye Kaybı, s. 646; **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin**, Ortaklıklar Hukuku, C. I, 14. Bası, İstanbul 2019, N. 144d; **Soykan, İsmail Cem**, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2019, s. 291, dn. 394; **Karaman-Coşgun, Özlem**, “Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri”, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 189-190; ayrıca bkz. **Toraman-Çolgar, Emek**, “TTK m. 376/2 Hükmü Kapsamında Sermaye Kaybı  
YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)

Tebliğ'in "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde kanuni yedek akçenin, TTK'nın 519. maddesinde düzenlenen yedek akçeyi karşıladığı belirtilmiştir. Dolayısıyla Tebliğ ile de öğretilen ileri sürülen bu çoğunluk görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır<sup>11</sup>.

*Özkaynak* (net aktif), işletme bilançosunun aktifinde yer alan iktisadi kıymetlerin değerleri toplamından borçların düşülmesi ile bulunan meblağı ifade etmektedir. Farklı mevzuatlarda özvarlık, özkaynak ve özsermaye terimleri de kullanılmaktadır. Vergi Usul Kanununun 192. maddesinde, "*Aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark müteşebbisin işletmeye mevzu varlığını (öz sermayeyi) teşkil eder.*" düzenlemesine yer verilmiştir. TTK'da ise hem özkaynak hem de özvarlık teriminin kullanıldığı görülmektedir<sup>12</sup>. İnceleme konumuz olan Tebliğ'de özvarlık teriminin kullanımı tercih edilmiştir. Farklı mevzuatlardaki bu üç terimin aynı anlamda kullanıldığı belirtilmelidir. Özkaynak, muhasebe hukukuna ilişkin bir kavramdır. Özkaynaklar, meydana gelen zararların telafisiyle, alacaklıların haklarını karşılayacak miktarda malvarlığı değerinin şirkette bulunması amacına hizmet etmektedir<sup>13</sup>.

Hali hazırda uygulamada sermayedeki kayıp oranının, özkaynaklar ile sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamı karşılaştırılarak hesaplandığı bilinmektedir. Buna karşılık Tebliğ'in 6. maddesinin 1. fıkrasında, "*Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının karşılıksız kalması durumu zararın, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısına eşit veya bu tutardan çok ve üçte ikisinden az olmasıdır.*" tanımına yer verilmiştir. *Çonkar*, Bakanlığın bu düzenleme ile sermaye kaybının tespiti bakımından hâlihazırda öğretilen ileri sürülen tanımlardan birini tercih ettiğini ve hesaplama açısından bir farklılık oluşturmayacağını ifade etmiştir<sup>14</sup>. Her ne

---

*Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması*", Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar (Ed. Emek Toraman Çolgar/Abdurrahman Kayıklık), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 10 (15 Ekim 2020), İstanbul 2021, s. 9.

<sup>11</sup> Sermaye kaybının tespitinde sadece genel kanunî yedek akçenin esas alınmasına ilişkin düzenlemenin Kanun yerine Tebliğ ile düzenlenmesinin normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. **Aksu-Özkan**, Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi, s. 733.

<sup>12</sup> TTK'nın 73. ve 74. maddelerinde özkaynak, TTK'nın 139. maddesinde özvarlık terimi kullanılmıştır.

<sup>13</sup> **Türk**, s. 26.

<sup>14</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Çonkar, Halil M.**, "*TTK 376 Tebliğinde 2020 Yılında Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri*", Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin'in Anısına Armağan, s. 192 vd. Tebliğ'deki bu değişiklik bakımından sermaye kaybı hesabında bir değişiklik olup olmadığı sorusu Tebliğ'i hazırlayan Bakanlık yetkililerine de yönelmiştir. Bu soruya cevap olarak getirilen düzenleme ile hesaplama konusunda bir değişiklik

*YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)*

kadar hesaplamada bir farklılık getirmeyeceği ifade edilmişse de kanaatimizce Tebliğ’deki bu düzenleme tarzı isabetli olmamıştır. Tebliğ ile benimsenen tanımda özkaynak yerine zarar kavramı kullanılmıştır. Bahsi geçen “zarar” kavramının kapsamı belirsiz olup bu nedenle zararın tespiti sorunlara yol açabilecektir<sup>15</sup>. Halbuki sermaye ve kanunî yedek akçeler toplamının özkaynaklar ile karşılaştırılarak yapılan hesaplamanın son derece kolay uygulanabilir bir yöntem olduğu belirtilmektedir<sup>16</sup>.

Kaldı ki, Bakanlık 2020 yılında yapılan değişiklikler ile Tebliğ’in 8/1, 10/1-(a), 10/1-(b) maddelerinde, “*sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özvarlık içerisinde korunması*” şartı getirmiştir. Bu düzenlemenin Kanun’a aykırı olduğuna işaret etmekle birlikte, esasen kaybın tespitinde sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının özkaynak ile karşılaştırılması yönteminin uygulandığını teyit eder nitelikte olduğu da söylenebilecektir. Dolayısıyla Tebliğ’de yer verilen tanım, bu düzenlemelerle çelişki oluşturabilecektir.

Netice olarak Tebliğ ile getirilen tanımın kaldırılması ya da bu konuda Tebliğ’in ilk halinde olduğu gibi herhangi bir düzenlemeye yer verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. *Öğretide Aksu-Özkan* Tebliğ’in 6. maddesinin 1. fıkrasının Kanun’a aykırı olduğunu, TTK’nın 376. maddesinin 1. fıkrası bakımından Tebliğ hükmünün “*Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının karşılıksız kalması durumu özkaynağın, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısına eşit veya bu tutardan çok ve üçte ikisinden az olmasıdır*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>17</sup>. Yer verdiğimiz açıklamalar ışığında, önerilen bu tanımın mevcut düzenlemeden daha isabetli olduğu düşüncesindeyiz.

---

getirilmediğini, kaybın hesaplanmasında özkaynak ile sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının karşılaştırılmasının %99,9 ihtimalde yol gösterici olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık % 0,01 ihtimalde hesaplamalarda eksi bakiyenin aslında zarar olmayan bir kalem olabileceği ifade edilmiştir. Bu sebeple tüm kalemlerin hesabını yapıp, bunun üzerinden sermaye ve kanuni yedek akçeleri kıyaslanmanın daha makul olacağı beyan edilmiştir. **TTK m. 376 Hakkında İstişare Toplantısı Raporu**, s. 25-26.

<sup>15</sup> Bu soruna işaret eden bkz. **Çonkar**, s. 195 vd.

<sup>16</sup> **Çonkar**, s. 195.

<sup>17</sup> **Aksu-Özkan**, Sermayenin Yarısının Kaybı, 1583-1584.

## **B. Sermaye Kaybı ve Kanuni Yedek Akçelerin Karşılıksız Kaldığının Tespiti**

TTK'nın 376. maddesinin 1. ve 2. fıkraları bakımından sermaye kaybının tespitinin *son yıllık bilanço* üzerinden yapılacağı düzenlenmiştir. Son yıllık bilanço, şirketin yıllık ticari faaliyetinin sonucunu ortaya koymak ve olağan genel kurula sunulmak üzere yıl sonunda hazırlanmaktadır.

Madde metninde “son yıllık bilanço” ifadesi kullanılmasına karşın, TTK'nın 376. maddesinin 1. fıkrasının gerekçesinde, “*Birinci fıkraya göre durum son yıllık bilançoya göre belirlenir. Söz konusu açık, bir ara bilançodan anlaşılmış veya 378 inci maddeye göre çalışan komitenin vereceği raporlarda belirtilmişse, yönetim kurulu son yıllık bilançoju beklememelidir. Kaybın varlığı, birinci fıkranın işlemesi için yeterlidir.*” ifadelerine yer verilmiştir. Görüleceği üzere gerekçede, sermaye kaybı ve kanuni yedek akçelerin karşılıksız kaldığının ara bilançodan veya riskin erken saptanması komitesinin verdiği rapordan tespit edilmesi halinde, son yıllık bilançonun beklenmesine gerek bulunmadığı belirtilmiştir.

Kanun metni ile madde gerekçesi arasındaki fark, sermaye kaybı ve kanuni yedek akçelerin karşılıksız kaldığının mutlaka son yıllık bilançodan tespit edilmesinin zorunlu olup olmadığı hakkında öğretide çeşitli görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Birinci görüşe göre, TTK'nın 376. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında öngörülen sonuçların doğması için sermaye kaybının mutlaka son yıllık bilançodan tespit edilmesi gerekmektedir<sup>18</sup>. Bu görüşü savunanlar, yönetim kurulunun bilanço yılı içindeki sermaye kayıplarını TTK 376/1 ve TTK 376/2'de belirlenen oranların altına indirebilecek önlemleri almasının mümkün olduğunu kabul etmektedirler. Bununla birlikte, ara bilançonun genel kurul kararına bağlanmadığını, şayet sermaye kaybı yıllık bilançoja yansırsa artık önlemlerin alınmasının zorunlu hale geleceğini ifade etmişlerdir.

İkinci görüş ise TTK'nın 376. maddesinin 1. ve 2. fıkraları bakımından konuyu ayrı değerlendirmektedir. Bu görüşe göre, TTK'nın 376. maddesinin 1. fıkrası bakımından, sermaye ve kanuni yedek akçelerin karşılıksız kaldığının bir ara bilançodan tespit edilmesi halinde de hükmün uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık TTK'nın 376. maddesinin 2. fıkrası bakımından öngörülen sonuçların doğması için ise sermaye ve kanuni

<sup>18</sup> Manavgat [Kırca/Şehirali Çelik], s. 574-576; Can, s. 9-10; Cebe, s. 192.

yedek akçelerin karşılıksız kaldığının mutlaka son yıllık bilançodan tespiti gerektiği ifade edilmiştir<sup>19</sup>.

Öğretide baskın ve bizim de iştirak ettiğimiz görüş, madde gerekçesinden hareketle sermaye ve kanuni yedek akçelerin karşılıksız kaldığını işaret eden bir ara bilançonun da yönetim kurulunun Kanun’un 376. maddesinin 1. ve 2. fıkrasındaki görevlerini yerine getirmesi için yeterli olduğu yönündedir<sup>20</sup>. Bu görüşü savunanlardan bir kısmı ara bilançonun, yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmış bir ara bilanço olması gerektiğini belirtmiştir<sup>21</sup>. Diğer bir kısmı ise böyle bir mecburiyet bulunmadığını, sermaye kaybının yıllık bilanço dışında bir ara bilanço veya muhasebe kayıtlarından tespit edilmesi halinde de hükmün uygulanacağını ileri sürmüştür<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> **Ayoğlu**, s. 1589-1590. Sermayenin 2/3’lük bölümünün karşılıksız kaldığının tespiti için, *son yıllık bilançonun* esas alınması öngörüldüğünden, herhangi bir *ara bilançoda* anılan oranda sermayenin karşılıksız çıktığının öğrenilmesi halinde, sermayenin korunması ilkesi ve TTK 376/2 gereğince kalan sermayeyle yetinme veya sermayenin tamamlanması kararı almak gerekmekte ise de bu iki halden birinin ilk genel kurulda ikmal edilmemesinin şirketin infisahına sebep olmayacağı yönünde bkz. **Kaderoğlu, Murat**, Anonim Şirketlerin İnfisahı, İstanbul 2017, s. 154-155. **Aksu-Özkan** ise, lafzi yorum ve finansal raporlama mantığının sermaye kaybının ara bilançodan tespit edilemeyeceğini, buna karşılık hükmün amacı esas alındığında ara bilançodan sermaye kaybının tespit edilebileceği sonucuna varılacağını belirtmiştir. Ancak bu durum TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasına giren durumlar bakımından sorunlara neden olabilecektir. Zira bu halde öngörülen kararların alınmaması durumunda şirketin infisahı sonucu bağlanmıştır. Yazar iki çözüm önermiştir. Birincisi TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasının Kanun’dan çıkartılmasıdır. Bu çözümün tercih edilmemesi halinde ikinci çözüm ise, TTK’nın 376. maddesinin 1. fıkrasına tespit ara bilanço ile yapılabileceğine dair ekleme yapılmasıdır. **Aksu-Özkan**, Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi, s. 745-747. TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasının Kanun’dan çıkarılması konusunda ayrıca bkz. **Aydın**, s. 109; **Ayoğlu**, s. 1592 vd.; **Çoşgun-Yıldırım**, s. 185 vd.

<sup>20</sup> **Pulaşlı**, II, § 38, N. 408-410; **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 79; **Kayar**, Sermaye Kaybı, s. 647; **Kaya**, s. 12-13; **Çoşgun-Yıldırım**, s. 89 vd. eTK döneminde de yıllık bilanço esaslarına göre düzenlenen ara bilançonun sermaye kaybını göstermesi halinde son bilançonun beklenmesine gerek olmadan yönetim kurulunun yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiği savunulmaktaydı. **Arslanlı, Halil**, Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 96; **Domaniç, Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, s. 538; **Tekinalp, Ünal**, “*Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi*”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. 2, S. 2, 1955, s. 281.

<sup>21</sup> **Tekinalp**, s. 281; **Pulaşlı**, II, § 38, N. 410; **Çoşgun-Yıldırım**, s. 90-91.

<sup>22</sup> **Kayar**, s. 114-115; **Kayar**, Sermaye Kaybı, s. 647.

Tıpkı kanun metninde olduğu gibi, Tebliğ'in 5. maddesinde de sermaye kaybı ve kanuni yedek akçelerin karşılıksız kaldığının *son yıllık bilançodan* tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanun metni ile Tebliğ metni arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Tebliğ'de Kanun metniyle çelişen gerekçesi veya öğretilerdeki bu tartışmalardan hareketle bir düzenleme yapılması yoluna gidilmemiştir.

Tebliğ'in "Ortak ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan 13. maddesinde, sermaye kaybı veya borca batık olma durumunda Kanun'un 88. maddesine göre hazırlanacak finansal tabloların esas alınacağı düzenlenmiştir. Finansal tabloların düzenlenmesinde ihtiyari olarak Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulanmasının tercih edilmesi halinde ise, sermaye kaybının ve borca batık olma durumunun bu şekilde hazırlanan finansal tablolar üzerinden değerlendirileceği belirtilmiştir.

## II. SERMAYE İLE KANUNİ YEDEK AKÇELER TOPLAMININ EN AZ YARISININ KARŞILIKSIZ KALMASI

### A. Genel Olarak

Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının karşılıksız kalması durumu TTK'nın 376. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının karşılıksız kalması hâlinde yönetim kuruluna, genel kurulu hemen toplantıya çağırma ve uygun gördüğü iyileştirici önlemleri genel kurula sunma yükümlülükleri yüklenmiştir [TTK 376/1].

Tebliğ'in 5. ve 6. maddelerinde, sermaye ile kanuni yedek akçelerin toplamının yarısının karşılıksız kalmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Tebliğ'in ilk halinde 6. maddenin kenar başlığı "*Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının karşılıksız kalması halinde genel kurul*" şeklindeydi. 2020 yılında maddenin kenar başlığı, "*Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde genel kurul*" şeklinde değiştirilmiştir. Öncekinden farklı olarak "zarar sebebiyle" ifadesi eklenmiştir<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Kaderoğlu, sermayenin zarar dışında bir etken sebebiyle karşılıksız kalması olanaklı olmadığından, TTK'nın 376. maddesindeki "zarar" ibaresinin fazla ve hatta yanlış yorumlara yol açma tehlikesi sebebiyle hatalı olduğunu ileri sürmektedir. Kaderoğlu, s. 151.



Tebliğ ile konuya ilişkin getirilen düzenlemeler ve bunların Kanun’a uygun olup olmadığı sorunu aşağıda inceleme konusu yapılacaktır.

## B. Genel Kurul Toplantısına Çağrı Zorunluluğu ve Gündeme Bağlılık

Tebliğ’in 5. ve 6. maddelerinde sermaye ve kanuni yedek akçelerin yarısının karşılıksız kalması halinde genel kurul toplantısına çağrı zorunluluğu ve bu genel kurulun gündeminin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

### 1. Genel Kurul Toplantısına Çağrı Zorunluluğu

TTK’nın 376. maddesinin 1. fıkrasına göre, son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar<sup>24</sup>.

Genel kurulun toplantıya çağırılması bakımından Tebliğ’in 5. maddesinin 1. fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, son yıllık bilançodan sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının ya da üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa yönetim organının, genel kurulu hemen toplantıya çağıracağı belirtilmiştir.

Gerek TTK’nın 376. maddesinin 1. fıkrası gerekse Tebliğ’in 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca genel kurulun hemen toplantıya çağırılması öngörüldüğünden, yönetim kurulunun kural olarak olağan genel kurul toplantısını beklemeden olağanüstü toplantıya çağırması gerekir<sup>25</sup>. Durum son bilançodan tespit edilmişse, sermaye kaybının ve önerilen iyileştirici önlemlerin olağan genel kurul gündemine alınabileceği belirtilebilir<sup>26</sup>. Bilindiği üzere, TTK’nın 409. maddesinin 1. fıkrasına göre, olağan toplantı her faaliyet dönemi sonundan itibaren üç ay içinde yapılır. Yönetim kurulu üyelerinin “hemen” toplantı çağırması gerektiği düzenlenmiş olduğundan, yönetim kurulunun üç aylık azami süre içinde somut durumun özelliklerine göre makul sayılabilecek şekilde ve sürede harekete geçmesi

<sup>24</sup> 6762 sayılı Ticaret Kanunu’nun 324. maddesinde sermayenin yarısının karşılıksız kaldığını tespit eden yönetim kurulunun derhal toplanarak bunu genel kurula bildirmesinin zorunlu olduğu düzenlenmişti. Bu düzenleme mehz Kanun’dan farklı olarak yönetim kuruluna da bu konuda bir toplantı yapma yükümlülüğü yüklemesi sebebiyle öğretilde eleştirilmekteydi. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Türk**, s. 130 vd.

<sup>25</sup> **Türk**, Değişiklik ve Yenilikler, s. 83; **Kayar**, Bildirim, s. 235; **Çoşğun-Yıldırım**, s. 146

<sup>26</sup> **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 83; **Kayar**, Bildirim, s. 235; **Çoşğun-Yıldırım**, s. 147.

gerekmektedir<sup>27</sup>. Öte yandan, öğretide ileri sürülen görüşten hareketle, karşılıksız kalmanın son yıllık bilançodan değil de yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmış bir ara bilançodan tespit edilebileceği kabul edildiğinde, genel kurulun bu konuyu görüşmek üzere olağanüstü toplantıya çağırılması da mümkün olabilecektir<sup>28</sup>.

## 2. Gündeme Bağlılık

TTK'nın 376. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, yönetim kurulu tarafından çağırılacak genel kurul toplantısının gündemine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Gündeme bağlılık ilkesinin Kanun'da açıkça öngörülen istisnaları arasında yer almadığından, genel kurul gündemine sermaye ile kanuni yedek akçelerin karşılıksız kaldığının eklenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıca olağan genel kurul toplantı gündeminde bilançonun görüşülmesi ve karara bağlanmasının yer alacak olmasının bu zorunluluktan kaçınılabilmesini mümkün kılmadığı da belirtilmiştir<sup>29</sup>.

Yönetim kurulunun, karara bağlanmasını istediği iyileştirici önlemleri de genel kurulun gündemine eklemesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır. eTK döneminde bir görüş, yönetim kurulunun mali durumun iyileştirilmesine yönelik tedbirleri genel kurul gündemine koymasının zorunlu olmadığını ileri sürmekteydi<sup>30</sup>. Aksi görüş ise, yönetim kurulunun genel kurul gündemine iyileştirici tedbirleri de koyması gerektiği yönündeydi<sup>31</sup>. Öğretide *Türk*, iyileştirme tedbirinin genel kurul kararı alınması gereken bir tedbir olması halinde gündeme madde konulması gerektiğini, buna karşılık genel kurulun kararına bağlı olmaksızın uygulanabilecek bir iyileştirme tedbiri olması halinde madde konulmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından yönetim kurulunun yükümlülüğünün kapsamını açıklığa kavuşturacak şekilde bir değişiklik yapılmasının isabetli olacağını işaret etmiştir<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Yönetim kurulunun uygun gördüğü iyileştirici önlemleri de sunacağından, ayrıntılı analiz yapması ve rapor hazırlanması için makul bir süre tanınmasının gerekli olduğu yönünde bkz. **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 83; **Kayar**, Bildirim, s. 235.

<sup>28</sup> **Türk**, s. 114; **Tekinalp**, s. 281; **Kayar**, s. 113; **Çoşğun-Yıldırım**, s. 146

<sup>29</sup> 6762 sayılı Kanun'un 324. maddesinin 1. fıkrası bakımından aynı yönde bkz. **Türk**, s. 135; **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 89.

<sup>30</sup> **Arslanlı**, s. 96.

<sup>31</sup> **Tekinalp**, s. 282.

<sup>32</sup> **Türk**, s. 137-139.

eTK'nın 324. maddesinden farklı olarak TTK 376/1'de yönetim kurulunun uygun gördüğü iyileştirici önlemleri de genel kurula sunacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce TTK 376/1 kapsamındaki şirketin yönetim kurulunun genel kurulda karara bağlanmasını istediği iyileştirici önlemleri de gündeme koyması gerekmektedir<sup>33</sup>.

Konu ile ilgili Tebliğ'de bir düzenleme getirilmiştir. Tebliğ'in 5. maddesinin 1. fıkrasında, “Genel kurulun gündem maddeleri arasında, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının karşılıksız kaldığı belirtilir” denilmekle, kural olarak toplantı gündeminde bu hususa yer verilmesinin gerekli olduğu düzenlenmiştir. Ancak Tebliğ'in 5. maddesinin 1. fıkrasında iyileştirici önlemlerin gündemde yer alması gerektiğine dair bir düzenleme getirilmemiş, sadece sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının karşılıksız kaldığının gündemde yer alması gerektiği belirtilmiştir. Bu yönüyle Tebliğ'in 5. maddesinin 1. fıkrası eleştiriye açıktır.

Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasında sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının karşılıksız kalmasının gündeme bağlılığın istisnası olduğu düzenlenmiştir. Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasında, “sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının ya da üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı durumlarda farklı bir gündem ile toplantıya çağrılmış olsa dahi bu husus genel kurulda görüşülür.” düzenlemesine yer verilmiştir. TTK'nın 413. maddesinin 2. fıkrasına göre, gündemde bulunmayan konular hakkında genel kurulda müzakere edilemez ve karar alınamaz. Kural bu olmakla birlikte, kanunî istisnalar saklı tutulmuştur. Buna dayalı olarak da Kanun'da gündeme bağlılık kuralının bazı istisnalarına yer verilmiştir<sup>34</sup>. Açıkça düzenlenen bu haller dışında, gündemde yer almayan konular hakkında karar alınması mümkün olmayacaktır. Nitekim Kanun'da sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının karşılıksız kalmasının görüşülmesi, gündeme bağlılığın bir istisnası olarak düzenlenmemiştir. Bu yönüyle Tebliğ hükmü Kanun'a aykırı niteliktedir. Esasen Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen, sermaye ile kanuni yedek akçelerin en az yarısının ya da üçte ikisinin karşılıksız kalması halinde gündemde var olmasa bile bu hususun genel kurulda görüşülmesine ilişkin bu istisnai düzenlemenin isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Ancak gündeme bağlılık ilkesine istisna oluşturan bir düzenlemenin Kanun ile getirilmesi gerekmektedir. Bir başka

<sup>33</sup> Aynı yönde bkz. **Karaman-Coşgun**, s. 198; **Aksu-Özkan**, Sermayenin Yarısının Kaybı, 1588; **Coşgun-Yıldırım**, s. 152.

<sup>34</sup> Gündeme bağlılık kuralı ve istisnaları hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2024, s. 140-141.

ifadeyle, normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmekte olduğundan böyle bir düzenlemenin Tebliğ ile getirilmesinin isabetli bir tercih olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz<sup>35</sup>.

## C. İyileştirici Önlemler

### 1. Genel Kurulda Alınabilecek İyileştirici Önlemler

TTK'nın 376. maddesinin 1. fıkrasında sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kalması durumunda yönetim kurulunun iyileştirici önlemleri sunmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir. TTK'nın 376. maddesinin 1. fıkrasında, yönetim kurulunun genel kurulda "uygun gördüğü" iyileştirici önlemleri sunacağı belirtilmiş; ancak, bu önlemlerin neler olduğu düzenlenmemiştir. Madde gerekçesinde, *sermaye artırımını, bazı üretim birimlerinin veya bölümlerin kapatılması ya da küçültülmesi, iştiraklerin satışı, pazarlama sisteminin değiştirilmesi vs.* gibi önlemler olabileceği belirtilmiştir.

Tebliğin 6. maddesinin 3. fıkrasında da genel kurula sunulabilecek bu iyileştirici önlemler örnek verme yöntemiyle sayılmıştır. Bunlar, *sermayenin tamamlanması, sermaye artırımını, bazı üretim birimlerinin veya bölümlerinin kapatılması ya da küçültülmesi, iştiraklerin satışı, pazarlama sisteminin değiştirilmesi* gibi iyileştirici önlemlerdir<sup>36</sup>. Gerekçede sayılanların yanında Tebliğ'in 6. maddesinin 3. fıkrasında iyileştirici önlemler arasında sermayenin tamamlanmasına da yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte, birleşme [TTK 139] de iyileştirici bir önlem olarak kabul edilebilecektir. Nitekim Tebliğ'in 14. maddesinde de ortak bir hüküm olarak,

<sup>35</sup> Aynı yönde bkz. **Soykan**, s. 340-341; **Aksu-Özkan**, Sermayenin Yarısının Kaybı, 1588-1589; **Karaman-Coşgun**, s. 197-198. Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasının Kanun'un 376. maddesinin 1. fıkrasının düzenleme anlayışına uygun şekilde, gündeme bağlılık ilkesine istisna getirdiği yönünde bkz. **Özkorkut, Korkut**, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ" *Hakkında Düşünceler*", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 977-978; **Kayar**, Bildirim, s. 231; **Çamoğlu [Poroy/Tekinalp]**, I, N. 695a.

<sup>36</sup> İyileştirme tedbirleri, organizasyona ilişkin iyileştirme tedbirleri ve mali nitelikteki iyileştirme tedbirleri olarak iki başlık altında incelenmektedir. Ayrıntılı olarak bkz. **Türk**, s. 63 vd.

sermaye kaybı veya borca batık olma durumunda şirketlerin birleşmesine ilişkin esaslara yer verilmiştir<sup>37</sup>.

## 2. İyileştirici Önlemlerin Genel Kurula Sunulmasının Şekli

TTK'nın 376. maddesinin 1. fıkrasında, yönetim kurulu üyelerinin genel kurulu toplantıya çağırarak ve iyileştirici önlemleri genel kurula sunmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu hâlde genel kurulu toplantıya çağırma ve iyileştirici önlemleri sunma yükümlülüğünün getirilmesinin amacı, pay sahiplerinin mali durumdaki bozulmadan haberdar olmasını sağlamaktır. eTK'nın 324. maddesinin 1. fıkrasında ise yönetim kurulu üyelerinin gerekli önlemleri genel kurula sunmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktaydı. Buna ilişkin iyileştirici önlemleri sunmak bakımından TTK'nın 376. maddesinin 1. fıkrasında yönetim kurulu üyelerine yüklenen sorumluluğun isabetli olduğu ileri sürülmüştür<sup>38</sup>.

Yönetim kurulunun iyileştirici önlemleri genel kurula sunmasının şekli ile alakalı olarak Tebliğ'in 6. maddesinin 2. fıkrasında, “*Yönetim organı, son bilançoğu genel kurula sunarak şirketin finansal yönden bulunduğu durumu bütün açıklığıyla ve her ortağın anlayabileceği şekilde anlatır. Bu hususta genel kurula rapor da sunulabilir.*” ifadelerine yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere Yönetim Kurulu sadece bilançoğu genel kurula sunmakla yetinmeyecek, her pay sahibinin şirketin mevcut durumunu anlayabileceği şekilde açıklama yapması gerekecektir. Yönetim kurulu şirketin gelecekteki durumunu, imkânlarını ve risklerini de ortaya koyacaktır<sup>39</sup>. Yönetim Kurulunca yapılacak açıklamanın, mali konularda pay sahiplerinin yönetim kurulu üyeleri kadar bilgili olamayacağı kabulünden hareketle yapılması son derece önemlidir<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Öğretide de yönetim kurulunun birleşmeyi genel kurula önlem olarak sunabileceği belirtilmiştir. **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 100; **Manavgat [Kırca/Şehirli Çelik]**, s. 580.

<sup>38</sup> **Aydın**, s. 103.

<sup>39</sup> **Türk**, s. 142.

<sup>40</sup> Öğretide pay sahiplerinin bilgi düzeyinin orta düzeyde bir aile reisinden beklenebilecek bilgi düzeyi olduğu belirtilmiştir. **Türk**, s. 140 ve orada dn. 208'de anılan yazarlar.

### 3. Alınabilecek Kararlar

Yönetim kurulunun tek bir önlemi değil, birden fazla önlemi alternatifli ve karşılaştırmalı olarak aynı genel kurula sunması ve açıklaması gerekmektedir. Yönetim kurulunun sunduğu bu çözümler birer öneri niteliğindedir.

Tebliğ'in 6. maddesinin 4. fıkrasında belirtildiği üzere genel kurul, sunulan iyileştirici önlemleri aynen kabul edebileceği gibi değiştirerek de kabul edebilir ya da sunulan önlemler dışında başka bir önlemin uygulanmasına karar verebilir. Genel kurulun hiçbir iyileştirici önleme karar vermemesi de mümkündür<sup>41</sup>.

## III. SERMAYE İLE KANUNİ YEDEK AKÇELER TOPLAMININ ÜÇTE İKİSİNİN KARŞILIKSIZ KALMASI

### A. Genel Açıklamalar

TTK'nın 376. maddesinin 2. fıkrasında, “*Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer.*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Tebliğ'in 7. maddesinin ilk fıkrasında değişiklikten önce, “*Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde...*” ifadesine yer verilmişti. 2020 yılında yapılan değişiklikler ile Tebliğ'in 7. maddesinin ilk fıkrası, “*Zararın, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisine eşit veya bu tutardan çok olması halinde...*” şeklini almıştır. Bu değişikliğin tıpkı 6. maddedeki sermaye kaybı tanımında olduğu gibi öğretilerdeki tanımlardan birinin tercih edilmesinden ibaret olduğu ve sermaye kaybının hesaplanması konusunda bir yenilik getirmediği belirtilmiştir<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Genel kurul bu toplantıda bir karar almasa bile, toplantıda yapılan görüşmeler büyük önem taşır. Özellikle yönetim kurulu genel kurulun eğilimini öğrenmiş olur. Yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve azli genel kurulun devredilemez yetkileri arasında yer aldığından, bu görüşmelerde tartışılan hususların dikkate alınması gerekmektedir. Bu konuda bkz. **Türk**, s. 141-142.

<sup>42</sup> **Çonkar**, s. 199-200.

## **B. Genel Kurul Toplantısına Çağrı Zorunluluğu ve Gündeme Bağlılık**

Tebliğ’in 5. ve 6. maddelerinde sermaye ve kanuni yedek akçelerin en az üçte ikisinin karşılıksız kalması halinde genel kurul toplantısına çağrı zorunluluğu ve bu genel kurulun gündeminin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

### **1. Genel Kurul Toplantısına Çağrı Zorunluluğu**

TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasına göre, son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığının anlaşılması halinde genel kurulun *derhâl* toplantıya çağrılacağı belirtilmiştir. Genel kurulun toplantıya çağrılması bakımından Tebliğ’in 5. maddesinin 1. fıkrasında da benzer bir düzenleme getirilmiştir. Tebliğ’in 5. maddesinin 1. fıkrasında da son yıllık bilançodan sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının ya da üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa yönetim organının, genel kurulu *hemen* toplantıya çağıracağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla iki düzenlemenin birbirine paralel olduğu görülmektedir.

Gerek TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrası gerekse Tebliğ’in 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca genel kurulun hemen toplantıya çağrılması öngörüldüğünden, yönetim kurulunun kural olarak olağan genel kurul toplantısını beklemeden olağanüstü toplantıya çağırması gerekir. Durum son bilançodan tespit edilmişse, sermaye kaybının ve alınması önerilen iyileştirici önlemlerin olağan genel kurul gündemine alınabileceği belirtilebilir. Yönetim kurulu üyelerinin hemen toplantı çağrısı yapması gerektiği düzenlenmiş olduğundan, yönetim kurulu üç aylık azami süre içinde somut durumun özelliklerine göre makul sayılabilecek şekilde ve sürede harekete geçmesi gerekmektedir. Öte yandan, öğretilerde ileri sürülen görüşten hareketle, karşılıksız kalmanın son yıllık bilançodan değil de yıllık bilanço esaslarına göre hazırlanmış bir ara bilançodan tespit edilebileceği kabul edildiğinde, genel kurulun bu konuyu görüşmek üzere olağanüstü toplantıya çağrılması da mümkün olabilecektir<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Türk, s. 114; Tekinalp, s. 281; Kayar, s. 113.

## 2. Gündeme Bağlılık

TTK'nın 376. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, yönetim kurulu tarafından çağırılacak genel kurul toplantısının gündemine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Tıpkı 376. maddenin 1. fıkrası bakımından olduğu gibi 2. fıkrası bakımından da gündeme bağlılık ilkesine istisna oluşturan bir düzenlemeye Kanun'da yer verilmemiştir. Dolayısıyla gündeme bağlılık ilkesi gereğince konunun mutlaka gündemde yer alması gerekmektedir.

Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde genel kurulun gündeminde yer alması gereken hususların kapsamı *öğretide* tartışmalıdır. Bir görüşe göre, toplantının gündemi doğrudan kanun tarafından belirlendiğinden genel kurulun seçimlik kararlardan birini alması için gündeme böyle bir madde koyulmasına gerek olmayıp sadece toplanan genel kurula durumun bildirilmesi yeterli olacaktır<sup>44</sup>. Diğer görüşe göre, yönetim kurulu toplantı gündemine kanunda öngörülen alternatiflerden ikisini de koymak zorundadır<sup>45</sup>. Kanaatimizce de Kanun'da bu durumda gündeme bağlılığın istisnası olduğuna dair bir açıklık bulunmadığından, yönetim kurulunun genel kurula durumu bildirmesinin yanında, alınabilecek kararlara gündemde yer vermesi gerekir<sup>46</sup>.

Yukarıda sermaye ve kanuni yedek akçelerin yarısının karşılıksız kalmasına ilişkin açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasında, gündeme bağlılık ilkesine istisna oluşturan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasında sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının karşılıksız kalmasının gündeme bağlılığın istisnası olduğu düzenlenmiştir. Tebliğ'in 5. maddesinin 2. fıkrasında, "*sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının ya da üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı durumlarda farklı bir gündem ile toplantıya çağırılmış olsa dahi bu husus genel kurulda görüşülür.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Kanun'da sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az üçte ikisinin karşılıksız kalmasının görüşülmesi, gündeme

<sup>44</sup> Kayar, s. 157.

<sup>45</sup> eTK döneminde bkz. Arslanlı, s. 97; Öçal, Akar, "Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar", Ankara Ticaret Odası Dergisi, 1965, C. I, S. 6, s. 15; Türk, s. 155. TTK döneminde aynı yönde bkz. Türk, Sermaye Kaybı, s. 95; Cebe, s. 226.

<sup>46</sup> Aksi takdirde genel kurulun yeniden toplantıya çağırılması gerektiği, gecikmeden ötürü zararın doğması halinde yönetim kurulunun sorumlu olduğu belirtilmektedir. Türk, s. 155; Türk, Sermaye Kaybı, s. 95.



bağlılığın bir istinası olarak düzenlenmemiştir. Esasen Tebliğ’in 5. maddesinin 2. fıkrasıyla getirilen, bu düzenlemenin isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Ancak gündeme bağlılık ilkesine istisna oluşturan bir düzenlemenin Kanun ile getirilmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, Tebliğ’de böyle bir düzenleme getirilmesi normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmektedir. Şu hâlde bu düzenlemenin amacına uygun olduğu ancak kanunda düzenlenmesi gerektiği burada da belirtilmelidir<sup>47</sup>.

### 3. Genel Kurul Tarafından Alınabilecek Kararlar

TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasına göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, (i). *sermayenin üçte biri ile yetinme* veya (ii). *sermayenin tamamlanmasına* karar verebilir. Genel kurul tarafından sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanması yönünde bir karar vermediği takdirde şirket *kendiliğinden sona erecektir*.

Tebliğ’in 7. maddesine göre ise, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde, toplantıya çağrılan genel kurul; (i). *Kanununun 473 ilâ 475 inci maddelerine göre sermaye azaltımı yapılmasına*, (ii). *sermayenin tamamlanmasına*, (iii). *sermayenin artırılmasına* karar verebilir. Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde genel kurulun, 7. maddede belirtilen tedbirlerden birine karar vermemesi halinde *şirket kendiliğinden sona erecektir* [Tebliğ 11].

Görüleceği üzere, Kanun’un 376. maddesinin 2. fıkrası kapsamında genel kurulun alabileceği kararlar ile Tebliğ’in 7. maddesi uyarınca alabileceği kararlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Kanun’da sermayenin üçte biri ile yetinme olarak ifade edilen tedbir, Tebliğ’de Kanununun 473 ilâ 475 inci maddelerine göre sermaye azaltımı yapılması olarak düzenlenmiştir. Kanun’da yer almayan sermayenin azaltımı ya da sermayenin tamamlanması kararı alınmadan doğrudan artırılması kararı, Tebliğ 10/1-(b)’de açıkça genel kurulun alabileceği kararlar arasında gösterilmiştir. Ayrıca 2020 değişiklikleri ile Tebliğ 10/1-(c)’de sermayenin önce artırılmasına sonra azaltılmasına karar verilmesi ihtimali de açık olarak düzenlenmiştir.

Aşağıda Kanun ve Tebliğ kapsamında genel kurul tarafından uygulanmasına karar verilebilecek tedbirlere ilişkin açıklamalara yer

<sup>47</sup> Aynı yönde bkz. Soykan, s. 340-341.

verilecek, özellikle Tebliğ'deki düzenlemeler incelenecektir. Bununla birlikte, Kanun'da öngörülmediği halde Tebliğ ile getirilen düzenleme doğrultusunda genel kurulun sermayenin artırılmasına karar verip veremeyeceği de değerlendirme konusu yapılacaktır.

### a. Sermayenin Azaltılması

Kanun'un 376. maddesinin 2. fıkrası kapsamında alınabilecek kararlardan biri, sermayenin üçte biri ile yetinme kararıdır. *Öğretide*, üçte bir ile yetinmenin esasen (basitleştirilmiş sermaye indirimi) TTK 473 ilâ 475 (eTK 397/2) anlamında bir esas sermaye indirim kararı olduğu ileri sürülmekteydi<sup>48</sup>. Azınlıkta kalan bir görüş ise kalan sermaye ile yetinme kararının esas sermaye indirimi biçiminde yorumlanamayacağı yönündeydi<sup>49</sup>.

Tebliğ'de yapılan değişiklikler öncesinde 7. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi, "*Sermayenin üçte biri ile yetinilmesine ve Kanununun 473 ilâ 475 inci maddelerine göre sermaye azaltımı yapılmasına*" şeklindeydi. 26.12.2020 tarihinde yapılan değişiklik neticesinde sermayenin üçte biri ile yetinilmesine ibaresi madde metninden çıkartılmıştır. Tebliğ'in 7. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, Kanununun 473 ilâ 475 inci maddelerine göre sermaye azaltımı yapılmasına karar verilebileceği belirtilmiş, 8. maddesinde ise sermaye azaltımının ne şekilde yapılacağı düzenlenmiştir. Tebliğ ile bu tedbirin, öğretilerde baskın görüşe uygun şekilde, basitleştirilmiş sermaye indirimi niteliğinde olduğunun açık olarak düzenlendiği söylenebilecektir.

TTK'nın 376. maddesinin 2. fıkrasının uygulama alanına giren bir durum olabilmesi için sermaye ve kanuni yedek akçedeki kaybın asgari üçte iki oranında olması gerekmektedir. Üçte iki oranının üzerinde ve fakat borca batıklık seviyesine ulaşmayan bir kayıp da meydana gelmiş olabilir. Bu gerekçeyle madde metninde yer verilen "üçte bir ile yetinme" ifadesinin "kalan sermaye ile yetinme" olarak anlaşılması gerektiği, duruma göre üçte birden daha az bir oranla yetinme kararının alınabilmesinin mümkün olabileceği de öteden beri kabul edilmekteydi<sup>50</sup>. 2020 yılında yapılan

<sup>48</sup> Domaniç, s. 539; İmregün, s. 338; Kayar, s. 194; Türk, s. 158; TTK bakımından aynı yönde bkz Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 581; Can, s. 18-19; Karaman-Coşgun, s. 209; Coşgun-Yıldırım, s. 192.. Kayar, Sermaye Kaybı, s. 652; Aydın, s. 106; Manavgat (Kırca/Şehirali Çelik), s. 575; Türk, Sermaye Kaybı, s. 96-97; Özkorkut, s. 979-980; Aksu-Özkan, Sermayenin Yarisinin Kaybı, s. 1592.

<sup>49</sup> Öçal, s. 14-15.

<sup>50</sup> Kayar, s. 194; Türk, s. 157; Kayar, Sermaye Kaybı, s. 647; Aydın, s. 106, dn. 13; Türk, Sermaye Kaybı, s. 97; Can, s. 5; Karaman-Coşgun, s. 210.

değişiklik ile birlikte Tebliğ’in 8. maddesinin 1. fıkrasında, öğretilerdeki bu kabule uygun olarak “*kalan sermaye ile yetinme*” ifadesine yer verilmiştir.

Sermayenin azaltılması ile zararın şirket bünyesinin dışına atılması amaçlanmaktadır<sup>51</sup>. TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasının gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştır. Bununla birlikte, madde metninde sermaye azaltımının zarardan daha az ya da daha yüksek bir oranda yapılmasının mümkün olup olmadığı noktasında Kanun’da bir açıklık bulunmamaktadır. TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrası kapsamında olan bir şirkette, sermaye azaltımının mutlaka sermaye kaybı oranında yapılmasının gerekmediği, şirketin üçte iki oranında sermaye kaybı durumundan çıkmasına yetecek ölçüde azaltım yapılmasının yeterli olduğu belirtilmelidir<sup>52</sup>.

2020 yılında yapılan değişiklikler neticesinde Tebliğ m. 8/1’e eklenen ikinci cümle ile sermaye azaltımı yoluyla yetinme kararı verilebilmesi için, azaltım neticesinde sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özvarlık içerisinde korunması şartı getirilmiştir. Böyle bir şart Kanun’a aykırı niteliktedir. Kanun’a aykırı olan bu şarta uyulması halinde, şirketin sermayesini daha fazla azaltmak zorunda kalması ihtimali gündeme gelebilecektir. Bu durum da sermayenin azaltılması tedbirinin uygulanmasını zorlaştıracaktır<sup>53</sup>. Dolayısıyla Kanun’a aykırı bu düzenlemenin uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>51</sup> Basitleştirilmiş esas sermaye indirimi usulünün öngörülme nedenleri konusunda ayrıntılı olarak bkz. **Türk, Ahmet**, “*Bilanço Açığını Gidermek İçin Yapılan Esas Sermaye İndirimi*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1988, S. 19, s. 146 vd.

<sup>52</sup> Aynı yönde bkz. **Manavgat [Kırca/Şehirli Çelik]**, s. 581; **Karaman-Coşgun**, s. 212.

<sup>53</sup> **Çonkar** verdiği örnekle bu düzenlemenin ne şekilde uygulama alanı bulabileceğini açıklamıştır: “*Kanuni yedek akçeleri tamamiyle çözülmüş ve tamamı ödenmiş sermayesi 900.000 TL olan bir şirketin bilançosunda 600.000 TL zarar görüldüğü bir ihtimalde bu şirketin özkaynakları (900.000 TL-600.000 TL) 300.000 TL düzeyine inmiş ve dolayısıyla şirket sermayesinin 2/3’ü karşılıksız kalmış (özkaynaklar sermayenin 1/3’ü seviyesine inmiş) durumdadır. Bu şirketin 100.000 TL’lik bir sermaye azaltımı yapması halinde şirketi 2/3’lük sermaye kaybından kurtaracak miktarda zarar da bünyeden atılmış olacaktır. Gerçekten de bu ihtimalde şirket sermayesi 800.000 TL’ye indiği gibi, bilanço zararı da 500.000 TL seviyesine gerileyecek, yeni durumda aynı özkaynaklar rakamı (800.000 TL-500.000 TL=300.000 TL) sermayenin 1/3’ünden daha yüksek bir orana tekabül edecek, böylece şirket 2/3’lük sermaye kaybından kurtulmuş olacaktır. Buna karşılık Tebliğ m. 8/1, c. 2 düzenlemesi esas alınacak olursa bu azaltım yeterli görülmeyecek ve örnekteki şirketin sermayesini 300.000 TL azaltarak 600.000 TL’ye indirmesi, böylece bilanço zararının da 300.000 TL seviyesine çekilmesi, sonuçta özkaynakların sermayenin 1/2’si seviyesine gelmesi aranacaktır.” **Çonkar**, s. 202-203; Benzer değerlendirmeler ve eleştiriler için bkz. **Çoşgun-Yıldırım**, s. 198-199.*

## b. Sermayenin Tamamlanması

Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar nedeniyle karşılıksız kalmış olması halinde, TTK'nın 376. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen iyileştirici önlemlerden bir diğeri sermayenin tamamlanmasıdır.

Sermayenin tamamlanmasından ne anlaşılması gerektiği hususunda öğretide bir tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre<sup>54</sup>, sermayenin tamamlanması ile sermaye artırımı kastedilmektedir. Buna karşılık bir diğer görüşe göre<sup>55</sup>, burada sermayenin artırımı değil, özsermayenin en az esas sermaye düzeyine çıkarılması anlaşılmalıdır.

TTK'nın 376. maddesinin gerekçesinde, “*Tamamlama ile, azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması veya bilanço açıklarının pay sahiplerinin tümünce (Tasarı m. 421 (1), b.1) veya bazı pay sahipleri tarafından kapatılması ya da bazı alacaklıların alacaklarını silmesi kastedilmektedir.*” ifadelerine yer verilmiştir.

Tebliğ'in 7. maddesi ile sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar nedeniyle karşılıksız kalmış olması halinde, sermayenin tamamlanmasına karar verilebileceği belirtilmiştir. Tebliğ'in 9. maddesinde “Sermayenin Tamamlanması” kenar başlığı altında sadece bilanço açıklarının pay sahipleri tarafından kapatılmasına ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Kanun'un gerekçesinde tamamlama olarak ifade edilen, azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması hususu ise Tebliğ'in “Sermayenin Artırılması” başlığını taşıyan 10. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir.

### (1). Esas sermaye indirimi ile sermaye artırımının aynı anda yapılması [Tebliğ m. 10/1-(a)]

Tebliğ 10/1-(a)'nın ilk cümlesinde, “*Sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte eş zamanlı olarak istenilen tutarda artırımına karar verilebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, sermayenin azaltılması ile eş zamanlı olarak azaltılan sermaye kadar veya

<sup>54</sup> Domaniç, s. 539.

<sup>55</sup> Arslanlı, s. 97; Teoman, Ömer, “*Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Ortaklıklarda TTK m. 324 Denetimi*”, Tüm Makalelerim (1971-2001), C. I-II, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 976; Can, s. 21; Türk, s. 160 vd.; Türk, Sermaye Kaybı, s. 158; Soykan, s. 264; Karaman-Coşgun, s. 211

daha fazla sermaye artırımını yapılabilecektir. Tebliğ’de bu konunun açıkça düzenlemiş olması isabetli olmakla birlikte yukarıda işaret ettiğimiz gibi, sermayenin tamamlanması olarak değil, sermayenin artırılması başlığını taşıyan maddede düzenlenmesinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz<sup>56</sup>.

Sermayenin eş zamanlı olarak zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte artırılmasında, sermaye indirimi ve artırım işlemlerinin dayanağı aynı genel kurul kararıdır. Bu durumda, asgari sermayenin TTK 332’de öngörülen tutarların altına indirilebileceği kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Bir başka ifadeyle, sermayenin aynı anda artırılmak koşuluyla istenilen düzeye indirilmesi mümkündür.

Değişiklikten önce Tebliğ 10/1-(a)’nın ikinci cümlesinde, “*Sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte eş zamanlı sermaye artırımında artırılan sermayenin en az dörtte birinin ödenmesi şarttır.*” düzenlemesine yer verilmişti. Bilindiği üzere 15.2.2018 tarihli 7099 sayılı Kanun’un 25. maddesi uyarınca TTK’nın 585. maddesine eklenen düzenleme ile limited şirketler bakımından nakden taahhüt edilen payların itibari değerinin en az yüzde yirmibeşinin tescilden önce ödenmesi şartı kaldırılmıştır. Buna rağmen Tebliğ’de bu değişiklik dikkate alınmamıştı.

Tebliğ 10/1-(a)’nın ikinci cümlesi, 2020 yılında yapılan değişiklikler neticesinde, “*Sermayenin azaltılması işlemi ile birlikte eş zamanlı sermaye artırımında nakdi sermaye taahhüdü Kanununun 344 üncü ve 585 inci maddelerine uygun olarak ödenir.*” şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle eskiye oranla daha isabetli bir düzenleme halini almıştır. Ancak, TTK hükümlerinin uygulanması için böyle bir atfa yer verilmesinin gereksiz olduğu söylenebilecektir<sup>58</sup>.

## (2). Pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılması [Tebliğ m. 9]

İkinci olarak, pay sahiplerinin taahhütlerinin artırılması yöntemine başvurulabilir. Bu yöntem Tebliğ’in 9. maddesinin 1. fıkrasında, “*Sermayenin tamamlanmasına karar verilmesi halinde her ortak zarar*

<sup>56</sup> Tebliğ metninde “sermayenin tamamlanması” ile “sermayenin artırılması” terimlerinin birbirine karıştırıldığı yönünde bkz. **Kayar**, Bildirim, s. 232.

<sup>57</sup> **İmregün**, s. 465; **Kayar**, s. 187; **Türk**, s. 188; **Türk**, Sermaye Kaybı, s. 188, 190; **Karaman-Coşgun**, s. 213-214; aksi görüş için bkz. **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, II, N. 1441, 1442, 1442a.

<sup>58</sup> Aynı yönde bkz. **Çonkar**, s. 209-210.

*sebebiyle karşılıksız kalan tutarı kapatacak miktarda parayı vermekle yükümlüdür. Her ortak, payı oranında tamamlamaya katılabilir ve verdiğini geri alamaz. Bu yükümlülük, sermaye konulması veya borç verilmesi niteliğinde olmayıp karşılıksızdır. Ayrıca yapılan ödemeler, gelecekte yapılacak sermaye artırımına mahsuben bir avans olarak nitelendirilmez.”* şeklinde düzenlenmiştir.<sup>59</sup>

Tebliğ'in 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, bilanço zararının (sermaye kaybının) giderilmesi amacıyla pay sahiplerine yükümlülük getiren kararların TTK'nın 421/2-(a) düzenlemesi uyarınca oybirliği ile alınması gerekmektedir. Bu karar gereğince pay sahipleri her bir pay için sermaye kaybı oranında ek ödemede bulunurlarsa özkaynaklar ile esas sermaye eşitliği sağlanmış ve sermaye tamamlanmış olur.

Bazı durumlarda ise, sermaye oluşan açığın tüm pay sahiplerinin oybirliği ile alacağı karar yerine bazı pay sahiplerinin açığı kapatması mümkündür. Tebliğ'in 9. maddesinin 2. fıkrasında, “*Sermayenin tamamlanamaması, bazı ortakların kendi istekleriyle tamamlama yapmasına engel oluşturmaz.*” düzenlemesine yer verilerek, bu ihtimale de işaret edilmiştir. Pay sahipleri açığı kapatmak amacıyla şirkete karşılıksız ödeme yapabilir veya şirket aktiflerini artıracak tasarruflarda bulunabilir<sup>60</sup>. Bu şekilde gönüllü olan pay sahipleri ile şirket arasında akdedilecek bir sözleşme vasıtasıyla yapılabilecektir<sup>61</sup>. Bu konuda bir genel kurul kararı alınması halinde tamamlamaya katılacak pay sahiplerinin olumlu oy vermeleri yeterli olacaktır<sup>62</sup>.

Tebliğ'in 9. maddesinin 3. fıkrasında, bilanço zararlarının kapatılması için getirilen yükümlülükler uyarınca yapılan ödemelerin öz kaynaklar içerisinde sermaye tamamlama fonu hesabında toplanarak, takip edileceği düzenlenmiştir. Tebliğ'in 9. maddesinde öngörülen bu ihtimallerde pay

<sup>59</sup> 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 6. maddesine eklenen 3. fıkra ile TTK'nın 376'ncı maddesi uyarınca sermayenin tamamlanmasına karar verilen şirketin ortakları tarafından zarar sebebiyle karşılıksız kalan kısmı kapatacak miktarda aktarılan tutarların kurum kazancının tespitinde dikkate alınmayacağı düzenlenmiştir. Bu değişiklikte birlikte bundan sonraki uygulamada sermaye tamamlama fonunun biraz daha işlevsellik kazanacağı değerlendirilmektedir. Bu konuda bkz. **Balak**, s. 152.

<sup>60</sup> **Kayar**, Sermaye Kaybı, s. 650; **Türk**, s. 193-194.

<sup>61</sup> **Türk**, s. 209-210.

<sup>62</sup> **Türk**, s. 210; Bu durumda alınacak kararın maddi anlamda genel kurul kararı niteliğinde olmadığı, görünüşteki bu kararın sadece taahhütte bulunanların oybirliği ile (nispi oybirliği) alınabileceği yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Zengin, İbrahim Çağrı**, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, İstanbul 2020, s. 142 vd.

sahiplerinden şirkete kaynak transferi gerçekleşmektedir. Muhasebe uygulamasında, şirkete aktarılan bu kaynaklar, “sermaye tamamlama fonu”, “zarar telafi fonu” gibi isimlerle ayrı hesaplara kaydedilmiştir<sup>63</sup>. Tebliğ’in 9. maddesinin 3. fıkrasında getirilen bu düzenlemenin Gelir İdaresi Başkanlığı’nın, 01.06.2012 tarih ve B.07.1.GİB.0.06.49-010.01-11 sayılı özelgede ortaya koyduğu görüşe karşılık olarak getirilmiş olabileceği belirtilmiştir<sup>64</sup>. Böylece anılan muhasebe uygulamasına bir dayanak yaratılmıştır<sup>65</sup>. Öte yandan, 2020 yılında yapılan değişiklikler ile anılan fıkra, “*Sermaye tamamlama fonu yalnızca zararların mahsup edilmesi suretiyle kullanılabilir.*” cümlesi eklenmiştir<sup>66</sup>. Değişiklik neticesinde eklenen cümle ile bu meblağın yalnızca tamamlama amacına özgü olarak kullanılabilmesi vurgulanmıştır.

Son olarak alacaklıların açığı kapatacak miktardaki alacağından vazgeçmesi halinde de şirketin borçları eksilecek olup bu yöntemle de sermaye kaybı giderilebilir<sup>67</sup>. Tebliğ’de açıkça düzenlenmemiş olması bu yöntemle kaybın giderilmesine engel değildir.

### c. Sermayenin Artırılması [Tebliğ 10/1-(b)]

TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasına göre sermaye ile kanuni yedek akçelerin üçte ikisinin karşılıksız kalması halinde genel kurul tarafından alınabilecek tedbirler, sermayenin üçte biriyle yetinilmesi ve tamamlanmasıdır. Tebliğ’in 7. maddesinde ise TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasında sayılan tedbirlere ek olarak genel kurulun sermayenin artırılmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Tebliğ’in 10. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar nedeniyle karşılıksız kalması halinde sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden sermaye artırımına karar verilebileceği açık bir biçimde hüküm altına alınmıştır.

<sup>63</sup> Çonkar, s. 205.

<sup>64</sup> Bu özelgede (i) bilanço uygulaması içerisinde ihdas edilen “sermaye tamamlama fonu” veya “zarar telafi fonu”nun kanuni dayanağının bulunmadığı, (ii) bu hesap altında izlenen meblağların vergiye tabi kazanç niteliğinde olduğu ve (iii) sermaye tamamlama amacıyla ödenen tutarların ödeyen şirket bakımından iştiraklerin maliyet bedeline eklenemeyeceği ifade edilmiştir.

<sup>65</sup> Çonkar, s. 205.

<sup>66</sup> Bu tespit için bkz. Çonkar, s. 205-206.

<sup>67</sup> Kayar, Sermaye Kaybı, s. 650; Kaderoğlu, s. 159-160.

Sermaye ve kanunî yedek akçeler toplamının en az üçte ikisi karşılıksız durumda bir şirketin doğrudan sermaye taahhüdü yoluyla sermaye artırımı kararı alıp alamayacağı hususunda öğretilerde fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretilerde baskın görüş, bu halde sermaye azaltımı ya da sermayenin tamamlanması kararı alınmadan sermayenin doğrudan artırımına karar verilemeyeceği yönündedir<sup>68</sup>. Zira bu halde gerçekte zarar şirket bünyesi dışına çıkarılmamış olacaktır. Sermaye artırımıyla özkaynaklar esas sermaye düzeyine çıkarılmamış olacak, pay senetlerinin fiili değeri de yine nominal değerinin altında kalacaktır. Bu durumda hem pay sahiplerinin hem de şirket alacaklılarının çıkarları zedelenecektir. Bu görüşteki yazarlardan bir kısmına göre, bu hâlde sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olması gerekmektedir<sup>69</sup>. Diğer görüşe göre ise söz konusu genel kurul kararının batıl olduğu kabul edilmelidir<sup>70</sup>.

Buna karşılık sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar nedeniyle karşılıksız kalması halinde öğretilerde doğrudan sermaye artırımına karar verilebileceğini savunanlar da bulunmaktadır<sup>71</sup>.

Sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin karşılıksız kalması halinde doğrudan sermaye artırımına karar verilip verilemeyeceği konusunda Yargıtay'ın da farklı kararları bulunmaktadır. eTK döneminde Yargıtay bazı kararlarında en az üçte ikilik bir karşılıksız kalma halinde sermaye artırımı kararı verilemeyeceğini, böyle bir kararın batıl olacağını kabul etmiştir<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> eTK döneminde bu yönde bkz. **Teoman**, s. 976; **Tekil**, s. 107-108; **Tekinalp (Poroy/Çamoğlu)**, 2009, N. 1387; **Türk**, s. 158 vd.; **Kayar**, Sermaye Kaybı, s. 645 vd.; **Kayar**, s. 157; TTK döneminde bu yönde bkz. **Tekinalp [Poroy/Çamoğlu]**, II, N. 1346; **Soykan**, s. 264.

<sup>69</sup> **Kayar**, s. 157; **Kayar**, Bildirim, s. 233.

<sup>70</sup> **Tekil**, s. 108; **Türk**, s. 161; TTK döneminde bu yönde bkz. **Soykan**, s. 282.

<sup>71</sup> **Moroğlu, Erdoğan**, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, İstanbul 2018, s. 62. *Paslı* da dünyada esas sermayenin etkisinin gün geçtikçe azalıyor olması ve konjonktürel durumun giderek sermayenin ortadan kalkması yönünde olması dolayısıyla, TTK m. 376, f. 2 ve f. 3 kapsamında olan şirketlerin sermaye artırımı yapabilmeye imkân tanınması gerektiği görüşündedir. **Paslı**, s. 79.

<sup>72</sup> “[e]TK’nın 324. maddesinin II. fıkrası... anonim şirket umumi heyetine sadece iki yönde karar alabilme yetkisi tanımıştır; esas sermayesinin tamamlanması veya mevcut 1/3 sermaye ile iktifaya karar vermek. Şirket genel kurulu bunlar dışında, şirketin feshine mütedair karar hariç, başka bir karar, bu arada sermayenin tezyidinde dair bir karar ittihaz edemez. Kanun genel kurula bu yetkiyi vermemiştir. Binaenaleyh, genel kurulun salahiyeti mevcut bulunmadığı hâlde aldığı karar, muteber bir karar olamaz. Bu hâlde, [e]BK’nın 20. maddesinin tatbiki ile ittihaz olunan sermayenin tezyidinde mütedair kararın batıl olduğu dahi



Buna karşılık bazı kararlarında ise geçersizliğin türünün iptal edilebilirlik olduğuna hükmetmiştir<sup>73</sup>.

TTK döneminde de Yargıtay kararları arasında birlik görülmemektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2014 tarihinde<sup>74</sup> ve 2020 tarihinde<sup>75</sup> verdiği kararlarda, üçte iki oranında karşılıksız kalma durumunda sermaye artırımına karar verilebileceğini belirtmiştir. Buna karşılık 2018 tarihli bir başka kararında ise böyle bir durumda sermaye artırım kararı alınamayacağını

iddia edilebilir (bkz. E. Hırş, s. 298- 299; Dr. Moroğlu, s. 43-44)...” Yargıtay TD’nin 02.04.1970 tarih ve 1123/1347 sayılı kararı, karar için bkz. **Moroğlu/Kendigelen**, s. 361-362; Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. HD., 15.01.2007 tarih ve 2005/3236 E., 2007/204 K. sayılı kararı; Yargıtay 11. HD., 16.06.2011 tarih ve 2009/11773 E., 2009/7602 K. sayılı kararı.

<sup>73</sup> Yargıtay,11. HD. 22.10.1991, 1171/5380 sayılı kararı, karar için bkz. **Eriş, Gönen, Gerekçeli – Açıklamalı – İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler**, C. II, Ankara 2013, s.2616.

<sup>74</sup> “Mahkemece, şirketin 26.06.2012 tarihli olağan Genel Kurul Toplantısında 1.000.000 TL olan şirket sermayesinin 6.564.070 TL’ye çıkarılmasına arttırılan sermayenin şirket ortaklarından Weitnauer Holding AG’nin şirketten alacağına sermayeye ilavesi olarak karşılanmasına, 20.000’e karşılık 80.000 oy çokluğu ile karar verildiği şirketin geçmiş yıllar zararları nedeniyle öz sermayesini tamamen kaybederek 1.617.778,40 TL eksiye düştüğü... *TTK’nın 376. maddesine göre son yıllık bilançoya göre sermaye ile kanunu yedek akçeler toplamının 2/3’ünün zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde genel kurulun derhal toplantıya çağırılacağı ve sermaye artırımına gitmeyi de alternatif olarak değerlendireceğinin belirtildiği, şirketin sermaye artırımına gitmesinde kanunen engel bir durum bulunmadığı, ...alınan kararın TTK’nın 445-447 maddelerine göre usul yönünden yasaya aykırı bir yanı bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.*” 11. HD., 4.6.2014 tarih ve E. 2014/3755 K. 2014/10521 sayılı kararı. Karar için bkz. **Lexpera**, E.T. 11.04.2024.

<sup>75</sup> “Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; 2013 yılı sonu itibariyle 1.748.587,57 TL olan öz sermayesinin, 2014 yılında 4.756.832,11 TL zarar edilmesi nedeniyle 2014 yılı sonu itibariyle -3.008.244,54 TL’ye düştüğü, bu duruma düşmüş sermaye şirketinin 6102 sayılı TTK’nın 376. maddesi uyarınca sermayesini tamamlamak zorunda olduğu, aksi halde şirketin faaliyetlerinin sona ereceği, bu durumdaki davalı şirketin sermaye artırımına gitmesinde yasaya aykırılık olmadığı, şirketin 2014 yılında 4.756.832,11 TL zarar açıklamasının temel nedeninin 2014 yılında 5.302.935,79 TL faaliyet gideri olmasından kaynaklandığı, sermaye artırımına gitmeden önce her ortaktan tahsil ettiği sermaye yedeğini kullanması mümkünse de, şirketin 31/11/2014 tarihli bilançosunda ortaklardan tahsil edilmiş sermaye yedeğine rastlanmadığı, ortaklara borçların sermayeye eklenmesi de davalı şirketin finansal sıkıntısını çözebilecek bir yol olarak görülmediği, rüçhan hakkı kullanımı ile ilgili olarak ortaklara yapılan çağırının yasa ve ana sözleşmeye aykırılığı olmadığını, nizalı genel kurulda gündemin 3. maddesinin görüşülmesi neticesinde alınan kararın (önerge neticesinde alınan karar dahil) yasa, ana sözleşme ile dürüstlük kurallarına aykırı olmadığını gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.01.2020 tarihli ve 2018/3542 E., 2020/600 K. sayılı kararı. Karar için bkz. **Lexpera**, E.T. 11.04.2024.

belirterek, sermaye artırımı kararının iptal edilebilmesi gerektiğine yönelik hüküm tesis etmiştir<sup>76</sup>.

Tebliğ'in 7. ve 10/1-(b) düzenlemeleri kapsamında, öğretilerdeki hâkim görüşün aksine, şirketin sermaye ile kanuni yedek akçelerin üçte ikisinin karşılıksız kalması halinde sermaye azaltımı ya da tamamlama kararı alınmadan sermayenin doğrudan artırımına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. TTK'nın 376. maddesinin 2. fıkrasında öngörülme ve fakat Tebliğ ile getirilen bu düzenlemenin isabetli olup olmadığının tartışılmasından önce, normlar hiyerarşisine aykırı olduğu en başta belirtilmelidir.

Yukarıda değinildiği üzere öğretilerde öteden beri tartışılmakta olan bu konu, Kanun'a aykırı Tebliğ hükmü ile daha da tartışılmalı hale gelmiştir. Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden sonra *öğretilerde* bir görüş<sup>77</sup>, TTK'nın 376. maddesinin gerekçesinde zararın şirket bünyesi dışına atılması amacıyla alınabilecek tedbirlerin sınırlı sayıda öngörüldüğü, zararın tamamen şirket bünyesinden atılmaması nedeniyle Tebliğ hükmüne dayalı olarak sermaye artırımı kararı

<sup>76</sup> “Somut olayda, bilirkişi raporuyla davalı şirketin 31/12/2013 tarihli bilançosuna göre aktiflerinin borçlarını karşılayabildiği, dolayısıyla borca batık olmadığı, ancak 2013 yılı bilançosu baz alındığında, zararın sermaye ve yasal yedek akçenin yarısından ve ayrıca 2/3'ünden fazla olduğu bildirilmiştir. ...'nın 376. maddesi uyarınca bilançodan sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının 2/3'ünün karşılıksız kaldığı anlaşılırsa genel kurul sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer. *Sermayenin tamamlanması ibaresiyle esas sermayenin azaltılıp aynı tutarda artırılması veya bilanço zararlarının kapatılması kastedilmekte olup şirket genel kurulu doğrudan sermayenin artırılmasına dair bir karar itiraz edemez.* Önce esas sermayeyi 1/3'e indirmeli sonra 3/3'e tamamlayıcı arttırmayı yapmalıdır. Yani tamamlama işleminin sona ermesi halinde esas sermaye gene eski düzeyini bulacaktır. (Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, s.734) *Dolayısıyla, 2013 yılı bilançosu baz alındığında, zararının sermaye ve yasal yedek akçesinin 2/3'ünden fazla olduğu anlaşılan davalı şirkette genel kurulca ...'nın 376. maddesi uyarınca açıklanan kararlar alınabilecek olup sermaye artırımı kararı alınmayacaktır.* Bu suretle de dava konusu davalı anonim şirket genel kurul toplantısında alınan 9. maddeye yönelik davanın kabulü gerekirken, yazılı gerekçelerle bu maddenin iptali isteminin reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.11.2018 tarihli ve 2016/14027 E., 2018/7315 K. sayılı kararı. Karar için bkz. **Lexpera**, E.T. 11.04.2024.

<sup>77</sup> **Soykan**, s. 307; **Cebe**, s. 288-289; **Kayar**, Bildirim, s. 233; **Turan, Gökçen**, “Ticaret Bakanlığı'nın TTK 376 Hükmünün Uygulama Esaslarına İlişkin Tebliğinin Üçte İki Sermaye Kaybı Halinde Doğrudan Sermaye Artırımı Yapılabilmesine İmkân Tanyan Hükümleri Üzerine Düşünceler”, TFM 2020, S.6 (1), s. 147 vd.

alınamayacağını ileri sürmüştür. Bir başka görüşe göre<sup>78</sup>, her ne kadar kanuna aykırı tebliğ hükmü geçerli olmasa da yapılacak sermaye artırımını neticesinde üçte ikilik sermaye kaybı durumundan çıkabilecekse, bu yönde karar alınmasını engellemenin hükmün amacı ile çelişeceği belirtilmiştir. Kanaatimizce de üçte ikilik sermaye kaybı durumundan çıkabilmesi halinde şirketin sermaye artırımını yapması mümkün olmalıdır. Ancak böyle bir düzenlemenin Kanun’a aykırılık oluşturacak şekilde bir Tebliğ hükmü ile düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Bu yönüyle, Kanun’da sermaye artırımını yapılabileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmesi ya da eleştiri konusu olan TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin tamamen kaldırılması daha isabetli olacaktır.

Tebliğ’in yürürlüğe girmesinden sonra bir İstinaf Mahkemesi kararında, *“Ticaret Bakanlığı’nca çıkarılmış 6102 sayılı TTK’nın 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ’in 10. maddesinde - sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması ile birlikte eş zamanlı olarak istenilen tutarda sermaye artırımına karar verilebileceği gibi (a bendi), - sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden de sermaye artırımına karar verebileceği (b bendi) düzenlenmiştir. Buna göre borca batıklık halinde uygulanması gereken kanun hükümlerine aykırı bir düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır. 22/03/1996 tarihli ve 1993/5 E., 1996/1 K. sayılı İBB GK’nda açıklandığı üzere tebliğ hükümleri kanuna aykırı olduğundan uygulanamayacaktır. Görüldüğü üzere, Tebliğ açık bir şekilde (10/b bendinde) 2/3 sermaye kaybı halinde şirketin doğrudan sermaye artırımını yapabileceğini öngörmektedir. Halbuki, bir önceki bölümde açıkladığımız üzere, öğretilerdeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay 11. HD’nin yerleşik kararları, TTK 376/2 (eTTK 324/2)’de tarif edilen durumdaki bir ortaklığın bilançosundaki açığı gidermeden (yani kaybedilen tutar kadar sermayesini azaltmadan) doğrudan doğruya sermaye artırımını yapamayacağı yönündedir. Bu çerçevede, Ticaret Bakanlığı Tebliği m.10/b hükmünün, TTK 376/2 hükmüne (hükmün öğretisi ve Yargıtay’ca kabul edilen anlamına) açıkça aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.”* ifadelerine yer verilerek, Kanun’a aykırı Tebliğ hükmünün uygulanmayacağı sonucuna varılmıştır. İstinaf Mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak, emredici nitelikte TTK’nın 376. maddesine aykırı alınan genel kurul kararının geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Ayrıca her ne kadar hüküm kısmında

<sup>78</sup> Karaman-Coşgun, s. 205 vd.; aynı yönde bkz. Özkorkut, s. 984; Toraman-Çolgar, s. 30 vd.; Çonkar, s. 212 vd.

sermaye artırım kararının iptaline karar verildiği belirtilmiş olsa da aslında batıl olduğunun tespitine ilişkin bir karar olduğu anlaşılmaktadır<sup>79</sup>.

Değişikliklerden önce Tebliğ'in 10. maddesinin (b) bendine göre yapılacak sermaye artırımında sermayenin en az yarısını karşılayacak tutarın tescilden önce ödenmesinin zorunlu olduğu düzenlenmişti. 2020 yılında yapılan değişiklik ile anılan cümle kaldırılmış yerine, “*Bu şekilde yapılacak sermaye artırımında, tescil edilecek sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özvarlık içerisinde korunmasını sağlayacak tutarın sermaye artırımının tescilinden önce ödenmesi zorunludur.*” düzenlemesi getirilmiştir. Birincisi, gerek değişiklik öncesi gerekse değişiklik sonrası getirilen düzenleme, sermaye taahhüdünün ifa edilecek kısmı bakımından, TTK'nın sermaye artırımına ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. İkincisi, sermaye artırım kararı alınması neticesinde şirketin TTK 376/2 durumundan çıktığı pek çok ihtimalde, Tebliğ 10/1-(b)'deki bu şart sağlanamamış olacaktır. Esasen bu düzenleme esas sözleşmede görünen tutarın gerçeği yansıtmamasına karşı bir önlem mahiyetinde getirildiği söylenebilir<sup>80</sup>. Öngörülen amaç bu olsa da *öğretide*, bu düzenlemenin hem Kanun'a aykırı olduğu hem de sermaye artırım kararı alınabilmesini zorlaştırdığı belirtilerek, amaca uygun olmadığı kanaatimizce de haklı olarak ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

#### d. Sermaye Eş Zamanlı Artırımı ve Azaltılması

Tebliğ'de 2020 yılında yapılan değişikliklerle Tebliğ'in 10. maddesine, “*c) Aynı genel kurul toplantısında, bedelleri tamamen ödenmek suretiyle, (b) bendindeki koşul aranmaksızın, sermayenin istenilen düzeyde artırılmasına ve daha sonra azaltılmasına karar verilebilir. Bu şekilde gerçekleştirilecek işlemler sonucunda, tescil edilecek sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özvarlık içinde korunması zorunludur.*” düzenlemesi eklenmiştir. Böylece Tebliğ 10/1-(a)'daki düzenlemenin tam

<sup>79</sup> “...Esasen kamunun menfaatini de ilgilendiren emredici nitelikte TTK'nin 376. maddesine aykırı alınan genel kurul kararının geçersiz olduğundan, muhalefet şerhi aranmadan kararın iptaline karar verilmek gerekirken davanın muhalefet şerhi yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile kararın kaldırılmasına, yapılan hata nedeniyle yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden yeniden karar verilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.” İstanbul BAM 12. Hukuk Dairesi, 25.01.2024 tarihli ve 2021/961 E., 2024/160 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Lexpera**.

<sup>80</sup> Bu yönde bkz. **Toraman-Çolgar**, s. 31.

<sup>81</sup> **Çonkar**, s. 214-215; **Çoşğun-Yıldırım**, s. 242-243.

aksi şekilde, Tebliğ 10/1-(c) ile sermayenin önce artırılmasına sonra azaltılmasına karar verilmesi ihtimali de açık olarak düzenlenmiştir.

Tebliğ’deki bu düzenlemenin Sicil uygulamasından kaynaklanan bir soruna çözüm getirme amacı olduğu anlaşılmaktadır. Zira, uygulamada Sicil Müdürlüklerinin sermayenin eş zamanlı olarak azaltılıp artırılmasında, sermayenin asgari sermaye sınırının altına düşmesine yol açan kararları tescilden imtina ettikleri bilinmektedir.

Uygulamadan doğan bir soruna çözüm getirme hedefiyle getirilen bu düzenlemenin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Zira *öğretide* çoğunluk görüşüne göre, sermayenin tamamlanması olarak nitelendirdiğimiz, esas sermayenin azaltımı ile birlikte eş zamanlı olarak artırılması durumunda asgari sermayenin TTK 332’de öngörülen tutarların altına indirilebileceği kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Bu kabulden hareket edilirse Tebliğ 10/1-(a)’da öngörülen yöntemle sermayenin önce azaltılması daha sonra artırılması mümkün olup zaten aynı sonucu sağlayacaktır. Bir başka ifadeyle, Tebliğ 10/1-(a) kapsamında yapılacak azaltım neticesinde sermayenin asgari tutar altına inebilmesi ve akabinde eş zamanlı sermaye artırımını yapılması mümkün kabul edilecek olursa, Tebliğ 10/1-(c) düzenlemesine gerek bulunmadığı belirtilebilecektir.

Sicil Müdürlüklerinin uygulamalarını düzeltmeleri açısından fayda sağlaması nedeniyle, getirilen düzenlemenin bir olumsuzluk teşkil etmeyeceği de düşünülebilir. Ancak, bu noktada düzenlemeye ilişkin iki soruna işaret edilmelidir. Birincisi, ilk cümlede, sermaye artırımının “bedelleri tamamen ödenmek suretiyle” yapılacağı, ardından azaltım kararı verileceği öngörülmüştür. Anılan düzenleme Kanun’a aykırıdır. Bununla birlikte Tebliğ m. 10/1-(a) uyarınca önce kayıp kadar azaltım, sonra artırım yapılması halinde nakdi sermaye taahhütlerinin ifası bakımından TTK’nın ilgili maddelerine atıf yapılmıştır. Tebliğ m. 10/1-(c) uyarınca ise sermaye taahhütlerinin tamamen ifa edilmiş olması şartı aranmıştır. Tebliğ’in aynı sonucu sağlayan iki düzenlemesinin sermaye taahhütlerinin ifası açısından farklı olmasının haklı bir gerekçesinin olmadığı *öğretide* de olarak vurgulanmıştır<sup>83</sup>.

<sup>82</sup> İmregün, s. 465; Kayar, s. 187; Türk, Sermaye Kaybı, s. 188, 190; Karaman-Coşgun, s. 213-214; aksi görüş için bkz. Tekinalp [Poroy/Çamoğlu], II, N. 1441, 1442, 1442a.

<sup>83</sup> Çonkar, s. 219.

İkincisi, yapılan tamamlama işlemi neticesinde “*sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özvarlık içinde korunması*” şartı aranmıştır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu düzenleme Kanun’a aykırı niteliktedir. *Öğretide*, kanaatimizce de haklı olarak, böyle bir şart yerine sermayenin en az üçte ikisinin kaybı halinde şirketi bu durumdan çıkaracak miktarın fiilen şirkete kazandırılması şartının öngörülmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir<sup>84</sup>.

#### d. Birleşme

TTK’nın 139. maddesinin 1. fıkrasında, “*Sermayesiyle kanunî yedek akçeleri toplamının yarısı zararlarla kaybolan veya borca batık durumda bulunan bir şirket, kaybolan sermayeyi veya gerekiyorsa borca batıklık durumunu karşılayabilecek tutarda serbestçe, tasarruf edilebilen özvarlığa sahip bulunan bir şirket ile birleşebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemede sermayesi ve kanunî yedek akçelerinin toplamının üçte ikisinin zararlar sebebiyle karşılıksız kalan bir şirketin birleşip birleşmeyeceği ise belirtilmemiştir.

Öğretide bir görüşe göre<sup>85</sup>, TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kalan bir şirketin birleşmeye katılabilmesi için öncelikle maddede öngörülen kararlardan birini alması gerektiği kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle, bu görüşe göre TTK 376/2’de anılan kararları almadan şirketin birleşmeye katılması mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık öğretide çoğunluk olan görüş<sup>86</sup>, TTK 139/1 uyarınca birleşmeye katılabilen borca batık şirketlere göre sermayesinin en az üçte ikisini kaybetmiş olan şirketlerin evleviyetle birleşmeye katılabileceği yönündedir.

Tebliğ ile de öğretideki çoğunluk görüş doğrultusunda bir düzenleme getirilmiştir. Tebliğ’in 14. maddesinde, sermaye kaybı ve borca batık durumda olan şirketlerin birleşmeye katılabilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemedeki sermaye kaybı teriminin hem sermayesinin yarısını hem de üçte ikisini kaybeden şirketleri de kapsar şekilde kullanıldığı

<sup>84</sup> Çonkar, s. 220; Coşğun-Yıldırım, s. 245-246.

<sup>85</sup> İpekeli-Kayalı, Ferna, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014, 122-123.

<sup>86</sup> Manavgat [Kırca/Şehirli-Çelik], s. 580; Türk, Sermaye Kaybı, s. 100; Can, s. 27; Karaman-Coşğun, s. 225; Coşğun-Yıldırım, s. 248-249.

söylenilecektir<sup>87</sup>. Maddenin Tebliğ’in “Ortak ve Son Hükümler” başlığını taşıyan Dördüncü Bölümünde düzenlenmiş olması da bu sonucu desteklemektedir.

#### **d. Genel Kurulun Gerekli Tedbirlerden Birini Almaması**

TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasına göre, genel kurulda sermayenin üçte biri ile yetinme (sermayenin azaltılması) veya sermayenin tamamlanmasına karar verilmediği takdirde şirket kendiliğinden sona erecektir.

Tebliğ’in 11. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması halinde genel kurulun, 7. maddede belirtilen tedbirlerden birine karar vermemesi halinde şirket kendiliğinden sona erecektir. Bu şekilde sona eren şirketin tasfiye işlemleri, Kanunun 536. ve devamı maddelerine göre yürütülecektir.

## **SONUÇ**

1. “*Türk Ticaret Kanunu’nun 376. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*”, anonim ve limited şirketler ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler bakımından TTK’nın 376. maddesi kapsamında sermayenin kaybı veya borca batık olma durumlarında uyulacak usul ve esasları düzenlemektedir. Çalışmamızda TTK’nın 376. maddesi ile bu Tebliğ’in sermaye ve kanunî yedek akçelerin karşılıksız kalmasına ilişkin düzenlemelerinin karşılaştırmalı bir incelemesi yapılmış, özellikle farklılık arz eden noktaların tespitine çalışılmıştır.

2. Tebliğ’de 2020 yılında yapılan değişiklikler ile 6. maddenin 1. fıkrasında sermaye ve kanunî yedek akçelerin kaybının tanımına yer verilmiştir. Kanaatimizce her ne kadar hesaplamada bir farklılık getirmeyeceği ifade edilmişse de Tebliğ’deki bu düzenleme tarzı isabetli olmamıştır. Halihazırda kayıp oranı, bilançodaki özkaynaklar kalemi ile sermaye ve kanuni yedek akçeler toplamı karşılaştırılarak hesaplanmaktadır. Tebliğ ile benimsenen tanımda özkaynak yerine zarar kavramı kullanılmıştır.

<sup>87</sup> Öğretide *Karaman-Coşgun*, Tebliğ’in 14. maddesinin 1. fıkrasında “Sermaye kaybı ve borca batık durumda olan bir şirket” ve 2. fıkrasında “sermayesi ve kanuni yedek akçeleri kaybolmuş” ifadelerine yer verilmesinin TTK’ya aykırı olduğunu kanaatimizce de haklı olarak işaret etmiştir. **Karaman-Coşgun**, s. 226.

Özellikle “zarar”ın ne olduğunun tespiti sorunlara yol açabilecektir. Dolayısıyla Tebliğ ile getirilen tanıma ilişkin düzenlemenin kaldırılmasının ya da değiştirilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

3. Tebliğ’in 5. maddenin 2. fıkrasında sermaye ve kanuni yedek akçelerin yarısının ve üçte ikisinin karşılıksız kalması hallerinde, farklı bir gündem ile toplantıya çağrılmış olsa dahi bu hususun genel kurulda görüşüleceği düzenlenmiştir. Bu anlamda gündeme bağlılık ilkesine bir istisna getirilmiştir. Her ne kadar bu istisnanın amacına uygun olduğu düşüncesinde olsak dahi, böyle bir istisnanın Tebliğ ile değil Kanun ile düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

4. Sermaye ve kanuni yedek akçelerin yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kalması haline ilişkin olarak, Kanun’un 376. maddesinin 1. fıkrasından farklı şekilde Tebliğ’in 6. maddesinde, genel kurula sunulabilecek iyileştirici önlemler örnek verme yoluyla sayılmıştır. Bunlar; *sermayenin tamamlanması, sermaye artırımı, bazı üretim birimlerinin veya bölümlerinin kapatılması ya da küçültülmesi, iştiraklerin satışı, pazarlama sisteminin değiştirilmesi* gibi iyileştirici önlemlerdir. Kanun’un 376. maddesinin 1. fıkrasının gerekçesinde yer alan bu önlemler Tebliğ metnine geçirilmiştir. Buna ek olarak Tebliğ metninde sermayenin tamamlanmasının da iyileştirici tedbirler arasında sayıldığı görülmektedir.

5. Sermaye ve kanuni yedek akçelerin üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kalması haline ilişkin olarak genel kurulda alınabilecek kararlar bakımından Tebliğ’in 7 ilâ 11. maddelerinin TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasına göre farklılık arz ettiği görülmektedir. Kanun’da bu halde sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanması yönünde karar alınabileceği düzenlenmiştir. Tebliğ’de ise, Kanununun 473 ilâ 475 inci maddelerine göre sermaye azaltımı yapılmasına, sermayenin tamamlanmasına, sermayenin artırılmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Konuya ilişkin Tebliğ’de yer alan düzenlemeler bakımından ulaştığımız sonuçlar aşağıda sıralanmıştır.

**5.1-** Sermayenin azaltılması tedbirine ilişkin olarak Tebliğ’de isabetli değişiklikler yapılmıştır. Birincisi, Tebliğ’in 7. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, Kanununun 473 ilâ 475 inci maddelerine göre sermaye azaltımı yapılmasına karar verilebileceği belirtilmiştir. İkincisi, sermayenin üçte biri ile yetinilmesine ibaresi madde metninden çıkarılmış ve Tebliğ’in 8.



maddesinin 1. fıkrasında, “*kalan sermaye ile yetinme*” ifadesine yer verilmiştir.

**5.2-** Sermayenin tamamlanması tedbirine ilişkin olarak Tebliğ’in 9. maddesinde sadece bilanço açıklarının pay sahipleri tarafından kapatılması ihtimali düzenlenmiştir. Kanun’un gerekçesinde tamamlama olarak ifade edilen, azaltılan sermaye kadar veya ondan fazla sermaye artırımı yapılması hususu ise Tebliğ’in “Sermayenin Artırılması” başlığını taşıyan 10. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiştir. Tebliğ’de bu konunun, sermayenin tamamlanması olarak değil, sermayenin artırılması başlığı taşıyan maddede düzenlenmesinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

**5.3-** Tebliğ’in en çok tartışılan düzenlenmelerinden biri, Kanun’dan farklı olarak ve öğretilerdeki baskın görüşün aksine, sermayenin zarar sonucu ortaya çıkan kayıp kadar azaltılması yoluna gidilmeden sermaye artırımına karar verilebilmesi imkânı öngörülmüş olmasıdır [Tebliğ 10/1-(b)]. Kanaatimizce üçte ikilik sermaye kaybı durumundan çıkabilmesi halinde şirketin sermaye artırımı yapması mümkün olmalıdır. Ancak böyle bir düzenlemenin Kanun’a aykırılık oluşturacak şekilde Tebliğ ile düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Kanun’da sermaye artırımı yapılabileceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmesinin ya da eleştiri konusu olan TTK’nın 376. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemenin tamamen kaldırılmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

**5.4-** 2020 yılında Tebliğ’in 10. maddesinin 1. fıkrasına (c) bendi eklenmiştir. Bu düzenleme Sicil Müdürlüklerinin sermayenin eş zamanlı olarak azaltılıp artırılmasında, sermayenin asgari sermaye sınırının altına düşmesine yol açan kararları tescilden imtina etmesi nedeniyle getirilmiştir. Ancak, Tebliğ 10/1-a kapsamında yapılacak azaltım neticesinde sermayenin asgari tutar altına inebilmesi mümkündür. Dolayısıyla açık bir şekilde düzenlenmesi bakımından bir sorun olmasa da esasen (c) bendine gerek bulunmadığı belirtilebilecektir.

**5.5-** 2020 yılında yapılan değişikliklerle Tebliğ’in 8/1, 10/1-(a), 10/1-(b) maddelerinde, “*sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının en az yarısının özvarlık içerisinde korunması*” şartı getirmiştir. Her üç düzenlemede de öngörülen bu şart Kanun’a aykırı niteliktedir. Bu şart, iyileştirici tedbirlerin uygulanmasını zorlaştıracaktır. Kanun’a aykırı ve tedbirlerin uygulanmasını zorlaştıran Tebliğ’in 8/1, 10/1-(a), 10/1-(b) maddelerinde yer verilen bu düzenlemelerin kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz.

6. Netice olarak, TTK'nın 376. maddesi ile Tebliğ hükümleri birlikte incelendiğinde bariz farklılıklar içeren düzenlemelere yer verildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu düzenleme şekli normlar hiyerarşine aykırıdır. Şayet Kanun düzenlemesi eksik, hatalı ya da ihtiyaçlara cevap vermiyorsa, bunların ikincil mevzuatla giderilmeye çalışılması yerine, Kanun değişikliği yapılması Hukuk Devleti ilkesinin asgari gerekliliklerinden biridir.

## KAYNAKÇA

**Aksu-Özkan, Raziye**, “Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçelerin Yarısının Kaybının Hukuki Sonuçları”, Legal Hukuk Dergisi, C. 19, S. 220, 2021, s. 1573-1606 (Sermayenin Yarısının Kaybı).

**Aksu-Özkan, Raziye**, “Anonim Şirkette Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70 (3), 2021, s. 721-759 [Aksu-Özkan, Sermaye Kaybının Tespit Edilmesi].

**Arslanlı, Halil**, Anonim Şirketler, Umumi Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul 1960.

**Aydın, Alihan**, “Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığa İlişkin Düzenlenmesine (TK m. 376) Eleştirel Bir Bakış”, İÜHFM, C. 70, S. 2, İstanbul 2012, s. 101-114.

**Ayoğlu, Tolga**, “TTK m. 376 F. 1 ve 2 Hükümlerine İlişkin Düşünceler”, LHD, C. 15, S. 172, 2017, s. 1581-1603.

**Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2024.

**Balak, Ahmet Can**, “Anonim Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batık Olma Durumu”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Kanunu Güncel Meseleleri Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2022, Bildiriler Kitabı, Ankara 2023, s. 149-158.

**Can, Mustafa Erdem**, “Anonim Şirkette Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Üçte İkinin Kaybının Hukuki Sonuçları”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, s. 1-36.

**Cebe, Sinan M.**, Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulması ve İyileştirme Önlemleri, İstanbul 2024.

**Toraman-Çolgar, Emek**, “TTK m. 376/2 Hükümü Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması”, Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar (Ed. Emek Toraman Çolgar/Abdurrahman Kayıklık), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 10 (15 Ekim 2020), İstanbul 2021, s. 1-45.

**Çonkar, Halil M.**, “TTK 376 Tebliğinde 2020 Yılında Yapılan Değişikliklerin Getirdikleri”, Ord. Prof. Dr. Şevket Memedali Bilgişin’in Anısına Armağan, s. 191-222.

**Domaniç, Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988.

**Eriş, Gönen**, Gerekçeli – Açıklamalı – İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C. II, Ankara 2013.

**İpek-Kayalı, Ferna**, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Birleşmeler, İstanbul 2014.

**Kaderoğlu, Murat**, Anonim Şirketlerin İnfisahı, İstanbul 2017.

**Karaman-Coşgun, Özlem**, “Anonim Şirketlerde Sermaye ve Kanuni Yedek Akçeler Toplamının Belirli Oranlarda Kaybı ve Borca Batıklık Hali, Alınması Gereken Önlemler, Çözüm Önerileri”, Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 2020, s. 179-236.

**Kayar, İsmail**, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997.

**Kayar, İsmail**, “Yeni TTK’ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları”, MÜHFD-HAD, C. 18, S. 2, 2012, s. 643-658. [Kayar, Sermaye Kaybı]

**Kayar, İsmail**, “Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Bildirimi Yöneticilerin Bundan Doğan Sorumluluğu”, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 10. Yılında Ticaret Kanunu Güncel Meseleleri Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2022, Bildiriler Kitabı, Ankara 2023, s. 229-250. [Kayar, Bildirim]

**Kırca, İsmail/Manavgat, Çağlar/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal**, Anonim Şirketler Hukuku, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.

**Moroğlu, Erdoğan**, Anonim Ortaklıklarda Sermaye Artırımı, 4. Baskı, İstanbul 2018.

**Öçal, Akar**, “Anonim Şirketlerde Mali Durumun Bozulmasının Ortaya Çıkardığı Bazı Sorunlar”, Ankara Ticaret Odası Dergisi, 1965, C. I, S. 6, s. 9-22.

**Özkorkut, Korkut**, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun (TTK) 376 ncı Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ” Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, s. 975-993.

**Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin**, Ortaklıklar Hukuku, C. I, 14. Bası, İstanbul 2019.

**Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin**, Ortaklıklar Hukuku, C. II, 13. Bası, İstanbul 2017.

**Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 3. Baskı, Ankara 2018. [Pulaşlı, I]

**Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Baskı, Ankara 2018. [Pulaşlı, II]

**Soykan, İsmail Cem**, Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Ortaklıklarda Sermaye Taahhüdü Yoluyla Sermaye Artırımı, İstanbul 2019.

**Tekinalp, Ünal**, “Sermayenin Yarısının Karşılıksız Kalması Halinde Yönetim Kurulunun ve Denetçilerin Görevi”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. 2, S. 2, 1955, s. 279-283.

**Teoman, Ömer**, “Kayıtlı Sermaye Sistemini Kabul Eden Anonim Ortaklıklarda TTK m. 324 Denetimi”, Tüm Makalelerim (1971-2001), C. I-II, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 973-981.

**Turan, Gökçen**, “Ticaret Bakanlığı’nın TTK 376 Hükmünün Uygulama Esaslarına İlişkin Tebliğinin Üçte İki Sermaye Kaybı Halinde Doğrudan Sermaye Artırımı Yapılabilmesine İmkân Tanıyan Hükümleri Üzerine Düşünceler”, TFM 2020, S.6 (1), s. 142-153.

**Türk, Ahmet**, Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara 1999.

**Türk, Ahmet**, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Sonuçları”, DEÜHFD, C. 17, S. 2, 2015, s. 63-112. [Türk, Sermaye Kaybı]

**Türk, Ahmet**, “*Bilanço Açığını Gidermek İçin Yapılan Esas Sermaye İndirimi*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1988, S. 19, s. 145-176. [Türk, Sermaye İndirimi]

**Zengin, İbrahim Çağrı**, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Yeter Sayılar, İstanbul 2020.



## **H TERK SEBEBİYLE BOŞANMA**

(DIVORCE DUE TO ABONDONMENT)

**Fatih DURMUŞ\* \*\***

### **ÖZ**

*Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesi "Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." düzenlemesi ile eşlerin birlikte yaşamasını eşlere zorunluluk olarak yüklemektedir. Eşlerden birinin bu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde, diğer eş tarafından Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesinde düzenlenen terk sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilecektir. Fakat terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi, Türk Medeni Kanunu tarafından sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır.*

*Terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için öncelikle ortak hayata son vermenin gerçekleşmesi aranmaktadır. Ortak hayata son verme, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek için yapılmış olmalı ve aynı zamanda haklı sebebe dayanmamalıdır. Bununla birlikte, terk sebebiyle boşanma davası açılabilmesi için kanunda belirtilen sürelerin beklenilmesi ve diğer eşe karşı ihtar şartının yerine getirilmesi gerekmektedir. Çalışmamız içerisinde terk sebebiyle boşanma konusu güncel yargı kararları ile birlikte değerlendirilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Boşanma, Boşanma Sebepleri, Terk, Terkin Unsurları, Terk İhtarı*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.04.2024. İlk hakem raporu tarihi: 28.04.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 13.05.2024. Onaylanma Tarihi: 24.05.2024.

\* Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2268-2415.

**Esere Atıf Şekli:** Fatih Durmuş, "Terk Sebebiyle Boşanma", YÜHFD, C.XXI, 2024/2, s. 41-83.

## ABSTRACT

*Article 185 of the Turkish Civil Code “Spouses have to live together, be loyal to each other and help each other.” with the regulation, it imposes an obligation on the spouses to live together. If one of the spouses violates this obligation, the other spouse may file a divorce lawsuit based on the reason for abandonment set forth in Article 164 of the Turkish Civil Code. Opening a divorce case due to abandonment is subject to strict formal conditions by the Turkish Civil Code.*

*In order for a divorce case to be filed due to abandonment, the first condition must be to end living together. This act of abandonment must have been made in order not to fulfill the obligations arising from the marriage union and at the same time must not be based on a just cause. However, in order to file a divorce case due to abandonment, it is necessary to wait for the periods specified in the law and to fulfill the warning condition against the other spouse. In our study, the evaluation of divorce due to abandonment will be made together with the current judicial decisions.*

**Keywords:** *Divorce, Divorce Ground, Abandonment, Elements of Abandonment, Notice of Abandonment.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Aile; eşler, çocuklar ve kanunen bakmakla yükümlü olunan kimselerden oluşan toplumun en küçük birimidir.<sup>1</sup> Aile olmanın çeşitli yolları bulunmakta olup bu yollardan birisi de evliliğdir.<sup>2</sup> Evlenme, ayrı cins kişilerin tam ve

<sup>1</sup> Türk Hukuk Lûgatı, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s.8. Benzer tanım için bkz. Eyüp Sabri Yarmalı/ Selçuk Alp, Hukuk Terimleri Sözlüğü, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2011, s.30; Hüseyin Özcan, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s.19.

<sup>2</sup> “Geniş manada familia evlilik bağı veya kan rabitası ve yahut da istisnai olarak evlat edinme sureti ile birleşmiş şahısların heyeti umumiyesi demektir. ... Ailenin kaynağı biri tabii, ikisi iradi olmak üzere üçtür: Neseb, evlenme, evlat edinme.” Esat Arsebük, Medeni Hukuk Cilt:II, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1940, s.355-361. “En dar anlamda aile karı koca arasında oluşan birliği ifade eder. Anne, baba ve çocuklarından meydana gelen topluluk daha geniş anlamda aileyi, en geniş anlamda aile ise kan veya sıhrî hısım sıfatıyla yahut işçi, çırak, aşçı v.s. de olduğu gibi aküt sebebiyle birlikte yaşayan kimselerin teşkil ettiği



sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere hukukun aradığı koşullara uygun olarak birleşmesidir.<sup>3</sup> Aile ve evlilik tarihsel süreçte nitelik olarak değişim göstermiş olsa da, toplum için önemini korumakta olup önemi nedeniyle aile ve evlilik hakkında çeşitli düzenlemeler yapıldığını görmekteyiz.<sup>4</sup> Türk Hukukunda, başta Anayasa ve Türk Medeni Kanunu<sup>5</sup> olmak üzere birçok hukuki normda aile ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.<sup>6</sup> Aile kurmanın en önemli yolu olan evliliğin, sona erme yollarından birisi de boşanmadır.<sup>7</sup>

*topluluktur.*” Necmi Feyzeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s.4-5. Benzer bir ayırım için bkz. Aydın Zevkliler/ Şeref Ertaş/ Ayşe Havutçu/ Damla Gürpınar, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.208-209.

<sup>3</sup> Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku Cilt:2 Aile Hukuku, 4. Baskı, Nurgök Matbaası, 1963, s.8. Benzer tanımlar için bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.63; Coşkun Üçok/ Ahmet Mumcu/ Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s.110; Feyzioğlu, s.83; Türk Hukuk Lûgatı, s.88; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.94-95.

<sup>4</sup> “*Tarihsel süreçte kaçırma veya gasp evlenmesi, satış evlenmesi, hizmet evlenmesi, deneme evlenmesi, değiş-tokuş veya trampa evlenmesi şeklinde değişik evlenme şekillerine rastlanmaktadır. Yine örnek olarak, kadına iş gücü olarak ihtiyaç duyulan yerlerde işçi çalıştırmaktansa, çok kadınla evlenmenin tercih edildiği görülmektedir. Orta Asya’da yaşayan Türkler arasında oğullar, babaları ölünce üvey anneleri ile evlenirler ve ölen kardeşlerinin eşlerini de sağ kalan kardeşler alırdı. Ölümden sonra kadının kocasının ruhuna hizmet edeceğine inanıldığından kadın ölenin oğlu veya kardeşi ile evlenirse bu görevi yerine getirebilmekteydi. Ayrıca sağ kalan eşin, eski soyuna belli bir malı alarak dönmesi ve işgücünün eksilmesinin de önüne geçilmekteydi.*” Üçok/ Mumcu/ Bozkurt, s.26, s.111-115.

<sup>5</sup> RG, 08.12.2001 – 24607. Çalışmamız içerisinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu “Medeni Kanun” olarak ifade edilecektir.

<sup>6</sup> Anayasanın 41. madde başlığı “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” olup madde içerisinde ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, Devletin aile hakkında gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Yine Medeni Kanun içerisinde nişanlanma, evlenme, boşanma işlemleri detaylı olarak düzenlenmekte ve sıkı şekil şartlarına tabi tutulmaktadır. Örnek olarak; evlenme başvurusu ve töreni Medeni Kanunun 134. ve 144. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Düzenleme; başvuru makamı, başvurunun şekli, gerekli belgeler, başvurunun incelenmesi ve reddi, başvurunun reddedilmesi halinde itiraz, evlenme izni, evlenmenin yapılamaması, tören yeri, tören şekli, aile cüzdanı ve dini tören ile ilgili hususlar düzenlenmiştir.

<sup>7</sup> Kurulurken sakat olan evlenme hükümsüz hale getirilecekken, geçerli olarak kurulan evlenmenin sona ermesi ölüm, boşanma ve gaiplik durumlarında olmaktadır. Bkz. Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s.103.

Boşanma, eşler hayattayken kanunda belirtilen sebebe dayanarak açılacak dava sonucunda evlilik bağının hâkim kararı ile sona ermesidir.<sup>8</sup>

Çalışmamızın ilk bölümünde, boşanma sebepleri incelenecektir. Bu inceleme yapılırken boşanma konusunda sistemler ve boşanmanın dayandığı ilkelerden bahsedilecektir. Medeni Kanunun yer verdiği boşanma sebepleri değerlendirilecek, modern hukuk sistemlerindeki gelişmeler ışığında Türk Hukuku ile karşılaştırma yapılacaktır. Böylece çalışmanın ikinci kısmında inceleyeceğimiz terk sebebi hakkında kapsamlı ve karşılaştırılabilir değerlendirme yapılabilecektir.

Çalışmamızın ilk kısmında boşanma sebeplerini incelememizin ardından, ikinci kısımda boşanma sebeplerinden terk incelenecektir. İlk olarak terk sebebi ile ilgili genel değerlendirme yapılacak olup, ardından kavramı maddi unsur, manevi unsur, haksızlık unsuru ve süre unsuru olacak şekilde dört başlık altında inceleyeceğiz. Maddi unsur olarak ortak hayata son vermeyi değerlendireceğiz. Bu başlık altında “aile konutu (ortak konut, evlilik konutu)” kavramına değineceğiz. Manevi unsur olarak evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme, haksızlık unsuru olarak terkin haklı sebebe dayanmaması ve süre unsurunda Medeni Kanunun düzenlediği süre şartları incelenecektir. Terkin unsurları incelendikten sonra ihtar şartı hakkında değerlendirme yapılacaktır. Değerlendirme yapılırken konu hakkında öğretide yer alan görüşlere, kanun gerekçelerine ve yargı kararlarına yer verilecektir.

## I. BOŞANMA SEBEPLERİ

Boşanma konusunda sistemler; boşanmanın serbest olduğu, boşanmayı yasaklayan ve belirli sebep neticesinde hâkimin kararı ile boşanmaya izin veren sistem olmak üzere üç çeşittir. Ferdiyetçi görüşün ürünü olan serbest boşanma sisteminde, kişiler, serbestçe boşanma gerçekleştirebilirler. Bu karşılıklı irade beyanı ile olacağı gibi, tek taraflı irade beyanı ile de olabilir. Katolik Kilise Hukukuna temelli yasaklayıcı sistem, Tanrı önünde yapılmış evliliklerin kul iradesi ile bozulamayacağı ve ölünceye kadar devam edeceği inancına dayanmaktadır. Bu iki görüş ile ilgili olarak; serbest boşanma sisteminin, evlilik ve akabinde toplumun temel birimi denilen aile kurumunu ciddiyetsizleştirdiği, boşanmayı yasaklayan sistemin ise, insan iradesini mutlak olarak sınırlandırdığı belirtilmektedir. Bunun neticesinde kanunun

<sup>8</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.104. Benzer tanım için bkz. Türk Hukuk Lûgatı, s.44; Yarmalı/Alp, s.115; Özcan, s.111.

belirlediği sebepler neticesinde hâkim kararı ile boşanma şeklinde üçüncü bir görüş gelişmiş ve modern hukuk sistemleri tarafından uygulanmıştır. Kaynak kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu bu görüşe göre düzenlenmiş olup, Medeni Kanun da bu görüşü kabul etmiştir.<sup>9</sup>

Kanunların boşanma sebebi olarak düzenlediği sebeplerin dayandığı ilkeler ise, kusur, irade, evlilik birliğinin temelden sarsılması, elverişsizlik ve eylemli ayrılık şeklinde beş tanedir. Kusur ilkesi, boşanma kararı verilebilmesi için taraflardan en az birinin kusuru bulunması şartına bağlıdır. İrade ilkesi, tarafların evlilik birliğini serbest iradeleri ile kurduklarına göre, serbest iradeleri ile sonlandırabileceklerini belirtmektedir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi, evliliğin amacından sapması ve sürdürülebilir halinin kalmamasını belirtmektedir. Elverişsizlik ilkesi, eşlerden birisinin çeşitli rahatsızlıklarından dolayı evlilik birliğinde kendisinden beklenecek sorumlulukları yerine getirememesidir. Eylemli ayrılık, eşlerin uzun süre ayrı kalmaları ve bir araya gelmemeleridir.<sup>10</sup>

İtalyan Hukukunda kusur, elverişsizlik, eylemli ayrılık; İspanya Hukukunda elverişsizlik, eylemli ayrılık; Belçika Hukukunda irade, temelden sarsılma, eylemli ayrılık; Fransız Hukukunda irade, temelden sarsılma, eylemli ayrılık, kusur ve İsviçre Hukukunda irade, temelden sarsılma, eylemli ayrılık ilkeleri kabul edilmiştir.<sup>11</sup> Almanya'da ise yürürlüğe giren yeni boşanma düzenlemesi ile “tek ve genel boşanma” kabul edilmiş olup, boşanmanın kolaylaştırılması eğilimi hakim olmuştur.<sup>12</sup> Alman Medeni Kanunu özellikle kusur ilkesini terk ederek, başarısızlık ilkesini esas alan yeni düzenlemeler yapmıştır.<sup>13</sup> Modern hukuk sistemlerinde, boşanma sebepleri

---

Boşanma konusunda sistemler ve gelişmeler hakkında bilgi için bkz. Tekinay, s.166-169; Öztan, Aile Hukuku, s.367-368; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, Yenilenmiş 20. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012, s.237-240; Seher Kandil, Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s.20-22; Gülfer Gözütok, Terk Sebebiyle Boşanma (TMK m.164), Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2017, s.12-15.

<sup>10</sup> Boşanma sebeplerinin dayandığı ilkeler için bkz. Akıntürk/ Ateş, s.240-242; Kandil, s.22-25; Gözütok, s.8-12. Öztan; kusur, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, irade, elverişsizlik şeklinde dört prensip üzerinden inceleme yapmaktadır. Öztan, Aile Hukuku, s.369-371.

<sup>11</sup> Ebru Ceylan, ‘İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:12, Yıl:2018, s.320-321.

<sup>12</sup> Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.114.

<sup>13</sup> *Almanya’da 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Yasa boşanma hukukunda büyük yenilikler yapmıştır. ... Boşanma konusunda kusur ilkesi tümüyle terkedilmiş, yerini “başarısızlık” (yürümezlik, temelden YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)*

ile ilgili olarak, son dönemlerde sadeleştirme eğilimi görülmektedir.<sup>14</sup> Sadeleştirme eğiliminde dikkat çekici olan, kusur ilkesinin kullanılmamasıdır.<sup>15</sup> Evlilik birliği içerisinde kimin kusurlu veya hangi oranda kusurlu olduğunun tespiti çok güç olduğu için, kaynak kanunumuz İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemelerde kusur unsuru dikkate alınmamıştır.<sup>16</sup> Eşlerden hangisinin kusurlu olduğunu ispat etme zorunluluğu kaldırılarak, evlilik süresince yaşanan hoş olmayan olayların ifşa edilmemesi amaçlanmıştır.<sup>17</sup> Ayrıca evlilik birliği içerisinde kimin kusurlu olduğunun tespitinin zor olması ve hatta belirlenmesinin mümkün olmaması, bu şekilde sadeleştirme eğilimine sebep olmuştur.<sup>18</sup>

Türk Hukukunda hem kusur ilkesi hem de diğer saydığımız ilkeler boşanma sebeplerinde değerlendirilmeye devam etmektedir. Medeni Kanun (madde 161-166) boşanma sebeplerini “zina”, “hayata kast, pek kötü veya

---

*sarsılma – Scheitern, Zerrüttung) ilkesi almıştır.” Haluk Burcuoğlu, ‘Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:48, Sayı:1-4, Yıl:1983, s.113-114.*

<sup>14</sup> Bu hususta bilgi için bkz. Kemal Tahir Gürsoy, ‘Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler’, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 C:II Boşanma Hukuku Haftası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s.1-46; Burcuoğlu, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler, s.114-115.

<sup>15</sup> Saibe Oktay Özdemir, ‘Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı’, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, Yıl:2015, s.31.

<sup>16</sup> Ceylan, s.321. “2000’li yıllara kadar çağdaş ülkelerde kusurun, tazminat hususu dışında boşanma davasını açan kişi açısından da nazara alınması, başka bir deyişle; tamamen kusurlu olan kişinin açtığı boşanma davasının kabul edilebilmesi için karşı tarafın az da olsa kusurlu olması gerektiği ilkesi, mer’i kanunumuzdakilerle paralelken 1900’lerin ortalarından itibaren bu düzenlemelerin uygulamadaki sakıncalarının görülmesi üzerine ülkeler teker teker değişiklik yapmaya başlamıştır. Türk Medeni Kanunumuzu (TMK) iktisap ettiğimiz İsviçre’de dahi 2000 yılında davayı açan açısından kusur ilkesini ve özel boşanma sebepleri yürürlükten kaldırılmıştır.” Tülay Parlak, ‘Türk Medeni Kanunu’nun 166’ncı Maddesinin 2’inci Fıkrasına İlişkin Sorunlar’, İzmir Barosu Dergisi, Cilt:85, Sayı:3, Yıl:2020, s.38.

<sup>17</sup> Salih Polater, ‘Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri’, VI. Uluslararası Çin’den Adriyatik’e Sosyal Bilimler Kongresi Özet Kitabı, Ankara, 2018, s.57.

<sup>18</sup> Oktay Özdemir; kusur saptaması yapmanın, çocukların zarar görmesine, taraflar arasında tansiyonun yükselmesine, özel hayatın dava dosyasına girerek kişilik haklarının ihlaline yol açacağına, tarafların konuşarak karar alma şanslarını tükettiği gibi hususlara neden olduğunu, ayrıca taraflar birbirine kusur isnat etmekle uğraşmadığı takdirde, toplumsal sorun olan şiddetin azalmasının beklenebileceğini ifade etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Oktay Özdemir, s.33-34.

onur kırıcı davranış”, “suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme”, “terk”, “akıl hastalığı”, “evlilik birliğinin temelinden sarsılması”, “eşlerin boşanma hususunda anlaşmaları”, “ortak hayatın kurulamaması ya da fiili ayrılık” şeklinde düzenlemektedir. Medeni Kanunun, Türk Kanunu Medenisinin<sup>19</sup> (mülga) getirmiş olduğu sistemdeki ana gövdeyi koruduğu görülmektedir.<sup>20</sup>

Hukuk, dinamik bir sürecin ürünüdür. Değişen toplumsal dinamikler ekseninde, değişen ihtiyaçlara cevap verilmesi gerekmektedir.<sup>21</sup> Ülkelerin ortaya çıkan yeni ihtiyaçlarını karşılayacak bir hukuk sistemini kendi iç imkânlarıyla yaratması olası ise de, buna imkân vermeyen koşulların içerisinde olması nedeniyle, ülkeler yabancı bir hukuk sistemini kısmen veya tamamen kabul ederek, kanunlarını kendi kanunları olarak yürürlüğe koyabilirler.<sup>22</sup> Toplumsal ihtiyaçlara çözüm bulunmasında sıklıkla kullanılan bu metot, “resepsiyon” kavramı ile ifade edilmektedir. Resepsiyon kavramı Latince almak, kabul etmek anlamına gelen “recipere” mastarından türetilmiş olan “receptio” kelimesine dayanmaktadır.<sup>23</sup> Sözlükte resepsiyon kavramı, kabul etme şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>24</sup> Hukuk sözlüğünde de benzer şekilde “kabul etme” olarak tanımlanmıştır.<sup>25</sup> *Rheinstein* ise, resepsiyon kavramını, bir hukuk ikliminde gelişen hukuki bir olgunun başka bir hukuk ikliminde hayata geçirilmesi şeklinde tanımlamaktadır.<sup>26</sup> Türk Kanunu Medenisi

<sup>19</sup> RG, 04.04.1926 – 339.

<sup>20</sup> Oktay Özdemir, s.30.

<sup>21</sup> “Aile hukukuna egemen toplumsal değer yargıları ile hukukun temel ilkelerinde meydana gelebilecek her değişiklik hukukî düzenlemenin de değiştirilmesi gereksinmesini ortaya çıkarır. Nitekim, Avrupa ülkelerinde sosyo ekonomik gelişmeler, aileye ilişkin toplumsal değer yargılarını değişikliğe uğratmış ve bunun sonucunda yasa koyucular evlilik hukuklarını, özellikle boşanma açısından, yeniden gözden geçirmek zorunda kalmışlardır. Gerçekten, toplumda yaşayan bireylerin, kadın veya erkek farkı gözetmeksizin, ekonomik güvencelerinin sağlanması, aile ilişkilerinde daha liberal eğilimlerin doğmasına yol açmıştır. İşte bu liberal eğilimler evlilik birliğinin sona erdirilmesinde kolaylıklar sağlamak isteği biçiminde ortaya çıkmıştır.” Erden Kuntalp, ‘Mutlak Boşanma Nedenleri’, ‘Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 C:II Boşanma Hukuku Haftası’, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s.115.

<sup>22</sup> Gonca Kuru, ‘Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:1, Yıl:2016, s.205.

<sup>23</sup> Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2020, s.5-6.

<sup>24</sup> <https://sozluk.gov.tr/> (erişim tarihi 14.12.2021).

<sup>25</sup> Özcan, s.646.

<sup>26</sup> Max Rheinstein, ‘Types Of Reception’, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, Cilt:5, Sayı:6, Yıl:1956, s.31.

(mülga) resepsiyon yoluyla İsviçre Medeni Kanunundan alınmıştır.<sup>27</sup> *Bozkurt*, resepsiyonun bir defalık bir olay olmadığını, yabancı hukuka uymaya yönelik bir süreci başlatan dönüm noktası olduğunu belirtmektedir.<sup>28</sup> Türk Kanunu Medenisi (mülga) ve akabinde 2002 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun birbirini takip eden sürecin ürünüdür.<sup>29</sup> Boşanma sebeplerinin yeni kanun içerisinde aynen muhafazası da bize bunu göstermektedir. Fakat anlatılanlar neticesinde kaynak kanunumuz başta olmak üzere, modern medeni hukuk iklimlerinde -Rheinstein'in yaptığı resepsiyon tanımına atıf yaparak- boşanma sebeplerinde yaşanan gelişmelerin Türk Hukuk iklimi ile kıyas edilerek incelenmesi gerekmektedir. Aile kavramının tanımı yapılırken belirtildiği üzere, kavram içinde bulunulan döneme göre farklı anlam taşıyabilmektedir.<sup>30</sup> Kavramın anlamına ve önemine göre hukuk sistemleri farklı değerlendirme ve kanunlaştırma yapmaktadır. 20 yy. başlarında resepsiyon metoduyla düzenlenen Türk Kanunu Medenisi (mülga), ihtiyaçlar nazarında zamanla çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler yapılırken başta kaynak kanunumuz İsviçre Medeni Kanununda ve çeşitli modern hukuk sistemlerinde yapılan değişiklikler takip edilmiştir. Medeni Kanun hazırlanırken bu gelişmeler göz önüne alınmıştır. Fakat boşanma sebepleri ile ilgili Türk Kanunu Medenisinde (mülga) yer alan düzenleme, hemen hemen aynı şekilde bırakılmıştır.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> Cumhuriyet dönemi medeni hukuk alanındaki gelişmeler için bkz. *Bozkurt*, s.183-198.

<sup>28</sup> *Bozkurt*, s.7.

<sup>29</sup> Bu hususta yapılmış inceleme için bkz. Cihan Osmanoğlu Karahanasanoğlu, 'Tarihi Kökeninden Hareketle Türkiye Cumhuriyeti Medeni Hukukunda Resepsiyon', *Adaletle Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç Armağanı*, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2020, s.402. Türk Kanunu Medenisinin (mülga) kabulü sonrası aile hukukundaki gelişmeler için bkz. Bilge Öztan, 'Medeni Kanun'un Kabulünün 70'nci Yılında Aile Hukuku', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:44, Sayı:1, Yıl:1995, s.79-125.

<sup>30</sup> Bkz. Giriş Bölümü

<sup>31</sup> "1926 tarihinde getirilmiş bu düzenlemeler değişmeden uygulanmış ve sadece 4.5.1988 tarihinde ve 3444 sayılı Kanunla getirilmiş değişiklikler eklenmiş ve bu çerçevede modern hukuk sistemlerinde boşanma sisteminin dayandığı anlaşmalı (rızaî) boşanma sistemi ile fiilen ayrı yaşama süresi sonunda gerçekleşen boşanma da hukuk sistemimize girmiştir. MK m. 134/3'e eklenen yeni fıkradaki hükümle bir yılı aşan evlilikler bakımından eşlerin mali sonuçlar ve çocuklarla ilgili konularda anlaşmalarını gösteren sözleşmenin hâkim tarafından onaylanması şartı ile anlaşmalı boşanmaya izin verilmiştir. Hükme son fıkra ile eklenen düzenleme ile de, her hangi bir sebeple açılmış olan boşanma davasının retle sonuçlanmış olması halinde, bu tarihten itibaren üç yıl eşlerin bir araya gelmemesi şartı ile boşanmaya karar verilebileceği hükme bağlamıştır. Bunun dışında sistemimiz kural olarak kusur esasına

İsviçre Medeni Kanununda, 1998 yılında -1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren- çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Boşanma sebepleri kısmında özel boşanma sebepleri kanundan çıkarılmış ve boşanma konusunda sadeleştirme yapılmıştır. Kanun içerisinde 111-116. maddeler ile boşanmanın “anlaşmalı boşanma” ve “dava yoluyla boşanma” şeklinde sadece iki halde mümkün olduğu düzenlenmişti. Bu değişikliğin akabinde 2008 yılında düzenlenen “Yetişkinlerin Korunması, Kişiler Hukuku ve Çocuk Hukuku Kanunu” ile boşanma sebepleri bugünkü halini almıştır. Anlaşmalı boşanmayı; 111. madde “tam anlaşma”, 112. madde “kısmi anlaşma” şeklinde düzenlemekteydi. Eşlerden birinin talebi üzerine boşanmayı ise; 114. madde en az iki yıldan beri ayrı yaşama, 115. madde ise, evlilik birliğinin devamının beklenemediği durumlarda boşanma şeklinde düzenlemekteydi.<sup>32</sup>

*Kılıçoğlu*, Medeni Kanun hazırlanırken İsviçre’de yapılan bu değişiklikler üzerine çalışıldığını, fakat bu yeniliklerin toplumun bünyesine ne denli uyabileceği konusunda tereddüt yaşandığı, özel boşanma sebeplerinin kaldırılmasının yanlış anlaşılacağı, çalışmanın Meclis’ten geçirilmesi konusunda sıkıntı yaşanacağı gibi hususların etkisiyle İsviçre Medeni Kanunu’nda yapılan değişikliklerin alınmadığını belirtmiştir.<sup>33</sup> *Güven*, Medeni Kanun hükümlerinin İsviçre ve Alman hukuk sistemleri ile kıyaslandığında üstün özelliklere sahip olduğunu, boşanma sebeplerinin tek bir sebep halinde düzenlenmesi yerine birden fazla sebebe bağlanmasının aile birliğini koruma yönünden önemli olduğunu, bu nedenle Medeni Kanunun boşanma hükümlerinin bu hali ile muhafaza edilmesinde şimdilik yarar gördüğünü belirtmektedir.<sup>34</sup> *Ceylan*, boşanmanın esas amacının eşlerin geçmişteki anlaşmazlıklarını düzenlemek yerine anlaşamayan eşlerin kendi gelecekleri için bir çözüm bulmak olduğunu, Devletin aileyi korumak için müdahalede bulunurken eşlerin özgürlüğünü kısıtlayacak ölçüde müdahalede bulunmaması gerektiğini ve yasa koyucunun genel çerçeveyi çizmesi ve

*dayanan boşanma sistemine sahip olma özelliğini sürdürmektedir.*” Oktay Özdemir, s. 30-31.

<sup>32</sup> İsviçre Medeni Kanununda düzenlenen boşanma sebepleri için bkz. Kudret Güven, ‘Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme’, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Yıl:2015, s.41-43; Ahmet M. Kılıçoğlu, Medeni Kanun’umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.10-12; Tülay Aydın Ünver/ Şeyda Dursun Karaahmetoğlu, ‘Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXV, Sayı:2, Yıl: 2017, s.587; Ceylan, s.325-326.

<sup>33</sup> Kılıçoğlu, s.12.

<sup>34</sup> Güven, s.54-55.

gerisini eşleri bırakması gerektiğini belirterek, Medeni Kanunun düzenlediği çok nedenli boşanma sebeplerinin evliliğin temelinden sarsılmasına dayandığını, bu nedenle özel sebeplerin korunmasına gerek olmadığını belirtmektedir.<sup>35</sup> Yine *Ceylan*, İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi kusur ilkesinin boşanma hukukundan kaldırılmasının isabetli olacağını söylemekte, fakat ülkemiz gerçekleri göz önüne alındığında evliliğin temelinden sarsılmış olma ilkesinde kusur ilkesine gereken önemin verilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>36</sup> *Oktay Özdemir*, boşanma sebeplerinde revizyon ile ilgili olarak; kusur ilkesinden vazgeçilerek evliliğin sarsılması prensibinin geçerli olması gerektiğini belirtmekte ve özel sebeplerin kaldırılması, anlaşmalı boşanmanın teşvik edilmesi ve fiili ayrılığın olması durumunda ek şart aranmadan evlilik birliğinin temelden sarsıldığını kabulünün gerektiğini ileri sürmektedir.<sup>37</sup> *Burcuoğlu*, evlilik birliğinin temelinden sarsılması şeklinde bir ve tek boşanma nedeni olduğunu, uygulamada boşanma davalarının %98'e yakın kısmının evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayandırıldığını ve diğer boşanma nedenlerine başvurulduğunda, yine evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeninin gündeme getirildiğini belirtmektedir.<sup>38</sup>

Anlatılanlar ışığında değerlendirme yaparsak; boşanma sebeplerinde kaynak İsviçre Medeni Kanununda ve çeşitli modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi sadeleştirme yapılması isabetli olacaktır. Özellikle belirlenmesi

<sup>35</sup> *Ceylan*, s.330-331.

<sup>36</sup> *Ceylan*, s.331.

<sup>37</sup> *Oktay Özdemir*, s. 36. “Avrupa’daki boşanma hükümlerinde meydana gelen bu reformun başlıca sebepleri, aşağıda daha detaylı olarak bahsedeceğimiz üzere, uygulamada karşılaşılan sorunlar ve kusur içeren düzenlemenin faydadan çok zarara sebep olmasıdır. Türkiye’deki medeni kanun hükümlerinde ise, mehz kanunundaki değişikliğe rağmen bir ıslah hareketi başlamamış, doktrinde dahi tartışılmamış, bu sebeple, uygulamada karşılaşılan sorunlar da ortadan kalkmamıştır.” *Parlak*, s.38.

<sup>38</sup> *Haluk Burcuoğlu*, ‘Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler’, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, Yıl: 2018, s.3. TÜİK tarafından yayınlanan 2020 yılı boşanma istatistiklerine göre, 2020 yılında 135.022 boşanma gerçekleşmiştir. Bu sayının boşanma sebeplerine göre dağılımı; zina 105, cana kast ve pek fena muamele 16, cürüm ve haysiyetsizlik 59, terk 85, akıl hastalığı 18, geçimsizlik 131.235, diğer 967, bilinmeyen 2.537 şeklindedir. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-Bosanma-Istatistikleri-2020-37211> (erişim tarihi 01.02.2022). TÜİK tarafından yayınlanan 2021 yılı boşanma istatistiklerine göre 2021 yılında 174.085 boşanma gerçekleşmiştir. Bu sayının boşanma sebeplerine göre dağılımı; zina 131, cana kast ve pek fena muamele 29, cürüm ve haysiyetsizlik 57, terk 72, akıl hastalığı 41, geçimsizlik 169.039, diğer 1.443, bilinmeyen 3.273 şeklindedir. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-Bosanma-Istatistikleri-2021-45568> (erişim tarihi 18.09.2022).



zor ve muğlak olan kusur ilkesine dayalı boşanma sebeplerinin hem boşanma hem boşanma sonrası süreçler açısından etkilerinin incelenmesi ve modern hukuk sistemlerindeki gelişmeler göz önüne alınarak yeniden değerlendirilmesi uygun olacaktır. Değerlendirme yapılırken uygulamada sık kullanılmayan, kusur ilkesine dayalı boşanma sebeplerinin azaltılması ve hatta kaldırılması yönünde değerlendirme yapılması kanaatindeyiz.<sup>39</sup>

## II. BOŞANMA SEBEBİ OLARAK TERK

Terk, boşanma sebebi olarak Medeni Kanun içerisinde ayrıca düzenlediği için “özel”<sup>40</sup>, kanunda belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde başkaca husus gözetilmeyeceği için, “mutlak”<sup>41</sup> ve “kusura dayalı” bir boşanma sebebidir.<sup>42</sup>

Medeni Kanununun 164. maddesi “terk” ile ilgili şu şekilde düzenleme yapmaktadır: *“Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır. Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim veya noter, esasını incelemeyen yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz.”*

<sup>39</sup> Son yıllarda boşanma işleminin kolaylaştırılması ve hızlandırılması için, “mahkeme dışı boşanma” kurumlarının geliştiği görülmektedir. Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Merve Ürem Çetinel/Biset Sena Güneş, ‘Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı’, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı:1, Yıl:2019, 309-340; Mustafa Şahin, ‘Evliliğin İdari Yoldan Sona Erdirilmesi’, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Cilt:II, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2019, s.1613-1624.

<sup>40</sup> Medeni Kanunun özel olarak düzenlediği boşanma sebeplerine “özel”, Medeni Kanunun 166. maddesi kapsamında düzenlenen sebeplere ise “genel” boşanma sebebi denilmektedir. Dural/Öğüz/Gümüş/Oğuz/Gümüş, a, s.106; Hatemi, s.115; Kuntalp, s.116.

<sup>41</sup> Boşanma sebebinde evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi aranıyorsa, bu sebeplere “nispi”, aranmıyorsa “mutlak” boşanma sebebi denilmektedir. Dural/Öğüz/Gümüş, s.106; Hatemi, s.116-117; Kuntalp, s.116.

<sup>42</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.114; Hatemi, s.116.

Türk Kanunu Medenisinin (mülga) 132. maddesinde terk ile ilgili düzenleme ise şekilde yapılmıştır: *“Karı kocadan biri, evlenmenin kendisine tahmil ettiği vazifeleri ifa etmemek maksadiyle diğerini terkettiği veya muhik bir sebep olmaksızın evine dönmediği takdirde, ayrılık en az üç ay sürmüş ve devam etmekte bulunmuş ise diğeri boşanma davasında bulunabilir. Davaya hakkı olan tarafın talebi ile hakim, diğere tarafa bir ay zarfında evine avdet etmesini ihtar eder. Bu ihtar icabında ilan tarikiyle yapılır. Şu kadar ki boşanma davasını ikame için muayyen müddetin ikinci ayı hitam bulmadıkça ihtar talebinde bulunulamaz ve ihtar vukuunda bir ay bitmeden dava ikame olunamaz.”*

Medeni Kanunun, Türk Kanunu Medenisinde (mülga) yer alan düzenlemeye benzer düzenleme yaptığı görülmektedir. Terk ile ilgili en önemli değişiklik, sürelerin değiştirilmesidir. Türk Kanunu Medenisi (mülga) üç aylık süreyi yeterli bulmuşken, Medeni Kanun bu süreyi altı aya çıkarmıştır. Bu değişikliğin sebebi olarak Kılıçoğlu, Türk toplumunda evin terk edilmesi halinde yakın akrabaların ve dostların devreye girerek aile ocağının yıkılmasını önleme çabalarının genellikle sonuç verdiğini, fakat üç aylık sürenin bu çaba için yeterli olmadığı düşünüldüğü için, sürenin altı ay olarak değiştirildiğini ifade etmiştir.<sup>43</sup> Kanun gerekçesinde değişikliğin sebebi olarak benzer bir ifadeye yer verilmiştir; *“sürenin uzatılması, ortak konutu terk etmiş olan eşe düşünme süresi olarak daha fazla zaman sağlayacaktır. Pek de önemli olmayan sebeplerle ortak konutu terk eden eşler, zaman geçtikçe yaptıkları davranışın doğru olmadığını, böyle bir sebeple evliliği sona erdirmenin giderilmesi (telafisi) mümkün olmayacak bir hata olacağını anlayacaklardır.”*<sup>44</sup>

İsviçre Medeni Kanununun 114. maddesi, eşlerden her birine en az iki yıldan beri ayrı yaşadıklarına dayanarak boşanma hakkı tanımış olup, burada ortak konutun eşlerden birisi tarafından ayrı yaşamak isteği ile terki yeterli görülmekte, evin ortak giderlerine katkıda bulunmama şeklinde başkaca şart aranmamaktadır.<sup>45</sup> Alman Medeni Kanunu boşanma sebepleri üzerinde durmamış, bunun yerine evlenmenin çökmesini boşanma sebebi olarak kabul etmiştir.<sup>46</sup> Hangi sebeple olursa olsun (başka birisiyle yaşama, geçimsizlik, terk, kötü muamele), kanunda düzenlenen şartlar gerçekleşmişse, eşlerin ayrı

<sup>43</sup> Kılıçoğlu, s.13.

<sup>44</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/KanunveKararBilgiSistemi> (erişim tarihi 01.10.2021).

<sup>45</sup> Güven, s.42.; Oktay Özdemir, s.35-36.

<sup>46</sup> Güven, s.46-47; Hatemi, s.114.

yaşamaları<sup>47</sup> halinde evlilik birliğinin çöktüğünü kabul etmiştir.<sup>48</sup> Benzer şekilde Fransız Medeni Kanununda iki yıl ayrı yaşanması halinde evlilik bağının koptuğu ve eşler arasındaki ortak hayatın sona erdiği kabul edilmiştir.<sup>49</sup> İtalyan Medeni Kanunu, üç yıl ayrı yaşanılmasını boşanma sebebi olarak kabul etmektedir.<sup>50</sup>

“Boşanma Sebepleri”<sup>51</sup> başlığında incelediğimiz üzere hem kaynak kanunumuz hem diğer modern hukuk sistemleri boşanma sebeplerinde sadeleştirme yapmaktadırlar. Bu nedenle, Medeni Kanunun tarif ettiği sıkı şekil şartlarına bağlı<sup>52</sup> “Terk” boşanma sebebinden ziyade evlilik birliğinin devam etmediği, ortak yaşamın sona ermesine bağlı boşanma sebeplerine yer verildiği görülmektedir. Terk sebebinin içerisinde barındırdığı kusur unsurundan ziyade, evliliğin temel yükümlülüğü olarak söylenebilecek birlikteliğin sağlanamamasının ve ortak yaşamın kurulamamasının ele alındığı görülmektedir. Medeni Kanunun tanımladığı terk unsuru Türk Kanunu Medenisine (mülga) göre şartlar ağırlaştırılarak, sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Bu durum bize, kanun koyucunun, aileyi korumayı görev edinen ve önceleyen anlayışına devam ettiğini göstermektedir.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> “Almanya’da 1976 tarihine kabul edilen 1977 de yürürlüğe giren sistemle 1 yıl ayrı yaşama ile anlaşmalı boşanma, 3 yıl ayrı yaşama ile tek taraflı boşanma imkânı vardır. Evliliğe devam diğer eşin kişiliği nedeniyle imkânsız olmuşsa süre şartı olmadan boşanma mümkün olmaktadır” Oktay Özdemir, s.36.

<sup>48</sup> Güven, s.46-47; Hatemi, s.114.

<sup>49</sup> Ceylan, s. 328; Oktay Özdemir, s.36.

<sup>50</sup> Ceylan, s. 330.

<sup>51</sup> Bkz. Bölüm 1.

<sup>52</sup> “Terk sebebiyle açılan boşanma davaları kendine has özellikleri nedeniyle bu davalarda “dava koşulları ile yargılama usulü” iç içe geçmiş hâldedir. Dava çok sıkı maddi ve şekli şartlara bağlanmış olup titizlikle incelenme gerektirmektedir.” Yargıtay HGK., E.2017/2289, K.2020/939, 25.11.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021). Benzer karar için bkz. Yargıtay HGK., E.2017/2727, K.2020/846, 04.11.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021).

<sup>53</sup> Terk boşanma sebebinin uygulamada kullanılma sayısı ise şu şekildedir: 2013 yılında 125.305 boşanma içerisinde 238, 2014 yılında 130.913 boşanma içerisinde 200, 2015 yılında 131.830 boşanma içerisinde 210, 2016 yılında 126.164 boşanma içerisinde 163, 2017 yılında 128.411 boşanma içerisinde 131, 2018 yılında 143.573 boşanma içerisinde 163, 2019 yılında 156.587 boşanma içerisinde 127, 2020 yılında 135.022 boşanma içerisinde 85, 2021 yılında 174.085 boşanma içerisinde 72. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Evlenme-ve-Boşanma-Istatistikleri-2021-45568> (erişim tarihi 18.09.2022)

## A. Terkin Unsurları<sup>54</sup>

### 1. Maddi Unsur (Ortak hayata son verme)

Eşlerden biri, diğeriyle aynı evde yaşamayı reddeder ve başka yerde yaşamaya başlarsa, terk fiili meydana gelmiş olur.<sup>55</sup> Evliliğin tanımı yapılırken eşlerin bir arada, tam ve sürekli olarak yaşamaları belirtilmektedir. Medeni Kanun'un 185. maddesi "*Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.*" düzenlemesi ile eşlerin birlikte yaşamasını, eşlere yükümlülük olarak yüklemektedir. Ortak hayata son verilmesi, diğeri bir deyişle, eşlerin bir arada yaşamamaları terkin ana unsurudur.<sup>56</sup> Terk sebebiyle boşanmadan bahsedilebilmesi için, öncelikle eşlerin birlikte yaşayacakları ortak konutu (aile konutu, evlilik konutu) belirlemesi gerekmektedir. Eşlerin birlikte yaşayacakları yerin seçimi hakkında Medeni Kanununun 186. maddesinde "*Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler*" düzenlemesi yapılmıştır. Medeni Kanunun "Aile Konutu" başlıklı 194. maddesinde aile konutu ile ilgili düzenleme yapmış olup, mezkûr madde içerisinde veya Kanunun başka maddelerinde aile konutunun tanımı verilmemiştir. Madde gerekçesinde ise aile konutu şu şekilde belirtilmiştir: "*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.*"<sup>57</sup>

<sup>54</sup> Terkin unsurları Tekinay'ın yapmış olduğu sınıflandırma esas alınarak hazırlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay, s.215-225.

<sup>55</sup> Tekinay, s.215

<sup>56</sup> "*Evlilik "birlik ilkesi" üzerine kurulmuştur. Evlenme ile eşler arasında "evlilik birliği" kurulmuş olur ve tarafların evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirme görevleri başlar. Bu görevlerin en önemlisi ise evliliğin amacıyla uyumlu şekilde eşlerin birlikte yaşamalarıdır. Bu bağlamda birlik süresince kural olan; zorunlu nedenler dışında eşlerin birlikte yaşamasıdır. Asıl kuralın aksine eşlerden birinin bu birliktelikten haklı bir sebep olmaksızın özgür iradesi ile ortak yaşamdan ayrılması ise "terk" olarak kabul edilir.*" Yargıtay HGK., E.2017/2289, K.2020/939, T.25.11.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2017/2727, K.2020/846, T.04.11.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021).

<sup>57</sup> <https://www.tbmm.gov.tr/KanunveKararBilgiSistemi> (erişim tarihi 20.10.2021)

Aile konutunun tanımı ile ilgili olarak doktrinde yazarların birbirlerine benzer tanım yaptıkları görülmektedir.<sup>58</sup> Öztan<sup>59</sup>, eşlerin ortak yaşamlarının merkezi olan, sürekli biçimde yaşamalarına hizmet eden, çocuklarıyla birlikte manevi ve duygusal bağlarla bağlandıkları konut; Kılıçoğlu<sup>60</sup>, resmi olarak evli karı kocanın birlikte yaşadığı konut; Antalya<sup>61</sup>, eşlerin yaşamlarını serbestçe düzenleyecekleri, iradeleri ile birlikte yaşamlarını sürdürecekleri konut; Şıpka<sup>62</sup>, acı ve tatlı günlerin içinde yaşandığı, bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştirildiği, sahip olunmak için uzun yıllar boyunca eşlerin çalışıp didindikleri mekân, şeklinde tanım yapmaktadırlar. Yargıtay, aile konutunu yukarıda belirttiğimiz madde gerekçesine benzer (bazı kararlarında madde gerekçesine doğrudan atıf yaparak) şekilde “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekân”<sup>63</sup> şeklinde tanımlamıştır.

Medeni Kanun, aile konutunun belirlenmesinde eşlerin birlikte seçim yapacaklarını hüküm altına almıştır. Eşler aile konutunu seçme konusunda uyumsuzluğa düşmeleri halinde, Medeni Kanununun 195. maddesi gereğince, ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Boşanma sebebi olarak terkten bahsedebilmek için önce, eşlerin ortak yaşamlarını

<sup>58</sup> Aile konutunun tanımı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Gökçen Kapusuz, Mal Rejimleri ve Miras Hukuk’unda Aile Konutu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.9-11; Abdurrahman Hacısalihoğlu, Aile Konutu ve Şerhi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s.13-16; Fuat Saatçioğlu, Aile Konutu Ve Şerhi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2015, s.48-53; Mehmet Celal Uzunkaya, Aile Konutu Üzerinde Tesis Edilebilecek Hukuki İşlemler Ve Aile Konutu Şerhi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s.23-27; Oğuzhan Ertekin, Türk Medeni Hukukunda Aile Konutu ve Aile Konutu Şerhi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2020, s.5-8.

<sup>59</sup> Öztan, Aile Hukuku, s.199-200.

<sup>60</sup> Kılıçoğlu, s.47.

<sup>61</sup> Gökhan Antalya, Miras Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.525.

<sup>62</sup> Şükran Şıpka, ‘Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları’, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, Yıl:2015, s.50-51.

<sup>63</sup> Yargıtay 2HD., E.2021/3464, K.2021/6355, T.22.09.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 02.01.2022). Benzer tanım için bkz. Yargıtay 2HD., E.2021/1737, K.2021/5563, T.01.07.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 02.01.2022). Yargıtay HGK., E.2017/2809, K.2021/367, T.30.03.2021, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 02.01.2022).

sürdürecekleri konutu seçmiş olmaları<sup>64</sup>, ardından eşlerden birisinin ortak yaşama son vermek gayesi ile aile konutunu terk etmesi gerekmektedir.<sup>65</sup> Yargıtay'ın bu hususta şu şekilde bir değerlendirmesi bulunmaktadır: “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler (TMK m. 186/1). Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesindeki koşulların oluşması halinde eşlerden biri konutun seçimine hakim tarafından yetkili kılınabileceği gibi; ortak konut Türk Medeni Kanunu'nun 195. madde gereğince başvuru üzerine bizzat hakim tarafından da belirlenebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 164/1. madde gereğince terk ihtarında eşin davet edildiği konutun eşlerin birlikte seçmiş oldukları veya açıklanan hakim müdahalesiyle seçilmiş/belirlenmiş konut olması gerekir. Davacı kocanın terk ihtarında davalıyı davet ettiği Adana'da bulunan konutun yasanın aradığı bu niteliklere sahip ve ortak konut niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle terk ihtarı biçimsel olarak yasaya uygunsu da; davalı kadın ortak konut niteliğinde olmayan eve dönmekte, ihtar kararına uymamakta haklıdır.”<sup>66</sup>

Terkin maddi unsurunun gerçekleşmesi için, taraflardan birinin ortak yaşamı sonlandırmak niyetiyle aile konutundan ayrılması gerekmektedir. Bu kapsam dışında tarafların aynı ev içerisinde birbirleri ile görüşmemeleri, yatak odalarını ayırmaları, cinsel ilişkiden kaçınmaları gibi durumlarda, terkin maddi unsuru gerçekleşmiş olmayacaktır.<sup>67</sup> Aynı konut içerisinde buldukları sürece maddi unsurun gerçekleştiğinden bahsedemeyiz. Bu durumda, diğer boşanma sebepleriyle, özellikle evlilik birliğinin temelinden

<sup>64</sup> Bu hususta Yargıtay'ın ortak konutu seçmekten kaçınan eşin terk eden sayılacağı yönünde kararı bulunmaktadır. “Olayda, tarafların kendilerinin seçtikleri bağımsız bir konut bulunmamaktadır. Davacı kadın, kayınvalidesi ve kayınbabasıyla birlikte oturdukları evi terk etmiştir. Bu durumda; bağımsız, ortak konut seçiminden kaçınarak, eşini, rızası hilafına kendi anne ve babasıyla oturmaya mecbur bırakan koca, eşini terk etmiş sayılır. Terk edilen kadındır. Bu halde terk sebebiyle boşanma davası açma hakkının kadına ait olduğu açık ve tartışmasızdır.” Yargıtay 2HD., E.2003/9149, K.2003/10891, T.16.07.2003 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022).

<sup>65</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.174; Kandil, s.49; Nursena Genç Güntürk, Terk Sebebiyle Boşanma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s.39. Kılıçoğlu aksi yönde görüş belirterek, konut seçme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek birlikte yaşama ortamına olanak vermeyen eşe karşı terk sebebiyle boşanma davası açma hakkı doğması gerektiğini ifade etmektedir. Kılıçoğlu, s.25.

<sup>66</sup> Yargıtay 2HD., E.2010/684, K.2011/2020, T.09.02.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2006/18718, K.2007/7329, T.03.05.2007 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021).

<sup>67</sup> Feyzioğlu, s.279; Kandil, s.50.

sarsılmış olması nedeniyle, boşanma davası açılabilir. Fakat terk nedeniyle boşanma davası açılması mümkün değildir.

Ortak konuttan ayrılma ile ilgili üzerinde durulması gereken bir başka husus, eşlerden birinin ortak konuttan ayrılmak zorunda kalmasıdır. Eşin evden kovulması, terk etmeye zorlanması, ortak konuta dönmesine izin verilmemesi<sup>68</sup> gibi sebeplerle eşlerden biri ortak konuta dönemeyebilir.<sup>69</sup> Bu durumda evi terk eden eş, ortak konuttan ayrılan değil, onu ortak konuttan ayrılmaya zorlayan diğer eştir.<sup>70</sup> Medeni Kanunun 164. maddesi “*Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.*” düzenlemesini yapmaktadır.

Bu hususta 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun”<sup>71</sup> 5. maddesi, şiddete karşı önleyici tedbir olarak şiddet uygulayan kişinin müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi ve ayrıca

<sup>68</sup> “*Saniğin, resmi nikahlı eşi olan katılan ile aralarındaki anlaşmazlık nedeniyle evde olmadığı sırada kapı kilidini değiştirdiği ve katılanın eve girmesini engellediği olayda, eyleminin TCK'nın 232/1. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturduğu...*” Yargıtay 18CD., E.2019/9640, K.2020/1752, T.21.01.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 13.10.2023).

<sup>69</sup> “*Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eşin de terk etmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda eşini terke zorlayan eş, terk nedeniyle boşanma davası açamaz. Eldeki davada davacı-davalı erkeğin eşine şiddet uyguladığı ve evden kovduğu anlaşılmaktadır. Davacı-karşı davalı erkek bu davranışları yüzünden Türk Medeni Kanununun 164/1. maddesindeki düzenlemeye göre terk nedeniyle boşanma davası açamaz.*” Yargıtay 2HD., E.2015/4192, K.2015/14194, T.02.07.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2014/16627, K.2015/6843, T.07.04.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021); Yargıtay 2HD., E.2014/16099, K.2014/17416, T.08.05.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 29.10.2021); Yargıtay 2HD., E.2021/4276, K.2021/5864, T.06.07.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021).

<sup>70</sup> Öztan, Aile Hukuku, s.393; Feyzioğlu, s.280; Akıntürk, Ateş, s. 255. Bu hususta Yargıtay kararı: “*Dosyaya yansıyan olaylar bir bütün olarak değerlendirildiğinde davacı erkek eşin sürekli hakaret ettiği ve kadın eşi ortak konuttan kovmak suretiyle eşini terke zorladığı anlaşılmıştır. Yukarıda üzerinde durulan tüm olgu, kavram ve yasal düzenlemeler gözetildiğinde davacının gerçekte iddia ettiği gibi terk edilen değil, terk eden eş olduğunun kabulü gerekmektedir. Durum bu olunca davacının, terk edilen eşe ait bulunan terke dayalı boşanma davası açma hakkı bulunmadığından, davasının da kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır.*” Yargıtay 2HD., E.2017/2727, K.2020/846, T.04.11.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021).

<sup>71</sup> RG, 20.03.2012 – 28239.

korunan kişi ile konuta yaklaşmasının yasak olması düzenlenmiştir. Eş, hâkimin bu madde hükmüne dayanarak alacağı koruma tedbiri nedeniyle diğer eşi eve almayabilecektir. Bu durumda ortak konuta dönmesine izin verilmemesi veya dönmesinin engellenmesinden bahsedilemeyecektir.<sup>72</sup>

## 2. Manevi Unsur (Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükleri Yerine Getirmeme)

Terkin manevi unsuru olarak, terk eyleminin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla gerçekleşmesi ele alınacaktır. Evlilik ile tarafların birbirlerine karşı evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirme görevleri başlar.<sup>73</sup> Taraflar bu yükümlülükleri yerine getirmelidir. Bu yükümlülükler yerine getirilmemek için ortak konut terkedildiği takdirde, manevi unsur gerçekleşmiş olacaktır. Terkin gerçekleşmesi için eşlerden birisinin sadece ortak hayata son vermesi yetmemekte, bunun yanı sıra ortak yaşamın evlilik birliğinin taraflara yüklediği yükümlülükleri yerine getirmeme amacı ile sonlanmış olması aranmaktadır.<sup>74</sup>

Medeni Kanun evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri saymış olmakla birlikte, bu yükümlülükler sınırlı sayıda değildir. Medeni Kanunun 185. maddesi, “birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak”, “çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermek”, “birlikte yaşamak”, “birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak”; 186. maddesi, “birliği beraberce yönetme”, “birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile

<sup>72</sup> “Davacı erkek, 03.12.2013 tarihinde eşinin eve dönmesi için ihtar isteğinde bulunmuş, bu yönde alınan karar 03.01.2014 tarihinde davalıya tebliğ edilmiştir. Davalı kadın, 29.08.2013 günü 6284 Sayılı Ailenin Korunmasına ilişkin Kanun uyarınca gerekli tedbirin alınmasını istemiş, mahkemece aynı tarihte erkeğin, kadının bulunduğu yere üç ay süre ile yaklaşmaması konusunda tedbir kararı verilmiştir. Davalı kadının, ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 29.08.2013 gün ve 2004/63 değişik sayılı kararı uyarınca eşinden ayrı yaşadığı ve haklı sebeple davet edilen eve dönmediği anlaşılmaktadır. Bu açıklama karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi doğru değil ise de bu husus ilk incelemede gözden kaçırılmış olup, davalının karar düzeltme isteği bu nedenle yerinde görülerek hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 2HD., E.2016/4824, K.2016/8049, T.20.04.2016 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 11.11.2021).

<sup>73</sup> “Evlilik ‘birlik ilkesi’ üzerine kurulmuştur. Evlenme ile eşler arasında ‘evlilik birliği’ kurulmuş olur ve tarafların evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirme görevleri başlar.” Yargıtay HGK., E.2017/2717, K.2021/761, T.15.06.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 29.10.2021).

<sup>74</sup> Gözütok, s.36.



katılma”; 188. maddesi, “ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil etme” şeklinde bu yükümlülükleri hüküm altına almıştır.<sup>75</sup>

Kanunda sayılan bu yükümlülükleri arttırmamız mümkündür. Ortak konuttan ayrılmanın terk olarak değerlendirilebilmesi için, terkin ortak hayata ara vermek amacıyla ve evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmeme maksadıyla yapılması gerekmektedir. Bu durumda konuttan ayrılma; iş seyahati, hapis cezasıyla mahkûm olma, hastalık, askere gitme gibi haklı sebeplere dayanıyorsa, terk yoktur.<sup>76</sup> Bu gibi haklı sebebe dayanan ayrılmalar, ne kadar uzun sürerse sürsün, terk olarak değerlendirilmeyecektir. Bahsedilen haklı sebep ortadan kalktığında eşin ortak konuta geri dönmesi gerekmektedir. Aksi takdirde diğer eş, terk sebebiyle boşanma davası açılabilecektir.<sup>77</sup>

### 3.Haksızlık Unsuru (Terkin Haklı Sebebe Dayanmaması)

Terkin boşanma sebebi olabilmesi için, hukuka aykırı, bir başka deyişle, haksız olması gerekmektedir.<sup>78</sup> Eş haklı bir sebebe dayanarak ortak konuttan ayrılıyorsa, terkin varlığından bahsedilemeyecektir. Bu durumda terk nedeniyle boşanma davası açılmayacaktır.

Literatürde haklı sebep olarak; “birlikte yaşamaya ara verme kararı almış olmak”, “mahkemece ayrılık kararı verilmiş olması”, “boşanma ve ayrılık davası açılmış olması”, “evlenmenin butlanı davası açılmış olması”, “eşlerden birinin tedbir nafakası alıyor olması”, “eşin kişiliği, ekonomik

<sup>75</sup> “Evlenme ile eşler arasında “evlilik birliği” kurulmuş olur ve tarafların evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirme görevleri başlar. Bu görevlerin en önemlisi ise evliliğin amacıyla uyumlu şekilde eşlerin birlikte yaşamalarıdır.” Yargıtay HGK., E.2017/2717, K.2021/761, T.15.06.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021); “Buna göre; erkek eşin haklı bir sebebi olmaksızın, ortak konuttan ayrılarak, eşlerin varsa çocukları ile birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak, yardımcı olmak ve birliğin giderlerine güçleri oranında katılmak şeklinde düzenleme altına alınan yasal yükümlülüklerine aykırı davrandığı görülmektedir.” Yargıtay HGK., E.2017/2415, K.2021/347, T.25.03.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021); “Evin masrafları ve kredi ödemesi konusunda eşine destek olmayarak, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini de ihmal ettiği anlaşılmaktadır.” Yargıtay 2HD., E.2016/692, K.2017/5534, T.08.05.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021).

<sup>76</sup> Tekinay, 216; Dural/Öğüz/Gümüş, s.115; Şenol Şenol, ‘Terk Nedeni ile Boşanma’, Adalet Dergisi, Sayı:3, Yıl:1988, s.28.

<sup>77</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.115.

<sup>78</sup> Tekinay, s.217; Şenol, s.29.

güvenliği veya ailenin huzurunun tehlikeye düşmesi”, “konutun bağımsız olmaması”, “konutun ailenin ihtiyaçlarına uygun olmaması” sayılmaktadır.<sup>79</sup>

Eşlerin, karşılıklı olarak birlikte yaşamaya ara verme kararı almaları halinde, terk yoktur. Bu durumda, taraflar ortak hayatı bir süre sürdürmeme konusunda anlaşmışlar, kendi rızaları ile ortak hayata ara vermişlerdir. Eşlerin karşılıklı iradeleriyle ortak yaşamı sonlandırmaları (tatil etmeleri) haklı sebep olarak değerlendirilecektir.<sup>80</sup>

Mahkemece ayrılık kararı<sup>81</sup> verilmesi halinde evlilik birliği devam etmekte olup, sadece ortak hayat belirli bir süre tatil edilmiştir.<sup>82</sup> Aile konutundan ayrılmasına karar verilen eş, konuttan ayrıldığı takdirde haklı sebebe dayandığı için, bu durum terk olarak değerlendirilmeyecektir. Eşler ayrılık kararının kesinleşmesi ile ayrı yaşama hakkını elde etmektedirler. Ayrılık süresi tamamlandıktan sonra eşlerin ortak konuta dönmeleri gerekmektedir. Bu durumda ortak konuta dönmeyen eş için terk sebebi söz konusu olacaktır.

Türk Kanunu Medenisinin (mülga) 162. maddesinin 2. fıkrası “Boşanma veya ayrılık davası ikame edildikten sonra karı kocadan her biri, dava devam ettikçe, diğerinden ayrı yaşamak hakkını haizdir.” düzenlemesi ile boşanma ve ayrılık davası sırasında ayrı yaşama hakkı tanımıştı. Medeni Kanunda benzer düzenlemeye yer verilmemiştir. Boşanma veya ayrılık davası açıldığı takdirde, Medeni Kanunun 169. maddesi gereğince, hâkim, dava devam ederken gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alır. Boşanma davasının açılma sebebi ortak hayatın sonlandırılmasını, ayrılık davasının açılması sebebi ise ortak hayata ara verilmesini talep etmektir. Bu nedenle, dava açıldıktan sonra tarafların bir arada yaşamasını beklemek mantıklı olmayacaktır. Davanın reddi halinde ise,

<sup>79</sup> Genç Güntürk, s.51-65; Gözütok, s.41-51; Feyzioğlu, s.280; Kandil, s.56-66. Şener, “Eylemli Durumun Doğurduğu Hak” başlığı altında çeşitli terk sebeplerini incelemektedir. Karı kocadan birinin öteki hakkında ceza davası açmış olmasının, diğer eşe karşı şiddet uygulamış olmasının, eşlerden birisinin görevini kötüye kullanıp yarar sağlaması, eşin ateşli silah taşıması veya uyuşturucu madde kullanması gibi durumların ayrı yaşamak için haklı sebep olacağını belirtmektedir. Esat Şener, ‘Terk Hukuki Sebebine Dayanan Boşanma Davası Üzerinde Düşünceler’, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı:37, Yıl:1983, s.4

<sup>80</sup> Tekinay, s.217; Kandil, s.57; Gözütok, s.41; Genç Güntürk, s.51.

<sup>81</sup> Medeni Kanununun 170. maddesi: “Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir. Dava yalnız ayrılığa ilişkinse, boşanmaya karar verilemez. Dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa karar verilebilir.”

<sup>82</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.140.

eşlerin ortak hayata devam etmeleri gerekmektedir. Bu durumda eşlerden biri konuta dönmemiş ise, diğer eş ihtarda bulunabilecek ve akabinde boşanma davası açabilecektir.<sup>83</sup>

Medeni Kanununun 197. maddesine göre, “Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir”. Bu durumda eşlerden birisi; ortak hayatın devam etmesi sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşüyorsa, tehlike devam ettiği sürece ayrı yaşayabilecektir. Medeni Kanununun 197. maddesi kapsamında eşlerin ayrı yaşaması söz konusu ise bu durumda hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkıya ilişkin önlemleri alır. Bu önlemin alınmasında, haklı sebeple birlikte ortak yaşamaya ara verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, verilecek nafaka hükmü, lehine nafakaya hükmedilenin güvenliği tehlikeye düştüğü andan itibaren ayrı yaşamaktaki haklılığını gösterir niteliktedir.<sup>84</sup> Bunun neticesinde, tedbir nafakasına hükmedilmesi dolayısıyla ayrı yaşamanın haklı sebebe dayandığının tespiti, terk sebebine dayanılarak boşanma kararının verilmesine mani olacaktır.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> “İhtarın hukuki sonuç doğurabilmesi için, ihtar isteğinden önceki dört ay içinde kadının, haklı bir sebep olmaksızın birlik dışında yaşadığının gerçekleşmesi gerekir. Aleyhine boşanma davası açılan eş ayrı yaşama hakkını kazanır.” Yargıtay 2HD., E.2013/13533, K.2013/27103, T.20.11.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 30.10.2021); “Çekerek Asliye (Aile) Hukuk Mahkemesinin 2006/235 esas sayılı dosyasında şiddetli geçimsizlik sebebiyle açılan boşanma davası, 19.04.2007 tarihinde işlemde kaldırılmış ve 31.07.2007 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Terk nedeniyle boşanma dayanağı olan ihtar istemi 19.10.2007 tarihinde talep edilmiştir. Boşanma davasının kanunen açılmamış sayıldığı günde karı kocanın ayrı yaşama hakkı son bulur.” Yargıtay 2HD., E.2011/3090, K.2011/4210, T.09.03.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 30.10.2021). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2007/2099, K.2007/15744, T.14.11.2007 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 30.10.2021); Yargıtay 2HD., E.2015/2199, K.2016/16054, T.16.09.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 30.10.2021); Yargıtay 2HD., E.2013/25833, K.2014/25, T.13.01.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 30.10.2021).

<sup>84</sup> Feyzioğlu, s.281; Aydın Ünver/Dursun Karaahmetoğlu, s.588-589.

<sup>85</sup> “...nafaka davasını açmış, bu davada ayrı yaşamakta haklı olduğu kabul edilerek, lehine tedbir nafakasına hükmedilmiş ve bu karar kesinleşmiştir. Davacı koca, davalı kadının ayrı yaşamakta haklı olduğu mahkeme kararı ile belirlenen dönem içerisinde 1.7.2005 tarihinde ihtar isteğinde bulunmuştur. Davalının ayrı yaşamakta haklı olduğu dönemde davalının davalıya gönderdiği ihtar sonuç doğurmaz.” Yargıtay 2HD., E.2007/15105, K.2007/13923, T.22.10.2007 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 28.10.2021); “Davalı kadın tarafından 12.12.2011 tarihinde Kastamonu Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesinde nafaka davası açılmış bu davada; "kadının ayrı yaşamakta haklı olduğu.." kabul edilerek, dava YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)

Haksızlık unsuru içerisinde incelenmesi gereken bir diğer konu ortak konuttur. Ortak konutun muhteviyatı bu kapsamda incelenmeyi gerektirmektedir. Ortak konutun<sup>86</sup> bağımsızlığı, maddi ve manevi bağımsızlık şeklinde incelenmektedir. Manevi bağımsızlık; ortak konutta eşler ve müşterek çocuklar dışında hiç kimsenin süreklilik arz edecek şekilde yaşamamasını, maddi bağımsızlık ise; evin kullanım alanlarının bağımsızlığını ifade etmektedir.<sup>87</sup> Bu durumda, ortak konutun bağımsızlığından bahsedilebilmesi için, hem ortak kullanım alanları konutun kendisine ait olmalı (maddi bağımsızlık) hem de ortak konutta eşler ve müşterek çocuklar dışında kimse sürekli olarak yaşamamalıdır (manevi bağımsızlık).<sup>88</sup> Örnek olarak; eşlerden birisi diğer eşi, annesi ve babasıyla oturmaya zorlarsa ve diğer eş evi terk ederse, bu haklı sebebe dayanan bir terk olur.<sup>89</sup> Yargıtay, aynı apartmanın farklı dairelerinde oturma, anne-baba

*tarihinden itibaren lehine tedbir nafakasına hükmedilmiştir. Bu karar kesinleşmiştir. Davacı koca, 27.12.2011 tarihinde eşinin eve dönmesi için ihtar isteğinde bulunmuştur. 12.12.2011 tarihinde kadının ayrı yaşamakta haklı olduğu hükümlerle belirlendiğine göre, bu tarihten itibaren dört ay geçmedikçe ihtar isteğinde bulunulamaz”* Yargıtay 2HD., E.2013/16897, K.2013/21099, T.17.09.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 29.10.2021). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2014/16372, K.2015/66, T.12.01.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022), Gözütok, s.46; Yargıtay 2HD., E.2013/21579, K.2014/11604, T.27.05.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022).

<sup>86</sup> Aile konutu hakkında inceleme için bkz. Bölüm II/A/1, Terkin Unsurları/Maddi Unsur.

<sup>87</sup> Bu şekilde inceleme için bkz. Genç Güntürk, s.63-64; Gözütok, s.49-50; Feyzioğlu, s.280; Esat Şener, Uygulama ve Teoride Her Yönü ile Boşanma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994, s.91.

<sup>88</sup> “*Türk Medeni Kanununun 188. maddesi şartlarının oluşması sebebiyle eşlerden birinin seçtiği, ya da hakim tarafından belirlenen (TMK.md.195) hallerine uygun, oturmaya elverişli, bağımsız bir evleri yoksa, terk eden eşin bu davranışı haklı sebebe dayanır. Terk edilen eş (TMK.md.164) diğerini açıklanan bu kurallara uygun olarak ortak konuta çağırarak yükümlüdür. Çünkü ortak hayat bunu zorunlu kılar (TMK.md.185/3). Somut olayda yukarıda açıklandığı üzere davacı-davalı erkeğin davalı-davacı kadını kanuni koşullara uygun ortak konuta davet etmediği anlaşıldığından ihtar geçersiz olmakla davanın reddi gerekirken...”* Yargıtay 2HD., E.2015/4026, K.2015/18167, T.12.10.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2005/9764, K.2005/12222, T.19.09.2005 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022); Yargıtay 2HD., E.2015/14288, K.2015/16447, T.28.09.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022); Yargıtay 2HD., E.2014/13339, K.2015/5431, T.24.03.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022).

<sup>89</sup> “*Davalının, davacı tarafından kayınvalidesi, kayınbabası ile birlikte oturduğu konuta davet edildiği, anlaşılmaktadır. Şu halde bu konut manevi yönden bağımsız kabul edilemez. Davalı kadın eve dönmekte haklıdır.”* Yargıtay 2HD., E.2015/4852, K.2015/19203, T.22.10.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 01.11.2021); “*annesine* YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)

veya diğer yakınların oturmasının konutun manevi bağımsızlığını ihlal etmeyeceğine hükmetmiştir.<sup>90</sup> Kısa tatiller için veya kısa süreli çeşitli zorunluluklar nedeniyle bağımsız konuta üçüncü kişilerin gelmesi,<sup>91</sup> eşlerden

*müşterek konutun anahtarını vermek suretiyle manevî bağımsızlığa haiz konut temin etmeyen ve fiili ayrılık döneminde müşterek konutun kilidini değiştirmek suretiyle kadının eve girmesini engelleyen davalı-karşı davacı erkeğe nazaran daha ağır kusurludur.*” Yargıtay 2HD., E.2022/7602, K.2022/7454, T.27.09.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 13.01.2024); *“Davalının , davacı tarafından kayınvalidesi, kayınbabası ve kardeşi ile birlikte oturduğu konuta davet edildiği, ... Aile Mahkemesinin 2011/520 esas ve 2012/12 karar sayılı dosyası ile davacıya ait sosyal ve ekonomik durum araştırmasından anlaşılmaktadır. Şu halde bu konut manevi yönden bağımsız kabul edilemez. Davalı kadın eve dönmekte haklıdır.*” Yargıtay 2HD., E.2015/7479, K.2015/13161, T.18.06.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2009/21525, K.2011/572, T.20.01.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022).

<sup>90</sup> *“Davalının davet edildiği konutun, bir apartmanın üçüncü katındaki “bağımsız bölümü” olduğu tartışmasızdır. Aynı binanın bir alt katındaki dairede davacının anne ve babasının oturmakta olması, davalının davet edildiği konutun manevi bağımsızlığını ortadan kaldırmaz.”* Kararın içerisinde şu şekilde karşı oy yazısı bulunmaktadır: *“Dosya kapsamından, davalı evi terk etmeden önce, davalı ile davacının ailesi arasında tartışmalar yaşandığı, davacının ailesinin davalıyı istemediği, hatta davalı hamile kaldığında bu duruma sinirlendikleri, tarafların ortak konutlarının bulunduğu apartmanın aile apartmanı olduğu, 1. katta abisi ve ailesinin, 2. katta davacının babası ve eşinin, 3. katta ise tarafların oturduğu, apartmanda aile bireyleri dışında başka bir kimsenin oturmadığı anlaşılmaktadır. Şu haliyle davalının davet edildiği konutun manevi bağımsızlığının bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Daha önce müdahaleye maruz kaldığı, dönmesi halinde yeniden müdahaleye maruz kalması kuvvetle muhtemel olan ve manevi bağımsızlığı bulunmayan ortak konuta davalının dönmekte haklı olduğu düşüncesindeyim.”* Yargıtay 2HD., E.2014/3925, K.2015/22327, T.11.11.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 01.11.2021); *“Aynı apartmanın bir başka dairesinde kocanın anne-babası ve öteki yakınlarının oturması, davet edilen konutun manevi bağımsızlığını ortadan kaldırmaz.”* Yargıtay 2HD., E.2014/25693, K.2015/2069, T.17.02.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 01.11.2021).

<sup>91</sup> *“Tarafların ortak konutuyla, davacının anne ve babasının oturdukları konutun farklı mahallelerde olduğu, davacının babasının geçirdiği trafik kazası sonucu bir süre ortak konutta kaldığı, davalının evi 14.3.2005 tarihinde terk etmesinden sonra zaman zaman davacıyı yalnız bırakmamak için ortak konuta gelip kaldıkları daha sonra kendi evlerine döndükleri, bu durumun davet edilen evin manevi bağımsızlığını ortadan kaldırmadığı dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır. Davalı, usulüne uygun olarak gönderilen ihtar kararına rağmen ortak konuta dönmekte haklı olduğunu kanıtlayamamıştır.”* Yargıtay 2HD., E.2008/19798, K.2010/623, T.18.01.2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022). Akrabaların uzun süre kalmasının konutun manevi bağımsızlığını ihlal ettiği yönelttiği Yargıtay kararı için bkz. *“Davacı-davalı erkeğin yeğenin evlerinde uzun süre kalması nedeniyle ortak konutun manevi bağımsızlığını sağlamadığı anlaşılmaktadır.”* Yargıtay 2HD., E.2020/5375, K.2020/6770, T.22.12.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022).

birinin önceki evliliğinden olan çocuklarının velayeti kendisine verilmişse veya ölüm sebebiyle kendisine kalmışsa, ergin olmayan çocukların ortak konutta yaşaması da diğer eşin terki için haklı sebep oluşturmaz.<sup>92</sup>

Ortak konutun ailenin ihtiyaçlarına uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde terk için haklı sebep ortaya çıkacaktır. Ortak konutun, ailenin ihtiyaçlarına uygun olup olmadığı, hâkim tarafından, eşlerin geliri, sosyal ortamları, sağlık durumları gibi birçok değişkeni göz önünde bulundurularak, her olay için ayrı ayrı değerlendirme neticesinde şartlara göre takdir edilecektir.<sup>93</sup>

#### 4.Süre Unsuru

Terk sebebine dayanarak boşanma davası açılabilmesi için terkin, en az altı ay sürmesi gerekmektedir. Bu süre içinde terk eden eş ortak konuta dönerse, diğer eşin terk sebebiyle boşanma davası açma hakkı kalmayacaktır. Medeni Kanunun 164. maddesine göre, terk olayından sonra dört ay beklenmelidir.<sup>94</sup> Daha sonra ihtar isteminde bulunulmalıdır. Sürenin

<sup>92</sup> Gözütok, s.49-50.

<sup>93</sup> “*Davalı kadının davet edildiği ortak konutun, davacı kocanın ailesinin de oturduğu aynı avlu içinde bulunduğu ve bu konuda manevi bağımsızlığı bulunduğu kabul edilmişse de aile konutunun manevi bağımsızlığının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmemiştir.*” Yargıtay 2HD., E.2013/9813, K.2013/23121, T.03.10.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022); “*Davet edilen ortak konutun tek mutfağı , tek buzdolobu bulunan, kayıvalide ve başka eşten olan ergin çocukla oturan, manevi bağımsızlığı olmayan bir konut olduğu belirlenmiştir. İhtar samimi değildir. Davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 2HD., E.2006/5552, K.2006/5766, T.18.04.2006 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022); “*Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davalının kayınbaba ve kayıvalidesiyle birlikte oturduğu evden kovulduğu, davacının davalıyı yeni bir eve davet ettiği anlaşılmakta ise de; davalının davet edildiği konutun eşyalı ve mefruş halde olmadığı, bu sebeple davet edildiği konuta dönmekte haklı olduğu gerçekleşmiş; davacının ihtar isteğinin samimi olmadığı kanıtlanmıştır.*” Yargıtay 2HD., E.2009/4862, K.2010/6947, T.08.04.2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022).

<sup>94</sup> “*Davacı, 24.05.2006 tarihinde mahkemeye başvurarak eşinin ortak konuta dönmesi için ihtar edilmesini istemiştir. İhtar isteğine ilişkin dilekçede davalının ortak konutu 31.1.2006 tarihinde terk ettiğini bildirmiştir. Bu tarihten itibaren dördüncü ay bitmeden ihtar istediğine göre, verilen ihtar kararı sonuç doğurmaz. İhtar geçersiz olup davanın reddi gerekirken boşanmaya karar verilmesi doğru bulunmamıştır.*” Yargıtay 2HD., E.2008/4623, K.2009/7281, T.15.04.2009 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 03.11.2021). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2009/21994, K.2010/3102, T.22.02.2010, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 03.11.2021); Yargıtay 2HD., E.2007/2998, K.2007/16801, T.03.12.2007 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 03.11.2021).

başlangıcı hesaplanırken<sup>95</sup> evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinden kaçınmak için terkin başladığı tarih esas alınmalıdır. Yargıtay, eşinden izin alarak babasının evine giden kişi, daha sonra telefonla eşine artık eve dönmeyeceğini bildirdiğinde, sürenin babasının evine gittiği tarih değil, artık eve dönmeyeceğini bildirdiği tarih esas alınarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.<sup>96</sup>

İhtarın ardından iki ay geçmedikçe dava açılmayacaktır. Belirtilen süreler kesindir, hâkim tarafından veya taraflarca değiştirilemeyecektir.<sup>97</sup> Kanun,

<sup>95</sup> “Dört aylık sürenin hesabında Borçlar Kanunu’nun 76. maddesi uygulanır. Bu konuda Türk Medeni Kanunu’nun 5. maddesi, Borçlar Kanunu’nun 76. maddesine gönderme yapmıştır. Buna göre, terk fiili ayın hangi günü başlamışsa takip eden dördüncü ayın aynı gününde sona erer yani dört ay dolmuş sayılır. Aynı husus HMK’nın 92. maddesinde de gösterilmiştir. Sürenin hesaplanmasına bir örnek verecek olursak, 03.03.2018’de terk fiili gerçekleşirse, terk edilen eş dört aylık sürenin geçmesi ile yani 03.07.2018 tarihinin mesai bitiminden itibaren ihtar isteminde bulunabilecektir. Bu tarihten sonra istenildiği zaman ihtar gönderilebilir; diğer şartları da taşıdığı takdirde ihtar geçerli sayılacaktır.” Genç Güntürk, s.77-78.

<sup>96</sup> “Davacı, gerek ihtar istemine ilişkin dilekçesinde gerekse dava dilekçesinde eşinin babasının hasta olması sebebiyle babasıyla ilgilenmesi ve ona bakması için kendisinin izniyle 10.04.2010 günü ...’a babasının evine gittiğini ifade etmiştir. Bu açıklama karşısında davalının kocasının izni ve isteğiyle evden ayrılışı, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacına matuf olmadığına göre 10.04.2010 tarihi dört aylık süreye başlangıç olarak alınamaz. Davacı daha sonraki tarihlerde eşini aradığını ve eşinin dönmeyeceğini ifade ettiğini bildirdiğine göre, davalının bu beyanı ile terk olgusunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.” Yargıtay 2HD., E.2013/4114, K.2013/7662, T.20.03.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 05.02.2022).

<sup>97</sup> “İhtar kararında davalıya eve dönmesi için 30 gün süre verilmiştir. ... . Kanunun tayin ettiği süreler kesindir. (HUMK.md.163) Hakim kanunda yazılı süreleri kendiliğinden azaltıp çoğaltamaz. (HUMK.md.159) Terke dayalı boşanma davası açılabilmesi için, davaya hakkı olan tarafın isteği ile hakim diğer tarafa iki ay zarfında tarafların birlikte (TMK.md.186) veya Türk Medeni Kanununun 188.maddesi şartlarının oluşması sebebiyle eşlerden biri tarafından seçilen ya da hakim tarafından belirlenen (TMK.md.195) bağımsız eve dönmesini, aksi halde, doğacak sonuçları, başka bir ifade ile eşinin boşanma davası açma hakkının doğacağını ihtar etmesi (TMK md.164) gerekir. Hal böyle iken mahkemece iki ay yerine kanunda öngörülme bir süre verilmesi usul ve kanun hükümlerine açık aykırılık oluşturur.” Yargıtay 2HD., E.2009/2047, K.2010/3693, T.01.03.2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, 01.11.2021); “Kanunda gösterilen süreler hakim veya taraflarca değiştirilemeyeceğinden, konuta dönmesi istenen eşe "iki aylık" süreden farklı bir süre verilemez ve bu sürenin ihtar da yer alması geçerlilik koşuludur. Zira, kanun koyucu, yasadaki yer alan sürelerde her türlü olayın etkilerinin ve tepkilerinin sona ereceğini bir karine olarak kabul etmiştir. Bu sürelerin değiştirilmesi, bunlara ayrı bir süre eklenmesi düşünülemez. Maddede yer alan süreler karşı tarafta ileri sürülmese dahi hakim tarafından re’sen nazara alınmalı ve özellikle de ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmayacağı, unutulmamalıdır. ... . Az yukarıda açıklandığı üzere, kanunun amir hükmü ile eve dönüş için

süreler için alt sınır düzenlemiş olup, üst sınıra yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>98</sup>

Terk eden eş kanunda belirtilen süre içerisinde ortak konuta geri dönerse, diğer eşin dava hakkı kalmayacaktır. Fakat bu geri dönme eylemi ortak hayatı devam ettirmeye yönelik olmalıdır.<sup>99</sup> Ortak hayatı sürdürme iradesi dışında herhangi bir eşya almak, çocukları görmek gibi sebeplerle kısa süreli olarak ortak konuta dönme eylemi sürenin kesilmesini sağlamayacaktır.<sup>100</sup> Terk eden eş sürenin dolmasına az bir zaman kala geliyor ve bir müddet sonra yeniden ortak konutu terk ediyorsa, bu durumda, Medeni Kanunun 2.

*ortaya konulan "iki aylık sürenin hakim veya taraflarca değiştirilmesi olanağı bulunmamaktadır. İhtar kararında, bu amir hükme aykırı biçimde "60 gün" süre verilmesi ihtar kararını geçersiz hale getirdiğinden, diğer koşulların varlığını araştırmaksızın davanın öncelikle "dava şartı yokluğundan" reddi gerekmektedir."* Yargıtay HGK., E.2008/2-136, K.2008/117, T.13.02.2008 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.11.2021).

<sup>98</sup> Bu hususta Gözütök şu şekilde görüş belirtmektedir; *"Kanunda alt sınırın dört ay olarak belirlenmesinin yanı sıra üst sınıra ilişkin herhangi bir süre şartının olmamasının hakkın kötüye kullanılmasına sebep olacaktır. Bu sebeple bizce, uygulamada makul süre gözetilmelidir. Bu süre anlaşmalı boşanma davası açabilmek için kanunda öngörülen bir yıllık süre olabilir."* Gözütök, s.59. Yargıtay, uzun süre sonra açılan davanın, davacının samimi olmadığını gösterdiğini belirtmektedir. *"Davacı erkek tarafından 13.02.2012 tarihinde ihtar talebinde bulunulduğu halde, aradan çok uzun bir süre geçtikten sonra 02.11.2015 tarihinde terk nedenine dayanarak boşanma davası açılması, davacı erkeğin eve dön ihtarında samimi olmadığını göstermektedir."* Yargıtay 2HD, E.2016/17490, K.2018/5662, T.25.04.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022); *"Davacı erkeğin 11.07.2011 tarihindeki ihtar isteği üzerine verilen ve davalı kadına 19.08.2011 tarihinde tebliğ edilen ihtar kararına dayanılarak, hiç bir haklı ve kabul edilebilir sebep gösterilmeden 3 yıl sonra terk sebebiyle boşanma davası açılması yukarıda açıklanan dürüstlük kurallarına uygun olmadığı gibi geçen zaman dikkate alındığında ihtar talebinin samimi olduğundan da bahsedilemez."* Yargıtay 2HD., E.2016/533, K.2017/5214, T.03.02.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2015/17592, K.2016/8936, T.03.05.2016 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022); Yargıtay 2HD., E.2009/17968, K.2010/20643, T.08.12.2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022).

<sup>99</sup> *"Davalı kadının evi terk etmeye zorlandığının ve kötü muamele gördüğünün tanık beyanlarıyla da ispatlanmadığı, erkeğin ihtarında samimi olmadığı yönünde dosyada başkaca delilin de olmadığı terk ihtarından sonra eve dönen kadının kısa süre içerisinde davacı eşi hakkında savcılığa şikayette bulunup evden ayrıldığı, ortak yaşamın kurulmadığı, davalı kadının eve dönmekte samimi olmadığı anlaşılmaktadır."* Yargıtay 2HD., E.2020/3426, K.2020/6373, T.10.12.2020, (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022).

<sup>100</sup> Genç Güntürk, s.66.



maddesine göre hakkın kötüye kullanımını oluşturacağı için boşanma imkânı tanımak gerekir.<sup>101</sup>

## B. İhtar Şartı

### 1. Genel Olarak

Medeni Kanununun 164. maddesi “*Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim veya noter*<sup>102</sup>, *esaslı incelemeden yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz.*” düzenlemesini yapmaktadır. İhtar, terk eden eşe yönelik bir uyarı mahiyeti taşımaktadır.<sup>103</sup>

Terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için öncelikle kanunun belirttiği şekilde ihtar yapılması gerekmektedir. Bu nedenle terk sebebiyle açılacak boşanma davalarında ihtar, dava şartıdır.<sup>104</sup> Anayasa Mahkemesi’de

<sup>101</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.116.

<sup>102</sup> 31/03/2011 tarihli ve 6217 sayılı Kanununun 19. maddesi ile kanun metninde yer alan “hâkim” ibarelerinden sonra “veya noter” ibareleri eklenmiştir. Noterler tarafından yapılacak ihtar ile ilgili “Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” (RG, 14.04.2011 – 27905) düzenlenmiştir.

<sup>103</sup> Kuntalp, ihtar şartı ile ilgili olarak, o dönem hazırlanan Medeni Kanun tasarısında boşandırmayı süratlendirmek için ihtar şartının kaldırıldığını belirterek, esasında artık modern kanunlarda ihtar şartına rastlanmadığını ifade etmektedir. Kendisi de ihtar şartının kaldırılıp, sürenin uzun tutulması gerektiğini söylemektedir. Kuntalp, s.124-125, (Aydın Ünver/ Dursun Karaahmetoğlu, s.589). Gürsoy, o dönem hazırlanan tasarı hakkında benzer ifade de bulunmaktadır. “*«Velidedeoğlu tasarısı» adıyla anılan bu ön tasarıda, boşanma hukukuna ilişkin olarak getirilmek istenen yenilikler, şu suretle özetlenebilir : .... - Terk halinde ihtarla ilgili hükümler kaldırılmış ve bir eşin evlilik ödevini yerine getirmeme maksadıyla en az altı ay süreyle evini terk etmiş olması boşanma istemi için yeterli görülmüştür (m. 132).*” Gürsoy, s.38.

<sup>104</sup> “*Terke dayalı boşanma davasının açılabilmesinin ön koşulu ise, yukarıya metni aynen alınan 164.maddenin ikinci fıkrasında süresi, şartları, şekli düzenlenen ihtarın varlığıdır. Eş söyleyişle, terk nedenine dayalı boşanma davası açılabilmesi için, önce yasanın aradığı koşullara uygun ihtar isteğinde bulunulması gerekir. Dolayısıyla, Hâkim tarafından yapılan “ihtar”, terk sebebine dayalı boşanma davasının, dava şartıdır.*” Yargıtay HGK., E.2012/2-686, K.2013/67, T.16.01.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.11.2021).

benzer bir değerlendirme yapmaktadır: “*Terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi, terk sebebiyle boşanma davasında bir dava şartı olup, dava açılmadan ve işin esasını incelenmeksizin yapılan, bağımsız bir yargısal sonuç doğurmayan ve yetkili makamlar eliyle terk eden eşe ortak konuta dönmesi çağrısı ile terkin sonuçlarının hatırlatılmasını içeren bir bildirim niteliğindedir.*”<sup>105</sup>

## 2. İhtarın Şekli ve İçeriği

İhtar koşulunun, terk nedenine dayalı boşanma davasını açabilmek için dava şartı olduğunu ifade etmiştik. Bu nedenle hâkim veya noterden ihtar istendiği zaman yerine getirilmesi gerekmektedir.<sup>106</sup> Eşlerden birinin ihtar talep etmesi halinde, hâkim veya noter işin esasını incelemeyecek, sadece süre şartı ile ihtarın taşınması gereken şartları taşıyıp taşımadığını dikkate alacaktır.<sup>107</sup> Yargıtay 27.03.1957 tarih ve 10/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>108</sup>, ihtar için kendisine başvuru olan yargıcın, bu işlemi yerine getirmekle yükümlü olduğu, fakat işin esasına yönelik inceleme yetkisinin bulunmadığı hüküm altına alınmıştır.<sup>109</sup> İhtarın niteliği, Yargıtay tarafından “müstakil kazai neticesi olmayan hâkimlikçe yapılması gereken bir muamele” olarak tanımlanmış ve ihtar gönderilmesinin uyuşmazlığı çözen bir karar olmadığından, ihtar kararına karşı kanun yolunun kapalı olacağı kabul

Benzer karar için bkz. Yargıtay HGK., E.2008/2-136, K.2008/117, T.13.02.2008 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.11.2021).

<sup>105</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2011/64, K.2012/168, T.01.11.2012 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi 04/11/2021).

<sup>106</sup> Lütfi Fikri Soner, ‘Terk Nedeni İle Boşanma Davası ve Bunda Kesin Hüküm Sorunu’, Adalet Dergisi, Yıl:60, Sayı:5, Yıl:1969, s.289.

<sup>107</sup> “*Yargıç ihtara karar verebilmek için acaba yukarıda gördüğümüz terke ait unsurların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalı mıdır? Bu mesele İsviçre uygulamalarında kesin bir çözüm şekline bağlanmış değildir. Maamañih İsviçreli hukukçular genel olarak, ihtarın muhakeme usulüne ait bir şart olarak kabul etmekte ve boşanma davasından önce böyle bir ihtarın yapılması için terk unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda yargıcın herhangi bir araştırmaya girmesini lüzumsuz saymaktadırlar.*” Tekinay, s.221. Gözütok ise, ancak şekli anlamda uygunsuzluk ihtar dilekçesinden açıkça anlaşılıyorsa, ihtar isteminin reddedilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca bu anlayışın hâkimi veya noteri mekanik bir tefliğ aracı olarak kabul ettiğini ve bunun kabulünün mümkün olmadığını ifade etmektedir. Hâkimin, ihtar isteğine ilişkin dilekçenin içeriğini inceleyerek, ihtarın gönderilmesi konusunda karar vermesi gerektiğini değerlendirmektedir. Gözütok, s.72-73. Benzer inceleme için bkz. Aydın Ünver/Dursun Karaahmetoğlu, s.592; Tekinay, s.222.

<sup>108</sup> RG, 24.06.1957 – 9641.

<sup>109</sup> Tekinay, s.221.

edilmiştir.<sup>110</sup> İhtar, bir dava olmadığından<sup>111</sup> yetki kuralı aranmayacak olup, herhangi bir yerdeki mahkemeden (noterden) de talep edilebilecektir.<sup>112</sup>

İhtarın yapılabilmesi için tanımlanmış süre şartları bulunmaktadır. “Süre Unsuru” konu başlığında bu sürelerden bahsedilmiş olup kısaca tekrar edecek olursak, boşanma davası açmak için, terk sürenin başlangıcından itibaren dört ay geçmedikçe ihtar isteminde bulunulamayacak ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmayacaktır. Dört aylık sürenin başlangıcı terk fiilinin gerçekleştiği tarihten itibaren hesaplanacaktır.<sup>113</sup> İki aylık sürenin başlangıcı ise, ihtarın eşe tebliğ tarihi olup mahkeme eve dönüş parasının verilmesini kararlaştırmışsa, paranın alındığı (veya alınmaktan imtina edildiği) tarihten itibaren işleyecektir.<sup>114</sup>

İhtar talebinde bulunan eşin samimi duygular ile eşi eve çağırıyor olması gerekmektedir. Evlilik birliğini kurtarmak amacıyla ihtar gönderilmelidir. Örneğin, ihtarda bulunan eşin bir başkası ile beraberliği varsa, davet ettiği eşini tehdit ediyorsa, eve dön çağırısının dürüst ve samimi olduğundan bahsetmek mümkün değildir.<sup>115</sup> Yargıtay’ın; terk ihtarını gönderilmesine

<sup>110</sup> Genç Güntürk, s.69-70; Tekinay, s.223. “Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine ihtar talebini inceleyen hakim, esası incelemeyen yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmeye gerektiği ve dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Ortak konutca dönmeye istenen eşe mahkeme kanalıyla tebliği gereken bu "ihtar kalan" bir dava olmadığı için, ihtar gönderilmesi istenen mahkeme; olayın isalını, isteği haklı ya da haksızlığını vs. incelemeyen ihtar kararı vermekle yükümlüdür ve bu karar temyiz edilemez.” Yargıtay HGK, E.2008/2-136, K.2008/117, T.13.02.2008 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.11.2021).

<sup>111</sup> “...bahsi geçen içtihadı birleştirme kararından önce ihtar bir dava olarak kabul ediliyordu. ... Ancak ondan sonra ihtarın bir dava olduğu görüşünden vaz geçilmiş bulunmaktadır.” Soner, s.292.

<sup>112</sup> Öztan, Aile Hukuku, s.396; Feyzioğlu, s.284; Akıntürk/ Ateş, s.257; Soner, s.290-291.

<sup>113</sup> “Dosya kapsamında dinlenen tanık beyanlarına göre, davalı kadının 02.07.2016 tarihinde müşterek konuttan ayrıldığı anlaşılmaktadır. Davacı erkek 4721 sayılı yasanın 164. maddesinde belirtilen dört aylık süre dolmadan, ihtar isteminde bulunmuştur. O halde davanın reddi gerekirken...” Yargıtay 2HD., E.2019/6743, K.2019/10963, T.06.11.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 01.11.2021).

<sup>114</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.117; Öztan, Aile Hukuku, s.395.

<sup>115</sup> Gözütok, s.56. Yargıtay’ın bu hususta, aralarında hakaret suçu nedeniyle ceza davası olan eşlerden birinin ihtar isteminin samimi olmadığı yönünde kararı bulunmaktadır. “Bu durumda davalı-karşı davacı kadının; taraflar arasındaki ceza davasına istinaden ayrı yaşadığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında kocanın ihtar istemi samimi kabul edilemez ve sonuç doğurmaz.” Yargıtay 2HD., E.2015/6658, K.2015/8257, T.22.04.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 05.02.2022).

rağmen eşin evden ayrılmasından sonra evin kilidini<sup>116</sup> değiştirdiğinin sabit olduğu ve bu durum karşısında davalı-davacı erkeğin ihtarının samimi olmadığı,<sup>117</sup> iki kez "anjiyo" olan eşini arayıp sormayan davacının, ihtar isteğinde samimi kabul edilemeyeceği,<sup>118</sup> davacı kocanın başka kadınla ilişkisinin bulunduğu anlaşıldığından bu durumda ihtarın samimi olmadığı<sup>119</sup> şeklinde kararları bulunmaktadır.<sup>120</sup>

İhtarın içeriği ve unsurları konusunda Medeni Kanun düzenleme yapmamıştır. İçerik ve unsurlar Yargıtay kararları ışığında belirlenmiş olup, temel unsurları olarak; “terk eden eşin samimi duygular ile eve davet edilmesi”, “gelmediği takdirde davet eden eşin sahip olacağı haklar konusunda uyarma”, “ihtar gönderilen eşin nereye davet edildiğinin açık

<sup>116</sup> Yargıtay, evin kilidinin diğer eşten habersiz değiştirilmesinin kötü muamele suçunu oluşturacağını belirtmektedir. “*Sanığın, resmi nikahlı eşi olan katılan ile aralarındaki anlaşmazlık nedeniyle evde olmadığı sırada kapı kilidini değiştirdiği ve katılanın eve girmesini engellediği olayda, eyleminin TCK'nın 232/1. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturduğu gözetilmeden*” Yargıtay 18CD., E.2019/9640, K.2020/1752, T.21.01.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 25.09.2022).

<sup>117</sup> Yargıtay 2HD., E.2020/2658, K.2021/1627, T.24.02.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.11.2021).

<sup>118</sup> Yargıtay 2HD., E.2015/846, K.2015/15109, T.08.09.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.11.2021).

<sup>119</sup> Yargıtay 2HD., E.2013/24087, K.2014/7787, T.03.04.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.11.2021).

<sup>120</sup> Benzer karar için bkz. “*Her ne kadar ihtar kanuni şekil ve sürelerle (TMK.md.164) uygun ise de, yapılan soruşturma ve toplanan delillerle, davacının terkten sonra davalıdan çocuğu aldirmasını istediği, dava sırasında da genetik test istemekle, çocuğun nesebinden şüphelendiğini açıkça gösterdiği anlaşılmalı, ihtar talebinin samimi olmadığına görülmesine,*” Yargıtay 2HD., E.2013/11844, K.2013/26407, T.14.11.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.11.2021); “*Toplanan delillerden; davalı kadının Türk Medeni Kanununun 164. maddesi uyarınca kendisine tebliğ edilen terk ihtarına uyup, ortak konuta döndüğü; ortak konutta davacı koca hazır olmamasına ve kendisine eşinin geldiği telefonla haber verilmesine rağmen konuta gelmeyeceğini bildirdiği; kendisine haber verilen kocanın annesinin konuta gelip, gelinine oğluna güvenmediğini söyleyerek eve girmesinin iyi olmayacağını da belirttiği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davacı kocanın terk ihtarını göndermesinde samimi olmadığı ve Türk Medeni Kanununun 164. maddesindeki boşanma koşulları gerçekleşmediği halde; mahkemece boşanma davasının reddi yerine kabulüne karar verilmesi isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir.*” Yargıtay 2HD., E.2011/430, K.2011/23271, T.22.12.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.11.2021); “*Davacı-davalı kocanın ihtar isteğinden sonra "eşini istemediğini söyleyerek, biz yapamıyoruz, en doğrusu ayrılmalı" şeklinde sözler sarfettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı-davalının ihtar göndermekte samimi olduğu söylenemez.*” Yargıtay 2HD., E.2009/8555, K.2010/12055, T.17.06.2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.11.2021).

adres ile gösterilmesi(evin anahtarının yerinin gösterilmesi)”, “terk eden eşin -varsa çocukların- eve dönmesi için gerekli masrafının (eşin kendisini güvende hissetmesi için dönüş masrafı da dâhil edilmektedir) ödenmesi”<sup>121</sup> ele alınmaktadır.<sup>122</sup>

"Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" noterlerin düzenleyeceği ihtarın şekline yönelik düzenleme yapmıştır. Yönetmelik'in 8. maddesi; ihtar gönderen eşin ad, soyad ve adresini, ihtar gönderilen eşin ad, soyad ve adresini, davet edilen ortak konutun adresini, davet edilen eş ve yanında çocukları varsa, bunların ortak konuta dönmesi için gereken giderler ile konuta kabul edilmemesi halinde dönüş için yol ve konaklama giderlerini karşılayacak yeterli paranın konutta teslim şeklinde gönderilmesi durumunda buna ilişkin açıklamayı, davet edilen konuta ait anahtarın bulunduğu yeri, iki ay içinde dönmesi gerektiğini, dönmemesi halinde hakkında Medenî Kanununun 164. maddesine göre boşanma davasının açılabileceğini içermesi gerektiğini belirtmektedir. Yine Yönetmelik'in 8. maddesi ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmeyi engelleyen eşe de ihtar gönderilebileceğini düzenlemektedir.

Hakim veya noter aracılığıyla yapılacak ihtar, ortak konutu terk eden eş Tebligat Kanunu<sup>123</sup> hükümlerince tebliğ edilmelidir.<sup>124</sup> Terk eden eşin

<sup>121</sup> Şener, gönderilen paranın bir nevi alacak olduğunu bu nedenle eşin postaneye gitmek zorunda olmadığını, ödemenin kişiye konutta ödenmesi gerektiğini belirtmektedir. Esat Şener, 'Terk Hukuki Sebebine Dayanan Boşanma Davası Üzerinde Düşünceler', s.8. Yargıtay'ın şu şekilde kararı bulunmaktadır: "...ihtar istem dosyasında gidiş, dönüş ve konaklama parasının konutta ödemeli olarak gönderilmemesine ve miktarının yetersiz olmasına ve böylece davalının ihtarına uymamakta haklı görülmesine..." Yargıtay 2HD., E.2006/18718, K.2007/7329, T.03.05.2007 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 25.10.2021).

<sup>122</sup> Akıntürk/Ateş, s.257; Genç Güntürk, s.84-85; Gözütok, s.61-69.

<sup>123</sup> RG, 19.02.1959 – 10139.

<sup>124</sup> "İhtar içerir tebligat evrakında tebliğ yapan memurun adı ve soyadının yazılı olmadığı (Tebligat Kanunu m.23/9) anlaşılmaktadır. Davalı kadın tüm aşamalarda, ihtarla ilişkin tebligatın usule uygun olmadığını ileri sürmüştür. Hal böyle olunca davalı kadına eve dönmesi için yapılan ihtarın usulüne uygun olarak tebliğ edildiğinden söz edilemez. Terk hukuki sebebine dayalı boşanma davasının kabulü için öncelikle ortak konutu haklı bir neden bulunmadan terk ettiği ileri sürülen eşin; usulüne uygun olarak konuta davet edildiğinin kanıtlanması gerekir. Usulüne uygun bir davetin tebliğ edildiği davacı tarafça kanıtlanamadığına göre, davanın reddi yerine yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2HD., E.2016/757, K.2017/6588, T.31.05.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 25.10.2021); "...ihtar  
YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)

adresinin bulunamaması veya tebligatın yapılamaması durumunda ilanen tebliğ yapılabilecektir.

### 3. İhtarın Sonuçları

Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim veya noter, terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Hâkim veya noter bu uyarıyı yaparken olayın esasını incelemeyecektir. Terk eden eşe gönderilen ihtar ile ortak konuta dönmediği takdirde boşanma davası açılacağı bildirilmiş olur. Davet eden eşin evde hazır bulunması, beklemesi gerekmemekte olup ortak konuta dönen eşin konuta girebileceği imkânı sağlaması yeterlidir.<sup>125</sup> Fakat terk eden eşe bağımsız bir konut sağlaması gerekmektedir.<sup>126</sup> Aksi durum diğer eşin geri dönmemesi için haklı neden teşkil edecektir. Terk eden eş eve dönme kararı alırsa, evi terk ederken götürdüğü eşyayı geri getirmesi gerekmektedir.<sup>127</sup> İhtar neticesinde, terk eden eş geri dönmüşse, evlilik birliği devam edecektir. Fakat, terk eden eş geri dönmediği takdirde, diğer eş için boşanma davası açma hakkı doğar. Bu durumda açılacak boşanma davasında,

*kararının davalı-davacı kadına tebliğine ilişkin belge bulunmamaktadır. Bu sebeple, ihtarın usulüne uygun olarak tebliğ edilip edilmediği ve davanın süresinde açılıp açılmadığı tespit edilememiştir. İhtar dosyasının mahkemesine iade edilerek, tebliğ belgesinin dosyası içerisine alınması, belgenin bulunamaması halinde ihtar kararının ihtar edilen eşe tebliği tarihinin Posta İşletme Merkezinden sorulup tespitinden sonra yine ihtar dosyasıyla birlikte gönderilmek üzere dosyanın mahalli mahkemesine iadesine...”* Yargıtay 2HD., E.2016/19341, K.2018/8690, T.03.07.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 20.10.2021); *“Bu ihtar ve ihtarın tebliğine ilişkin mazbatanın aslı veya onaylı örneği dava dosyası içerisinde mevcut değildir. Bu sebeple, davacı erkek tarafından davalı kadına gönderilen ihtar ve ihtarın tebliğine ilişkin tebliğ mazbatasının celp edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve kanuna aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”* Yargıtay 2HD., E.2016/8915, K.2017/14511, T.13.12.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 24.10.2021).

<sup>125</sup> Hasan Petek, ‘Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, Yıl:2010, s.52; Gözütok, s.75.

<sup>126</sup> *“Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davacı kocanın ailesinin kadının evden ayrılmasından itibaren oğullarıyla birlikte oturdukları, hatta kendi evlerini satılığa çıkardıkları anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında kadının ihtarla çağrıldığı evin bağımsız olduğundan söz edilemez. Bu halde, davalı kadın eve dönmemekle haklıdır.”* Yargıtay 2HD., E.2012/21546, K.2013/7826, T.21.03.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2011/9961, K.2011/10476, T.14.06.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 04.02.2022).

<sup>127</sup> Şener, ‘Terk Hukuki Sebebine Dayanan Boşanma Davası Üzerinde Düşünceler’, s.9.

terk, mutlak bir boşanma sebebi olduğu için hâkim başka inceleme yapmadan boşanmaya karar verecektir. İhtarın en önemlisi sonucu, terk eden eşin geri dönmesini sağlaması ya da terk edilen eşin boşanma davası açmasına imkân vermesidir.

İhtarın önemli bir diğer hukuki sonucu ise, ihtardan önceki olayların ihtar gönderen eş tarafından affedildiğinin veya en azından hoşgörü ile karşılandığının kabulüdür. Yargıtay bu hususta şu şekilde değerlendirme yapmaktadır: *“Davanın tarafı boşanmaya neden olarak gösterilen olaylardan sonra ihtarname çekmiş ise, ihtar isteği, isteği gönderen taraf yönünden önceki olayların affedildiğini, en azından hoşgörü ile karşılandığını gösterir. Dolayısıyla ihtardan önceki olaylara dayanılarak evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı öne sürülemez ve boşanma talebinde bulunulamaz.”*<sup>128</sup> Diğer eşi ortak konuta davet eden ve birlikte yaşama iradesini<sup>129</sup> açıklayan eş, bu durumda önceki yaşanan olayları affetmiş kabul

<sup>128</sup> Yargıtay HGK., E.2011/2-239, K.2011/344, T.25.05.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022). *“Davacı tanıklarının beyan ettikleri olaylardan sonra davacının, eşine eve dönmesi için ihtar gönderdiği anlaşılmaktadır. İhtar gönderilmiş olması, bundan önceki olayların affedildiğini veya en azından hoşgörüyle karşılandığı gösterir. Affedilen veya hoşgörüyle karşılanan olaylar ise boşanma sebebi olmaz. İhtardan sonra da davalıdan kaynaklanan evlilik birliğini temelinden sarsan nitelikte bir olayın varlığı iddia ve ispat edilmemiştir. Öyleyse davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”* Yargıtay HGK., E.2009/15404, K.2010/17422, T.25.10.2010 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2020/2658, K.2021/1627, T.24.02.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022); Yargıtay 2HD., E.2020/1543, K.2020/2776, T.09.06.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022); Yargıtay 2HD., E.2019/1992, K.2019/6881, T.11.06.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022); Yargıtay 2HD., E.2017/5782, K.2019/1858, T.27.02.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 06.02.2022).

<sup>129</sup> *“...davalı-karşı davacı kadına 20/12/2005 tarihinde gönderdiği eve dön ihtar ile kadının ortak konuta dönmesini istediği anlaşılmaktadır. Bu durum, eşin ihtar talep tarihinden önceki kusurlu davranışlarının affedilip, en azından hoşgörüyle karşılandığına ve bu nedenle yeniden birlikte yaşama isteğine ilişkin bir irade açıklaması niteliğindedir. Affedilen veya hoşgörüyle karşılanan olaylar ise boşanma sebebi olamaz.”* Yargıtay 2HD., E.2020/2125, K.2020/3438, T.29.06.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 20.10.2021). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2018/7965, K.2019/472, T.04.02.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 20.10.2021); Yargıtay 2HD., E.2018/6991, K.2018/15213, T.24.12.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 20.10.2021); Yargıtay 2HD., E.2015/25806, K.2017/4193, T.11.04.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 20.10.2021); Yargıtay 2HD., E.2015/1127, K.2015/15269, T.09.09.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 20.10.2021).

edilmektedir. Dolayısıyla, ihtar gönderildikten sonra, ihtardan önceki olaylara dayanılarak dava açılması mümkün olmayacaktır.

Ortak konutu terk eden eş, ihtar gönderildikten sonra ortak konuta geri döndüğü takdirde, evlilik birliğinin devamı sağlanmış olacaktır. Fakat ihtar gönderildikten sonra, ortak konuta dönmeyen eş hakkında ise terk sebebiyle boşanma davası açılabilecektir. Fakat haklı sebeple ortak konuttan ayrılan eş hakkında doktrinde ve yargı kararlarında sık zikredilen bir husus vardır. Eş, haklı sebeple ayrılmış olsa bile, bu durum ona ilanihaye ayrı yaşama hakkı vermeyecek olup, ihtar sonrası geri dönmekte haklı olduğunu ispatlaması gerektiği, aksi takdirde boşanma kararı verilebileceği belirtilmektedir.<sup>130</sup> Yine doktrinde ve yargı kararlarında, terk ihtarını gönderildikten sonra diğer eşin evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı iddiası ile dava açmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir.<sup>131</sup> Fakat son

<sup>130</sup> Akıntürk/Ateş, s.258; Öztan, Aile Hukuku, s.398-399. "Terk sebebiyle açılan davanın reddedilebilmesi için, terkte haklı olmak kafi olmayıp, ihtar üzerine dönmemekte haklı olduğunun da kanıtlanması gerekir." Yargıtay 2HD., E.2014/890, K.2014/11868, T.29.05.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 22.05.2024). "Başlangıçta evi terk etmekte haklı olan eşin bu haklılığı ona süresiz olarak konuta dönmeme hakkını vermez." Yargıtay HGK., E.2008/136, K.2008/117, T.13.02.2008 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 22.05.2024).

<sup>131</sup> "Davalı-davacı (koca) 15.06.2012 tarihinde notere başvurarak, eşinin müşterek konuta dönmesi için ihtar edilmesini istemiş, istek doğrultusunda noter tarafından tanzim edilen 15.06.2012 tarihli ihtar, kadına 26.06.2012 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı (koca) tarafından "terk" (TMK.m.164) sebebine dayanan boşanma davası ise 12.03.2013 tarihinde açılmıştır. Bu dava, davacı (kadın) tarafından 22.10.2012 tarihinde açılmış olan "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" sebebine dayanan boşanma davasıyla birleştirilmiş, mahkemece, terke dayanan dava reddedilmiş, kadının boşanma davası ise kabul edilmiştir. Terk sebebine dayanan boşanma davasının reddedilebilmesi için, terkte haklı olmak yetmez, usulüne uygun ihtar tebliğine rağmen dönmemekte haklılığın ispatlanmış olması gerekir. Davacı-davalı (kadın), haklı bir sebeple ortak konuta dönmediğini ispatlayamamış, bu yönde bir delil getirmemiştir. Kendi davasında boşanma talebini dayandığı vakıalar, terkten öncesine aittir. Lehine boşanma sebepleri doğmuşken, dava açmayı; ihtar kararının tebliğinden sonra bu hakkını kullanması, ihtarını sonuçsuz bırakmaya yönelik olup, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırıdır ve hukukça korunamaz. O halde koca tarafından açılan terk sebebine dayalı boşanma davasının kabulüne, kadın tarafından açılan boşanma davasının reddine karar verilmesi gerekirken "terkte haklı olduğundan" bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır." Yargıtay 2HD., E.2015/796, K.2015/3621, T.05.03.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 07.02.2022). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2014/25693, K.2015/2069, T.17.02.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 07.02.2022); Yargıtay 2HD., E.2014/359, K.2014/10775, T.12.05.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 07.02.2022); Yargıtay 2HD., E.2013/10932, K.2013/15741, T.05.06.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 07.02.2022).



dönemde bu hususta Yargıtay'ın<sup>132</sup> aksi yönde karar verdiği görülmektedir.<sup>133</sup> Kanaatimizce Yargıtay'ın bu değerlendirmesi daha isabetlidir. Fakat, hâkimin dürüstlük kuralı bağlamında yapacağı inceleme neticesinde, farklı değerlendirme yapması pek tabii mümkündür. Bu hususta geri dönmeyen eşin ispat yükümlülüğü altına sokmak yerine, hâkimin dürüstlük kuralı çerçevesinde inceleme yaparak karar vermesi daha isabetli olacaktır.

### C. Diğer Boşanma Sebepleriyle İlişkisi

Medeni Kanun (madde 161-166) boşanma sebeplerini; “zina”, “hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış”, “suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme”, “terk”, “akıl hastalığı”, “evlilik birliğinin temelinden sarsılması”,

<sup>132</sup> “Mahkemece "Koca terke dayalı dava açtıktan sonra, karşılık dava olarak kadın evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı boşanma isteğinde bulunmuştur. Kadının fiili ayrılığın üzerinden uzunca bir süre geçtikten sonra terke dayalı dava dilekçesinin kendisine ulaşması üzerine bu davayı açması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Davalı-karşı davacı kadının evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davası açması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, terke dayalı boşanma davasını sonuçsuz bırakmaya yöneliktir" şeklinde gerekçe ile kadının karşı davasının reddine karar verilmiş ise de, yapılan yargılama ve toplanan delillerden, tarafların fiilen birlikte yaşadığı dönemlerde, davacı-karşı davacı erkeğin eşi için "Kız değil" şeklinde aşağılayıcı beyanlarda bulunduğu, birlik görevlerini ihmal ettiği, eşini kendi babası vasıtası ile anne ve babasının yanına gönderdiği, kızını istemiyorum dediği, doğum sırasında ve sonrasında eşi ve çocuğu ile ilgilenmediği gibi ortak çocuğu görmeye dahi gelmediği, çocuğun ve eşinin ihtiyaçlarını karşılamadığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı-karşı davacı kadın dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK m. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davacı karşı davacı kadın tarafından açılan davanın reddi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2HD., E.2019/5550, K.2019/9240, T.25.09.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 07.02.2022).

<sup>133</sup> Bu hususta inceleme için bkz. Ayşe Nur Kılınç, ‘Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.03.2015 Tarihli ve 2-1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:36, Yıl:2018, s.197-210. Kılınç, incelemeye konu karar hakkında şu şekilde görüş belirtmektedir: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu kararında, yerinde bir şekilde, terk ihtarı gönderen eşin kovması, dövmesi vb. sebeplerle ortak konuttan ayrılan eşin kendisine tebliğ edilen “eve dön ihtarı” sonrasında “evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle” boşanma davası açmasını, önceki yerleşik içtihadı aksine, dürüstlük kuralına aykırı görmemiştir. Bu gelişme umut verici görünmektedir. Zira ortak konutu diğer eşin maddî veya manevî cebri sonucunda terk eden eşin kendisine “eve dön ihtarı” gönderilmesinden sonra “evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle” boşanma davası açmış olmasını dürüstlük kuralına aykırı gören önceki içtihatların anlaşılması mümkün değildir.” Kılınç, s.208.

“eşlerin boşanma hususunda anlaşmaları”, “ortak hayatın kurulamaması ya da fiili ayrılık” şeklinde düzenlemektedir.<sup>134</sup> Boşanma davası açıldığında, davaya konu olayın/olayların birden fazla sebebe dayanması mümkündür. Çalışmamız özelinde, terk sebebinin, öncelikle evlilik birliğinin temelden sarsılması olmak üzere diğer boşanma sebepleri ile ilişkisini incelemek gerekmektedir.

Evlilik birliğinin temelden sarsılması Medeni Kanununun 166. maddesinde düzenlenmiştir. Mezkûr düzenleme, evlilik birliği içerisinde, tarafların ortak hayatı sürdürmelerinin kendilerinden beklenmeyecek derecede sarsılmış olması halinde boşanma davası açılabilirliğini belirtmektedir. Kanun, hangi olguların evlilik birliğini sarsacağını ve ortak hayatın devamının beklenemez olacağını belirtmemiştir.<sup>135</sup> Boşanma sebebinin var olup olmadığını hâkim takdir edecek olup, bu nedenle nisbi boşanma sebebidir.<sup>136</sup> Hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını belirlerken; toplumun değer yargıları, eşlerin sosyal ve kültürel durumları, buldukları çevre gibi hususları göz önüne alarak, somut olay özelinde inceleme yapacaktır.<sup>137</sup>

Boşanma davası açılacağında özel boşanma sebebinin şartları gerçekleşmişse, davacı özel veya genel boşanma sebebinden birine dayanabileceği gibi, isterse her iki boşanma sebebinin yarışmalı veya terditli olarak ileri sürebilecektir.<sup>138</sup> Bu durumda davacının, hem terk hem evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanarak dava açabileceği şeklinde değerlendirme yapılabilecek olsa da, bu değerlendirme hatalı olacaktır. Çünkü terk sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilmesi için ihtar şartının sağlanması gerekmektedir.<sup>139</sup> İhtarın hukuki neticesi olarak, ihtar gönderildikten sonra, ihtardan önceki olaylara dayanılarak dava açılmasının mümkün olmayacağını belirtmiştik. Bu durumda terk sebebine dayanılarak açılacak boşanma davası için ihtar şartını sağlayan davacının, ihtardan önceki kusurlu davranışları affettiğinin kabulü gerekmektedir. Yargıtay, bu hususta şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “*Terk ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenlerine birlikte dayanılmaz. Zira terk ihtarı çıkan eş ihtarla eşinin önceki kusurlu davranışlarını affetmiş sayılması gerekeceğinden, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanmak imkanını yitirir. Diğer yandan da, terk ihtarının da iyiniyete (TMK.md.2)*

<sup>134</sup> Boşanma sebepleri ile ilgili inceleme için bkz. Bölüm I. Boşanma Sebepleri

<sup>135</sup> Hatemi, s. 122.

<sup>136</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s.120.

<sup>137</sup> Genç Güntürk, s.24.

<sup>138</sup> Hatemi, s. 125.

<sup>139</sup> Bkz. Bölüm B. İhtar Şartı

*dayanmadığı ortaya çıkmış olur. İyiniyete dayanmadığı bir başka anlatımla samimi olmadığı anlaşılan terk ihtarı da sonuç doğurmaz.*"<sup>140</sup>

Davacının, terk veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebeplerinden birine dayanarak dava açması gerekmektedir. Bu durumda hâkim re'sen diğer sebebe dayanarak karar verebilecek midir? Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>141</sup> "Taleple Bağlılık İlkesi" başlıklı 26. maddesinin 1. fıkrası şu düzenlemeyi yapmaktadır: "*Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.*" Haliyle, hâkim tarafların talep etmediği hususta karar veremeyecektir. Bu durumda iki sebepten birisine dayanılarak açılmış boşanma davasında, hâkim kendiliğinden diğer sebebin var olduğunu belirterek boşanma kararı veremeyecektir.<sup>142</sup>

Medeni Kanununun 166. maddesinin 4. fıkrası ile evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır: "*Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.*" Medeni Kanununun 172. maddesinin 2. fıkrası gereğince, ayrılık için öngörülen süre sonunda ortak hayat kurulamamışsa,

<sup>140</sup> Yargıtay 2HD., E.2011/2186, K.2012/1453, T.26.01.2012 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 05.05.2024). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2010/13905, K.2011/14908, T.05.10.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 05.05.2024). Yargıtay 2HD., E.2010/21945, K.2011/20931, T.05.12.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 05.05.2024).

<sup>141</sup> RG, 04.02.2011 – 27836

<sup>142</sup> "*Davacı erkek rafından açılan dava, Türk Medeni Kanununun 164. maddesinde düzenlenen terk hukuksal sebebine dayalıdır. Davacı erkeğin Türk Medeni Kanununun 166. maddesinde yer alan evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı bir davası bulunmadığı gibi, usulüne uygun olarak yapılmış bir ıslah da bulunmamaktadır. Münhasıran özel boşanma sebebine dayalı olarak açılan bir boşanma davasında genel boşanma sebebine (TMK m. 166/1) dayalı olarak karar verilmesi mümkün değildir. Zira hakim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır. (HMK m. 26/1). Ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Gerçekleşen duruma göre, mahkemece delillerin terk hukuksal sebebine dayalı dava çerçevesinde değerlendirilerek, gerçekleşecek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*" Yargıtay 2HD., E.2016/20446, K.2018/7776, T.20.06.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 05.05.2024). Benzer karar için bkz. Yargıtay 2HD., E.2016/21054, K.2018/8221, T.27.06.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 05.05.2024). Yargıtay 2HD., E.2016/5302, K.2017/13173, T.21.11.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, erişim tarihi 05.05.2024).

eşlerden her birine boşanma davası açma hakkı tanınmış olup, hem fiili ayrılık hem terk sebebine dayanarak dava açılması halinde de taleple bağlılık ilkesi gereğince her iki sebebe ilişkin hüküm kurulması gerekmektedir.<sup>143</sup> Fakat, söz konusu düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi, *“Buna göre boşanma kararı verilebilmesi için kuralda öngörülen süreç bir bütün olarak değerlendirildiğinde ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde makul olmayan bir süre boyunca ilgililerin boşanma kararı elde etmelerine imkân tanınmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle kural, ortak hayatın yeniden kurulamadığı hâllerde evlilik birliğini uzun bir süre boyunca sona erdiremeyen ilgililere katlanamayacakları bir külfet yüklemektedir.”*<sup>144</sup> gerekçesi ile iptal etmiştir.<sup>145</sup>

Terk boşanma sebebini, diğer özel boşanma sebepleri ile ilişkisini incelediğimizde, ilk olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması ile ilgili yaptığımız değerlendirmeyi yapmamız mümkündür. Terk ihtarının, ihtardan önceki hususları affetmeye yönelik hukuki netice ortaya çıkarması sebebiyle, affa yönelik düzenleme olan boşanma sebeplerinde birlikte dava açılması mümkün olmayacaktır. Örneğin; zina sebebiyle ilgili olarak Medeni Kanununun 164. maddesinin 3. fıkrası, affeden tarafın dava hakkı olmadığını düzenlemektedir. Bu durumda terk ihtarını göndermiş ve daha önceki olayları affetmiş tarafın, zina sebebine dayanarak dava açması mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde “hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış” sebebine dayanılarak açılacak davalar için benzer yorum yapılabilecektir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, dayanılacak vakıanın terk ihtarından öncesine ait olması gerekmektedir. Af, ihtardan önceki olaylar için geçerlidir. Medeni Kanunun belirttiği özel boşanma sebeplerinin terk boşanma sebebi ile bir diğer ilişkisi, bu sebeplerin terk bakımından haklı sebep teşkil edeceğidir.

<sup>143</sup> Genç Güntürk, s.31.

<sup>144</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2023/116, K.2024/56, T.22.02.2024 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi 29/04/2024).

<sup>145</sup> Kanaatimizce; Anayasa Mahkemesinin, ilgililere katlanamayacakları külfet yükleneceği yönündeki değerlendirmesi önemlidir. Bizim yukarıda öncelikle tüm boşanma sebepleri, akabinde terk sebebiyle ilgili olarak yaptığımız eleştirilere teşmil edebiliriz. Kanun koyucunun aileyi korumayı önceleyen anlayışının, bireyin menfaatini koruma bağlamında da değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi, kişiye katlanamayacağı külfet yüklememelidir.

## SONUÇ

Aile toplumun temel birimi olarak kabul edildiği için kanun koyucu tarafından aileye yönelik birçok düzenleme yapılmaktadır. Medeni Kanun evlilik ilişkisini sonlandıracak olan boşanma işlemi için sınırlı sayı ilkesini esas alarak boşanma sebeplerini belirlemiştir. Kanunun belirlediği boşanma sebeplerinden terk, evlenmenin temel unsurlarından olan birlikte yaşama şartının ihlali neticesinde oluşmaktadır. Fakat sadece birlikte yaşamının ihlali yeterli görülmemekte, terke dayalı boşanmanın unsurlarının ve ihtar şartının gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu unsurların temeli ise, kusur ilkesidir.

Boşanma sebebi olarak terk, kusura dayanan boşanma sebebidir. Günümüzde modern hukuk sistemlerine baktığımızda, ispatlanması ve değerlendirilmesi zor olan kusur ilkesinin terkedildiğini görmekteyiz. Medeni Kanun ise, kusur ilkesine dayanan terk boşanma sebebine, Türk Kanunu Medenisinin (mülga) yaptığı düzenlemeyi koruyarak, benzer şekilde yer vermiştir. Başarılı olamamış bir evlilik ilişkisinde, hangi eşin daha kusurlu olduğunun belirlenmesi için, kusurların ortaya dökülmesinin ve hâkime bu kusurlardan değerlendirme -hesaplama- yapmasını istemenin doğruluğu tartışılmalıdır. Çalışmamız içerisinde incelediğimiz yargı kararlarında da görüldüğü üzere, kusur araştırması yapılması, evlilik birliğini sonlandırmak isteyen tarafları yıpratıcı süreçtir. Doktrinde çoğunluğunun fikirlerine paralel olarak, çalışmamız konusu terk başta olmak üzere, boşanma sebeplerinde modern hukuk sistemlerine paralel -özellikle kusur temelli sebepler ile ilgili- düzenleme yapılmasının gerekli olduğunu değerlendirmekteyiz. Bu durum boşanma sürecinde tarafların anlaşmazlığının ve yıpranmalarının önüne geçebilecektir. Ailenin ve tarafların korunması arasında adil bir denge gözetilecek yeni değerlendirmelerin yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Çalışmamızın içerisinde boşanma sebebi olarak terk kavramını; maddi unsur, manevi unsur, haksızlık unsuru ve süre unsuru olacak şekilde dört başlık altında inceledik. Maddi unsur olarak ortak hayata son verme, terkin ana unsuru olarak değerlendirilmektedir. Evliliğin doktrinde verilen tanımlarının tamamı eşlerin birlikte yaşaması üzerinde hemfikirdir. Terk sebebinde, eşler birlikte yaşama yükümlülüğünü ihlal etmektedir. İkinci unsur olarak, manevi unsur yer almaktadır. Eşlerden biri, ortak yaşama, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla son vermelidir. Üçüncü unsur olarak haksızlık unsurunda, terk haklı sebebe dayanmamalı ve dördüncü unsur olarak, süre unsurunda Medeni Kanunun belirttiği süre şartlarına uyulması gerekmektedir. Tüm unsurlar bakımından terk gerçekleştiği takdirde, boşanma davası açabilmek için son olarak ihtar

şartının gerçekleşmesi gerekmektedir. İhtar şartının tanımlanma sebebi, terk eden eşe evlilik birliğinin devamını sağlayabilmesi için son kez düşünme fırsatı vermektir. Terk için saydığımız unsurlar ve ihtar şartı tamamlandığı takdirde, hâkim tarafından evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı araştırılmadan boşanma kararı verilecektir.

Terk boşanma sebebi içinde barındırdığı sıkı şekil şartları nedeniyle, günümüzde uygulamada sık kullanılmamaktadır. Evlilik birliğinin temel yükümlülüğü, aynı zamanda ortak paydası olan birlikte yaşama iradesinin sağlanamadığı durumlarda, kanun koyucunun ailenin korunması misyonunun yanı sıra tarafların menfaatlerini de kapsayacak değerlendirme ve düzenleme yapmasının, toplum ve aile kavramı için faydalı olacağı değerlendirmesini yapmaktayız.

## KAYNAKÇA

**AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ**, Derya: Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, Yenilenmiş 20. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2012.

**ANTALYA**, Gökhan: Miras Hukuku, Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

**ARSEBÜK**, Esat: Medeni Hukuk Cilt:II, Recep Ulusoglu Basimevi, Ankara, 1940.

**AYDIN ÜNVER**, Tülay / **KARAAHMETOĞLU**, Şeyda Dursun: ‘Yargıtay Kararları Işığında Terk İhtarının Boşanma Sebeplerine ve Manevi Tazminat Talebine Etkisi’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXV, Sayı:2, Yıl: 2017,s.587-609.

**BOZKURT**, Gülnihal: Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2020.

**BURCUOĞLU**, Haluk: ‘Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler’, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, Yıl: 2018, s.1-12.

**BURCUOĞLU**, Haluk: ‘Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:48, Sayı:1-4, Yıl:1983, s.113-140.

**CEYLAN**, Ebru: ‘İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi’, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı:12, Yıl:2018, s.315-334.

**DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan / **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.

**ERTEKİN**, Oğuzhan: Türk Medeni Hukukunda Aile Konutu ve Aile Konutu Şerhi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2020.

**FEYZİOĞLU**, Necmi Feyzeddin: Aile Hukuku, Genişletilmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.

**GENÇ GÜNTÜRK**, Nursena: Terk Sebebiyle Boşanma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.

**GÖZÜTOK**, Gülfer: Terk Sebebiyle Boşanma (TMK m.164), Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2017.

**GÜRSOY**, Kemal Tahir :‘Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler’, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 C:II Boşanma Hukuku Haftası, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s.1-46.

**GÜVEN**, Kudret: ‘Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme’, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Yıl:2015, s.33-56.

**HACISALİHOĞLU**, Abdurrahman: Aile Konutu ve Şerhi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

**HATEMİ**, Hüseyin: Aile Hukuku, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

**KANDİL**, Seher: Türk Hukukunda Terk Sebebiyle Boşanma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.

**KAPUSUZ**, Gökçen: Mal Rejimleri ve Miras Hukuk’unda Aile Konutu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

**KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Medeni Kanun’umuzun Aile Miras Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

**KILINÇ**, Ayşe Nur: ‘Terk Sebebiyle Boşanmaya İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 13.03.2015 Tarihli ve 2-1688/1032 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:36, Yıl:2018, s.197-210.

**KUNTALP**, Erden: ‘Mutlak Boşanma Nedenleri’, ‘Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925-1975 C:II Boşanma Hukuku Haftası’, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s.113-126.

**KURU**, Gonca: ‘Thibaut ve Savigny’de Resepsiyon ve Kodifikasyon Hareketleri’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:22, Sayı:1, Yıl:2016, s.201-228.

**OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: ‘Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı’, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, Yıl:2015, s.29-46.

**OSMANOĞLU KARAHASANOĞLU**, Cihan : ‘Tarihi Kökeninden Hareketle Türkiye Cumhuriyeti Medeni Hukukunda Resepsiyon’, Adaletle Yönelmiş Bir Toplumsal Düzen Olarak Hukuk: Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç Armağanı, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2020.

**ÖZCAN**, Hüseyin: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.

**ÖZTAN**, Bilge: ‘Medeni Kanun’un Kabulünün 70’nci Yılında Aile Hukuku’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:44, Sayı:1, Yıl:1995, s.79-125.

**ÖZTAN**, Bilge : Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

**PARLAK**, Tülay: ‘Türk Medeni Kanunu’nun 166’ncı Maddesinin 2’inci Fıkrasına İlişkin Sorunlar’, İzmir Barosu Dergisi, Cilt:85, Sayı:3, Yıl:2020, s.37-59.

**PETEK**, Hasan : ‘Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:2, Yıl:2010, s.43-78.

**POLATER**, Salih: ‘Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri’, VI. Uluslararası Çin’den Adriyatik’e Sosyal Bilimler Kongresi Özet Kitabı, Ankara, 2018.

**RHEİNSTEİN**, Max: ‘Types Of Reception’, Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul, Cilt:5, Sayı:6, Yıl:1956, s.31-40.

**SAATÇIOĞLU**, Fuat : Aile Konutu Ve Şerhi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2015.

**SONER**, Lütfi Fikri: ‘Terk Nedeni İle Boşanma Davası ve Bunda Kesin Hüküm Sorunu’, Adalet Dergisi, Yıl:60, Sayı:5, Yıl:1969, s.283-298.

**ŞAHİN**, Mustafa : ‘Evliliğin İdari Yoldan Sona Erdirilmesi’, II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu Cilt:II, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2019, s.1613-1624.



**ŞENER**, Esat: ‘Terk Hukuki Sebebine Dayanan Boşanma Davası Üzerinde Düşünceler’, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı:37, Yıl:1983, s.3-10.

**ŞENER**, Esat : Uygulama ve Teoride Her Yönü ile Boşanma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994.

**ŞENOL**, Şenol: ‘Terk Nedeni ile Boşanma’, Adalet Dergisi, Sayı:3, Yıl:1988, s.25-39.

**ŞIPKA**, Şükran : ‘Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları’, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, Yıl:2015, s.47-58.

**TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi : Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

**Türk Hukuk Lûgatı**:3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.

**UZUNKAYA**, Mehmet Celal :Aile Konutu Üzerinde Tesis Edilebilecek Hukuki İşlemler Ve Aile Konutu Şerhi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.

**ÜÇOK**, Coşkun / **MUMCU**, Ahmet / **BOZKURT**, Gülnihal: Türk Hukuk Tarihi, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2018.

**ÜREM ÇETİNEL**, Merve / **GÜNEŞ**, Biset Sena: ‘Mahkeme Dışı Boşanma Kurumu ve Türk Hukukunun Bu Kuruma Yaklaşımı’, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Sayı:1, Yıl:2019, 309-340.

**VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt:2 Aile Hukuku, 4. Baskı, Nurgök Matbaası, 1963.

**YARMALI**, Eyüp Sabri / **ALP**, Selçuk: Hukuk Terimleri Sözlüğü, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2011.

**ZEVKLİLER**, Aydın / **ERTAŞ**, Şeref / **HAVUTÇU**, Ayşe / **GÜRPINAR**, Damla: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.



# H CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ ÜZERİNDE SOMUT NORM DENETİMİ YOLUNUN KULLANILMASINA İLİŞKİN ANAYASAL DÜZENLEMELERDEN (M.104/17-BEŞİNCİ VE ALTINCI CÜMLELER) KAYNAKLI SORUNLAR

(ON PRESIDENTIAL DECREES THE USE OF THE CONCRETE  
NORM REVIEW PROCEDURE CONSTITUTIONAL PROVISIONS (ART.  
104/17-FIFTH AND SIXTH SENTENCES) PROBLEMS ARISING FROM)

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa OKŞAR \*\*

## ÖZ

*Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya uygunluk denetimi, Anayasa Mahkemesine başvurma sürecine göre farklı iki yöntem üzerinden yürütülmektedir. Bu yöntemlerden birini soyut norm denetimi (iptal davası) yolu, diğerini ise somut norm denetimi (itiraz veya def'i) yolu oluşturmaktadır. Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde kanun hükümleri uygulanır" ve "Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hâle gelir" düzenlemeleri, somut norm denetimi yolunu kullanan derece mahkemesinin yetki sınırları bakımından irdelenmesi gereken sorunlu bir alana işaret etmektedir. Bu makalede, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetiminde, somut norm denetimi yolunun kullanılmasına bağlı olarak, bu iki anayasal düzenlemeden kaynaklı sorunların irdelenmesine ve derece mahkemelerinin yetki sınırlarının ortaya konulmasına çalışılmıştır.*

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.03.2024. İlk hakem raporu tarihi: 23.03.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 05.04.2024. Onaylanma Tarihi: 08.06.2024.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2147-1042.

**Esere Atf Şekli:** Mustafa Okşar, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Üzerinde Somut Norm Denetimi Yolunun Kullanılmasına İlişkin Anayasal Düzenlemelerden (M. 104/17-Beşinci ve Altıncı Cümleler) Kaynaklı Sorunlar", YÜHFD, C.XXI, 2024/2, s. 85-135.

**Anahtar Kelimeler:** Anayasallık denetimi, somut norm denetimi, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, uygulanacak norm, normların farklı hüküm içermesi, hükümsüzlük, yokluk.

## ABSTRACT

*The constitutionality review of presidential decrees is carried out through two different methods according to the process of application to the Constitutional Court. One of these methods is the abstract norm review (annulment proceedings) and the other is the concrete norm review (objection or defense). The provisions of the seventeenth paragraph of Article 104 of the Constitution stating that “In the event that there are different provisions in the presidential decree and the laws, the provisions of the law shall apply” and “In the event that the Grand National Assembly of Turkey enacts a law on the same subject, the presidential decree shall become null and void” point to a problematic area that needs to be examined in terms of the jurisdictional limits of the court of first instance using the concrete norm review route. In this article, it is attempted to examine the problems arising from these two constitutional provisions and to reveal the limits of jurisdiction of the courts of first instance in the constitutionality review of presidential decrees, depending on the use of the concrete norm review method.*

**Keywords:** *Constitutionality review, concrete norm review, presidential decree, norm to be applied, the norms contain different provision, nullity, absence.*

## GİRİŞ

1982 Anayasası, 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanunun<sup>1</sup> 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halkoylaması<sup>2</sup> sonucunda kabul edilmesiyle köklü değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikler çerçevesinde parlamenter hükümet sistemi terk edilerek, yeni bir hükümet sistemi kurgulanmıştır. Cumhurbaşkanıcı hükümet sisteminin<sup>3</sup> getirdiği önemli değişikliklerden biri

<sup>1</sup> Bkz. 11 Şubat 2017 Tarih ve 29976 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> Bkz. 27 Nisan 2017 Tarih ve 30050 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>3</sup> Yeni hükümet sisteminin “Cumhurbaşkanıcı Hükümet Sistemi” olarak adlandırılması konusunda bkz. OKŞAR, Mustafa (2023), “Çoğunlukçu-Çoğulcu Demokrasi İkileminde YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)

de Cumhurbaşkanına asli düzenleme yetkisini tanıyan cumhurbaşkanlığı kararnameleridir. Yürütme erkinden çıkan bir düzenleyici işlem olmasına rağmen Anayasaya uygunluk denetimi kapsamı içine alınan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal denetime tâbi tutulması ayrı bir önem göstermektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerindeki Anayasaya uygunluk denetimi, Anayasa Mahkemesine başvurma sürecine göre farklı iki usul üzerinden yürütülmektedir. Bu usullerden birini, soyut norm denetimi (iptal davası) yolu<sup>4</sup> diğerini ise somut norm denetimi (itiraz veya def'i) yolu oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin uygulama alanı bulduğu beş yıldan fazla bir süreyi kapsayan dönemde, soyut norm denetim yolunun işlevsel ve yoğun bir şekilde kullanıldığı görülmekle birlikte; aynı çıkarımı somut norm denetimi yolu için yapmak pek mümkün gözükmemektedir.<sup>5</sup>

Somut norm denetimi yolunun kullanılmasında anayasal düzenlemelerden kaynaklı sorunlar, gündemdeki yerini her zaman koruyacak bir nitelik göstermektedir. Bu bağlamda, 1982 Anayasasının 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci ve altıncı cümlelerinde yer alan düzenlemeler sorunlu bir alana işaret etmektedir. Bu iki anayasal düzenlemeden kaynaklı sorunlar ise somut norm denetimi yolunun kullanılmasının gerekli olup olmadığına ve buna bağlı olarak bu yolu kullanan/kullanacak derece

---

Parti İçi Demokrasi Anlayışı ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Yansımaları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 49, Diyarbakır, 2023, s. 407-468.

<sup>4</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin soyut norm denetimi hakkında bkz. OKŞAR, Mustafa (2023), *Hukuki Güvenlik İlkesi Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 1. B., Yetkin y., Ankara, 2023, s. 343-396. Genel olarak soyut norm denetimi hakkında bkz. ÖZBUDUN, Ergun (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, 18. B., Yetkin y., Ankara, 2018, s. 395-397; GÖZLER, Kemal (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., Ekin y., Bursa 2018, s. 1063-1069.

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesinin, Şubat 2024 tarihi itibarıyla somut norm denetim yoluyla yapılan başvuru (Danıştay 12. Daire- İstanbul 4. İdare Mahkemesi- Edirne İdare Mahkemesi- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu) üzerine dört karar verdiği görülmektedir. Bkz. AYMK., T. 5 Nisan 2023, E. 2022/71, K. 2023/65, 1 Haziran 2023 Tarih ve 32208 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 26 Ekim 2023, E. 2018/18, K. 2023/180, (İptal davası ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun itiraz başvurusu birleştirilmiştir.), 27 Şubat 2024 Tarih ve 32473 Sayılı Resmî Gazete. AYMK., T. 28 Eylül 2023, E. 2023/150, K. 2023/157 (İstanbul 4. İdare Mahkemesinin itiraz başvurusu hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmiştir.); AYMK., T. 11 Ekim 2023, E. 2023/154, K. 2023/170 (Edirne İdare Mahkemesinin itiraz başvurusu hakkında mahkemenin yetkisizliği nedeniyle ret kararı verilmiştir.). Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

mahkemelerinin hareket sınırlarının belirlenmesine odaklanmaktadır. Bu incelemede, öncelikle somut norm denetiminin işleyiş sürecinin ana hatlarıyla irdelenmesine, daha sonra söz konusu iki anayasal düzenlemeden kaynaklı sorunların çözüm önerileriyle birlikte ortaya konulmasına çalışılmıştır.

## I. SOMUT NORM DENETİMİ (İTİRAZ) YOLUNUN KONUSU VE İŞLEYİŞ SÜRECİ

Somut norm denetimi, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, davada uygulanacak ve Anayasaya uygunluk denetimi kapsamında kalan bir hukuk kuralını Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin aykırılık savının ciddi olduğunu değerlendirmesi üzerine Anayasa Mahkemesine başvurusuyla gerçekleştirilen bir denetim şeklidir.<sup>6</sup> İtiraz yoluyla yapılan bu denetimde, somut bir olayla ilgili olarak bakılmakta olan davada uygulanacak bir hukuk kuralının Anayasaya aykırılığının söz konusu olması bağlamında, somut norm denetimi olarak ifade edilmektedir.<sup>7</sup> Bu denetim yolunda, bir hukuk kuralının Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, somut bir dava konusu üzerinden gerçekleştirilmektedir. Ancak hukuk kuralının somut bir davada uygulanması ve somutlaştırılması, yapılan Anayasaya uygunluk denetiminin objektif, soyut ve bağımsız bir yargılama olarak nitelendirilmesine engel oluşturmamaktadır.<sup>8</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, 1982 Anayasasının 152. maddesiyle düzenlenen Anayasaya aykırılığın mahkemelerde öne sürülmesinde gözetilen amacı, verilecek iptal karardan sadece ilgili davanın taraflarının değil, herkesin yaralanabileceği, Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu yapılan kadar somut ve kişisel olarak nitelendirilebilecek durumun, Anayasaya uygunluk denetimi aşamasında etkinliğini kaybettiği ve buna bağlı olarak soyut, genel ve objektif bir nitelik kazandığı şeklinde belirlemektedir.<sup>9</sup>

Somut norm denetimi, iptal davasından (soyut norm denetimi) çeşitli yönlerden farklılık göstermektedir. Somut norm denetimi, soyut norm

<sup>6</sup> Bkz. ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996), *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin y., Ankara, 1996, s. 131.

<sup>7</sup> Bkz. TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2015), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Beta y., İstanbul, 2015, s. 519; TEZİÇ, Erdoğan (2016), *Anayasa Hukuku*, 20. B., Beta y., İstanbul, 2016, s. 245.

<sup>8</sup> Aynı yönde bkz. EFENDİOĞLU (1996), *a.g.e.*, s. 132; KANADOĞLU, O. Korkut (2004), *Anayasa Mahkemesi*, 1. B., Beta y., İstanbul, 2004, s. 169-170.

<sup>9</sup> Bkz. AYMK., T. 8 Aralık 1983, E. 1981/10, K. 1983/16, 7 Ağustos 1984 Tarih ve 18482 Sayılı Resmî Gazete.

denetimine göre bir yönden dar, diğer bir yönden daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Herhangi bir norm için değil, ancak bakılmakta olan bir davada uygulanacak norm için itiraz yoluna başvurulabilmesi, bu denetim yolunun dar yönüne işaret etmektedir. Öte yandan soyut norm denetim yolunun, Anayasada belirtilen organlar tarafından belli bir süre içinde işletilebilmesi karşısında, somut norm denetiminin davada taraf olan herkes ve/veya davaya bakan mahkeme tarafından belirli bir süre sınırlaması olmaksızın her zaman işletilebilecek bir özellik göstermesi geniş yönüne işaret etmektedir.<sup>10</sup>

### A. Somut Norm Denetiminin Konusu ve Sınırları

Somut norm denetimine konu olan normlar, 1982 Anayasasının 6771 sayılı Kanunla değişik 152. maddesi kapsamında kanunlar ve cumhurbaşkanlığı kararnameleri olarak belirlenmiştir.<sup>11</sup> Diğer yandan somut norm denetimi içerik (kapsam) olarak bazı sınırlamalarla belli bir çerçeve içine alınmıştır. Anayasal düzenlemeler çerçevesinde, kanunların, şekil bakımından Anayasaya aykırılıklarının somut norm denetimi yoluyla (def'i yoluyla) ileri sürülmesi mümkün değildir (Any. m. 148/2). Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil bakımından denetimi konusunda somut norm denetimi yolunun işletilemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 36. maddesi dördüncü fıkrasında, nitelik bakımından norm ayrımı yapılmaksızın, şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiasının mahkemeler tarafından ileri sürülemeyeceği, düzenleme altına alınmıştır.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Bu konuda bkz. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 398; TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU (2015), *a.g.e.*, s. 519-520.

<sup>11</sup> Belirtmek gerekirse, cumhurbaşkanı hükümet sistemine geçilmeden önce çıkarılmış ve hâlen yürürlükte olan kanun hükmünde kararnameler bakımından da 1982 Anayasasının 152. maddesinde öngörülen somut norm denetimi sürecinin işletilebilmesi olanağı bulunmaktadır. Anayasanın Geçici 21/F maddesi, kanun hükmünde kararnamelerin yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini koruduğunu ve yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında Anayasanın 152. ve 153. maddelerinin uygulanmasına devam edileceğini açıkça düzenleme altına almıştır.

<sup>12</sup> 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 36. maddesi dördüncü fıkrası şu şekildedir: “Şekil bozukluğuna dayanan Anayasaya aykırılık iddiası mahkemeler tarafından ileri sürülemez.” Bkz. Mevzuat Bilgi Sistemi, (Erişim Tarihi: 6 Ocak 2024).

Anayasaya aykırılığı her zaman gündeme getirilmesi mümkün olan<sup>13</sup> ancak hâlen yürürlükte bulunan<sup>14</sup> bu yasal düzenleme çerçevesinde cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de şekil bakımından Anayasaya aykırılıklarının somut norm denetimi yoluyla ileri sürülemeyeceği söylenebilir.<sup>15</sup>

Öte yandan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya uygunluk çerçevesinde yargısal denetim görevinin Anayasa Mahkemesine verilmesi konusu, üzerinde durulması gereken farklı bir soruna işaret etmektedir. Gerçekten de düzenleyici bir idari işlem niteliği taşıyan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesinin yargısal denetim alanına çekilmesi eleştiriye açık bir konudur. İdari işlem niteliği taşıyan ve kanun hükmünde kararnamelerin aksine kanun gücünde olmayan ve hiyerarşik olarak kanun altı seviyede bulunan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulması ve anayasallık denetiminde ölçü normun yasallık denetimini de içerecek şekilde genişletilmesi; idari yargı çerçevesinde önkoşulları taşıyan herkesin dava açma hakkının önüne

<sup>13</sup> Nitekim Gözler, 6216 sayılı Kanunun ilgili maddesinin (m.36/4), 1982 Anayasasının 148/1-2. maddesine aykırılık oluşturduğunu, cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında şekil unsuru bakımından Anayasanın bir sınırlama getirmediğini, bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerinde somut norm denetimi yoluyla şekil bakımından inceleme yapabileceğini belirtmektedir. Bkz. GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 1051-1052.

<sup>14</sup> Anılan kanun maddesi Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilmedikçe ve yürürlükte kaldığı sürece “*perde kanun teorisi*” çerçevesinde uygulanabilecektir. Anayasanın 148. maddesinin birinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin cumhurbaşkanlığı kararnamelerini şekil ve esas bakımlarından Anayasaya uygunluğunu denetleyeceği açıkça düzenlenme altına alınmıştır. Ancak 6216 sayılı Kanunun 36/4. maddesinin Anayasaya aykırılığı konusunda itiraz başvurusunda, itiraz konusuna bağlı olarak “öncelikli sorun” kapsamında bu incelemeyi yapabilir. İtiraz başvurusunda derece mahkemesi, 6216 sayılı Kanun hükümlerinden başvurusunu engelleyecek bir hükmün Anayasaya aykırılığını diğer talebi yanında ileri sürebilir. Buna göre Anayasa Mahkemesi itiraz konusu hükmün Anayasaya aykırılık iddiası konusunda başvuruya engel olan hükmü öncelikli (ön sorun) olarak sonuca bağlamak suretiyle karar verebilir. Buna paralel olarak derece mahkemesi şekil yönünden Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunurken, başvurunun önünde engel olarak görülen 6216 sayılı Kanunun m. 36/4. maddesinin de Anayasaya aykırılığını da ileri sürebilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin itiraz başvurusu çerçevesinde öncelikle 6216 sayılı Kanunun m.36/4. maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemelidir. Örnek olarak 6216 sayılı Kanunun 41/2. maddesi hakkında Anayasaya aykırılığın da ileri sürüldüğü itiraz başvurusu konusunda bkz. AYMK., T. 28 Mayıs 2013, E. 2013/55, K. 2013/67, 27 Mart 2014 Tarih ve 28954 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>15</sup> Bu yönde görüş için bkz. ATAR, Yavuz (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, 12. B., Seçkin y., Ankara, 2018, s. 339- 340.



geçilerek dava açabilecek özne yelpazesinin daraltılması ve doğrudan dava açabilme olanağının engellenmesi belli başlı eleştiri konularını oluşturmaktadır.<sup>16</sup>

## **B. Somut Norm Denetiminin (Anayasaya Aykırılığın Diğer Mahkemelerde Öne Sürülmesinin) Şartları**

Somut norm denetiminin şartları, 1982 Anayasasının 152. maddesinin ilk fıkrası<sup>17</sup> kapsamında belirlenmektedir. Bu anayasal düzenleme çerçevesinde somut norm denetimi şartları şu şekilde belirlenebilir: Bakılmakta olan bir dava olmalıdır; davaya bakmakta olan merci, mahkeme olmalıdır; somut norm denetimine konu olacak kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmü o davada uygulanacak norm olmalıdır; davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak hükmün Anayasaya aykırılığına re'sen kanaat getirmeli veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmalıdır. Bu anayasal şartlara ilaveten 6216 sayılı Kanunun 40. maddesinin dördüncü fıkrasında<sup>18</sup> “*başvurunun açık bir şekilde dayanaktan yoksun olmaması*” şartı gerilmiştir. Getirilen bu yasal şart, Anayasaya aykırılığı her zaman gündemde tutacak bir nitelik göstermekle<sup>19</sup> birlikte; Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmediği ve yürürlükte kaldığı sürece uygulama alanı bulacağını ve Anayasa

<sup>16</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 1033-1036. Ayrıca bkz. GÖZLER, Kemal- KAPLAN, Gürsel (2023), *İdare Hukuku Dersleri*, 25. B., Ekin y., Bursa, 2023, s. 396.

<sup>17</sup> 1982 Anayasasının 152. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*” Bkz. Mevzuat Bilgi Sistemi, (Erişim Tarihi: 16 Ocak 2024).

<sup>18</sup> 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesinin dördüncü fıkrası şu şekildedir: “*Evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir.*” Bkz. Mevzuat Bilgi Sistemi, (Erişim Tarihi: 16 Ocak 2024).

<sup>19</sup> Gözler, 1982 Anayasasının 152. maddesinde “*başvurunun açık bir şekilde dayanaktan yoksun olmaması*” şeklinde bir şart bulunmadığını, kanunla getirilen bu şartın anayasal düzenlemeye getirilen bir istisna olduğunu, böyle bir istisnanın ancak anayasal düzenlemelerle getirilebileceğini ve bu bağlamda söz konusu yasal düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunu belirtmektedir. Bkz. GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 1077.

Mahkemesinin de somut norm denetiminde bu yasal düzenlemeyi dikkate aldığını söylemek gerekir.

Belirtilen bütün bu şartların, cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında yapılan somut norm denetimi başvurusu bakımından da gerçekleşmiş olması gerektiği açıktır. Anayasa Mahkemesi, ilk inceleme safhasında anılan şartların gerçekleştiğini belirlemesinden sonra esastan inceleme safhasına geçerek, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Anayasa Mahkemesi tarafından bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme davayı yürürlükte bulunan *kanun* hükümlerine göre sonuçlandırır (Any. m.152/3). Anayasanın 152. maddesinin üçüncü fıkrası, “*davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasını*” öngörmekte, ancak yürürlükteki cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanması yönünde bir düzenleme içermemektedir. Somut uyuşmazlığın çözümünde cumhurbaşkanlığı kararnamesinin uygulanıp uygulanamayacağı sorununa aynı konuda yürürlükte olan bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığı çerçevesinde yaklaşmak gerekir. Gerçekte somut norm denetimi yoluyla yapılan başvurunun konusu, bir cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının Anayasaya aykırılık iddiasıdır. Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimi beş ay içinde sonuçlandıramaması durumunda, derece mahkemesinin henüz hakkında iptal kararı verilmemiş ve yürürlükte olan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralına göre davayı sonuçlandırması beklenebilir. Aksi yönde bir yaklaşım, ortada davaya uygulanacak bir kanun hükmü bulunmadığından (daha açık olarak cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmüyle aynı konuda düzenlemeyi içeren bir kanun hükmü bulunmaması) davanın sonuçlandırılmaması gibi, hukuken kabulü mümkün olmayan bir sonucu ortaya çıkaracaktır. Bu bağlamda, Anayasanın 152. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere “*yürürlükteki kanun hükmü*” bulunmadığından, derece mahkemesinin uyuşmazlığı yürürlükte bulunan ve henüz iptal edilmemiş cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralına göre çözmesi gerektiğini söylemek hatalı bir değerlendirme olmasa gerekir.<sup>20</sup>

Üzerinde durulması gereken diğer bir konu da on yıl süreli denetim yasağıdır. Anayasanın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında “*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu fıkra, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun

<sup>20</sup> Bu konuda bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 447-453.

hükmünün Anayasaya aykırılık iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağı yönünde bir yasak getirildiği görülmektedir. Anayasanın “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” başlıklı 152. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan bu düzenlemenin yazılış tarzı ve içeriğinde geçen “...başvuruda bulunamaz” ifadesi dikkate alındığında, söz konusu yasağın somut norm denetimi yolu için geçerli olduğu, soyut norm denetimi (iptal davası) sonucunda verilen ret kararlarını kapsamadığı söylenebilir. İptal davası açmanın belli bir süreyle sınırlı olması, ret kararından sonra tekrar bir iptal davası açılabilmesini uygulamada hemen hemen olanaksız kılmakla birlikte; iptal davası sonucunda esas denetimi yapılarak hakkında ret kararı verilen kanun hükmünün, on yıllık süre geçmeden somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmesi mümkün olmalıdır.<sup>21</sup> Ne var ki, Anayasa Mahkemesi kararlarında<sup>22</sup> eleştiriye açık bir şekilde, soyut norm denetimi (iptal davası) çerçevesinde esasa girerek verdiği ret kararlarının da bu kapsam içinde kaldığını ve on yıl süreli denetim yasağının bu ret kararları bakımından geçerli olduğunu kabul etmektedir.<sup>23</sup> Diğer yandan söz konusu anayasal düzenlemede (Any. m.152/4) on yıllık denetim yasağı kapsamı içinde cumhurbaşkanlığı kararnameleri belirtilmemektedir. Bu bağlamda, cumhurbaşkanlığı kararnameleri bakımından on yıllık denetim yasağı öngörülmediği söylenebilir. Kanunların itiraz yoluyla Anayasaya aykırılığının ileri sürülerek Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi tutulması *genel kural*, 152. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan on yıllık süre yasağı ise *istisnai* niteliktedir. İstisnalar dar yorumlanır ve genişletici bir yoruma tâbi tutulamaz. Bu çerçevede, 152. maddesinin dördüncü fıkrasında, geçen “kanun” kelimesinin genişletici yoruma tâbi tutularak

<sup>21</sup> Bkz. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s.406; ALİEFENDİOĞLU (1996), *a.g.e.*, s.166; GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s.1078-1079; TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU (2015), *a.g.e.*, s.555; ATAR (2018), *a.g.e.*, s. 345.

<sup>22</sup> Bkz. AYMK., T. 22 Şubat 2006, E. 2003/23, K. 2006/26, 2 Kasım 2006 Tarih ve 26334 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 20 Mayıs 2010, E. 2010/48, K. 2010/70, 7 Temmuz 2010 Tarih ve 27634 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 3 Kasım 2011, E. 2010/1, K. 2011/149, 25 Ocak 2012 Tarih ve 28184 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 11 Eylül 2014, E. 2013/116, K. 2014/135, 24 Haziran 2015 Tarih ve 29396 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesinin bu yöndeki kararlarının eleştirisi konusunda bkz. ERGÜL, Ozan (2014), “On Yıl Süreli Denetim Yasağının Kapsamını Genişleten Anayasa Mahkemesi İçtihadı: Anayasaya Uygunluk Denetiminde Sessiz Bir Geri Adım”, *Rona Aybay’a Armağan*, C. I, Legal y., İstanbul, 2014, s. 863-895.

cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin on yıllık süre yasağı kapsamına dahil edilmesinin yerinde bir yaklaşım olmayacağını söylemek gerekir.<sup>24</sup>

## II. SOMUT NORM DENETİMİNDE ANAYASANIN YÜZ DÖRDÜNCÜ MADDESİNİN ON YEDİNCİ FIKRASININ BEŞİNCİ VE ALTINCI CÜMLELERİNİN UYGULANMASINDAKİ SORUNLAR

### A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Konu Bakımından Yetki Yönünden Yargısal Denetiminin Çerçevesi

Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin esaslar ve sınırlamalar düzenleme altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, anayasallık denetimini, “konu bakımından yetki yönünden” ve “içerik yönünden” yaptığı inceleme kapsamında sonuçlandırmaktadır. “Konu bakımından yetki yönünden” yapılan yargısal denetimin sınırlarını, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrası çizmektedir. “İçerik yönünden” yapılan Anayasaya uygunluk denetimi ise Anayasada yer alan bütün hükümler kapsamında yapılan bir denetime işaret etmektedir. Yargısal denetimin kapsam olarak soyut norm denetimi ve somut norm denetimi bakımından bir farklılık göstermeyeceği açıktır. Ancak bu aşamada, somut norm denetimi yolunu kullanan mahkemenin, Anayasa Mahkemesinin yaptığı anayasallık denetiminin ilk inceleme aşamasında, konu bakımından yetki sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri kapsamında Anayasaya aykırılık gündeme geldiğinde, derece mahkemelerinin anayasallık denetimi yapma yetkisi bulunmadığı ve Anayasaya aykırılık iddiasının somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülmesi gerektiğini özellikle belirtmek gerekir.

<sup>24</sup> Bkz. GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 1079. Aynı yönde bkz. TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU (2015), *a.g.e.*, s.555. Aliefendioğlu, on yıllık süre yasağının denetim yetkisini sınırladığını ya da esas kurala aykırılık durum getirdiğini, bu tür kuralların açık ve belirleyici olması ve yorumla genişletilememesi gerektiğini belirtmektedir. ALİEFENDİOĞLU (1996), *a.g.e.*, s.166. Aksi yönde görüş için bkz. YELKEN, Hamit (2022), *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, 1.B., Seçkin y., Ankara, 2022, s. 225-227. Ayrıca belirtmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi, anılan anayasal hükümde (m.152/4) açıkça yer verilmemesine rağmen kanun hükmünde kararnameleri de on yıllık denetim yasağı kapsamı içinde görmektedir. Bkz. AYMK., T. 11 Eylül 2014, E. 2013/116, K. 2014/135, 24 Haziran 2015 Tarih ve 29396 Sayılı Resmî Gazete.

Somut norm denetimi yolunu kullanacak bir mahkemenin, bir anlamda cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılma (yürürlüğe konulma) sınırlarını belirleyen bu konulara ilişkin, kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme ve bu bağlamda Anayasaya aykırılık denetimi yaparak bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisinin, Anayasa Mahkemesine ait olduğu açıktır. Öte yandan “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” (Any. m.104/17- beşinci cümle) ve “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir” (Any. m.104/17- altıncı cümle) yönündeki düzenlemeler çerçevesinde, somut norm denetimi yöntemini kullanan/kullanacak olan derece mahkemesinin somut davayı sonuçlandırma sürecinde uygulama sınırlarının ortaya konulması ayrı bir önem göstermektedir.

### **B. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Kanunlarda Farklı Hükümler Bulunması Hâlinde Kanun Hükümlerinin Uygulanması (Any. m.104/17- Beşinci Cümle)**

Anayasada yer alan söz konusu düzenlemenin (m.104/17- beşinci cümle) doğuracağı hukuki sonuçları ve uygulama olasılıklarını ortaya koymak gerekmektedir. Bu anayasal düzenleme, kendi içinde bazı soru ve sorunlara bağlı olarak farklı uygulama olasılıklarını içinde barındırmaktadır. Bu bağlamda, derece mahkemesinin, aynı konuda cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle farklı hüküm içeren kanun hükmünü doğrudan uygulamak veya somut norm denetimi yolunu kullanmak suretiyle farklı iki yoldan uyumsuzluğu çözme olanağına sahip olduğu ileri sürülebilir. Davaya bakan derece mahkemesinin izleyeceği yöntem ayrı bir önem göstermektedir. Derece mahkemesinin somut norm denetimi yolunu kullanıp kullanmamasına bağlı olarak farklı sorunların gündeme geleceği açıktır. Bu kapsamda, kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hüküm bulunması durumunda, derece mahkemesi kanun hükümlerini uygulama yükümlülüğü altında mıdır? Somut norm denetimi yolunu kullanmasının önünde hukuki bir engel bulunmakta mıdır? Somut norm denetimi yoluna başvurulduğunda ihmâl edilebilme potansiyeli bulunan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı, somut norm denetimi kapsamında, davada “uygulanacak hüküm olma” niteliğini koruyabilecek midir? Farklı hüküm içeren kanunun Anayasaya aykırı olması durumunda derece mahkemesi nasıl bir yol izlemelidir? Anayasada özel

olarak cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konularda, derece mahkemesinin uygulayacağı yöntem farklılık gösterecek midir? Bu soruların her birinin, kendi içinde tartışmaya açık cevaplar içerdiğini öncelikle belirtmek gerekir.

Bir açıdan bakıldığında, anayasal düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesine hitap ettiği kadar, derece mahkemelerine de hitap ettiği, söz konusu anayasal hükmün, emredici bir nitelik taşıdığı ve derece mahkemelerinin farklı hüküm içeren kanunu uygulamak zorunda olduğu kabul edilebilir. Başka bir anlatımla, aynı konuda kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hükümlerin bulunması durumunda, derece mahkemelerinin Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesi uyarınca cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını ihmâl ederek, ilgili kanun hükmünü uygulama zorunluğu altında bulunduğu ileri sürülebilir.<sup>25</sup> Bu çerçevede, somut davayı görmekle yetkili ve görevli olan derece mahkemesinin, cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünü iptal etme yetkisinin bulunmadığı fakat kararname hükmünü ihmâl etmek suretiyle aynı konuda farklı hüküm içeren kanunu esas alarak karar verebilme olanağına sahip olduğunu söylemek gerekir. Bununla birlikte, bu yaklaşımın uygulama alanı bulması kendi içinde hukuki güvenlik ilkesi bakımından bazı eleştirilere de kapı aralamaktadır.

Öncelikle 1982 Anayasasında somut norm denetimi yolunda benimsenen yöntemin, merkezileşmiş (tekelci) model olduğunu belirtmek gerekir. Anayasal düzenlemenin (m.104/17- beşinci cümle) merkezileşmiş model esas alınarak yorumlanması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Nitekim 1982 Anayasası, itiraz başvurusunun Anayasa Mahkemesine gelişinden sonra beş ay içinde karar verilmemesi durumunda, derece mahkemesinin davayı yürürlükte bulunan kanun hükmüne göre sonuçlandırılacağını düzenleme altına almıştır (m.152/3). Bu anayasal düzenleme, öngörülen sürede karar

<sup>25</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. ÜLGEN, Özen (2018), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, Beta y., İstanbul, 2018, s. 33-34; YENİAY, Lokman-YENİAY, Gülden (2019), “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, s. 132-133; YELKEN (2022), *a.g.e.*, s.219; ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.3, Ankara, 2017, s. 46; APAYDIN, Bahadır (2020), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri”, *Cumhurbaşkanının İşlemleri, Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi-Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı*, (Ed.: UYGUN, Oktay- ESEN, Egemen), 1. B., On İki Levha y., İstanbul, 2020, s. 538; SÖYLER, Yasin (2018), *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 1. B., Seçkin y., Ankara, 2018, s. 99-100, 190.

verilmemesi durumunda, 1961 Anayasasından (m.151/3-4) farklı olarak, derece mahkemelerine kendi kanısına (değerlendirmesine) göre davayı çözümlene olanağını bile tanımamaktadır. Bir anlamda söz konusu anayasal düzenlemeyle, merkezileşmiş anayasallık denetiminin esas alınmasına farklı bir vurgu yapıldığı görülmektedir.

Öte yandan, derece mahkemesi tarafından cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının ihmâl edilerek farklı hüküm içeren kanun hükmünün uygulanması yolunun tercih edilmesi durumunda, ihmâl edilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının yürürlükte kalacağı ve mevzuat dizininde varlığını koruyacağı açıktır. İhmâl edilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının yürürlüğünü koruduğu sürece çok sayıda birel işleme hukuki dayanak oluşturma olasılığı bulunmaktadır. Tek bir somut uyuşmazlığın çözümünde, ilgili derece mahkemesi tarafından böyle bir yola başvurulması, yürürlüğünü koruyan cumhurbaşkanlığı kararnamesinin farklı mahkemelerde açılacak davalarda da incelemeye konu yapılmasını engellemektedir. Bu yaklaşımın, bir anlamda yaygın anayasallık denetimini gündeme taşıdığını söylemek gerekir. Yaygın anayasallık denetimi modelini kabul eden ülkelerde olduğu gibi, yargı kararlarında istikrarın ve içtihat birliğinin kanun yoluna başvurulması suretiyle sağlanabilmesi de hukuk sistemimizin dinamikleri dikkate alındığında pek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca farklı hükümler bulunduğu sonucuna ulaşmak, açık ve anlaşılabilir düzenlemelerin varlığını veya açık olmayan bazı düzenlemelerin yorumunu gerektiren bir süreci kapsamaktadır. Farklı mahkemelerde, farklı yorumlarla değişik sonuçlara ulaşılması olasılık içindedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükmü arasında farklılık görmeyen bir mahkemenin doğrudan kararname hükmünü uygulaması ve bu kapsamda karar vermesi her zaman mümkündür. Bu durum, yargı kararları çerçevesinde hukuki istikrarı ve öngörülebilirliği zedeleyecek niteliktedir. Benzer uyuşmazlıklarda farklı yargı kararlarının alınma olasılığının yoğunlaştığı bir ortamda, hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşeceğinden söz etmek de anlamsızlaşacaktır.

Bu aşamada, “*farklı hüküm bulunması*” anayasal düzenlemesinin (m.104/17- beşinci cümle), “*kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” yönündeki anayasal düzenlemeyle (m.104/17- dördüncü cümle) ilişkisinin Anayasa Mahkemesi kararları ışığında irdelemek yararlı olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetiminde, şimdiye kadar somut norm denetim yolunun çok sınırlı bir uygulama alanı bulduğunu tekrar vurgulamak gerekir. Bu bağlamda, öncelikle Anayasa Mahkemesinin “*farklı hüküm*

*bulunması*” konusundaki yaklaşımının, iptal davasına ilişkin olarak verdiği kararlara nasıl yansıdığı ortaya konulmalıdır. Anayasa Mahkemesi, bu iki anayasal düzenleme arasında amaçsal bir ilişki kurmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında verdiği bir kararında açık olarak bu ilişkiye değindiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu kararı “*Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde ‘Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.’ denilmiştir. Buna göre Anayasada CBK ile özel olarak düzenleneceği öngörülen konular dışında kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmaması gerekmektedir. Ancak Anayasanın anılan maddesiyle amaçlanan husus, kanunla düzenlenmiş bir konuda farklı hükümler getirebilecek bir CBK’nın çıkarılmasına izin vermemek suretiyle aynı konuya ilişkin iki norm türü arasında oluşabilecek hüküm çatışmasının önlenmesidir.*”<sup>26</sup> şeklindedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, bu konuya ilişkin vermiş olduğu diğer tüm kararlarında, “*farklı düzenleme*” konusuna değinmeden, “*kanunda açıkça düzenleme bulunması*” sınırlamasına vurgu yapmaktadır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin, kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinin farklı hüküm içermesi yönündeki anayasal düzenlemeyi, haklı olarak soyut norm denetiminde ölçü norm olarak kullanmamakta ve konuda kanunda açık düzenleme bulunup bulunmadığı eksenini üzerinden inceleme yapmaktadır.<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi başka bir kararında, dava konusu cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı hakkında, daha önceden aynı konuda çıkarılan bir kanuni düzenleme bulunmadığından kanunun açıkça düzenlediği bir konuda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması gibi bir durumun söz konusu olmadığını, bu ölçütün (Any. m.104/17- dördüncü cümle) cumhurbaşkanlığı kararnamesi denetiminde esas alınabilmesi için, aynı konuda hüküm içeren

<sup>26</sup> Bkz. AYMK., T. 23 Ocak 2020, E. 2019/31, K. 2020/5, (para. 17), 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilmesi için cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecek konunun kanunlarda önceden açıkça düzenlenmemiş olması gerektiğini tekraren vurgulamaktadır. Bkz. AYMK., T. 23 Ocak 2020, E. 2019/31, K. 2020/5, (para. 12), 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 12 Haziran 2020, E.2019/105, K.2020/30, (para. 12), 20 Ağustos 2020 Tarih ve 31219 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 22 Ocak 2020, E. 2018/125, K. 2020/4, (para. 12), 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 11 Haziran 2020, E. 2018/155, K. 2020/27, (para. 12), 23 Temmuz 2020 Tarih ve 31194 Sayılı Resmî Gazete.



kanunun cumhurbaşkanlığı kararnamesinden önce çıkarılmış olması gerektiğini vurgulamaktadır.<sup>28</sup>

Anayasa Mahkemesi, “konu bakımından yetki yönünden” yaptığı anayasallık denetiminde, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında yer alan cümleleri ayrı ayrı ele alarak değerlendirme yapmaktadır. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümleleri arasında açıkça amaçsal bir bağlantı kurmaktadır.<sup>29</sup> Kanunda açık bir düzenleme bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ve yorumlanması başlı başına farklı bir soruna işaret etmekle birlikte; çıkarılma sürecinde izin ve onay aşamaları bulunmayan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan yürürlüğe konulmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu şekilde çıkarılan bir cumhurbaşkanlığı kararnamesi hakkında, derece mahkemesinin kanunda açık düzenleme bulunması nedeniyle kanun hükmünü uygulama zorunluluğu altında bulunmadan somut norm denetimi yolunu kullanabilme veya yürürlükte bulunan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını ihmâl ederek aynı konuda farklı hüküm içeren kanunu uygulama yolunu tercih edebilme olanaklarına sahip olduğu ileri sürülebilir. Bu aşamada, olanakların kullanılma durumlarının, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümleleri kapsamında değerlendirilmesi yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Kanunda açıkça düzenleme olmasına rağmen aynı konuda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması ve bu kararnamenin soyut norm denetimi yoluna gidilmemesi nedeniyle yürürlükte bulunması, gerçekleşmesi olası durumlardan biridir. Gerçekten de kanunla düzenlenmiş bir konuda

---

<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi, 7147 sayılı Türkiye Kalkınma ve Yatırım Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada verdiği kararda şu belirlemeleri yapmıştır: “Dava konusu kural bakımından daha önce çıkarılan bir kanunun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Bankanın görevlendirilmesi yönünden hem CBK hem de kanun çıkarılabileceğini belirten kuralın lafzına göre ortada henüz kuralda belirtilen nitelikte görevlendirmeyi yapan bir kanun hükmü bulunmadığından kanunun açıkça düzenlediği bir konuda CBK çıkarılması gibi bir durumdan da söz edilemez. Buna göre kuralda öngörüldüğü gibi Bankanın görevlendirildiği bir kanun düzenlendikten sonra aynı konuda bir CBK çıkarılması hâlinde bu CBK'nın denetimi kapsamında belirtilen ölçüt yönünden inceleme yapılabilir. Bu itibarla kuralın Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.” Bkz. AYMK., T. 12 Kasım 2020, E. 2018/162, K. 2020/66, (para. 18, 19), 24 Mart 2021 Tarih ve 31433 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>29</sup> Bkz. AYMK., T. 23 Ocak 2020, E. 2019/31, K. 2020/5, (para. 17), 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete.

farklı hükümler getirebilecek bir cumhurbaşkanlığı kararnamesinin çıkarılmasına izin verilmemesi amacını güden bu anayasal düzenlemeye (Any. m.104/17- dördüncü cümle) aykırı olarak Cumhurbaşkanının, cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarması ve bunun yürürlükte kalması her zaman mümkündür. Burada, Cumhurbaşkanının, kanunda açık bir düzenleme bulunmasına rağmen, anayasal düzenlemenin (m.104/17- dördüncü cümle) getirdiği sınırlamaya aykırı davranarak cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarması söz konusudur. Bu durum ise daha başlangıçtan itibaren Anayasaya aykırılığa işaret etmektedir. Gerçekte, normların yürürlüğe girme tarihi bakımından zamansal bir ayırım ön plana çıkmakta ve Anayasa Mahkemesi de yukarıda belirttiğimiz gibi, kararlarında yürürlüğe giriş bakımından bu zamansal farka vurgu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, soyut norm denetimi yoluyla önüne gelen davalar kapsamında yaptığı anayasallık denetiminde, cumhurbaşkanlığı kararnamesinden önce çıkarılan bir kanunda aynı konuda açık düzenleme bulunması durumuna ilişkin birçok karar verdiği görülmektedir.<sup>30</sup> Kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesinde aynı konuda açık düzenleme bulunması durumunun, farklı hüküm bulunma ve buna bağlı olarak iki norm türü arasında hüküm çatışmasına yol açma potansiyelini içinde barındırdığı açıktır. Her iki anayasal düzenleme (m.104/17- dördüncü ve beşinci cümleler) arasında amaçsal bir ilişki kurulması, “*farklı hüküm bulunması*” kapsamında somut norm denetimi yolunun kullanılmasına katkı sağlayacak bir nitelik göstermektedir. Bu bağlamda somut davada farklı hüküm bulunan kanunu uygulama durumunda bulunan derece mahkemesinin, Anayasanın 104. maddesi on yedinci fıkrası dördüncü cümlesi (*kanunda açık düzenleme bulunması*) kapsamında, somut norm denetimi yolunu kullanarak, Anayasaya aykırılık sorununun çözümü amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurma olanağına sahip olduğunu söylemek gerekir.<sup>31</sup> Anayasaya aykırılık

<sup>30</sup> Bkz. AYMK., T. 12 Kasım 2020, E. 2018/162, K. 2020/66, (para. 18, 19), 24 Mart 2021 Tarih ve 31433 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 23 Ocak 2020, E. 2019/31, K. 2020/5, (para. 12), 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 12 Haziran 2020, E. 2019/105, K. 2020/30, (para. 12), 20 Ağustos 2020 Tarih ve 31219 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 22 Ocak 2020, E. 2018/125, K. 2020/4, (para. 12), 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 11 Haziran 2020, E. 2018/155, K. 2020/27, (para. 12), 23 Temmuz 2020 Tarih ve 31194 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>31</sup> Eren, kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hükümler bulunması durumunda somut norm denetimi yoluna başvurulmasının çok düşük bir ihtimal olduğunu, ancak böyle bir başvuru yapıldığında ve ilk inceleme aşamasında davada uygulanacak kural olarak kabul edilmesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını, münhasıran kanunla düzenlenmiş alanda çıkarılıp çıkarılmadığı ve kanunla açıkça düzenlenen bir konuda olup olmadığı yönünden incelemesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz.

iddiası hakkında verilen kararlara, Anayasa Mahkemesinin önüne getiriliş yöntemi açısından farklı hukuki sonuçlar bağlamak mümkün değildir. Bu bağlamda, kanundaki açık düzenlemeye bağlı olarak cumhurbaşkanı kararnamesi ile kanun arasında farklı hüküm bulunması durumunda, derece mahkemesinin kanun hükmünü uygulama yolunu tercih etmesi yerine somut norm denetimi yolunu kullanması gerçekleşmesi olası bazı hukuki güvenlik sorunlarını da önleyecektir. Kanaatimizce, derece mahkemesinin, anayasal bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, yargı kararlarında hukuki istikrar ve öngörülebilirliğin sağlanması amacıyla yönelik olarak Anayasada benimsenen merkezileşmiş anayasallık denetimi modeline uygunluk çerçevesinde ve *kanunda açık düzenleme bulunması* kapsamında somut norm denetimi yolunu kullanması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.<sup>32</sup> Bu yaklaşım, kanundaki açık düzenlemeyle farklılık gösteren (çatışan/çelişen) cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının tamamıyla yürürlükten kaldırılması (iptali) sonucu kapsamında geleceğe yönelik olarak çelişkili ve farklı yargı kararlarının verilmesinin önüne geçilmesini, içtihat birliğinin sağlanmasını ve aynı zamanda uygulamada hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilmesini sağlayacaktır.<sup>33</sup>

Yukarıda açıklandığı üzere söz konusu anayasal düzenleme (Any. m.104/17- dördüncü ve beşinci cümleler) kapsamında derece mahkemesinin, somut norm denetimi yolunu kullanma olasılığını tercih etme olanağı da bulunmaktadır.<sup>34</sup> Öte yandan somut norm denetimi yolunun kullanılması, doğal olarak davada “*uygulanacak hüküm olması*” önkoşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği sorununu gündeme getirmektedir. Bir hükmün davada uygulanacak hüküm olup olmadığını belirleme yetkisinin, somut norm

---

EREN, Abdurrahman (2019), “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, Ankara 2019, s. 60.

<sup>32</sup> Aksi yönde görüş için bkz. YELKEN (2022), *a.g.e.*, s. 220-221.

<sup>33</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlükteyken aynı konuda sonradan kanun çıkarılması durumu ise iki norm türü arasında farklı hüküm bulunması kapsamında değerlendirilecek bir durumu değil, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesi uyarınca cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının hükümsüz hâle gelmesi durumunu gündeme taşıyacak bir nitelik göstermektedir. Bu anayasal düzenlemeye ilişkin sorunlar aşağıdaki başlık altında irdelenmiştir.

<sup>34</sup> Azaklı söz konusu anayasal düzenleme (m.104/17-beşinci cümle) kapsamında derece mahkemesinin, somut norm denetimi yolunu kullanmasının önünde hiçbir engel bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. AZAKLI, Murat (2019), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, s. 87-88.

denetimi yoluna başvuran derece mahkemesinde veya Anayasa Mahkemesinde olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmekteyse de, Anayasa Mahkemesi bu yetkinin kendisine ait olduğu yönünde kararlar vermektedir.<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi, bir kararında, davada uygulanacak kuraldan, davanın özüne etkili ve sonucu değiştirecek bir nitelik taşıyan, doğrudan veya dolaylı biçimde uygulanacak kuralın anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>36</sup> Başka bir kararında ise, uygulanacak kuralların, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallar olması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi, bu tanımlamalar kapsamında davada uygulanacak kuralın ne olduğunu kendisi belirlemekte ve bu belirlemeye bağlı olarak itiraz konusu kuralı ilk inceleme aşamasında reddetmekte veya reddetmeyerek esastan incelemeye geçmektedir.<sup>38</sup> Anayasal düzenlemenin (m.104/17- beşinci cümle), Anayasa Mahkemesine, cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı hakkında *konu bakımından yetki ve içerik yönlerinden* esastan yapacağı yargısal denetim öncesinde itiraz başvurusunun önkoşulları kapsamında davada “*uygulanacak hüküm olması*” bakımından bir değerlendirme alanı yarattığı açıktır. Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesi derece mahkemesine alternatif bir yetki kullanımını tanımakla birlikte; bu cümlenin anayasa yargısında işlevsel olacağı tek alanın, *uygulanacak kuralın belirlenmesi aşamasında* yansıma bulacağı ve Anayasa Mahkemesinin bu

<sup>35</sup> Özbudun, Anayasa Mahkemesinin itiraz konusu normun, gerçekten davada uygulanacak norm olup olmadığını inceleyememesi durumunda, somut norm denetiminden uzaklaşmış ve dava/derece mahkemelerine âdeta iptal davası açma yetkisi tanınmış olacağını belirtmektedir. Bkz. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 403. Anayasa Mahkemesinin, cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının (2 sayılı CBK., m.6) davada uygulanacak norm olmadığı yönünde verdiği bir karar için bkz. AYMK., T. 11 Ekim 2023, E. 2023/154, K. 2023/170. Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

<sup>36</sup> Bkz. AYMK., T. 25 Mart 1997, E. 1997/31, K. 1997/38, 15 Ağustos 1997 Tarih ve 23081 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>37</sup> Bkz. AYMK., T. 28 Temmuz 2005, E. 2005/82, K. 2005/45. Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/45>, (Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2022).

<sup>38</sup> Davada uygulanacak kuralın belirlenmesi konusunun, sadece Anayasaya uygunluk denetimini değil, aynı zamanda somut davada hangi kuralın uygulanarak sonuçlandırılmasını da ilgilendirmesi nedeniyle derece mahkemesinin görev ve yetki alanına müdahale edilmesini gündeme taşıyacak bir nitelikte gösterdiği ve Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımının eleştiriye açık olduğu belirtilmektedir. Bkz. YELKEN (2022), *a.g.e.*, s. 217.

anayasal düzenlemeyi esas alarak itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin başvuru yapmaya yetkili olup olmadığını belirlemek amacıyla kullanabileceği söylenebilir.<sup>39</sup> Bu bağlamda, anayasal düzenlemenin (Any. m.104/17-beşinci cümle), derece mahkemeleri bakımından uyulması zorunlu bir yöntemi öngördüğü ve kanun hükmünü uygulama yükümlülüğü altında olduğu kabul edilirse, Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 152. maddesinde öngörülen koşullar (cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının davada uygulanacak hüküm niteliği taşımaması) bağlamında derece mahkemesinin başvuru yapma yetkisi bulunmadığına ve ilk inceleme aşamasında yetkisizlik gerekçesiyle başvurunun reddine karar verebileceği sonucuna ulaşılabilir.<sup>40</sup> Ancak daha önce de vurguladığımız gibi, derece mahkemesi iki yoldan birini tercih edebilme yetkisine sahip olarak, farklı hüküm içeren kanun hükmünü uygulama zorunluluğu altında bulunmamalıdır. Kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinin farklı hüküm içermesi durumunda, derece mahkemelerinin her zaman kanun hükmünü uygulaması gerektiği yönündeki kabul, bu konuda soyut norm denetimi yoluna başvurmayı da anlamsızlaştıracak bir yaklaşımı içinde barındırmaktadır. Gerçekten de cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile aynı konuda kanunda farklı bir açık hüküm bulunması durumunda, her zaman kanun hükmü uygulanacaksa ve/veya böyle bir kabul esas alınacaksa, soyut norm denetimi (iptal davası) yoluyla (Any. m.150) bu kapsamda Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmanın da bir anlamı olmadığı çıkarımı yapılabilecektir.<sup>41</sup>

Somut norm denetimi yoluyla cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının Anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulduğunda, Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı önem kazanmaktadır. Anayasa yargısının amacı, Anayasaya aykırı kuralların mevzuat dizininden temizlenmesi ve böylece Anayasanın üstünlüğünün sağlanmasıdır. Öte yandan iptal istemini içeren itiraz başvurusunun, esastan incelemeye tâbi tutulmadan, ilk inceleme aşamasında derece mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddedilmesi, cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının yürürlüğünü korumasına ve bu kurala dayanılarak çok

<sup>39</sup> Yelken, “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.” düzenlemesinin gerek iptal davasında gerek itiraz davasında cumhurbaşkanlığı kararnamesinin “konu bakımından yetki yönünden” denetleneceği aşamada, ölçü norm olarak kullanılmaya elverişli olmadığını belirtmektedir. Bu konuda bkz. YELKEN (2022), *a.g.e.*, s. 219.

<sup>40</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. ÜLGEN (2018), *a.g.m.*, s. 33-34; YENİAY-YENİAY (2019), *a.g.m.*, s. 132-133; YELKEN (2022), *a.g.e.*, s. 219-220; SÖYLER (2018), *a.g.e.*, s.190.

<sup>41</sup> Bu konuda bkz. AZAKLI (2019), *a.g.m.*, s. 88; OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 406-409.

sayıda birel işlem tesis edilmesine yol açacaktır. Tesis edilen birel işlemlerin farklı mahkemeler önünde uyuşmazlık konusu yapılması, farklı yorumlarla farklı kararların verilmesi potansiyeline sahiptir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesinin “*farklı hüküm bulunması*” düzenlemesi uyarınca Anayasaya aykırılığı iddiasıyla önüne getirilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını esastan inceleyerek sonuçlandırması hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde olası birçok sorunun önüne geçecektir. Gerçekte davada “*uygulanacak hüküm olması*” önkoşulunun, yürürlüğünü sürdüren kararname kuralı bakımından incelenmesi, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrası kapsamında “*konu bakımından yetki yönünden*” bir esas incelemesini de gerektirmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aynı konuda farklı veya aynı içeriğe sahip bir kanun hükmünün varlığı, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükümleri arasında karşılıklı bir irdelemeyi de zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda itiraz yoluyla Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kararname kuralının “*uygulanacak hüküm olması*” niteliği hakkında ilk inceleme aşamasında reddedilmeden, geniş bir çerçevede yorum yapılarak “*konu bakımından yetki yönünden*” esastan karara varılması, uygulama ve yargı alanlarında hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleştirilme olasılığını artıracak ve olası bazı sorunların önüne geçecektir.<sup>42</sup>

Diğer yandan Anayasa Mahkemesinin, kararlarında Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümleleri arasında amaçsal bir bağlantı kurduğu açıktır.<sup>43</sup> Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesinin, somut norm denetimi yolunda, *konu bakımından yetki yönünden* ve *içerik yönünden* yapılacak anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullanılma olanağı bulunmadığı yönündeki yaklaşımın, iki cümle arasındaki amaçsal ilişki çerçevesinde esnetilebileceğini söylemek hatalı bir yaklaşım olmasa gerektir. Kanaatimizce bu iki anayasal düzenlemenin (m.104/17- dördüncü ve beşinci cümleler) aralarındaki amaçsal ilişki kapsamında, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi üzerinden temellendirilecek bir yaklaşım, aynı fıkranın beşinci cümlesi üzerinden yapılan somut norm denetimi yoluyla gelen başvurunun, ilk inceleme aşamasının ötesinde, *konu bakımından yetki yönünden* esastan incelenme yapılmasının yolunu da açacaktır. Bu yaklaşıma koşul olarak, derece mahkemesinin görülmekte olan bir davada, “*farklı hüküm bulunması*”

<sup>42</sup> Bu konuda bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 411.

<sup>43</sup> Bkz. AYMK., T. 23 Ocak 2020, E. 2019/31, K. 2020/5, (para. 17), 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete.

durumunu incelerken, “*kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” hükmünü dikkate almadan yapacağı bir değerlendirme eksik kalacaktır. Hükümlerde farklılığın ortaya konması, aynı konuda belli oranda açık ve anlaşılır nitelikte kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarının varlığını da gerekli kılmaktadır. Kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesinde aynı konuda farklı veya aynı hükümler bulunduğu sonucuna ulaşmak, bu kuralların açık düzenleme içerip içermediğinin irdelenmesiyle belli bir noktada örtüşme göstermektedir. Her iki anayasal düzenleme arasındaki amaçsal ilişki, farklı hüküm bulunması bağlamında, daha cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılırken Anayasaya aykırılığı gündeme taşıyacak bir niteliktedir. Bir bakıma somut norm denetimine konu yapılan farklı hükümlerin bulunması durumunun, Anayasaya (m.104/17) aykırı olarak çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamesinden kaynaklandığını belirtmek gerekir. Böyle bir ilişki içinde bulunan bu iki anayasal düzenleme üzerinden yapılacak bir değerlendirme, cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını iptal etme yetkisi bulunmadığı açık olan derece mahkemelerine, “*kanunda açıkça düzenleme bulunan konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” şeklindeki anayasal düzenleme kapsamında itiraz başvurusunda bulunma ve böylece Anayasa Mahkemesinin ilk inceleme aşamasında “davada uygulanacak kural” bakımından karşılaşılabilecek tartışmaları aşmasını sağlayacak bir olanak tanıyacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, Anayasa Mahkemesinin, anayasal düzenleme (m.104/17-beşinci cümle) kapsamında somut norm denetimi yoluyla önüne gelen başvurularda, kanunda açıkça düzenlenen konular bakımından da karşılıklı bir irdeleme yapması gerekebileceği göz önüne alındığında, davada uygulanma olasılığı hiçbir şekilde bulunmayan kurallar dışında, farklı ve açık bir hüküm içeren kanun hükmünün uygulanması bağlamında cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı ile karşılıklı olarak yapılacak değerlendirme çerçevesinde dolaylı etki gösterme niteliği taşıyan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralları hakkında anayasallık denetim yolunu işletmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Öte yandan, farklı hüküm bulunması, potansiyel olarak kanunda açık bir düzenleme bulunması durumunu da içinde barındırmaktadır. Derece mahkemesinin, ihmâl yöntemini kullanmadan, daha önce çıkarılmış kanundan farklı hüküm içeren cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı hakkında Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının beşinci cümlesine aykırılık gerekçesiyle itiraz başvurusunda bulunması, Anayasa Mahkemesine, ilgili kararname kuralının yürürlükte kalmasının uygulama ve yargı aşamasında doğuracağı sakıncaların

önüne geçecek nitelikte karar verme olanağı tanımaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını ihmâl etme yolunu tercih etmeyen derece mahkemesinin “*farklı hüküm bulunması*” düzenlenmesiyle amaçsal bir ilişki içinde bulunan “*kanunda açık düzenleme bulunması*” yönündeki anayasal düzenleme üzerinden de itiraz başvurusunu gerçekleştirme olanağı bulunduğunu belirtmek gerekir. Anayasa Mahkemesinin ilk inceleme aşamasında dar bir yorumla başvuruyu yetkisizlik gerekçesiyle reddetmesi yargı ve uygulama aşamalarında sorunlara yol açacak bir yaklaşım olacaktır. Derece mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi ekseninde yürütülen somut norm denetimi sürecinde, farklı hüküm bulunması durumunun, “*kanunda açık düzenleme bulunması*” yönündeki anayasal düzenlemeyle olan amaçsal ilişki kapsamında ele alınması ve/veya itiraz başvurusuna konu yapılan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının derece mahkemesinin önündeki davanın çözümünde kanun hükmü ile yapılan karşılaştırma kapsamında olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte görülmesi, *konu bakımından yetki yönünden* (Any. m.104/17- dördüncü cümle ve beşinci cümle) inceleme yapmanın yolunu açacaktır.<sup>44</sup> Esastan yapılan inceleme sonucunda, iptal kararı verilmesi, yargı ve uygulama aşamalarında hukuki belirlilik, istikrar ve öngörülebilirlik sorunlarının ortaya çıkma olasılığını azaltacaktır.

Dava konusu yapılan idari işlemde önce çıkarılmış ve cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı ile farklı hüküm içeren kanunun, Anayasaya aykırı olması durumu da irdelenmesi gereken sorunlardan biridir. Bu durumda, derece mahkemesinin kanun hükmünü uygulama olasılığı pek mümkün gözükmemektedir. Farklı hüküm içeren kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ciddi gören veya bu yönde bir değerlendirme yapan derece mahkemesinin, çözeceği uyuşmazlık kapsamında cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle karşılaştırma yapabileceği bir kanun hükmünü dikkate almaması ve cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını uygulaması gerektiği söylenebilir.

<sup>44</sup> Atar, aynı konuda hem kanun hem de kararnamede hüküm bulunması durumunda, kanun hükmünün uygulanması gerektiğine ilişkin Anayasa emrinin muhatabının davaya bakan mahkeme olduğunu, Anayasa Mahkemesinin uygulanacak normun kanun hükmü olduğunu belirleme yetkisi bulunmadığını, Anayasa Mahkemesinin “*davada uygulanacak kural*” şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle ilk incelemede başvuruyu reddetme yoluna gitmemesi gerektiğini, farklı hükümlerin bulunması nedeniyle yapılan itiraz başvurusunun “*kanunda açıkça düzenlenen konularda cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz*” kuralına aykırılık bakımından denetlenmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir. Bkz. ATAR, Yavuz (2019), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S.1, Ankara 2019, s. 251.



Ancak derece mahkemesinin bu kanun hükmünü, ihmâl etme yetkisi bulunmamaktadır. Gerçekte, derece mahkemesinin önündeki uyuşmazlığın çözümünde ortaya çıkan Anayasaya aykırılık sorunu, kanunla farklı hüküm bulunma hâlinde kaynaklanmaktadır. Ancak derece mahkemesinin Anayasaya aykırı olduğunu değerlendirdiği kanun hükmünü önündeki uyuşmazlığın çözümünde uygulamasını, kendi içinde büyük bir çelişkiye yol açma potansiyelini taşımaktadır. Derece mahkemesinin, farklı hüküm bulunma hâlini düzenleyen anayasal hükme (m. 104/17- beşinci cümle) dayanarak cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı hakkında somut norm denetimi yolunu kullanması pek mümkün gözükmemektedir. Bu durumda, karşılaştırmaya esasa alınacak kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu değerlendiren derece mahkemesinin kanun hükmü hakkında somut norm denetimi yolunu kullanma olasılığı gündeme gelecektir. Derece mahkemesi kanun hükmünü, somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürdüğünde, verilecek olan bir iptal kararı karşılaştırma yapılacak ve uygulanacak bir normun yürürlükten kalkması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla artık uyuşmazlığın çözümünde esas alınacak cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, Anayasaya aykırılık sorunundan söz edilemeyecektir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin, ret kararı vermesi durumunda, derece mahkemesinin farklı hüküm içeren kanun hükmünü uygulama veya kanunda farklı hüküm/açık düzenleme bulunma durumlarını düzenleyen anayasal hükümler (m. 104/17- dördüncü ve beşinci cümleler) kapsamında cumhurbaşkanlığı kararnamesi için somut norm denetimi yolunu kullanma olanağı bulunduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca her iki düzenlemenin de (kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinin) anayasaya aykırılığının gündeme gelmesi durumunda ikisi içinde somut norm denetimi yolunun kullanılabilmesi açıktır.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarının geriye yürümemesi yönündeki anayasal düzenlemenin (m.153/5) yansımalarını da irdelemek gerekmektedir. İptal kararlarının geriye yürümezliği, anılan kararların en erken Resmî Gazetede yayımlanması anında yürürlüğe gireceği ve geçmişe değil, geleceğe yönelik bir etki göstereceği anlamına gelmektedir. Bu bağlamda, iptaline karar verilmiş bir kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümleri, ilgili iptal kararının gerekçeli olarak Resmî Gazetede yayımlanmasına kadar geçerlidir. İptal kararının yayımlanmasına kadar geçen sürede söz konusu hükümlere dayanılarak tesis edilmiş bütün bireysel işlemler de geçerliliğini korur. İptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı Anayasada benimsenmemiş olsaydı, bu durumun hukuki

güvenlik ilkesi çerçevesinde hukuki istikrar ve öngörülebilirlik bakımından çok büyük sakıncalar doğuracağı açıktır.<sup>45</sup> İptal kararlarının geriye yürümezliği anayasal düzenlemesinin hukuk sonuçlarını/etkilerini somut norm denetimi (itiraz) yoluna başvuran derece mahkemesi ve bu yolu henüz kullanmamış diğer mahkemeler bağlamında ayrı ayrı irdelemek yerinde olacaktır. İptal kararının geriye yürümezliği ilkesi, iptal kararının sonuçlarının itiraz başvurusunda Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan derece mahkemesinin önündeki uyuşmazlığın çözümünde etkili olmasına ve esas alınmasına engel olmaz.<sup>46</sup> İtiraz başvurusunda bulunmayan mahkemeler açısından, iptal kararlarının dava konusu normu ortadan kaldırılması nedeniyle herkes için hüküm ve sonuç doğurması çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. 1982 Anayasası, 1961 Anayasasının aksine, Anayasa Mahkemesine “olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı” karar verme yetkisi tanımamıştır.<sup>47</sup> Bu bağlamda diğer mahkemelerde yargılama süreci sonuçlandırılmadıkça ve uyuşmazlık konusunda bir karar verilmedikçe, Anayasa Mahkemesinin Resmî Gazetede yayımlanan iptal kararının sonuçları etkili olacaktır. Karara bağlanmış davalar açısından bir etkisinin olmayacağı açıktır. Ancak yönetilenlerin menfaatini ihlâl eden veya çeşitli yükümlülükler getiren bireysel işlemlerin dayanağını oluşturan kanun veya cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumunda, değişen durum çerçevesinde ilgili kişinin idareye başvurarak yeni bir işlem tesis edilmesini isteme yolu açık bulunmaktadır (2577 sayılı İYUK m.10). İdarenin bu yöndeki taleplere açık veya zımni olarak ret cevabı vermesi durumunda idari yargıda ret işlemi hakkında iptal davası açılma olanağı her zaman bulunmaktadır.<sup>48</sup> Nitekim Danıştay da kararlarında, bir kanun hükmünün veya düzenleyici işlemin (cumhurbaşkanlığı kararnamesi) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi (ya da yürürlükten kaldırılması) hâlinde ortaya çıkan duruma göre dava açma süresinin yeniden başlayacağını, önceki düzenlemeler çerçevesinde incelenip esastan reddedilen davaların da yeniden

<sup>45</sup> Bu konuda bkz. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 418; GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 1114; ATAR (2018), *a.g.e.*, s.361.

<sup>46</sup> Bkz. TANÖR- YÜZBAŞIOĞLU (2015), *a.g.e.*, s. 558; ATAR (2018), *a.g.e.*, s. 361.

<sup>47</sup> ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 415.

<sup>48</sup> Benzer görüş için bkz. ATAR (2018), *a.g.e.*, s. 362.

açılabilirliğini, “kesin hüküm” bulunduğu gerekçesiyle davaların reddedilemeyeceğini vurgulamaktadır.<sup>49</sup>

Üzerinde durulması gereken diğer bir sorun da Anayasada cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi özel olarak öngörülen konulara (Any. m.104/9, m.106/11, m.108/4 ve m.118/6) ilişkin olarak “*farklı hüküm bulunması*” yönündeki anayasal düzenlemenin nasıl bir uygulama alanı bulacağıdır. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde kabul ettiğimiz üzere, derece mahkemelerinin farklı hüküm bulunması durumuna bağlı olarak iki farklı yargısal denetim yöntemi uygulama seçeneği bulunmaktadır. Derece mahkemeleri, aynı konuda kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hüküm bulunması durumunda kararname kuralını ihmâl ederek kanun hükmünü uygulama veya Anayasaya aykırılık iddiasıyla somut norm denetimi yollunu kullanma olanağına sahiptir. Ancak derece mahkemelerinin, Anayasada cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi özel olarak öngörülen konularda, her iki seçeneği de uygulaması mümkün müdür? Bu sorunun cevabının, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin normlar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesine ve yürütmenin bu konularda mahfuz düzenleme alanına sahip olup olmadığı kabulüne göre değişiklik göstereceği açıktır. Bu konularda özel olarak düzenlenen cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunların farklı hükümler içermesi durumunda, aralarında hiyerarşik eşitlik bulunduğu ve bir kanununa aykırılık sorunundan değil, ancak bir çatışma sorunundan söz edilebileceği, sorunun çatışma kurallarına göre (özel-genel kural; önceki sonraki kural ilişkisi) çözümlenmesi gerektiğini ileri süren görüşler<sup>50</sup> veya bu konularda yürütmenin mahfuz düzenleme alanı bulunduğu ve cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının uygulanması gerektiğini savunan görüşler<sup>51</sup> bulunmaktadır. Öncelikle her iki görüşe de katılmadığımızı belirtmemiz gerekmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri normlar hiyerarşisinde kanun altı bir seviyededir ve yürütmenin kanunlarla dokunulamayacak mahfuz bir düzenleme alanı bulunmamaktadır.<sup>52</sup> Bu çerçevede, aynı konuda farklı hüküm bulunması durumunda, derece mahkemesinin, Anayasada özel olarak cumhurbaşkanlığı

<sup>49</sup> Danıştay 2. Dairesi T. 29 Mayıs 2009, E. 2008/7338, K. 2009/2244; Danıştay 8. Dairesi T. 30 Mart 2009, E. 2008/9268, K. 2009/2170. Kararlar için bkz. KAPLAN, Gürsel (2023), *İdari Yargılama Hukuku*, 9. B., Ekin y., Bursa, 2023, s. 349.

<sup>50</sup> Bkz. ATAR (2018), *a.g.e.*, s. 277; YELKEN (2022), *a.g.e.*, s. 221-222.

<sup>51</sup> Bkz. GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 888-889.

<sup>52</sup> Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. OKŞAR, Mustafa (2019), *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, 1. B., Yetkin y., Ankara, 2019, s. 107-116.

kararnameleriyle düzenlenmesi öngörülen konularda da kararname kuralını ihmâl ederek kanun hükmünü uygulama olanağı bulunduğunu söylemek gerekir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun arasında hiyerarşik bir eşitlik bulunmamakta; bu nitelikteki cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralları da kanun altında bir seviyede yer almaktadır. Ayrıca derece mahkemesinin bu konularda çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralları hakkında, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrası kapsamında somut norm denetimi yolunu kullanmasının önünde de hukuki bir engel bulunmamaktadır.<sup>53</sup>

Nitekim Anayasa Mahkemesi, iptal davası çerçevesinde verdiği kararlarında<sup>54</sup> yürütmenin mahfuz bir düzenleme alanı bulunmadığını kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesinin, Anayasada özel olarak cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen dört madde (m.109/9, m.108/son, m.106/son ve m.118/son) bakımından, sadece Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular (m.104/17-üçüncü cümle) çerçevesinde farklı bir yaklaşım içinde bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen alan kapsamında kalsa da özel olarak cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülen konularda cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ilk elden düzenleme yapılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca yürütmenin bir mahfuz düzenleme alanı bulunmadığını kabul eden Anayasa Mahkemesi, belirtilen bu konularda ilk elden çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarını, Anayasanın ikinci kısım birinci, ikinci ve dördüncü bölümleri içinde kalıp kalmadığı (Any. m.104/17-ikinci cümle) ve *kanunda açıkça düzenleme bulunup bulunmadığı* (Any. m.104/17-dördüncü cümle) noktasında incelenmeye tâbi tutmaktadır.<sup>55</sup> Derece mahkemesinin itiraz başvurusunun, Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı çerçevesinde irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre, derece mahkemesinin, belirtilen dört

<sup>53</sup> Bu konuda bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 412-414.

<sup>54</sup> Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararına göre “*Anayasada olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK’lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK’lar için getirilen sınırlamalar, Anayasada CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasanın CBK’lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır.*” Bkz. AYMK., T. 23 Ocak 2020, E. 2019/31, K. 2020/5, (para. 25), 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>55</sup> Bkz. AYMK., T. 11 Kasım 2021, E. 2018/121, K. 2021/84, (para. 89, 116, 132, 148), 17 Mart 2022 Tarih ve 31781 Sayılı Resmî Gazete.

alandaki ilk elden çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralları hakkında, sadece münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarıldığı gerekçesine dayanan bir aykırılık iddiasında bulunmayı tercih etmemesi gerektiği söylenebilir. Ancak Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrası kapsamındaki diğer sınırlamalara bağlı aykırılıklar bakımından olağan dönemlerde yürütme yetkisine dayanılarak çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin olarak yukarıda açıklanan yöntem ve uygulamalardan uzaklaşmayı gerektirecek bir farklılığın bulunmadığını belirtmek gerekir.

İrdelenmesi gereken diğer bir konuda da aynı konuda kanun ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinde farklı hüküm ve/veya kanunda açık düzenleme bulunması durumlarına bağlı olarak Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesiyle başlatılan somut norm denetimi sürecinde, Anayasa Mahkemesinin inceleme kapsamının belirlenmesidir. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının iptali istemiyle yaptığı itiraz başvurusunda aynı konuda açık ve/veya farklı hüküm içerdiğini belirttiği kanun dışında diğer tüm kanunları da incelemeli midir? Başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesi, ilgili her kanun bakımından açık düzenleme ve/veya farklı hüküm bulunup bulunmadığı konusunda bir inceleme yapmalı mıdır? Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yaklaşımının, iptal davalarında olduğu gibi, somut norm denetimine konu yapılan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, ilgisi bulunduğu değerlendirilen tüm kanunlarla karşılaştırılarak incelemeye tâbi tutulması yönünde olacağı söylenebilir. Anayasa Mahkemesinin iptal davası çerçevesinde cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarına ilişkin verdiği kararlarda, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrası bağlamında “*konu bakımından yetki yönünden*” yaptığı anayasallık denetimini, büyük oranda, anılan fıkra cümlelerinin sırasıyla irdelenmesi şeklinde gerçekleştirmektedir. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarda “...*gerek anılan Kanun’da gerekse başka bir kanunda dava konusu kuralın ilişkin olduğu konulara dair herhangi bir düzenlemenin varlığı tespit edilememiştir. Bu itibarla kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.*” yönündeki ifadeleriyle tüm kanunlar bakımından bir inceleme yapma yaklaşımını benimsediği görülmektedir.<sup>56</sup> Anayasa Mahkemesinin, somut

<sup>56</sup> “Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmayacağı ifade edilmiştir. CBK’ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip  
YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)

norm denetimi yoluyla Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrası kapsamında önüne getirilen Anayasaya aykırılık iddialarını bu yaklaşımdan uzaklaşarak değerlendirme yapmasını geçerli kılacak bir neden bulunmamaktadır. Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesinin iptal ve itiraz davalarında, Anayasaya aykırılık hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu bulunmamakta; mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılığa kararı verebilmektedir.<sup>57</sup> Bu bağlamda, somut norm denetimi yoluyla önüne gelen Anayasaya aykırılık iddialarını da tüm kanunlar bakımından inceleme yaklaşımın içinde bulunacağını söylemek hatalı olmasa gerekir. Burada, Anayasa Mahkemesinin itiraz başvurusunda aynı konuyu düzenlediği belirtilen kanun hükmü dışında tüm kanunlar bakımından karşılaştırmalı bir inceleme yaparak karar vermesinin, başvurunun beş ay içinde (Any. m.152/3) sonuçlandırılmamasına bağlı sorunlar ortaya çıkabileceği ileri sürülebilir.<sup>58</sup> Ancak Anayasa Mahkemesinin başvuru konusu cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını, tüm kanunları kapsayıcı şekilde inceleme yaklaşımı, aynı kural hakkında daha sonra yapılacak itiraz başvurularının önüne geçecek bir nitelik göstermektedir. Anayasa Mahkemesinin bu şekildeki kapsayıcı yaklaşımını sürdürmesinin, yargı kararlarında hukuki istikrar ve öngörülebilirliğe önemli bir katkı sağlayacağı açıktır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin somut norm denetiminde farklı hüküm ve/veya açık düzenleme içerdiği belirtilen kanun dışında, itiraz

---

*düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.BBu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanıp uygulanmayacağı, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır.” Bkz. AYMK., T. 30 Aralık 2020, E. 2019/71, K. 2020/82, (para. 31-32), 24 Şubat 2021 Tarih ve 31405 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 14 Ocak 2021, E. 2019/77, K. 2021/2, (para. 21), 24 Şubat 2021 Tarih ve 31405 Sayılı Resmî Gazete.*

<sup>57</sup> 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un, “İptal ve İtiraz Davalarına İlişkin Ortak Hükümler” başlıklı Üçüncü Bölümünde yer alan 43. maddesinin üçüncü fıkrası şu şekildedir: “Mahkemenin, kanunların,BCumhurbaşkanlığı kararnamelerininBve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğüünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.”

<sup>58</sup> Azaklı, itiraz konusu Anayasaya aykırılık iddiasında geçen kanun dışında tüm kanunlar bakımından incelemeye tâbi tutulması durumunda, başvurunun beş ay içinde sonuçlandırılmasının mümkün olmayabileceğini belirtmektedir. Bkz. AZAKLI (2019), a.g.m., s. 98-99.

başvurusuna konu olan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını, başka kanun hükümleriyle karşılaştırarak iptal kararı vermesi durumunda, derece mahkemesinin görev ve yetki alanına müdahale edildiği ve uygulanacak kanun hükmünü belirlediği söylenebilir mi? Anayasa Mahkemesi itiraz başvurusunda belirtilen dışında başka bir kanun hükmünü esas alarak iptal kararı vermesi, derece mahkemesinin hangi kanunu uygulayacağını belirleme sonucunu doğuracak mıdır? Anayasa Mahkemesi anayasallık denetimi yapmakta ve bu konuda ölçü norm olarak Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasını esas olmaktadır. Bu gerekçeyle hakkında iptal kararı verilen cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kalktığı ve artık uygulama olanağının bulunmadığı açıktır. Gerçekte, somut norm denetimi yolunu tercih eden derece mahkemesinin cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir kanunun farklı ve/veya açık hüküm içerdiğini ileri sürmesinde de Anayasaya aykırılığın dayanağını söz konusu anayasal düzenleme (Any. m.104/17) oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, derece mahkemesinin ileri sürdüğü kanun dışında başka bir kanun hükmüne aykırılık nedeniyle verdiği iptal kararında gerekçe, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrası cümlelerine dayanmaktadır. Tüm kanunlar kapsamında yapılacak bir inceleme yaklaşımının benimsenmesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin böyle bir karar verme yetkisi bulunmaktadır. İtiraz başvurusuna konu yapılan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı, başvuruda belirtilmeyen başka bir kanun hükmündeki farklılık gerekçesiyle de olsa, sonuç itibarıyla anayasal bir gerekçeyle iptal edilmiş olacaktır. Ortada ilgili davada uygulanacak bir kararname kuralı da artık bulunmayacaktır. Bu çerçevede, derece mahkemesinin, Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararında açık düzenleme ve/veya farklı hüküm içerdiğini belirlediği kanunu esas alarak, davayı çözüme ulaştırmak yükümlülüğü altında bulunduğu veya Anayasa Mahkemesinin belirlediği kanun hükmünü uygulayarak uyuşmazlığı çözmesi gerektiği ileri sürülebilir mi? İptal kararı sonucunda artık ortada uygulanacak bir cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı bulunmamakta ve buna bağlı olarak uyuşmazlığın kanun hükmünün uygulanarak çözümlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Derece mahkemesinin ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının iptaline neden olan kanun hükmünü uygulaması gerektiği ileri sürülebilirse de itiraz başvurusunda kendisinin belirttiği kanun hükmü çerçevesinde uyuşmazlığı çözümlenmesi önünde hiçbir engel bulunmadığını da belirtmek gerekir.<sup>59</sup>

<sup>59</sup> Bu konuda bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 418-419.

### C. Yasama Organının Aynı Konuda Sonradan Kanun Çıkarması Durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Hükümsüz Hâle Gelmesi (Any. m.104/17- Altıncı Cümle)

Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesinde “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hâle gelir.*” düzenlemesi yer almaktadır. Bu anayasal düzenleme, öncelikle yürürlükte bulunan ve hukuki sonuçlar doğuran bir cumhurbaşkanlığı kararnamesinin varlığını gerekli kılmaktadır.<sup>60</sup> Bununla birlikte, anayasal düzenlemede yer alan “*hükümsüz hâle gelme*” ifadesinin potansiyel olarak bazı sorunları içinde barındırdığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda, öncelikle “*hükümsüz hâle gelme*” ifadesiyle neyin amaçlandığı ve doğuracağı hukuki sonuçlar irdelenmelidir.<sup>61</sup> Bu ifadenin<sup>62</sup> anlam ve kapsamının belirlenmesi, söz konusu anayasal düzenlemenin (Any. m.104/17- altıncı cümle) doğuracağı hukuki sonuçların çerçevesinin çizilmesini de sağlayacaktır. Yüklenen anlama bağlı olarak ortaya çıkacak hukuki sonuçların farklılık göstereceği ve yargısal denetim aşamasında farklı yansımaları neden olacağı açıktır.

“Hükümsüzlük” ifadesinin “*yokluk*” anlamına geldiğini kabul etmek, doğacak hukuki sonuçların cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlüğe girdiği andan itibaren geçersiz kabul edilmesi gerektiğini de gündeme

<sup>60</sup> Öte yandan aynı konuda kanun çıkarılmasına bağlı olarak yürürlükte bulunan bir cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tümünün veya bir kısım kurallarının hükümsüz kılınmasının, yasama organına, cumhurbaşkanlığı kararnameleri üzerinde bir denetim olanağı sağladığını da vurgulamak gerekir.

<sup>61</sup> Ülgen, anılan anayasal düzenlemede “yürürlükten kalkar” ifadesi yerine “hükümsüz hale gelir” ifadesinin tercih edilmesinin bir anlamı olduğunun düşünülebileceğini, Anayasanın 119. maddesinde, olağanüstü hâl döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde görüşülüp karara bağlanmadığı takdirde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı belirtilmesine karşın, olağan dönemde, kanun yapıldığında cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlükten kalkacağı değil, hükümsüz hale geleceğinin belirtilmesinin bu hükmün geçmişe etkili bir geçersizlik hâli olarak yorumlanmasının mümkün olabileceğini, ancak, bu yorumun hukuk düzeninde ciddi olumsuz sonuçları olacağını belirtmektedir. Bkz. ÜLGEN (2018), a.g.m., s. 35.

<sup>62</sup> “Hükümsüzlük” kavramı, sözlük anlamıyla hükmü kalmamış, geçersiz olmak, hükümsüz olma durumu, geçersiz, yürürlükten çıkmış, yürürlükten kaldırılmış anlamlarına gelmektedir. Bkz. YILMAZ, Ejder (1985), *Hukuk Sözlüğü*, 3. B., Akademi Matbaası, Ankara, 1985, s. 295; Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 5 Şubat 2024).



taşıyacak niteliktedir.<sup>63</sup> Öncelikle anılan ifadenin geleceğe etkili bir geçersizliğe vurgu yaptığını ve “*iptal edilebilirlik*” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir.<sup>64</sup>

Anayasal düzenlemenin (Any. m.104/17- altıncı cümle) yargı aşamasındaki öznelerle hitap ettiği açıktır. Anayasal düzenlemede geçen “*hükümsüz hâle gelme*” ifadesinden kaynaklı olarak yaptırımın “*yokluk*” olduğunu veya bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin “*yokluğun tespiti*” kararı vermesi gerektiğini kabul etmek, hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarının hiçbir şekilde hukuki sonuç doğurmadığı veya doğurmaması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu yaklaşımın, çıkarılan bir kanunla hükümsüz hâle getirilen cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak tesis edilen birel işlemler bakımından olumsuz yönde ve tartışmalı hukuki sonuçlar doğuracağı açıktır. “*Yokluk*” yaptırımının kabul edilmesi, hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarına uygun olarak tesis edilen idari işlemlerin geriye etkili olarak hukuki sonuçlarının ortadan kaldırılması veya ilgili işlemlerin geri alınması bağlamında telafisi güç sorunları gündeme taşıyacağı açıktır.

<sup>63</sup> Ardiçoğlu’na göre, “*Anılan fıkranın (Any. m.104/17) son cümlesinde yer alan ‘Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.’ hükmü ise bir iptal nedeni değildir, ancak Anayasa Mahkemesi bu durumda yokluğun tespiti kararı vermelidir. Aslında bu bir yokluk tespiti olduğu için adli ve idari yargı organlarının da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaksızın kendilerinin verebileceği bir karardır.*” Bkz. ARDIÇOĞLU (2017), a.g.m., s. 45, dpn. 30. Ardiçoğlu’nun adli ve idari yargı organlarının Anayasa Mahkemesine başvurmadan “*yokluğun tespiti*” kararı verebileceği yönündeki görüşünün, geleceğe etkili bir hükümsüzlüğü (geçersizliği) ifade edip etmediği tam olarak anlaşılammaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi, “*yokluğun tespiti*” veya “*yokluk*” yönünde karar vermemiş olmakla birlikte; bazı kararlarının gerekçesinde bu konuyu irdelemiş ve “*yokluğun tespiti*” kararının “*Bir normun yokluğu, hukuk dünyasında hiç doğmamış olduğunun ifadesidir*” şeklinde tanımlamada bulunmuştur. Bkz. AYMK., T. 31 Mayıs 2018, E. 2018/59, K. 2018/ 60, (para. 6, 7), 30 Haziran 2018 Tarih ve 30464 Sayılı Mükerrer Resmî Gazete. Ayrıca bkz. AYMK., T. 13 Aralık 2022, E. 2019/87, K. 2022/158, (para. 143-146), 14 Temmuz 2023 Tarih ve 32248 Sayılı Resmî Gazete. Aynı değerlendirme idari yargı bakımından da geçerlidir.

<sup>64</sup> Bkz. EREN (2019), a.g.m., s. 63; YAYLA, Ahmet (2019), “Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, İzmir, 2019, s. 1628-1629; OKŞAR (2019), a.g.e., s. 173-174; AZAKLI (2019), a.g.m., s. 90-91. Aynı yönde bkz. ÜLGEN ADADAĞ, Özen (2019), “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, s. 266-268.

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarının gerekçesinde yokluk konusunu tartışmış, ancak şimdiye kadar doğrudan yokluk/yokluğun tespiti kararı vermemiştir.<sup>65</sup> Anayasa Mahkemesi, bu konuda “*Bir normun yokluğu, hukuk dünyasında hiç doğmamış olduğunun ifadesidir. Normun varlığı ise, o normun yürürlüğe girmesine ve uygulanmasına bağlı bulunmamaktadır. Varlık, yürürlük ve uygulanma kavramları birbirinden farklı olup varlık, bir normun hukuk âleminde vücut bulmasını ifade etmektedir. Kanunlar bakımından yokluk, parlamento iradesinin bulunmaması gibi durumlarda, başka bir ifadeyle bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı takdirde söz konusu olabilecektir. // Yokluktan farklı olan hukuka aykırılık hâli ise hukuk âleminde var olan normun, hukukun öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde çıkarılmaması anlamını taşımaktadır. Hukuka aykırılık hâli ne kadar ağır ve açık olursa olsun bir normun hukuka aykırı olması, zorunlu koşullarının bulunması suretiyle var olan o normun yokluğu sonucunu doğurmaz. Bu nedenle kanunların veya kanun hükümlerinin Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken hususlarda Anayasa’ya aykırılığının tespiti, ilgili kanun veya kanun hükümlerinin yokluğunu değil iptalini gerekli kılar.*”<sup>66</sup> yönünde değerlendirmelerde bulunmaktadır. Mahkemenin, cumhurbaşkanlığı kararnamesine ilişkin verdiği bir kararda, “*Hazırlanan bir CBK metninin Cumhurbaşkanı tarafından kabul edilmesi, onun norm hâline gelmesi sonucunu doğurmakta; başka bir ifadeyle Cumhurbaşkanı’nın CBK’nın kabulü yönündeki iradesi CBK’nın varlık kazanması için gerekli ve yeterli bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı’nın CBK’yu yayımlama iradesi ve CBK’nın Resmî Gazete’de yayımlanması ise CBK’nın aleniyet kazanması ve yürürlüğe girmesi bakımından önem taşımaktadır. // Bir normun yokluğu, hukuk dünyasında hiç doğmamış olduğunun ifadesidir.*

<sup>65</sup> Bu konuda bkz. ALİEFENDİOĞLU, Ali (2009), “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında ‘Yokluk’ ya da ‘Yok İşlem’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 81, Ankara, 2009, s. 13-14.

<sup>66</sup> Bkz. AYMK., T. 31 Mayıs 2018, E. 2018/59, K. 2018/ 60, (para. 6, 7), 30 Haziran 2018 Tarih ve 30464 Sayılı Mükerrer Resmî Gazete. Aynı yönde kararlar için bkz. AYMK., T. 31 Mayıs 2023, E. 2018/77, K. 2023/105, (para. 177-179), 22 Kasım 2023 Tarih ve 32377 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 9 Kasım 2022, E. 2018/164, K. 2022/134, (para. 6-9), 9 Mayıs 2023 Tarih ve 32185 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 13 Ekim 2021, E. 2021/43, K. 2021/74, (para. 10-13), 3 Aralık 2021 Tarih ve 31678 Sayılı Resmî Gazete. Anayasa Mahkemesinin daha eski tarihli benzer kararları için bkz. AYMK., T. 17 Eylül 1992, E. 1992/26, K.1992/48, 29 Kasım 1992 Tarih ve 21420 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 5 Temmuz 2007, E. 2007/72, K. 2007/68, 7 Ağustos 2007 Tarih ve 26606 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 27 Kasım 2007, E. 2007/99, K. 2007/86, 19 Şubat 2008 Tarih ve 26792 Sayılı Resmî Gazete; AYMK., T. 10 Nisan 2014, E. 2014/57, K. 2014/81, 14 Mayıs 2014 Tarih ve 29000 Sayılı Resmî Gazete.

*Normun varlığı ise o normun yürürlüğe girmesine ve uygulanmasına bağlı bulunmamaktadır. Varlık, yürürlük ve uygulanma kavramları birbirinden farklı olup varlık, bir normun hukuk âleminde vücut bulmasını ifade etmektedir. CBK'lar bakımından yokluk, Cumhurbaşkanı'nın iradesinin bulunmaması gibi durumlarda, başka bir ifadeyle CBK normunun varlığının zorunlu unsurları oluşmadığı takdirde söz konusu olabilecektir. // Yokluktan farklı olan hukuka aykırılık hâli ise hukuk âleminde var olan normun, hukukun öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde çıkarılmaması anlamını taşımaktadır. Hukuka aykırılık hâli ne kadar ağır ve açık olursa olsun bir normun hukuka aykırı olması, zorunlu koşullarının bulunması suretiyle var olan o normun yokluğu sonucunu doğurmaz. Bu nedenle CBK'ların veya CBK hükümlerinin Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken hususlarda Anayasa'ya aykırılığının tespiti, ilgili CBK veya CBK hükümlerinin yokluğunu değil iptalini gerekli kılar. // Dava dilekçesinde kuralın Anayasa'ya aykırılığı yolunda ileri sürülen hususlar ile kuralda yer alan düzenlemelerin niteliği CBK'nın varlık kazanmasını imkânsız kılan hâller kapsamına girmediğinden kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesini ve bu inceleme neticesinde varılacak sonuca göre iptalini ya da iptal talebinin reddini gerekli kılmaktadır.”<sup>67</sup> şeklinde benzer değerlendirmelerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin, yokluk denetimini çok sınırlı bir şekilde “normun varlığı için zorunlu olan koşullar” çerçevesinde ele aldığı görülmektedir. Anayasa yargısında şimdiye kadar yokluk kararı verilmemiş ise de Anayasa Mahkemesinin bu yönde karar vermeyi kendi yetki alanı içinde gördüğünü ve bazı kararlarının gerekçesinde tartışma konusu yaptığını belirtmek gerekmektedir.<sup>68</sup>*

Sonradan çıkarılan bir kanunla cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz kılınması durumunda, cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlüğe girdiği andan itibaren yok hükmünde sayılması sonucuna ulaşılması, hakkında anayasallık denetimi yapılacak bir kuralın bulunmadığının kabulünü de beraberinde getirecektir. Hukuki alemde var olmayan ve yürürlüğe girdiği andan itibaren hiçbir hukuki sonuç doğurmadığı kabul edilen bir hukuk kuralı hakkında anayasallık denetiminin yapılmasının

<sup>67</sup> Bkz. AYMK., T. 13 Aralık 2022, E. 2019/87, K. 2022/158, (para. 143-146), 14 Temmuz 2023 Tarih ve 32248 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>68</sup> Gözler, hukuk sistemimizde, Anayasa Mahkemesi veya başka bir mahkemenin yokluk kararı verme yetkisi bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 1136-1137. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verebileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bkz. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 411; ALİEFENDİOĞLU (1996), *a.g.e.*, s. 341.

mümkün olmadığı ileri sürülebilir.<sup>69</sup> Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi yoluyla önüne gelen iptal başvurusuna konu yapılan kararname kuralını uyuşmazlıkta uygulanacak hüküm niteliğini taşımadığı gerekçesiyle, ilk inceleme aşamasında ret kararı vermesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.<sup>70</sup> Diğer yandan Anayasa Mahkemesinin, cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında yapacağı anayasallık denetiminde, cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılmasına ilişkin Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde yer alan sınırlamalara aykırılığın söz konusu olduğu her durumda, yokluk (yokluğun tespiti) kararı vermesi gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kanunlara ilişkin yaptığı anayasallık denetiminde verdiği bir kararda<sup>71</sup> yasama yetkisinin gaspı (fonksiyon gaspı) durumunda yokluğun söz konusu olabileceği yönünde değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu kabul çerçevesinde, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesi uyarınca cumhurbaşkanlığı kararnamelerine kapalı tutulan (yasak) alanda çıkarılan düzenlemeler hakkında yokluk yaptırımının uygulanması gerektiği de savunulabilir.<sup>72</sup> Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen yasak alanda (Any. m.104/17- birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleler) çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında, fonksiyon gaspı gerekçesiyle, böyle bir sonuca ulaşılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, soyut norm denetimi çerçevesinde verdiği kararlarda, yürütme yetkisine ilişkin olmayan konularda (Any. m.104/17- birinci cümle); temel hak ve özgürlükler ilişkin yasak alanda (Any. m.104/17- ikinci cümle); münhasıran kanun alanında kalan (Any. m.104/17- üçüncü cümle) ve kanunda açık düzenlenmiş konularda (Any. m.104/17- dördüncü cümle) çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnameleri hakkında yaptığı yargısal denetimde *yokluk/yokluğun tespiti* konusuna girmeden, iptal edilebilirlik çerçevesinde değerlendirmeler yaptığı ve bu kapsamda kararlar verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, yasama

<sup>69</sup> Bu konuda bkz. GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 1137; AZAKLI (2019), *a.g.m.*, s. 91.

<sup>70</sup> Bu yönde değerlendirmeler için bkz. APAYDIN (2020), *a.g.m.*, s. 536; EREN (2019), *a.g.m.*, s. 64.

<sup>71</sup> Bkz. AYMK., T. 10 Nisan 2014, E. 2014/57, K. 2014/81, 14 Mayıs 2014 Tarih ve 29000 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>72</sup> Apaydın, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalara aykırı çıkarılan cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin iptal davasına konu olabileceğini, ancak cumhurbaşkanının düzenleme iradesine kapalı alana girilmesi durumunda yokluk yaptırımının uygulanması ve bu konudaki itiraz başvurularının ilk inceleme aşamasında reddedilmesi gerektiğini, ayrıca bu yöndeki kararın, yokluk durumunun tespiti niteliğinde olacağını belirtmektedir. Bkz. APAYDIN (2020), *a.g.m.*, s. 536.

yetkisine müdahale eden cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin verdiği kararlarında hiçbir şekilde bu yokluk konusuna değinmemiştir. Bu konuda, iptal edilebilirlik kapsamında sonuca ulaşmıştır.<sup>73</sup> Anayasa Mahkemesinin, “konu bakımından yetki yönünden” esastan yaptığı incelemelerde, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na ekli (I) Sayılı Cetvele eklemeler yapan 19 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (m.1) hakkında, Anayasaya (Any. m.104/17- birinci cümle) aykırılık bulunduğu değerlendirilmesiyle iptal kararı;<sup>74</sup> 43 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (m.17) hakkında, kuralın kişisel verilere ilişkin bir düzenleme niteliğinde olup cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyecek yasak alan (Any. m.104/17- ikinci cümle) içinde kaldığı gerekçesiyle iptal kararı;<sup>75</sup> 65 sayılı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 1. maddesiyle ekli (1) Sayılı Liste’de yer alan kadroların ihdas edilmesi hakkında, münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda (Any. m.104/17- üçüncü cümle) düzenleme getirildiği gerekçesiyle iptal kararı;<sup>76</sup> 46 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (m.1, m.2) hakkında, aynı konuda kanunda (kararda KHK’de) açık bir düzenleme bulunmadığı (Any. m.104/17- dördüncü cümle) gerekçesiyle ret kararı<sup>77</sup> vermiş olması, iptal edilebilirlik denetimi içinde kaldığına örnek olarak verilebilir. Anayasa Mahkemesinin aksi yönde bir yaklaşımla cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralları hakkında geçmişe etkili bir şekilde *yokluk/yokluğun tespiti* kararı vermesi durumunda, yargı ve uygulama aşamasında birçok soruna kapı aralayacağı açıktır. Başlangıç itibariyle Anayasaya uygun olarak çıkarıldığı kabul edilen cumhurbaşkanlığı kararnamesinin, yokluk yaptırımını kapsamında yürürlüğe girdiği andan itibaren geçersiz/hükümsüz sayılmasının, yargı ve uygulama aşamalarında hukuki güvenlik (belirlilik, öngörülebilirlik ve istikrar) ilkesinin

<sup>73</sup> Anayasa Mahkemesinin somut norm denetimi yolu kapsamında aynı yönde verdiği karar için bkz. AYMK., T. 26 Ekim 2023, E. 2018/18, K. 2023/180, (İptal davası ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun itiraz başvurusu birleştirilmiştir.), 27 Şubat 2024 Tarih ve 32473 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>74</sup> Bkz. AYMK., T. 11 Haziran 2020, E. 2018/155, K. 2020/27, (para. 20-24), 23 Temmuz 2020 Tarih ve 31194 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>75</sup> Bkz. AYMK., T. 24 Şubat 2022, E. 2019/96, K. 2022/17, (para. 71-80), 26 Mayıs 2022 Tarih ve 31847 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>76</sup> Bkz. AYMK., T. 29 Nisan 2021, E. 2020/71, K. 2021/33, (para. 15-21), 16 Haziran 2021 Tarih ve 31513 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>77</sup> Anayasa Mahkemesi bu kararında içerik yönünden de Anayasaya aykırılık görmemiştir. Bkz. AYMK., T. 12 Haziran 2020, E. 2019/105, K. 2020/30, (para. 15-39, 41-65), 20 Ağustos 2020 Tarih ve 31219 Sayılı Resmî Gazete.

gerçekleştirilmesini engelleyebilecek bir niteliğe sahip olduğunu belirtmek gerekir.<sup>78</sup> Ayrıca Anayasada, Anayasa Mahkemesinin yokluk veya yokluğun tespiti yönünde karar verebileceğine ilişkin, doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca Anayasada yer alan anayasa yargısındaki iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesi (Any. m.153/5) de Anayasa koyucunun yokluk yaptırımını amaçlamadığını destekleyecek niteliktedir.<sup>79</sup> Anayasanın açıkça vermediği bir yetkinin yorum yoluyla kullanılması da pek mümkün gözükmemektedir. Nitekim hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanılamaz (Any. m.6/3). Bu bağlamda, anayasal düzenlemenin öngördüğü (m.104/17) sınırlamaların “*iptal edilebilirlik*” kapsamında ve geleceğe etkili bir geçersizlik anlamında ele alınması gerektiğini söyleyebiliriz.<sup>80</sup>

Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesinde yer alan düzenlemenin geleceğe yönelik bir geçersizliğe ve ilga edilmeye (kaldırılmaya) işaret ettiğini kabul etmek ve bu yönde bir anlam yüklemek gerektiği tartışmasızdır. Hükümsüzlük hâlinin hukuki sonuçları, cumhurbaşkanlığı kararnamesini hükümsüz kılan kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren doğacaktır ve cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürürlüğe girdiği tarihe kadar geriye götürülemeyecektir. Böylece cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak tesis edilen bireysel (birel) işlemler bakımından doğacak ciddi sorunların da önüne geçilmiş olacaktır.<sup>81</sup> Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesinde yer alan düzenleme çerçevesinde, hükümsüzlük öngören kanunun yürürlüğe girmesinden önce ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarına uygun olarak işlem tesis edilebileceği, ancak kanunun yürürlüğe giriş tarihinden sonra hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralları esas alınarak işlem tesis edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Hükümsüz kılan kanunun yürürlüğe

<sup>78</sup> Bu konuda bkz. OKŞAR (2023), *a.g.e.*, s. 424-426.

<sup>79</sup> Bkz. ÖZBUDUN, Ergun (2009), *Türk Anayasa Hukuku*, 10. B., Yetkin y., Ankara, 2009, s. 422 (Özbudun, kitabının 18. baskısında ve sonraki baskılarında, bu görüşlere yer vermemiştir. Kitabının son baskılarında, Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı verebileceğini kabul etmektedir. ÖZBUDUN (2018), *a.g.e.*, s. 410-411. Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı veremeyeceği konusunda ayrıca bkz. AZAKLI (2019), *a.g.m.*, s. 91; GÖZLER (2018), *a.g.e.*, s. 1136-1137.

<sup>80</sup> Bu konuda bkz. OKŞAR (2019), *a.g.e.*, s. 174.

<sup>81</sup> Burada, tek iradenin egemen olmasına yol açan cumhurbaşkanı hükümet sisteminin yapısal özellikleri ve anayasal kurgusu dikkate alındığında, tek iradenin hiyerarşisi altında bulunan idarenin (uygulayıcıların) özellikle zimnen hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarına dayanarak işlem tesis etme olasılığının yüksek olduğu sorununa da vurgu yapmak gerekmektedir.

girmesinden önce ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarına göre yapılan işlemler, hukuki sonuçlarını koruyacaktır. Bu bağlamda, üzerinde durulması gereken sorunun irdelenmesinde, öncelikle hükümsüzlük hâlinin işlemin tesisi anında veya öncesinde var olup olmadığı ve daha sonrasında derece mahkemesinde yargılama süreci devam ederken ortaya çıkması bakımlardan ayırım yapmak gerekmektedir. Bu ayırım bağlamda, “hükümsüzlük” hâlinin somut norm denetimi yolu kapsamında derece mahkemelerinin önündeki uyuşmazlıklar bakımından uygulama bulma olasılığının irdelenmesi gerekmektedir.

Derece mahkemesi, işlemin tesis anında yürürlükte olan, ancak işlemin tesisinden sonra bir kanunla hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı hakkında nasıl bir yol izlemelidir? Öncelikle belirtmek gerekirse, idari yargıda uyuşmazlıklar<sup>82</sup> işlemin tesis edildiği andaki kurallara göre çözüme ulaştırılır. Burada, işlem tesisi anında yürürlükte olan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, işlemten sonra ve/veya dava açma aşamasında ve derece mahkemesinde yargılama süreci devam ederken, TBMM tarafından çıkarılan bir kanunla hükümsüz hâle gelmesi durumunda, “hükümsüzlük” durumu dikkate alınmamalıdır. Ancak işlemin tesis anından önce gerçekleşen “hükümsüzlük” hâlinde derece mahkemesinin, uyuşmazlığın çözümünde hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını esas alması ve uygulaması mümkün gözükmemektedir. Önündeki uyuşmazlığa uygulayacağı kuralın, yargılama süreci devam ederken bir kanunla hükümsüz kılınmasının, uyuşmazlığın çözümünde, işlem anındaki kuralı uygulamak zorunda olan derece mahkemesi bakımından bir etkisi olmaması gerekir.<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusunun yürütme yetkisine ilişkin konuları içermesi nedeniyle uyuşmazlıkların genellikle idari yargı kolunun görev alanı içinde kalacağını söylemek hatalı olmasa gerekir.

<sup>83</sup> “Anayasa Mahkemesinin önünde önem kazanan ve incelenmesi gereken husus o davanın taraflarının bu işlemten yararlanıp yararlanmayacakları değil, kuralların muhakemesi yapılarak, Anayasaya aykırılık varsa, o kural iptal edilmek suretiyle Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin egemen kılınmasıdır. Bu nedenlerle, Anayasaya aykırılık savlarının Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi yolunu açan 1982 Anayasasının 152. maddesiyle güdülen temel amacın, kişilerin haklarının korunması yanında, bu yolla, Anayasaya aykırı kuralların iptaline de olanak vermek suretiyle kamu düzeninin ve o düzenin temelini oluşturan Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin himayesi olduğunda duraksanamaz. // Dava mahkemelerinde itiraz yoluna başvurma kararı alınarak bu yol izlemeye başladıktan sonra ne mahkeme ve ne de taraflar işlemeye başlayan bu düzeni durdurmaya yetkili değildirler. Sonradan doğacak hukuki durumlar, Anayasa Mahkemesindeki çalışmayı etkilemeyeceğinden, dava mahkemesindeki davadan davacının feragat etmiş olması, başlamış olan Anayasaya uygunluk denetiminin sonuçlandırılmasına

Böyle bir durumun etkili olması ve anlam ifade edebilmesi, söz konusu anayasal düzenlemede (Any. m.104/17- altıncı cümle) geçen “*hükümsüzlük*” ifadesine yokluk anlamı yüklenmesiyle ancak mümkün olabilir. Bu durumda da ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesi yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hükümsüz sayılacağından, Anayasa Mahkemesinin somut norm denetiminin ilk inceleme aşamasında “*davada uygulanacak kural*” bulunmadığından ret kararı vermesi olasılığı gündeme gelecektir. Öte yandan derece mahkemesinin, yargılama süreci devam ederken gerçekleşen hükümsüzlük hâlinde bağımsız olarak, işlem tesisi anında yürürlükte bulunan ve önündeki davanın çözümüne uygulayacağı cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının *içerik* yönünden Anayasaya aykırılığını ciddi görerek, somut norm denetimi yoluna başvurması her zaman mümkündür. Bu aşamada, Anayasa Mahkemesinin ilk inceleme aşamasında “*davada uygulanacak kural*” bulunmadığı gerekçesiyle ret kararı vermesi durumu da söz konusu olmayacaktır.

Bu açıklamalar çerçevesinde cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarının idari işlemin tesis tarihinden önce hükümsüz kılınması durumunun irdelenmesi önem kazanmaktadır. Bir cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tümünün veya bir kısım kurallarının sonradan çıkarılan bir kanun hükmüyle uyuşmazlık konusu idari işlemin tesisinden önce, açıkça veya zımnî olarak hükümsüz kılınması mümkündür. Bu duruma bağlı olarak ortaya çıkacak sorunları, farklı olasılıklar çerçevesinde irdelemek gerekmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını hükümsüz kılan ve/veya ilga eden kanun hükmü, açıkça madde madde hangi kuralların hükümsüz kılındığını ve/veya ilga edildiğini gösteren bir metni içerebilir. Bu durumda, derece mahkemesinin, işlem tesis tarihinden önce ilga edilen cumhurbaşkanlığı kuralına dayanılarak yapılan idari işlem hakkında iptal kararı vermesi gerektiği söylenebilir. Diğer yandan yürürlükte bulunan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, idari işlemin tesisinden önce ve açık olmayacak şekilde zımnî olarak hükümsüz kılınma hâlinin varlığı durumunda, farklı derece mahkemelerinin farklı yorumlarla farklı sonuçlara ulaşabilme olasılığı gündeme gelecektir. Derece mahkemeleri, uyuşmazlığın çözümünde, idari işlemin tesis tarihinde yürürlükte olan ve işleme dayanak alınan hukuki kurallarını dikkate almak zorundadır. Burada üzerinde durulan sorun, bir kanunla zımnî olarak ilga edilen veya hükümsüz (geleceğe yönelik olarak geçersiz) kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, idari işlemin tesis

*engel teşkil edemez.”* Bkz. AYMK., T. 8 Aralık 1983, E. 1981/10, K. 1983/16, 7 Ağustos 1984 Tarih ve 18482 Sayılı Resmî Gazete.



edildiği esnada yürürlükte olduğu veya olmadığı noktasında belli bir yorumu gerektirmesine odaklanmaktadır. İdari işlemin tesisinden önce zımni bir düzenlemeyle hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı hakkında, farklı yorumlarla farklı sonuçlara ulaşılması her zaman mümkündür. Gerçekten de işleme dayanak alınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının zımnen hükümsüz hâle geldiğini belirlemek, belli bir değerlendirmeyi ve yorumu gerekli kılmaktadır. Davayı görmekle yetkili ve görevli olan derece mahkemelerinin, bu konudaki yorumlarının farklılık göstermesi göz ardı edilecek bir durum değildir.

Zımni hükümsüzlük hâli, ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı ile onu zımnen hükümsüz kılan kanun kuralının (getirilen farklı bir düzenlemeyle varlığını sürdürmesi nedeniyle) birlikte yürürlükte bulunmasına yol açmaktadır. Bu durum, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve kanun kuralları arasında karşılaştırmalı olarak zımni hükümsüzlük konusunda bir değerlendirmeyi ve yorumu zorunlu kılmakla birlikte; iki norm türü arasında hüküm çatışmasını (farklı hüküm bulunmasını) gündeme taşıyacak bir soruna da işaret etmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının idari işlemin yapılmasından önce, zımni olarak hükümsüz kılındığı sonucuna varılıp varılmamasına bağlı olarak, derece mahkemelerinin uyuşmazlığın çözümünde vereceği kararların farklılık göstermesi olasılık dahilindedir. Buna göre Anayasa Mahkemesi tarafından zımni hükümsüzlük konusunda karar verilmedikçe, mevzuat dizininde yer almaması gereken bir cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının yürürlüğünü sürdürmesinin yolu açılmış olacaktır. Bunun engellenmesinin etkili yöntemi, somut norm denetimi yolunun kullanılmasıdır. Aksi yöndeki bir yaklaşımın, yargı kararlarındaki hukuki istikrarı ve öngörülebilirliği olumsuz yönde etkileyeceği açıktır. Özellikle idari işlemin tesisinden önce geleceğe yönelik olarak geçersiz kılınmış olan bir cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının somut davada esas alınarak verilen yargı kararlarının doğuracağı hukuki güvenlik sorunlarının, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması da mümkün olmayacaktır.

Derece mahkemelerinin bu konuda somut norm denetimi yolunu kullanma olanağının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Kanaatimizce Anayasal düzenleme (m.104/17- altıncı cümle), derece mahkemelerine, somut uyuşmazlıkta idari işlemin tesis tarihinden önce zımnen hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı yerine onu hükümsüz kılan kanun hükmünü uygulama olanağı tanıdığı gibi, cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının somut norm denetimi kapsamında anayasallık denetimine tâbi

tutulması yolunu da açık tutmaktadır. Derece mahkemelerinin, anayasal düzenleme (m.104/17- altıncı cümle) kapsamında, dava konusu uyuşmazlığın çözümünde, idari işlemde önce zımnen hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını veya kanun hükmünü uygulamasında tereddüde yer bırakmamak ve içtihat birliğini sağlamak amacıyla, zımnen hükümsüz kılındığı gündemde olan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı hakkında somut norm denetimi yolunun kullanılması geleceğe yönelik olarak yargı kararlarında istikrarı ve öngörülebilirliği gerçekleştirecektir.

Öte yandan somut norm denetimi yolunun tercih edilmesi, ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, davada “*uygulanacak hüküm olması*” önkoşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği sorununu gündeme getirecektir. Bu aşamada, Anayasa Mahkemesinin önkoşullar bakımından ilk inceleme aşamasında yaklaşımı önem kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bir hükmün davada uygulanacak hüküm olup olmadığını belirleme yetkisini kendisinde görmektedir. Anayasa Mahkemesi, uygulanacak kural olup olmadığını belirlemekte ve bu belirlemeye bağlı olarak itiraz konusu kuralı ilk inceleme aşamasında reddetmekte veya reddetmeyerek esastan incelemeye geçmektedir. Gerçekte somut uyuşmazlığa konu yapılan işlemin tesis tarihinden önce hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, davada “*uygulanacak hüküm olması*” önkoşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bir karara varmak, Anayasa Mahkemesinin “*konu bakımından yetki yönünden*” esasa ilişkin bir inceleme yapmasını da zorunlu kılmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüz kılındığının belirlenmesi durumunda, Anayasa Mahkemesinin ilk inceleme aşamasında ret kararı vermesi yerine esastan inceleme yapmasına bağlı olarak bir karar vermesi, hukuki güvenlik ilkesi bakımından daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından işlem tarihinden önce çıkarılan bir kanunla zımnen hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarına ilişkin somut norm denetimi yoluyla yapılan Anayasaya aykırılık başvurularının, esastan incelemeye tâbi tutulmadan ilk inceleme aşamasında reddedilmesi ve bu yöndeki kararlara süreklilik (istikrar) kazandırılması, hükümsüzlük durumuna ilişkin somut norm denetimi yolunun işlevsiz kılınmasına yol açacaktır. Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesinin, işlem tarihinden önce zımni hükümsüzlük hâlini belirlediğinde, itiraz konusu kararname kuralını, iptal ederek mevzuat dizininden çıkarması, yargı kararlarında istikrarı sağlayacak ve aynı konuda yapılan mükerrer başvuruların önüne geçecektir. Diğer yandan, derece mahkemesinde yargılama süreci devam ederken, uyuşmazlık konusu işlemin

tesis anında hukuka uygun olarak dayanak alınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının işlem tesis tarihinden sonra çıkarılan bir kanunla hükümsüz kılınması, somut norm denetimi çerçevesinde bir anlam ifade etmeyecektir. Bu kapsamda, öncelikle belirtmek gerekirse, hükümsüzlüğün geleceğe yönelik bir etki doğurmasının gerektiği kabulü, derece mahkemesi önündeki uyuşmazlığa uygulanacak kararname kuralı bakımından somut norm denetimi yoluna başvurulmasını anlamsız kılacaktır. Derece mahkemesinin önündeki uyuşmazlığı oluşturan idari işlem üzerinde yürürlükte olan ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesi uygulanmış ve hukuki sonuçları ortaya çıkmıştır. Derece mahkemesi, uyuşmazlık konusu işlemin tesis anında yürürlükte bulunan kararname kurallarını esas alarak bir karar verecektir. İlgili kararname kuralının, işlemden sonra geleceğe yönelik olarak hükümsüz kılınmasının uyuşmazlığın çözümünde bir etkisi olmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de somut norm denetimi çerçevesinde kanunlara ilişkin vermiş olduğu kararlarında, davada “*uygulanacak kural*” nitelendirmesini, derece mahkemesinin önündeki uyuşmazlık konusu işlemin tesis tarihinde yürürlükte olan kuralları esas alarak yapmaktadır ve bu bağlamda bir sonuca ulaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu yöndeki kararlarında, itiraz konusu normların işlem tarihinden sonra yasama organı tarafından değiştirildiğini veya yürürlükten kaldırıldığını belirlediğinde, bakılmakta olan davada “*uygulanacak kural*” niteliğinde görmeyerek, ilk inceleme<sup>84</sup> aşamasında veya böyle bir durumu ilk incelemeyen sonra tespit ettiğinde esas incelemesi aşamasında ret kararı vermektedir. Bu bağlamda, derece mahkemesinin önündeki davaya ilişkin yargılama süreci devam ederken, idari işleme esas alınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının aynı konuda çıkarılan bir kanunla hükümsüz kılınması durumunda, hükümsüz kılınan kararname kuralının, bakılmakta olan davada “*uygulanacak kural*” niteliğinde görülmemeyerek ret edileceğini söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesinin işlem tarihinden önce gerçekleşen “*hükümsüzlük*” nedeniyle Anayasaya aykırılığı (Any. m.104/17- altıncı cümle) iddiasıyla önüne getirilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını esastan inceleme yolunu açık tutması ve anayasallık denetimi yapması daha yerinde bir

<sup>84</sup> Bkz. AYMK., T. 27 Mart 2002, E. 2002/50, K. 2002/39, (9 Mayıs 2002 tarihinde tebliğ edilmiştir. İlk inceleme sonucu verilen karar olduğundan Resmî Gazetede yayımlanmamıştır.); AYMK., T. 9 Mart 2005, E. 2005/20, K. 2005/13, (Karar tebliğ edilmiştir. İlk inceleme sonucu verilen karar olduğundan Resmî Gazetede yayımlanmamıştır.), <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 18 Eylül 2022). Ayrıca kararlar için bkz. KAYA, Meral (2008), *Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme*, Seçkin y., Ankara, 2008, s.137-139.

yaklaşım olacaktır. Gerçekte, davada “*uygulanacak kural olması*” önkoşulunun, hakkında zımni hükümsüzlük tartışması bulunan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı bakımından incelenmesi, “*konu bakımından yetki yönünden*” bir esas incelemesini de gerektirmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümsüzlüğü, onu zımnen hükümsüz kılan bir kanunun varlığını ve cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanun hükümleri arasında karşılıklı bir irdelemeyi de zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda, Azaklı’nın da belirttiği üzere, derece mahkemesi, işlem tarihinden önceki aşamada cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aynı konuda sonradan kanun çıktığını ileri sürerek cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının iptali istemiyle somut norm denetimi yoluna başvurduğunda, Anayasa Mahkemesinin iptali istenen cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı ile sonradan çıkarılan kanun hükmünü ilk inceleme aşamasında incelememesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, bu aşamada yalnızca ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının davada uygulanacak/uygulanabilecek bir hüküm olup olmadığını irdelemelidir ve uygulanacak kural olduğuna karar verdikten sonra esastan inceleme yapmalıdır.<sup>85</sup> Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin, bu aşamadaki incelemesi, davada uygulanacak/uygulanabilecek kural olup olmadığı değerlendirmesiyle sınırlı kalmalıdır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin, *uygulanacak kural* olarak kabul edilmesi konusunda, geniş çerçevede esnek bir yorum yapması, “*konu bakımından yetki yönünden*” esastan karara varılmasının yolunu da açacaktır. İdari işlemin tesis tarihinden önce hükümsüzlük hâlini belirleyen Anayasa Mahkemesinin, zaten hükümsüz hâle gelmiş bir kural söz konusu olduğu ve ortada görülmekte olan davada *uygulanacak kural* bulunmadığı gerekçesiyle ret kararı vermek yerine esastan kararı vermesi, yargı kararlarında hukuki istikrarı ve öngörülebilirliği gerçekleştirmeye zemin hazırlayacak ve olası bazı sorunların önüne geçecektir.<sup>86</sup>

Öte yandan ilk inceleme aşamasında verilen ret kararlarının, genel olarak Resmî Gazetede yayımlanmaması hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde erişilebilirliği ve belirliliği zedeleyecek nitelikte olduğu gibi, uygulayıcılara ve somut norm denetimi yoluna başvurmamış yargı yerlerine, kararlarında yön gösterecek ve istikrar sağlayacak bir olanak da tanımamaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin esasa girmeden önkoşullar kapsamında verdiği ret kararı, ilgili cumhurbaşkanlığı kararnamesini yürürlükte kalmasının önünü açacaktır. Esastan yapılan bir inceleme sonucunda verilen kararın, yönü ne

<sup>85</sup> Bkz. AZAKLI (2019), a.g.m., s. 95.

<sup>86</sup> Bu konuda bkz. OKŞAR (2023), a.g.e., s. 433-435.

olursa olsun (ret veya iptal) uygulayıcılara ve yargı yerlerine ışık tutacağı açıktır. Ancak kararın iptal yönünde oluşmasının, cumhurbaşkanlığı kararnamesini mevzuat dizininde çıkarılmasını sağlaması bağlamında, verilecek yargı kararlarına ve uygulamalara belli bir istikrar ve öngörülebilirlik kazandıracığını söylemek gerekir. “*Konu bakımından yetki yönünden*” yapılan incelemenin kapsamını, Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrası oluşturmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin aynı konuda sonradan çıkarılan kanunla hükümsüz hâle getirilmesine ilişkin düzenleme (Any. m.104/17- altıncı fıkra), Anayasanın anılan fıkrası içinde kalmaktadır. Bu bağlamda, ilk inceleme aşamasında, *uygulanacak kural* bakımından ret kararı vermeyen Anayasa Mahkemesinin “*konu bakımından yetki yönünden*” yaptığı esas incelemesinde hükümsüzlüğün gerçekleştiği sonucuna ulaşırsa, itiraz başvurusundaki talep çerçevesinde cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tümünün veya bazı kurallarının hükümsüz hâle geldiği gerekçesine dayanarak *iptal* kararı vermesi yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Son olarak üzerinde durulması gereken bir konu da ilk inceleme aşamasının geçilerek zımnî hükümsüzlük hâli gerekçesiyle esastan verilen iptal kararı sonuçlarının geriye yürümezlik ilkesi çerçevesinde irdelenmesidir. Zımnî hükümsüzlük gerekçesiyle iptaline karar verilmiş bir cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümleri, ilgili iptal kararının gerekçeli olarak Resmî Gazetede yayımlanmasına kadar geçerlidir. İptal kararının yayımlanmasına kadar geçen sürede söz konusu hükümlere dayanılarak tesis edilmiş bütün bireysel işlemler de geçerliliğini korur. İptal kararının geriye yürümezliği ilkesi, iptal kararının sonuçlarının itiraz başvurusu yoluyla Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan derece mahkemesinin önündeki uyuşmazlığın çözümünde esas alınmasına engel oluşturmamaktadır. Ancak itiraz başvurusunda bulunmayan mahkemeler açısından, itiraz başvurusunun konusu olan normun hükümsüzlük hâli gerekçesiyle iptal kararı verilmesiyle ortadan kalkacaktır. Bu andan itibaren herkes için hüküm ve sonuç doğuracaktır. İtiraz yoluna başvurmayan diğer mahkemelerde yargılama süreci sonuçlandırılmadıkça ve uyuşmazlık konusunda bir karar verilmedikçe, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren sonuçları etkili olacaktır. Karara bağlanmış davalar açısından bir etkisinin olmayacağı açıktır. Ancak yönetilenlerin menfaatini ihlâl eden veya çeşitli yükümlülükler getiren bireysel işlemlerin dayanağını oluşturan cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumunda,

değişen durum çerçevesinde ilgili kişinin idareye başvurarak yeni bir işlem tesis edilmesini isteme yolu açık bulunmaktadır (2577 sayılı İYUK m.10). İdarenin bu yöndeki taleplere açık veya zımni olarak ret cevabı vermesi durumunda idari yargıda ret işlemi hakkında iptal davası açılma olanağı her zaman bulunmaktadır. Danıştay kararlarında, bir kanun hükmünün veya düzenleyici işlemin (Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin) Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi (ya da yürürlükten kaldırılması) hâlinde ortaya çıkan duruma göre dava açma süresinin yeniden başlayacağını, önceki düzenlemeler çerçevesinde incelenip esastan reddedilen davaların da yeniden açılabileceğini, “kesin hüküm” bulunduğu gerekçesiyle davaların reddedilemeyeceğini vurgulamaktadır.<sup>87</sup>

## SONUÇ

1982 Anayasasında yer alan “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde kanun hükümleri uygulanır*” (m.104/17- beşinci cümle) ve “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hâle gelir*” (m.104/17- altıncı cümle) düzenlemeleri çerçevesinde derece mahkemelerinin somut norm denetimi yolunu kullanma olanağı bulunup bulunmadığı sorunlu bir alana işaret etmektedir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi bu sorunlu alana ilişkin henüz bir karar vermemiştir.

Anayasal düzenleme (m.104/17- beşinci cümlesi) çerçevesinde, derece mahkemelerinin cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını ihmâl ederek kanun hükmünü uygulama olanağı yanında, dorudan bu maddeye dayanarak somut norm denetimi yolunu kullanma olanağına da sahiptir. Öte yandan, izin ve onama aşamalarından geçme zorunluluğu bulunmayan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarının, kanunda açık düzenleme bulunmasına rağmen yürürlüğe konulması ve yürürlüğünü koruması durumunda, ihmâl etme yolunu tercih etmeyen derece mahkemesinin “*farklı hüküm bulunması*” düzenlenmesiyle amaçsal bir ilişki içinde bulunan “*kanunda açık düzenleme bulunması*” yönündeki anayasal düzenleme (m.104/17- dördüncü cümle) üzerinden itiraz başvurusunu gerçekleştirme olanağı bulunduğunu da belirtmek gerekir. Derece mahkemesi tarafından cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının ihmâl edilerek farklı hüküm içeren kanun hükmünün

<sup>87</sup> Danıştay 2. Dairesi T. 29 Mayıs 2009, E. 2008/7338, K. 2009/2244; Danıştay 8. Dairesi T. 30 Mart 2009, E. 2008/9268, K. 2009/2170. Kararlar için bkz. KAPLAN (2023), *a.g.e.*, s. 349.

uygulanması yolunun tercih edilmesi durumunda, ihmâl edilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının yürürlükte kalacağı ve mevzuat dizininde varlığını koruyacağı açıktır. Tek bir somut uyuşmazlığın çözümünde, ilgili derece mahkemesi tarafından ihmâl edilen ve yürürlüğünü koruyan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı, çok sayıda birel işleme hukuki dayanak oluşturma ve farklı mahkemelerde farklı kararlar verilmesi potansiyeline sahip olduğu açıktır. Bu bağlamda, cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının farklı mahkemelerde açılacak davalarda incelemeye konu yapılması her zaman mümkündür. Bu durum, yargı kararları çerçevesinde hukuki istikrarı ve öngörülebilirliği zedeleyecek niteliktedir. Bu çerçevede, somut norm denetimi yolunun kullanılması, Anayasada esas alınmış olan merkezileşmiş anayasallık denetimi modeliyle uyum içinde hareket edilmesini ve hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirmeyi sağlayacaktır.

Diğer yandan Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının altıncı cümlesinde yer alan “*hükümsüz hâle gelme*” ifadesinin tartışmasız olarak geleceğe yönelik bir geçersizlik durumuna işaret ettiği açıktır. Bu bağlamda cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanılarak tesis edilen bireysel işlemler bakımından doğacak sorunların da önüne geçilmiş olacaktır. Bu yöndeki bir kabulün, öngörülebilir uygulamaların ve istikrarlı kararların yolunu açacağı da şüphesizdir.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin konusunun yürütme yetkisine ilişkin konuları içermesi nedeniyle uyuşmazlıkların genellikle idari yargı kolunun görev alanı içinde kalacağını söylemek hatalı olmasa gerektir. İdari yargıda uyuşmazlıklar işlemin tesis edildiği andaki kurallara göre çözüme ulaştırılır. İşlem tesisi anında yürürlükte olan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, işlemde sonra ve dava açma aşamasında veya derece mahkemesinde yargılama süreci devam ederken, TBMM tarafından çıkarılan bir kanunla hükümsüz hâle getirilmesi, derece mahkemesinin önündeki dava konusu uyuşmazlığın çözümünde hiçbir etkisi olmasa gerektir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kurallarının idari işlemin tesis tarihinden önce hükümsüz kılınması durumunun irdelenmesi gerekmektedir. Bir cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tümünün veya bir kısım kurallarının sonradan çıkarılan bir kanun hükmüyle uyuşmazlık konusu idari işlemin tesisinden önce, açıkça veya zımni olarak hükümsüz kılınması mümkündür. Bu bağlamda yürürlükte bulunan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının, idari işlemin tesisinden önce ve açık olmayacak şekilde zımni olarak hükümsüz kılınma hâli önem kazanmaktadır. Zımni hükümsüzlük hâli, ilgili cumhurbaşkanlığı

kararnamesi kuralı ile onu zımnen hükümsüz kılan kanun kuralının birlikte yürürlükte bulunmasına yol açmaktadır. Bu durum, cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve kanun kuralları arasında karşılaştırmalı olarak zımni hükümsüzlük konusunda bir değerlendirmeyi ve yorumu zorunlu kılmakla birlikte; iki norm türü arasında hüküm çatışmasını (farklı hüküm bulunmasını) gündeme taşıyacak bir soruna da işaret etmektedir. Zımni hükümsüzlük hâlinde farklı derece mahkemelerinin farklı yorumlarla farklı sonuçlara ulaşabilme olasılığı gündeme gelecektir. Anayasa Mahkemesi tarafından zımni hükümsüzlük konusunda karar verilmedikçe, mevzuat dizininde yer almaması gereken bir cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının yürürlüğünü sürdürmesi yolu açılmış olacaktır. Bu durumu engellemenin en etkili yöntemi, somut norm denetimi yolunun kullanılmasıdır. Gerçekten de anayasal düzenleme (Any. m.104/17- altıncı cümle), derece mahkemelerine, somut uyuşmazlıkta idari işlemin tesis tarihinden önce zımnen hükümsüz kılınan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı yerine onu hükümsüz kılan kanun hükmünü uygulama olanağı tanıdığı gibi, cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralının somut norm denetimi kapsamında anayasallık denetimine tâbi tutulması yolunu da açık tutmaktadır. Anayasa Mahkemesinin, zımni hükümsüzlüğün varlığını belirlemesi ve iptal kararı vermesi, yargı kararlarında ve uygulamada (tesis edilecek idari işlemlerde) istikrar ve öngörülebilirliği sağlayacaktır. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin işlem tarihinden önce gerçekleşen “*hükümsüzlük*” nedeniyle Anayasaya aykırılığı (Any. m.104/17- altıncı cümle) iddiasıyla önüne getirilen cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralını esastan inceleme yolunu açık tutması ve anayasallık denetimi yapması daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Gerçekte, davada “*uygulanacak kural olması*” önkoşulunun, hakkında zımnen hükümsüzlük tartışması bulunan cumhurbaşkanlığı kararnamesi kuralı bakımından incelenmesi, kanun ile cumhurbaşkanlığı kararnamesi arasında karşılıklı bir irdelemeyi ve buna bağlı olarak “*konu bakımından yetki yönünden*” bir esas incelemeyi gerekli kılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki itiraz başvurusunu ilk inceleme aşamasında reddetmeden esastan kararı vermesi, yargı kararlarında hukuki istikrarı ve öngörülebilirliği gerçekleştirmeye zemin hazırlayacak ve hukuki güvenlik ilkesi bakımından olası sorunların önüne geçecektir.

Son olarak belirtilmesi gereken bir konu da ilk inceleme aşamasının geçilerek zımni hükümsüzlük hâli veya farklı/açık düzenleme bulunması gerekçesiyle esastan verilen iptal kararı sonuçlarının geriye yürümezlik ilkesi çerçevesinde irdelenmesidir. Her iki durumda da iptaline karar verilmiş bir



cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümleri, ilgili iptal kararının gerekçeli olarak Resmî Gazetede yayımlanmasına kadar geçerlidir. İptal kararının yayımlanmasına kadar geçen sürede söz konusu hükümlere dayanılarak tesis edilmiş bütün bireysel işlemler de geçerliliğini korur. İptal kararının geriye yürümezliği ilkesi, iptal kararının sonuçlarının itiraz başvurusu yoluyla Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan derece mahkemesinin önündeki uyuşmazlığın çözümünde esas alınmasına engel oluşturmamaktadır. Ancak itiraz başvurusunda bulunmayan mahkemeler açısından, itiraz başvurusunun konusu olan normun iptal kararı verilmesiyle ortadan kalkacaktır. Bu andan itibaren herkes için hüküm ve sonuç doğuracaktır. İtiraz yoluna başvurmeyen diğer mahkemelerde yargılama süreci sonuçlandırılmadıkça ve uyuşmazlık konusunda bir karar verilmedikçe, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararının sonuçları Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren etkili olacaktır. Karara bağlanmış davalar açısından ise bir etkisinin olmayacağı açıktır. Ancak yönetilenlerin menfaatini ihlâl eden veya çeşitli yükümlülükler getiren bireysel işlemlerin dayanağını oluşturan cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve/veya kanun hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi durumunda, değişen durum çerçevesinde ilgili kişinin idareye başvurarak yeni bir işlem tesis edilmesini talep etme yolu açık bulunmaktadır (2577 sayılı İYUK m.10). İdarenin bu yöndeki taleplere açık veya zımni olarak ret cevabı vermesi durumunda idari yargıda ret işleminin iptal davası açılma olanağı her zaman bulunmaktadır.

## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1996), *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin y., Ankara, 1996.

ATAR, Yavuz (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, 12. B., Seçkin y., Ankara, 2018.

GÖZLER, Kemal (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, 2. B., Ekin y., Bursa 2018.

GÖZLER, Kemal- KAPLAN, Gürsel (2023), *İdare Hukuku Dersleri*, 25. B., Ekin y., Bursa, 2023.

KANADOĞLU, O. Korkut (2004), *Anayasa Mahkemesi*, 1. B., Beta y., İstanbul, 2004.

KAPLAN, Gürsel (2023), *İdari Yargılama Hukuku*, 9. B., Ekin y., Bursa, 2023.

KAYA, Meral (2008), *Anayasa Yargısında İtiraz Yolunda İlk İnceleme*, Seçkin y., Ankara, 2008.

OKŞAR, Mustafa (2019), *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, 1. B., Yetkin y., Ankara, 2019.

OKŞAR, Mustafa (2023), *Hukuki Güvenlik İlkesi Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*, 1. B., Yetkin y., Ankara, 2023.

ÖZBUDUN, Ergun (2009), *Türk Anayasa Hukuku*, 10. B., Yetkin y., Ankara, 2009.

ÖZBUDUN, Ergun (2018), *Türk Anayasa Hukuku*, 18. B., Yetkin y., Ankara, 2018.

SÖYLER, Yasin (2018), *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, 1. B., Seçkin y., Ankara, 2018.

TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2015), *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Beta y., İstanbul, 2015.

TEZİÇ, Erdoğan (2016), *Anayasa Hukuku*, 20. B., Beta y., İstanbul, 2016.

YELKEN, Hamit (2022), *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, 1.B., Seçkin y., Ankara, 2022.

YILMAZ, Ejder (1985), *Hukuk Sözlüğü*, 3. B., Akademi Matbaası, Ankara, 1985.

## MAKALELER

ALİEFENDİOĞLU, Ali (2009), “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında ‘Yokluk’ ya da ‘Yok İşlem’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 81, Ankara, 2009, s. 1-14.

APAYDIN, Bahadır (2020), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetiminin Anayasa Yargısı ve İdari Yargı Alanına Etkileri”, *Cumhurbaşkanının İşlemleri, Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi-Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı*, (Ed.: UYGUN, Oktay- ESEN, Egemen), 1. B., On İki Levha y., İstanbul, 2020, s. 519-553.

ARDIÇOĞLU, M. Artuk (2017), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Ankara, 2017, s. 19-51.

ATAR, Yavuz (2019), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S.1, Ankara 2019, s. 241-259.

AZAKLI, Murat (2019), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, s. 73-103.

EREN, Abdurrahman (2019), “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, Ankara 2019, s. 1-72.

ERGÜL, Ozan (2014), “On Yıl Süreli Denetim Yasağının Kapsamını Genişleten Anayasa Mahkemesi İçtihadı: Anayasaya Uygunluk Denetiminde Sessiz Bir Geri Adım”, *Rona Aybay’a Armağan*, C. I, Legal y., İstanbul, 2014, s. 863-895.

OKŞAR, Mustafa (2023), “Çoğunlukçu-Çoğulcu Demokrasi İkileminde Parti İçi Demokrasi Anlayışı ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Yansımaları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 28, S. 49, Diyarbakır, 2023, s. 407-468.

ÜLGEN ADADAĞ, Özen (2019), “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, s. 261-277.

ÜLGEN, Özen (2018), “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1, Beta y., İstanbul, 2018, s. 3-39.

YAYLA, Ahmet (2019), “Anayasa Değişikliği Sonrasında Cumhurbaşkanlığı Makamının Olağan Döneme İlişkin Düzenleme Alanı ve İdari İşlemlere Etkisi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, C. 21, Özel Sayı, İzmir, 2019, s. 1609-1643.

YENİAY, Lokman-YENİAY, Gülden (2019), “Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Anayasa Yargısı*, C. 36, S. 1, Ankara, 2019, s. 105-138.

## **ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI**

AYMK., T. 11 Ekim 2023, E. 2023/154, K. 2023/170, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

AYMK., T. 28 Eylül 2023, E. 2023/150, K. 2023/157, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 4 Şubat 2024).

AYMK., T. 31 Mayıs 2023, E. 2018/77, K. 2023/105, 22 Kasım 2023 Tarih ve 32377 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 5 Nisan 2023, E. 2022/71, K. 2023/65, 1 Haziran 2023 Tarih ve 32208 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 13 Aralık 2022, E. 2019/87, K. 2022/158, 14 Temmuz 2023 Tarih ve 32248 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 9 Kasım 2022, E. 2018/164, K. 2022/134, 9 Mayıs 2023 Tarih ve 32185 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 24 Şubat 2022, E. 2019/96, K. 2022/17, 26 Mayıs 2022 Tarih ve 31847 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 11 Kasım 2021, E. 2018/121, K. 2021/84, 17 Mart 2022 Tarih ve 31781 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 13 Ekim 2021, E. 2021/43, K. 2021/74, 3 Aralık 2021 Tarih ve 31678 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 29 Nisan 2021, E. 2020/71, K. 2021/33, 16 Haziran 2021 Tarih ve 31513 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 14 Ocak 2021, E. 2019/77, K. 2021/2, 24 Şubat 2021 Tarih ve 31405 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 30 Aralık 2020, E.2019/71, K.2020/82, 24 Şubat 2021 Tarih ve 31405 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 12 Kasım 2020, E. 2018/162, K. 2020/66, 24 Mart 2021 Tarih ve 31433 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 12 Haziran 2020, E. 2019/105, K. 2020/30, 20 Ağustos 2020 Tarih ve 31219 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 11 Haziran 2020, E. 2018/155, K. 2020/27, 23 Temmuz 2020 Tarih ve 31194 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 23 Ocak 2020, E. 2019/31, K. 2020/5, 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 22 Ocak 2020, E. 2018/125, K. 2020/4, 13 Mayıs 2020 Tarih ve 31126 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 31 Mayıs 2018, E. 2018/59, K. 2018/ 60, 30 Haziran 2018 Tarih ve 30464 Sayılı Mükerrer Resmî Gazete.

AYMK., T. 11 Eylül 2014, E. 2013/116, K. 2014/135, 24 Haziran 2015 Tarih ve 29396 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 10 Nisan 2014, E. 2014/57, K. 2014/81, 14 Mayıs 2014 Tarih ve 29000 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 3 Kasım 2011, E. 2010/1, K. 2011/149, 25 Ocak 2012 Tarih ve 28184 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 20 Mayıs 2010, E. 2010/48, K. 2010/70, 7 Temmuz 2010 Tarih ve 27634 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 27 Kasım 2007, E. 2007/99, K. 2007/86, 19 Şubat 2008 Tarih ve 26792 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 5 Temmuz 2007, E. 2007/72, K. 2007/68, 7 Ağustos 2007 Tarih ve 26606 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 22 Şubat 2006, E. 2003/23, K. 2006/26, 2 Kasım 2006 Tarih ve 26334 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 28 Temmuz 2005, E. 2005/82, K. 2005/45, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/45>, (Erişim Tarihi: 27 Ağustos 2022).

AYMK., T. 9 Mart 2005, E. 2005/20, K. 2005/13, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 18 Eylül 2022).

AYMK., T. 27 Mart 2002, E. 2002/50, K. 2002/39, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 18 Eylül 2022).

AYMK., T. 25 Mart 1997, E. 1997/31, K. 1997/38, 15 Ağustos 1997 Tarih ve 23081 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 17 Eylül 1992, E. 1992/26, K. 1992/48, 29 Kasım 1992 Tarih ve 21420 Sayılı Resmî Gazete.

AYMK., T. 8 Aralık 1983, E. 1981/10, K. 1983/16, 7 Ağustos 1984 Tarih ve 18482 Sayılı Resmî Gazete.



# H BİREYSEL BAŞVURU (ANAYASA ŞİKÂYETİ) MEKANİZMASINDA ÇELİŞMELİ YARGILAMA GEREKLİLİĞİ

(THE NECESSITY OF ADVERSARIAL PROCEEDINGS IN THE  
MECHANISM OF INDIVIDUAL APPLICATION (CONSTITUTIONAL  
COMPLAINT) IN TURKIYE)

Doç. Dr. Tolga ŞİRİN \* \*\*

## ÖZ

*Bu makalede savunulan görüş, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) usulünün, Adalet Bakanlığının taraf olması suretiyle çelişmeli hâle getirilmesidir. Bireysel başvurunun mevcut hâliyle (i) ispat yükünün paylaşılması veya yer değiştirmesi, (ii) temel hak müdahalesindeki meşru amacın ne olduğunun saptanması, (iii) tüketilmesi gereken hukuk yollarının etkili olup olmadığının sınanması, (iv) başvuru sırasında sunulan bilgi ve belgelerin doğrulanması sorunları ortaya çıkmaktadır. Sayısı artırılabilir bu sorunların aşılmasının yolu, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının değiştirilmesidir. Bu değişiklik gerçekleştirilmezse Anayasa Mahkemesi bu hükmü somut norm denetimi yoluyla iptal edebilir*

**Anahtar Kelimeler:** Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru, anayasa şikâyeti, anayasa yargısı, çelişmeli yargılama.

## ABSTRACT

*The view defended in the article is that the individual application (constitutional complaint) procedure to the Constitutional Court should be rendered adversarial by making the Ministry of Justice a party to the*

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 12.05.2024. İlk hakem raporu tarihi: 14.05.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 06.06.2024. Onaylanma Tarihi: 06.06.2024.

\* Doçent Doktor, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7172-5426.

**Eser Atf Şekli:** Tolga Şirin, "Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Mekanizmasında Çelişmeli Yargılama Gerekliliği", YÜHFD, C.XXI, 2024/2, s.137-160.

*proceedings. In the current form of the individual application procedure, problems arise with respect to (i) the allocation or shifting of the burden of proof, (ii) the legitimate aim test, (iii) questioning the effectiveness of the remedies to be exhausted, and (iv) the verification of the information and documents submitted during the application. The way to overcome these problems is to amend paragraph 2 of Article 49 of the Constitutional Court No. 6216. If this amendment is not made, the Constitutional Court may annul this provision through concrete norm review.*

**Keywords:** *Turkish Constitutional Court, individual application, constitutional complaint, constitutional review, conflicting judgements.*

\*\*\*

<b>GİRİŞ</b> .....	<b>139</b>
<b>I. TEZ: BAKANLIK TARAF OLMALIDIR</b> .....	<b>140</b>
<b>II. TEZİN GEREKÇELERİ</b> .....	<b>141</b>
A. İSPAT YÜKÜNÜN PAYLAŞTIRILMASI SORUNU.....	141
B. MEŞRU AMAÇ TESTİ SORUNU.....	146
C. HUKUK YOLLARINI ARAŞTIRMA SORUNU.....	148
D. BİLGİ VE BELGELERİ DOĞRULAMA SORUNU.....	149
E. ARGÜMANLARI KADEMELENDİRME GEREĞİ SORUNU.....	149
<b>III. KARŞI TEZLERE YANITLAR</b> .....	<b>150</b>
A. ERKLER AYRILIĞINA VE YARGI BAĞIMSIZLIĞINA AYKIRILIK ARGÜMANI.....	150
B. TARAF OLMANIN YARGILAMA SÜRECİNİ UZATACAĞI ARGÜMANI.....	152
C. SÜPER TEMYİZ MAHKEMESİ ARGÜMANI.....	153
<b>IV. ÖNERİ: BİREYSEL BAŞVURU İNCELEMESİNDE SOMUT NORM DENETİMİ</b> .....	<b>154</b>
<b>SONUÇ</b> .....	<b>156</b>



## GİRİŞ

Türkiye’de Anayasa Mahkemesine (“AYM”) bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) mekanizması 2010 yılında kabul edilip 2012 yılında yürürlüğe girmiştir. Buna göre, Türk hukukunun bu mekanizmayla fiilen tanışıklığının en az 14 yıllık bir geçmişi vardır. Bir çocuğun doğuşundan, akli baliğ olmasına kadar geçen süreden fazla zamana denk gelen bu süreçte fazlasıyla deneyim kazanılmıştır. Bu konudaki literatür her geçen gün genişlese de son yıllardaki çalışmaların çoğunluğu, içtihatların tutarlılığına yoğunlaşmış görünmektedir. Bizzat mekanizmaya, yani AYM’nin yetkilerine ve usulün işleyişindeki sorunlara dair üretimler nispeten sayıca azalma eğilimindedir. Oysa uygulama, bazı yapısal sorunları daha da görünür kılmıştır. Bu yapısal sorunların üzerinde durmak elzemdir.

Bu makalede Türkiye’deki bireysel başvuru mekanizmasında yer alan yapısal sorunlardan biri üzerinde durulacaktır. Makaleye konu edilen sorunun özü, bireysel başvuru mekanizmasında bir davalıya veya cevap (ve/veya düplik) sunan bir makama gerek olup olmadığıdır. Normal şartlarda bir yargılama sürecinin iddia, savunma ve hüküm olmak üzere üç sacayağının olduğu vakidir. Bireysel başvuru mekanizmasında bu üç sac ayaktan biri (savunma ayağı) tam olarak karşılık bulmamaktadır. Mezkûr durum ise AYM nezdinde kendine özgü bir yargılama usulü yaratmaktadır. Bu kendine özgülük, anayasa yargısının *sui generis* özellikleri uyarınca bir ölçüde anlaşılır olabilir. Fakat makalede üzerinde duracağımız bazı bağlamlar, savunma ayağının eksikliğinin bireysel başvuru usulünün etkililiğini zayıflattığını göstermektedir.

İşbu makalede bireysel başvuru mekanizmasında hükûmetten bir temsilcinin (örneğin bir bakanlık veya adalet bakanlığı) yargılama sürecinde tam olarak bir taraf olması gerektiği savunulacaktır.

Makale dört başlıktan oluşacaktır. Birinci başlıkta makalenin tezi ortaya konulacak, ikinci başlıkta bunun gerekçeleri işlenecek, üçüncü başlıkta olası itirazlara yanıt verdikten sonra, nihayet söz konusu tezin yaşama geçirilmesi için AYM tarafından yapılabilecekler dönüşük bir öneri ileri sürülecektir.

## I. TEZ: BAKANLIK TARAF OLMALIDIR

Anayasa Mahkemesine bir bireysel başvuru yapılmasından sonra Mahkeme öncelikle bir kabul edilebilirlik incelemesi yapmaktadır, bu inceleme sonucunda Mahkemenin yetkili olduğu ve belli usuli koşullarda<sup>1</sup> sorun bulunmadığı kanaatine varılmışsa başvurunun esası hakkında inceleme aşamasına geçilir.<sup>2</sup> Bu inceleme aşamasının ilk basamağı 30/03/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ("AYM Kanunu") 49'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre:

*“Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir.”*

Uygulamada pek çok vakada Adalet Bakanlığının (bundan sonra kısaca “Bakanlık”), bazen ihlal kararı verilmesi<sup>3</sup>, bazen de ihlal verilmemesi<sup>4</sup> eğilimine yakın duran, bazen kimi savların yanıtı bırakıldığı<sup>5</sup>, bazen de daha güçlü ve katı bir nitelik gösteren bu görüş bildirmeler, genellikle konuyla ilgili İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (“İHAM”) içtihatlarını aktarmaktan ibaret kalmaktadır.

Bize göre bu düzenleme sorunludur. Adalet Bakanlığı bu yargılama sürecine doğrudan doğruya taraf olmalı ve davada ileri sürülen savlara, karşı argümanlar üretmeli, yani AYM önündeki usul çelişmeli<sup>6</sup> hâle getirilmeli,

\* Makalenin yazarı, Doç. Dr. Anıl Köroğlu'na ve Dr. Necdet Umut Orcan'a değerli katkıları için teşekkür eder.

<sup>1</sup> Bu koşullar, 30/03/2011 sayılı ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45 ila 47'nci maddelerinde yer alır.

<sup>2</sup> Buna uyulmadığı ve bu nedenle bir itirazın dile getirildiği bir vaka için bkz. Kerem Altıparmak, ‘Roboski ve Usul: Bir Katliamın Tarihe Gömülmesinde Bilinmeyen Gerçekler’ (*BiaNet*, 21 Mayıs 2018).

<sup>3</sup> Mehmet Osman Kavala (2) [GK], B no 2020/13893 (AYM, 29.12.2020), § 61 vd.

<sup>4</sup> Örneğin bkz. Esra Nur Özbey, B no 2013/7443 (AYM, 20.5.2015), § 37.

<sup>5</sup> Örneğin bkz. Şahin Alpay [GK], B no 2016/16092 (AYM, 11.1.2018), § 113.

<sup>6</sup> Kimi yazarlar bu sözcük için “çekişmeli” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (Beta Yay 2013) 249, dn 7'deki kaynaklar. Bu metinde, Fahri Gökçen Taner'in gerekçelerine katılarak “çelişmeli” ifadesi kullanılacaktır. Fahri Gökçen Taner, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (Seçkin Yay 2019) 69-74.

(hatta belki kamu yararını korumalı<sup>7</sup>) böylelikle en son mahkemenin bir sentezle sonuca ulaşacağı bir muhakeme hayata geçirilmelidir.

## II. TEZİN GEREKÇELERİ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru usulünün niteliği, olağan kanun kavramlarıyla çözümlenebilecek<sup>8</sup> durumda değildir. Bunun nedeni söz konusu usulün kendine özgü (*sui generis*) özelliklerinin yanı sıra, diğer hukuk dallarının ve anayasa altı mevzuattan türetilen kavramların bu alana teşmil edilemeyecek olmasıdır. Zaten o nedenledir ki Anayasa'daki ve anayasa usulündeki kavramların bu özgün niteliği “özerk kavramlar öğretisi” denen bir kuramın gelişmesine neden olmuştur.<sup>9</sup> İç hukuktaki açıklamalar ve savlar ne derse desin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi açısından bu görüşler dikkate alınabilir olsa da bağlayıcı değildir ve Mahkeme kendi otonom çıkarımını yapar. Bu bakımdan örneğin İHAM, Anayasa Mahkemesi önündeki yargılamayı adil yargılanma hakkı kapsamında bir “dava” (*dispute*) saymaktadır.<sup>10</sup> Bunun iç hukukta nizasız kaza niteliğinde sayılması, İHAM'ın baktığı pencereden belirleyici bir anlam taşımaz.

Bu bakımdan biz AYM önündeki usulü geniş anlamda bir dava olarak tanımlıyoruz. Ortada bir dava varsa bu davanın, tam hâle gelmesi için de bir tez kadar bir de antiteze ihtiyaç vardır. Bu bir temenni olmanın ötesinde, bazı uyumsuzluk çözüm biçimleri için bir zorunluluktur. Bunu kimi örneklerle açıklayalım:

### A. İspat Yükünün Paylaştırılması Sorunu

İnsan hakları hukukunda, diğer modern hukuk dallarında olduğu gibi “iddia eden ispat eder” (*affirmanti incumbit probatio*) kuralı geçerlidir.<sup>11</sup> Bir

<sup>7</sup> Bu görüş, Necdet Umut Orcan'a aittir.

<sup>8</sup> Örneğin mülkiyet kavramı, medeni hukuktaki anlamını taşımaz. Selçuk Emiroğlu, B no 2013/5660 (AYM, 20.3.2014), § 27. Bu durum, tanık kavramının ceza hukukundaki anlamda kullanılmamasında da tezahür eder. Ali Rıza Telek, B no 2013/2630, (AYM, 30.12.2014), § 40.

<sup>9</sup> Bu öğretinin hakkında bkz. Geroge Letsas, ‘The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR’ 2004 [15] EJIL 279-305.

<sup>10</sup> Buchholz v Germany App no 7759/77, (ECHR, 6.5.1981), § 48; Sramek v Austria App no 8790/79, (ECHR, 22 Ekim 1984), § 35.

<sup>11</sup> Bu ilkeye Roma hukukunda *solutionem adseveranti probationis onus incumbit* da dendiğini görmekteyiz. Türk yargılama hukukunda “iddia eden ispat eder” yerine, “iddia  
YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)

başvurucu, kamu gücünün bazı eylemleri gerçekleştirdiğini ileri sürmüşse bunu somut olayın koşullarına göre makul bir kuşkudan azade (“*beyond reasonable doubt*”) düzeyde kanıtlamalıdır.<sup>12</sup> Fakat bu, her hâlükârda böyle değildir. Bazı durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi en azından (hatta belki daha doğru ifadeyle) taraflar arasında paylaştırılması söz konusu olabilir.

## 1. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

İşkence ve kötü muamele yasağı, medeniyetin ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biridir ve mutlak ve deroge<sup>13</sup> edilmez niteliğinden ötürü diğer temel haklardan ayrılır. Sözleşme’nin 3’üncü, Anayasa’nın 17’nci maddesinde yer alan bu yasağın gerçekten etkili biçimde hayata geçirilmesi çok hassas ve kendine özgü bir inceleme yöntemini beraberinde getirir. Şöyle ki; işkence kamu görevlilerince icra edilir.<sup>14</sup> Deneyimler göstermiştir ki işkence failleri, devletin kontrolü altında olan yerlerde işkence suçuna dair kanıtları saklayabilmekte ve fail ile mağdurlar arasında eşitsiz bir durum ortaya çıkabilmektedir. Bu gibi eşitsiz güç ilişkilerinin bulunduğu

edilen vakıadan lehine hak çıkararak taraf kim ise ispat yükü ondadır” gibi bir anlayış geçerli görülmektedir. Çünkü nispi davalarda davacı da davalı da aslında bir iddiada bulunur. Bu bakımdan usul hukuku perspektifindekiler, Medeni Kanun md. 6’daki “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” hükmüne nazaran HMK md. 190’daki (“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.”) düzenlemesini isabetli bulur.

<sup>12</sup> Bkz. Ireland v UK App no 5310/71 (ECHR, 18.1.1978), § 161.

<sup>13</sup> *Derogation* sözcüğü askıya alma olarak çevrilse de bu yerinde bir çeviri değildir. *Suspension* sözcüğünden farklı olarak *derogation* askıya alma değil, olsa olsa yükümlülük azaltma sayılabilir.

<sup>14</sup> Türkiye’nin 25 Ocak 1988 tarihinde imzaladığı ve 2 Ağustos 1988 tarihinde onayladığı Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin md.1’de yer alan tanımına göre işkence, “bir kimseye kendisinden ikrar almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığında kuşkulanan bir eylem nedeniyle kendisini cezalandırmak, kendisinin veya üçüncü kişinin gözünü korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir sebeple, *bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen* ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren her hangi bir fiil anlamına gelir. Buradaki kamu görevlisi göndermesi, vurgulu sözcükler dikkate alınarak yapılmaktadır. İşkence sözcüğünün de bu bağlamda özerk olduğunu kaydetmek gerekir.

yerde, geleneksel hukuk kurallarının mutlak ve katı biçimde uygulanması işkencenin önlenmesine engel olabilir. Örneğin nezarethanede tutulan bir kişiye karakol amirinin emriyle işkence yapılması hâlinde, mekânda bulunan ve işkence eyleminin doğrudan veya dolaylı olarak parçası olan polislerin tanıklığı ve amirin hiyerarşik üst olarak sahip olduğu güç ve yetkiler karşısında serbest koşullara nazaran çok daha savunmasız durumdaki işkence failinin iddialarının durumu hayli dezavantajlıdır. Eğer kişinin bedeninde işkence sonucu gerçekleştiği saptanabilecek türden kalıcı hasar bulunmuyorsa işkence iddiasını kanıtlamak imkânsız değilse de hayli güç olacaktır. İşte İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, bu gerçeğin farkında olarak, “iddia eden ispat eder” kuralını işkence yasağı vakalarında katı biçimde uygulamamaktadır.<sup>15</sup> *Salman/Türkiye* kararında net biçimde ortaya konduğu üzere:

*“Kanıtları değerlendirirken Mahkeme genellikle ‘makul şüphenin ötesinde’ kanıt standardını<sup>16</sup> uygulamıştır. (...) Bununla birlikte, bu tür bir ispat, yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımların veya benzer çürütülmemiş gerçek karinelerinin bir arada bulunmasından kaynaklanabilir. Söz konusu olayların -gözetiminde kontrolleri altında bulunan kişilerin durumunda olduğu gibi- tamamen ya da büyük ölçüde yetkililerin münhasır bilgisi dahilinde olduğu durumlarda, bu tür bir gözetim sırasında meydana gelen yaralanmalar ve ölümlerle ilgili olarak güçlü karineler ortaya çıkacaktır. Kuşkusuz ispat yükünün, tatmin edici ve inandırıcı bir açıklama sunmak üzere yetkililerin üzerinde olduğu düşünülebilir.”<sup>17</sup>*

İHAM, bu içtihattan hareketle Hükûmetin böylesi koşullarda bir açıklama getirememesi hâlinde taraf devletin aleyhine sonuçlara varabilmektedir.<sup>18</sup> Polis gözetimindeki kişilerin savunmasız bir durumda oldukları ve yetkililerin onları koruma yükümlülüğü olduğu gerçeğiyle gerekçelendirilen<sup>19</sup> bu yaklaşım, artık yerleşik hâle gelmiştir.<sup>20</sup> Öyle ki bu

<sup>15</sup> *Blokhin v Russia* [GC] App no 47152/06 (ECHR, 23.3.2016), § 140.

<sup>16</sup> Buna “ispat ölçüsü” de diyebiliriz.

<sup>17</sup> *Salman v Türkiye* App no 21986/93 (ECHR, 27.6.2000), § 100.

<sup>18</sup> *El-Masri v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* App no 39630/09 (ECHR, 13.12.2012), § 152.

<sup>19</sup> *Salman v Türkiye*, § 99.

<sup>20</sup> Örneğin bkz. *Rivas v France* App no 59584/00 (ECHR, 1.4.2004), § 38; *Turan Çakır v Belgium* App no 44256/06 (ECHR, 10.3.2009), § 54; *Mete ve diğeri v Türkiye* App no 294/08 (ECHR, 4.10.2011), § 112; *Gäfgen v Germany*, App no 22978/05, (ECHR, 1.6.2010), § 92, ve *El-Masri v The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, § 152.

ispat kuralı, sadece nezarethane koşullarında değil, bir polis karakolundaki kimlik kontrolü veya böyle bir yerdeki basit bir sorgulama bağlamında da uygulama bulmaktadır. Bu yaklaşım, işkence gibi ağır insan hakkı ihlali niteliğindeki bir edime karşı “özellikle dikkatli bir inceleme”<sup>21</sup> yapma gereğinin de bir uzantısıdır.

AYM, bizim görebildiğimiz kadarıyla bugüne kadar işkence yasağının maddi yönden ihlalini saptaması nadirdir.<sup>22</sup> Mahkeme genellikle konuyu usuli yönlerden ele alma eğilimindedir. Fakat maddi yönden bir ihlal olasılığını kapatmayan Mahkeme açısından olası sorun şudur: Eğer başvuru bu türden bir iddiada bulunuyorsa ve bu iddiasını kanıtlamak konusundaki yükümlülüğü hükûmetle paylaşılacaksa, hükûmet “işkence olmadığı” iddiasını nasıl kanıtlayacaktır? AYM Kanunu md. 49/2, Adalet Bakanlığına görüş verme yetkisi sunsa da bu yetki bakanlığı tam olarak taraf kılmamaktadır. Taraf olmayan bir makamın bir olayın olduğu veya olmadığını ispatlamak konusunda gerçek anlamda bir yükümlülüğü olduğu söylenemez. Bu belirsizlik karşısında AYM’nin yapabileceği tek şey, AYM Kanunu md. 62/1’de yer alan “*Mahkeme, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışmaya, bilgi ve belge istemeye, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi incelemeye, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırma, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci istemeye yetkilidir. Mahkemenin bu taleplerini belirtilen süre içinde yerine getirmeyenler hakkında genel hükümlere göre doğrudan soruşturma yapılır*” hükmüne dayanmaktadır. Fakat bilgi-belge isteme veya kişileri dinlemeden ibaret bu yetki, kişilere işkence yapılmadığına dair bir ispat yükü getirmediği gibi AYM’yi karar verici bir merci olmaktan ziyade delil toplayıcı bir makam kılmaktadır. Yargıçların bir savcı rolüne soyunduğu yerde ise bir adil yargılamanın olamayacağı kanısındayız.<sup>23</sup>

## 2. Ayrımcılık Yasağı

İspat yükünün yer değiştirmesi/paylaştırılması yönünden öne çıkan bir diğer hak, ayrımcılık yasağı hakkıdır. Eşitsiz güç ilişkileri sorunu bu hak

<sup>21</sup> Bouyid v Belçika, § 83.

<sup>22</sup> Doğrudan “işkence” belirlemesi yaparak belirleme için bkz. *Feride Kaya (2)*, B. No: 2016/13985, 9/6/2020.

<sup>23</sup> *Mutatis mutandis* bkz. *İmret v Türkiye App no 69539/12 (ECHR, 20.2.2024)*.

yönünden de fazlasıyla geçerlidir. Eğer iddia eden ispat eder kuralı bu hak yönünden de uygulanacak olursa farklı muamele gördüğünü ve ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişinin, bu iddiasını bizzat kanıtlaması gerekecektir. Fakat örneğin bir kişi ayrımcılık yaşamışsa bu kişinin, ayrımcı nitelikteki fiil ve işlemleri kanıtlamaya matuf bilgi ve belgelere erişmesi genelde olanaklı değildir. Keza ayrımcılık yapan kişi çoğu kez mağdurlara nazaran daha güçlü konumdadır ve ayrımcılığın doğrudan biçiminin alenen gerçekleşmesi pek nadirdir. Ayrımcılık, genellikle dolaylı ve örtük biçimlerde tezahür eder. Bu nedenlerledir ki ayrımcılık çoğu kez ispatlanamaz.

Nitekim pek çok rapor Avrupa'da örneğin ırkçılığın ortadan kalkmadığını ortaya koymasına rağmen, İHAM uzun yıllar boyunca ırk temelli ayrımcılık yasağı ihlali sonucuna ulaşmamıştır.<sup>24</sup> İşte, bu nedenlerledir ki ayrımcılık yasağı bağlamında ispat kuralları esnetilmiş, ayrımcılığa uğradığını düşünen kişiler için kanıtlama eşiği düşürülmüştür. Bu yola ayrımcılık mağdurlarının bir yargı organı önünde haklarını aramaları teşvik edilmek istenmiştir. Eşit muamele ilkesinin yaşama geçirilmesi için uygulanan önlemlerin güçlendirilmesi hedefiyle de uyumlu<sup>25</sup> olan bu yaklaşım uyarınca, ayrımcılığa uğradığını iddia eden mağdura düşen şey, ayrımcılıkla ilgili iddialarını “görünüşte” ortaya koyabilecek delilleri sunmaktır. İlk bakışta (*prima face*) ayrımcılık olduğuna dair bulgular mevcut ise artık kanıtlama yükünde terazinin diğer kefesi ağırlaşır ve ayrımcı muameleyi gerçekleştirdiği iddia edilen kişi, söz konusu muamelenin ayrımcılık oluşturmadığını ortaya koymakla mükellef olur.<sup>26</sup>

İHAM bu yaklaşımını çeşitli vakalarda uygulamıştır. Örneğin Roman kökenli Çekya yurttaşlarının öğrenme güçlüğü yaşadıkları gerekçesiyle özel eğitim kurumunda eğitim görmeye zorlanmalarıyla ilgili *D.H./Çekya* kararında başvurucular bunun bir ayrımcılık olduğunu ileri sürmüş, bu iddialarını da ilk bakışta (*prima facie*) ayrımcılığa işaret eden güvenilir ve

<sup>24</sup> Bu çelişki ile bunun saptanıp dönüşümüne dönük içtihatlar hakkında bkz. Ceren Hilal Günaydın, ‘İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarında Irk Ayrımcılığı’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2024) 228, 231.

<sup>25</sup> Bkz. ‘Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi’ <<http://data.europa.eu/eli/dir/1997/80/oj>> 30 Mart 2024 tarihinde erişildi.

<sup>26</sup> *Anguelova v Bulgaria* App no 38361/97 (ECHR, 13.6.2002), § 111; *Timishev v Russia* App no 55762/00 ve 55974/00 (ECHR, 13.12.2005), § 57; *Sampanis and others v Greece* App no 32526/05 (ECHR, 5.6.2008), § 70, *D.H. and others v the Czech Republic*, App no 57325/00 (ECHR, 13.11.2007), § 188, *Oršuš and others v Croatia* App no 15766/03 (ECHR, 16.3.2010), § 150.

ciddi istatistiklerle desteklemişlerdir. Bu istatistikler ayrımcılığı tamamen kanıtlamıyor olsa da Mahkeme, Çek Cumhuriyeti Hükûmetinden ayrımcılık olmadığını kanıtlamasını beklemiş ve bu kanıtın sunulmaması üzerine ayrımcılık yasağı ihlali sonucuna varmıştır.<sup>27</sup> İHAM'ın buna benzer nitelikteki -konuyu dağıtmamak için aktarmadığımız- kararları her geçen gün artmaktadır.<sup>28</sup>

Burada da ispat yükünün katı biçimde iddia edene bırakılmadığı ve bir karşı taraf olarak devlet ile paylaştırıldığı görülmektedir. Şu hâlde bu bağlamda da başvurucunun karşısında aksi yönde ispatla mükellef bir tarafın çıkarılması zarureti hasıl olmaktadır.

## B. Meşru Amaç Testi Sorunu

Bireysel başvurularda bir karşı taraf ihtiyacı, “meşru amaç testi” açısından da bir gerekliliktir. “Meşru amaç testi”, işkence yasağı gibi mutlak nitelik arz eden bir hak yoksa, başka bir deyişle sınırlandırılabilir (*qualified*) bir hak söz konusu olmuşsa kanuna dayanan bir müdahalenin hangi amaçla yapıldığının sorgulandığı bir basamağı ifade eder. Sınırlandırılabilir haklarda Avrupa sistemindeki geleneksel uygulama, müdahalenin (i) kanuni dayanağının olup olmadığı (kanunilik testi), (ii) müdahalenin meşru bir amacının olup olmadığı (nedensellik testi) ve (iii) kanuna dayanan bu müdahalenin ulaşılmak istenen amaç için ölçülü olup olmadığı (ölçülülük testi) incelemelerinin yapılmasıdır. Bu inceleme süreçlerinde ilgili hakkın niteliğine göre hakkın özüne dokunulup dokunulmadığı<sup>29</sup> veya demokratik toplum düzeninde gereklilik bulunup bulunmadığı<sup>30</sup> yahut Sözleşme'nin ruhuna uygunluk<sup>31</sup> gibi faktörler de dikkate alınmakla birlikte bunlar her koşulda uygulanmaz.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> D.H. and others v The Czech Republic, §§ 189-195.

<sup>28</sup> Daha fazlası için Türkçe literatürde bkz. Ayrıntılar için bkz. Dilşad Çiğdem Sever, ‘Ayrımcılığı İspatlamak: Güçlükler ve Olanaklar’, iç *Uluslararası Ayrımcılık Konferansı* (EŞHİD Yay 2018) 81-95.

<sup>29</sup> Bkz. Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBFY 1982).

<sup>30</sup> Necdet Umut Orcan, AYM içtihadında ölçülülük ve demokratik toplum düzeninde gereklilik testlerinin geçişkenliği ve düzensizliğini haklı olarak eleştirmektedir. Bkz. Necdet Umut Orcan, *Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri* (Adalet 2023).

<sup>31</sup> Anayasa'nın ruhu ifadesi “Sözleşme'nin ruhu” (“Spirit of the Convention”) biçimiyle tezahür edebilmektedir. Bkz. Colak and Tsakirdis v Germany App nos 77144/01 ve 35493/05 (ECHR, 5.3.2009), § 35.

<sup>32</sup> Keza ölçülülük incelemesinin de her hak açısından aynı etkiyi göstermediğini kaydetmek gerekir. Örneğin yaşam hakkına müdahalelerde “katı biçimde gerekli” (*strictly necessary*)  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)



Meşru amaç testinin 1982 Anayasası'ndaki temeli, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı madde 13'te yer alan "*Temel hak ve hürriyetler (...) yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak (...) sınırlanabilir*" hükmüdür. Bu konuda Türkiye'ye özgü kimi tarihsel tartışmalar ve gelişmeler vuku bulmuşsa<sup>33</sup> da yaygın genel standart, müdahalenin ölçülü olup olmadığını incelemeyen önce müdahalenin hangi amaçla gerçekleştirildiğinin saptanmasıdır. Bu meşru amaç incelemesinde bir yandan ilgili maddede böyle bir nedenin olup olmadığı<sup>34</sup>, diğer yandan da söz konusu amacın Sözleşme/Anayasa ile öngörülen haklar düzeni açısından "meşru" olup olmadığı sorgulanır. Bu bağlamda amacın "meşru" olmadığı saptanmışsa, çok yaygın olmasa da ihlal sonucuna ulaşılabilir.<sup>35</sup>

Örneğin Örneğin İHAM, LGBT+ (Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transseksüel vd.) eylemleri açısından Rusya hükûmetinin sınırlamanın amacı olarak "genel ahlakın korunması" amacını göstermiş olmasını bir ihlal nedeni sayılmıştır.<sup>36</sup> Oysa hükûmet "kamu düzeninin korunması" amacını ileri sürmüş olsaydı, ihlalin bu yönden çıkmama olasılığı yok değildi.<sup>37</sup> Şu hâlde meşru amaç testi de kanunilik, ölçülülük veya demokratik toplum düzeninde gereklilik gibi bir ihlal sebebi olabilir. AYM'nin 14 yıllık pratiğinde bu yönde nadiren ihlal kararı vermiş olması bu gerçeği ortadan kaldırmamaktadır.<sup>38</sup> Bu sorun ayrıca bir incelemeye konu olabilir fakat meselenin konumuz açısından üzerinde durulması gereken yönü, müdahalenin amacının hiçbir organ, kişi veya merci tarafından ileri sürülüyor olmasıdır. AYM'nin önüne gelen vakalarda amacın ne olduğunu, sanıyoruz ki AYM raportörleri resen ve kendi takdirlerine bağlı olarak saptamakta ve testin bu aşamasını yüzeysel/gerekli sorgulamaları yapmadan geçmektedir. Aslında bu durum AYM'yi meşru amaç testi bakımından hem iddia eden hem de karar veren kılmaktadır. Oysa olması gereken şey, somut olaydaki müdahalenin hangi amaçla (örneğin genel sağlığın, genel ahlakın veya başkalarının haklarının korunması vb.) gerçekleştirildiğinin hükûmetçe ileri sürülmesi, başvuruçunun buna itiraz

---

olma koşulu aranır. Ayrıntıları için bkz. Osman Doğru, *Yaşama Hakkı* (Avrupa Konseyi 2018).

<sup>33</sup> Bkz. Sağlam (n 26).

<sup>34</sup> Engin Kabadaş, B no 2014/18587, (AYM, 6.7.2017), § 26.

<sup>35</sup> Bu ihlallerin bilançosu için bkz. Necdet Umut Orcan, 'Legitimate Aims, Illegitimate Aims and the E.Ct.H.R.: Changing Attitudes and Selective Strictness' (2022) 7[1] University of Bologna Law Review 7-40.

<sup>36</sup> Navalnyy v Russia App no 29580/12 vd (ECHR, 15.11.2008), § 126.

<sup>37</sup> Zhdanov and others v Russia App no 12200/08 (ECHR, 16.7.2019), § 160.

<sup>38</sup> *Remezhan Orak ve diğerleri*, B. No: 2013/2229, 3/2/2016.

etmesi veya etmemesi, AYM'nin de bu muhakeme sonucunda bir sonuca varmasıdır.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un mevcut hâliyle böylesi bir muhakeme mümkün görünmemektedir. AYM meşru amacı kendi kendine bulmakta, dolayısıyla da bu noktada bir ihlal sonucuna ulaşmamaktadır.

### C. Hukuk Yollarını Araştırma Sorunu

İHAM önündeki bireysel başvuru usullerinde, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı mutlak bir katılıkla uygulanmamaktadır. Bir hukuk yolunun mevcut, ulaşılabilir ve (giderim sağlayabilecek ve makul bir başarı şansı olacak şekilde) etkili olması gerekir. Bu niteliği taşımayan bir yolun tüketilmesi gerekli olmaz.<sup>39</sup> Başvurucular, bir yolu tüketmemişlerse o yolun neden etkili olmadığını açıklıyor olabilirler. Fakat böyle bir açıklamaya gidilmediğinde Hükûmet bu noktada itiraz etmektedir. İşte hükûmet, bir hukuk yolunun tüketilmediğini iddia ediyorsa, söz konusu hukuk yolunun mevcut ve etkili olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür.<sup>40</sup> Bu bir yükümlülük paylaşırma meselesidir.<sup>41</sup>

Fakat Türkiye'deki durum tam olarak bu sistematığe uymamaktadır. Bir hukuk yolunun etkili olup olmadığını, başvuru ve hükûmet arasında bir ihtilaf olmasa bile AYM resen araştırmak durumunda kalmaktadır. AYM'nin davanın esasına dönük harcaacağı mesaiyi, diğer yüksek mahkemelerin içtihatlarını tarayıp bunlar arasında hangileri etkili hangileri etkisiz diye arama yapması, bunlardan bir sonuca ulaşmaya çalışması tarafsızlıkla tam olarak uyumlu sayılmaz. Kanımızca tarama ve buna göre argümente etme yükümlülüğü Bakanlıkta olmalıdır. Bu sürecin sonucunda AYM ikna olur veya olmaz ama en azından sürecin tarafı kılınmamış olur.

Bu sorun, birden fazla hukuk yolunun mevcut olup olmadığı, eğer varsa hangilerinin etkili sayılabileceği ve nihayet etkili başvuru hakkı ile adil yargılanma hakkı bünyesindeki mahkemeye erişim hakkı bağlamındaki koşut tartışmalar için de geçerlidir. AYM'nin bir hukuk yolunun tüketilmesiyle

<sup>39</sup> Bu konuda ayrıntılar için bkz. Ömer Emrullah Egeliği, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, (On İki Levha Yay 2021).

<sup>40</sup> *Molla Salı v Greece* [GC] App no 20452/14 (ECHR, 19.12.2018), § 89; *Mocanu and others v Romania* [GC] App no 18213/16 vd, (ECHR, 5.5.2022), § 225.

<sup>41</sup> Kişi, konu, yer ve zaman yönünden yetki kuralı ile başvuru süreleriyle ilgili meselelerde de çelişmeli muhakeme anlamlı olabilir ama bunların resen soruşturulması eşyanın doğası gereği daha kolay haklı çıkarılabilir görünmektedir.

ilgili olarak belli bir marjın (bu konuyu resen araştırmak kamusal bir ödev sayılsa da çelişmede taraf olma düzeyine varmamalıdır) ötesine geçmek zorunda kalması kanımızca sorunludur.

#### **D. Bilgi ve Belgeleri Doğrulama Sorunu**

Bireysel başvurularda başvuru sahipleri bazı bilgi ve belgeler sunmaktadır. Bunlar davanın esası ile ilgili olabileceği gibi, tazminat veya yargılama giderleriyle ilgili de olabilir. Böylesi hâllerde söz konusu bilgi ve belgenin doğruluğunun AYM tarafından mutlak biçimde denetlenmesi Mahkeme için gereğinden fazla bir yükür. Resmî nitelik taşıyan belgeler açısından kanıtlanma daha kolay olsa da özel belgeler açısından bu çok daha zordur. Somut olayın koşullarına göre bu durumun çelişmeli biçimde tartışılabilir olması gerekir. Örneğin Strazburg yargılamasında bir başvuru sahibinin yargılama masraflarını ortaya koymak üzere sunduğu kimi belgelerin (örneğin aynı taksit fişinin) birden çok dosyaya sunulması veya gerçekte damga yetkisi olmayan bir yapının kimi evraklara mühür ve damga basması gibi yollarla sahtecilik yaptığı, Mahkemenin ayrıntılı incelemesinden ziyade taraf devlet temsilcisinin itirazlarıyla ortaya çıkarılabilmektedir. Bu türden olasılıklar AYM önündeki usul açısından da geçerli olmalıdır.

Tazminat talepleri açısından da durum benzer sayılabilir. Bir kişinin tazminat talebinin ve bu talepteki miktarın yerindeliği, öyle veya böyle nispi bir meseledir. Böylesi nispi ve göreceli hâllerde çelişme ve çelişmenin sonucunda ulaşılabilecek sonuç çok daha sağlıklı olacaktır. Tazminat talebinin kabul edilebilirlik aşamasından hemen sonra değil ihlalin sonunda karara bağlandığı akıldaki tutulduğunda bu hususta bir güncelleme gerekliliği açıktır.

#### **E. Argümanları Kademeliendirme Gereği Sorunu**

Bireysel başvuru süreçlerinde, başvuruya yanıt veren bir kişi/makam/karşı tarafın bulunmaması başvuru sahipleri açısından argümantasyon ve dava stratejileri açısından da bir güçlük getirmektedir. Şöyle ki, bir başvuru sahibi doğal olarak kendi lehine argümanları ileri sürmek ister. Fakat bu süreçte başvurusunun aleyhine olabilecek kimi faktörlerin farkında olabilir. Ne var ki aleyhteki argümanları kendiliğinden dilekçeye yazmak istememesi doğal bir durum, hatta başvurusunun koşullarına göre Anayasa md. 38/5'te yer alan “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” güvencesinin doğal bir uzantısıdır.

Başvurucu, kendi aleyhine ileri sürülebilecek argümanların farkında olup kendisinin bunlara ayrıca bir yanıtı olabilir. Fakat aleyhte argümanlar ileri sürülmeden bunları derhal yazıya dökmek başvurusunun başarı şansını azaltacak bir faktördür. Olması gereken (*de lege ferenda*), karşı tarafın aleyhte argümanlarını ve dikkat çekmek istediği yönü görüp savlarını ona göre kademelendirmektir. AYM'nin önündeki bireysel başvuru mekanizmasında bu tam olarak bu şekilde ilerlemediği için başvuru, aleyhinde olabilecek (belki gerçekte Mahkemenin dahi farkında olmadığı fakat farkında olma olasılığının bulunduğu) faktörleri ortaya koymak ve bunlara yanıt vermek zorunda kalabilmektedir. Bu başvuru aleyhine tuhaflığın giderilmesi, karşı savların da davada net biçimde mevcut olması ve diyalektik bir sürecin kurumsallaşması ile mümkündür.

### III. KARŞI TEZLERE YANITLAR

İleri sürdüğümüz görüşlere karşı mevcut ve olası eleştirilere de burada yanıt vermek lazım gelmektedir. Bu bakımdan iki argüman olasıdır.

#### A. Erkler Ayrılığına ve Yargı Bağımsızlığına Aykırılık Argümanı

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un taslak metninde “*Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği Adalet Bakanlığına bildirilir*” (md. 49/2) şeklindeki hükmün gerekçesinde kabul edilebilirlik kararı verilen dosyaların Adalet Bakanlığına bildirileceği belirtilmiş ve “*kamu adına yapılması gereken savunmaların Adalet Bakanlığınca koordine edilmesi*”nin öngörüldüğü ifade edilmişti. Alt Komisyonda bu hükümlerle ilgili yapılan görüşmeler sırasında ileri sürülen itirazlara “*Adalet Bakanlığının konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınması durumunda taraf olacağı, bu nedenle konunun öncesini bilerek savunma yapmasını ve gerekli tedbiri almasını sağlamak amacıyla öngörüldüğü*” yanıtı verilmiştir.

Taslaktaki bu hüküm, Genel Kurul aşamasında genişletilmiş, anılan hükme ayrıca “*Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir*” cümlesi eklenmiştir. Buna gerekçe olarak da “*Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların Adalet Bakanlığına gönderilerek Bakanlığın bilgilendirilmesini; Adalet Bakanlığının ise her başvuru için değil, yalnızca gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak*

*Mahkemeye bildirmesini sağlamak amacıyla bu önerge verilmiştir*<sup>42</sup> denmiştir. Bu hüküm Genel Kurul'da kabul edilmiştir.

Öğretide bu hükümdeki görüş bildirme yetkisinin aynı fıkrada öngörülen bilgilendirmenin çok ötesine geçtiği, hatta Adalet Bakanlığını anayasa şikâyeti başvurusunun tarafı kıldığı ifade edilmiş ve bunun erkler ayrılığına aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.<sup>43</sup>

Öncelikle; söz konusu yetkinin Adalet Bakanlığını bu usulün tarafı kıldığını söylemek bize pek gerçekçi gelmemektedir. Ramazan Korkmaz'ın ifade ettiği üzere Adalet Bakanlığına bildirim ve görüş bildirme yetkisi verilmiş olması onu aktif veya pasif bir taraf kılmamaktadır ve bu hükmün getirilme amacı, büyük olasılıkla ileride İHAM önündeki başvurulara binaen konuyla ilgili bilgi sahibi olarak önceden hazırlık yapma olanağı sağlamaktır.<sup>44</sup> Tabii ki bu yetki, hatta belki de taraf olarak cevap verme yetkileri dahi kötüye kullanılabilir ama bu olasılık hemen her hâlükârda mevcuttur ve varsayım üzerine çıkarım yapılamaz. Şöyle ki, örneğin idari yargılama usulünde davalı taraf her hâlükârda idaredir. Yürütme erkinin davada taraf olması, açılan davalara cevap, repliklere düplik sunma yetkisi yargı bağımsızlığı veya erkler ayrılığına aykırı olmadığı gibi, bu yetkinin kötüye kullanılması “olasılığı”, söz konusu yetkiyi ortadan kaldırmayı gerekli kılmaz. Kötüye kullanmaya karşı tedbirler ve somut olayın koşullarına göre ek ihlal tespiti koşulları kolaylıkla sağlanabilir.

Zaten, mezkûr hükmün yargı bağımsızlığını zedelediği iddiasıyla AYM'ye açılan iptal davasında Mahkemenin şu belirlemesi de bu saptamamıza koşuttur:

*“Bireysel başvuruda, davanın bir tarafında hakkı ihlal edildiğini ileri süren 'başvurucu' varken, diğer tarafta bu ihlale neden olduğu ileri sürülen kamu otoritesi bulunmaktadır. Bu niteliği ile bireysel başvuru yolu Anayasa yargısından, diğer bir ifade ile soyut veya somut norm denetiminden ayrılmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun bireysel başvuruların incelenmesi aşamasında varsa bir ihlalin ortaya*

<sup>42</sup> TBMM Genel Kurul Tutanakları, 82. Birleşim, Dördüncü Oturum, 24 Mart 2011.

<sup>43</sup> Ece Göztepe, ‘Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2011) [95] TBB Dergisi 30. Bu görüşe yakın kaygılarla ve görüş vermenin direktif verme düzeyine ulaşmaması için bilgi verme ile sınırlı kalması argümanı için bkz. Hüseyin Özcan, ‘Türkiye’de Bireysel Başvurunun Geleceği’ iç Murat Yanık, Hüseyin Özcan ve Ahmet Akcan (eds), *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı-3* (Kültür Üniversitesi 2012) 35.

<sup>44</sup> Ramazan Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha 2014) 174.

*çıkarılması için dava konusu kuralda olduğu gibi bazı usul hukuku araçlarına yer vermesi, adil yargılamanın gereği olmakla birlikte mahkemelerin bağımsızlığına müdahale ve mahkemelere verilen emir veya talimat olarak da değerlendirilemez.”<sup>45</sup>*

## **B. Taraf Olmanın Yargılama Sürecini Uzatacağı Argümanı**

Öğretide bir diğer görüşe göre bireysel başvuru usulünün çelişmeli biçimde düzenlenmemesi, yani başvuru sahibinin karşısında bir davalının olmaması ve klasik anlamda layihalar teatisinin işlememesi, yargılama sürecini hızlandırma amacını gütmektedir.<sup>46</sup> Bu görüşü tersten okuyacak olursak bireysel başvuru mekanizmasının çelişmeli kılınmasına bunun makul sürede yargılanma hakkını ihlal etme olasılığı itirazının ileri sürüleceğini söyleyebiliriz.

Bu itiraz bir bakımdan dikkate değerdir. Anayasa Mahkemesi önünde yargılama süreçleri hızlı tamamlanabilen süreçler değildir. Örneğin Osman Doğru'nun sürdürdüğü “İnsan Hakları ve Anayasa Gözlemevi”<sup>47</sup> çalışmasındaki internet teknolojilerine dayalı hesaba göre, örneğin en hızlı karara bağlanması beklenen işkence yasağı yönünden “ihlal” filtrelemesiyle yapılan sorgulamada, bu başvuruların sonuçlanma süresinin ortalama “3 yıl 6 ay 24 gün” olduğu görünmektedir. Şimdiye değin bir ihlal sonucuna ulaşılmayan ayrımcılık yasağı yönünden bu süre (ihlal iddialarının sonuca bağlanma süresi) ortalama “2 yıl 9 ay” görünmektedir. Bu süre bireysel başvurunun genel ortalaması da (“2 yıl 9 ay 1 gün”) buna benzerdir. Dolayısıyla AYM önündeki yargılamalarda da diğer mahkemeler önünde olduğu gibi sürat sorunu vardır. Ne var ki bu sorun ve çelişmeli yargılamanın bu soruna katacağı ek külfet, kabul edilebilirlik aşamasındaki ek incelemeler ile çelişmeli yargılamanın işkence ve ayrımcılık yasağı bağlamındaki ispat yükü ile çelişmeli yargılamanın genel olarak muhakemenin etkililiğine olan katkısı karşısında devede kulaktır. Dahası, Bakanlık'tan bazı yanıtların beklenmesinin yargılama sürecini uzatacağı varsayılan ek sürenin, AYM

<sup>45</sup> AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, T. 01.03.2012.

<sup>46</sup> Ali Rıza Çoban, ‘Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu’, iç Ahmet Taşkın (ed), *AİHM ve Türkiye - II, Anayasa Şikâyeti ve AİHM Uluslararası Sempozyum* (Türkiye Adalet Akademisi 2010) 204-205; Özcan Özbey, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı* (2. bs. Adalet 2013) 381.

<sup>47</sup> Tüm veriler için bkz. <https://insanhaklari.gen.tr/> Anılan sitede ayrıca bkz. Osman Doğru, ‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvurulardan Kaynaklanan Nicelik Sorunu’, (*İnsan Hakları ve Anayasa Gözlemevi*, 1 Mayıs 2022).

raportörlerinin bu bilgi, belge, olgu ve diğer öğeleri bulmak için harcaacakları süreden daha uzun olacağı kuşkuludur.<sup>48</sup> Aksine, AYM raportörlerini bu iş yükünden kurtarmak, duruma göre sübvansede dahi sayılabilir. Son olarak; mevcut uygulamada AYM'nin Bakanlığa cevap değil ama konuyla ilgili görüşünü bildirmek için bir süre verdiği ve bu sürenin zaten beklendiği de burada ayrıca kaydedilmelidir. AYM İçtüzüğü'nün md. 71/2 hükmüne göre:

*“Adalet Bakanlığı başvuruya ilişkin görüşünü otuz günlük süre içinde bildirir. Talep hâlinde Bölüm Başkanınca bu süre otuz güne kadar uzatılabilir. Başvurunun Adalet Bakanlığına bildiriminden itibaren belirtilen sürelerde cevap verilmediği takdirde, Mahkeme dosyadaki bilgi ve belgelere göre kararını verir. Mahkeme, içtihadın olduğu alanlarda veya ivedilikle karar verilmesi gereken durumlarda Bakanlık cevabını beklemeden başvurunun kabul edilebilirlik ve esası hakkında karar verebilir.”*

Bu hükümde yer alan süre kaydı, tam da sürecin uzamasına dönük bir çaredir ve tezimizle koşuttur. Sonuç itibarıyla bu hüküm mevcutken görüş bildirme yetkisini bir cevap olarak tanımlamakta yargılama süreci itibarıyla uzatıcı bir yön görmemek gerekir.<sup>49</sup>

### C. Süper Temyiz Mahkemesi Argümanı

Burada son olarak AYM'nin önündeki bireysel başvuru usulünde çelişmeli yargılama esasının mevcut olmasının bu usulü diğer kanun yollarına benzeteceği bu bakımdan AYM'nin bir dördüncü yargı yeri veya süper temyiz mahkemesi gibi bir konuma sürükleneceği itirazının üzerinde durmak gerekir. Bu itiraz açıkça dile getirilmese de son yıllarda AYM'nin yetkilerine

<sup>48</sup> Burada AYM'nin gerekli bilgi ve belgeleri bizzat mı yoksa bu bilginin merkezileşeceği Adalet Bakanlığı'ndan mı istemesi gerekliliğine dönük tartışmalara girmiyoruz. Bkz. Nevzat Akbilek, 'Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu/Soru-Cevap' (Strateji Geliştirme Başkanlığı 2012) 416-417; Ayhan Döner ve Yeşim Çelik, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları; Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları' 2016 9[1] Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 275, 285.

<sup>49</sup> Ayrıca, taraflarca getirilme ilkesinin aslında yargılamayı hızlandırdığı da bir gerçektir. Çünkü uyumsuzluğu en iyi bilen taraf, zaten en uygun belgeyi de sunacaktır, gereksiz işlerle uğraşmayacaktır. Resen araştırmada hâkim tam olarak neyi araştıracağını bilemeyebilir, gereksiz delil araştırması yapabilir.

dönük hemen hemen her tartışmada bu yöndeki itirazlar, bu savın (belki farklı öznelerce) bu bağlamda da ileri sürülebilmesi pek olası kılmaktadır.<sup>50</sup>

Bu varsayımsal itirazın bu konuda geçerli olamayacağını peşinen kaydetmek gerekir. Zira “süper temyiz mahkemesi”<sup>51</sup> tezi, kanun değerlendirmeleriyle ilgili bir meseledir ve esasen adil yargılanma hakkı ihlalleriyle ilgili olarak gündeme gelir.<sup>52</sup> Bakanlığın bireysel başvuru usulünde taraf olması, bu usulü kanun yolu kılmaz. Öyle olsaydı, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önündeki usulü kanun yolu saymak gerekirdi.

#### IV. ÖNERİ: BİREYSEL BAŞVURU İNCELEMESİNDE SOMUT NORM DENETİMİ

Başvuru mekanizmasının genel olarak etkili yürütülmesi, özel olarak bazı hakların ihlal iddialarının sağlıklı biçimde incelenmesi için Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un md. 49/2 hükmünün değiştirilmesi bir gerekliliktir. Bu gerekliliği yapmak konusunda öncelikli adres yasama organıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin (“TBMM”) bu adımı atmaması karşısında Anayasa Mahkemesi de devreye girebilir ve bireysel başvuru yargılaması sırasında somut norm denetimi yaparak iptal yönünde karar verebilir. Bunun için gerekli koşullar mevcuttur.

Anayasa’nın md. 152/1 hükmüne göre “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*”

<sup>50</sup> Mehmet Uçum, ‘Görüş: Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarındaki sorunlar’ (AA, 26 Ocak 2024) <<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/gorus-anayasa-mahkemesinin-bireysel-basvuru-kararlarindaki-sorunlar/3119940>> 30 Mart 2024 tarihinde erişildi.

<sup>51</sup> Bu kavramın Strazburg içtihadındaki karşılığı “dördüncü yargı yeri öğretisi” biçiminde ifade edilir.

<sup>52</sup> Bkz. Maija Dahlberg, “‘It is not its task to act as a Court of fourth instance’: the case of the ECtHR” (2014) 7[2] European Journal of Legal Studies 84-118. Örneğin bunun suçta ve cezada kanunilik ilkesi yönünden geçerli olduğu savı tam olarak Strazburg içtihadı ile uyumlu sayılmaz. Bu yönde bir sav için bkz. Ersan Şen ve Doğa Ceylan, ‘Bireysel Başvurularda Kanuniliğin Denetlenme Sınırı’, (Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık, 1 Ocak 2024) <<https://sen.av.tr/tr/makale/bireysel-basvurularda-kanuniligin-denetlenme-siniri>> 30 Mart 2024 tarihinde erişildi.



Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemeleri sırasında “davaya bakmakta olan mahkeme” sayılmalıdır.<sup>53</sup> Bu noktada söz konusu “dava” kavramının nizasız veya nizalı olmasının önem taşımadığını<sup>54</sup> ve burada mahkeme kavramının dar (“court”) değil geniş (“tribunal”) anlamda söz konusu olduğunu<sup>55</sup> kaydetmek gerekir. Nitekim İHAM da bireysel başvuru yargılamalarını adil yargılanma hakkı kapsamında incelerken, böyle bir tutum sergilemektedir. Bu tutum uyarınca uluslararası hukuka uygun yorum benzer bir yaklaşımı izlemek<sup>56</sup> anlamlı görünmektedir.

Eğer AYM, bireysel başvuru incelemelerinde davaya bakan bir mahkeme ise bu durumda “uygulanacak kanun hükümleri” ifadesine denk düşen norm da Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun md. 49/2 olacaktır. Bu davada uygulanacak olan bu normun anayasaya aykırı olduğu yönünde AYM’de kanaat oluşması durumunda, bireysel başvurunun geri bırakılması, yani bu sorunun “ön sorun” sayılması gerekir.<sup>57</sup> Bu ön sorun saptaması üzerine Genel Kurulun söz konusu normu iptal etmesi mümkündür. Bu, bahsettiğimiz sorunu çözecektir.

AYM, geçmişte Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un anılan hükmüyle ilgili (yargı bağımsızlığını zedelediği yönünde) bir karar<sup>58</sup> vermiştir. Bu karar bir ret kararı olmakla birlikte o günden bu yana on yıldan fazla zaman geçmiş olduğu da ayrıca kaydedilmelidir. Başka bir deyişle norm denetimi açısından Anayasa md. 152/sonda yer alan sorun (on yıl yasağı) mevcut değildir.<sup>59</sup>

<sup>53</sup> Bu kavrama dönük AYM içtihatları konusunda bkz. Kemal Başlar, *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı* (Roma 2005) 39-43.

<sup>54</sup> Merih Öden, “Anayasa Hukuku Açısından Çekişmesiz Yargı” iç Nami Çağan (ed), *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan* (Adalet 2010) 511-528.

<sup>55</sup> Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti Bireysel Başvuru: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya ile Mukayeseli Bir İnceleme* (On İki Levha 2013) 292.

<sup>56</sup> Bu tartışmalar için bkz. Başlar (n 49).

<sup>57</sup> Benzer bir yaklaşım için siyasi partilerin kapatılması davası ve yüce divan yargılamaları bağlamında geçerlidir. Örneğin bkz. AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, T. 17.8.1971 ve 19.8.1971.

<sup>58</sup> AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, T. 01.03.2012.

<sup>59</sup> Burada aykırılık iddiasının farklı gerekçeye dayandığını da ayrıca kaydetmek lazım. Bunun on yıl yasağına etkileri konusundaki tartışmalar için bkz. Abdullah Sezer, *Anayasa Yargısında Güvence-İstikrar İkilemi: On Yıllık Norm Denetimi Yasağı (1982 Anayasası m. 152/son)* (On İki Levha 2022).

## SONUÇ

Sonuç itibarıyla Adalet Bakanlığının, kabul edilebilir bir bireysel başvurudan haberdar olmasının gayet doğal olduğu<sup>60</sup> görüşüne katılmakta ama aynı zamanda bunun yetersiz olduğunu düşüncesini ileri sürmekteyiz. Öğretide daha önce ifade edildiği<sup>61</sup> üzere, Adalet Bakanlığı anayasa şikâyeti usulünde açıkça bir taraf olmalı ve görüş bildirme gibi muğlâk bir yetki yerine açıkça cevap verme yetkisiyle donatılmalıdır. Bu bağlamda Bakanlığın cevap verip vermeme konusunda bir takdire sahip olması söz konusu olabilir fakat bu cevapsızlıktan AYM'nin kendi çıkarımını yapabileceğini de ayrıca kaydetmek gerekir. Söz konusu usul, yukarıda ifade ettiğimiz pek çok gerekliliğin yanı sıra, bazen bizzat silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olabilir.<sup>62</sup> Bu böyle olmasa dahi yukarıda ifade ettiğimiz nedenlerin, saptamamızı geçerli kıldığı düşüncesindeyiz.

İspat yüküne ilişkin net bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu düzenleme (en azından) ispatın zor olduğu durumlar için bir ispat yükü<sup>63</sup> kuralının düzenlenmesini ve bu yükün kimde olduğunun belirlenmesini içermelidir.

Bu sorunun çözülmesinde asıl iş, yasama organına düşmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bulunan herhangi bir milletvekilinin, 6216 sayılı

<sup>60</sup> Çoban (n 42) 176; Öykü Didem Aydın, 'Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru' (2011) 15[4] Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159; Bunun adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz koşulu olduğunu söyleyen görüşe ise katılmamaktayız. Bu görüş için bkz. Döner/Çelik (n 44) 284. Zira bu çıkarım kategorik olarak yapılamaz. Her somut olayın kendi koşulları dikkate alınmalıdır. Bireysel başvuru usulünün *sui generis* niteliği uyarınca, önceki yargılama süreçleri çelişmeli ilerlemişse ve bu usulde silahlarda eşitsizlik ortaya çıkmıyorsa, bu durumun kendiliğinden bir ihlal çıkarmayacağı kanaatindeyiz.

<sup>61</sup> Bkz. Tolga Şirin, 'Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme' 2015 31[1] Anayasa Yargısı 79, 134.

<sup>62</sup> Bu ilkenin AYM tarafından kavranış biçimi için bkz. Akif Yıldırım ve Ayhan Kılıç, 'Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi' 2021 9[2] Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 341-411. AYM'deki usul özelinde şu anda İHAM önünde bekleyen bir vaka için bkz. Toprak Karavan v Türkiye App no 66847/16 (ECHR, 18.05.2020 Communicated Case).

<sup>63</sup> Burada "ispat yükü" ile "delil ikame yükü" arasındaki farkı da kaydetmek gerekir. İspat yükü, ispatsızlık hâlinde sonucuna kimin katlanacağını belirlerken, delil ikame yükü, aleyhine karar verilmemesi için kimin delil sunması gerektiğini söyler. Bu ikisi genelde ortak ilerlese de bazı durumlarda (örneğin ispat yükü üzerinde olmasına rağmen, karşı taraf delil sunmazsa, ispat yükü üzerinde olanın davayı kazanabilmesi gibi) farklılaşabilir. Bu farkın, düzenleme koyarken akılda tutulması gerekebilir.

Kanun'da bir değişiklik teklif etmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Böyle bir teklif sunulur ise Bakanlık'ın taraf olmasının kabul edilmesinde yürütme erki açısından da bir sakınca olmasa gerekir. Dolayısıyla ilk önerimiz, TBMM'nin bu yönde bir değişiklik yapmasıdır.

Yasama organının böyle bir girişimde bulunması ideal olsa da bunun ihmal edilmesi durumunda Anayasa Mahkemesinin de devreye girmesi pek âlâ mümkündür. AYM, herhangi bir bireysel başvuru yargılaması sırasında 6216 sayılı Kanun'un md. 49/2 hükmünü "davada uygulanacak norm" sayabilir ve bu hükmün anayasallığı konusundaki kuşkudan (ön mesele sayarak) hareketle inceleme yapabilir ve nihayet mezkûr hükmü iptal edebilir. Bu da ikinci önerimizdir.

## KAYNAKÇA

### *Makaleler ve Kitaplar*

Akbilek N, 'Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu/Soru-Cevap' (Strateji Geliştirme Başkanlığı 2012).

Döner A ve Çelik Y, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları; Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları' 2016 9[1] Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 275-294.

Altıparmak K, 'Roboski ve Usul: Bir Katliamın Tarihe Gömülmesinde Bilinmeyen Gerçekler' (*BiaNet*, 21 Mayıs 2018).

Aydın ÖD, 'Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru' (2011) 15[4] Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-170.

Başlar K, *Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı* (Roma 2005).

Çoban AR, 'Bireysel Başvuru: Türk Anayasa Mahkemesi İçin Ağır İş Yükü Sorunu', iç Ahmet Taşkın (ed), *AİHM ve Türkiye - II, Anayasa Şikâyeti ve AİHM Uluslararası Sempozyum* (Türkiye Adalet Akademisi 2010).

Dahlberg M, "'It is not its task to act as a Court of fourth instance": the case of the ECtHR' (2014) 7[2] European Journal of Legal Studies 84-118.

Doğru O, 'Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvurulardan Kaynaklanan Nicelik Sorunu', (*İnsan Hakları ve Anayasa Gözlemevi*, 1 Mayıs 2022).

Doğru O, *Yaşama Hakkı* (Avrupa Konseyi 2018).

Egeliği ÖE, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde Etkili Başvuru Hakkı*, (On İki Levha Yay 2021).

Göztepe E, ‘Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi’(2011) [95] TBB Dergisi 13-40.

Günaydın CH, ‘İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarında Irk Ayrımcılığı’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2024).

İnceoğlu S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler* (Beta Yay 2013).

Korkmaz R, *Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha 2014).

Letsas G, ‘The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR’ 2004 [15] EJIL 279-305.

Orcan NU, *Olaycı ve Kuralcı Metotlar Işığında Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru İncelemelerindeki Ölçülülük Değerlendirmeleri* (Adalet 2023).

Orcan, NU, ‘Legitimate Aims, Illegitimate Aims and the E.Ct.H.R.: Changing Attitudes and Selective Strictness’ (2022) 7[1] *University of Bologna Law Review* 7-40.

Öden M, “Anayasa Hukuku Açısından Çekişmesiz Yargı” iç Nami Çağan (ed), *Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu’na Armağan* (Adalet 2010).

Özbey Ö, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı* (2. bs. Adalet 2013).

Özcan H, ‘Türkiye’de Bireysel Başvurunun Geleceği’ iç Murat Yanık, Hüseyin Özcan ve Ahmet Akcan (eds), *Uluslararası Anayasa Kongresi Metinler Kitabı-3* (Kültür Üniversitesi 2012).

Sağlam F, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (AÜSBFY 1982).

Sever DÇ, ‘Ayrımcılığı İspatlamak: Güçlükler ve Olanaklar’, iç *Uluslararası Ayrımcılık Konferansı* (EŞHİD Yay 2018) 81-95.

Sezer A, *Anayasa Yargısında Güvence-İstikrar İkilemi: On Yıllık Norm Denetimi Yasağı (1982 Anayasası m. 152/son)* (On İki Levha 2022).

Şirin T, ‘Anayasa Mahkemesi’nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme’ 2015 31[1] Anayasa Yargısı

Şirin T, *Türkiye’de Anayasa Şikâyeti Bireysel Başvuru: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya ile Mukayeseli Bir İnceleme* (On İki Levha 2013).

Taner FG, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (Seçkin Yay 2019).

Yıldırım A ve Kılıç A, ‘Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi’ 2021 9[2] Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 341-411

### ***Mahkeme Kararları***

#### ***AYM***

AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, T. 01.03.2012.

AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, T. 17.8.1971 ve 19.8.1971.

Ali Rıza Telek, B no 2013/2630, (AYM, 30.12.2014).

Engin Kabadaş, B no 2014/18587, (AYM, 6.7.2017).

Esra Nur Özbey, B no 2013/7443 (AYM, 20.5.2015).

Mehmet Osman Kavala (2) [GK], B no 2020/13893 (AYM, 29.12.2020).

Selçuk Emiroğlu, B no 2013/5660 (AYM, 20.3.2014).

Şahin Alpay [GK], B no 2016/16092 (AYM, 11.1.2018).

#### ***İHAM***

Anguelova v Bulgaria App no 38361/97 (ECHR, 13.6.2002).

Blokhin v Russia [GC] App no 47152/06 (ECHR, 23.3.2016).

Buchholz v Germany App no 7759/77, (ECHR, 6.5.1981).

Colak and Tsakirdis v Germany App nos 77144/01 ve 35493/05 (ECHR, 5.3.2009).

D.H. and others v the Czech Republic, App no 57325/00 (ECHR, 13.11.2007).

El-Masri v The Former Yugoslav Republic of Macedonia App no 39630/09 (ECHR, 13.12.2012).

- Gäfgen v Germany, App no 22978/05, (ECHR, 1.6.2010).  
Ireland v UK App no 5310/71 (ECHR, 18.1.1978).  
İmret v Türkiye App no 69539/12 (ECHR, 20.2.2024).  
Mete ve diğeri v Türkiye App no 294/08 (ECHR, 4.10.2011).  
Mocanu and others v Romania [GC] App no 18213/16 vd, (ECHR, 5.5.2022).  
Molla Sali v Greece [GC] App no 20452/14 (ECHR, 19.12.2018)  
Navalnyy v Russia App no 29580/12 vd (ECHR, 15.11.2008).  
Oršuš and others v Croatia App no 15766/03 (ECHR, 16.3.2010).  
Rivas v France App no 59584/00 (ECHR, 1.4.2004).  
Salman v Türkiye App no 21986/93 (ECHR, 27.6.2000).  
Sampanis and others v Greece App no 32526/05 (ECHR, 5.6.2008).  
Sramek v Austria App no 8790/79, (ECHR, 22.10.1984).  
Timishev v Russia App no 55762/00 ve 55974/00 (ECHR, 13.12.2005).  
Toprak Karavan v Türkiye App no 66847/16 (ECHR, 18.05.2020  
Communicated Case).  
Turan Çakır v Belgium App no 44256/06 (ECHR, 10.3.2009).  
Zhdanov and others v Russia App no 12200/08 (ECHR, 16.7.2019).

### **İnternet Kaynakları**

- ‘Cinsiyet Temelli Ayrımcılık Vakalarında İspat Yüküne Dair 15 Aralık 1997 tarihli ve 97/80/EC sayılı Konsey Direktifi’ <<http://data.europa.eu/eli/dir/1997/80/oj>> 30 Mart 2024 tarihinde erişildi.  
Şen E ve Ceylan D, ‘Bireysel Başvurularda Kanuniliğın Denetlenme Sınırı’, (*Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık*, 1 Ocak 2024) <<https://sen.av.tr/tr/makale/bireysel-basvurularda-kanuniligın-denetlenme-sınırı>> 30 Mart 2024 tarihinde erişildi.  
Uçum M, ‘Görüş: Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarındaki sorunlar’ (*AA*, 26 Ocak 2024) <<https://www.aa.com.tr/tr/analiz/gorus-anayasa-mahkemesinin-bireysel-basvuru-kararlarındaki-sorunlar/3119940>> 30 Mart 2024 tarihinde erişildi.

**H TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA  
HAYVANLARIN KORUNMASI:  
HAYVANLARIN MAĞDURLUK KONUMUNUN TÜR ADALETİ  
PERSPEKTİFİYLE İNCELENMESİ**

*(PROTECTION OF ANIMALS IN TURKISH AND GERMAN CRIMINAL  
LAW: EXAMINING THE VICTIMIZATION OF ANIMALS FROM THE  
PERSPECTIVE OF SPECIES JUSTICE)*

**Arş. Gör. Büşra Uyar \* \*\*  
Arş. Gör. Didem Durmaz \* \*\***

**ÖZ**

*Yeşil kriminoloji, çevresel problemlere yönelik farkındalığın gelişmesiyle ortaya çıkan ve ceza hukukunun özellikle de “zarar” ve “mağdur” anlayışını eleştirel bakışla yeniden ele alan bir yaklaşımdır. Bu kapsamda yeşil kriminoloji anlayışını savunanlar, hukuk sistemlerinde hayvanların hukuki statüsünü ve hayvanlara yönelik olarak işlenen suçlarda hayvanların mağdur statüsünü tür adaleti perspektifiyle eleştirmekte ve hayvanların da doğrudan suçun mağduru olarak ele alınabileceğini savunmaktadır. Nitekim günümüzde birçok hukuk sisteminin hayvanların ceza hukuku normları vasıtasıyla korunmasına yönelik çeşitli düzenlemeler yaptığı görülse de hayvanlara yönelik suç teşkil eden fiillerde hayvanlar mağdur olarak kabul edilmemekte, hukuken korunan değer insan veya insanın bazı menfaatleri*

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.03.2024. İlk hakem raporu tarihi: 28.03.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 09.04.2024. Onaylanma Tarihi: 04.06.2024.

\* Araştırma Görevlisi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-1415-3361.

\* Araştırma Görevlisi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3993-2062.

**Eserin Atf Şekli:** Büşra Uyar & Didem Durmaz, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Hayvanların Korunması: Hayvanların Mağdurluk Konumunun Tür Adaleti Perspektifiyle İncelenmesi”, YÜHFD, C.XXI, 2024/2, s. 161-215.

olmaktadır. Bu durum hayvanların hukuki statüsünden ve onların hukukta bir “eşya” olarak tanımlanmasından kaynaklanmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Yeşil kriminoloji, tür adaleti, hayvan hakları, hayvanların korunması, mağdur.

## ABSTRACT

*Green criminology is an approach that emerged with the growing awareness of environmental issues. This approach critically reexamines certain aspects of criminal law. Advocates of the green criminology perspective criticize the legal systems for their treatment of animals, challenging the legal status and the victim status of animals in crimes committed against them from a perspective of species justice. They argue that animals can be considered as victims of a crime. Although many legal systems have made various regulations to protect animals through criminal law norms, in offenses against animals, animals are not recognized as victims, and the legally protected value is either the human being or some human interests. This situation arises from the legal status of animals and their definition as “property” in the law.*

**Keywords:** *Green criminology, species justice, animal rights, protection of animals, victim.*

\*\*\*

## Giriş

Sanayileşmenin beraberinde getirdiği çevre kirliliği, doğal kaynakların tükenmesi, biyo-çeşitlilik kaybı, iklim değişikliği gibi problemlere yönelik farkındalık, 1970’li yıllardan itibaren çevresel sorunlara yönelik ilginin artmasına yol açmıştır. Bu ilgi, insanların doğa üzerindeki etkilerinin, yükümlülüklerinin ve ilişkilerinin de sorgulanmasını beraberinde getirmiş, bu ekolojik yıkımın sorumlusu olarak insan-merkezci yaklaşım gösterilmiştir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Jan G. Laitos ve Lauren Joseph Wolongevicz, “Why Environmental Laws Fail”, *William & Mary Environmental Law and Policy Review* 39, sy. 1 (2014-2015): 1; Vito de Lucia, “Beyond Anthropocentrism and Ecocentrism: A Biopolitical Reading of Environmental Law”, *Journal of Human Rights and the Environment* 8, sy.2 (2017): 185; Büşra Uyar, *İnsan Haklarına Ekolojik Yaklaşım Çerçevesinde İklim Mülteciliği* (Ankara: Turhan Yayınevi, 2021): 43. Günümüzde uluslararası çevre hukuku büyük ölçüde “sürdürülebilir kalkınma”yı  
YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)



İnsan-merkezci yaklaşım (*anthropocentrism*), insan-olmayan varlıkların insanlara faydalı olduğu ölçüde değerli ve korunmaya değer olduğunu savunmaktadır. Bir başka deyişle doğa, insan ve insana özgü değerler için korunmalıdır. Bu yaklaşımın karşısında yer alan eko-merkezci yaklaşım (*ecocentrism*) ise doğanın insan için korunmasının onun araçsallaştırılması anlamına geldiğini, halbuki insan-olmayan varlıkların insanların onlara attığı değerden bağımsız, kendilerine içkin bir değerinin (*intrinsic value*) olduğunu ve bu varlıkların insanlar için değil, sırf bu değer dolayısıyla korunmalarının gerekliliğini savunmuştur.<sup>2</sup>

1970'lerden sonra uluslararası anlamda çevrenin korunmasına yönelik birçok adım atılmış, bu doğrultuda bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan uluslararası belgeler imzalanmıştır.<sup>3</sup> Ancak hukukun bu yıkımı engellemekte yetersiz kalması, getirilen mekanizmaların sorgulanmasına, hukukun da insan-merkezci bir yapıda olduğunun fark edilmesine yol açmıştır. Bu farkındalık, hukukun farklı alanlarında kendini göstermiştir. Yeşil kriminoloji de çevresel suçlar, çevresel zararlar ve çevresel suçların mağdurlarına ilişkin olarak sözü edilen eleştirel anlayışın ceza hukukuna yansımalarını oluşturmuştur. Yeşil kriminoloji yaklaşımı, yukarıda belirtilen insan-merkezcilik karşıtı görüşü benimseyerek bu görüşü “eko-adalet” olarak adlandırmıştır.<sup>4</sup>

Bu çalışmanın konusunu eko-adaletin bir görünümü olan “tür adaleti (*species justice*)” oluşturmaktadır. Tür adaleti, en basit ifadeyle insanlar ve insan-olmayan hayvanlar<sup>5</sup> arasındaki hiyerarşiye karşı çıkararak hayvanlar ve

---

amaçlamakta olup bu hedeflerin de insan-merkezci olduğu, bu nedenle uluslararası çevre hukukunun da temeline bir bütün olarak ekosistemi değil, insanı aldığı ifade edilmektedir. Louis J. Kotzé ve Duncan French, “The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals: Towards an Ecocentric Rule of Law in the Anthropocene”, *Global Journal of Comparative Law* 7 (2018): 8.

<sup>2</sup> Andrew Dobson, *Ekolojizm* (İstanbul: Yeni İnsan Yayınevi, 2016), 41; Robyn Eckersley, *Environmentalism and Political Theory: Toward and Ecocentric Approach* (New York: UCL Press, 1997), 2; John Barry, *Rethinking Green Politics* (Londra: SAGE Publications, 1999), 56-57.

<sup>3</sup> Çevrenin korunması konusundaki birçok uluslararası sözleşme, 1972 yılında Stockholm’de düzenlenen İnsan ve Çevre Konferansı’ndan sonra kabul edilmiştir. Bu nedenle 1970’li yıllar çevre hukukunun gelişimi açısından milat kabul edilebilir. Nükhet Turgut, “Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkeleri”, *Çevre Hukuku Sempozyumu* (2006): 16.

<sup>4</sup> Rob White, *Environmental Harm: An Eco-Justice Perspective*, Studies in Social Harm (Bristol: Policy Press, 2013), 14.

<sup>5</sup> Hayvanlardan bahsederken “insan-olmayan hayvanlar” teriminin kullanılması, insan ve hayvanın aslında aynı türden varlıklar olduğunun vurgulanması açısından tercih

insanların benzer özellikler paylaştıklarını, hayvanların da insanlar gibi belli menfaatlerinin olduğunu, hissetme ve acı çekme kapasitesine sahip varlıklar olduklarını, bu nedenle de hukukun öznesi olarak kabul edilebileceklerini savunmaktadır. Bu husus, aynı zamanda hukukta geleneksel olarak kabul edilen yaklaşıma da bir eleştiri niteliğindedir. Nitekim günümüzde hayvanlar bir hak öznesi olarak değil, bir mülkiyet nesnesi, bir başka deyişle bir eşya statüsündedir. Öte yandan hayvanların maruz kaldığı kötü muamele artık hukukun da üzerine eğildiği bir konu olarak karşımıza çıkmakta olup birçok ülkenin mevzuatında hayvanların korunmasına yönelik çeşitli kanunlar yer almaktadır. Hatta hayvanlara verilen zararlar artık idari para cezalarıyla değil, ceza hukuku vasıtasıyla ve hapis cezalarıyla korunmaya çalışılmaktadır. Ancak yeşil kriminoloji bu düzenlemeleri yeterli bulmamakta ve ceza hukukunun ekosistemi ve bu ekosistemin bir parçası olan hayvanları ele alış biçimini birçok açıdan eleştirmektedir. Her şeyden önce günümüzde hayvanları korumaya yönelik birçok kanun bulunsa da hayvanların ceza hukuku açısından “mağdur” olarak kabul edilmemesini sorgulayarak hayvanların da belli haklara sahip olabileceğini, bu hakların ihlalinin suç teşkil ettiği hallerde hayvanların da mağdur olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir.<sup>6</sup> Bunun yanında “mağdur” kavramı gibi “zarar” kavramı da daha geniş bir perspektifle ele alınmış, yalnızca kanunlarda suç olarak tanımlanan zararların incelenmesinin ekosistemin korunması için yeterli olmadığı,

---

edilmektedir. Piers Beirne, “For a Nonspeciesist Criminology: Animal Abuse as an Object of Study”, *Criminology* 37, sy 1 (1999): 118; Ragnhild Sollund, “Animal Abuse, Animal Rights and Species Justice” (American Society of Criminology, 69th Annual Meeting, Atlanta, 2013), 2. Peter Singer da benzer şekilde insan/hayvan ayırımının insan ve hayvanların biyolojik olarak farklı türlere ait olduğu imasını içerdiğini, ancak bunun doğru olmadığını ifade etmiş olmakla birlikte eserin akıcılığını sağlamak için “hayvan” kelimesini kullandığını belirtmiştir. Peter Singer, *Hayvan Özgürleşmesi*, çev. Hayrullah Doğan (İstanbul: Ayrıntı, 2018), 43-44. Benzer bir tercih Türkiye’de Serdar Köybaşı tarafından da tercih edilmiştir. Köybaşı, konu hakkında yazdığı makalesinde, “hayvan” kelimesini çalışmanın okunmasını ve anlaşılmasını kolaylaştırmak için kullandığını; ancak bu kelimeyle aslında “insan-dışı hayvanlar”ın tümünü kastettiğini ifade etmiştir. Serkan Köybaşı, “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan I”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, sy. 13 (2018): 105. Bu çalışmada da çalışmanın okunur kılınması açısından “hayvanlar” ifadesi kullanılacaktır. Bununla birlikte bu terminoloji de hayvanların insanın olumsuzlanması şeklinde ele alındığı için doğru olmadığı yönünde eleştirilmektedir. Bu sebeple bazı yazarlar “insanlar/diğer hayvanlar” ayırımını tercih etmektedir. Bu görüş için bkz. Geertrui Cazaux, “Beauty and the Beast: Animal Abuse from a Non-Speciesist Criminological Perspective”, *Crime, Law and Social Change*, sy 31 (1999): 110.

<sup>6</sup> Avi Brisman, Nigel South, “Green Criminology and Environmental Crimes and Harms”, *Sociology Compass* 13, sy.1 (2018): 6.

hukuken suç kabul edilmese de çevreye zarar veren tüm eylemlerin incelenmesi gerekliliği savunulmuştur.<sup>7</sup>

Artık dünyanın neredeyse her yerinde hayvanlar hukuk vasıtasıyla korunmaya ve bu şekilde hayvan refahı<sup>8</sup> sağlanmaya çalışılmaktadır. Türkiye’de de hayvanların korunmasına, hayvan refahının sağlanmasına yönelik birçok düzenleme bulunmaktadır.<sup>9</sup> Çalışmada tüm bu yasal düzenlemelerin incelenmesi mümkün olmadığından Türkiye’de hayvanlara yönelik mevzuat yalnızca hayvanlara yönelik olarak işlenen suçlar kapsamında incelenecektir. Bu bakımdan çalışmada esas alınacak kanunlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu (HKK) olacaktır. Nitekim bu iki kanun Türkiye’de hayvanların ceza hukuku normlarıyla korunmasının amaçlayan başlıca düzenlemeleri içermektedir. Bunun yanında çalışmada aynı zamanda Almanya’da hayvanların korunmasına yönelik düzenlemelere de yer verilecek, bu kapsamda esas olarak “Hayvanların Korunması Kanunu da incelenecektir. Çalışmada Almanya’nın seçilmiş olmasının sebebi Alman Hayvanları Koruma Kanunu’nun Türkiye’de hayvanların korunmasına yönelik düzenlemelerin yer aldığı Hayvanları Koruma Kanunu bakımından mehz kanun olmasıdır.

Çalışmayla amaçlanan, yalnızca pozitif hukuk düzenlemelerinin incelenmesi değil, ilgili mevzuat hükümlerinin yeşil kriminolojinin getirdiği yaklaşım çerçevesinde değerlendirilmesi ve Türkiye’de ve Almanya’da

<sup>7</sup> White, *Environmental Harm*, 3.

<sup>8</sup> Hayvan hakları ve hayvan refahı arasında bir ayrım yapıldığını belirtmek gerekir. Hatta bu ikisi, hayvanların korunmasına yönelik hareket içinde iki farklı eğilimi göstermektedir. Hayvan refahı savunucuları hayvanlara insani bir şekilde muamele ettiğimiz ve onlara gereksiz acı çektiğimiz sürece hayvanların bir kaynak olarak kullanılmasına karşı çıkmamaktadır. Örneğin hayvanlara acı çektilmediği müddetçe hayvanların kesilmesi veya deneylerde kullanılması bir sakınca teşkil etmeyecektir. Öte yandan hayvan hakları savunucuları hayvanların bazı temel hakları olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle de hayvanların insanların çıkarları için kullanıldığı uygulamaların hiçbiri, hayvanların o uygulamada acı çekip çekmediklerinden bağımsız olarak, kabul edilemez. Leonard Wayne Sumner, “Animal Welfare and Animal Rights”, *Journal of Medicine and Philosophy* 13, sy. 2 (1988): 159-175; Serkan Köybaşı, “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan – II”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, 14 (2018): 366-369.

<sup>9</sup> Örneğin 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu m.1, kanunun amacının “gıda ve yem güvenilirliğini, halk sağlığı, bitki ve hayvan sağlığı ile hayvan ıslahı ve refahını... korumak ve sağlamak” olduğunu ifade etmektedir. Bunun gibi hayvanların gereksiz yere yaralanmalarının, acı çekmelerinin önüne geçilmesi adına çok sayıda düzenleme yapılmıştır.

hayvan hakları mevzuatının tür adaletini sağlamak bakımından olanaklarının ve yetersizliklerinin ortaya konulması olacaktır.

## 1. YEŞİL KRİMİNOLOJİ VE ADALET ANLAYIŞI: TÜR ADALETİ

Yeşil kriminoloji insan ve insan-olmayan varlıkları, ekosistemleri ve tüm gezegeni etkileyen çevresel suçlar ve zararlarla ilgilenen bir yaklaşımdır.<sup>10</sup> Bu yaklaşım, geleneksel suç bilimine ve ceza hukukuna eleştirel bir perspektif getirerek, çevresel suçlar ve zararlar konusundaki eğilimleri sorgulamaktadır. Bu eleştirel yaklaşım, özellikle çevre etiği ve ekolojik düşünce temelinde şekillenmekte olup birçok açıdan ekolojik düşüncenin hukuka getirdiği eleştirilerle de örtüşmektedir. Özellikle de çevre etiği ve bu felsefenin insan-merkezci düşünce yapısına getirdiği eleştiri, yeşil kriminologlar tarafından suçların tanımlanış biçimini, ceza hukuku anlamında “zarar” kavramının nasıl anlaşılması gerektiğini ve insan-olmayan varlıkların mağdurluk durumunun nasıl ele alınacağını etkilemiştir. Bu nedenle çevre etiğinin insan-merkezciliğe yönelttiği eleştirileri anlamak yeşil kriminoloji ve bu yaklaşımın getirdiği adalet anlayışını kavrayabilmek açısından önemlidir.

### 1.1. HUKUKUN EKOLOJİK ELEŞTİRİSİ: İNSAN-MERKEZCİ YAKLAŞIMIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ekoloji, ilk etapta zooloji biliminin bir alt dalı olarak ortaya çıksa da dünyanın birçok yerinde çeşitli çevresel felaketlerin yaşanması 1960’lı yılların sonundan itibaren ekolojiyi politik bir hareket haline getirmiştir.<sup>11</sup> Yaşanan bu çevre felaketlerinin yanında artık bir kriz haline geldiğini söyleyebileceğimiz iklim değişikliğine yönelik bilincin de artmasıyla çevrenin korunması noktasında insanın yükümlülükleri gündeme gelmiş ve bu da çevreyi neden korumamız gerektiği sorusunu akla getirmiştir.

En genel haliyle, “İnsan çevreyi neden korumalıdır?” sorusuna verilen farklı iki cevap bulunmaktadır. Bunlardan ilkinin günümüzde hukuk ve politikaya hâkim olduğunu söyleyebileceğimiz “insan-merkezci

<sup>10</sup> Yeşil kriminoloji yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi, çalışmanın ilerleyen kısımlarında “1.2. Yeşil Kriminoloji” başlığı altında yer almaktadır.

<sup>11</sup> Aykut Çoban, *Çevre Politikası: Ekolojik Sorunlar ve Kuram* (Ankara: İmge Yayınevi, 2020), 1.

(*antroposantrik*)” yaklaşım oluşturmaktadır.<sup>12</sup> Bu yaklaşım doğal kaynakların, doğanın, hayvanların, kısacası insan-olmayan tüm varlıkların, bu varlıklar insanın faydasına olduğu için korunması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yaklaşım için doğa, insanın faydalanabileceği, hayatını sürdürebileceği, üzerinden kâr elde edebileceği kaynakları barındıran bir “meta” olarak konumlanmaktadır.<sup>13</sup> Aykut Çoban’a göre, “insan-merkezcilikte her şeyin ölçüsü insandır; evrenin odağına yerleştirilen insanlık için insansal olmayan dünya (*non-human world*), madde ve kaynaklarıyla, hayvan ve bitki topluluklarıyla insansal amaçlara hizmet eden bir araçtır”.<sup>14</sup>

Diğer bir görüş ise insan-merkezci yaklaşımın tam karşısında duran, ekosantrik (*eco-centric*) ve biyosantrik (*bio-centric*) yaklaşımdır.<sup>15</sup> Bu yaklaşımların ikisi de mevcut ekolojik yıkımın sebebi olarak insan-merkezci yaklaşımı suçlamakta ve insan olmayan varlıkların insanların faydasından bağımsız, kendilerine içkin bir değeri olduğu anlayışını savunmaktadır. Bu görüşe göre doğa insanın kendisinden faydalanacağı, kaynakları kullanarak kâr elde edebileceği bir meta olduğu için değerli değildir; doğanın ve insan

<sup>12</sup> Neil Carter, *The Politics of the Environment: Ideas, Activism, Policy*, 2. Baskı (New York: Cambridge University Press, 2007), 15.

<sup>13</sup> Bu duruma doğada bulunan en temel maddelerden birisi olan ve bütün canlıların ihtiyacı olan suyun metalaştırılması; teknolojik, ticari, endüstriyel birçok amaç için kullanılması; ticarete konu bir “nesne” olarak işlem görmesi örnek olarak gösterilebilir. Bu hususta bir insan hakkı olarak “su hakkı” tartışılmaya başlanmıştır. Öte yandan “mülkiyet hakkı”nın temel bir insan hakkı olarak kabul edildiği insan hakları hukukunda “su hakkı”nın yer alması bir paradoks olarak görülebilecektir. Sezgin Seymen Çebi, “Ekoloji, İdeoloji, Özneleşme ve Hukuk”, *Doğu Batı Dergisi* 24, sy. 95 (Ocak 2020): 14-15. Öte yandan Tolga Şirin, konu hakkında yazdığı makalesinde, sosyal hakları, özellikle de özel mülkiyet gibi eşitsizliklere yol açabilen haklara karşı bir direniş olarak ele almaktadır. Bu nedenle “su hakkı”nı da bu bağlamda değerlendirmek mümkün olacaktır. Tolga Şirin, “Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, sy.3-4 (2010): 156-157.

<sup>14</sup> Aykut Çoban, “Çevreciliğin İdeolojik Unsurlarının Eklemlenmesi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, sy. 3 (2002): 19-20.

<sup>15</sup> Biyosantrik yaklaşım özellikle de yaşayan tüm canlıların kendilerine içkin bir ahlaki değere sahip olduğunu ve bu değer dolayısıyla korunmalarını, dolayısıyla da yaşayan tüm canlıların arzularının, ihtiyaçlarının bu canlıların insanlara olan faydalarından bağımsız olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Ekosantrik yaklaşım ise insanı ekosistemin bir parçası olarak görmekte, bu nedenle de insanların dünyanın geri kalanından hiyerarşik olarak üstün olmadığını iddia etmektedir. Mark Halsey ve Rob White, “Crime, Ecophilosophy and Environmental Harm”, *Theoretical Criminology* 2, sy. 345 (1998): 352-358.

olmayan hayvanların insanın onlara atfettiği değerden bağımsız, kendilerine içkin bir değeri vardır.<sup>16</sup>

Doğanın korunmasına ilişkin bu endişeler zaman içinde hukuka da yansımıştır. Ulusal ve uluslararası hukuk sistemleri 1970’li yıllara kadar ekolojik meselelere duyarsız olsa da özellikle de iklim değişikliğinin gezegenin geleceği için bir tehdit oluşturduğunun fark edilmesiyle birlikte ulusal ve uluslararası anlamda bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan hukuk metinlerine imza atılmıştır. Hatta ekolojik yıkımın insanların yaşam, sağlık, beslenme, barınma gibi en temel haklarını ihlal etmesi, insanın sağlık bir çevrede yaşamını sürdürme taleplerini beraberinde getirmiştir. Bu talep, zamanla “çevre hakkı” olarak uluslararası yargı yerlerinde dahi ileri sürülebilir, dava edilebilir bir hak haline gelmiştir.<sup>17</sup>

Öte yandan hukukun ekolojik yıkıma verdiği cevap da insan-merkezci olmakla eleştirilmektedir.<sup>18</sup> Nitekim çevrenin hukuk vasıtasıyla korunmak istenmesinin amacı, bizzat doğanın kendi içkin değerinin korunması değil, çevrenin insan için korunması olmuştur.<sup>19</sup> Bununla birlikte yukarıda sözü

<sup>16</sup> John O’Neill, *Ecology, Policy and Politics* (London: Routledge, 1993), 8-9; Dobson, *Ekolojizm*, 73.

<sup>17</sup> Çevre hakkının temelini 1972 tarihli Stockholm Bildirgesi’yle atıldığı söylenmektedir. Bu tarihten sonra birçok uluslararası metinle çevre hakkı ve çevresel diğer haklar (bilgi ve belge edinme hakkı, katılım hakkı ve idari birimlere ve yargıya başvuru hakkı) tanınmıştır. Günümüzde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki (AİHS) yaşam hakkının, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, mülkiyet hakkının ve adil yargılanma hakkının yorumlanmasıyla çevre hakkına yönelik ihlal kararları vermektedir.

<sup>18</sup> Nükhet Yılmaz Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, 3. Baskı (İmaj Yayınevi, Ankara, 2017), 37; Vito de Lucia, “Beyond Anthropocentrism and Ecocentrism: A Biopolitical Reading of Environmental Law”, *Journal of Human Rights and the Environment* 8, sy. 2 (2017): 185; Catherine Redgwell, “Life, the Universe and Everything: A Critique of Anthropocentric Rights”, *Human Rights Approaches to Environmental Protection* içinde, der. Alan E. Boyle, Michael R. Anderson (Oxford: Clarendon Press, 1996): 71; Susana Borrás, “New Transitions from Human Rights to the Environment to the Rights of Nature”, *Transnational Environmental Law* 5, sy. 1 (2016): 115.

<sup>19</sup> Bu konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse günümüzde bir su kaynağının kirlenmesi günümüzde açısından çevre hakkının ihlali olarak başlı başına dava edilebilir bir hak değildir. Bir başka deyişle, su kaynağının kendisi mağdur sıfatına sahip olmadığı için ancak bu kirlenmeden bir insanın zarar görmesi halinde bu mesele yargı önüne taşınabilmektedir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca, ancak bir gerçek kişinin, hükümet dışı kuruluşun veya kişi gruplarının hakkını ihlali halinde Sözleşme’nin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yapılan başvuruyu inceleyebilecektir. Diğer bir deyişle tek başına bir su kaynağının kirlenmesi, çevre hakkının AİHM önünde dava edilebilmesi için yeterli değildir; bu hakkın öne

edilen ekosantrik yaklaşımların da etkisiyle günümüzde bazı ülkeler açısından durum değişmeye başlamıştır. Örneğin Ekvador ve Bolivya Anayasaları, “doğanın hakları”ni tanıyarak doğayı bir hak öznesi olarak konumlandırmışlardır.<sup>20</sup>

Özetlemek gerekirse, günümüzde hukuk sistemleri insan-dışı varlıkları bir hak öznesi olarak tanımamaktadır.<sup>21</sup> Ekosistemde yer alan hayvanlar da dahil olmak üzere insan-dışı tüm varlıklar, insana sağladıkları fayda ölçüsünde ele alınmaktadır. Ancak bu husus artık birçok açıdan eleştirilmektedir. Bu eleştirel yaklaşımların ceza hukukundaki bir karşılığı da yeşil kriminoloji olmuştur. Çalışmanın konusunu hayvanlara karşı işlenen suçlar oluşturduğu ve çalışmada bu yaklaşımdan faydalanılacağı için ilerleyen başlıkta genel olarak bu yaklaşımın tanımlanması ve yeşil kriminolojinin çevresel suç çalışmalarına yönelttiği eleştirilerin açıklanması amaçlanmaktadır.

## 1.2. YEŞİL KRİMİNOLOJİ

Yeşil kriminoloji, en basit haliyle, kriminoloji ve ceza hukuku alanında yapılan çalışmalara eleştirel bakış açısı getiren, bu bakış açısıyla çevresel suçları inceleyen ve bu suçlar açısından kimin/neyin mağdur olarak kabul edildiği veya neyin zarar olarak tanımlandığı gibi konuları ele alan bir disiplini

sürülebilmesi, ancak bu su kaynağının kirletilmesinden bir insanın zarar görmesiyle mümkün olabilecektir.

<sup>20</sup> Ekvador Anayasası'nın 72. maddesi doğanın bir hak öznesi olarak kılındığını açıkça göstermektedir: “Hayat doğa ya da Doğa Ana sayesinde gelişir ve yeniden üretilir. Doğanın hakları; hayati döngüsünün, yapısının, gelişme sürecinin ve işlevinin muhafaza edilmesine ve bütüncül bir şekilde varlığının korunmasına dayanır.

Tüm kişiler, topluluklar, halklar ve milletler idari makamlardan doğa haklarının yerine getirilmesini talep edebilir. Bu hakların uygulanması ve yorumuna yönelik esaslar Anayasası'nın gerekli maddelerinde belirtilmiştir.

Devlet, gerçek, tüzel kişileri ve toplulukları doğayı korumaları için teşvik eder, ekosistemi oluşturan tüm bileşenlerin korunmasına öncülük edecektir.” Ekvador ve Bolivya Anayasaları metinleri ve bu anayasalar hakkında yazarların yaptıkları değerlendirmeleri içeren kitap 2012 yılında basılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fevzi Özlüer, Ilgın Özkaya Özlüer, Tolga Şirin, Nazım-Sinan Odabaşı (der.), *Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik* (Ankara: Phoenix Yayınları, 2013).

<sup>21</sup> Öte yandan günümüzde hukuk, insan olmayan birtakım varlıklara, örneğin, tüzel kişiliklere de toplum hayatının doğurduğu ihtiyaç dolayısıyla bir kişilik tanımıştır. Mustafa Dural, Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku*, (Filiz Kitabevi, 2020): 8. Günümüzde yine yapay zekaya da kişilik tanınmasına ilişkin tartışmalar yapılmaktadır. Seda Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2, (2019): 363-389.

olarak tanımlanmaktadır.<sup>22</sup> Bu disiplinin temeli, Michael Lynch tarafından 1990 yılında yazılan “The Greening of Criminology: A Perspective on the 1990s (*Kriminolojinin Yeşillendirilmesi: 1990'lara Bir Bakış*)”<sup>23</sup> başlıklı makaleye dayanmaktadır. Lynch'in bu makaledeki temel amacı, kriminolojide çevrenin korunmasına yönelik radikal ve eleştirel bir perspektifin neden gerekli olduğuna dikkat çekmek olmuştur. Lynch, çevrenin korunmasının 1990'lardan önce de hukuk açısından önemli bir mesele olduğunu, bu konunun ceza kanunlarıyla da düzenleme altına alındığını, ancak kriminolojinin bunun ötesine odaklanması gerektiğini ifade etmiştir. Lynch'e göre sınıfsal sebeplerle eşit bir şekilde dağıtılamayan güç ilişkileri ekosistemi zehirlemektedir. Bu nedenle kriminolojide çevresel suçları ve zararları daha geniş bir açıdan ele alacak yeni perspektiflere ihtiyaç bulunmaktadır.<sup>24</sup> Lynch bu makalesinde çevrecilik, radikalizm ve hümanizmi bir araya getiren “yeşil kriminoloji” kavramını ortaya atarak<sup>25</sup> bu yaklaşıma ismini veren düşünür olmuştur.

Lynch bu makalesinde geleneksel kriminolojiye Marksist kuramdan faydalanarak bir eleştiri getirmektedir. Bununla birlikte yeşil kriminoloji zamanla başka akademisyenler tarafından geliştirildikçe bünyesinde farklı perspektifleri barındıran çerçeve bir “yaklaşım” halini almıştır. Dolayısıyla günümüzde tek bir yeşil kriminoloji kuramından bahsetmek mümkün değildir. Bunun yerine yeşil kriminologlar, yeşil kriminolojinin birçok farklı kaynaktan, düşünceden, yaklaşımdan beslenen bir perspektif olduğunu iddia etmektedir.<sup>26</sup>

Yeşil kriminoloji, ceza hukukunun suç, zarar, mağdur gibi kavramlarını yeniden ele alarak daha geniş bir perspektifle açıklamayı amaçlamaktadır. Bu da yasal tanımların ötesine geçmeyi gerektirmektedir. Bir başka deyişle yeşil

<sup>22</sup> Rob White, “The Conceptual Contours of Green Criminology”, *Emerging Issues in Green Criminology: Exploring Power, Justice and Harm* içinde, der. Reece Walters, Diane Solomon Westerhuis ve Tanya Wyatt (Palgrave Macmillan, 2013), 17; Avi Brisman ve Nigel South, “The Growth of a Field: A Short History of a ‘Green’ Criminology”, *Routledge International Handbook of Green Criminology* içinde (Abingdon: Routledge, 2012), 40.

<sup>23</sup> Michael Lynch, “The Greening of Criminology: A Perspective on the 1990s”, *Critical Criminology* 2, sy.3 (1990): 3-12.

<sup>24</sup> Lynch, “The Greening of Criminology”, 3.

<sup>25</sup> Lynch, “The Greening of Criminology”, 4. Her ne kadar Lynch, radikal bir çözüm önerisi olarak “yeşil kriminoloji”yi ortaya atsa da Eryılmaz, Lynch'in yaklaşımının çevre sorunlarının çözümünde reformist kaldığını ifade etmektedir. Çağrı Eryılmaz, “Yeşil Kriminoloji: Çevre Suçlarından Zarar Gören İnsanların, Diğer Canlıların ve Ekosistemlerin Sosyolojisi”, *Sosyologica* 22 (2021): 119.

<sup>26</sup> Brisman ve South, “The Growth of a Field”, 40; White, “The Conceptual Contours”, 22.



kriminoloji, çevreye ilişkin bir meseleyi ceza hukuku açısından incelerken o meselenin yasal olup olmadığından, cezalandırılıp cezalandırılmadığından çok bu meselede neyin, ne şekilde zarar gördüğüyle ilgilenmektedir.<sup>27</sup> Çünkü yeşil kriminologlara göre ceza hukuku veya medeni hukuk açısından çevresel zarar teşkil eden faaliyetler ile ekolojik bir perspektif açısından çevresel zarar teşkil eden faaliyetler arasında kayda değer bir fark bulunmaktadır.<sup>28</sup> Rob White'a göre bu durumun sebepleri şunlardır<sup>29</sup>: İlk olarak çevreye verilen zararların büyük bir kısmı devletlerin kendisi tarafından gerçekleştirilirken neyin suç, yolsuzluk veya adaletsizlik olduğunu tanımlayan da yine ulus devletler olmaktadır. Bu nedenle de White, yalnızca kanunlarla sınırlı olmayan, daha evrensel (örneğin insan haklarına, çevre haklarına veya hayvan haklarına hitap eden) suç kriterleri ve tanımlarının geliştirilmesine ihtiyaç olduğunu savunmaktadır. İkincisi, ulus-ötesi şirketler gibi güçlü grup ve kuruluşlar tarafından işlenen zararlar, devlet tarafından sıklıkla cezai meselelerden ziyade medeni hukuka ilişkin meseleler olarak ele alınmaktadır. Üçüncü olarak çevresel zararın doğasını tam olarak kavramak birtakım hukuk dışı kavramlar ve faktörlerin de incelenmesini gerektirmektedir. White, ekoloji temelli bir faaliyet analizinin, ekonomi temelli bir analizden oldukça farklı bir zarar resmi sunacağını ifade etmektedir.<sup>30</sup> Bu nedenle yeşil kriminoloji üzerine çalışan yazarlar zarar kavramını incelerken yalnızca kanunda suç olarak tanınan eylemlerin ötesinde ekolojik bütünlüğe zarar veren her türlü eyleme odaklanmaktadır.

Bu noktada, eğer zarar kavramı yasal tanımların ötesinde ele alınacaksa bu zararın nasıl belirleneceği, aynı zamanda bu fiillerden zarar görenin, mağdurun, kim veya ne olabileceği sorusu akla gelmektedir. Bu soruya yanıt olarak yeşil kriminologlar, çevreye verilen zararların ele alınış biçiminin esasen bir adalet meselesi olduğunu kabul etmekte ve zarar ve mağdur kavramlarının belirlenmesinde belli bir adalet anlayışından hareket etmektedir.<sup>31</sup> White, yeşil kriminoloji içinde bu meseleyi ele alırken üç farklı adalet anlayışından söz etmektedir: çevresel adalet, ekolojik adalet ve bu

<sup>27</sup> White, *Environmental Harm*, 11.

<sup>28</sup> White, *Environmental Harm*, 12.

<sup>29</sup> Rob White, "Eco-justice and Problem-solving Approaches to Environmental Crime and Victimization", *Environmental crime and its victims: perspectives within green criminology* içinde, der. Toine Spapens, R. D. White ve Marieke Kluin (Farnham, Surrey, England; Burlington, VT: Ashgate, 2014), 88.

<sup>30</sup> White, *Environmental Harm*, 24.

<sup>31</sup> White, *Environmental Harm*, 12.

çalışmanın konusunu da oluşturan tür adaleti. Bu üç adalet anlayışı birlikte “eko-adalet” olarak kavramlaştırılmaktadır.<sup>32</sup>

Çevresel adalet<sup>33</sup>, temelde belirli doğal kaynaklara erişimin, bu kaynakların kullanımının ve çevresel zararların insan popülasyonları üzerindeki etkilerini ele almaktadır.<sup>34</sup> Burada çevre ve diğer çevresel haklar, insan haklarının veya sosyal hakların bir uzantısı olarak ele alınmaktadır.<sup>35</sup> Çevresel adalet, çevresel zararlara neden olanlar ve bu zararlardan etkilenenlerin kim olduğuna odaklanarak çevre problemlerinin neden aynı zamanda bir sosyal adalet problemi olduğunu ortaya koyması bakımından önem taşımaktadır. Ancak bu anlayış, daha önce sözü edilen insan-merkezci anlayışa denk düşmektedir. Nitekim burada ekosistem ve içindeki tüm unsurlar insan ve gelecek kuşaklar için korunmaktadır. Çevrenin korunmasındaki temel değer, insan yaşamının, gelecek kuşakları da kapsayacak şekilde kalitesini artırmaktır.

Ekolojik adalet, insanlar ve doğa arasındaki ilişkiye, etkileşime odaklanmaktadır. Burada insan, insan-olmayan hayvanlar ve doğa, birbirinden ayrı, biri diğerine üstün varlıklar olarak ele alınmaz; aksine insan ekosistemin bir parçası olarak görülür.<sup>36</sup> Ekolojik adalet, gezegeni veya insan olmayan hayvanları insan-merkezci bir perspektifle araçsal terimlerle kavramsallaştırmak yerine çevreyi kendi içsel değerine sahip olarak

<sup>32</sup> Michael J. Lynch, Michael A. Long ve Paul B. Stretesky, *Green Criminology and Green Theories of Justice: An Introduction to a Political Economic View of Eco-Justice* (Cham: Springer International Publishing, 2019), s.1-2.

<sup>33</sup> Çevresel adalet, yalnızca yeşil kriminolojiyi etkileyen bir adalet anlayışından çok daha fazlasıdır. Tarihsel açıdan bakıldığında, ekolojinin bilimsel bir inceleme alanı olmaktan çıkıp politik bir mesele olarak kavranmasında çevresel adalet mücadelelerinin rolü çok büyük olmuştur. 1970’li yılların sonunda Amerika Birleşik Devletleri’nin Kuzey Karolina eyaletinde, Warren County isimli, çoğunlukla siyahi ve yoksul azınlığın yaşadığı bir bölgede yaşanan olaylar ve sonucunda gerçekleşen çevresel adalet mücadelesi bu açıdan önemli kabul edilmektedir. Bu yıllarda poliklorlu bifenil isimli, insan sağlığı üzerinde yıkıcı etkileri olan bir madde içeren atıkların ne şekilde bertaraf edileceği meselesi gündeme gelmiş, bu atıkların Warren County’ye gömülmesine karar verilmiştir. Alınan bu karar üzerine bölge halkı yıllar süren bir çevresel adalet mücadelesine başlamıştır. Bu ve tarihte buna benzer olarak yaşanan diğer olaylar, çevresel zararın etkilerinin herkes üzerinde eşit bir şekilde dağılmadığının, aksine çevresel zararların da sosyal, politik ve ekonomik olarak çeşitli ayrımcılık biçimleriyle doğrudan ilişkili olduğunu göstermiştir. Bu olay ve çevresel adalet hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Michael J. Lynch vd., “Environmental Justice and Green Criminology”, *Green Criminology: Crime, Justice, and the Environment* içinde, (University of California Press, 2017), ss.189-206.

<sup>34</sup> White, *Environmental Harm*, 43.

<sup>35</sup> White, *Environmental Harm*, 14.

<sup>36</sup> White, *Environmental Harm*, 14, 75.

görmektedir. Ekolojik adalet, insan-dışı diğer türlerin de işkenceden, tacizden ve yıkımdan uzak yaşama haklarının kabul edilmesini gerektirmektedir.

Yeşil kriminologların getirdiği bu adalet anlayışları, çevreye verilen zararların insanlar dışındaki varlıklar üzerindeki etkilerini daha geniş bir perspektifle ele almayı sağladığı için önemlidir. Nitekim çevresel zararlar yalnızca insanlar üzerinde olumsuz etkiye bulunmamakta, farklı popülasyonları farklı şekillerde etkileyebilmektedir. Bu nedenle bu adalet anlayışları çevresel suçları, zararları ve mağdurları tanımlarken bizlere daha geniş bir bakış açısı sunmaktadır.

Eko-adalet bünyesinde yer alan diğer adalet anlayışı olan tür adaleti ise çalışmanın konusunu doğrudan ilgilendirmesi nedeniyle ayrıntılı olarak sonraki başlıkta ele alınacaktır.

### 1.3. EKO-ADALETİN BİR ALT DALI OLARAK TÜR ADALETİ

Tür adaleti, hayvanlar ve bitkiler özelindeki adaletsizliği konu edinmektedir. Bu yaklaşım, bitki ve hayvan türlerinin hem bireysel hem de toplu haklarını ve statülerini ele almaktadır.<sup>37</sup> Bununla birlikte, hayvanlara yönelik ayrımcılığın tür adaletinin temel odak noktası olduğunu ifade etmek mümkündür. Tür adaleti, tıpkı cinsiyetçilik ve ırkçılığın kadınlara ve farklı renklerde insanlara karşı önyargı ve ayrımcılık içermesi gibi, insan türünden daha aşağı olarak algılandıkları için hayvanlara karşı yapılan ayrımcılığı konu edinmekte ve bu ayrımcılığı “türçülük (*speciesism*)” olarak adlandırmaktadır.<sup>38</sup> Hayvan hakları destekçileri, insan ve insan olmayan olmak üzere iki tür hayvan olduğunu ve her ikisinin de duyarlı varlıklar olarak hak ve menfaatlere sahip olduğunu savunurlar; ancak türçülüğün baskın ideolojisinin, insanların insan olmayan hayvanları yenecek, sergilenecek, avlanacak ve insan yararı için parçalanacak metalar olarak sömürmesine olanak tanıdığına inanırlar Bu anlayışa göre, insanlar ve hayvanlar benzer biyolojik özellikleri paylaşmaktadır. Hayvanlar da insanlar gibi acıyı, hazzı hissetmekte, konuşmakta, düşünmekte, bu gibi birçok eylemi, insanlardan daha farklı bir şekilde olsa da gerçekleştirebilmektedir. Tür adaleti

<sup>37</sup> Rob White, “Critical Green Criminology”, *Routledge Handbook of Critical Criminology* içinde, ed. Walter S. DeKeseredy ve Molly Dragiewicz (Londra: Routledge, 2018), 124.

<sup>38</sup> Richard D. Ryder, “Speciesism”, *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare* içinde, ed. M. Bekoff (Santa Barbara: Greenwood Press, 2010); White, “Critical Green Criminology”, 125.

savunucuları, bu nedenlerle bu iki tür arasında herhangi bir ayırım yapılmaması gerektiğini savunmaktadır.<sup>39</sup>

Öte yandan, her ne kadar hayvanlarla aynı türe ait olsak da tür adaleti savunucularına göre, kullandığımız dil dahi hayvanlara yönelik bir ayrımcılık barındırmaktadır. “Hayvan” ifadesinin kullanılması bunun en önemli örneklerinden bir tanesidir. Örneğin, Piers Beirne, insan/hayvan ayırımını tercih etmediğini; bu ayırımın insanlar ve hayvanlar aynı türe ait olmasına rağmen kaçınılmaz olarak insanlara bir ayrıcalık tanıdığını ifade etmektedir. Yazar, bu ayırım yerine “insanlar/insan olmayan hayvanlar” ayırımını tercih etmiştir.<sup>40</sup>

Tür adaleti türcülüğü, ırkçılığa ve cinsiyetçiliğe benzeterek hayvanların insan türüne göre hiyerarşik anlamda daha aşağıda olduklarını düşünmenin ve bu nedenle hayvanlara ayrımcılık yapmanın doğru olmadığını savunmaktadır.<sup>41</sup> Bu husus, farklı düşünürler tarafından felsefi olarak farklı şekillerde temellendirilmiştir.<sup>42</sup>

Hayvanların da insanlar gibi menfaatlerinin bulunduğu, bu nedenle de eşitlik ilkesi gereği hayvanların menfaatlerinin de insanlar gibi korunması gerektiği görüşü faydacı düşünürlerden Jeremy Bentham ve Peter Singer tarafından vurgulanmıştır. Jeremy Bentham, siyah tenli kişilerin köle statüsünde kabul edilmesinin ve bu kişilere işkence edilmesinin günümüzde ayrımcılık olduğunun anlaşıldığını, benzer şekilde gelecekte de sırf farklı türden oldukları için hayvanlara yapılanların da ayrımcılık olarak kabul edilebileceğini ifade etmiştir. Bentham’a göre, hayvanlara değer verip onların menfaatlerini gözetmek için asıl sorulması gereken soru akıl yürütüp yürütememek veya konuşup konuşamamak değil, acı çekip çekmemektir.<sup>43</sup> Peter Singer da Jeremy Bentham’ın bu düşüncelerine atıfla hayvanların acıyı

<sup>39</sup> Bu yaklaşım 1970 yılında İngiliz bir psikolog olan Richard Ryder tarafından ortaya atılmıştır. Ryder aynı zamanda insanlar ve hayvanlar arasında ayrımcılık yapılmasını “türcülük (*speciesism*)” olarak adlandıran yazardır. Pat Carlen ve Leandro Ayres Franca (der.), *Alternative Criminologies* (London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018), 172.

<sup>40</sup> Piers Beirne, “For a Nonspeciesist Criminology: Animal Abuse as an Object of Study”, *Criminology* 37, sy 1 (1999): 118. Terminolojiyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bu eserin 3 numaralı dipnotuna başvurulabilir.

<sup>41</sup> White, *Environmental Harm*, 113.

<sup>42</sup> Çalışmada konu hakkında farklı temellendirme biçimleri sunan düşünürlerin tamamına kapsamlı şekilde yer vermek mümkün olmayıp çalışmada örnek teşkil etmesi açısından hayvan refahı ve hayvan hakları yaklaşımının en önemli iki temsilcisine yer verilmiştir.

<sup>43</sup> Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Volume II* (London: Royal Exchange, 1823), 236.

ve hazzı hissetme kapasiteleri olduğu için menfaatlerinin bulunduğunu, bu nedenle de nasıl ki siyahlar ve beyazlar, kadınlar ve erkekler eşitse, insanlar ve hayvanların eşit olduğunu ifade etmektedir.<sup>44</sup>

Öte yandan faydacı yaklaşım da çeşitli açılardan eleştirilmiştir.<sup>45</sup> Özellikle de meseleye hak temelli bir yaklaşım getiren yazarlar, faydacı yaklaşımın hayvanlara yönelik sonuç odaklı bir felsefe getirmiş olmasını eleştirmişlerdir. Örneğin hayvanların korunması hususunda hak temelli bir yaklaşım benimseyen en önemli düşünürlerden birisi olan Tom Regan faydacı teoride bizzat hayvanların değil, haz ve acının esas değer olduğunu ifade etmekte ve bu açıdan faydacı teoriyi eleştirmekte ve hayvanlara yönelik farklı bir kuram ortaya atmaktadır. Singer, hayvanların haklarından çok onların menfaatlerine vurgu yaparken Regan hak temelli bir yaklaşım getirmektedir. Bir başka deyişle Singer'a göre hayvanların hak sahibi olup olmamaları teknik bir meseledir. Düşünür, hak söyleminin siyasal alanda kullanılmasının faydalı olduğunu; ancak hayvanların korunması için onların haklara sahip olması gerektiğini temellendirmeye çalışmaya bir ihtiyaç olmadığını, esas olanın hayvanların menfaatlerinin korunması olduğunu ifade etmektedir.<sup>46</sup> Regan ise hayvanlar ve insanların benzer anatomileri paylaştığını, hayvanların da insanlar gibi arzularının, isteklerinin, hatta bir dillerinin olduğunu, kendi öz benliklerine sahip canlılar olduklarını ifade etmektedir.<sup>47</sup> Bu nedenle Regan'a göre, hayvanlar da insanlar gibi yaşamın öznelidir ve haklara sahip olabilirler.<sup>48</sup>

Hayvanların korunmasına yönelik felsefi olarak geliştirilen başkaca birçok teori bulunmaktadır. Bütün bu yaklaşımlar tür adaleti bünyesinde ele alınmakta ve temellendirmeleri, yaklaşımları farklı olsa ve her teorinin kendi içinde birtakım çelişkileri, açmazları veya daha fazla incelenmeye ve açıklanmaya muhtaç noktaları olsa da sonuç olarak hepsinin uzlaştığı temel nokta, hayvanlar ve insanların aynı türden olduğu, acı çekme ve hazzı hissetme kapasitesi başta olmak üzere hayvanlar ve insanların benzer birçok özelliği paylaştığı ve bu nedenlerle de hayvanlar ve insanlar arasında ayrımcılık yapılmaması gerektiğidir. Ancak günümüzde hayvanların hak

<sup>44</sup> Singer, *Hayvan Özgürleşmesi*, 47-49.

<sup>45</sup> Peter Singer'ın faydacı yaklaşımına getirilen eleştirilerin kapsamlı bir analizi için bkz. Arıkan, *Hayvan Hakları*, 41-54.

<sup>46</sup> Singer, *Hayvan Özgürleşmesi*, 55.

<sup>47</sup> Tom Regan, *Kafesler Boşalsın: Hayvan Haklarıyla Yüzleşmek*, çev. Serpil Çağlayan (İstanbul: İletişim, 2007), 83-90; Arıkan, *Hayvan Hakları*, 62-63.

<sup>48</sup> Regan, *Kafesler Boşalsın*, 91.

öznesi olarak kabul edilmemesi bir yana, hukukun hayvanları ele alışında, tür eşitliğinden uzak, insan-merkezci bir paradigma hâkimdir. Hukukta hayvanlar insan bakış açısıyla, insanların hayvanlardan ne şekilde faydalandıklarına göre kategorize edilmektedir. Örneğin ürünlerinden faydalandığımız hayvanlar çiftlik hayvanı, etini yiyebilmek için beslediğimiz ve daha sonra kestiğimiz hayvanlar kesim hayvanı, evimizde bakım verdiğimiz hayvanlar evcil hayvan olarak adlandırılmaktadır.<sup>49</sup>

Yeşil kriminoloji, dilin “zarar” ve “değer” kavramlarının nasıl yapılandırıldığını gösterdiğini ifade etmektedir.<sup>50</sup> Kullandığımız dil de bu bakımdan insan merkezli ve araçsaldır. Örneğin çevreye ilişkin kanunlar veya hayvanlarla ilgili kanunlar, hayvanların varlığını ve değerini insan kavramlarına ve insan faydasına atıf yaparak tanımlamaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi hayvanları insanların onlardan nasıl faydalandığına göre kategorilere ayırmak ve bu kategoriler üzerinden tanımlamak hayvanların araçsallaştırılmasının en büyük örneklerinden bir tanesidir.

Hayvanlar, bunun dışında, hayatın birçok alanında insanlar tarafından istismara uğramaktadır. Agnew ve Beirne, hayvanlara yönelik istismarı, bir hayvanın acı çekmesine veya ölümüne yol açan veya başka bir şekilde hayvanın refahını tehdit eden eylemler olarak tanımlamaktadır.<sup>51</sup> Bununla birlikte hukuk açısından hayvan istismarının ele alınışının bu tanımdan çok daha dar kapsamlı olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Örneğin, 2018 yılında tahminen 69 milyar tavuk, 1,5 milyar domuz, 656 milyon hindi, 574 milyon koyun, 479 milyon keçi, 302 milyon sığır et üretimi için öldürülmüştür.<sup>52</sup> Bunun haricinde çiftlik hayvanları oldukça olumsuz koşullarda, hareket etmelerini neredeyse tamamen engelleyecek kadar küçük ve karanlık alanlarda kapalı tutulmaktadırlar. Hayvanlar yalnızca yemek amacıyla değil; bunun yanında, giyim, eğlence, hayvan ticareti gibi birçok alanda istismara maruz kalmaktadırlar.<sup>53</sup> Bu nedenle Piers Beirne,

<sup>49</sup> Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Türkiye’de hayvanların korunmasına ilişkin mevzuat incelenirken bahsedilecekse de burada da benzer bir yaklaşımın bizim hukuk sistemimiz bakımından da hâkim olduğunu söylemek gerekmektedir. Nitekim Hayvanları Koruma Kanunu’nun 3. maddesinde hayvanlar “evcil hayvan”, “sahipsiz hayvan”, “yabani hayvan” gibi çeşitli kategoriler altında incelenmiştir.

<sup>50</sup> White, “The Conceptual Contours”, 20.

<sup>51</sup> Robert Agnew, “The Causes of Animal Abuse: A Social-Psychological Analysis”, *Theoretical Criminology* 2, sy 2 (1998): 179; Beirne, “For a Nonspeciesist Criminology”, 121; Sollund, “Animal Abuse”, 8.

<sup>52</sup> Hannah Ritchie, “Meat and Dairy Production”, Our World in Data, 25 Ağustos 2015, <https://ourworldindata.org/meat-production> (Erişim Tarihi 15 Aralık 2022).

<sup>53</sup> Sollund, “Animal Abuse”, 9-18.

hayvanların ölümüne neden olan insan eylemlerini tanımlamak için “*hayvankırım*” (*theriocide*) terimini kullanmaktadır.<sup>54</sup>

Yeşil kriminolojiye göre, hayvanların insanların faydası ölçü alınarak sınıflandırılması, bu şekilde insan-hayvan arasında ve hayvan türleri arasında bir hiyerarşi yaratılması da türçülüktür. Bu bakış açısı, vahşi, evcil veya ticari olmasına bakılmaksızın insan olmayan hayvanlara yönelik her türlü acı verici eylemi inceleme konusu yapmaktadır.

Günümüzde hayvanların hukuk vasıtasıyla korunmasına yönelik olarak uluslararası anlamda da birçok düzenleme yapılmaktadır. Örneğin UNESCO tarafından 1978 yılında “Evrensel Hayvan Hakları Bildirgesi” imzalanmış<sup>55</sup>, böylelikle bağlayıcı olmasa da hayvanların hissedebilen, acı çekebilen varlıklar olarak tanınması ve hayvan istismarının sona erdirilmesi adına uluslararası anlamda da bir adım atılmıştır. Ulusal anlamda da birçok ülkede hayvanların korunması özellikle de ceza hukuku normları vasıtasıyla sağlanmaya çalışılmaktadır. Bunun yanında birçok ülkede hayvanlar hukuken “kişi” olarak kabul edilmeseler dahi “eşya” statüsünden çıkarılmıştır.<sup>56</sup> Bu ve benzeri güncel gelişmeler, hayvanların korunmasına yönelik hukuk içinde de birçok adım atıldığını gösterse de bu gelişmelerin tür adaletini ne ölçüde sağladığı tartışmalıdır.

<sup>54</sup> “*Theriocide*” kelimesi, Pierce Beirne tarafından ortaya atılmış olup yazar tarafından bir hayvanın bir insanı öldürmesi anlamında kullanılmaktadır. Piers Beirne, “Theriocide: Naming Animal Killing”, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 3, sy 2 (2014): 49-66. Eski Yunanca’da insan dışındaki hayvanlar anlamına gelen “*θη πiov*” kelimesinden ve Latince’de “öldürmek” anlamına gelen “*Cædere*” kelimesinin birleşiminden oluşmaktadır. “Theriocide” kelimesinin sonunda yer alan “-cide” ifadesi, Türkçe’ye “-kırım” olarak çevrilmektedir. Örneğin “genocide” kelimesi Türkçe’ye “soykırım” olarak çevrilmektedir. Benzer şekilde “*ecocide*”, kelimesindeki “*eco*”, “yuva” anlamına gelmekte ve içinde yaşadığımız çevreyi betimlemek için kullanılmaktadır. Bu kelime de insanların ve insan-olmayan diğer varlıkların yuvalarına, yani çevrelerine zarar vermek anlamına gelmekte ve “ekokırım” olarak Türkçe’ye çevrilmektedir. Aykut Çoban, “Ekosoykırım: Ekokırımla Soykırımın İç İç Geçmesi”, *Sosyo Ekolojik Bir Toplum İçin Ne Yapmalı* içinde, der. Hakan Yurdanur (Ankara: İmge, 2024), 241-242. Bu çalışmada da bu nedenle “*theriocide*” kelimesinin çevirisinde “*hayvankırım*” tercih edilmiştir.

<sup>55</sup> İsmet Sungurbey, *Hayvan Hakları-Bir İnsanlık Kitabı* (İ. Ü. Basımevi ve Film Merkezi, 1992): 5.

<sup>56</sup> Almanya, İsviçre ve Avustralya bu tür ülkelere örnek olarak verilebilir. Hayvanların hukuki statülerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesi konusunda bkz. Koçhisarlıoğlu, Cengiz Koçhisarlıoğlu ve Özlem Söğütü Erişgin, “Hayvanın Hukuki Konumu”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi* 8 (2013): 1703-1710.

## 2.HAYVANLARIN CEZA HUKUKU VASITASIYLA KORUNMASI: TÜRKİYE VE ALMANYA ÖRNEKLERİNİN İNCELENMESİ

Çevrenin korunmasına ilişkin hukukumuzda yapılan en önemli düzenlemelerden birisi 1982 Anayasası'nın 56. maddesidir.<sup>57</sup> Bu madde uyarınca herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Ayrıca kanun koyucu, çevrenin korunmasına ilişkin bu hakkı tanımlarken vatandaşlara ve Devlet'e çevrenin korunması ve çevrenin kirletilmesini önleme yükümlülüğü de yüklemektedir. Anayasa m. 56'yı takiben TCK ile de çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Türk hukuku kapsamında hayvanların konusunu ya da korunan hukuki değerini oluşturduğu suçlara bakıldığında, bu suçların TCK ve HKK'da ayrı ayrı düzenlendiği görülmektedir.

### 2.1. TÜRKİYE'DE HAYVANLARIN CEZA HUKUKU VASITASIYLA KORUNMASI

#### 2.1.1. TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN HAYVANLARIN KORUNMASI

TCK'da yer alan ve hayvanlara yönelik olarak işlenebilecek suçlardan incelenecek ilk suç nitelikli hırsızlık suçudur. TCK m. 141'de temel hali düzenlenmiş olan hırsızlık suçu bakımından öncelikle zilyedin rızası bulunmaksızın başkasına ait olan taşınır malın, kendisi veya başkası yararına bulunduğu yerden alınması eyleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kanunda yer alan ifadeye göre, hırsızlık suçunun hem temel hem de nitelikli hallerine vücut verilebilmesi için öncelikle suçun konusunun bir başkasına ait taşınır mal olması gerekmektedir.<sup>58</sup> Hırsızlık suçunun kapsamına yalnızca taşınır mallar dahil edilmiştir.<sup>59</sup>

Hırsızlık suçunun, failin kendisine veya başka bir kimseye yarar sağlamak amacıyla işlenmiş olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, hırsızlık suçunun işlenebilmesi için Kanun, failin belirli bir amaca müdahil hareket

<sup>57</sup> Burcu Dönmez, "Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar", *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8 (2013): 910.

<sup>58</sup> Yılmaz Yazıcıoğlu, "Yeni Türk Ceza Kanununda Hırsızlık Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi* 2, sy. 5 (2007): 349.

<sup>59</sup> Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, "Hırsızlık", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, sy. 1-2 (2008): 777.



etmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu nedenle hırsızlık suçunun özel kastla işlenebilen suç olduğundan söz edilecektir.<sup>60</sup> Bu suç, genel kast ile işlenememektedir.<sup>61</sup>

Hırsızlık suçunun nitelikli halini oluşturan m. 142/2(g) hükmü hayvanlara yönelik olarak işlenebilen bir suçtur. Hükme göre (g) bendinin vücut bulabilmesi için suçun herhangi bir hayvana yönelik olarak değil, “büyük veya küçük baş hayvan hakkında” işlenmesi gerekmektedir. Burada bahsedilen büyükbaş ve küçükbaş hayvan tanımına ise ne kanun maddesinde ne de gerekçede yer verilmiştir.<sup>62</sup> Bunun yerine, TCK’nın gerekçesinde, (g) bendinde yer verilen suçun konusunun barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçük baş hayvan olması gerektiği şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir.<sup>63</sup> Mevzuatımızda ise, büyükbaş ve küçükbaş hayvanın tanımları, “Büyükbaş, Küçükbaş, Damızlık Kanatlı Hayvanlar, Tek Tırnaklı Hayvanlar, Arı ve Diğer Hayvanlar ile Üreme Ürünleri İthalatı İçin Kontrol Belgesi Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ” in m.4/1(b)(e) bentlerinde yapılmaktadır. Tebliğ’den yola çıkarak, mevzu hukukumuzda büyükbaş hayvan “damızlık, besilik ve kesimlik amacıyla ithal edilecek sığır cinsi hayvanları”; küçükbaş hayvan ise “damızlık, besilik ve kesimlik amacıyla ithal edilecek koyun-keçi türü hayvanları” ifade etmektedir. Dolayısıyla kedi, köpek, kuş, balık vb. hayvanların bu madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Kanaatimizce, TCK m.142/2(g) bendinde veya maddenin gerekçesinde açıkça büyükbaş ve küçükbaş hayvanın tanımının yapılmaması nedeniyle nitelikli hırsızlık suçunun konusunun ne olduğu tam olarak belli değildir. Hukuk düzeninin bir bütün olduğu dikkate alındığında, Tebliğ’de yapılan tanımın nitelikli hırsızlık suçu bakımından geçerli olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, suçun nitelikli haline vücut verildiğinin kabul edilebilmesi için suça konu hayvanın damızlık, besilik ve kesimlik sığır cinsi ya da koyun-keçi türü hayvan olması gerekmektedir.

<sup>60</sup> Dönmez, “Hayvanlara Yönelik”, 905.

<sup>61</sup> Hafizoğulları, Özen, “Hırsızlık”, 782; Yazıcıoğlu, “Yeni Türk Ceza”, 355.

<sup>62</sup> Türk Dil Kurumu küçükbaş hayvanı, “Kasaplık hayvanlardan koyun ve keçiye verilen ortak ad”; büyükbaş hayvanı ise, “Sığır, manda vb. kasaplık hayvanlara verilen genel ad, kocabaş” olarak tanımlamaktadır. <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi 24 Nisan 2024).

<sup>63</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi (Ankara: Seçkin, 2019), 348.

Suçun konusu insanın tüketim, beslenme ihtiyaçlarının giderilebilmesi için kullanılan büyükbaş ve küçükbaş hayvan olarak sınırlanmıştır. Ayrıca yukarıda ifade edildiği üzere, hırsızlık suçunun temel şekli bakımından suçun konusu, başkasına ait taşınır bir mal olarak tanımlanmaktadır. Her iki açıklama rehberliğinde, kanaatimizce, nitelikli hırsızlık suçunun hayvanın bizzatı kendisini korumaya yönelik bir düzenleme olmadığı, insana ait ve yalnızca kişilerin kullanımına mahsus bir nesneyi korumaya yönelik olarak düzenlendiği kabul edilmelidir. Ayrıca hırsızlık suçu, TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısım ve "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı onuncu bölümünde yer almaktadır. Kanun'un sistematığı bir hükmün düzenleniş amacını, *ratio legis*'ini ortaya koyabilmek açısından önem arz etmektedir. Hırsızlık suçunun insanın zilyetlik hakkının korunduğu<sup>64</sup> kabul edilmelidir. Bu haliyle, TCK m.142/1(g)'nin ise hayvana yönelik düzenlenen bir suç olmadığı, malikin sahibi olduğu hayvandan beklediği değer azalması veya yok olması nedeniyle düzenlendiği kabul edilmelidir.<sup>65</sup>

TCK'da hayvanlara yönelik bir diğer suç m.181'de düzenlenen "Çevrenin Kasten Kirletilmesi" suçudur. Suçun temel şekline vücut verilebilmesi için ilgili olan kanunlarda düzenlenen teknik usullere aykırı gelecek ve çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya kasten verilmesi gerekir. Başka bir deyişle, bu suçun işlenebilmesi için bahsi geçen eylemin kasten işlenmesi ve çevreye zarar vermeye elverişli olması gerekir.<sup>66</sup>

Madde metninde geçen ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırılığın ne olduğu izaha muhtaçtır. İlgili kanunların, şekli anlamda kanun olarak kabul edilmesi durumunda teknik usullerin detaylı oluşu ve sıkça değişmesi nedeniyle kanunla düzenlenmesinin imkansız olacağı ve işlenen çevre suçlarının çoğunun takipsiz kalacağı endişesiyle eleştirilmiştir.<sup>67</sup> Bu gerekçeyle doktrinde, "ilgili kanunlar" ifadesinin "ilgili mevzuat" olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>68</sup> Bir diğer unsur olan teknik usule aykırılık, ilgili mevzuatta öngörülen teknik standartlara aykırılık olarak kabul

<sup>64</sup> Hafizoğulları, Özen, "Hırsızlık", 776.

<sup>65</sup> Baş, "Hayvanın Kötü Muamelelere", 10.

<sup>66</sup> Tuğrul Katoğlu, "Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar", *Mülkiye Dergisi* 29, sy. 246 (2005): 141.

<sup>67</sup> Firuz D. Yaşamış, "Çevre Ceza Hukuku'nda Son Gelişmeler: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy. 58 (2005): 140.

<sup>68</sup> Cengiz Otacı, "Çevrenin Kasten Kirletilmesi ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararlarında Belirlenen İlkeler", *Ankara Barosu Dergisi*, sy. 1 (2015): 282; Talas, "Türk Ceza Kanunun'nda", 1153.

edilebilir.<sup>69</sup> Bir Yargıtay kararında teknik usullere aykırılık “2872 sayılı Çevre Kanunu, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu, 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu gibi kanunların, kapsadıkları alanlarla ilgili olarak “çevreyi kirletmeme” ilkesi gereğince çerçeve olarak benimsedikleri düzenlemelere dayanılarak oluşturulan yönetmeliklerde açıklanan ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecek olan, arıtma, depolama, imha etme, taşıma, koruma, alıcı ortama verme, uzaklaştırma gibi hususlar bakımından öngörülen yükümlülüklerle aykırı davranmak”<sup>70</sup> olarak ifade edilmiştir.

Kanaatimizce teknik usullere aykırılık, ilgili mevzuatta yer verilen standartlara ve somut olayın koşullarına göre değişebilir niteliktedir. Başka bir deyişle, çevrenin kasten kirletilmesi suçunun oluştuğunun kabul edilebilmesi için çevrenin kasten kirletilmesi suçunun maddi unsuru olan eylemin kendisi, ilgili kanunlara bağlı usuller çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>71</sup> Dolayısıyla, suçun maddi unsuru olan fiilin kanun metni dışında yürütme organının düzenleyici işlemleriyle belirlenmesi TCK m. 181/1 hükmünü beyaz hüküm haline getirmektedir.<sup>72</sup>

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun hayvanlara yönelik olarak düzenlenen bir diğer hüküm m.181/4’tür. Hüküm uyarınca, birinci ve ikinci fıkrada düzenlenen eylemlerin insanlar veya hayvanlar bakımından tedavisi zor hastalıkların oluşması, üreme yeteneğinin körelmesi, hayvan veya bitkilerin doğal özelliklerinin değişmesine sebep olabilecek niteliğe sahip olan atık veya artıklarla işlenmesi durumunda birinci ve ikinci fıkrada yer verilen cezadan görece çok daha ağır bir ceza öngörülmüştür. Doktrinde dördüncü fıkra hükmünün daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal

<sup>69</sup> Nebahat Kayaer, “Atık ve Artıklarla Çevrenin Kastan Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181/1)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sy. 1 (2019): 163.

<sup>70</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 19.10.2022 T., 2022/12166 E., 2022/20309 K.

<sup>71</sup> Çevrenin kasten kirletilmesi suçunu oluşturan eylemlere hukuk düzeni ancak belli şartlar altında gerçekleştirilirse izin vermektedir. İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak toprağa, havaya veya suya, atık veya artık verme eylemi çevreye zarar verme tehlikesini oluşturmuyorsa hukuk düzeni bu eylemi yine yasaklamakta, ancak m. 181 bakımından cezaya layık görmemektedir. Bu durumda, ilgili kanun kapsamında öngörülen yaptırım uygulanacaktır. Dolayısıyla, eylem mevzuatta düzenlenen teknik usullere uygun yapılırsa idi hukuka uygun kabul edilecek idi. Ancak bu usullere aykırı olarak gerçekleştirilen eylem, çevreye zarar verme tehlikesi oluşturduğu için Türk Ceza Kanunu’na aykırı telakki edilmektedir.

<sup>72</sup> Kayaer, “Atık ve Artıklarla”, 161.

oluşturduğu edilmektedir.<sup>73</sup> Aynı şekilde, Yargıtay da dördüncü fıkranın daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir hal olduğunu kabul etmektedir.<sup>74</sup> Hükmün gerekçesinde de fıkranın bir nitelikli hal olarak kabul edildiği ifade edilmiştir:

*“Dördüncü fıkrada ise, bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların konusunu oluşturan atık veya artıkların diğer birtakım özellikleri, bu suçlar açısından daha ağır cezayı gerektiren ayrı bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, suç konusu atık ve artıkların insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olması gerekir.”*

Gereğinden yola çıkarak, dördüncü fıkrada yer verilen daha ağır cezayı gerektiren halin kullanılan aracın değişmesi<sup>75</sup> nedeniyle düzenlendiği kabul edilmelidir. Zira dördüncü fıkrayı ilk iki fıkradan ayıran temel fark, kullanılan aracın niteliği gereği maddede belirtilen sonuçlara doğurmaya elverişli olmasıdır. Dolayısıyla aracı olarak ifade edilen atık veya artık maddelerin fıkrada öngörülen neticeleri gerçekleştirmeye elverişli niteliklere sahip olmasıdır. Bu haliyle m. 181/4’te yer verilen nitelikli hal de somut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir.<sup>76</sup>

Dördüncü fıkrada düzenlenen fiilin işlenebilmesi için failin toprağa, suya veya havaya verdiği atık veya artıkların fıkrada sayılan neticelere sebep olabileceğini bilmesi gerekir. Başka bir deyişle, atık veya artıkların niteliğini bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen failin kastının ortadan kalktığı kabul edilecek ve suçun temel şeklinin işlendiği kabul edilecektir.<sup>77</sup> Ancak madde metninde yer verilen sonuçların gerçekleşmesi gerekli değildir. Zira atık veya

<sup>73</sup> Serdar Talas, “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 71, sy. 1 (2013): 1154; Artuk, “Çevrenin Kasten Kirletilmesi”, 44.

<sup>74</sup> “Çevrenin kasten kirletilmesi, kanunda tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi hali TCK’nın 181. maddesinin 3. fıkrasında, bunların insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek etkilerinin olması ise aynı maddenin 4. fıkrasında cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.” (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 09/06/2022 T., 2022/12166 E., 2022/20309 K.)

<sup>75</sup> Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 127-128.

<sup>76</sup> Mustafa Özen, “Çevreye Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 181, 182)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, sy. 1 (2010): 23.

<sup>77</sup> Kayaer, “Atık ve Artıklarla”, 179.

artıkların bu sonuçları doğurmaya elverişli olduğu ölçüde, netice gerçekleşmese dahi suç oluşmaktadır.<sup>78</sup>

Kanaatimizce m. 181/4 hükmü, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal (TCK m. 23) olarak düzenlenmelidir. Dördüncü fıkrada bahsedilen neticeleri gerçekleştirmeye elverişli atık ve artıkların niteliğinin değişmesi değil, her türlü atık ve artıkla gerçekleştirilen eylemlerin bahsedilen neticelere neden olması durumunda dördüncü fıkra hükmünün uygulanabilmesi gerekir. Başka bir deyişle, “daha ağır veya başka bir neticeyi doğurma rizikosunu bünyesinde taşımasına rağmen”<sup>79</sup> birinci ve ikinci fıkrada öngörülen eylemleri gerçekleştiren failin, dördüncü fıkrada öngörülen ağır neticelere en azından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı gelecek şekilde neden olması aranmalıdır. Zira failin toprağa, suya veya havaya verdiği atık veya artığın niteliği fıkrada yer verilen neticeleri gerçekleştirmeye niteliksel olarak uygun olmayabilir; ancak niceliksel olarak<sup>80</sup> elverişli olması vb. sebeplerle zikredilen neticeler gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda, failin suçun temel şekli nedeniyle ceza sorumluluğundan bahsedilecektir. Dördüncü fıkra hükmünün yeniden düzenlenmesi ve bu neticelere neden olunmasının ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal olarak düzenlenmesi gerekir.

Çalışmamız kapsamında Türk Ceza Kanunu’nda hayvanlara yönelik olarak işlenen suçlardan inceleyeceğimiz diğer düzenleme, çevrenin taksirle kirletilmesi suçudur. Kanun koyucu, TCK m.182’de düzenlenen suçun işlenebilmesi için kasten işlenebilen hali gibi atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya verilmesi eyleminin ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olması şartını aramamıştır.<sup>81</sup> Bunun yerine, çevreye zarar verecek her türlü eylemin gerçekleştirilmesi yeterli görülmüştür. Ayrıca, TCK m.181/3’teki düzenleme ile paralel olarak atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı etki bırakması durumu cezayı arttıran nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

TCK m.182/2, aynı suçun kasten işlenebilen halinde olduğu gibi, cezayı arttıran nitelikli bir hali olarak düzenlenmiştir.<sup>82</sup> Kanaatimizce, suçun taksirle işlenebilen hali bakımından fıkranın düzenlenme şekli yerindedir. Zira

<sup>78</sup> Katoğlu, “Yeni Türk Ceza”, 142.

<sup>79</sup> İlhan Üzülmmez ve Mahmut Koca, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 244.

<sup>80</sup> Örneğin, atık veya artıkların özelliği tek başına yeterli olmazken toprağa, suya veya havaya verilme miktarı nedeniyle kanunda bahsedilen neticeleri oluşturmaya elverişli olabilir.

<sup>81</sup> Talas, “Türk Ceza Kanunu’nda”, 1156.

<sup>82</sup> Katoğlu, “Yeni Türk Ceza”, 143.

taksirli suçlar bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşan suç düzenlemesi yapılamayacağından, failin en azından eylemi işlediği atık veya artıkların, insanlar veya hayvanlar bakımından tedavisi zor hastalıkların oluşması, üreme yeteneğinin körelmesi, hayvan veya bitkilerin doğal özelliklerinin değişmesine sebep olabilecek niteliklere sahip olabileceğini öngörebilecek durumda olması gerekir.

Çevrenin kasten veya taksirle kirletilmesi suçları, TCK'nın "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Çevreye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır. Kanununun sistematigi ile değerlendirildiğinde her iki suçun mağduru toplumdur.<sup>83</sup> Suç ile korunan hukuki değer ise insanın sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır.<sup>84</sup> Dolayısıyla çevrenin kasten veya taksirle kirletilmesi suçları, her ne kadar hayvana yönelik olarak işlenen eylemleri suç ve ceza normları içerisine alsada dahi, hayvanlara yönelik tam anlamıyla bir koruma içermemektedir.<sup>85</sup> Bu bağlamda, TCK m.181'de düzenlenen suçun her ne kadar hayvanlara yönelik olarak işlenen bir eylemi konu edinse dahi bu maddelerin düzenleniş amacı insanın menfaatlerine dayalıdır.

Bu kapsamda inceleyeceğimiz son düzenleme, TCK m.226/4'te yer alan hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üretme, ülkeye sokma, satışa arz etme, satma, nakletme, depolama, başkalarının kullanımına sunma veya bulundurma fiillerinin yer aldığı müstehcenlik suçudur. Öncelikle, kanuni tipte yer alan "cinsel davranış" kavramı hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel birleşmeyi değil, hayvanlarla gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı ifade etmektedir.<sup>86</sup> Hatta bu cinsel davranışların, şiddet kullanılarak gerçekleşmesi gerekmektedir.

TCK m.226/4 kapsamında suç teşkil eden fiil, hayvanla gerçekleştirilen cinsel davranışlar değildir. Hayvanlar ile gerçekleştirilen cinsel davranışları içeren ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması vb. gibi kanuni tipte yer alan fiillerdir. Bu sebeple, bir kişinin kanunda tanımlanan yazı, ses veya görüntüleri üretmek, ülkeye sokmak vb. fiilleri gerçekleştirilmeksizin yalnızca hayvanla cinsel ilişkiye girmesi bu suç kapsamında kabul edilmeyecektir.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Talas, "Türk Ceza Kanunu'nda", 1152.

<sup>84</sup> Mehmet Emin Artuk, "Çevrenin Kastan Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181)", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, sy. 1, (2014): 40.

<sup>85</sup> Dönmez, "Hayvanlara Yönelik İşlenen", 912.

<sup>86</sup> Gökhan Taneri, "Müstehcenlik Suçu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, sy. 1 (2018): 600.

<sup>87</sup> Dönmez, "Hayvanlara Yönelik İşlenen", 914.

TCK 226/4'te yer verilen suç, hayvanların korunmasına yönelik bir düzenleme içermemektedir. Hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel davranışların, toplum ahlakını bozması ve toplumda yayılması tehlikeleri nedeniyle kabul edildiği değerlendirilmektedir.<sup>88</sup> Dolayısıyla, müstehcenlik suçunda yer alan dördüncü fıkra düzenlemesi, toplum ve toplum ahlakına yönelik kaygılar nedeniyle kabul edilen bir düzenleme olması nedeniyle hayvanların korunması kapsamında etkili bir hüküm olarak görülmemektedir.

Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hayvanlara yönelik olarak işlenen suçlar yeşil kriminoloji bağlamında yetersiz kabul edilmelidir. Zira yukarıda incelemiş olduğumuz hiçbir suç tipi, ekosistemin bir parçası olan hayvanların belirli menfaatini korumak amacını gütmemektedir. Hatta hissetme ve acı çekme kapasitesine sahip varlıklar olan hayvanlara karşı gerçekleştirilen ve neticesinde bir canlıya zarar veren haksız herhangi bir davranışı cezalandırmak amacıyla düzenlenmemiştir. Başka bir deyişle, tüm bu suç tiplerinin ceza hukuku sahasında haksız olarak görülmesinin temelinde bu davranışlar neticesinde hayvana karşı gerçekleştirilen kötü davranışlar değil, hayvanın insan için yaratılan bir varlık olduğunun kabulü yatmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinde yer alan yaptırım ve menfaat çatışmasında esas alınan hukuki değer sahibi, her ne kadar suçtan doğrudan hayvan zarar görse dahi, bizatihi insanın kendisidir.

### 2.1.2. HAYVANLARI KORUMA KANUNU AÇISINDAN HAYVANLARIN KORUNMASI

HKK'nın hayvanlara karşı gerçekleştirilen eylemlere ilişkin öngördüğü yaptırım, 9/7/2021 tarihli ve 7332 sayılı "Hayvanları Koruma Kanunu ile Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"dan önce m. 28'de yer alan idari yaptırımlardı. HKK'nın çeşitli hükümlerinde yer alan ve "yasak" olarak düzenlenen tüm eylemler 2021 değişikliklerinden önce, bunlara karşı öngörülen yaptırım idari para cezası öngörüldüğü için kabahat olarak düzenlenmişti. 2021 değişiklikleri sonrasında HKK'ya eklenen 28/A maddesi ile kanun kapsamında yer verilen eylemlerin bir kısmı kabahat olmaktan çıkmış ve suç olma vasfına sokulmuştur.

2021 değişiklikleri sonrasında HKK'ya eklenen m. 28/A düzenlemesi ile nesli tükenmekte olan hayvanlara karşı işlenen öldürme eylemi suç haline

<sup>88</sup> Onur Akbulut, Nesrin Çobanoğlu, "Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumları", Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 36, sy. 1 (2020): 24.

getirilmiştir. Hüküm uyarınca, nesli yok olma tehlikesi altında olan bir hayvanı öldüren kişiye hapis cezası öngörülmüştür. Bu suçun işlendiğinin kabul edilmesi için nesli yok olma tehlikesi altında olan hayvanlardan bir tanesinin öldürülmesi yeterlidir. Bu suç bakımından önem arz eden öldürülen hayvanın sayısı değil, suçun konusu olan hayvanın nesli yok olma tehlikesi altında olan bir hayvan olmasıdır.

Birinci fıkranın devamında, bir hayvan neslinin yok edilmesi düzenlenmektedir. Bu suç ile nesli yok olma tehlikesi altında olan bir ya da birden fazla hayvanın öldürülmesi yeterli olmayıp fiil neticesinde hayvan neslinin yok olması gerekir. Ancak maddenin kendisi ve gerekçesinde, bu eylemin nesli yok olma tehlikesi altında olan hayvanı öldürme suçunun neticesi nedeniyle ağırlaşmış halini mi yoksa başka bir suçu mu oluşturduğu açık değildir. Bu eylemin ilk cümledeki suçun neticesi nedeniyle ağırlaşmış hali olduğu kabul edilirse, yaşayan bir ya da birden fazla hayvanın öldürülmesi sonucunda bir hayvan neslinin yok olması gerekecektir. Ancak neslin yok edilmesi müstakil bir suç olarak kabul edilirse, henüz doğmamış ve suni yollarla laboratuvar ortamında beslenen bir nesli yok olma tehlikesi altında olan hayvan embriyosunun döllemesinin durdurulması sonucunda hayvan neslinin tükenmesi de bu suç kapsamına dahil edilebilecektir. Kanaatimizce, fıkranın devamında yer verilen hayvan neslinin yok edilmesi eyleminin müstakil bir suç olduğu kabul edildiğinde fikri içtima hükmünün uygulanması gündeme gelecektir. Zira nesli yok olma tehlikesi altında olan hayvanın yeryüzünde yalnızca bir tane kalmış olması halinde öldürme eyleminin gerçekleştirilmesi bir fiille iki farklı suçu meydana getirecektir. Bu durumda, fikri içtima hükümleri gereği bir hayvan neslini yok etme suçu daha ağır cezayı gerektirdiği için failin cezası bu suça göre tayin edilecektir.

Birinci fıkrada yer verilen suçlar bakımından nesli yok olma tehlikesi altında olan hayvanların nasıl tayin edileceği açıkça belirtilmemiştir. Kanaatimizce, hangi hayvanlara karşı işlenen öldürme ve neslini yok etme eylemlerinin bu fıkra kapsamında değerlendirileceği noktasındaki belirsizlik, kanunilik ilkesinin aykırılık teşkil eder niteliktedir. Zira Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından yayınlanan bir nesli yok olma tehlikesi altında olan hayvanlar listesi bulunmadığı gibi bağımsız hayvan derneklerinin listeleri de birbiri ile farklılık arz edebilir.<sup>89</sup> Her ne kadar “Türleri Yaşatma Komisyonu”

<sup>89</sup> 1/7/2003 tarihli 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 2. ve 4. maddelerine dayanarak Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından çıkartılan “Tarım ve Orman Bakanlığında Belirlenen Yaban Hayvanları Listesi” bulunmakla beraber bu listede yalnızca memeliler, kuşlar ve sürüngenler olarak üç kategori halinde düzenlenen bir yaban hayvanları listesi bulunmaktadır. Bu liste ne nesli tükenmekte olan hayvanlara ne de ev/evcil hayvanlara ilişkin



tarafından kırmızı alarm listesi<sup>90</sup> oluşturulmuş olsa dahi, hâkimin hangi liste ve kriterlere göre bir hayvanı nesli yok olma tehlikesi altında olan hayvan olarak değerlendireceği belirlilik ilkesine aykırıdır. Açık ceza normu olma tehlikesi barındıran bu fıkra açısından belirsizliğin giderilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Maddenin ikinci fıkrasında, bir ev hayvanı veya evcil hayvanın kasten öldürülmesi eylemi cezalandırılmıştır. Düzenleme uyarınca, HKK m.12’de yer alan ehliyetli kimseler tarafından din kurallarının gerekli kıldığı özel koşulların dikkate alınan ve hayvanı korkutmadan, ürkütmeden, en az acı verecek şekilde, hijyenik kurallara uyulan ve usulüne uygun olarak bir anda yapılan hayvan kesimleri ile HKK m.13/1’de düzenlenen kanuni istisnalarla tıbbi ve bilimsel gerekçeler ile gıda amacı dışındaki insan ve çevre sağlığına yönelik önlenemez tehditler bulunan acil durumlar dışında yavrulama, gebelik ve süt anneliği dönemindeki hayvanın öldürülmesi istisna kabul edilmiştir.

İkinci fıkrada yer verilen “ev hayvanı” ile “evcil hayvan” kavramlarının tanımları HKK m.3 ile yapılmıştır. Maddeye göre evcil hayvan, insan tarafından yetiştirilmiş ve eğitilmiş hayvanları; ev hayvanı ise gerçek yahut tüzel kişilerce evde, iş yerlerinde ya da arazi de özel ilgi ve refakat altında korunan, bakılan ve sahiplerince sorumluluğu üstlenilen her türlü hayvanı tanımlamaktadır. Her ne kadar ikinci fıkrada sahipsiz hayvana ilişkin doğrudan bir düzenleme yoksa da 2021 değişikliklerinin gerçekleştirildiği 7332 sayılı Kanun tasarısının gerekçesinde sahipsiz olsa dahi kedi veya köpeklerin, insanlar tarafından evcilleştirilmiş bir tür olarak “evcil hayvan” tanımının dahil edildiği belirtilmiştir.

Tasarı gerekçesinde evcil hayvan veya ev hayvanı olmamakla birlikte bir kimsenin gözetim ve koruması altında bulunan yabancı hayvanlara da değinilmiştir.<sup>91</sup> Bu bağlamda ev, iş yeri veya arazide özel ilgi ve refakat altında korunan ya da kanunen izin verilen muhafaza, bakım ve sorumluluğu

---

bir düzenlemeye yer vermektedir.  
[https://www.tarimorman.gov.tr/DKMP/Belgeler/MEVZUAT/4915%20Kara%20Avcılığı%20Kanunu/14\)Yaban%20Hayvanları%20Listesi%202022%20Resmi%20Gazete.pdf](https://www.tarimorman.gov.tr/DKMP/Belgeler/MEVZUAT/4915%20Kara%20Avcılığı%20Kanunu/14)Yaban%20Hayvanları%20Listesi%202022%20Resmi%20Gazete.pdf) (Erişim Tarihi 27 Nisan 2024).

<sup>90</sup> Kırmızı alarm listesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. IUCN Red List (<https://www.iucnredlist.org>).

<sup>91</sup> TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 446, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss446m.htm> (Erişim Tarihi 27.04.2024).

bir kimse tarafından üstlenilen yabani hayvanların ev hayvanı kapsamına dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

HKK m.28/A'nın üçüncü fıkrasında yer verilen suçlar, hayvanlara cinsel saldırıda bulunma suçu ile tecavüz etme suçudur. Üçüncü fıkrada yer alan her iki suç bakımından aynı ceza öngörülmüştür. Her iki suçun cezası hem hapis hem adli para cezası olacak şekilde düzenlenmiştir.

Kanaatimizce üçüncü fıkrada düzenlenen cinsel saldırı eyleminden, hayvanlara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel eylem anlaşılabilir. Zira ne tasarı gerekçesinde ne de kanun metninde cinsel saldırıdan ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kanaatimizce, TCK m.102'de yer verilen cinsel saldırı suçu, suç fiilinin kapsamı ile sınırlı kalmak üzere, HKK m. 28/A(3) bakımından esas alınabilir. Bu bağlamda, cinsel davranışlarla bir hayvanın vücut bütünlüğünü ihlal eden kimse bu suçu işlemiş olacaktır. Bu bağlamda, failin cinsel güdülerini tatmin etme amacıyla harekete geçmesi aranmayacak ve cinsel davranış olarak nitelendirilebilen her türlü davranış bu suçun oluşması bakımından yeterli sayılacaktır.

Cinsel saldırı gibi tecavüz etme fiilinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Kanaatimizce, tecavüz etme eyleminin kapsamını doldurabilmek için kıstas olarak TCK m.102/2'de yer verilen nitelikli cinsel saldırı suçuna bakılmalıdır.<sup>92</sup> Bu bağlamda, hayvana tecavüz eylemi ile kastedilen, hayvanın vücut boşluklarına cinsel davranış olacak şekilde herhangi bir sair cisim veya organın sokulmasıdır. Ancak organ ithal etme eylemi, yalnızca erkek cinsel organının hayvanın vücut boşluğuna sokulması olarak anlaşılmamalıdır. TCK m.102/2'de düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçu bakımından vücuda yalnızca erkek cinsel organının değil, cinsel motifli olacak şekilde parmak, el vb. organın sokulması da bu suçun oluşması için yeterlidir.<sup>93</sup> Tecavüz etme eylemi ile failin cinsel arzu ve tatmin duygusunun giderilmesi de aranmamalıdır.<sup>94</sup> Hayvanın tecavüz eylemi sırasında acı duyması da suçun oluşması bakımından şart değildir. Zira davranışın objektif bakımdan cinsel bir davranış olarak nitelendirilmesi yeterlidir.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Örneğin, doktrinde Yurtcan nitelikli cinsel saldırı eylemini "ırza tecavüz" olarak adlandırmaktadır: Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2018): 14.

<sup>93</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Aşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 385.

<sup>94</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 428.

<sup>95</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022), 339-340.

HKK m.28/A'da düzenlenen dördüncü fıkrada bir ev hayvanına veya evcil hayvana işkence etme veya acımasız ve zalimce muamelede bulunma eylemleri suç olarak kabul edilmiştir. Ancak işkence etme, acımasız ve zalimce muamelede bulunma eylemleri yoruma açıktır. Bu bağlamda, hangi eylemlerin bu niteliklere sahip olduğuna ilişkin değerlendirme doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır. Aynı şekilde, Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi metninde hiçbir hayvana kötü davranılamayacağı, acımasız ve zalimce eylemde bulunulamayacağı ve eğer bir hayvanın öldürülmesi zorunluysa bunun bir anda, hayvana acı çekirtmeden ve korkutmadan olacağı belirtilmiş; ancak işkence etme, acımasız ve zalimce davranışın tanımı yapılmamıştır.

Kişilere karşı işlenen suçlar bakımından işkence, devletin otorite yetkisine dayanarak bir kamu görevlisi tarafından işlenen, şiddetli fiziksel ve ruhsal acı vererek, bilgi almak ve cezalandırmak için kasıtlı olarak gerçekleştirilen eylemlerdir.<sup>96</sup> Kanaatimizce, hayvana yönelik işlenen suçlar bakımından bu tanım, suçun özellikle kamu görevlisi tarafından işlenmesi ve siyasi bir yetkinin kullanılması sonucu eyleme vücut verilmesi gerekliliği noktasında pek mümkün görünmemektedir. Bunun yerine, hayvanlara yönelik işlenen işkence etme eyleminden anlaşılması gereken sistematik, zamanla sürdürülen kötü muamele ve acı verme eylemleridir. Acımasız ve zalimce davranışların sistematik olarak hayvana karşı gerçekleştirilmesi sonucunda işkence etme suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Ancak sistematik olarak gerçekleştirilmeyen, işkence seviyesine varmayan acı verme ve zalimane davranış bakımından acımasız ve zalimce muamelede bulunma eyleminin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Örneğin, bir hayvana yönelik olarak düzenli olarak aç bırakma eylemi işkence olarak kabul edilebilecekken düzenli olmamakla birlikte sık sık hayvanın aç bırakılması sırasıyla işkence ve kötü muamele olarak adlandırılabilir. Her iki durum için kanun koyucu aynı cezayı öngörmüştür. Ne var ki hâkim, işkence etme eyleminin haksızlık derecesinin yoğunluğu nedeniyle somut cezanın belirlenmesi sırasında durumu göz önünde bulundurmalıdır.

Dördüncü fıkra bakımından bir başka sorun, suç kapsamına yalnızca ev hayvanları ile evcil hayvanların dahil edilmesidir. Suçun tanımında yer verilen ev hayvanı ve evcil hayvan tanımları bakımından, bir ev hayvanı veya evcil hayvanın kasten öldürülmesi suçunda yapmış olduğumuz açıklamalar bu suç için de geçerlidir. Bir başka anlatımla, m.14 ile getirilen hayvanlarla

<sup>96</sup> Sabahattin Nal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, sy. 2 (2007): 156.  
YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)

ilgili yasakların (m) bendinde genel olarak hayvanlara işkence yapmak veya acımasız ve zalimce muamelede bulunmak eylemleri yasaklanmışken m.28/A'da ev hayvanları ve evcil hayvanlar ayrıca belirtilerek yabancı hayvanlar ile kedi ve köpek dışındaki sahihsiz hayvanlar madde kapsamından çıkartılmıştır. Kanaatimizce, m.28/A ile kanunda bir belirsizliğin yaratıldığı kabul edilmelidir. Zira m.14/1(m)'de yasaklanan eylem tam anlamıyla yaptırma bağlanmış değildir. Her ne kadar kanunda düzenlenmiş olsa dahi, yaptırma bağlanmayan bir yasağın hukuk düzeninde ne ifade ettiği yoruma açıktır.

Çalışmamız kapsamında inceleyeceğimiz son suç, HKK m. 28/A'nın beşinci fıkrasında düzenlenen hayvanları dövüştürme suçudur. Bu suç ile folklorik amaca yönelik ve şiddet içermeyen, Bakanlığın uygun görüşü alınarak İl Hayvanları Koruma Kurullarından izin alınmak suretiyle düzenlenen geleneksel gösteriler istisna tutulmak üzere hayvan dövüştürme eylemleri cezalandırılmaktadır. Hayvan dövüştürme eylemi, HKK m.11'de hayvanların başka bir canlı hayvanla dövüştürülmesi olarak belirtilmiştir. Bu bağlamda, hayvanların üstünlük kurma ve çiftleşmeleri dışında birbirleri ile kavga etmelerine neden olunması<sup>97</sup> veya birbirleri ile dövüşmeye zorlanması bu fıkra kapsamında suç olarak değerlendirilecektir. Kanaatimizce, suçun oluşması bakımından yalnızca insanların müdahalesi sonucunda hayvanların birbirleri ile dövüştürülmesi yeterli olup bu eylemin eğlence amaçlı gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Bir başka deyişle, failin özel kast ile hareket etmesi aranmamaktadır.

Bir diğer sorun ise, HKK m.28/A'da yer alan sekizinci fıkra hükmüdür. Düzenlemede yer alan ifadeye göre, suçüstü halleri saklı kalmak üzere, 28/A'da düzenlenen herhangi bir suç tipinin hayvanın sahibi ya da başka bir kişi tarafından işlenmesi halinde soruşturma yürütülmesi Tarım ve Orman Bakanlığının il veya ilçe müdürlüklerince Cumhuriyet Başsavcılığına yapılacak yazılı bir başvuru şartına bağlanmıştır. Ancak suçun konusu olan hayvan sahipli ise, hayvana karşı işlenen kasten öldürme, cinsel saldırı veya tecavüz, işkence veya acımasız ve zalimce davranış ile hayvan dövüştürme fiilleri hayvan sahibi tarafından doğrudan şikâyet edilebilecektir. Kanaatimizce fıkra sahipli ve sahihsiz hayvan ayrımını "bir üst noktaya" taşımıştır. Bu fıkra uyarınca, insana ait bir mülkiyet nesnesi olması sebebiyle sahipli hayvana karşı işlenen davranışın içerdiği haksızlık, sahihsiz hayvana

<sup>97</sup> Ali Yiğit, Gökhan Aslım ve Aşkın Yaşar, "Türkiye'de Festival Unsuru Olarak Hayvan: Etik ve Hayvanları Koruma Mevzuatı Açısından Bir Değerlendirme", *Türkiye Biyoetik Derneği* 16 (2012): 89.

göre daha ağır bulunmuş ve bu durumda doğrudan soruşturma açılmaya izin verilmiştir. Böylesi bir ayrımın yeşil kriminoloji bağlamında kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Neticede fıkra metninin değiştirilerek sahipli ve sahipsiz hayvan ayrımının kaldırılması ve yazılı başvuru şartı olmaksızın soruşturmanın yürütülebilmesi imkânı getirilebilmelidir.

Hayvanları Koruma Kanunu da Türk Ceza Kanunu gibi yeşil kriminoloji bağlamında yetersiz kabul edilmelidir; zira kanun kapsamındaki birçok suç tipinde, hayvanlar evcil hayvan veya ev hayvanı şeklinde tür adaleti savunucularının da eleştirdiği gibi insan-merkezci bir şekilde bir ayrıma tabi tutularak her türlü hayvan suç kapsamına dahil edilmemiştir. Kanun bu haliyle; hayvanları bir hukuk süjesi olarak kabul etmemekte, bunun yerine yegâne hukuk süjesi olan insanın mülkiyetindeki eşya olarak görmektedir. Zira evcil hayvan veya ev hayvanı, insan tarafından eğitilen ve insanlarla birlikte yaşamaya uygun olan hayvanları ifade eder; insan-merkezci bir yaklaşımla insanın mülkiyetindeki ya da insanla uyumlu hayvanların suç kapsamına dahil edilmesi hayvanların kategorize edilmesini gerektirmektedir. Her ne kadar sahipsiz kedi ve köpeklere karşı Hayvanları Koruma Kanunu'nda yer alan fiillerin işlenmesi halinde suçun oluştuğu kabul edilse dahi, sahipsiz kedi ve köpekler de evcilleştirilmiş/evcilleştirilebilen hayvanlar olması nedeniyle suç kapsamına dahil edilmiştir. Bu noktada yapılan tür ayrımı, insan-merkezci bir yaklaşıma dayanmaktadır.

## 2.2. ALMANYA'DA HAYVANLARIN CEZA HUKUKU VASITASIYLA KORUNMASI

Çalışmamız kapsamında Alman hukukundaki inceleyeceğimiz ilk düzenleme, Alman Federal Cumhuriyeti Anayasası'na 2002 yılında getirilmiş olan § 20a maddesidir. Zira Almanya, Avrupa Birliği'nde hayvanların korunmasına yönelik anayasal bir düzenlemeyi ilk defa getiren ülkelerden biri<sup>98</sup> olarak hayvanların korunmasını anayasal düzeyde sağlamıştır.<sup>99</sup>

§ 20a maddesi, Alman Anayasası'nın "Temel Haklar" başlıklı I. Bölümü'nde değil "Federasyon ve Topraklar" başlıklı II. Bölümü'nde

<sup>98</sup> Avrupa Birliği'nde hayvanların korunmasına yönelik anayasal koruma hükmü getiren ilk ülke, 1973'te düzenlemeyi kabul eden İsviçre'dir. Janneke Vink, *The Open Society and Its Animals (The Palgrave Macmillan Ethics Series)* (London: Palgrave Macmillan, 2020), 207.

<sup>99</sup> Elien Verniers, "The Impact of Including Animals in the Constitution – Lessons Learned From the German Animal Welfare State Objective", *Global Journal of Animal Law* 8 (2020): 3.

düzenlenmiştir. Bu bağlamda, hayvanlara yönelik olarak getirilen düzenlemenin doğrudan uygulanabilir temel bir hak olmadığı, bunun yerine hayvanların korunmasının devlete yüklenen bir yükümlülük olduğu söylenebilir.<sup>100</sup> Hayvanların anayasal düzeyde korunması ile devlet; yasama, yürütme ve yargı organları vasıtasıyla yetkilerini kullanırken hayvanların refahını da göz önünde bulundurmakla yükümlü kılınmıştır.<sup>101</sup> Ayrıca, temel hakların düzenlendiği anayasa hükümleri ile hayvan refahının korunması için getirilen anayasa hükmü eşit düzeyde sayıldıkları için mahkemeler, hayvan refahı düzenlemeleri ile temel hakların çatıştığı durumlarda anayasal bir denge kurarak temel hakların sınırlandırılabilceğini kabul edeceklerdir.<sup>102</sup>

Alman Hukukunda hayvanların korunmasına yönelik başlıca düzenleme “Hayvanların Korunması Kanunu”dur.<sup>103</sup> Bu Kanun’un ilk maddesinde “*Hiç kimse makul bir sebep bulunmaksızın hayvanlara acı ve ıstırap veremez*” ifadesi yer almaktadır. Bu madde ile hayvanların yalnızca refahı değil, aynı zamanda yaşama hakkının korunması amaç edinilmiştir.<sup>104</sup> Ayrıca, ilk maddeden yola çıkarak kanunun amacının, kanunun insanlarla türdeş olarak kabul ettiği hayvanların yaşam ve refahının korunması olduğu söylenebilir. Bu bağlamda, kanun amacını gerçekleştirirken hem evcil hem de vahşi hayvanlara karşı geniş bir koruma alanı sağlamayı hedeflemektedir.<sup>105</sup>

TierSchG’da kabul edilen yasaklara aykırı eylemler, eylemin ciddiyetine ve suçlunun kastına bağlı olarak, kabahat veya suç olacak şekilde düzenlenmiştir. Suç olarak kabul edilen eylemler, acı ve ıstırap çektikleri bilimsel olarak kanıtlanmış olan omurgalı canlılara karşı gerçekleştirilen eylemlerdir.<sup>106</sup> Kanunda düzenlenen suçlar için öngörülen cezalar üç yıla kadar hapis cezası ile 25.000 Euro’ya kadar para cezasıdır. Ayrıca, kanunda yer alan suçların re’sen soruşturulabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda,

<sup>100</sup> Verniers, § 20a maddesinin Alman Anayasası’nda kabul edilen altı “state objective”den biri olduğunu belirtmiştir, Verniers, “The Impact of”, 5; “State objective”, anayasal düzeyde tanınması ile devletlerin anayasal görevlerinin bir parçası halinde geldikleri kabul edilen hükümler olarak tanımlanmaktadır, Vink, “The Open Society”, 206.

<sup>101</sup> Devlet, anayasaya getirmiş olduğu düzenleme ile hayvanlara yeni haklar tanımamıştır. Haklar ve yetkiler, düzenleme sonrasında da insanlara aittir, Kate M. Natrass, “...Und Die Tiere’ Constitutional Protection For Germany’s Animals”, *Animal Law* 10 (2004): 302.

<sup>102</sup> Verniers, “The Impact of”, s. 5.

<sup>103</sup> Tierschutzgesetz. Bundan sonra “TierSchG” olarak anılacaktır.

<sup>104</sup> Frida Lundmark vd., “Intentions and Values in Animal Welfare Legislation and Standards”, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 27 (2014): 999.

<sup>105</sup> Novak Krstić, “Animal Protection From Killing and Abuse in the European and Serbian Criminal Law”, *Law and Politics* 10, (2012): 45.

<sup>106</sup> Krstić, “Animal Protection”, 47.

makul bir sebep olmaksızın omurgalı bir canlıyı öldürmek veya omurgalı bir canlıya kalıcı ve tekrarlanan şekilde acı ve ıstırap çektirme eylemleri re'sen soruşturulabilen suçlardandır.<sup>107</sup>

§ 4a TierSchG, sıcakkanlı hayvanların bayıltılmadan kesilemeyeceğini düzenlemektedir. Başka bir deyişle, kural olarak, kesim hayvanları kesimden hemen önce bayıltılarak öldürülebilmektedir. Bu yasağın istisnasını § 4a(2) oluşturmaktadır. Buna göre; bayılarak kesim yapmanın mümkün olmadığı acil durumlarda, yetkililer tarafından ritüel gibi sebeplere dayanarak istisna tanındıysa ya da § 4b(3)'de düzenlenen anlamda bir düzenleme mevcutsa bayıltılmadan bir sıcakkanlı hayvanın kesilmesi hukuka uygundur. Belirtmek gerekir ki, ikinci fıkrada geçen yetkililer tarafından dini ritüeller için verilecek olan izin, yalnızca maddede yasaklanan şekilde gerçekleştirilen hayvan kesiminin Kanun'un geçerli olduğu bölgede yer alan topluluk üyelerinin dini gerekliliklerinin zorunlu kılması durumunda verilebilir.<sup>108</sup> Bu düzenleme ile hayvanın, mümkün olduğunca az acı ve ıstırap çektirilerek kesilmesi amaçlanmıştır.<sup>109</sup>

Kanun'un § 17 maddesinde, makul bir sebep olmaksızın omurgalı bir canlıyı öldürme veya omurgalı bir canlıya kalıcı ve tekrarlanan şekilde acı ve ıstırap çektirme eylemleri suç olarak tanımlanmıştır. Bir canlıya acı ve ıstırap çektirme eylemlerine; hayvanları her türlü silahla yaralamak, zehirlemek, boyunlarından asmak ve uzuvlarını telle bağlamak örnek gösterilebilir.<sup>110</sup> Alman Federal Mahkemesi kararlarında ise örneğin bir hayvanı aç bırakarak bir deri bir kemik bırakma eylemi, hayvanın uzun süreli ıstırapa maruz kalması sebebiyle § 17 TierSchG anlamında bir ihlal olarak değerlendirilmiştir.<sup>111</sup>

§ 17 TierSchG altında getirilen suçların işlenmesi durumunda failin kusursuzluğu sebebiyle ceza sorumluluğu bulunmasa dahi mahkeme, failin aynı maddede yer alan suçları tekrar işleme tehlikesi olduğuna kanaat getirirse bir ila beş yıl süreyle bütün hayvanlar ya da belli türdeki hayvanları tutması, ticareti veya diğer tüm profesyonel bakım ve eğitim işlerini

<sup>107</sup> Natrass, "Und Die Tier", s. 290.

<sup>108</sup> Bu konuda Almanya'da verilen önemli bir karar ve bu karar hakkındaki açıklamalar için bkz, Selen Ö. Elvan, "Karlsruhe'den Hayvan Kesilmesi İçin Yeşil Işık", çev. Kerem Öz, *Rechtsbruke/Hukuk Köprüsü 6* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2014): 171-177.

<sup>109</sup> David Smith, "Cruelty of the Worst Kind": Religious Slaughter, Xenophobia, and the German Greens", *Central European History* 40, sy. 1 (2007): 90.

<sup>110</sup> Krstić, "Animal Protection From", s. 47.

<sup>111</sup> Alman Federal Mahkemesi 5. Ceza Dairesi'nin 18.8.2021 tarih ve 5 StR 39/21 numaralı kararı (Urteil des 5. Strafsenats vom 18.8.2021- 5 StR 39/21-)

yürütmesinden men edilmesine karar verebilir.<sup>112</sup> Ayrıca kanunda, mahkemenin takdirine bıraktığı yasaklara uyulmamasının yaptırımı olarak bir yıla kadar hapis veya para cezası öngörülmüştür.

Alman Ceza Kanunu'nun<sup>113</sup> Özel Hükümler kitabında hayvanlara yönelik suçlar düzenlenmiştir. Bu bağlamda incelenecek olan ilk suç, Kanun'un "Özel Hükümler" kitabının "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar"<sup>114</sup> başlıklı 13. Bölümde yer alan "Hayvanlarla Gerçekleştirilen Cinsel Eylemlerin veya Şiddet İçeren Pornografik Eylemlerin Yayılması"<sup>115</sup> suçudur. § 184a StGB'da suç bakımından, bir kimsenin hayvanlarla gerçekleştirdiği cinsel davranışları yayan, üreten, bulduran, tedarik eden, sunan vd. (184a'ya göre, her kim, cebir ve şiddet uygulamasını veya insanların hayvanlarla cinsel davranışlarını konu edinen pornografik yazı yayar veya kamunun ulaşabilmesini sağlarsa veya.... şeklidir) eylemleri gerçekleştiren kimse/kimseler cezalandırılmaktadır.<sup>116</sup> Ancak bu düzenleme ile hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç olarak kabul edilmemiştir. Bir başka deyişle; § 184a maddesi kapsamında bir kimsenin hayvanlar ile gerçekleştirdiği cinsel davranış değil, bu cinsel davranışların üretilmesi, bulundurulması, tedarik edilmesi, sunulması vd. eylemler suç olarak tanımlanmıştır. Hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel davranışlar ise, TierSchG'a 2013 yılında eklenen "Kendi cinsel davranışları için bir hayvanı kullanma veya üçüncü kişilerin cinsel davranışları için eğitime, üçüncü kişilerin kullanması için hayvanı sağlama ve bu şekilde hayvanı uygunsuz davranmaya zorlama" eylemlerinin § 3(13) fıkrası ile kanunda düzenlenmesi sonucunda yasaklanmıştır. Bu bağlamda, hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel davranışlar § 17'de yer alan acı ve ıstırap çektirme eylemleri olarak kabul edilmekte iken 2013 yılında üçüncü maddeye eklenen son fıkra ile bu eylemler müstakil bir düzenleme olarak yasaklanmıştır.<sup>117</sup>

<sup>112</sup> TierSchG § 20.

<sup>113</sup> Strafgesetzbuch. Bundan sonra StGB olarak anılacaktır.

<sup>114</sup> Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

<sup>115</sup> Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Inhalte.

<sup>116</sup> § 184a StGB ile TCK m.226/4'de yer alan suç birbiri ile paralellik arz eder. TCK'da yer alan Müstehcenlik" başlıklı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca şiddet kullanılan, hayvanlarla veya ölmüş insan bedeniyle veya doğal olmayan yollarla gerçekleştirilen cinsel davranışların bulunduğu yazı, ses veya görüntülerin yer aldığı ürünlerin üretilmesi, ülkeye sokulması, satışa arz edilmesi, satılması, nakledilmesi, depolanması, başkalarının kullanımına sunulması veya bulundurulması suç olarak kabul edilmiştir.

<sup>117</sup> Amelie C. Buhl, "Animal Welfare Law in Motion? – Comment on the Latest Amendments to the Animal Welfare Act in Germany", *Global Journal of Animal Law* 1, (2013): 4.



Kanun'un "Özel Hükümler" kitabının "Çevreye Karşı Suçlar"<sup>118</sup> başlıklı 29. Bölümü'nde; suyun, havanın ve toprağın kirletilmesi (§ 324, 324a ve § 325), gürültüye titreşime ve iyonlaştırıcı olmayan ışınlarla neden olma (§ 325a), atıkların yetkisiz olarak işlenmesi (§ 326), yetkisiz olarak tesis işletilmesi (§ 327), radyoaktif maddeler ile diğer tehlikeli madde ve malların yetkisiz olarak işlenmesi (§ 328) ile korunması gereken bölgelerin tehdit edilmesi (§ 329) suçları düzenlenmiştir. Çalışmamız bakımından bu suçların tamamı incelenmeyecek, yalnızca hayvanlara ilişkin hüküm içermesi nedeniyle çalışmamız bakımından önem arz eden suçlar incelenecektir.

§ 324a hükmü, 1.11.1994 tarihinde Alman Ceza Kanunu'na eklenmiştir. Maddenin yürürlüğe girmesinden önce, suyun kirletilmesi suçu ile atıkların yetkisiz olarak işlenmesi suçları, toprağın kirletilmesi eylemlerini dolaylı olarak koruyucu etkiye sahipti.<sup>119</sup> Ancak değişiklik ile birlikte toprağın kirletilmesi suçu bakımından bir kimsenin idare hukukundan doğan yükümlülüklerle aykırı hareket ederek ve bir kimsenin sağlığına, hayvanların, bitkilerin, önemli değeri olan eşyanın veya suların zarar göreceği şekilde ve önemli ölçüde maddeyi toprağa veren, girmesine yol açan ya da serbest bırakan kişi müstakil bir suç olarak § 324a uyarınca cezalandırılmaktadır. Ayrıca, toprağın kirletilmesi suçunun teşebbüs durumunda kalması ya da taksirle işlenmesi durumunda da faile ceza verilecektir.

Toprağın kirletilmesi suçunun oluşabilmesi için önemli ölçüde maddenin toprağa verilmesi ve idari yükümlülüklerle aykırı gelerek suça vücut verilmesi gerekir. Bu bağlamda, önemli ölçüde maddenin toprağa verilmesi deyiminden ne anlaşılması gerektiği yargının yorumuna bırakılmıştır. İdare yükümlülüklerle aykırılık ise § 330(d) StGB'de belirtilmiştir. Toprağın kirletilmesi suçuna vücut verilebilmesi için en azından dolaylı olarak toprağın korunmasına hizmet eden bir yasal hükmün veya idari işlemin ihlal edilmesi gerekmektedir.<sup>120</sup>

Alman Ceza Kanunu § 325, havanın kirletilmesi suçunu düzenlemektedir. Madde uyarınca; bir tesisin, özellikle bir işletme tesisi ya da makinenin işletilmesi sırasında, idari yükümlülüklerin ihlal edilerek başka bir kimsenin sağlığına, hayvanların, bitkilerin, önemli değeri olan eşyanın veya havanın

<sup>118</sup> Straftaten gegen die Umwelt.

<sup>119</sup> Erich Schöndorf, "Das Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität — Bodenverunreinigung als neuer Straftatbestand, Schwachstellen und Bewährung in der Praxis", *Bodenschutz und Umgang mit kontaminierten Böden* içinde, der. Herbert Pfaff-Schley (Berlin: Springer, 1996): 131.

<sup>120</sup> Schöndorf, "Das Gesetz zur", 132.

zarar görebileceği şekilde, tesis dışındaki bir alanda hava değişimine neden olan ya da tesis dışındaki alanda önemli miktarda zararlı maddeyi serbest bırakan kimse hapis veya adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. Bu madde kapsamında yer verilen zararlı madde deyiminden ise başka bir kimseye, hayvanlara, bitkilere veya önemli değeri olan eşyaya zarar vermek veya bir su kütlesini, havayı veya toprağı kalıcı olacak şekilde kirletmek ya da başka bir şekilde olumsuz yönde etkilemek anlaşılmaktadır. Ayrıca, havanın kirletilmesi suçunun teşebbüs aşamasında kalması ya da taksirle işlenmesi durumunda da faile ceza verilecektir.

§ 325’de iki farklı suç düzenlenmiştir. İlk fıkrada yer alan suç, zarar verici bir hava değişimine neden olmak eylemini suç olarak düzenlemektedir. İkinci fıkrada ise ağır görev ihlali nedeniyle zararlı maddelerin tesis dışında bir alanda serbest bırakılması suç olarak kabul edilmiştir. Ayrıca, ilk iki fıkrada yer alan suçlar kasıtlı olarak işlenebilen suçlar iken dördüncü fıkrada yer alan hüküm, ilk iki fıkranın taksirli olarak işlenebileceğini düzenlemektedir.<sup>121</sup>

İlk iki fıkrada düzenlenen her iki suç bakımından da eylemin bir tesisin işletilmesi sırasında gerçekleşmesi gerekir. Burada tesis kavramı ise 15.03.1974 tarihli Federal Emisyon Kontrol Kanunu’nun<sup>122</sup> § 3 düzenlemesi ile tanımlanmıştır. Bu madde uyarınca, sürekli ve sabit yapılar; aynı kanunun 38. maddesine tabi olmadığı sürece makine, ekipman ve taşınabilir teknik kurulumlar; kamuya açık olan trafik yolları hariç olmak üzere emisyonla neden olabilecek maddelerin depolandığı, bırakıldığı ve işlendiği yerler tesis olarak kabul edilmektedir.

§ 325(2) düzenlemesinde, tesis dışındaki alanda önemli miktarda zararlı maddeyi serbest bırakma eylemi yer almaktadır. Toprağın kirletilmesi suçunda yapmış olduğumuz değerlendirme gibi bu suç bakımından da önemli ölçüde zararlı madde deyiminden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Salınan madde miktarının, somut olay bakımından değerlendirilerek önemli ölçüye ulaşmış ulaşmadığı söylenecektir. Madde uyarınca serbest bırakılan maddenin niteliği değil niceliği vurgulanmıştır. Bu bağlamda, zararlı bir madde olan karbonmonoksitin tek başına tesis dışında bir alanda serbest bırakılması yeterli olmayacak ve bu maddenin zehirlenmeye yol açacak

<sup>121</sup> Michael Heghmanns, *Strafrecht für alle Semester Besonderer Teil* (Berlin: Springer, 2009): 555.

<sup>122</sup> Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz - BImSchG).

eşiğin üstüne çıkıp çıkmadığı ayrıca değerlendirilecektir.<sup>123</sup> Niceliksel eşığe ulaşamaması halinde suçun oluşmadığı kabul edilecektir.

Hem toprağın kirletilmesi hem havanın kirletilmesi suçları bakımından bir kimsenin sağlığına, hayvanların, bitkilerin, önemli değeri olan eşyanın veya suların zarar göreceği şekilde suça vücut verilmesi gerekir. Her iki suç da tipikliğin gerçekleşmesi için bir zararın meydana gelmesinin aranmaması nedeniyle tehlike suçudur. Başka bir deyişle, toprağın ve havanın kirletilmesi suçlarının oluşabilmesi için örneğin bir hayvanın zarar görmesi zorunlu olmayıp hayvanın zarar görme tehlikesi içine girmesi yeterlidir.<sup>124</sup>

Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen § 326'da atıkların yetkisiz olarak işlenmesi kenar başlıklı madde ile iki suç düzenlenmiştir. İlk fıkrada, maddede belirtilen zararları meydana getirmeye elverişli nitelikteki atık maddeleri yetkisiz olarak tesis dışında veya hukuk düzeninin izin verdiği yöntemlerden önemli surette sapma göstererek toplamak, nakletmek, işlemek, değerlendirmek, depolamak, kalıcı olarak saklamak, akıtmak, bertaraf etmek, ticaretini yapmak, aracılık etmek veya ekonomik açıdan sair surette kullanmak eylemleri suç olarak tanımlanmıştır.<sup>125</sup> İkinci fıkrada ise birinci fıkrada belirtilen nitelikteki atık maddelerin yetkisiz olarak ithalat veya ihracatının yapılması eylemleri suç olarak düzenlenmiştir.<sup>126</sup> Maddenin beşinci fıkrasında ise, her iki suç bakımından taksirli hareketin cezalandırılacağı kabul edilmiştir.

§ 326 kapsamında, atık deyiminden ne anlaşılması gerektiği maddenin ilk fıkrasında tanımlanmıştır. Bu bağlamda, maddenin kapsamına subjektif anlamda sahibinin artık kullanmak istemediği ancak henüz kullanılabilir vaziyetteki atıkların mı, yoksa kullanılması durumunda artık maddenin bulunduğu şartlardan dolayı tehlike potansiyeli taşıma riski taşıyan atıkların mı<sup>127</sup> girdiği değerlendirilmeksizin ilk fıkrada yer alan niteliklere sahip atıklarla maddede yer alan eylemlere vücut verilmesi gerekmektedir.<sup>128</sup> Ayrıca, ilk fıkranın ilk üç bendinde yer alan niteliklere sahip olmaksızın kalıcı olarak su, hava veya toprak kirliliğine neden olmaya veya bunlara herhangi

<sup>123</sup> Heghmanns, 556.

<sup>124</sup> Heghmanns, 556.

<sup>125</sup> Feridun Yenisey, Gottfried Glagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)* (İstanbul: Beta Yayınları, 2015), 465

<sup>126</sup> Atık turizmi (*Abfalltourismus*) olarak da adlandırılmaktadır. Edmund Brandt, *Studium der Umweltwissenschaften* (Berlin: Springer, 2001), 202.

<sup>127</sup> Yener Ünver, Ayşe Nuhoglu, *Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınları, 1999), 91.

<sup>128</sup> Heghmanns, 557.

bir olumsuz etki doğurmaya elverişli olan veya bir hayvan veya bitki popülasyonunu tehlikeye atma potansiyelini taşıyan tür, özellik ve miktardaki atık madde ile de suça vücut verilebilmektedir.

Suçların devamında yer alan § 330 ile çok ağır ihlal durumunda verilecek ceza öngörülmüştür. Bu bağlamda, maddenin ilk fıkrasında hangi durumlarda çok ağır ihlalin meydana geleceği belirtilerek bu sebepler tahdidi olarak sayılmıştır. Fıkraya göre; (1) suya, toprağa veya § 329(3)'de korunan bir bölgeye karşı giderilmesi mümkün olmayan, yalnızca olağanüstü bir çaba sarf edilmesi sonucunda ve uzun bir süre geçtikten sonra etkisi kaybolacak bir zarar verilirse; (2) kamuya sağlanan su tedariki tehlikeye düşürülürse; (3) katı bir şekilde koruma altına alınan türden hayvanların<sup>129</sup> veya bitkilerin popülasyonuna kalıcı zarar verilirse; (4) Aşırı para hırsıyla bu eylemler gerçekleştirilirse suçun çok ağır bir halinin gerçekleştiği kural olarak kabul edilmektedir.

### 3. HAYVANLARA YÖNELİK OLARAK İŞLENEN SUÇLARDA “MAĞDUR”

#### 3.1. GENEL OLARAK MAĞDUR KAVRAMI

Mağdur, insan hakları hukuku, idare hukuku, özel hukuk ve ceza hukuku gibi hukukun farklı alanlarında karşımıza çıkan ve en genel hatlarıyla hukuk tarafından korunan bir menfaati ihlal edilen, menfaati zarara uğramış kimseleri ifade eden bir kavramdır.<sup>130</sup> Bu kavram neredeyse her bir hukuk dalı açısından farklı anlamlara gelmekte olup içeriği sanıldığı kadar açık değildir. Öte yandan mağdur statüsü, yargısal süreç içinde korunmayı talep edebilmeyi ve mağdurluk statüsüne bağlanan bir dizi hakkı öne sürebilmeyi sağladığı için önemlidir. Yargı sürecinde daha dezavantajlı bir konumda bulunması dolayısıyla insan hakları ve ceza hukuku sanığa, hükümlüye ve bu kişilerin haklarına daha büyük bir önem atfettiyse de son dönemlerde mağdurun korunmasına, haklarının çeşitlendirilmesine, menfaatlerine önem verilmesine yönelik çalışmalar artmıştır.<sup>131</sup>

<sup>129</sup> 6.12.2011 tarihinde yapılan değişiklikle “soyu tükenmekte olan türden” ibaresi kaldırılarak yerine “katı bir şekilde koruma altına alınan türden” ibaresi eklenmiştir. Fıkranın çevirisi için bkz, Yenisey, Glagemann, *Alman Ceza Kanunu*, 477.

<sup>130</sup> Esra Katıman, *Uluslararası Hukuk Bireysel Başvuru Prosedürü İçinde Mağdur Statüsü*, (On İki Levha Yayınları, 2016): 11-12.

<sup>131</sup> Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, sy.2 (2012): 658-659.

Kriminoloji biliminde mağdur, hukuken ihlal edilen hakkın sahibidir.<sup>132</sup> Haksız bir fiilden dolayı kayba uğrayan ya da zarar gören herhangi bir kişi, grup ya da topluluk kriminoloji bağlamında mağdur olarak tanımlanmaktadır. Burada bahsedilen zarar fiziksel olabileceği gibi psikolojik veya ekonomik olabilir.<sup>133</sup> Belirtmek gerekir ki, ceza hukukundan farklı olarak kriminoloji bilim dalında mağdur statüsü gerçek kişilerle sınırlandırılmamaktadır. Buna göre, kriminolojide bir kişi mağdur olabileceği gibi bir şirket, aynı ırka sahip insanlar topluluğu ya da ortak menfaatleri ihlal edilen bir grup kişi de mağdur olarak kabul edilmektedir.<sup>134</sup> Başka bir deyişle, kriminolojide mağdurluk bireysel ya da kolektif şekilde oluşabilmektedir. Ancak ceza hukuku gibi klasik kriminoloji bağlamında da mağdurluk, yalnızca kişi veya kişi topluluklarına verilen bir statüdür.

Ceza hukukunda ise mağdur, suçla korunmak istenen hukuki menfaatin sahibi olan gerçek kişiler olarak tanımlanmaktadır.<sup>135</sup> Kural olarak bir suçun mağduru herkes olabilir. Ancak bazı durumlarda suçun oluşması için kanun maddesinde yer verilen belirli özellikteki mağdura karşı işlenmesi gerekebilir. Örneğin, kanuni tipte yer verilen mağdur bazı durumlarda özellik arz edebilir ya da suçun temel şekli herkese karşı işlenebilirken nitelikli hali, kanun tarafından belirlenen niteliklere sahip mağdura karşı işlenebilir.

Ceza hukuku bakımından kabul edilen görüş, mağduru yalnızca gerçek kişiler olabileceği yönündedir. Bu bağlamda; devlet, tüzel kişiler, kişi toplulukları<sup>136</sup> suçun mağduru kabul edilmemektedir.<sup>137</sup> Doktrinde bu gibi kurum ve toplulukların suçtan zarar gören olarak nitelendiren yazarlar<sup>138</sup>,

<sup>132</sup> Timur Demirbaş, *Kriminoloji* (Ankara: Seçkin, 2016): 357.

<sup>133</sup> Pramod Tiwari, "Victimology: A Sub-Dicipline of Criminology", *Dehradun Law Review* 4, s. 1 (2012): 89; Mustafa Tören Yücel, *Kriminoloji* (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2014): 112.

<sup>134</sup> Mustafa Tören Yücel, *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2007): 38.

<sup>135</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku*, 213; Üzülmöz ve Koca'ya göre mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişiler olarak tanımlanmaktadır: Üzülmöz ve Koca, *Türk Ceza Hukuku*, 116. Suçun konusu ile korunan hukuki menfaat arasındaki ayrımı ilişkin bkz. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (İstanbul: Filiz Yayınevi, 1992), 169-170.

<sup>136</sup> Kişi topluluklarının da mağdur olabileceğine dair görüş için bkz. Ezgi Aygün Eşitli, "Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, sy. 2, (2012): 17.

<sup>137</sup> Tüzel kişilerin suçun mağduru olabildiğine dair görüş için bkz. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2022): 599; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II* (İstanbul: Der Yayınları, 2021): 727.

<sup>138</sup> Üzülmöz ve Koca, *Türk Ceza Hukuku*, 117.

gerçek kişiler dışında suçun mağduru olamayacağını yaygın olarak<sup>139</sup> kabul edilmektedir.<sup>140</sup>

Mağdur konusundaki bu genel açıklamaların ardından Türkiye’de ve Almanya’da hayvanlara yönelik işlenen suçlarda mağdurluk durumunun ele alınması ve bu mağdurluk tanımlarının yeşil kriminoloji açısından eleştirisine yer verilmesi amaçlanmaktadır.

### 3.2. TÜRKİYE’DE VE ALMANYA’DA HAYVANLARIN MAĞDURLUK DURUMU

Yalnızca gerçek kişilerin mağdur olarak kabul edildiği mevcut Türk Ceza Hukuku sisteminde<sup>141</sup> hayvanlar ancak suçun maddi konusunu oluşturabilmektedir.<sup>142</sup> Örneğin, HKK m. 28/A’da yer alan suçların işlenmesi durumunda suça maruz kalan hayvan mağdur değil, suçun konusu olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla mevcut sistemde, hayvanlar bir hak öznesi olarak değil, bir mülkiyet nesnesi olarak görülmektedir. Zira insan haklarının temel alındığı hukuk sistemimizde haklar kabul edilirken hayvanlar dikkate alınmaksızın “rasyonel bir insanın hakları”na göre düzenleme yapılmaktadır.<sup>143</sup> Hayvanların mağdurluk durumunun incelenmesi, tüm bu nedenlerle bizi hayvanların hukukken bir hak öznesi olup olamayacağı tartışmasına götürmekte olup bu mesele de hayvanların hukuki statüsünün de konuyla birlikte tartışılmasını gerektirmektedir.

Türk Hukukunda bir maddi varlığı sahip, sınırlanabilen, üzerinden kişilerin hakimiyet kurabildiği, iktisadi bir değer taşıyan<sup>144</sup> ve insan-dışı olan şeyler eşya olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, hukukumuzda eşyanın canlı ya da cansız olması bakımından bir ayırım yapılmaksızın saymış olduğumuz beş unsur taşıyan her türlü şeyin eşya olduğu kabul

<sup>139</sup> Alexander M. Pleshakov, Gennadiy S. Shkabin, “*Animals As Crime Victims*”, *Revista Género e Interdisciplinaridade* 1, sy. 1 (2020): 420.

<sup>140</sup> Üzülmöz ve Koca, *Türk Ceza Hukuku*, 117; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 124.

<sup>141</sup> “Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” m. 2/1(d)’de mağdur kavramı “suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır. Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkartılan kararnameler, her ne kadar kanun koyucunun iradesi olduğu söylenemez ise de mevzuatta ilk defa mağdur gerçek kişi olarak ifade edilmiştir. Baş, “Hayvanın Kötü Muamelelere”: 7.

<sup>142</sup> Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki*, 727; Demirbaş, *Ceza Hukuku*, 565.

<sup>143</sup> Eva Bernet Kempers, “Animal Dignity and the Law: Potential, Problems and Possible Implications”, *Liverpool Law Review* 41, sy. 2 (2020): 175.

<sup>144</sup> Sirmen, eşyanın iktisadi bir değer taşımasının öneminin bulunmadığını kabul etmektedir. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 4-5.

edilmektedir.<sup>145</sup> Canlı ya da cansız ayrımı yapılmaksızın, insan dışındaki her türlü varlığın eşya olarak kabul edildiği hukuk sistemimizde hayvanlar da eşya olarak kabul edilmektedir.<sup>146</sup> Bu görüşte olan yazarlar, aşağıda bahsedilecek olan Alman Medeni Kanunu<sup>147</sup> §90a düzenlemesi gibi hayvanların açıkça eşya olmadığı kabul edildiği bir düzenlemenin hukukumuzda yer almaması sebebiyle hayvanların eşya olduğu sonucuna varmaktadır. Yine bu yazarlara göre, eşyanın tanımında yer alan unsurların hepsine sahip bir varlığın eşya sıfatından çıkartılması için kanunda, hayvanın eşya olarak kabul edilmediğine dair açıkça düzenleme yapılması ve ilgili diğer düzenlemelerin de hayvanların özel durumuna uygun biçimde revize edilmesi gerekmektedir.<sup>148</sup>

HKK m. 4 kanunda geçerli olan ilkeleri, başka bir deyişle kanunun yazılış amacını, hüküm altına almaktadır. Maddenin m. 4/1(a) hükmü ise hayvanların yaşama hakkını pozitif hukukumuz bakımından tanımaktadır. Başka bir deyişle, HKK m. 4 düzenlemesi sonrasında hukuken bir suçun konusunu oluşturan hayvanların yaşama hakkı tanınarak hukuk düzeni, korunması gereken bir hukuki menfaat yaratmıştır. En azından HKK'nın kendisi, bu hukuki menfaati kabul etmektedir. O halde, hukukumuzda eşyaya ilişkin hükümler HKK'ya uygun düştüğü ölçüde uygulanmalı ve hayvanların tam olarak eşya olmadığı kabul edilmelidir.<sup>149</sup>

Ayrıca pozitif hukuk açısından bir değerlendirme yapıldığında, her ne kadar TCK'da düzenlenen suçlar bakımından yalnızca gerçek kişilerin mağdur olarak kabul edilebilmesi mümkün ise de HKK'da düzenlenen bazı suçlar açısından gerçek kişilerin mağdur olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce, ev hayvanına yönelik işlenen suçlar bakımından mağdurun tespiti mümkün iken ev hayvanı olmayan hayvana yönelik işlenen suçlar bakımından mağdur tespiti yapılamamaktadır. Mağdurun suçun unsuru olarak kabul edildiği hukuk sistemimizde, HKK'da kabul edilen suçlar bakımından mağdur tayininin yapılabilmesi mecburidir.

Alman Hukuku açısından ise hayvanlar, BGB'nin § 90a maddesinde 1990 yılında yapılan değişiklikle salt bir hak öznesi olmaktan çıkarılmıştır. İlgili

<sup>145</sup> Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (İzmir: Barış Yayınevi, 2016), 7; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri* (İstanbul: Der Yayınları, 2011), 3.

<sup>146</sup> Sirmen, *Eşya Hukuku*, 8.

<sup>147</sup> Bürgerliches Gesetzbuch. Bundan sonra "BGB" olarak adlandırılacaktır.

<sup>148</sup> Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2012), 187-188.

<sup>149</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 9.

hüküm uyarınca hayvanlar, onlara yönelik özel hükümler vasıtasıyla korunmaktadır. Eşyaya ilişkin hükümler ancak hayvanlara yönelik olarak düzenlenen bir hüküm olmaması durumunda, mümkün olduğu ölçüde hayvanlara da uygulanabilmektedir. Bu bağlamda Alman Kanunu'nun hayvanları "hissedebilen varlıklar" olarak sınıflandırdığı kabul edilmektedir.<sup>150</sup>

Alman Medeni Kanunu § 90a bakımından -her ne kadar hayvanların eşya olmadığı açıkça belirtiliyor olsa dahi bazı yazarlar, bu maddenin hukuki açıdan anlamsız olduğunu ve hayvanların eşya olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>151</sup> Bu görüşe göre, hayvanlar eşyadır. § 90a düzenlemesi, tıpkı BGB § 903<sup>152</sup> gibi hukuk düzeni bakımından bir anlam ifade etmemektedir. Ancak hayvanlara ilişkin düzenlemeler incelenirken öncelikle BGB § 251(2)<sup>153</sup> hükmüne bakılmalıdır. Zira özellikle bu hüküm, kanunu yorumlarken kanun koyucunun iradesinin hayvanları özel bir korumaya tabi tutma yönünde olduğunu göstermektedir.

Bir diğer görüşe göre ise, hayvanlar eşya değildir.<sup>154</sup> Ancak neticede, eşya hükümleri çoğunlukla hayvanlara da uygulanır ve bu hükümler bakımından hayvanlar eşya olarak kabul edilmektedir. Örneğin, çiftlik hayvanlarının alınıp satılmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından bunların eşyanın alım-satımına ilişkin hükümlere tabi olduğunu ve bu hükümler bakımından eşya statüsünde olduğunu kabul etmek gerekir.<sup>155</sup>

Kanaatimizce, Alman Medeni Kanunu'nda yer alan hükmün sembolik bir değer taşıdığı ve bu hükme rağmen hayvanların bir eşya olduğu kabul edilemeyecek bir görüştür. Pozitif bir hukuk düzenlemesi olan § 90a açıkça hayvanların eşya olmadığını kabul etmektedir. Aksi bir kabul, kanun koyucunun iradesini de yok saymak anlamına gelecektir.

<sup>150</sup> Morina Lostal, "De-objectifying Animals", *Journal of International Criminal Justice* 19, sy.3 (2021): 587.

<sup>151</sup> Hans Josef Wieling, *Sachenrecht Band 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen* (Berlin: Springer, 2006), 56.

<sup>152</sup> "Eşyanın maliki, kanuna veya üçüncü kişinin haklarını ihlal etmediği ölçüde eşyayı dilediği ölçüde kullanabilir ve üçüncü kişilerin müdahalesini engelleyebilir. Bir hayvanın maliki, yetkilerini kullanırken hayvanların korunmasına ilişkin özel hükümleri dikkate almak zorundadır."

<sup>153</sup> "Tazminatla yükümlü kişi şayet eski hale getirme ancak orantısız harcamalar yapılmasıyla mümkün olacaksa zararı nakden tazmin edebilir. Yaralı bir hayvanın tedavi masrafları, bu masraflar hayvanın değerini önemli ölçüde aşsa dahi orantısız olduğu kabul edilmez."

<sup>154</sup> Gerd Brudermüller vd., *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen* (München: C.H.BECK, 2017), 68.

<sup>155</sup> Brudermüller vd., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70.



Sonuçta gerek Alman gerek Türk hukuku bağlamında, ceza hukuku açısından mağdurluk sıfatının yalnızca gerçek kişilere tanındığı kural olarak kabul edilmektedir. Ancak gerçek kişiler dışında mağdur olabileceği bir kısım yazar tarafından kabul edilen tüzel kişilerden de kısaca bahsetmek gerekir. Zira tüzel kişilere tanınan normatif mağdurluk statüsünün kanun koyucu tarafından istisna olarak tanınması yolu ile hayvanlara mağdur sıfatının tanınabilmesinin mümkün olduğu kanaatine varmak mümkündür.

Bu bağlamda, hakkın süjesi olan gerçek kişilerin hak ehliyeti insanın irade yeteneğine dayanırken tüzel kişilerin iradelerini ortaya koymak için özel olarak oluşturulmuş olan organları mevcuttur ve irade açıklaması bu suni organlar vasıtasıyla gerçekleştirilir. Tüzel kişiler için kanun ya da sözleşme ile belirlenen kendini gerçekleştirme amacı, gerçek kişiler bakımından doğal olarak meydana gelir.<sup>156</sup> Başka bir deyişle, tüzel kişiler kanunlar tarafından yaratılan sùjelerdir.<sup>157</sup> Hukuk düzeni kendi yarattığı, maddi bir varlığı olmayan normatif bir kişiliğe hak ehliyeti tanımaktadır. Harici olarak yaratılan tüzel kişilerin mağdur olarak kabul edildiği bir hukuk sisteminde, hayvanların en azından yaşama hakları ve vücut bütünlüğünün korunması gerekliliğinin mümkün kıldığı ölçüde -tüzel kişilerin mağdur olabildiği suçların sınırlı olarak kabul edildiği gibi- maruz kaldıkları eylemler bakımından mağdur olarak kabul edilebilmesi tarafımızca mümkün görünmektedir.

### 3.3. YEŞİL KRİMİNOLOJİ AÇISINDAN TÜRKİYE'DEKİ VE ALMANYA'DAKİ CEZA MEVZUATINDA HAYVANLARIN MAĞDURLUK DURUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Kriminoloji literatüründe yaygın olarak bulunan mağdur ve mağduriyet tanımları, geleneksel kriminolojik bakışın ve referans çerçevesinin kısıtlayıcı kapsamını göstermektedir. Daha geniş bir referans çerçevesi benimseyen yeşil kriminoloji, insanların yol açtığı farklı şiddet biçimlerine ve ortodoks kriminolojik yaklaşımların dikkatinden kaçan çok sayıda mağdur ve mağduriyet olayına dikkat çekmektedir.<sup>158</sup> Özellikle de çevresel suçların

<sup>156</sup> Andreas von Tuhr, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Allgemeine Lehren und Personenrecht* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1919), 370.

<sup>157</sup> Tuhr, *Der Allgemeine Teil*, 371.

<sup>158</sup> Michael J. Lynch, "Reflections on Green Criminology and Its Boundaries: Comparing Environmental and Criminal Victimization and Considering Crime from an Eco-City" *YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)*

mağdurlarının geleneksel kriminolojik yaklaşım açısından görünmezliği, çevreye verilen zararların doğasından da kaynaklanmaktadır. Nitekim çevre üzerinde olumsuz etki yaratan eylemlerimizin birçoğu, etkilerini uzun yıllar içinde göstermektedir.<sup>159</sup> Örneğin iklim değişikliği etkilerini kademeli olarak, uzun zamana yayılmış bir şekilde göstermektedir. Hem bu nedenle hem de mağdur kavramının ceza hukukunda katı bir şekilde insan türüyle sınırlı olarak tanımlanması çevresel zarara maruz kalan birçok insan-olmayan varlığın, özellikle de konumuz bağlamında hayvanların, görünmez kalmasına neden olmaktadır.<sup>160</sup> Hayvanlara yönelik işlenen suçlarda mağdurluk tartışması da bu durumun en önemli örneklerinden bir tanesidir. Nitekim hayvanlar bir suçtan doğrudan zarar görenler olmalarına rağmen gerek Türkiye’de gerek Almanya’da mağdur olarak kabul edilmemektedirler. Bu durumun en temel sebeplerinden bir tanesi hayvanların eşya statüsünde olduğunun kabul edilmesi veya Almanya örneğinde görüldüğü gibi böyle olmasa bile hayvanların açıkça bir hukuk öznesi olabileceğinin kabul edilmemesidir.

Bu durum, ceza hukukunda da insan-merkezci bir paradigmanın hâkim olduğunu göstermektedir. Gerçekten de çevreye verilen bir zarar, hayvanları veya ekosistemi olumsuz yönde etkiliyor olmasına rağmen eğer insanlar üzerindeki etkisini hemen göstermiyorsa veya ekonomik anlamda o eylemin yapılması kârlıysa bu eylem suç teşkil etmemektedir. Örneğin Kolombiya’da, 2010 yılında palm ağaçlarıyla ekili alanın toplamda 404.104 hektarlık bir alana ulaştığı, bunun da bir önceki yıla göre %11.5 oranında bir artışa denk düştüğü tespit edilmiştir.<sup>161</sup> Çünkü bugün tükettiğimiz birçok gıda ürününde bu yağ kullanılmakta, aynı zamanda kullandığımız enerji kaynaklarının birçoğunun azalması, iklim değişikliği politikaları gereği karbon salımının azaltılması için yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelmenin gerekliliği ve palm yağının biyodizel enerji üretimi için de kullanılması palm yağı üretimini

---

Perspective”, *Routledge International Handbook of Green Criminology*, ed. Nigel South ve Avi Brisman (New York: Routledge, 2013): 49.

<sup>159</sup> Melissa L. Jarrell, Michael J. Lynch, Paul Stretesky, “Green Criminology and Green Victimization”, *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies* içinde, der. Bruce A. Arrigo ve Heather Y. Bersot (New York: Routledge, 2014): 423.

<sup>160</sup> Nigel South, “Green Criminology, Environmental Crime Prevention and the Gaps between Law, Legitimacy and Justice”, *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 65, sy. 4 (2014): 375-376.

<sup>161</sup> Hanneke Mol, “A Gift from the Tropics to the World: Power, Harm, and Palm Oil”, *Emerging Issues in Green Criminology: Exploring Power, Justice and Harm* içinde, der. Reece Walters, Diane Solomon Westerhuis ve Tanya Wyatt (New York: Palgrave Macmillan, 2013): 252

de artırmaktadır.<sup>162</sup> Bu nedenle Kolombiya gibi birçok Güney Yarım Küre ülkesinde palm yağı üretmek için ormanlar tahrip edilmekte ve palm ağacı dikilmektedir. Konumuz açısından vurgulanması gereken bir diğer husus ise bu endüstrinin hayvanlar üzerindeki etkisidir. Nitekim ormanların tahribatı, ağaçların kesilerek yerlerine palm ağaçlarının dikilmesi, hayvanların doğal yaşam alanlarının da yok edilmesi anlamına gelmektedir. Yapılan çalışmalar, bu bölgelerde yaşayan hayvanların yaşamlarını sürdürebilmek için gerekli koşulların kalmaması dolayısıyla yerlerinden edildiklerini, öldürüldüklerini veya ölüme mahkûm edildiklerini belirtmektedir.<sup>163</sup> Öte yandan palm yağı üretimi, birçok açıdan “kârlıdır” ve bu nedenle de yasaldır; bu durum palm yağı endüstrisinin yarattığı ekolojik yıkımın mağdurlarının görünmez kılınmasına yol açmaktadır.

Yeşil kriminoloji, kriminoloji ve ceza hukuku alanında yapılan çalışmaların insan-merkezci yaklaşımın ötesine geçmesini ve çevresel zararların insanlar kadar hayvanlar ve doğal çevre üzerindeki etkilerinin de ele alınması gerektiğini ifade etmektedirler. Yeşil kriminoloji açısından yalnızca ceza kanunlarında suç olarak kabul edilen fiillerin ele alınması yeterli olmayacaktır; nitekim ceza kanunları “mağdur” tanımını katı hukuki kavramlarla, insan-merkezci bir perspektifle yapmaktadır. Ancak meseleye çevre etiği bakış açısıyla yaklaşıldığında ekosistem ve içinde yer alan tüm varlıklar, kendilerine için bir değere sahiptir ve sırf bu değer nedeniyle korunmaları gerekmektedir. Bu nedenle ekosistemin bütünlüğüne zarar veren eylemler çevresel suç olarak ele alınabilecektir.<sup>164</sup>

Meseleye tür adaleti perspektifinden bakıldığında ise, hayvan hakları savunucuları, hayvanların sadece doğanın bir parçası olarak değil, bir “kişi” olarak suçun mağduru kabul edilebilecekleri görüşünü benimsemektedirler.<sup>165</sup> Oysaki yukarıda da görüldüğü gibi günümüzde hukuk, hayvanları bir “eşya”, bir başka deyişle bir mülkiyet nesnesi olarak görmektedir.<sup>166</sup> Bu da hukukun insan-merkezci görünümünden biridir.

<sup>162</sup> Hanneke Mol, *The Politics of Palm Oil Harm: A Green Criminological Perspective*, (Palgrave Macmillan, 2017), 3-4.

<sup>163</sup> Mol, *The Politics of Palm Oil Harm*, 131.

<sup>164</sup> Eileen Skinnider, “Victims of Environmental Crime – Mapping the Issues”, *The International Centre for Criminal Law, Reform and Criminal Justice Policy* (2011): 23.

<sup>165</sup> Brisman ve South, “Green Criminology and Environmental Crimes and Harms”, 6.

<sup>166</sup> Günümüzde varlıkların “kişiler ve eşyalar” olarak sınıflandırma anlayışı Roma hukukuna dayanmaktadır. Roma hukuku açısından kişiler, hak sahibi olanları, bir başka deyişle hukukun öznesini ifade etmektedir. Hayvanların ise hak sahibi olamayacakları, bu nedenle eşya oldukları kabul edilmiştir. Özgün Çelebi, “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında  
YUHFD Vol. XXI No.2 (2024)

Hayvanların birer mülkiyet nesnesi olarak görülmesi, hayvanların refahının sadece insan çıkarlarıyla uyumlu olduklarında korunması anlamına gelmektedir.<sup>167</sup>

Bu yaklaşım Türkiye’de ve Almanya’daki ceza hukuku anlamında da geçerli olmuştur. Nitekim her iki ülkede hayvanların hukuki statüsü çeşitli açılardan farklı olsa da her iki ülkede de hayvanların korunmasına ilişkin ceza normları incelendiğinde hayvanların “mağdur” olarak kabul edilmedikleri görülmektedir. Bu durum çok büyük bir ölçüde hayvanların hukuki statüsünden kaynaklanmaktadır.

## SONUÇ

Çalışmada yeşil kriminoloji ve bu yaklaşımın savunucularının bir kısmının benimsediği “tür adaleti” anlayışı kapsamında Türkiye’de ve Almanya’da hayvanların korunmasına yönelik ceza kanunu hükümleri incelenmiş ve bu hükümler bağlamında hayvanların mağdurluk durumu değerlendirilmiştir. Her ne kadar iki ülke bakımından da hayvanların korunmasına yönelik düzenlemeler özellikle de hayvan refahının sağlanması açısından önemli bir gelişim göstermiş olsa da düzenlemelerin tür adaletini sağlamak bakımından yetersiz olduğu söylenebilecektir.

Tarih boyunca birçok grup çeşitli sebeplerle ayrımcılığa maruz kalmış, bu ayrımcılık da hukuk tarafından çoğu zaman meşrulaştırılmıştır, hatta bazen bu ayrımcılıklar bizzat hukukun kendisi tarafından yaratılmıştır. Köleler, siyahiler, kadınlar, mülteciler gibi dezavantajlı birçok grup en temel haklarından mahrum bırakılmışlardır. Örneğin köleler, hukuk tarafından tarihin kayda değer bir kısmında “insan” olarak kabul edilen kişilerin malvarlığına ait bir unsur olarak görülmüş, bu anlamda alınıp satılabilen birer varlık olarak muamele görmüşlerdir. Dolayısıyla hukuk normları, her zaman adaleti sağlamaya yönelik amaçlar gütmemiş, hatta bazen adaletsizliği bizzat kendisi yaratan bir konumda olmuştur. Bu normlar, çeşitli mücadelelerle hukuk dünyasından kaldırılmış olsa da fiilen hala birçok ayrımcılık hukuk tarafından meşru kılınmaktadır.

---

Hayvanların Hukuki Statüsü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76, sy. 2 (2018): 572; Köybaşı, “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan – I”, 126.

<sup>167</sup> Angus Nurse, *Animal Harm: Perspectives on Why People Harm and Kill Animals* (Routledge, 2016): 175; James Gacek, Richard Jochelson, “Animals as Something More Than Mere Property: Interweaving Green Criminology and Law”, *Social Sciences* 9, sy. 7 (2020): 3.

Geçmişte köleler, siyahiler veya kadınlar nasıl ki “kişi” olarak görülmemiş, bu nedenle de birçok haktan mahrum bırakılmışsa, bugün bu durum hayvanlar için de geçerlidir. Hayvanlar ve insanlar duygusal ve anatomik birçok özelliği paylaşmaktadır. Bunun da ötesinde, hayvanlar da insanlar gibi hissedebilen, acıyı hissetme kapasitesine sahip olan varlıklardır. Bu nedenle hayvanlar, insanlara olan faydalarından bağımsız olarak, kendilerine içkin bir değere sahiptirler ve sırf bu değer dolayısıyla korunmalıdırlar. Bununla birlikte, çalışmada da ortaya konulduğu gibi hukukta hayvanlar her ne kadar çeşitli normlarla korunmaya çalışılsa da günümüzde fiili olarak hayvanlara yönelik birçok ayrımcı uygulama bulunmakta, hukuk ise bu ayrımcılıklara sessiz kalmak, bazen ise doğrudan ayrımcılığa neden olmak yoluyla bu uygulamaları meşrulaştırmaktadır.

Çalışmada da ayrıntılı olarak incelendiği üzere Türkiye’de hayvan refahını sağlamaya yönelik birçok düzenleme bulunmaktadır. Bunların tür adaletinin sağlanması açısından önemli olduğu, özellikle de HKK da yapılan son değişikliklerle hayvanlara yönelik bazı eylemlerin kabahat olmaktan çıkarılarak suç haline getirilmesinin hayvanların korunmasına yönelik çabanın bir göstergesi olduğu belirtilmelidir. Bunun yanında HKK’da hayvanların yaşama hakkına sahip olduklarının vurgulanması, kanımızca, hayvanların “eşya” statüsünde kabul edilmeleri anlayışının da değişmeye başladığını göstermektedir. Bu durum, çalışmada incelenen diğer ülke olan Almanya açısından da geçerli olmuş, hatta bu durum pozitif hukuka da yansımıştır. Her ne kadar doğrudan hayvanların hak öznesi olarak ele alınmasından ve bu anlamda hukukta hayvanlara yönelik hâkim yaklaşımın değişmesinden söz edilemeyecek olsa da hayvanların “eşya” olarak görülmediğinin açıkça vurgulanması önemli bir adım olmuştur.

Öte yandan hayvanlar gerek Türkiye’de gerekse Almanya’da hala insan-merkezci kavramlarla tanımlanmakta, insanların onlardan nasıl faydalandığına yönelik çeşitli kategorilere ayrılmakta ve bu fayda ölçüsünde korunmakta veya korunmamaktadır. Örneğin Türkiye’de evcil hayvanlar daha geniş bir korumadan faydalanmakta olup bu hayvanlara yönelik gerçekleştirilen fiiller suç teşkil etmektedir. Ancak sokak hayvanları, bu korumanın dışında bırakılmıştır. Bu durum hukuken hayvanların mülkiyet nesnesi olma konumları açısından büyük bir değişim yaşanmadığının en büyük kanıtıdır. Benzer şekilde Türkiye’nin mehaz kanun olarak kabul ettiği TierSchG’de de hayvanlar “kesim hayvanları”, “deney hayvanları” şeklinde sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Bu da her iki ülkede de hayvanlara olan

yaklaşımın çeşitli insan-merkezci tanımlamalar üzerinden gerçekleştirildiğini göstermekte ve tür adaletiyle bağdaşmayan bir duruma yol açmaktadır.

Bunun yanında her ne kadar hayvanların ceza hukuku normlarıyla korunması söz konusu olsa da bunun yeterli olmadığı ve günümüzde hayvanların yeterli ve etkili bir şekilde korunamadığı görülmektedir. Bu durumun değişmesi isteniyorsa hayvanların hukuken kişi olarak kabul edilmeleri ve anayasal düzeyde haklara sahip olmaları gerekmektedir. Bunun yanında ceza hukuku anlamında da eğer hayvanlara yönelik bir zarar mevcutsa ve bu zarar bir suç teşkil edecek şekilde düzenlenmişse bu durumda hayvanların da “mağdur” olarak kabul edilmeleri önemli bir adım olacaktır. Bu durumun kabul edilmesi, her şeyden önce hayvanların hukuki statüsünün değişmesi ve onların birer “eşya” olmadıklarının kabulü açısından önemlidir. Bu husus, tür adaletinin sağlanabilmesi için en temel gerekliliklerden bir tanesidir. Aynı zamanda hayvanların “mağdur” olarak kabul edilmeleri menfaatleri etkilendiğinde yargılamalara (tıpkı tüzel kişiler veya çocuklar gibi yasal temsilcileri aracılığıyla) katılma hakkına sahip olmaları gibi potansiyel faydaları olabilecektir. Yine literatürde hayvanların ceza hukukunda “mağdur” statülerinin kabul edilmesinin bir tazminat hakkı da doğurabileceği ve bu tazminatın ağaçlandırma, hayvan barınakları ve sığınaklarının inşası, veterinerlik hizmetlerinin sağlanması veya toplu rehabilitasyon programlarının hayata geçirilmesi amaçlı kullanılabilmesi yönünde kazanımları olabileceği tartışılmaktadır.<sup>168</sup>

Bunun yanında çalışmanın kapsam ve sınırları dolayısıyla yer verilmemiş olsa da HKK’de yer alan ve hayvan istismarına yol açan ancak suç teşkil etmeyen, cezalandırılmayan diğer fiilleri incelemek de hayvanlara olan bakış açısını göz önüne sermek açısından faydalı olacaktır. Nitekim eğer hayvanlar yenmek için kesiliyorsa, sergilenmek için ticarete konu ediliyorsa, doğal yaşam alanlarından koparılıp yaşamlarını güçleştirecek koşullar altında yaşamaya zorlanıyorsa, bu hayvanlara verilen zararlar suç olarak kabul edilmemektedir. Bu da hukukun ekonomik, sosyal, politik bazı çıkarları koruduğu ve bu çıkarların korunması adına hayvanları feda edilebilecek varlıklar olarak gördüğü anlamına gelmektedir.

Yeşil kriminolojinin getirdiği eleştirel perspektifle Türkiye’de hayvanlara karşı işlenen suçlar incelendiğinde ceza hukukunun tür adaletini sağlama noktasında yetersiz olduğu söylenebilecektir. Öte yandan hukukta değişim, çoğunlukla sancılı ve korkutucu olsa da hak mücadeleleri sonucu kat edilen

<sup>168</sup> Lostal, “De-objectifying Animals”, 609.

yol, bize hayvanların hukuki statüsünün de değişebileceğini ve böylelikle tür adaletinin sağlanabileceğini göstermektedir.

## KAYNAKÇA

- Agnew, Robert. "The Causes of Animal Abuse: A Social-Psychological Analysis". *Theoretical Criminology* 2, sy 2 (1998): 177-209.
- Aksoy Dursun, Sanem. *Eşya Kavramı*. İstanbul: On İki Levha, 2012.
- Arıkan, Engin. *Hayvan Hakları İnsan Hukuku*. Ekin Yayınevi, 2016.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Adalet, 2021.
- Artuk, Mehmet Emin. "Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (m. 181)." *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, sy. 1 (2012): 37-48.
- Baş, Eylem. "Hayvanın Kötü Muamelelere Karşı Ceza Hukuku Vasıtasıyla Korunması Halinde Mağdurun Tespiti." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, sy. 1 (2021): 1-16.
- Beirne, Piers. "For a Nonspeciesist Criminology: Animal Abuse as an Object of Study". *Criminology* 37, sy. 1 (1999): 117-148.
- Beirne, Piers. "Theriocide: Naming Animal Killing." *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy* 3, sy. 2 (2014): 49-66.
- Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Volume II*. London: Royal Exchange, 1823.
- Borrás, Susana. "New Transitions from Human Rights to the Environment to the Rights of Nature". *Transnational Environmental Law* 5, sy. 1 (2016): 113-143.
- Brandt, Edmund. *Studium der Umweltwissenschaften*. Berlin: Springer, 2001.
- Brisman, Avi ve Nigel South. "Green Criminology and Environmental Crimes and Harms". *Sociology Compass* 13, sy. 1 (2018): 1-12.
- Brisman, Avi ve Nigel South. "The Growth of a Field: A Short History of a 'Green' Criminology". *Routledge International Handbook of Green Criminology* içinde, derleyen Brisman, Avi ve Nigel South, 39-51. Abingdon: Routledge, 2012.
- Brudermüller, Gerd vd. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*. München: C.H.BECK, 2017.
- Buhl, Amelie C. "Animal Welfare Law in Motion? – Comment on the Latest Amendments to the Animal Welfare Act in Germany", *Global Journal of Animal Law* 1 (2013): 1-7.

- Carlen, Pat ve Leandro Ayres Franca, ed. *Alternative Criminologies*. London; New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2018.
- Carter, Neil. *The Politics of the Environment: Ideas, Activism, Policy*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Cazaux, Geertrui. "Beauty and the Beast: Animal Abuse from a Non-Speciesist Criminological Perspective". *Crime, Law and Social Change*, sy. 31 (1999): 105-125.
- Çebi, Sezgin Seymen. "Ekoloji, İdeoloji, Özneleşme ve Hukuk". *Doğu Batı Dergisi* 24, sy. 95 (Ocak 2020): 11-44.
- Çelebi, Özgün. "Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü." *İstanbul Hukuk Mecmuası* 76, sy. 2 (2018): 559-622.
- Çoban, Aykut. "Çevreciliğin İdeolojik Unsurlarının Eklemlenmesi". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, sy. 3 (2002): 3-30.
- Çoban, Aykut. "Ekosoykırım: Ekokırımıyla Soykırımın İç İç Geçmesi". *Sosyo Ekolojik Bir Toplum İçin Ne Yapmalı* içinde, der. Hakan Yurdanur, 239-274. Ankara: İmge, 2024.
- Çoban, Aykut. *Çevre Politikası: Ekolojik Sorunlar ve Kuram*. Ankara: İmge Yayınevi, 2020.
- De Lucia, Vito. "Beyond Anthropocentrism and Ecocentrism: A Biopolitical Reading of Environmental Law". *Journal of Human Rights and the Environment* 8, sy. 2 (2017): 181-202.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Dobson, Andrew. *Ekolojizm*. İstanbul: Yeni İnsan Yayınevi, 2016.
- Dönmez, Burcu. "Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar". *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8 (2013): 903-925.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku*. Filiz Kitabevi, 2020.
- Elvan, Selen Ö. "Karlsruhe'den Hayvan Kesilmesi İçin Yeşil Işık", (Çev: Kerem Öz), *Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü* 6. Ankara: Seçkin, 2014.
- Erman, Hasan. *Eşya Hukuku Dersleri*. İstanbul: Der, 2011.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış, 2016.
- Eryılmaz, Çağrı. "Yeşil Kriminoloji: Çevre Suçlarından Zarar Gören İnsanların, Diğer Canlıların ve Ekosistemlerin Sosyolojisi". *Sosyologca* 22 (2021): 117-131.
- Eşitli, Ezgi Aygün. "Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, sy. 2 (2012): 16-24.
- Gacek, James ve Richard Jochelson. "Animals as Something More Than Mere Property: Interweaving Green Criminology and Law". *Social Sciences* 9, sy. 7 (2020): 1-16.



- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. “Hırsızlık”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12, sy. 1-2 (2008): 773-796.
- Hakeri, Hakan. Ceza Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Adalet, 2022.
- Halsey, Mark ve Rob White. “Crime, Ecophilosophy and Environmental Harm”. *Theoretical Criminology* 2, sy. 3 (1998): 345-371.
- Heghmanns, Michael. *Strafrecht für alle Semester Besonderer Teil*. Belin: Springer, 2009.
- Jarrell, Melissa L., Michael J. Lynch ve Paul B. Stretesky. “Green Criminology and Green Victimization”. *The Routledge Handbook of International Crime and Justice Studies* içinde, derleyen Bruce A. Arrigo ve Heather Y. Bersot, 423-444. New York: Routledge, 2014.
- Katıman, Esra. *Uluslararası Hukuk Bireysel Başvuru Prosedürü İçinde Mağdur Statüsü*. On İki Levha Yayınları, 2016.
- Katoğlu, Tuğrul. “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, sy.2 (2012): 657-693.
- Katoğlu, Tuğrul. “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar”. *Mülkiye Dergisi* 29, sy. 246 (2005): 133-157.
- Kayaer, Nebahat. “Atık ve Artıklarla Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181/1)”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, sy. 1 (2019): 139-203.
- Kempers, Eva Bernet. “Animal Dignity and the Law: Potential, Problems and Possible Implications.” *Liverpool Law Review* 41, sy. 2 (2020): 173-199.
- Kılıçarslan, Seda Kara. “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 2, (2019): 363-389.
- Kotzé, Louis J. ve Duncan French. “The Anthropocentric Ontology of International Environmental Law and the Sustainable Development Goals: Towards an Ecocentric Rule of Law in the Anthropocene”. *Global Journal of Comparative Law* 7 (2018): 5-36.
- Köybaşı, Serkan. “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan – II”. *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, sy. 14 (2018): 357-422.
- Köybaşı, Serkan. “Yeni Bir Anayasal Hak Öznesi Olarak Hayvan I”. *Anayasa Hukuku Dergisi* 7, sy. 13 (2018): 103-156.
- Krstić, Novak. “Animal Protection From Killing and Abuse in the European and Serbian Criminal Law.” *Law and Politics* 10 (2012): 43–61.

- Laitos, Jan G. Ve Lauren Joseph Wolongevicz. “Why Environmental Laws Fail”. *William & Mary Environmental Law and Policy Review* 39, sy. 1 (2014-2015): 1-51.
- Lostal, Morina. “De-objectifying Animals.” *Journal of International Criminal Justice* 19, sy. 3 (2021): 583-610.
- Lucia, Vito de. “Beyond Anthropocentrism and Ecocentrism: A Biopolitical Reading of Environmental Law”. *Journal of Human Rights and the Environment* 8, sy.2 (2017): 181-202.
- Lundmark, Frida vd. “Intentions and Values in Animal Welfare Legislation and Standards”, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics* 27 (2014): 991-1017.
- Lynch, Michael J. “Reflections on Green Criminology and Its Boundaries: Comparing Environmental and Criminal Victimization and Considering Crime from an Eco-City Perspective”, *Routledge International Handbook of Green Criminology*, ed. Nigel South ve Avi Brisman, 43-57. New York: Routledge, 2013.
- Lynch, Michael J. “The Greening of Criminology: A Perspective on the 1990s”. *Critical Criminology* 2, sy. 3 (1990): 3-12.
- Lynch, Michael J., Michael A. Long ve Paul B. Stretesky. *Green Criminology and Green Theories of Justice: An Introduction to a Political Economic View of Eco-Justice*. Cham: Springer International Publishing, 2019.
- Lynch, Michael J., Michael A. Long, Paul B. Stretesky ve Kimberly L. Barrett. “Environmental Justice and Green Criminology”. *Green Criminology: Crime, Justice, and the Environment* içinde, derleyen Michael J. Lynch, Michael A. Long, Paul B. Stretesky ve Kimberly L. Barrett, 189-206. University of California Press, 2017.
- Mol, Hanneke. “A Gift from the Tropics to the World: Power, Harm, and Palm Oil”. *Emerging Issues in Green Criminology: Exploring Power, Justice and Harm* içinde, derleyen Reece Walters, Diane Solomon Westerhuis ve Tanya Wyatt, 242-260. New York: Palgrave Macmillan, 2013.
- Mol, Hanneke. *The Politics of Palm Oil Harm: A Green Criminological Perspective*. Palgrave Macmillan, 2017.
- Nal, Sabahattin. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, sy. 2 (2007): 145-184.
- Natross, Kate M. “‘...Und Die Tiere’ Constitutional Protection For Germany’s Animals.” *Animal Law* 10 (2004): 283-312.

- Nomer, Haluk Nami, Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Nurse, Angus. *Animal Harm: Perspectives on Why People Harm and Kill Animals* Routledge, 2016.
- O'Neill, John. *Ecology, Policy and Politics*. London: Routledge, 1993.
- Otaç, Cengiz. “Çevrenin Kasten Kirletilmesi ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararlarında Belirlenen İlkeler”. *Ankara Barosu Dergisi*, sy. 1 (2015): 279-327.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: Filiz, 1992.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Özen, Mustafa. “Çevreye Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 181, 182)”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, sy. 1 (2010): 9-43.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)*. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi. Ankara: Seçkin, 2019.
- Özlüer, Fevzi, Ilgın Özkaya Özlüer, Tolga Şirin ve Nazım-Sinan Odabaşı, ed. *Bolivya Anayasası: Hukuk, Demokrasi, Özerklik*. Ankara: Phoenix Yayınları, 2013.
- Pleshakov, Alexander M., Gennadiy S. Shkabin. “Animals As Crime Victims.” *Revista Género e Interdisciplinaridade* 1, sy. 1 (2020): 419-428.
- Redgwell, Catherine. “Life, the Universe and Everything: A Critique of Anthropocentric Rights”. *Human Rights Approaches to Environmental Protection* içinde, derleyen Alan E. Boyle ve Michael R. Anderson, 71-87. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- Regan, Tom. *Kafesler Boşalsın: Hayvan Haklarıyla Yüzleşmek*. Çeviren Serpil Çağlayan. İstanbul: İletişim, 2007.
- Ritchie, Hannah. “Meat and Dairy Production”. Our World in Data, 25 Ağustos 2015. <https://ourworldindata.org/meat-production> (Erişim Tarihi 15 Aralık 2022).
- Schöndorf, Erich. “Das Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität — Bodenverunreinigung als neuer Straftatbestand, Schwachstellen und Bewährung in der Praxis”, *Bodenschutz und Umgang mit kontaminierten Böden* içinde, derleyen Herbert Pfaff-Schley, 131-134. Berlin: Springer, 1996.
- Singer, Peter. *Hayvan Özgürleşmesi*. Çeviren Hayrullah Doğan. İstanbul: Ayrıntı, 2005.

- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Skinnider, Eileen. "Victims of Environmental Crime – Mapping the Issues". The International Centre for Criminal Law, Reform and Criminal Justice Policy, 2011.
- Smith, David. "'Cruelty of the Worst Kind': Religious Slaughter, Xenophobia, and the German Greens." *Central European History* 40, sy. 1 (2007): 89–115
- Sollund, Ragnhild. "Animal Abuse, Animal Rights and Species Justice". American Society of Criminology, 69th Annual Meeting, Atlanta, 2013.
- South, Nigel. "Green Criminology, Environmental Crime Prevention and the Gaps between Law, Legitimacy and Justice". *Revija za kriminalistiko in kriminologijo* 65, sy. 4 (2014): 373-381.
- Sumner, Leonard Wayne. "Animal Welfare and Animal Rights". *Journal of Medicine and Philosophy* 13, sy. 2 (1988): 159-175.
- Sungurbey, İsmet. *Hayvan Hakları-Bir İnsanlık Kitabı*. İ. Ü. Basımevi ve Film Merkezi, 1992.
- Şirin, Tolga Şirin. "Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16, sy. 3-4 (2010): 85-168.
- Talas, Serdar. "Türk Ceza Kanunu'nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları.", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 71, sy. 1 (2013): 1147-1157.
- Talas, Serdar. "Türk Ceza Kanunu'nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları.", *Journal of Istanbul University Law Faculty* 71, sy. 1 (2013): 1147-1157.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Tuhr, Andreas. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Allgemeine Lehren und Personenrecht*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1919.
- Uyar, Büşra. *İnsan Haklarına Ekolojik Yaklaşım Çerçevesinde İklim Mülteciliği*. Ankara: Turhan Yayınevi, 2021.
- Ünver, Yener, Ayşe Nuhuğlu. *Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku*. İstanbul: Beta, 1999.
- Üzülmez, İlhan, Mahmut Koca. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2021.

- Verniers, Elien. “The Impact of Including Animals in the Constitution – Lessons Learned From the German Animal Welfare State Objective.” *Global Journal of Animal Law* 8 (2020): 1-24.
- Vink, Janneke. *The Open Society and Its Animals (The Palgrave Macmillan Ethics Series)*. London: Palgrave Macmillan, 2020.
- White, Rob. “Critical Green Criminology”. *Routledge Handbook of Critical Criminology* içinde, ed. Walter S. DeKeseredy ve Molly Dragiewicz, 120-132. Londra: Routledge, 2018.
- White, Rob. “The Conceptual Contours of Green Criminology”. *Emerging Issues in Green Criminology: Exploring Power, Justice and Harm* içinde, derleyen Reece Walters, Diane Solomon Westerhuis ve Tanya Wyatt, 17-33. Palgrave Macmillan, 2013.
- White, Rob. *Environmental Harm: An Eco-Justice Perspective*. Bristol: Policy Press, 2013.
- Wieling, Hans Josef. *Sachenrecht Band 1 Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft)*. Berlin: Springer, 2006.
- Yenisey, Feridun, Gottfried Glagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafsesetzbuch (StGB)*. İstanbul: Beta, 2015.
- Yılmaz Turgut, Nükhet. *Çevre Politikası ve Hukuku*. 3. Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.
- Yiğit, Ali, Gökhan Aslım, Aşkın Yaşar. “Türkiye’de Festival Unsuru Olarak Hayvan: Etik ve Hayvanları Koruma Mevzuatı Açısından Bir Değerlendirme.” *Türkiye Biyoetik Derneği* 16 (2012): 85-92.
- Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2018.



# **H AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADINDA ÇOCUKLARIN İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELEDEN KORUNMASI**

*(PROTECTION OF CHILDREN FROM TORTURE AND ILL-  
TREATMENT IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT  
OF HUMAN RIGHTS)*

**Dr. Öğr. Üyesi Esra YILMAZ EREN \* \*\***

## **ÖZET**

*Çocuklar hassas ve savunmasız olmaları nedeniyle özel koruma ve yardıma ihtiyaç duymaktadırlar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de ulusal üstü pek çok sistem gibi işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya karşı çocuklara özel koruma sağlamaktadır.*

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olan Devletler yetki alanları içindeki kişilerin, sadece devlet yetkilileri değil bireyler de dahil olmak üzere herhangi biri tarafından işkence veya kötü muameleyle maruz kalmalarını engellemekle yükümlüdürler. İşkence ve diğer kötü muamelelerin sonuçları çocuklar söz konusu olduğunda daha da ciddi hale gelmektedir. Bu nedenle AİHM içtihadı uyarınca devletlerin gerekli iç mevzuatın oluşturulması, önleyici tedbirlerin uygulanması ve ayrıca etkili soruşturmaların gerçekleştirilmesi ile hem maddi hem de usuli unsurlar barındıran bu yükümlülüklerle uygun hareket etmesi çocukların korunması için büyük öneme sahiptir.*

*Bu çalışma kapsamında ilk bölümde AİHM'in madde 3 işkence ve kötü muamele yasağı içtihadına ilişkin genel bilgiler verilecektir. İkinci bölümde AİHM'in madde 3 kapsamında çocuklara sağladığı koruma; bedensel*

---

<sup>H</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.04.2024. İlk hakem raporu tarihi: 03.05.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 12.06.2024. Onaylanma Tarihi: 14.06.2024.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5422-9247.

**Esere Atıf Şekli:** Esra Yılmaz Eren, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Çocukların İşkence ve Kötü Muameleden Korunması", YÜHFD, C.XXI, 2024/2, s. 217-256.

cezalara karşı koruma, gözaltı, ceza infaz kurumları ve bakım merkezlerinde bulunan çocukların korunması, aile içi şiddetten korunma, yabancı çocukların korunması ve cinsel istismardan korunma olmak üzere beş başlık altında ele alınacaktır. Çalışmada içtihat bakımından özellik arz eden nitelikteki kararlar seçilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** işkence ve kötü muamele yasağı, çocukların korunması, aile içi şiddet, çocuk göçmenler, bedensel ceza, cinsel istismar.

### **ABSTRACT**

*Children need special protection and assistance due to their fragile and vulnerable nature. The European Court of Human Rights (ECtHR), like many supranational systems, provides special protection for children against torture, inhuman or degrading treatment or punishment under Article 3.*

*States parties to the European Convention on Human Rights (ECHR) are obliged to prevent individuals within their jurisdiction from being subjected to torture or ill-treatment by anyone, including not only public authorities but also individuals. The prohibition of torture and ill-treatment under the ECHR imposes two different obligations on States: substantive and procedural. The consequences of torture and other forms of ill-treatment are even more acute in the case of children. Therefore, in accordance with the case law of the ECtHR, it is of great importance for the protection of children that states act in accordance with these obligations, establish the necessary domestic legislation, implement preventive measures and also carry out effective investigations.*

*Within the scope of this study, the first section will provide general information on the case law of the ECtHR on Article 3 prohibition of torture and ill-treatment. In the second part, the protection provided by the ECtHR to children within the scope of Article 3 will be discussed under five headings: protection against corporal punishment, protection of children in detention, prisons and care centers, protection from domestic violence, protection of foreign children and protection from sexual abuse. ECtHR judgements that are characteristic in terms of jurisprudence have been selected for the study.*

**Keywords:** prohibition of torture and ill treatment, protection of children, domestic violence, child migrants, corporal punishment, sexual abuse.



## I. GİRİŞ

Vücut bütünlüğüne ve insan onuruna yönelik müdahalelerin en ağırlarından biri olan işkence yasağı başta Birleşmiş Milletler İşkence veya Diğer Zalimane, Gayrı İnsani ve Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme (İşkenceye Karşı Sözleşme) olmak üzere hem uluslararası hem de bölgesel pek çok metinde düzenlenmiştir.<sup>1</sup> İşkencenin uluslararası insan hakları hukukundaki en geniş tanımı İşkenceye Karşı Sözleşme’de yer almaktadır.

*“İşkence bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak aşırı acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir.”<sup>2</sup>*

İşkence yasağı aynı zamanda sözleşmeleri aşan nitelikte *jus cogens* olarak kabul edilmektedir.<sup>3</sup> İnsan yaşamı, insan onuru ve vücut bütünlüğünün korunması amacıyla uluslararası insan hakları hukuku metinlerinde devletlere hem negatif hem de pozitif yükümlülükler tanımlanmıştır.<sup>4</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) de kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü korumak amacıyla 3. maddesinde *“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz”* şeklinde işkence yasağını düzenlemiştir. Sınırlanamayacak ve askıya alınamayacak (madde 15) şekilde

<sup>1</sup> 1948 Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, UNGA Res 2200 A (XXI), 16.12.1966, madde 5, 1948 tarihli İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, UNGA Res. 39/46, 10.12.1984, R.G. 19799-29.4.1988; 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, madde 7; 1987 tarihli İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Antlaşmaları Serisi (ETS)- No. 126. 1 (ETS No. 151) ve 2 (ETS No. 152), R.G. 19738-27.2.1988.

<sup>2</sup> Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme, madde 1.

<sup>3</sup> *Al-Adsani/Birleşik Krallık*, 35763/97, 21.11.2001, §§ 60-61. David Weissbrodt, Cheryl Heilman, “Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment”, *Law & Inequality*, Sayı: 29, 2011, 343-394, s. 361.

<sup>4</sup> Alastair R. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2004.

mutlak bir hak olarak düzenlenen bu madde kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) işkence, insanlık dışı muamele ve aşağılayıcı/onur kırıcı davranış/kötü muamele şeklinde üç farklı kategorideki eylemi yasaklamaktadır.<sup>5</sup> Mahkeme içtihadına bakıldığında bu madde kapsamında çok geniş bir koruma çerçevesi oluşturulduğu görülmektedir. Mahkeme bir müdahalenin madde 3'ü ihlal edip etmediğini objektif ve sübjektif testlerle değerlendirmektedir. Ayrıca 3. madde hem maddi içerik unsurlarını hem de işkence iddialarının etkili biçimde soruşturulması gibi usuli yükümlülükleri içermektedir. AİHM, somut davadaki unsurlar ve mağdurun öznel şartları yanında eylemin ağırlığını da dikkate alarak dinamik bir yorumla fiilin hangi kategoriye dahil olduğunu belirlemektedir.<sup>6</sup> İşkence yasağı devletlere bireylerin bu türden fiillere maruz kalmalarını önleyici tedbirler alma, etkili ve caydırıcı mevzuat çerçevesi oluşturma ve uygulama yükümlülüğü yüklemektedir. Bu tedbirlere rağmen ihlalin gerçekleştiği hallerde de devletlerin etkili, tarafsız ve bağımsız bir soruşturma yürüterek usuli yükümlülüklerini yerine getirmeleri beklenmektedir.<sup>7</sup>

## I. Genel Olarak İşkence ve Kötü Muamele Yasağı

### A. AİHS İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Düzenlemesinin Kapsamı

AİHS, 3. maddesinde işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele veya cezanın yasaklandığını belirtir. Madde 15'e göre, bu, vazgeçilemez bir haktır ve yaşam hakkıyla birlikte (madde 2) işkenceden korunmak demokratik bir toplumun en temel dayanağını oluşturmaktadır. AİHM işkence kavramını “*çok ciddi ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamele*” olarak tanımlamakta<sup>8</sup> ve bazı kararlarında da BM İşkenceye Karşı Sözleşme tanımına atıfta bulunmaktadır.<sup>9</sup> Bu tanım ışığında bir fiilin işkence olarak kabul edilebilmesi için,

<sup>5</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında AİHS (m.3/İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006, s. 8; Ömer Anayurt, “AİHM İçtihatlarında İşkence Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1, 2008, 421-460, s. 422.

<sup>6</sup> Anayurt, s. 430.

<sup>7</sup> Osman Doğru, *AİHS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Mart 2006, s. 12; Murat Önok, *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Kasım 2006, s. 164.

<sup>8</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.1.1978 § 167.

<sup>9</sup> “İşkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)

- Şiddetli fiziksel veya ruhsal acı veya eziyet uygulanması;
- Fiilin bilgi almak, cezalandırmak, sindirmek veya ayrımcılık amaçlarına yönelik olarak kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanması
- Bir kamu görevlisi tarafından veya onun bilgisi dahilinde uygulanması şeklinde unsurların varlığı aranmaktadır.<sup>10</sup>

Bir fiilin kaba, sert ya da insanı yaralayıcı olması o fiilin mutlaka madde 3 kapsamında ihlal oluşturmasını gerektirmemektedir. AİHM, kötü muamelenin bu madde kapsamında korunabilmesi için belli bir asgari şiddet düzeyine ulaşması gerektiğini (*de minimis* kuralı) belirtmektedir.<sup>11</sup> Bu eşğin belirlenmesi, somut olayın şartlarına göre farklılık gösterebilecektir. Maruz kalınan muamelenin niteliği ve bağlamı, icrasının şekli ve yöntemi, süresi, kişideki fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı, sağlık durumu gibi özel koşulları bu belirlemede dikkate alınmaktadır.<sup>12</sup> Madde metnine bakıldığında “işkençe”, “insanlık dışı muamele”, “aşağılayıcı (onur kırıcı-kötü) muamele”, “insanlık dışı ceza” ve “aşağılayıcı ceza” şeklinde kavramlar üzerinden düzenleme yapıldığı görülmektedir. Mahkeme bu kavramlar arasındaki ayırımın mağdur tarafından duyulan acıdan kaynaklandığına dikkat çekmektedir.<sup>13</sup> Dolayısıyla eylemin niteliği belirlenirken failin fiilinden çok söz konusu fiilin mağdurda oluşturduğu acı ve ıstırap dikkate alınmaktadır.<sup>14</sup> Mahkeme içtihadına göre ağır darp<sup>15</sup>, falaka<sup>16</sup>, Filistin askısı<sup>17</sup>, tecavüz<sup>18</sup>,

---

*elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir.” Akkoç/Türkiye, 22947/93-22948/93, 10.10.2000, § 115; Salman/Türkiye, 21986/93, 27.6.2000, § 114.*

<sup>10</sup> Nigel S. Rodley, “The Definition(s) of Torture in International Law”, *Current Legal Problems*, Sayı 55, 2002, 467-493, s. 493; Aisling Reidy, *İşkencenin Yasaklanması: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları, No.6, Avrupa Konseyi, 2002.

<sup>11</sup> *Cruz Varas ve Diğerleri/İsveç*, 15576/89, 20.3.1991, § 83; *Kudla/Poland*, 30210/96, 26.10.2000, § 91.

<sup>12</sup> *Kudla/Poland*, § 91. Bu belirlemelerin ilk yapıldığı karar için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 162.

<sup>13</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 167.

<sup>14</sup> Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2012, s. 136.

<sup>15</sup> *The Greek Case*, European Commission on Human Rights, Yearbook, Cilt: 12, 5.11.1969.

<sup>16</sup> *ibid*

<sup>17</sup> *Aksoy/Türkiye*, 21987/93, 18.12.1996.

<sup>18</sup> *Aydın/Türkiye*, 23178/94, 25.9.1997 [GC]; *Maslova ve Nalbandov/Rusya*, 839/02, 24.1.2008.

açlık grevindeki mahkumun zorla beslenmesi<sup>19</sup>, sıkı bir rejime tabi hücre hapsi<sup>20</sup>, elektrik şoku verilmesi<sup>21</sup>, zihinsel ıstırap<sup>22</sup> ve bazı hallerde işkence tehdidi de işkence olarak kabul edilmektedir.<sup>23</sup>

Öte yandan insanlık dışı muamele ise asgari bir şiddet seviyesine ulaşan özellikle vücuda zarar verilen ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ıstırap yaratan fiiller olarak tanımlanmaktadır.<sup>24</sup> İşkencenin aksine insanlık dışı muamele için ıstırap verme kastı ve bir amaç doğrultusunda icra edilme şartları aranmaz. İşkence ile insan dışı muamele arasındaki en temel ayrımı acının şiddeti teşkil etmektedir. Bu bağlamda ateşli silah yaralanmasından<sup>25</sup>, çenenin kırılmasından<sup>26</sup>, yüzdeki yaralanmalardan<sup>27</sup>, ampüte edilmiş bir bacadan<sup>28</sup> kaynaklanan acılar Mahkeme tarafından insanlık dışı muamele olarak kabul edilmiştir. Ayrıca Mahkeme, polis veya diğer devlet görevlilerinin güç kullanımı<sup>29</sup>, psikolojik sorgu tekniklerinin kullanımı<sup>30</sup>, tutulma koşulları ve tutulanlara yönelik muamele<sup>31</sup>, suçluların iade edilmesi

<sup>19</sup> *Nevmerzhitsky/Ukrayna*, 54825/00, 5.4.2005.

<sup>20</sup> *Ilaşcu ve Diğerleri/Moldovya ve Rusya*, 48787/99, 08.07.2004.

<sup>21</sup> *Mikheyev/Rusya*, 77617/1, 26.1.2006.

<sup>22</sup> *İrlanda/Birleşik Krallık (zımnen); Tyrer/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.4.1978; *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, 7511/76, 7743/76, 25.2.1982; *Soering/Birleşik Krallık*, 14038/88, 7.7.1989.

<sup>23</sup> *Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 1.6.2010.

<sup>24</sup> David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley (çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Güncelleştirilmiş Dördüncü Bası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2021, s. 229.

<sup>25</sup> *Necdet Bulut/Türkiye*, 77092/01, 20.11.2007.

<sup>26</sup> *Rehbock/Slovenya*, 29462/95, 20.05.1998.

<sup>27</sup> *Mrozowski/Polonya*, 9258/04, 12.5.2009, Final 12.8.2009; *Afanasyev/Ukrayna*, 38722/02, 5.4.2005.

<sup>28</sup> *Sambor/Polonya*, 15579/05, 1.2.2011.

<sup>29</sup> Örn bkz. *Tomasi/Fransa*, 12850/87, 27.8.1992; *Selmouni/Fransa*, 25803/94, 28.7.1999; *Rehbock/Slovenya*, 29462/95, 20.05.1998; *Najaftli/Azerbaycan*, 2594/07, 2.10.2012.

<sup>30</sup> Duvara dayalı durdurma, başa torba geçirme, gürültüye maruz bırakma, uykusuz bırakma, yiyecek ve içecekten yoksun bırakma şeklinde beş tekniğin bir arada, önceden tasarlanarak ve saatler boyunca uygulanması sonucu oluşan ruhsal etki. *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 167.

<sup>31</sup> Mahkeme bazı hallerde bu başlığı insanlık dışı muamele (*Mader v. Hırvatistan*, 56185/07, 21.6.2011, Final 21.9.2011.2011) bazı hallerde ise aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmektedir. Bkz. Harris, O'Boyle & Warbrick, s. 246.

ve sınır dışı işlemleri<sup>32</sup>, olağan üstü iadeler<sup>33</sup>, kayıp kişiler<sup>34</sup>, kadın sünneti<sup>35</sup> hususlarını da içtihadında insanlık dışı muamele kapsamında değerlendirmektedir.<sup>36</sup>

Madde 3 kapsamında korunan bir başka kategori de Mahkeme tarafından kişinin onurunu ortadan kaldıracı ya da azaltıcı şekilde küçük düşüren ve alçaltan ya da kişide, manevi ve fiziksel direncini kırarak şekilde korku, ıstırap veya aşağılık duygusu yaratan muameleler olarak tanımlanan aşağılayıcı veya kötü muameledir.<sup>37</sup> Tutulma koşulları ve tutulanlara yönelik muamele<sup>38</sup>, ayrımcılık<sup>39</sup> içeren muameleler mahkeme tarafından bu kapsamda değerlendirilerek madde 3 ihlaline hükmedilmiştir.

İşkence yasağı kapsamında korunan son kategori aşağılayıcı ya da kötü muamele ile aynı anlamda tanımlanan fiilin ceza olarak uygulanması halidir. Mahkeme, devlet adına uygulanan kurumsallaşmış şiddeti bu kategori bağlamında ihlal olarak değerlendirmektedir.<sup>40</sup> Bir cezanın aşağılayıcı veya insanlık dışı olması arasındaki fark mağdurun yaşadığı ıstırapın yoğunluğundan kaynaklanmaktadır.<sup>41</sup> Mahkemenin diğerlerine nispeten daha az içtihadının bulunduğu insanlık dışı veya aşağılayıcı ceza kapsamında

<sup>32</sup> *Soering/Birleşik Krallık*, 14038/88, 7.7.1989; *Aswat/Birleşik Krallık*, 17299/12, 16.4.2013; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, 30696/09, 21.01.2011; *D./Birleşik Krallık*, 30240/96, 2.5.1997; *Poposhvili/Belçika*, 41738/10, 13.12.2016; *Chalal/Birleşik Krallık*, 22414/93, 15.11.1996.

<sup>33</sup> *El Masri/Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti*, 39630/09, 13.12.2012.

<sup>34</sup> *Çakıcı/Türkiye*, 23657/94, 8.7.1999; *Kurt/Türkiye*, 15/97/799/1002, 25.5.1998; *Khadzhaliyev ve Diğerleri/Rusya*, 3013/04, 6.11.2008.

<sup>35</sup> *Collins ve Akaziebie/İsveç*, 23944/05, 8.3.2007.

<sup>36</sup> Çalışmanın kapsamı dışında olan bu hususlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Harris, O'Boyle & Warbrick, s. 230-243; Doğru, Nalbant, s. 139 vd.

<sup>37</sup> Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 20; Anayurt, s. 430.

<sup>38</sup> *Khlaifia ve Diğerleri/İtalya*, 16483/12, 15.12.2016; *Kalashnikov/Rusya*, 47095/99, 15.7.2002; *Modârca/Moldova*, 14437/05, 10.5.2007, Final 10.8.2007; *Tekin/Türkiye*, 26794/10, 52/1997/836/1042, 9.7.1998; *Muršić/Hırvatistan*, 7334/13, 12.3.2015.

<sup>39</sup> *Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık*, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.5.1985; *Moldovan ve Diğerleri/Romanya* (No 2), 41138/98; 64320/01, 12.7. 2005, Final 30.11.2005; *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, 33985/96; 33986/96, 27.9.1999, Final 27.12.1999.

<sup>40</sup> *Tyrer/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.4.1978; *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, 13134/87, 25.3.1993; *A./Birleşik Krallık*, 25599/94, 23.9.1998.

<sup>41</sup> Çalışma kapsamında işkence yasağına ilişkin genel bilgiler verilecek ve çocuklara yönelik işkence ve kötü muamele yasağına odaklanılacaktır. İşkence yasağı hakkında detaylı bilgi için bkz. Doğru, Nalbant, s. 125-316; Harris, O'Boyle & Warbrick, s. 223-265; Oya Boyar, "İşkence ve Kötü Muamele", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (ed. Sibel İnceoğlu), Ankara 2013, 137-157.

eziyet veren fiil bir ceza niteliğinde ise Mahkeme genellikle ilgili muameleyi hem insanlık dışı muamele hem de insanlık dışı ceza olarak nitelemektedir.<sup>42</sup>

## B. AİHS İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Koruma Yükümlülüğü

AİHS madde 3 kapsamında kişilerin vücut bütünlüğü ve onurlarının korunması mutlak bir hak olarak düzenlenmektedir. Devletlerin AİHS'in 3. maddesi kapsamındaki yükümlülükleri de kesin çizgilerle belirlenmiş ve AİHM, devletlerin yükümlülüklerini madde 3'ün maddi ve usuli yönlerinden kaynaklanan yükümlülükler olmak üzere ikiye ayırmaktadır.<sup>43</sup> Devletin işkence ve kötü muamele yapmama yükümlülüğü maddi nitelikte negatif bir yükümlülüktür. Ayrıca işkence yasağı, taraf devletlere belirli pozitif yükümlülükler de getirmektedir. Devlet, işkence yapmamasının yanı sıra bireyleri işkence ve kötü muameleye karşı da korumalıdır. Madde 3 düzenlemesinin madde 1 ile birlikte yorumlanması bu koruma yükümlülüğünün hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Bu yükümlülüklerin ilk aşaması, devlet görevlileri ya da diğer kişilerin kötü muamele teşkil eden fillerini önlemeyi amaçlayan yeterli koruma sağlayacak bir yasal çerçeve oluşturmayı ve önleyici tedbirler almayı içermektedir.<sup>44</sup> Yükümlülüklerin ikinci aşamasını ise meydana gelen ihlallerin faillerinin belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına elverişli, etkili ve detaylı bir soruşturma yapılmasını gerektirmektedir.<sup>45</sup> Usule ilişkin bu yükümlülük, faillerin soruşturulması ve

<sup>42</sup> *Vinter ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10 ve 3896/10, 9.7.2013; *Jabari/Türkiye*, 40035/98, 11.7.2000. *Chember/Rusya* davası (7188/03, 3.7.2008, Final 1.12.2008) bir muamelenin insanlık dışı dava olarak nitelendirildiği tek davadır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Harris, O'Boyle & Warbrick, s. 243-245.

<sup>43</sup> Bkz. *X. ve Diğerleri/Bulgaristan*, 22457/16, 02.02.2021, §§ 178-192.

<sup>44</sup> *Beganović/Hırvatistan*, 46423/06, 25.06.2009, § 71; *Mahmut Kaya/Türkiye*, 22535/93, 28.3.2000, § 115; *M.C./Bulgaristan*, 39272/98, 4.12.2003, § 153; *A./Birleşik Krallık*, § 22; *Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 29392/95, 10.5.2001 § 73-75; *E. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 33218/96, 26.11.2002, Final 15.01.2003 § 88; *M.C./Bulgaristan*, § 148.

<sup>45</sup> *Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 1.6.2010, § 117. Etkili biçimde soruşturma yükümlülüğü için bkz. Gizem Dursun, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 105 vd. İşkence teknikleri bağlamında *Gäfgen* kararını da içeren bir analiz için bkz. Berke Özenç, "Saatli Bomba Senaryosu ve Geliştirilmiş Sorgu Teknikleri: İşkence Yasağının Mutlak Niteliği Işığında Bir Değerlendirme", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, 2020, 201-215.

cezalandırılmasının yanında mağdur için tazminata hükmedebilecek etkili, yeterli ve erişilebilir hukuk yolunun varlığını da gerekli kılmaktadır.<sup>46</sup>

Maddi yükümlülükler, genellikle işkence riskinin ortaya çıkmasını önlemek için uygulanırken, usuli yükümlülükler ise işkence ve kötü muamele meydana geldikten sonra devreye girmekte ve işkence ve kötü muamele iddialarının etkili bir şekilde soruşturulmasını gerektirmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, işkence ve kötü muamelenin etkin şekilde soruşturulması ve belgelendirilmesine ilişkin ilkeler İstanbul Protokolü ile belirlenmiştir.<sup>47</sup> AİHM de içtihadında bu belgede belirlenen ilkelere atf yapmaktadır.<sup>48</sup> İstanbul Protokolü'ne göre devletlerin işkence veya diğer kötü muamelelerin etkin soruşturulması ve belgelendirilmesi ve bağımsız, tarafsız ve etkin soruşturma yapma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kapsamda etkin soruşturma ve belgelendirmenin olayların açıklığa kavuşturulması ve işkence olayına karışan bireylerin ve devletlerin sorumluluğunun saptanması ve kabul edilmesi; olayın tekrarlanmasını engellemek için gerekli önlemlerin belirlenmesi; soruşturma sonucunda sorumlu olduğu düşünülen kişilerin yargılamalarının yapılması ve mağdurlara yönelik giderimin sağlanması olmak üzere üç amacı bulunmaktadır.<sup>49</sup>

## II. AİHS Kapsamında Çocukların İşkence ve Kötü Muameleden Korunması

İşkence ve kötü muamele yasağı koruduğu değerlerin önemi nedeniyle, her bireyin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleden veya cezalandırmadan korunmasını garanti eden mutlak ve vazgeçilemez bir haktır. Bu koruma, özellikle korunmasız durumda olan çocuklar açısından daha da önemli hale gelmektedir.

<sup>46</sup> *Gäfgen/Almanya*, § 127.

<sup>47</sup> UNGA Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Third Committee (A/55/602/Add.1)] 55/89. Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Annex Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, p. 5-7, 22 February 2001.

<sup>48</sup> *Batı ve Diğerleri/Türkiye*, 33097/96; 57834/00, 3.6.2006; *Soner ve Diğerleri/Türkiye*, 40986/98, 27.04.2006; *Mehmet Emin Yüksel/Türkiye*, 40154/98, 20.7.2004. Konuya ilişkin bilgi ve örnek mahkeme kararları için bkz. *Mehmet Semih Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 3/İşkence Yasağı Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006, s. 375-393.

<sup>49</sup> İstanbul Protokolü, § 1. İstanbul Protokolüne ilişkin detaylı bilgi için bkz. İlyas Doğan, Mehmet Kaya, *İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, Mayıs 2010, s. 117 vd.

AİHS, “çocuk” kavramını tanımlamadığı gibi sözleşme metninde çocuk kavramına da yer vermemektedir. Öte yandan, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (ÇHS) çocuğu “on sekiz yaşından küçük olan herkes” olarak tanımlamaktadır.<sup>50</sup> Çocuklar savunmasız, hassas yapıda oldukları ve kendilerini de koruyamayacakları için özel koruma ve yardıma ihtiyaç duymaktadırlar.<sup>51</sup> Bu nedenle, çocuklar uluslararası insan hakları hukukunda özel korumadan faydalanmaktadırlar. Bu korumayı sağlamak amacıyla ÇHS, 3. maddesinde “çocuğun üstün yararı” kavramına yer vermektedir. Çocuğun üstün yararı kavramı ÇHS’nin genel bir kuralı olarak çocuğun çıkarının üstün karakterini güvence altına almaktadır. Böylece çocukları ilgilendiren tüm eylemlerde çocuğun çıkarlarının öncelikli olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>52</sup>

AİHS özellikle çocukların korunmasını düzenlemiyor olsa da Sözleşme’de düzenlenen pek çok hakkın doğrudan çocuklar bakımından uygulanabilir olduğu açıktır. 3. madde, hiç kimsenin işkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezalandırmaya tabi tutulmamasını düzenlemektedir. Dolayısıyla bu hüküm, statülerinden bağımsız olarak herkes için ve elbette çocuklar için de koruma sağlamaktadır. Ayrıca çocuğun üstün yararı kavramına Mahkeme de kararlarında yer vermektedir.<sup>53</sup>

AİHM pek çok davada madde 3 kapsamında çocukların korunması konusunu ele almıştır. Bu çalışma kapsamında, Mahkemenin madde 3 kapsamında çocukların korunmasına yönelik içtihadı; bedensel cezalara karşı korunma, gözetim, ceza infaz kurumları ve bakım merkezlerinde bulunan çocukların korunması, aile içi şiddetten korunma, yabancı çocukların korunması ve cinsel istismardan korunma başlıkları altında ele alınacaktır.

<sup>50</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, R.G. 22184, 27.1.1995. Madde 1: “*Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.*”

<sup>51</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Önsöz.

<sup>52</sup> ÇHS, mad. 3(1). “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*”

<sup>53</sup> X./Litvanya, 27853/09, 26.11.2013, § 100; Krisztián Barnabás Tóth/Macaristan, 48494/06, 12.02.2013, § 32; Görgülü/Almanya, 74969/01, 26.02.2004, § 41.



## 1. Çocukların Bedensel Cezadan Korunması

BM Çocuk Hakları Komitesi “bedene yönelik” veya “fiziksel” cezalandırmayı, “fiziksel bir gücün kullanıldığı ve ne kadar hafif olursa olsun çocuğa acı verme veya çocukta rahatsızlık yaratma amacını taşıyan her tür ceza” biçiminde tanımlamaktadır.<sup>54</sup>

Çocuklara yönelik bedensel ceza hususunu AIHM ilk kez 1978 tarihli *Tyrrer/Birleşik Krallık* davasında ele almıştır.<sup>55</sup> Davaya konu olayda on beş yaşındaki genç, fiziksel saldırı nedeniyle Man Adasındaki Çocuk Mahkemesi tarafından iç hukuk mevzuatına uygun biçimde üç sopa darbesine mahkum edilmiştir.<sup>56</sup> Ceza, iki memurun çocuğu tutması ve bir memur tarafından çıplak kalçasına vurulmak suretiyle karakolda infaz edilmiştir.

AIHM önüne gelen somut davada uygulanan bedensel cezanın "aşağılayıcı muamele" olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Cezanın karakolda uygulanması kamuya açıklık vasfını ortadan kaldırsa da Mahkemeye göre kişinin kendi gözünde aşağılanması cezanın aşağılayıcı sayılması için yeterli olacaktır. Kamuya açıklık ıstırabın niteliğini arttıran bir unsur olarak kabul edilmelidir; ancak cezanın aşağılayıcı kabul edilebilmesi için gerekli değildir.<sup>57</sup> Cezanın kişinin çıplak kalçasına vurma suretiyle gerçekleştirilmesi de ayrıca cezanın aşağılayıcı niteliğini arttırmaktadır.<sup>58</sup>

Mahkeme, *Tyrrer* davasında, bedensel cezanın niteliğine ilişkin önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkemeye göre bedensel ceza, bir kişinin bir başka kişi üzerinde devlet adına kurumsallaşmış bir şiddet uygulamasıdır. Birey kamu makamları tarafından nesneleştirilmiştir ve başvuru, herhangi

<sup>54</sup> Bu tür cezaların çoğunda çocuğa elle (dövme, tokatlama, pataklama) veya belirli bir araçla (kamçı, sopa, kayış vb.) vurulması söz konusudur. Bununla birlikte, fiziksel ceza uygulamaları tekmeleme, çocuğu sallama ve savurma, tırmalama, çimdikleme, ısırma, saçlardan çekme, kulak çekme, çocuğu uygunsuz pozisyonlarda durmaya zorlama, yakma, haşlama veya zorla ağızdan bir şeyler verme (örneğin ağzın içini sabunla yıkamak veya acı baharat sürmek) gibi uygulamaları da içermektedir. Komitenin görüşüne göre, hangi biçimi olursa olsun fiziksel ceza aşağılayıcıdır. Ayrıca, cezalandırma biçimi olarak fiziksel olmayan başka yollara da başvurulmaktadır; bunlar da zalimce ve aşağılayıcı olup Sözleşme ile bağdaşmaz niteliktedir. Örneğin, çocuğu küçük düşüren, aşağılayan, tehdit eden, günah keçisi durumuna düşüren, korkutan veya alay konusu yapan uygulamalar bu kapsamda yer almaktadır. BM Çocuk Hakları Komitesi, *Çocukların Fiziksel Cezalardan veya Cezalandırmanın Zalimce veya Aşağılayıcı Diğer Biçimlerinden Korunma Hakkı, Genel Yorum 8*, 2006, § 11.

<sup>55</sup> *Tyrrer/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.4.1978, § 9.

<sup>56</sup> *ibid*, § 9.

<sup>57</sup> *ibid*, § 32.

<sup>58</sup> *ibid*, § 35.

ciddi veya uzun süreli fiziksel etki yaşamamasına rağmen, cezası, AİHS'in korumayı amaçladığı ana amaçlardan birine, yani bir kişinin kişisel saygınlığını ve fiziksel bütünlüğünü korumaya saldırı niteliğindedir. Bu nedenle de madde 3'ün korumayı amaçladığı kişi onuru ve vücut bütünlüğü zarar görmüştür.<sup>59</sup>

Ayrıca fiziksel sonuç olmasa dahi cezanın olumsuz psikolojik etkilere yol açmış olabileceği dikkate alınmalıdır. Mahkeme, başvuruçunun hüküm giydiği çocuk mahkemesi kararından itibaren birkaç hafta geçmiş olduğuna ve cezanın uygulandığı polis karakoluna kadar olan süreçte önemli bir gecikme olduğuna dikkat çekmiştir. Dolayısıyla, başvuruçusu sadece fiziksel acı çekmekle kalmamış, aynı zamanda kendisine uygulanacak şiddeti beklerken ruhsal sıkıntıya da maruz kalmıştır.<sup>60</sup> Bahsedilen tüm bu hususlar ışığında, Mahkeme, başvuruçunun maruz kaldığı ceza uygulamasının aşağılayıcı ceza kavramının gerektirdiği düzeye ulaştığına karar vermiştir.<sup>61</sup>

Bu noktada cezanın kamuoyunda caydırıcı ve meşru olarak kabul edilmesini de ele alan Mahkeme, Avrupa Konseyi devletlerinin ceza politikası konusundaki ortak standartlarına atıfta bulunarak günün koşullarının dikkate alınarak Sözleşme'nin dinamik yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla daha önceki uygulama ne olursa olsun artık çocuk suçlulara yargı yoluyla dayak cezası verilmesi kabul edilemez. Bu dava bakımından Mahkeme, bedensel cezanın aşağılayıcı ceza oluşturduğuna ve AİHS'nin 3. maddesinin ihlalini oluşturduğuna karar vermiş, ancak ceza uygulandığı zaman hala çocuk olan başvuruçunun özel durumuna herhangi bir şekilde atıfta bulunmamıştır.

Mahkeme *Tyrrer* davasından yaklaşık dört yıl sonra ele aldığı *Campbell ve Cosans* davasında, çocukların bedensel ceza tehdidi altında olma durumunu değerlendirmiştir.<sup>62</sup> İlgili dönemde İskoç okullarında ele kırbaçla vurma şeklinde bedensel ceza uygulanmaktadır. İlk başvuruçusu, çocuğu için okulda bedensel ceza uygulanmayacağı güvencesi verilmemesi nedeniyle; ikinci başvuruçusu ise çocuğuna verilen bedensel cezanın uygulanmasına karşı çıkması üzerine çocuğunun okuldan kaydının silinmesi nedeniyle başvuruda bulunmuşlardır.<sup>63</sup> AİHM somut olay bakımından başvuruçulara ceza uygulanmadığına dikkat çekmiş; çocuklarının bedensel cezayla karşılaşma

<sup>59</sup> *Tyrrer/Birleşik Krallık*, § 33.

<sup>60</sup> *ibid*

<sup>61</sup> *Tyrrer/Birleşik Krallık*, § 35.

<sup>62</sup> *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, 7511/76, 7743/76, 25.02.1982.

<sup>63</sup> *ibid*, § 9-11. Başvuruçular Ek Protokol 1 madde 2'nin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir; ancak çalışma kapsamında sadece madde 3 bağlamında değerlendirme yapılacaktır.

riski veya tehdidi nedeniyle ruhsal durumlarının olumsuz etkilendiğinin bir sağlık raporuyla gösterilemediği gerekçesiyle madde 3'ün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Buna karşın madde 3 tarafından yasaklanan herhangi bir fiile maruz kalma riski "yakın ve gerçek" bir risk teşkil ediyorsa bu halde bu riskin varlığı veya bu riskle tehdit de madde 3 ihlali anlamına gelebilecektir. Mahkeme, ilgili devlet okulunda bedensel cezanın mevzuatta yer almasından hareketle AİHS'in yasakladığı bu davranışın sadece tehdidinin bile, hükme aykırı olacağına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla, bir kişiye yönelik işkence tehdidi, bazı hallerde işkence olmasa dahi "insanlık dışı muamele"yi oluşturabilecektir.<sup>64</sup> Mahkeme, somut olayda ceza uygulanmadığından hareketle *Tyner* kararına atıfta bulunmuştur. Kişi, ilgili kötü muameleye maruz kalmadıkça, bu muamele "aşağılayıcı" nitelikte sayılamayacaktır.<sup>65</sup> Dolayısıyla somut olayda çocuğa kötü muamele yapılmadığından Mahkeme AİHS'in 3. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.<sup>66</sup>

Çocuklara yönelik bedensel cezayı ele alan bir başka dava da okul dışında sigara içerken yakalanan öğrencilerin ellerine okul müdürü tarafından değnekle vurulması cezasını konu alan *Maxine and Karen Warwick* kararıdır.<sup>67</sup> Ceza, müdür yardımcısı, kendi cezası için bekleyen diğer öğrenci ve Karen Warwick'in kız kardeşinin huzurunda uygulanmış; başvuru elinde iki büyük çürük oluşmuştur.

Komisyon ilgili bölgedeki okullarda bedensel cezanın yaygın olduğunu, mevzuatta cezanın niteliğiyle ilgili herhangi bir düzenleme olmadığını, dolayısıyla cezanın niteliği ve şeklinin okul yöneticilerinin takdirine bırakıldığını tespit etmiştir. Okulda bedensel ceza uygulaması öğretmenlerin ebeveyn yetkisine benzer bir yetki kullanmasından kaynaklanmaktadır (*in loco parentis*). Ancak buna rağmen bu yetki bağlamında makul, gerekli ve ölçülü bir ceza uygulanması gerekmektedir. *Tyner* kararına atıfta bulunan Komisyon, oradaki kurumsal şiddet olgusunun somut olaydaki okul cezasına uygulanamayacağını belirtmiş; buna rağmen cezanın on altı yaşında genç bir kıza bir erkek tarafından diğer bir erkek ve arkadaşı önünde ve yaklaşık bir hafta boyunca iz kalacak şekilde şiddetle uygulanmasının fiziksel ve ruhsal etki doğurduğundan hareketle aşağılayıcı muamele olduğuna karar vermiştir.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> *Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, § 26.

<sup>65</sup> *ibid*, § 28.

<sup>66</sup> *ibid*, § 31.

<sup>67</sup> *Maxine ve Karen Warwick/Birleşik Krallık*, 9471/81, 18.7.1986.

<sup>68</sup> *ibid*, §§ 79-89.

Çocuklara yönelik bedeni cezayı konu alan bir başka dava olan *Costello-Roberts* davasında ise Mahkeme, yedi yaşındaki bir yatılı okul öğrencisine müdürün odasında pantolonu üzerinden üç tokat atılmasını beş oya karşı dört oyla aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmemiştir.<sup>69</sup> Mahkeme *Tyrer* davası ile karşılaştırma yaparak, bu dava bakımından başvuruçunun yaşının küçük olduğuna, muamelenin daha hafif olduğuna ve iz bırakmadığına, çıplak kalçaya vurulmadığına ve cezanın karardan sadece 3 gün sonra uygulandığına dikkat çekmiştir. *Tyrer* davasında polis memurlarından ikisi başvuruçuyu tutarken biri sopayla vurmıştır; ayrıca Mahkeme ilk darbeden sonra sopanın kırıldığına da dikkat çekmiştir. Muhalif kalan yargıçlar ise, cezayı gerektiren davranışın gerçekleştiği anda bir tokat makul kabul edilebilecek iken, aradan üç gün geçtikten sonra bu cezanın uygulanmasının cezanın resmi ve kurumsallaşmış niteliğini ortaya koyduğunu belirterek, annenin de rızasının olmaması da eklenince söz konusu cezanın aşağılayıcı muamele olduğunu düşündüklerini belirtmişlerdir.<sup>70</sup> Dava kapsamında madde 3 ihlaline hükmedilmemiş olsa da özellikle özel okulların eylemlerinin de devletin sorumluluğunda olduğunun tespit edilmesi önemlidir.<sup>71</sup>

Mahkeme *A/Birleşik Krallık* davasında da ebeveynler tarafından uygulanan bedeni cezayı değerlendirmiştir.<sup>72</sup> Davada üvey baba “zor bir çocuk” olarak nitelendirdiği üvey oğlunu çok defa sopayla dövmüş ve fiziksel izler ve acıya sebep olmuştur. Üvey babaya karşı dava açılmış olsa da o dönemki İngiliz hukukunda babanın fiziksel ceza vermesi yasaya uygun olduğu için durumun koşullarına göre babanın uyguladığı ceza, makul ve orta

<sup>69</sup> *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, 1993. Olaya konu okul özel okul olduğu için hükümet eylemi yapan üçüncü kişi olduğundan hareketle sorumlu olmadığını belirtmiş; ancak Mahkeme kamu eğitiminin parçası olan okullardaki muamelelerden devletin sorumlu olduğuna hükmetmiştir.

<sup>70</sup> Davanın görüldüğü yıllarda Birleşik Krallık'ta özel okullarda ve devlet okullarında bedeni ceza uygulaması kullanılmaktadır. Bu noktada ailelerin kayıt esnasında okul yönetiminin uyguladığı disiplin metodlarını kabul ettiklerine ilişkin form imzalamaktadırlar. Hükümetin ebeveynlerin okul disiplin sistemine rıza gösterdikleri savına karşı muhalif yargıçlar okul broşüründe okuldaki yüksek disiplinden söz edildiğine ancak bedeni cezadan bahsedilmediğine dikkat çekmişlerdir. Ayrıca Komisyon aşamasında dostane çözümlerle sonuçlanan *A. Ailesinin 3 üyesi/Birleşik Krallık*, 10592/83, (EComHR Report-Friendly Settlement, 16.7.1987), *Y./Birleşik Krallık*, 14229/88, 29.10.1992) davalarında da ihlale hükmedilmiştir.

<sup>71</sup> Haydar Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Fiziksel İstismardan Özellikle Dayaktan Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2003, s. 36.

<sup>72</sup> *A./Birleşik Krallık*, 25599/94, 23.9.1998.

derecede bir ceza olarak kabul edilmiş ve jüri, babanın beraatine karar vermiştir. AİHM ise baba hakkında soruşturma başlatılmış olsa da iç hukukun çocuklara yönelik bedensel ceza hususunda yeterince koruma sağlamadığından hareketle 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Zira AİHS madde 1’de yer alan hakları güvence altına alma yükümlülüğü devletlere egemenlik alanlarındaki bireyleri özel kişiler tarafından gerçekleştirilenler de dahil olmak üzere 3. madde ile yasaklanan fillerden koruma sorumluluğu yüklemektedir. Özellikle çocukların ve diğer zayıf bireylerin ihlallere karşı etkili ve caydırıcı biçimde korunma hakları vardır.<sup>73</sup> Somut olayda ise ihlal iddiasına ve ihlalin madde 3 bağlamında asgari eşiği aşan bir ıstırap içermesine rağmen baba beraat etmiş ve hükümet de ihlalin giderilmesine ilişkin başka bir girişimde bulunmamıştır. Bu nedenle çocuğa etkili biçimde koruma sağlanmamış olması, madde 3’ün ihlali anlamına gelmektedir.<sup>74</sup>

## 2. Ceza İnfaz Kurumu ve Bakım Merkezlerinde Bulunan Çocukların Korunması

Küçüklerin ceza infaz kurumlarında tutulmalarını yasaklayan bir uluslararası norm bulunmamaktadır. Ancak ÇHS madde 37 çocuklara ömür boyu hapis cezası verilmemesi ve en son çare olarak özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları gibi güvencelere yer vermektedir.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> A./Birleşik Krallık, § 22.

<sup>74</sup> *ibid*, §§ 19-24.

<sup>75</sup> ÇHS, madde 37: “*Taraf Devletler aşağıdaki hususları sağlarlar:*

1. Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tâbi tutulmayacaktır. Onsekiz yaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemeyeceği gibi salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir.

2. Hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.

3. Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır. Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır.

4. Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia

AİHM içtihadına bakıldığında çocukların gözaltında tutulması ve ceza infaz kurumlarında maruz kaldıkları muameleler kapsamında verilmiş pek çok karar göze çarpmaktadır. 1999 tarihli *T/Birleşik Krallık*<sup>76</sup> ve *V/Birleşik Krallık*<sup>77</sup> davalarında; iki yaşında bir çocuğu öldüren ve suçu işledikleri sırada on yaşında olan iki küçüğün hapis cezasına mahkum edilmesi değerlendirilmiştir. Mahkeme, AİHS’de hapis cezasının infazıyla ilgili azami yaş haddi konusunda hüküm olmadığına dikkat çekmiştir. Küçük yaştaki çocukların cezai ehliyetinin varlığı kabul edilerek mahkum edilmesi de Sözleşmeye uygun kabul edilmiştir.<sup>78</sup> *V/Birleşik Krallık* davasında da Mahkeme Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında cezai sorumluluğa ilişkin asgari yaş hususunda konsensüs olmadığını belirterek, on yaşın diğer devletlerdeki asgari yaştan orantısız olarak farklı olmadığına hatta daha küçük asgari yaş belirleyen devletler de bulunduğuna dikkat çekmiştir.<sup>79</sup>

*Okkalı/Türkiye* davasında da on iki yaşında olan başvurucuya polis merkezinde işkence yapılması ele alınmıştır.<sup>80</sup> Tamircide çırak olan başvurucunun bankaya yatırmak üzere kendisine verilen parayı kaybettiğini söylemesi üzerine başvurucu, ustası tarafından karakola götürülmüş ve burada çocuk, polis memurları tarafından darp edilmiştir. Polis memurları babayı arayıp ustanın şikayetini iletmış, babanın parayı ustaya ödeyerek anlaşması üzerine usta şikayetinden vazgeçmiştir. Polis merkezinden oğlunu almaya gelen babaya usta ile anlaştıklarını ve oğluna polis merkezinde iyi davranıldığını, işkence veya kötü muamele yapılmadığını, sağlık muayenesi istemediğini ve oğlunun kendisine iyi bir durumda ve sağlığı iyi olarak teslim edildiğini belirten bir tutanak imzalatılmıştır. Ancak eve geldiklerinde oğlundaki yaraları fark eden baba, olayı öğrenerek ilgili memurlar hakkında şikayette bulunmuştur. Çocuğun muayenesinde dirseğinin kırıldığı ve vücudunda çeşitli yaralar olduğu tespit edilmiştir. Ceza yargılaması sonucunda memurlara asgari ceza verilmiş, ikrar bulunduğu için ceza yarıya indirilmiş ve daha sonra ceza tecil edilmiştir. Ayrıca memurlar hakkında disiplin soruşturması açılmamış ve meslekten men cezası da uygulanmamıştır. AİHM ceza hukuk sisteminin titiz olarak uygulanması bir tarafa, iddiaya konu hususları önlemek için yeterince caydırıcı da olmadığını

*etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır.”*

<sup>76</sup> *T/Birleşik Krallık*, 24724/94, 16.12.1999.

<sup>77</sup> *ibid*, 24888/94, 16.12.1999.

<sup>78</sup> *ibid*, 24724/94, 16.12.1999, § 84.

<sup>79</sup> *V/Birleşik Krallık*, 24888/94, 16.12.1999, §§ 72-74.

<sup>80</sup> *Okkalı/Türkiye*, 52067/99, 17.10.2006.

belirtmiştir. Bu nedenle ceza davası, işkence yasağı ihlaline yönelik uygun bir giderim sağlayamamıştır. Ayrıca Mahkeme tüm iç hukuk yargılama süreci boyunca çocuk olan başvurucuya tanınması gereken ek güvencelerin tanınmadığına da dikkat çekmiştir. Gözaltına alınan başvurucunun ne ailesine haber verilmiş, ne hakları hatırlatılmış ne de kendisine müdafî atanmıştır.<sup>81</sup>

On beş yaşında bir çocuğun tutukluluğunun değerlendirildiği *Güveç/Türkiye*<sup>82</sup> davasında başvurucu yetişkinlerle bir arada tutulmuştur. Mahkeme başvurucunun yaşı, cezaevinde yetişkinlerle kaldığı sürenin uzunluğu, yaşadığı psikolojik sorunların çözümü için yerel makamların yeterince destek sağlamaması, intihar teşebbüsleri için önlem alınmaması gibi hususları dikkate alarak kişinin maruz kaldığı muamelelerin insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğuna hükmetmiştir.<sup>83</sup>

*Volkan Özdemir/Türkiye* davasında<sup>84</sup> da benzer şekilde hırsızlık yaptığı gerekçesiyle yakalanan başvurucu gözaltına alınmış ve karakolda kötü muameleyle maruz kalmıştır. Başvuran, başvuru formunda, detaylı olarak maruz kaldığı muameleyi ve mekanı tasvir etmiştir. Duvarının bir kısmı süngerle kaplı olan bir sorgu odasına alındığını bu odada sivil giyimli dört polis memuru tarafından tehdit edildiğini, dövüldüğünü, kendisine elektrik şoku verildiğini, soğuk duş aldırıldığını, çıplak soyulduğunu ve ellerinin bağlandığını ifade etmiştir. AİHM'e göre, Cumhuriyet Savcısı soruşturma sırasında başvuranın veya sanık polis memurlarının ifadesini almamış; sanık polislerin kimliğini belirlemek için girişimde bulunmamıştır. İki gün arayla alınan sağlık raporlarındaki çelişkileri ortaya çıkarmak için doktorlarla görüşmemiş ve gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli çabayı göstermemiştir. Soruşturmanın eksik yürütülmesi, etkili olmasını da engellemiştir. Bu nedenle soruşturma madde 3 kapsamındaki esaslı ve etkili soruşturma koşulunu yerine getirememektedir ve madde 3 ihlal edilmiştir.

*Blokhin/Rusya* kararında<sup>85</sup> dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu (DEHB) bulunan on iki yaşındaki bir çocuğun hırsızlık şüphesiyle gözaltına alınması değerlendirilmiştir. Başvurucu pencereleri olmayan karanlık bir hücrede yarım gün tutulduktan sonra sorgulanmış, suçunu itiraf etmezse tutuklanacağı söylenerek baskı yapılmıştır. Hükümet, görüşmeyi pedagojik eğitim almış olan memurun gerçekleştirdiğini, sessiz kalabileceğini başvurana belirttiğini ve sorgulama yapmadığını sadece açıklama istediğini

<sup>81</sup> *ibid*, § 69-70.

<sup>82</sup> *Güveç/Türkiye*, 70337/01, 20.1.2009, Final 20.4.2009.

<sup>83</sup> *ibid*, § 98-99.

<sup>84</sup> *Volkan Özdemir/Türkiye*, 29105/03, 20.10.2009.

<sup>85</sup> *Blokhin/Rusya*, 47152/06, 23.03.2016.

iddia etmiştir. Yerel mahkeme ise başvuruçunun davranışının düzeltilmesi için otuz gün boyunca ıslahevinde tutulmasına karar vermiştir. AİHM, değerlendirmesinde çocuğun üstün yararının gözetilmesi ve çocuklara uygun bakım hizmetleri sağlanması gerektiğine dikkat çekmiştir. Çocuğun sağlık durumunun özgürlükten yoksun bırakmaya uygun olup olmadığı araştırılmalıdır.<sup>86</sup> DEHB hastalığı olan başvuruçunun ıslahevindeki süre tamamlandıktan sonra psikiyatri hastanesinde üç hafta kalmıştır. Bu durum da çocuğun ruhsal durumunun ıslahevi şartlarından etkilendiğini göstermektedir. Başvuranın yaşı ve sağlık durumunun dikkate alınmadan yaşadıkları madde 3'ün ihlalini teşkil etmektedir.<sup>87</sup>

*A.Ş./Türkiye* kararı cezaevinde bulunduğu sırada koğuş arkadaşları tarafından cinsel istismara uğrayan on beş yaşındaki başvuruçuyu konu edinmektedir.<sup>88</sup> Başvuruçunun korkmuş, durumu yetkililere bildirememiştir. Fiillerin tekrarlanması ve başkalarının fark edilmesi sonucu başvuruçunun da şikayette bulunmuş ve saldırganlar bakımından önlemler alınmış, başvuruçunun koğuşu değiştirilmiştir. Saldırganlar ise hapis cezasına çarptırılmıştır.

Hükümet bu nitelikte suçlar bakımından şikayetin gerekli olduğu iddiasını ileri sürmüş ancak AİHM, bir çocuğun tutuklu arkadaşlarının fiziksel şiddetine uğradığı fark edildiği anda yetkililerin harekete geçmeleri gerektiğini belirtmiştir. Tehdit ve misilleme korkusu olan çocuktan şikayet etmesi beklenmemelidir. Başvuranın vücut bütünlüğüne yönelik ihlallere karşı iç hukuk etkin ve yeterli koruma sağlamamış ve madde 3 ihlal edilmiştir.

Çocukların işkence ve kötü muameleden korunması bağlamında AİHM içtihadında ele alınan bir başka husus da kreş ve okullarda öğretmenler

<sup>86</sup> *ibid*, § 138. Bu noktada belirtmek gerekir ki Mahkeme madde 6 adil yargılanma hakkı kapsamında çocuklara ilişkin pek çok koruma ilkesi geliştirmiştir. Mahkeme'nin 6. maddeye ilişkin içtihatlarında, çocuk aleyhine ceza davaları açıldığında, yaşının, olgunluk düzeyinin ve zihinsel ve duygusal kapasitesinin dikkate alınması gerektiği ve çocuğun anlama ve sürece katılma yeteneğinin geliştirilmesi için adımlar atılması gerektiği vurgulanmıştır. “*Sanık bir çocuk ise, ceza davasındaki etkin katılım hakkı, yetkililerin, onun savunmasızlığını ve kapasitelerini dikkate alarak, ceza soruşturmasına dahil olma sürecinin ilk aşamalarından itibaren ve özellikle polis tarafından sorgulanırken onunla ilgilenmelerini gerektirir. Yetkililer, onun sindirilmişlik ve engellenmişlik hislerini mümkün olduğunca azaltacak adımlar atmalıdır ve sanık çocuğun, soruşturmanın doğasını, kendisi için neyin tehlikede olduğunu, uygulanabilecek herhangi bir cezanın önemini ve özellikle sessiz kalma hakkı dahil olmak üzere savunma haklarını anlamasını sağlamalıdır.*” Panovits/Kıbrıs, 4268/04, 11.12.2008 § 67; *T./Birleşik Krallık* [GC], 24724/94, 16.12.1999, § 84.

<sup>87</sup> *Blokhin/Rusya*, §§ 141-150.

<sup>88</sup> *A.Ş./Türkiye*, 58271/10, 13.09.2016, Final 13.12.2016.



tarafından gerçekleştirilen kötü muamelelerdir.<sup>89</sup> *V.K. v. Rusya* davası bağlamında, Mahkeme halka açık bir kreşte ciddi kötü muamele gören dört yaşındaki bir çocuğun durumunu değerlendirmiştir. Başvurucu çocuk, öğretmenlerinin tıbbi bir reçete veya ebeveynlerinin onayı olmadan çocuğa zorla antibiyotik göz damlaları verdiğini; karanlık tuvalete kilitlediklerini ve farelerin onu yiyeceğini söylediklerini; iç çamaşırıyla kollarını yukarı kaldırarak uzun bir süre kreş holünde durmaya zorladıklarını; bir kez ağzını bantla kapattıklarını iddia etmiştir. Bu kötü muamele sonucunda, çocuk nörolojik bozukluk geliştirmiştir.<sup>90</sup>

AİHM, küçük çocuğun öğretmenleri tarafından kötü muameleyle maruz bırakılması ve yetkililerin çocuğun iddialarını etkili bir şekilde araştırmamasının Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini teşkil ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, kötü muamelenin detaylı ve sürekli olduğunu belirtmiştir. Ayrıca çocuğun beyanları ve anlattığı olaylar, yardımcı öğretmen ve diğer bazı öğrencilerin velileri tarafından da desteklenmiştir.<sup>91</sup> Başvurucunun birkaç hafta boyunca bu tür muameleyle maruz kaldığı ve yıllar sonra bile bu olayların sonuçlarından özellikle de travma sonrası nörolojik bozukluktan mustarip olduğu vurgulanmıştır.<sup>92</sup> 3. madde kapsamında devletin usuli yükümlülükleriyle ilgili olarak, Mahkeme, suç soruşturmasının üç yıllık bir gecikme sonrasında açıldığına dikkat çekmiştir. Bu durumun en ciddi sonucu, öğretmenlere ilişkin kovuşturmanın yerel hukuka göre zaman aşımına uğramış olmasıdır. Bu nedenle, yetkililer öğretmenlerin başvurucağı fiziksel acı ve zalimane muameleyle maruz bıraktığını tespit etmiş olmalarına rağmen bu suçlarla ilgili olarak yapılan soruşturma durdurulmuştur.<sup>93</sup>

Mahkeme nezarethane, ceza infaz kurumu ve eğitim kurumları dışında ayrıca bakım merkezleri gibi kurumlarda kalan küçüklerin durumunu da incelemiştir. *Scozzari ve Giunta* kararında üç engelli çocuk, bakım için yerleştirildikleri çocuk yuvasında merkezin kurucusu ve sorumluları tarafından cinsel istismara uğramışlardır.<sup>94</sup> Mahkeme, 3. maddenin ihlali iddialarını incelemiş ve 8. madde bağlamında ortaya çıkanlardan ayrı olarak

<sup>89</sup> İlk başlık altında bedensel cezaya ilişkin okul kapsamındaki faaliyetlere ilişkin kararlara yer verilmiştir. Bu başlık altında ise bedensel veya fiziksel ceza olarak nitelendirilemeyecek kötü muamelelere yer verilmiştir.

<sup>90</sup> *V.K./Rusya*, 68059/13, 07.03.2017, §§ 6-21.

<sup>91</sup> *ibid.*, § 171.

<sup>92</sup> *V.K./Rusya*, § 172.

<sup>93</sup> *ibid.*, § 189.

<sup>94</sup> *Scozzari ve Giunta/İtalya*, 39221/98, 41963/98, 13.07.2000, §§ 11-46.

bir değerlendirmeye ihtiyaç olmadığına karar vermiştir.<sup>95</sup> AİHM, genel olarak, kurumlara yerleştirilen çocuklarla ilgili davaları madde 3 dışındaki diğer hükümlere odaklanarak incelemektedir. Örneğin Bulgaristan'da fiziksel ve ruhsal engelli kişiler için oluşturulan evlerde yaşayan gençleri içeren *Nencheva ve diğerleri* davasında, soğuk ortam, gıda ve ilaç yoksunluğu gibi etkilere maruz kalan çocuklarla ilgili iddiaları 2. madde bağlamında değerlendirmiştir.<sup>96</sup>

Çocuklara yönelik bedensel ceza ve ceza infaz kurumu ile bakım merkezlerindeki çocukların korunması başlıkları ele alındıktan sonra belirtmek gerekir ki AİHM, bedensel cezaya maruz kalan çocuklar ve tutuklu çocuklarla ilgili olarak BM ve AB müktesebatına sıklıkla atıfta bulunmaktadır.<sup>97</sup> Bakanlar Komitesi (BK) Tavsiye 11'e göre, toplu ceza, bedensel ceza, karanlık hücreye koyma cezası ve insanlık dışı ve aşağılayıcı diğer cezaların uygulanması yasaktır.<sup>98</sup> Benzer bir standart, ÇHS çerçevesinde de sağlanmıştır. Sözleşme özellikle çocukların işkence, zalim, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezalandırmaya maruz bırakılmasını yasaklamakta<sup>99</sup> ve her çocuğun özgürlüğünden mahrum bırakıldığında, insanlık ve insanın doğuştan gelen kişisel saygınlığına saygı gösterilerek, yaşına uygun bir şekilde muamele edileceğini ve kişinin ihtiyaçlarının dikkate alınacağını garanti etmektedir.<sup>100</sup>

Çocuk Hakları Komitesi çalışma alanı itibariyle daha özel ve tematik bir değerlendirme yapma imkanına sahiptir. Bu nedenle çocuklara yönelik bedensel ceza gibi çocuklara ilişkin hususlar bakımından AİHM içtihadı mutlaka ÇHS ve Çocuk Hakları Komitesi kararlarını dikkate almalıdır.<sup>101</sup>

<sup>95</sup> *ibid*, § 237.

<sup>96</sup> *Nencheva ve Diğerleri/Bulgaristan*, 48609/06, 18.06.2013. Çocukların farklı nitelikteki kurumlara yerleştirilmesi onların ebeveynleriyle olan ilişkilerini olumsuz etkileyebileceği için ve 8. madde kapsamında aile hayatına saygı hakkını da ihlal edebileceği vurgulanmalıdır. *I.G.D./Bulgaristan* kararında Mahkeme, başvuruçunun yatılı okullara yerleştirilmesinin onu annesiyle herhangi bir gerçek temasından yoksun bıraktığını ve özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. *I.G.D./Bulgaristan*, 70139/14, 07.06.2022, § 82-97.

<sup>97</sup> *Blohin/Rusya*, 47152/06, 23.03.2016, §§ 77-88.

<sup>98</sup> Recommendation CM/Rec (2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures, adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008 § 95(2).

<sup>99</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, mad. 37a.

<sup>100</sup> *ibid*, mad. 37 c.

<sup>101</sup> Çocuğun anne baba veya yasal koruyucusu yanında başka bir deyişle özel alanda maruz kaldığı istismar ÇHS madde 19 bağlamında (ÇHS, madde 19: “*Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel* YÜHFD Cilt: XXI Sayı:2 (2024)

Nitekim ÇHS madde 19 tüm biçimleriyle bedensel cezayı yasaklamaktadır.<sup>102</sup> AİHM de dinamik yorum metodunu uygulayarak bedensel cezayı kategorik olarak yasaklamalıdır.<sup>103</sup> Gemalmaz da ÇHS bakımından bedensel ceza kategorik olarak çocuk haklarına aykırı olduğu ve ÇHS normları AİHS'e taraf ülkelerde ortak standart teşkil ettiği için AİHM'in ÇHS ışığında Sözleşmeyi yorumlayarak bedensel cezayı kendiliğinden AİHS'e aykırı bulması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>104</sup> Ayrıca Avrupa Konseyi bünyesinde bedensel cezanın yasak olması hususunda konsensüs oluşmuştur.<sup>105</sup> Dolayısıyla AİHM de bedensel cezayı değerlendirilirken, uygulanma biçimi, ortam, kamuya açık veya kapalı oluşu ya da doğurduğu

---

*saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.*

*Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir”); kamusal makamların eliyle veya onların gözetimi altındayken maruz kaldığı işkence ve kötü muamele ise ÇHS madde 37 bağlamında ele alınmalıdır. Bkz. Haydar Burak Gemalmaz, “Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne Göre İşkence ve Kötü Muamele Mağduru Çocukların Rehabilitasyon Hakkı”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Sulhi Dönmezer’in Değerli Hatırasına Armağan, Çocuklar ve Suç/Ceza, 2005, s. 586.*

<sup>102</sup> Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Madde 19:

*“1. Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, çocuğun ana–babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.*

*2. Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir.”*

<sup>103</sup> A./Birleşik Krallık, 25599/94, 23.9.1998, Concurring Opinion of Mr. J Loucaides.

<sup>104</sup> Gemalmaz, s. 76.

<sup>105</sup> Avrupa Konseyi’nde bedensel cezanın kaldırılması hakkında ayrıca bkz. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1666 (2004) Europe-wide ban on corporal punishment of children, Doc.10199, report of the Social, Health and Family Affairs Committee, Text adopted by the Assembly on 23 June 2004 (21st Sitting). <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17235&lang=en> (4.4.2024).

etkiden bağımsız olarak bedensel cezanın bizzat kendisini madde 3'e aykırı olarak değerlendirmelidir.

### 3. Çocukların Aile İçi Şiddetten Korunması

Çocuklar bakımından madde 3 bağlamında değerlendirilmesi gereken bir başka husus da aile içi şiddettir. "Aile içi şiddet", eylemi gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgahı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri olarak tanımlanmaktadır.<sup>106</sup>

Hassas durumda olan çocukların aile içi şiddetten korunması, devletin bu konudaki pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmesini başka bir deyişle maddi yükümlülükleri tamamlayarak aile içi şiddeti önlemesini gerektirmektedir.<sup>107</sup> AİHM, devletin önleyici yükümlülüklerini, ihmal ve istismar edilen dört kardeşe ilişkin *Z. ve diğerleri v. Birleşik Krallık* davasında ele almıştır.<sup>108</sup> Çocuklar, ebeveynleri tarafından kötü muameleye maruz bırakılmakta; aç kalmakta ve sık sık ebeveynleri tarafından kilitlenmektedirler. Ciddi şekilde ihmal edilen çocuklarda aynı zamanda zihinsel sorunlar da gelişmiştir. Çocukların bazısı Travma Sonrası Stres Bozukluğu belirtileri göstermekte ve vücutlarında morluklar ve diğer istismar biçimleri belirtileri bulunmaktadır.<sup>109</sup>

AİHM bu davada 3. madde bağlamında bir değerlendirme yaparak devletlerin çocukları bu hükme aykırı muamelelerden koruma hususunda pozitif bir yükümlülüğü olduğuna dikkat çekmiştir. Devletin sosyal hizmetler

<sup>106</sup> Avrupa Konseyi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, İstanbul, 11.V.2011, mad 3(b). Ayrıca bkz. UNGA Res 48/104 *Declaration on the Elimination of Violence Against Women*, 23.2.1994.

<sup>107</sup> Aile üyeleri de dahil olmak üzere küçüklere yönelik şiddet BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesinin de ihlali anlamına gelmektedir. Nora Sveaass, "The United Nations Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman Or Degrading Treatment Or Punishment-The Absolute Prohibition and The Obligation To Prevent", *Torture And Its Definition in International Law- An Interdisciplinary Approach*, Metin Başoğlu (ed), OUP, 2017, 247-271, s. 264.

<sup>108</sup> *Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 29392/95, 10.05.2001.

<sup>109</sup> Çocukları muayene eden çocuk psikiyatristi, onların sevgiden ve fiziksel bakımdan yoksun bırakıldığını ifade ederek çocukların yaşadıklarını "dehşet verici" olarak tanımlamış ve davanın profesyonel kariyerinde gördüğü en kötü ihmal ve duygusal istismar vakası olduğunu da belirtmiştir. *Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, §§17-40.

birimleri, çocukların ebeveynleri tarafından yıllar boyunca yaşadığı ciddi kötü muamele ve ihmalden haberdar olmalarına veya haberdar olmaları gerekmesine rağmen bunu sona erdirmek ve çocukları korumak için herhangi bir etkili adım atmamış, gerekli tedbirleri almamışlardır.<sup>110</sup> Bu noktada taraf devletin, dört başvuruçunun maruz kaldığı muamelenin 3. madde tarafından yasaklanan şiddet seviyesine ulaştığı ve Devletin, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyle karşı başvuruçulara yeterli koruma sağlama pozitif yükümlülüğünde başarısız olduğuna ilişkin Komisyon bulgularını kabul ettiğini belirtmek gerekir.<sup>111</sup> Mahkeme, yerel otoritelerin çocukları koruma hususunda pozitif bir yükümlülüğü olduğunu ve evden uzaklaştırma dahil olmak üzere çeşitli yetkilerinin bulunduğunu vurgulamıştır. Buna rağmen, çocuklar, çocuk psikiyatristinin korkunç deneyimler olarak adlandırdığı muameleyle kendi evlerinde dört buçuk yıl boyunca maruz kalmışlardır. Dolayısıyla Mahkeme, bu davada 3. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>112</sup>

Ayrıca AİHM, bu davada madde 13 ışığında işkence yasağının usuli yönünü de değerlendirmiştir. Yaşam hakkı veya işkence yasağı gibi temel bir hükmün söz konusu olduğu durumlarda, 13. madde uygun bir tazminat ödemesinin yanı sıra şikayetçinin soruşturma prosedürüne erişimini de içerecek biçimde, sorumlu olanların tespit edilmesine ve cezalandırılmasına yol açabilecek etkili ve kapsamlı bir soruşturma yapılmasını gerektirmektedir.<sup>113</sup> Somut olayda ise, başvuruçular iddialarını ispat edebilmek için elverişli bir imkana sahip olamamışlardır. Üstelik yerel makamlar onları insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleden koruyamamış ve sonrasında da gördükleri zarar için makul bir tazmin imkanı sunamamıştır. Dolayısıyla, 3. maddenin ihlaline ilişkin etkili bir telafi imkanı sağlanamamış olması, Sözleşme'nin 13. maddesinin de ihlaline yol açmıştır.<sup>114</sup>

Küçüklere ilişkin koruma yükümlüğünün ele alındığı bir başka dava da *Kontrová* davasıdır. Başvuruçucu bayan *Kontrová* kocası tarafından uzun süreli fiziksel ve psikolojik istismara maruz kalmış ve ayrıca kocası kendisini ve çocuklarını öldürmekle tehdit etmiştir. Aile içi şiddetin uzun süre devam etmesine ve bu hususu yerel makamlara bildirmesine rağmen herhangi bir önleyici tedbir alınmamıştır. Sonunda, başvuruçunun kocası, çocuklarını

<sup>110</sup> Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, § 70

<sup>111</sup> *ibid.*, § 72.

<sup>112</sup> *ibid.*, §§ 74-75.

<sup>113</sup> Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, § 109; *Kaya/Türkiye*, 22729/93, 19.2.1998, § 107.

<sup>114</sup> Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık, § 111.

öldürmüş ve ardından da intihar etmiştir.<sup>115</sup> Her ne kadar bu dava madde 2 yaşam hakkının ihlali bağlamında ele alınmış olsa da Mahkemenin çocuklara ilişkin değerlendirmeleri açısından önemlidir. Mahkeme, daha önceki içtihatlarına atıfta bulunarak 2. maddenin negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif önleyici eylemlerin de uygulanmasını gerektirdiğini yinelemiştir.<sup>116</sup> Devletin pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için, yetkililerin, bir bireyin yaşamına yönelik olarak üçüncü bir kişinin suç eylemlerinden kaynaklanan gerçek ve yakın tehlikenin olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiğinin kanıtlanması ve makul şartlar altında yetkileri dahilinde bu riski önlemesi beklenen önlemleri almadıkları tespit edilmelidir.<sup>117</sup> Bu konuda devletin açıkça belirlenmiş pozitif yükümlülüklerine rağmen, *Kontrová* davası bağlamında yetkililer önleme yükümlülüklerini yerine getirememişler ve başvuruçunun çocuklarının ölümüne yol açmışlardır.<sup>118</sup>

#### 4. Yabancı (Vatandaş Olmayan) Çocukların Korunması

Son yıllarda artan insan hareketliliği ve Avrupa kıtasına yönelik göç dalgası pek çok insan hakkı ihlalini beraberinde getirmiştir. Sığınma arayanların haklarının korunmasına ilişkin hususlar AİHM içtihadında da artan biçimde yer bulmaktadır. Özellikle geri gönderme yasağının ihlali ve idari gözetim altında tutulma koşulları bağlamında madde 3<sup>119</sup>, yabancıların toplu sınır dışı edilmesinin yasaklanmasını düzenleyen 4 No.lu Protokol

<sup>115</sup> *Kontrová/Slovakya*, 7510/04, 31.05.2007, §§ 7–14.

<sup>116</sup> *Osman/Birleşik Krallık*, 23452/94, 28.10.1998, §§ 115-116; *L.C.B./Birleşik Krallık*, 23413/94, 09.06.1998, § 36.

<sup>117</sup> *Kontrová/Slovakya*, § 50; *Osman/Birleşik Krallık*, § 116; Mowbray, s. 16.

<sup>118</sup> *Kontrová/Slovakya*, §§ 52-55. *Kontrová* davası, işkence yasağı kapsamında bir dava olmasa da bu çalışmanın konusu açısından bağlantılı bulunduğu için yer verilmiştir. Somut olay kapsamında yaşam hakkı ile işkence yasağı arasındaki bağlantı özellikle pozitif yükümlülüklerin benzerliğiyle gözlemlenebilmektedir. Bu benzerliklere rağmen, yaşam hakkının işkence yasağı üzerinde baskın bir konuma sahip olduğu belirtilmelidir. Birçok AİHM kararında, 2. maddeden türetilen pozitif yükümlülüğün ihlali tespit edildikten sonra, 3. madde kapsamında değerlendirmeye gerek olmadığına karar verilmektedir (bkz. *Ognyanova ve Choban/Bulgaristan*, 46317/99, 23.02.2006, § 124; *Anguelova/Bulgaristan*, 38361/97, 13.06.2002, §§ 149-150). Ayrıca devlet otoritelerinin ihmali sonucu aile içi şiddet vakalarının çocuğun ölümüne yol açtığı durumlarda, 2. madde uygulanmaktadır (*Association Innocence en Danger/Fransa ve Association Enfance and Partage/Fransa*, 15343/15, 16806/15, 4.6.2020, §§ 159-176). Her iki hak açısından da devletlerin hem maddi yükümlülükleri (ceza hukuku hükümlerinin ve önleyici önlemlerin uygulanması) hem de usuli yükümlülükleri (etkili soruşturma ve tazminat dahil) yerine getirmesi gerekmektedir.

<sup>119</sup> *M.K. ve Diğerleri/Polonya*, 40503/17, 42902/17, 43643/17, 23.7.2020.

madde 4<sup>120</sup> ve etkili başvuru hakkı bağlamında madde 13 bakımından ihlaller Mahkeme tarafından ele alınmaktadır.<sup>121</sup> Göç yolunda ihlale uğrayanlar arasında çok sayıda çocuk da yer almaktadır.

Mahkemenin madde 3 bağlamında yabancı çocuklara sağladığı ilk koruma “geri gönderme yasağı” içtihadı kapsamındadır. *Non-refoulement* olarak da ifade edilen ilke 1951 Cenevre Mülteciler Sözleşmesinde düzenlenmekte ve kişilerin hayat ve özgürlüklerinin tehlike altında olacağı yerlere gönderilmelerini yasaklamaktadır.<sup>122</sup> AİHS orijinal metinde sığınmaya veya mülteci haklarına ilişkin spesifik bir hüküm içermese de AİHM, madde 3 bağlamındaki içtihadını kişinin ölüm cezasının infaz edileceği yere sınır dışı edilmesini konu eden 1989 tarihli *Soering* kararı ile *non-refoulement* ilkesini de içerecek şekilde genişletmiştir.<sup>123</sup> Bir kişinin iade edilmesi halinde işkence veya kötü muameleye tabi tutulma riskiyle karşılaşacağına inanmak için önemli sebepler bulunuyorsa devletin sorumluluğu doğabilecektir.<sup>124</sup> Mahkeme böylece geri gönderme yasağını da işkence yasağı kapsamında incelemeye başlamıştır.<sup>125</sup>

Çocukların sınır dışı edilmeleri ile ilgili olarak ele alınacak ilk karar *Ahmadpour/Türkiye* kararıdır.<sup>126</sup> Başvurucu Hristiyan bir kişi ile İran

<sup>120</sup> *Çonka/Belçika*, 51564/99, 5.2.2002; *Sharifi ve Diğerleri/İtalya ve Yunanistan*, 16643/09, 21.10.2014; *Khlaifia ve Diğerleri/İtalya*, 16483/12, 15.12.2016.

<sup>121</sup> *Khlaifia ve Diğerleri/İtalya*; *Moustahi/Fransa*, 9347/14, 25.6.2020.

<sup>122</sup> 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi, RG. 05.09.1961-10898. Madde 33: “Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğünün tehdit altında olacağı ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade (“refouler”) etmeyecektir.”

<sup>123</sup> *Soering/Birleşik Krallık*, 14038/88, 7.7.1989, § 91.

<sup>124</sup> Geri gönderme yasağı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Elihu Lauterpacht, Daniel Bethlehem, “The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion”, *Refugee Protection in International Law UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Erica Feller, Volker Türk, F Nicholson (eds.), Cambridge, 2003, 87-177; Jean Allein, “The *jus cogens* Nature of non-refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, 2001, Cilt: 13, Sayı: 4, 533–558; Nils Coleman, “Non-Refoulement Revised: Renewed Review of the Status of Non-Refoulement as Customary International Law”, *European Journal of Migration Law*, Sayı: 5, 2003, 23-65.

<sup>125</sup> Mahkeme *Soering* kararından itibaren geri gönderme yasağını madde 3 bağlamında ele alarak yerleşik bir içtihat oluşturmuştur. Örneğin bkz. *Cruz Varas/İsveç*, 15576/89, 20.03.1991; *Vilvarajah ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30.10.1991; *Chahal ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 22414/93, 15.11.1996; *D./Birleşik Krallık*, 30240/96, 02.05.1997; *Jabari/Türkiye*, 40035/98, 11.7.2000; *Saadi/İtalya*, 37201/06, 28.02.2008; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, 30696/09, 21.01.2011.

<sup>126</sup> *Ahmadpour/Türkiye*, 12717/08, 22.11.2010.

makamları tarafından tanınmayan ve dolayısıyla da zina mahiyetinde olan bir evlilik yapmış, ayrıca İran hukukunda ceza hukuku yaptırımına tabi bir suç işleyerek velayetleri babalarında olan çocuklarını İran dışına çıkarmıştır. Başvurucu eski eşinin çocuklarına cinsel ve fiziksel şiddet uyguladığını ve bu nedenle ülkeden kaçtığını ifade etmiştir.<sup>127</sup> Kendisi de sonradan Hristiyanlığı kabul etmiş olduğu için çocuğuyla birlikte İran'a iade edilirse ölüm veya kötü muamele riskiyle karşı karşıya kalacağını iddia etmiştir.<sup>128</sup> Mahkeme, başvurusunun İran'a sınır dışı edilmesi halinde Sözleşme madde 3'ün ihlal edileceğine karar vermiştir.

Bir başka karar olan *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye* davasında da dört aile ve on bir çocukları olmak üzere toplam on dokuz Özbek vatandaşının başvuruları değerlendirilmiştir.<sup>129</sup> Haklarındaki belgelere göre yedi yetişkin hakkında Özbekistan'da anayasal düzeni değiştirmeye teşebbüs etmekten ceza yargılaması devam etmektedir. Başvurucular önce İran'a gitmişler buradaki kampta bir süre tutulmuşlardır. Kampta bulunan 30 çocuk için okul talep etmişler ancak Özbekistan'a iade edilmekle tehdit edilmişlerdir. Başvurucular daha sonra Türkiye'ye gelmişler ve Van'da geçici ikamet izni ile yaşamaya başlamışlar; ev kiralamış ve çocuklarını okula göndermişlerdir. Yaklaşık bir yıl sonra kırtasiye yardımı için karakola davet edildiklerini ve başka Özbeklerle birlikte sınır dışı edildiklerini belirtmişlerdir. Başvurucular tekrar Türkiye'ye giriş yapmış; Van Barosundan yasal destek talep etmiş ancak tekrar sınır dışı edilmişlerdir. Kış şartlarında İran köyleri arasında on gün yürümek zorunda kaldıklarını ve İranlı yetkililere sığındıklarını ifade etmişlerdir.<sup>130</sup> Mahkeme, olayların yaşandığı tarihte on dokuz başvurucudan on ikisinin en büyüğü on beş yaşında olan ve iki tanesi de sınır dışı tarihinden birkaç ay önce doğmuş olan çocuk olduğuna dikkat çekmiştir.

Başvurucular ikamet izinleri olmasına ve BMMYK tarafından mülteci olarak sayılmalarına rağmen ülkeden zorla çıkarılmışlardır. Başvurucular ayrıca sınır dışını engelleyebilecek adımları atamamış, usuli güvencelerden yoksun kalmışlardır. Çocuk ve bebeklerle bilmedikleri yere gönderilmeleri yetişkin başvurucuların çaresizlik ve korku hissetmelerine sebep olmuştur. Ayrıca kış şartlarında küçük çocuklarla kalacak bir yerleri olmaksızın İran'da yaklaşık on gün geçirmek durumunda kalmışlardır. Başvurucuların gönderilme şekli ve çocukların yaşları göz önüne alındığında, başvurucular

<sup>127</sup> *ibid*, § 19.

<sup>128</sup> *ibid*, § 36.

<sup>129</sup> *Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, 28127/09, 03.12.2013.

<sup>130</sup> *ibid*, § 4-17.



insanlık dışı muamele teşkil edecek derecede ıstırap çekmişlerdir ve bu nedenle 3. madde ihlal edilmiştir.<sup>131</sup>

AİHM, çocuk göçmenleri, sınır dışı kararları dışında özellikle çocuklar için son derece kötü veya tehlikeli veya uzun süreli olabilecek idari gözetim koşulları bağlamında da ele almaktadır.<sup>132</sup> Bu noktada belirtmek gerekir ki Mahkeme göçmen çocukların korunmasıyla ilgili devletin yükümlülüklerini belirlerken çocukların, refakatçili veya refakatsiz olmalarına bağlı olarak farklı değerlendirme yapmaktadır.<sup>133</sup> Refakatçili göçmen çocukların idari gözetim altında tutulma koşullarının madde 3 bağlamında ele alındığı davalarda Mahkeme, çocukların yaşları, gözaltında tutulma süreleri, gözaltı merkezlerindeki koşullar ve çocukları barındırmak için uygunluğu, çocukların önceki stresli olaylar nedeniyle sahip oldukları özel durumları ve gözetimin çocukların psikolojik durumu üzerindeki etkileri gibi çeşitli unsurlara dikkat etmektedir.<sup>134</sup> Yakın tarihli bir dava olan *M.H. ve Diğerleri* davasında, AİHM, çocukların idari gözetim altında tutulduğu maddi koşulların tatmin edici olduğu ancak polis gözetiminin yüksek olduğu ortamı, cezaevi benzeri tipi unsurlar barındıran bir kuruluş olarak değerlendirmiştir. Çocukların zamanlarını geçirebilecekleri etkinliklerin olmaması, kısa süreli gözetim durumunda durumun koşullarına bağlı olarak 3. maddeyi devreye sokmak için gereken ciddiyet eşliğine ulaşmak için yeterli olmayabilecektir. Ancak, böyle bir ortamda uzun bir süre kalınmasının çocuklar için zararlı sonuçları olacaktır ve bu da 3. maddenin eşliğinin aşılması anlamına gelecektir.<sup>135</sup>

Benzer şekilde, *Muskhadzhiyeva ve diğerleri* davasında, Mahkeme bir çocuğun aşırı savunmasızlığını ve çocuğa kötü muameleyi önlemek için

<sup>131</sup> *ibid.*, §§ 33-35.

<sup>132</sup> İdari gözetim, “hapishaneler veya kapalı kabul veya alıkoyma merkezleri veya tesisleri dahil ancak bunlarla sınırlı olmamak üzere bir sığınmacının terk etmesine izin verilmeyen kapalı bir yerde özgürlükten yoksun bırakılma veya hapsedilmesi” olarak tanımlanmıştır. BMMYK, Sığınmacıların İdari Gözetim Edilmesi ve İdari Gözetim Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriterler ve Standartlar Hakkında Kurallar, 2012, § 5. Detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014; Döndü Kuşçu, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 37, Sayı: 22, 2017, 241-284.

<sup>133</sup> *Rahimi/Yunanistan*, 8687/08, 05.04.2011, § 63.

<sup>134</sup> *S.F. ve Diğerleri/Bulgaristan*, 8138/16, 07.12.2017, §§ 79-83; *G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, 4633/15, 17.10.2019 §§ 102-117; *R.R. ve Diğerleri/Macaristan*, 36037/17, 02.03.2021 §§ 58-65.

<sup>135</sup> *M.H. ve Diğerleri/Hırvatistan*, 15670/18, 43115/18, 18.11.2021, § 199.

makul adımların atılmasının gerekliliğini vurgulamıştır. Davaya konu olayda çocuklar idari gözetim süresince annelerinden ayrılmamıştır, ancak bu durum yetkililerin onları koruma yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Başvurucular, çocukların ihtiyaçları düşünülerek tasarlanmamış kapalı bir merkezde bir aydan fazla süre tutulmuşlar ve travma sonrası stres bozukluğu belirtileri göstermişlerdir.<sup>136</sup>

Refakatsiz küçük göçmenlerle ilgili olarak ise, Mahkeme gözetim merkezlerinin koşullarına daha fazla odaklanmaktadır. Gözetim koşullarının insanlık onurunun özünü zedelediği belirli durumlarda gözaltı süresini göz önünde bulundurmadan sadece koşulların 3. madde kapsamında aşağılayıcı muamele olarak kabul edilebileceğine karar vermektedir.<sup>137</sup> *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga* kararında Mahkeme, Brüksel havaalanı yakınında Göçmenler Bürosu tarafından işletilen bir yetişkin transit geçiş merkezinde neredeyse iki ay boyunca tutulan Kongo vatandaşı beş yaşındaki bir kız çocuğuna ilişkin bir başvuruyu incelemiştir. Küçük kızın annesinin mültecilik başvurusu Kanada tarafından kabul edilmiştir. Küçük kız da annesine katılmak üzere seyahat ederken transit geçiş bölgesinde gözetim altına alınmış ve ülkesine geri gönderilmiştir. Başvurucular (anne ve kızı), çocuğun gözetim altına alınmasının AİHS'in 3. maddesinin ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>138</sup> Mahkeme, beş yaşındaki bir başvuruçunun yetişkinlerle aynı koşullarda tutulduğuna dikkat çekmiştir. Başvurucu refakatsiz durumda bulunmasına ve yaşına rağmen yetişkinler için tasarlanmış bir merkezde iki ay süreyle alıkonulmuştur. Ayrıca çocuğun özel olarak görevlendirilmiş nitelikli personel tarafından yeterli eğitim ve danışmanlık yardımı alması için de herhangi bir önlem alınmamıştır. Belçika yetkilileri, gözetim merkezinin çocuğun ihtiyaçlarına uygun olmadığını kabul etmiştir. Çocuğun annesini durumdan haberdar etmek, kızına ulaşması için bir telefon numarası vermek, bir avukat atamak ve Kanada yetkilileri ve Belçika Büyükelçiliği ile iş birliği yapmak da dahil olmak üzere bir dizi önlem almışlardır. AİHM, ise sayılan bu önlemlerin devletin başvurana bakım sağlamaya ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmek için yetersiz olduğunu belirtmiş ve devletin elinde pek çok imkan olduğuna dikkat çekmiştir. Küçük kızın maruz bırakıldığı gözetim koşulları çocuk bakımından ciddi sıkıntıya neden olmuştur. Bu koşullar, insanlık dışı muameleye eşit düzeyde bir eksiklik oluşturmaktadır ve 3. maddenin ihlaline yol açmıştır.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri/Belçika*, 41442/07, 19.01.2010, §§ 55-63.

<sup>137</sup> *Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar/Malta*, 25794/13, 28151/13, 22.11.2016, § 112.

<sup>138</sup> *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga/Belçika*, 13178/03, 2.10.2006, §§ 8-37.

<sup>139</sup> *ibid*, §§ 58-59.

Benzer şekilde *Kanagaratnam ve Diğerleri* davasında küçük çocukların anneleriyle birlikte yasadışı göçmen kampında aylarca tutulmalarının çocuklarda oluşturduğu ıstırap ve aşağılanma hissini çocukların gelişimini etkileyeceğine ve bu durumun insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil edeceğine hükmedilmiştir.<sup>140</sup>

*Popov/Fransa* kararı 2002 yılında Fransa'ya gelen Kazakistanlı evli bir çift ve Fransa'da doğmuş iki küçük çocuğun sınır dışı süreci ve idari gözetimini konu edinmektedir.<sup>141</sup> Başvurucular Rus kökenleri ve Ortodoks inançları nedeniyle Kazakistan'da tekrarlayan zulmün kurbanı olduklarını iddia ederek sığınma talebinde bulunmuşlar ancak sığınma talepleri ve oturma izni başvuruları reddedilmiştir. Ebeveynler ve o sırada beş aylık ve üç yaşında olan çocukları, Kazakistan'a geri gönderilmek üzere havaalanına götürülmüş ancak uçuş iptal edilince idari gözetim altına alınmışlardır. Mahkeme kararda çocukların kırılabilirliğine vurgu yapmış, çocukların iki hafta boyunca, polis gözetiminin yüksek olduğu ve yetişkinlere göre tasarlanmış, yaşlarına uygun olmayan ve onları meşgul edecek hiçbir faaliyetin olmadığı bir ortamda tutulmuşlardır. Çocukların küçük yaşları ve gözaltı süreleri ve koşulları göz önüne alındığında, yetkililer çocuklar üzerindeki kaçınılmaz zararlı etkileri önlememiştir. Çocuklara davranış biçimleri Sözleşme hükümleriyle bağdaşmaz ve 3. maddenin kapsamına girmesi için gereken asgari ciddiyet düzeyini aşmıştır.<sup>142</sup>

İdari gözetim koşullarına ilişkin AİHM önünde görülen bir başka önemli dava da bir anne ve başvuru tarihinde yedi, üç ve iki yaşlarında olan çocuklarının idari gözetimine ilişkin *G.B. ve Diğerleri* davasıdır.<sup>143</sup> Başvuranlar, gözetim altında tutuldukları merkezin aşırı kalabalık olduğunu, bu durumun ciddi hijyen sorunlarına yol açtığını belirtmişlerdir. Merkezin tutulma koşulları yetersizdir, çocuklar sigara dumanına maruz kalmakta, açık havaya çıkamamaktadırlar; odalardaki aydınlatma sistemi nedeniyle de düzenli uyuyamamaktadır. Ayrıca Merkezde verilen yiyecekler çocuklar için uygun değildir. Bebek maması, süt, çocuk bezi gibi ihtiyaçlar karşılanamamaktadır. Başvuranlar, iki ay boyunca tutuldukları ilgili merkezdeki tutulma koşullarının, yetişkinler için dahi uygun olmadığını ve

<sup>140</sup> *Kanagaratnam ve Diğerleri/Belçika*, 15297/09, 13.12.2011. Gözetim koşulların çocuk üzerindeki etkilerine ilişkin olarak ayrıca bkz. *AB ve Diğerleri/Fransa*, 11593/12, 12.07.2016.

<sup>141</sup> *Popov/Fransa*, 39472/07, 39474/07, 19.1.2012.

<sup>142</sup> *Popov/Fransa*, § 101.

<sup>143</sup> *G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, 4633/15, 17/10/2019.

özellikle küçükler için kabul edilemez olduğunu vurgulamışlardır.<sup>144</sup> AİHM de idari gözetim koşullarının madde 3'ü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Çocuklar açısından yakın tarihli bir başka önemli karar da *M.H ve diğerleri v. Hırvatistan*'dir.<sup>145</sup> Davada bir grup Afganlı, Hırvat makamlarından sığınma talebinde bulunmuş ancak talepleri reddedilmiş ve tren yoluyla Sırbistan'a dönmeleri istenmiştir. Grupta bulunan altı yaşındaki Afgan çocuk Sırbistan'a dönerken bir trenin çarpması sonucu vefat etmiştir. Grubun kalanı idari gözetim altına alınmıştır. Mahkeme, ölüme ilişkin soruşturmanın etkisiz olduğuna, çocuk başvurucuların idari gözetim altında tutulmasının kötü muamele teşkil ettiğine ve başvurucuların idari gözetim altında tutulmalarına ilişkin kararların özenle ele alınmadığına karar vermiştir. Çocukların çoğu, kız kardeşlerinin sınırda ölümüne tanık olmuşlardır. Ayrıca, çocuklar zamanlarını meşgul edecek herhangi bir düzenli etkinlik olmadan gözetim altında neredeyse iki ay geçirmişlerdir. İdari gözetim altında tutulmaları, yerel makamların gereken ivedilikle hareket etmemesi nedeniyle çocuklar tarafından sonsuz bir durum olarak algılanmış ve Mahkeme Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>146</sup>

Yukarıdaki bulgular, AİHS'e taraf devletlerin önleyici yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğunun altını çizmektedir. Küçük göçmenlerin sadece şiddetten veya herhangi bir tür istismardan korunması değil, aynı zamanda özellikle idari gözetim bağlamında onlara uygun koşulların garanti edilmesi de hayati öneme sahiptir. Küçük göçmenlerin barındırılacağı yerler güvenli ve fiziksel koşulları itibarıyla çocuklar için de uygun olmalıdır. Bu bağlamda AİHM içtihadı maddi olumlu yükümlülüklerin gerçekleştirilmesinin önemini net bir şekilde vurgulamakta ve uygun olmayan gözetim koşullarının bir çocuğun psikolojik travmasına neden olarak 3. maddenin ihlaline yol açabileceğini belirtmektedir.

## 5. Çocukların Cinsel İstismardan Korunması

Herhangi bir cinsel şiddet veya istismar şekli, mağdurları için ciddi fiziksel ve ruhsal etkiler oluşturmaktadır. Kurbanın çocuk olduğu hallerde ise çocukların savunmasızlığı nedeniyle, bu tür eylemler çok daha ciddi sonuçlar doğurmaktadır.

<sup>144</sup> *ibid*, §§ 25-27.

<sup>145</sup> *M.H. ve Diğerleri/Hırvatistan*, 15670/18, 43115/18, 4.4.2022.

<sup>146</sup> *M.H. ve Diğerleri/Hırvatistan*, §§ 191-204.

On dört yaşındaki başvuruçunun tecavüze uğramasını konu alan *M.C. v. Bulgaristan* kararında Mahkeme, gençlerin özel savunmasızlığına ve çocuklara yönelik tecavüzle ilgili vakalarda rol oynayan özel psikolojik faktörlere yeterince önem verilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.<sup>147</sup> Soruşturma ve yargılama açısından, Mahkeme, bazen tecavüzün doğrudan kanıtı olmadan, rızanın olmadığını kanıtlamanın pratikte zor olabileceğini kabul etse de, yetkililerin yine de tüm gerçekleri araştırmaları ve tüm çevresel koşulları değerlendirerek karar vermeleri gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda soruşturma ve sonuçları, başvuruçunun fiile karşı koyup diremediği hususunu ön plana almıştır. Bu, tecavüzün doğrudan kanıtlanmasına aşırı vurgu yapmalarından kaynaklanmıştır.<sup>148</sup> Esasında yargılamada söz konusu olan çocuk olduğu için rıza olmaması meselesi üzerine odaklanmalıdır. Ayrıca, soruşturma önemli oranda da gecikmiştir.<sup>149</sup> AİHM, soruşturmacı ve savcıların izlediği yaklaşımın, Devletlerin pozitif (maddi) yükümlülüklerine dahil olan gereksinimleri karşılamadığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca tecavüz ve cinsel istismara karşı etkili korumanın, ceza hukuku niteliğindeki tedbirleri gerektirdiğini vurgulamış<sup>150</sup> ve yetkililerin özellikle, tecavüz ve cinsel istismarın tüm biçimlerini cezalandıran bir ceza hukuku sistemi kuramadıklarını ve etkili bir uygulama tesis edemediklerini belirtmiştir.<sup>151</sup> Bu yaklaşım, küçüklerin cinsel istismarıyla ilgili pozitif önleyici yükümlülüklerin önemini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, devletlerin karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası hukuktaki modern standartlarla uyumlu etkili ceza hukuku hükümleri tesis etmeleri gerekmektedir.<sup>152</sup> Ayrıca, bu tür suçları etkili bir şekilde cezalandırmak da usuli yükümlülüklerin gerçekleştirilmesini ve etkili bir soruşturma yürütülmesini gerektirir.

*E. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* davasında<sup>153</sup> üvey babaları tarafından yıllarca cinsel istismara uğrayan dört çocuğun durumları ele alınmıştır. Kardeşler yıllarca hem fiziksel hem de cinsel istismara uğramışlar, durum defalarca karakola bildirilmiş, fail hakkında davalar açılmış, üvey baba dönem dönem evden uzaklaştırılmış, sosyal hizmetler birimi onlarca kez aileyi ve çocukları ziyaret etmiş ancak yıllar içerisinde çocukları gerçekten koruyacak somut herhangi bir adım atılmamıştır. Mahkeme hükümetin

<sup>147</sup> *M.C./Bulgaristan*, 39272/98, 4.12.2003, §§ 58-60.

<sup>148</sup> *ibid.*, §§ 181-182.

<sup>149</sup> *ibid.*, § 184.

<sup>150</sup> *M.C./Bulgaristan*, § § 186, 124, 148-153.

<sup>151</sup> *ibid.*, § 185.

<sup>152</sup> *ibid.*

<sup>153</sup> *E. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 33218/96, 26.11.2002, Final 15.01.2003.

çocukları korumak için gerekli tedbirleri almadığı gerekçesiyle madde 3 ihlalinin gerçekleştiğine karar vermiştir.<sup>154</sup>

*O’Keeffe/İrlanda* davasında da okul müdürü tarafından cinsel istismara uğrayan bir ilkokul öğrencisi konu edilmiştir. Mahkeme o dönemde çocuk istismarına ilişkin çok sayıda ceza davasının bulunduğu dikkat çekerek, devletin çocukların karşı karşıya oldukları riskten haberdar olması gerektiğini buna rağmen şikayet ve teftiş usulü öngörerek etkili denetim sağlayacak bir sistem kurabileceken bunu yapmadığını belirtmiştir. Davalı devletin mevzuatı, özellikle tespit ve raporlama mekanizmaları, okul çağındaki çocukların cinsel istismara karşı korunmasını sağlayamadığı için devlet koruma yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Özellikle söz konusu olan ilkokul çocukları olduğu için ağır bir ihlal söz konusudur.<sup>155</sup>

### Sonuç ve Değerlendirme

AİHM savunmasız olmaları, özen ve yardıma ihtiyaç duymaları nedeniyle çocuklara özel koruma sağlamaktadır. Bu çalışma kapsamında, AİHM içtihadında işkence ve kötü muameleye maruz kalan küçüklerin korunmasıyla ilgili en yaygın konular olan bedensel cezalara karşı koruma, gözaltı, ceza infaz kurumları ve bakım merkezlerinde bulunan çocukların korunması, aile içi şiddetten korunma, yabancı çocukların korunması ve cinsel istismardan korunma hususları ele alınmıştır.

Mahkeme, çocuklarla ilgili olarak 3. madde ihlali iddialarını içeren vakalarda, sadece ihlali incelemekle kalmamakta aynı zamanda çocuğun hassas durumunu ve 3. madde ihlalinin yol açabileceği ciddi zihinsel sonuçları da dikkate almaktadır.<sup>156</sup> Yukarıda da değinildiği gibi, AİHS’e taraf

<sup>154</sup> *E. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, §. 89-101. Benzer bir olayda yetkililerin cinsel istismarı bildiği veya bilmesi gerektiği kanıtlanamadığı için madde 3’ün ihlal edilmediğine karar verilmiştir. *D.P. ve J.C/Birleşik Krallık*, 38719/97, 10.10.2002, Final 10/01/2003, §§ 110-114. Cinsel istismar için yeterli soruşturmanın yapılmadığı gerekçesiyle ihlal kararı örnekleri için bkz. *G.U./Türkiye*, 16143/10, 18.10.2016; *C.A.S. ve C.S./Romanya*, 26692/05, 20.03.2012.

<sup>155</sup> *O’Keeffe/İrlanda*, §§ 147-151. Devletin usuli yükümlülükleri, *I.C. v. Romanya* davasında da vurgulanmıştır. Söz konusu davada Mahkeme, Romanya’nın, başvuruçunun davasını etkili şekilde soruşturmadığına ve ayrıca tecavüz ve cinsel istismarın tüm biçimlerini cezalandıran etkili bir ceza hukuku sistemini oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüklerini de yerine getirmediklerine hükmetmiştir. *I.C./Romanya*, 36934/08, 24.05.2016, § 60.

<sup>156</sup> *V.K./Rusya*, §§ 171-172. Bu noktada belirtmek gerekir ki, çalışma boyunca AİHM içtihadı ışığında ele alınan kötü muamele biçimleri örnek niteliğindedir. Ayrıca AİHM içtihadı sürekli olarak gelişmektedir ve Mahkeme çocuklarla ilgili olarak 3. madde kapsamında

olan Devletler AİHS'in 1. maddesi uyarınca, sınırları içinde bulunan herkese Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük 3. madde ile birleştiğinde Devletlerin yetki alanları içinde bireylerin, özel kişiler de dahil olmak üzere hiç kimse tarafından işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele uygulamasına maruz kalmamalarını sağlayacak önlemleri almalarını gerektirir. Bu önlemler özellikle çocuklar ve diğer hassas konumdaki kişilere etkin koruma sağlamalı ve yetkililerin bilgisi dahilinde olan veya olması gereken kötü muameleleri engelleyecek makul girişimleri içermelidir. Aynı şartlar bireylerin, bakım ve gözetim amacıyla yerel yönetimlerin doğrudan sorumluluğunda veya denetiminde olduğu durumlar için de geçerlidir.

AİHS kapsamında işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklama, maddi ve usuli olmak üzere iki farklı yükümlülük içermektedir. Her iki yükümlülük de küçükleri çeşitli kötü muamele biçimlerinden korumak için uygulanmaktadır. Maddi yükümlülükler genellikle kötü muameleyi önlemeye ve ceza hukuku hükümlerini uygulamaya odaklanmaktadır. Bu tedbirler, özellikle çocuklar ve diğer savunmasız kişiler için etkili koruma sağlanması ve yetkililerin bilebileceği kötü muamelenin önlenmesi için makul adımlar atılmasını içermelidir.<sup>157</sup>

Usuli yükümlülükler kapsamında ise, devletler işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve ceza iddialarının etkili biçimde resmi olarak soruşturulmasını garanti etmelidir. Bu pozitif yükümlülük, yalnızca Devlet görevlileri tarafından yapılan kötü muamele vakalarıyla sınırlı olmamalı, özel kişilerden kaynaklanan ihlaller de şartları oluşmuşsa soruşturulmalıdır.<sup>158</sup>

Maddi ve usuli pozitif yükümlülüklerin niteliği, yaşam hakkını koruma ve işkenceyi yasaklama açısından özellikle mağdurun çocuklar olduğu hallerde son derece önemlidir. Bu nitelikte başvurularda Mahkeme, çocuğun savunmasızlığını göz önünde bulundurmakta ve özellikle maddi önleyici yükümlülüklere odaklanmaktadır. Zira kötü muamelenin sonuçları, çocuklar söz konusu olduğunda özellikle ciddidir ve bu nedenle etkili iç mevzuatın ve önleyici tedbirlerin uygulanması, işkencenin çocuk kurbanlarını koruma sürecinde kritik bir rol oynamaktadır.

---

ortaya çıkan yeni konuları gündeme getirmektedir. Örneğin 2019 tarihli *A./Rusya* kararında Mahkeme babasının şiddet içeren biçimde tutuklanmasına şahit olmuş bir çocuğun maruz kaldığı muamelenin madde 3 ihlali oluşturduğuna karar vermiştir. Bkz. *A./Rusya*, 37735/09, 12.11.2019, §§ 66-70.

<sup>157</sup> *Z./Birleşik Krallık*, § 73; *Mutatis mutandis Osman/Birleşik Krallık*, § 116.

<sup>158</sup> *M.C./Bulgaristan*, § 151.

## KAYNAKLAR

### Kitap ve Makaleler

Alastair R. Mowbray, *The Development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2004.

Allein, Jean, “The jus cogens Nature of non-refoulement”, *International Journal of Refugee Law*, Cilt: 13, Sayı: 4, 2001, 533–558.

Anayurt, Ömer. “AİHM İçtihatlarında İşkence Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 1, 2008, 421-460.

Bilge, Burak. “AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, 2014, 367-406.

Boyar, Oya, “İşkence ve Kötü Muamele”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, (ed. Sibel İnceoğlu), Ankara 2013, 137-157.

Coleman, Nils, “Non-Refoulement Revised: Renewed Review of the Status of Non-Refoulement as Customary International Law”, *European Journal of Migration Law*, Sayı: 5, 2003, 23-65.

Doğan, İlyas, Kaya, Mehmet, İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, Mayıs 2010.

Doğru, Osman. *AİHS Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Mart 2006.

Doğru, Osman; Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Avrupa Konseyi, 1. Baskı, 2012.

Dursun, Gizem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

Ekşi, Nuray, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.

Gemalmaz, Haydar Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Fiziksel İstismardan Özellikle Dayaktan Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2003.

Gemalmaz, Haydar Burak, “Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne Göre İşkence ve Kötü Muamele Mağduru Çocukların Rehabilitasyon Hakkı”, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Sulhi Dönmezer’in Değerli Hatırasına Armağan, Çocuklar ve Suç/Ceza*, 2005.



Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2006.

Harris, O'Boyle & Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2021.

Hasselbacher Lee, "State obligations regarding domestic violence: the European Court of Human Rights, due diligence, and international legal minimums of protection", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, Sayı: 2, 2010, 190–215.

Kuşçu, Döndü, "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hükümleri Uyarınca Sınır Dışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancıların İdari Gözetim Altına Alınmaları", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 37, Sayı: 22, 2017, 241-284.

Lauterpacht, Elihu, Bethlehem, Daniel, "The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion", *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection*, (ed. E Feller/ V Türk/F Nicholson), Cambridge, 2003, 87-177.

Mowbray, Alastair R. *The Development of positive obligations under the European Convention*

*on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, Bloomsbury Publishing, 2004.

Önok, Murat. *Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım 2006.

Özenç, Berke, "Saatli Bomba Senaryosu ve Geliştirilmiş Sorgu Teknikleri: İşkence Yasağının Mutlak Niteliği Işığında Bir Değerlendirme", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 2, 2020, 201-215.

Rodley, Nigel S., "The Definition(s) of Torture in International Law", *Current Legal Problems*, Sayı: 55, 2002, 467-493.

Reidy, Aisling, *İşkencenin Yasaklanması: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları, No. 6, Avrupa Konseyi, 2002.

Sveaass, Nora, "The United Nations Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman Or Degrading Treatment Or Punishment-The Absolute Prohibition And The Obligation To Prevent", *Torture And Its Definition in International Law- An Interdisciplinary Approach*, (ed. Metin Başoğlu), OUP, 2017, 247-271.

Weissbrodt, David, Heilman, Cheryl, “Defining Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment”, *Law & Inequality*, Sayı: 29, 2011, 343-394.

### **Sözleşmeler ve Belgeler**

Avrupa Konseyi, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, İstanbul, 11.V.2011.

BM Çocuk Hakları Komitesi, Çocukların Fiziksel Cezalardan veya Cezalandırmanın Zalimce veya Aşağılayıcı diğer Biçimlerinden Korunma Hakkı, Genel Yorum 8, 2006.

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1666 (2004) Europe-wide ban on corporal punishment of children, Doc.10199, report of the Social, Health and Family Affairs Committee, Text adopted by the Assembly on 23 June 2004 (21st Sitting). <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17235&lang=en> (4.4.2024).

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararı ile ilân edilmiştir. Beyanname'nin İngilizce esas metni için bkz. <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>. Beyanname'nin T.B.M.M. İnsan Hakları Komisyonu tarafından yayınlanan Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>.

İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, UNGA Res. 39/46, 10.12.1984, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, UNGA Res. 2200A (XXI), UN Doc. A/6316, 16.12.1966.

İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, R.G. 19738-27.2.1988.

Recommendation CM/Rec (2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures, adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008.

UNGA Resolution adopted by the General Assembly [on the report of the Third Committee (A/55/602/Add.1)] 55/89. Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Annex Principles on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, p. 5-7, 22 February 2001.

UNGA Res. 48/104 Declaration on the Elimination of Violence Against Women, 23.2.1994.

### **AİHM Kararları**

*The Greek Case*, European Commission on Human Rights, Yearbook, Cilt 12, 5.11.1969.

*İrlanda/Birleşik Krallık*, 5310/71, 18.1.1978.

*Tyrer/Birleşik Krallık*, 5856/72, 25.4.1978.

*Campbell ve Cosans/Birleşik Krallık*, 7511/76, 7743/76, 25.2.1982.

*Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık*, 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.5.1985.

*Maxine ve Karen Warwick/Birleşik Krallık*, 9471/81, 18.7.1986.

*A. Ailesinin 3 üyesi/Birleşik Krallık*, 10592/83, EComHR Report–Friendly Settlement, 16.7.1987.

*Soering/Birleşik Krallık*, 14038/88, 7.7.1989.

*Cruz Varas ve Diğerleri/İsveç*, 15576/89, 20.3.1991.

*Vilvarajah ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30.10.1991.

*Tomasi/Fransa*, 12850/87, 27.8.1992.

*Y./Birleşik Krallık*, 14229/88, 29.10.1992.

*Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, 13134/87, 25.3.1993.

*Chahal/Birleşik Krallık*, 22414/93, 15.11.1996.

*Aksoy/Türkiye*, 21987/93, 18.12.1996.

*D./Birleşik Krallık*, 30240/96, 2.5.1997.

*Aydın/Türkiye*, 23178/94, 25.9.1997 [GC].

*Kaya/Türkiye*, 22729/93, 19.2.1998.

*Rehbock/Slovenya*, 29462/95, 20.05.1998.

*Kurt/Türkiye*, 15/97/799/1002, 25.5.1998.

*L.C.B./Birleşik Krallık*, 23413/94, 9.6.1998.

*Tekin/Türkiye*, 26794/10, 52/1997/836/1042, 9.7.1998.

*A./Birleşik Krallık*, 25599/94, 23.9.1998.

*Osman/Birleşik Krallık*, 23452/94, 28.10.1998.

*Çakıcı/Türkiye*, 23657/94, 8.7.1999.

*Selmouni/Fransa*, 25803/94, 28.7.1999.

*T./Birleşik Krallık*, 24724/94, 16.12.1999.

*V/Birleşik Krallık*, 24888/94, 16.12.1999.

*Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, 33985/96; 33986/96, 27.9.1999, Final 27.12.1999.

*Mahmut Kaya/Türkiye*, 22535/93, 28.3.2000.

*Salman/Türkiye*, 21986/93, 27.6.2000.

*Jabari/Türkiye*, 40035/98, 11.7.2000.

*Scozzari ve Giunta/İtalya*, 39221/98, 41963/98, 13.07.2000.

*Akkoç/Türkiye*, 22947/93-22948/93, 10.10.2000.

*Kudla/Poland*, 30210/96, 26.10.2000.

*Z. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 29392/95, 10.5.2001.

*Al-Adsani/Birleşik Krallık*, 35763/97, 21.11.2001.

*Çonka/Belçika*, 51564/99, 05.02.2002.

*Angelova/Bulgaristan*, 38361/97, 13.06.2002.

*Kalashnikov/Rusya*, 47095/99, 15.7.2002.

*D.P. ve J.C/Birleşik Krallık*, 38719/97, 10.10.2002, Final 10/01/2003.

*E. ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 33218/96, 26.11.2002, Final 15.01.2003.

*M.C./Bulgaristan*, 39272/98, 4.12.2003.

*Görgülü/Almanya*, 74969/01, 26.2.2004.

*İlaşcu ve Diğerleri/Moldovya ve Rusya*, 48787/99, 8.7.2004.

*Mehmet Emin Yüksel/Türkiye*, 40154/98, 20.7.2004.

*Nevmerzhtsky/Ukrayna*, 54825/00, 5.4.2005.

*Afanasyev/Ukrayna*, 38722/02, 5.4.2005.

*Mikheyev/Rusya*, 77617/01, 26.1.2006.

*Ognyanova ve Choban/Bulgaristan*, 46317/99, 23.02.2006.

*Soner ve Diğerleri/Türkiye*, 40986/98, 27.4.2006.

*Batı ve Diğerleri/Türkiye*, 33097/96; 57834/00, 3.6.2006.

*Moldovan ve Diğerleri/Romanya (No 2)*, 41138/98; 64320/01, 12.7. 2005, Final 30.11.2005.

*Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga/Belçika*, 13178/03, 2.10.2006.

*Okkalı/Türkiye*, 52067/99, 17.10.2006.

*Collins ve Akaziebie/İsveç*, 23944/05, 8.3.2007.

*Kontrová/Slovakya*, 7510/04, 31.05.2007.

*Modârcă/Moldova*, 14437/05, 10.5.2007, Final 10.8.2007.

*Necdet Bulut/Türkiye*, 77092/01, 20.11.2007.

*Maslova ve Nalbandov/Rusya*, 839/02, 24.1.2008.

*Saadi/İtalya*, 37201/06, 28.02.2008.

*Chember/Rusya*, 7188/03, 3.7.2008, Final 1.12.2008.

*Khadzhialiyev ve Diğerleri/Rusya*, 3013/04, 6.11.2008.

*Panovits/Kıbrıs*, 4268/04, 11.12.2008.

- Beganović/Hırvatistan*, 46423/06, 25.6.2009.  
*Volkan Özdemir/Türkiye*, 29105/03, 20.10.2009.  
*Mrozowski/Polonya*, 9258/04, 12.5.2009, Final 12.8.2009.  
*Muskhadzhiyeva ve Diğerleri/Belçika*, 41442/07, 19.01.2010.  
*Ahmadpour/Türkiye*, 12717/08, 22.11.2010.  
*Gäfgen/Almanya*, 22978/05, 1.6.2010.  
*M.S.S./Belçika ve Yunanistan*, 30696/09, 21.01.2011.  
*Sambor/Polonya*, 15579/05, 1.2.2011.  
*Rahimi/Yunanistan*, 8687/08, 05.04.2011.  
*Mäder v. Hırvatistan*, 56185/07, 21.6.2011, Final 21.9.2011.  
*Kanagaratnam ve Diğerleri/Belçika*, 15297/09, 13.12.2011.  
*C.A.S. ve C.S./Romanya*, 26692/05, 20.03.2012.  
*Najaflı/Azerbaycan*, 2594/07, 2.10.2012.  
*El Masri/Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti*, 39630/09, 13.12.2012.  
*Krisztián Barnabás Tóth/Macaristan*, 48494/06, 12.02.2013.  
*Aswat/Birleşik Krallık*, 17299/12, 16.4.2013.  
*Nencheva ve Diğerleri/Bulgaristan*, 48609/06, 18.06.2013.  
*Vinter ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, 66069/09, 130/10 ve 3896/10, 9.7.2013.  
*X./Litvanya*, 27853/09, 26.11.2013.  
*Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye*, 28127/09, 03.12.2013.  
*Sharifi ve Diğerleri/İtalya ve Yunanistan*, 16643/09, 21.10.2014.  
*Muršić/Hırvatistan*, 7334/13, 12.3.2015.  
*Blokhin/Rusya*, 47152/06, 23.3.2016.  
*I.C./Romanya*, 36934/08, 24.5.2016  
*A.B. ve Diğerleri/Fransa*, 11593/12, 12.07.2016.  
*G.U./Türkiye*, 16143/10, 18.10.2016.  
*Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar/Malta*, 25794/13, 28151/13, 22.11.2016.  
*A.Ş./Türkiye*, 58271/10, 13.09.2016, Final 13.12.2016.  
*Poposhvili/Belçika*, 41738/10, 13.12.2016.  
*Khlaifia ve Diğerleri/İtalya*, 16483/12, 15.12.2016.  
*V.K./Rusya*, 68059/13, 07.03.2017.  
*S.F. ve Diğerleri/Bulgaristan*, 8138/16, 07.12.2017.  
*G.B. ve Diğerleri/Türkiye*, 4633/15, 17.10.2019.  
*A./Rusya*, 37735/09, 12.11.2019.

*Association Innocence en Danger/Fransa ve Association Enfance and Partage/Fransa, 15343/15, 16806/15, 4.6.2020.*

*Moustahi/Fransa, 9347/14, 25.6.2020.*

*M.K. ve Diğerleri/Polonya, 40503/17, 42902/17, 43643/17, 23.07.2020.*

*X. ve Diğerleri Bulgaristan, 22457/16, 02.02.2021.*

*R.R. ve Diğerleri/Macaristan, 36037/17, 02.03.2021.*

*M.H. ve Diğerleri/Hırvatistan, 15670/18, 43115/18, 18.11.2021.*

*I.G.D./Bulgaristan, 70139/14, 7.6.2022.*