

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 21

Sayı: 1

2019



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2019



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 21

Sayı/Number: 1

Yıl / Year : 2019



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2019

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 21 Sayı: 1 Yıl: 2019

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.019.075.997

ISSN: 1303-6963

Derginin Sahibi : Prof. Dr. Safiye Sunay YILDIRIM DOĞRU (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekan V.)

Sorumlu Müdür : Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yönetim Yeri : T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi - Hukuk Fakültesi - Buca 35390 İZMİR

Yayının Türü : Ulusal Süreli - 6 ayda bir yayınlanır.
DEÜHFD (ISSN 1303-6963) yılda iki sayı olarak yayınlanan ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) ulusal hukuk veri tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

Editör : Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları : Dr. Öğr. Üyesi Engin TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Dr. Direnç AKBAY (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Banu ATLI (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu : Prof. Dr. Melda SUR (İzmir) Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (İzmir)

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK (İzmir) Prof. Dr. Mustafa ALP (İzmir)

Prof. Dr. Murat AYDOĞDU (İzmir) Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (İzmir)

Dr. Öğr. Üyesi Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (İzmir)

Danışmanlar Kurulu : Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Sarper SÜZEK (Atılım Üniversitesi)

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi)

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Yazışma Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanlığı, Buca 35390 İZMİR

Tel: 0 (232) 420 18 24 - 25 Fax: 0 (232) 301 60 09

www.deu.edu.tr/hukuk

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

Dergide yayınlanan makalelerin bilim, içerik ve dil bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi : 21.06.2019

Basım Adedi : 200

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir

Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin

Öz Değerleri

- ▶ **Akıl ve bilim**
- ▶ **Dürüstlük, adalet ve etik**
- ▶ **Sevgi ve hoşgörü**
- ▶ **Hukukun üstünlüğü ve egemenliği**
- ▶ **Demokrasi kültürü**
- ▶ **İnsan haklarına saygı**

Temel Amacımız

**Akıl ve bilimin önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek**

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde **yayımlanmamış** ya da yayımlanmak üzere **gönderilmemiş** olmalıdır. Çevirilerin orijinal dildeki nüshasının gönderilmesi şarttır. Ayrıca; çevirilerde, çeviri yapan yazar, asıl eser üzerindeki hak sahiplerinden Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa uygun olarak yazılı izin almış olmalıdır.
2. Dergimizde ULAKBİM (HeinOnline)'in kriterlerine göre bilimsel yazılar türlerine göre (makale, çeviri, karar incelemesi, ... vb.) sınıflandırılmaktadır. Gelen yazıların niteliğinin ne olduğu hakem tarafından değerlendirilecektir.
3. Yazılar **A-4** boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerde, hem İngilizce hem de **Türkçe olmak üzere makale başlığı (title), öz (abstract) ve anahtar kelimeler (keywords)** belirtilmiş olmalıdır.
5. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** olarak hazırlanması ve **50 sayfayı** (Bu sayfa sayısı belirtilen format için geçerlidir; mizanpajdan sonra artabilir.) geçmemesi gerekmektedir. Dipnotlar sayfa altında gösterilmelidir.
6. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir. Dipnotların ve Kaynakçanın şu şekilde olması zorunludur:
Kitaplar için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası (Yazarın iki kitabı kullanılması halinde kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.)
Makaleler için: Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numaraları
7. Yazarlar, **unvanlarını**, görev yaptıkları **kurumları**, haberleşme adresleri ile **telefon** numaralarını ve varsa **e-mail** adreslerini bildirmelidir.
8. Yazıların ilk değerlendirilmesi **editör** tarafından yapılacak ve daha sonra **Yayın Kurulu**na sunulacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu gönderilen yazıların yayımlanıp yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

VI

9. Editör tarafından yapılacak ilk değerlendirmeden sonra Yayın Kuruluna sunulan ve geri çekilmeyen yazılar (**ULAKBİM/HeinOnline**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar, durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Yayımlanmayan yazılar yazarına geri gönderilmeyecektir.
11. Hakemlerin incelemesinden geçen ve yayımlanmasına ve/ya da düzeltilerek yayımlanmasına karar verilen yazıların son şeklinin “Office’98 Word” programı altında kaydedilmiş dosyanın e-posta yoluyla gönderilmesi gerekir.
12. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın yazılı veya elektronik ortamda gönderdiği biçimiyle “**basıla**” verdiği kabul edilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Dokuz Eylül Üniversitesi, elektronik ortamda tam metin (her türlü formatta) olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayım haklarına sahiptir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılırlar.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 21 Sayı: 1 Yıl: 2019

İÇİNDEKİLER

Doç. Dr. Özge AYAN

Ölümün Şirketler Hukuku İlişkilerine Etkileri1-25

Dr. Öğr. Üyesi Ali BAL

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne
Başvurması27-82

Dr. Öğr. Üyesi Salimya GANIYEVA

Türk ve Kazak Hukukunda Yabancı Yatırımların Teşviki83-137

Dr. Öğr. Üyesi Nebahat KAYAER

Atık ve Artıklarla Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu
(TCK m. 181/1)139-203

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe KILINÇ

İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve
Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi205-231

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR

Uçuşun İptaline ve Uzun Gecikmesine Sebepiyet Veren
“Olağanüstü Haller”de Sorumluluktan Kurtulma233-304

VIII

Dr. Öğr. Üyesi İpek Sevda SÖĞÜT

A General Outlook on the Issue of Trade Restrictions in
Roman Law.....305-332

Dr. Öğr. Üyesi Celal YEŞİLÇAYIR

İnsan Haklarının Sağlanmasında Temel Bir Sorunsal Olarak
Demokrasi.....333-351

Dr. Öğr. Gör. Simge AKSU KAYACAN

Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesinde Bakım Alacaklısının
Güvence Sağlamaya Yönelik Hakları.....353-395

Arş. Gör. Dr. Rahime ERBAŞ

İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın
Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi.....397-449

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY**Faculty of Law Review****Volume: 21 Number: 1 Year: 2019****CONTENTS****Assoc. Prof. Dr. Özge AYAN**

The Effects of Death on Corporate Law Relations1-25

Assist. Prof. Dr. Ali BALInvoking European Consensus by the European Court of
Human Rights27-82**Assist. Prof. Dr. Salimya GANIYEVA**

Inducement of Foreign Investment in Turkish and Kazakh Laws 83-137

Assist. Prof. Dr. Nebahat KAYAERIntentional Pollution Crime of the Environment with Wastes and
Residuals (TCK Art. 181/1).....139-203**Assist. Prof. Dr. Ayşe KILINÇ**Demand Condition for Awarding Execution Compensation and
Its Evaluation in Regard to the Principle of Being Bound
by the Scope of Demand205-231**Assist. Prof. Dr. İlknur SERDAR**Exclusion of Liability in the Cancellation and Long Delay of Flight
Caused by “Extraordinary Circumstances”233-304

X

Assist. Prof. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT

A General Outlook on the Issue of Trade Restrictions in
Roman Law.....305-332

Assist. Prof. Dr. Celal YEŞİLÇAYIR

Democracy as an Essential Problematic for Ensuring of
Human Rights333-351

Lecturer (PhD) Simge AKSU KAYACAN

The Rights of Care Creditor to Provide Assurance in Contract for
Lifelong Support.....353-395

Research Assist. Dr. Rahime ERBAŞ

The Challenges in Qualifying the Conduct in Concrete Cases as
Commission or Omission.....397-449

ÖLÜMÜN ŞİRKETLER HUKUKU İLİŞKİLERİNE ETKİLERİ

DOI: 10.33717/deuhfd.567629

Doç. Dr. Özge AYAN*

Öz

Şirketler hukukunda, şirket ortaklarından birinin ölmesi, şirket tüzel kişiliği ve ortaklar arasındaki ilişkilerde önemli sonuçlar doğurmaktadır. Şirket ile ortakları arasındaki ilişkileri düzenlemeyi amaçlayan ve bu amaca uygun kurallar koyan şirketler hukukunda, ölüm birçok düzenlemenin istisnası olarak kabul edilmiştir. Çalışmamızda ölümün şirketler hukuku ilişkilerine etkileri konu alınacak ve ölümün yarattığı sonuçlar ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Ölüm, Şirketler Hukuku, Kişi Şirketlerinde Ölümün Etkisi, Sermaye Şirketlerinde Ölümün Etkisi

THE EFFECTS OF DEATH ON CORPORATE LAW RELATIONS

Abstract

In company law, the death of one of the company partners has significant consequences in terms of the relationship between the company legal entity and the partners. In company law, which aims to regulate the relations between the company and its partners and establish rules for this purpose, death has been accepted as the exception of many regulations. In this article, the effects of death on company law relations and the results of death will be explained in detail.

Keywords

Death, Company Law, The Effect of Death in Unlimited Companies, The Effect of Death in Capital Companies

* Manisa Celal Bayar Üniversitesi Uygulamalı Bilimler Yüksekokulu Öğretim Üyesi (e-posta: ozgeayan1@gmail.com) (ORCID: 0000-0002-2612-6846) (Makalenin Geliş Tarihi: 20.02.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 21.02.2019-21.02.2019/ Makale Kabul Tarihleri: 03.04.2019-03.04.2019)

GİRİŞ

Ölüm, gerçek kişilerin kişiliklerini sona erdiren doğal bir olaydır. Ölümün gerçekleşmesi ile birlikte gerçek kişiler, yeni haklar kazanamaz ve borç altına giremezler. Ölen kişinin şahıs varlığı hakları son bulurken, malvarlığı hakları mirasçılara geçer. Hukuki sonuçlar doğuran ölüm olayının, tüzel kişiler üzerinde de etkileri görülmektedir.

Özellikle tüzel kişi şirketlerde ortakların ölümü, şirket tüzel kişiliğini ve ortaklar arasındaki ilişkileri önemli ölçüde etkilemektedir. Şirket ile ortakları arasındaki ilişkileri düzenlemeyi amaçlayan ve bu amaca uygun kurallar koyan şirketler hukukunda, ölüm birçok düzenlemenin istisnası olarak kabul edilmiştir. Çalışmamızda ölümün şirketler hukuku ilişkilerine etkileri konu alınacak ve ölümün yarattığı sonuçlar ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacaktır.

I. KİŞİ ŞİRKETLERİNDE ÖLÜMÜN ETKİLİ OLDUĞU DURUMLAR

Şirketler hukukunda kişi şirketleri, kolektif şirket ve adi komandit şirket olarak sınıflandırılır. Aynı bir tüzel kişiliği bulunan kişi şirketlerinde¹ ortakların kişiliklerinin oldukça önemli olmasının nedenleri şunlardır: Kişi şirketlerinde ortak sayısı azdır. Bu tip ortaklıklarda, şirket sözleşmesi değişikliğine ilişkin kararlar oybirliği ile, diğer kararlar ise kural olarak ortakların çoğunluk oyuyla alınır (TTK 226, 308). Şirkete yeni bir ortağın girmesi veya ortağın ayrılması diğer tüm ortakların oybirliği ile alacakları kararlarla mümkündür (TTK 253 vd, 315).

Özellikle kolektif şirketlerde ortaklara ve komandit şirketlerde komandite ortaklara tanınan haklar, ortakların kişiliklerinin etkisini artırmaktadır. Örneğin, kolektif şirket sözleşmesinde başka şekilde kararlaştırılmamışsa, şirketin tüm ortakları yönetici özelliği taşırlar ve şirketi temsil etme yetkisine

¹ İsviçre ve Alman hukukunda kişi şirketlerinin ortaklarından ayrı, kendine özgü bir tüzel kişiliği bulunmadığı için, bu şirketlerde ortakların kişilikleri son derece etkili ve önemlidir. Bu hususta İsviçre hukuku bakımından ayrıntılı bilgi için bk. **Plattner**, Stefan: Die Haftung des Kollektivgesellschafters, Basel 2003, s. 17 vd.; **Meier-Hayoz**, Artur/**Forstmoser**, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007, s. 337 vd., özellikle 357 vd.; **Vogt**, Hans-Ueli: "Haftungsverhältnisse in der Kollektivgesellschaft, Besprechung von BGE 134 III 643", GesKR1, 2009, s. 96-101.

Alman hukuku bakımından ayrıntılı bilgi için bk. **Marhewko**, Daniel: Die offene Handelsgesellschaft, Frankfurt am Main 2010, s. 15 vd.; **Schulz**, Tobias: Die offene Handelsgesellschaft: Rechte und Pflichten der Gesellschafter einer OG, München 2013, s. 7 vd.; **Elsing**, Siegfried H./**Kessler**, Nicholas: Die Komanditgesellschaft (KG), 11. Auflage, Frankfurt am Main 2010, s. 2 vd.

sahiptirler (TTK 218). Bu şirketlerde ortaklara itiraz hakkı tanınarak, yönetici olmayan ortağın dahi yönetimde söz sahibi olabilmesi sağlanmıştır (TTK 222).

Kişi şirketlerinde bağıшта bulunmak, kefil olmak, üçüncü kişi lehine teminat göstermek, ticari temsilci atamak, şirketin konusuna girmiyorsa taşınmazları satmak, satın almak, teminat göstermek, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarmak, rehnemek ve ticari işletme rehni kurmak gibi olağanüstü işlerde, tüm ortakların oybirliği ile karar almaları gerekir (TTK 223, 308).

Kişi şirketlerinde komanditer ortak dışındaki ortaklara tanınan bu yönetim ve denetim hakkı, komanditer ortak dışındaki tüm ortakları kapsayan bir rekabet yasağını doğurmuştur² (TTK 230, 311).

Tüm bu düzenlemelerin temelinde kişi şirketlerinde, komanditer ortak dışındaki diğer ortakların şirketin borçlarından ikinci derece ve tüm malvarlıkları ile sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmaları gelir (TTK 236, 317, 319).

Ortakların kişiliğın bu denli önemli ve sorumluluğunun yüksek olduğu kolektif ve adi komandit şirketlerde, ortaklardan birinin ölümü, şirketin yapısını etkiler. Ortağın ölümünün kişi şirketlerine etkisi, kolektif ve komandit şirket bakımından ayrı ayrı ele alınarak incelenecektir.

A. Kolektif Şirketlerde

a. Ortağın Ölümünün Etkisi

Kolektif şirket, Türk Ticaret Kanununun 211. maddesinde “*Kolektif şirket ticari bir işletmeyi bir ticaret unvanı altında işletmek amacıyla, gerçek*

² Doktrinde kolektif şirket ortağının başka şirketlere ortak olup olamayacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, yönetim ve denetim hakkının kullanarak şirketin tüm sırlarını bilen ortakların, ana sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, ortağı olduğu şirketin yaptığı türden işleri, diğer ortakların izni olmaksızın kendi ve başkası adına yapmasının yasak olduğunu savunurlar. Bu görüşteki yazarlar, kolektif şirket ortaklarının aynı tür ticari işlerle uğraşan şirketlere sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremeyeceğini ileri sürerler (Bk. **Bozkurt**, Tamer: Ticaret Hukuku, Kocaeli 2017, Ticaret Hukuku, s. 196; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2015, s. 121; **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2017, s. 87). Aksi görüşteki bazı yazarlar ise, Türk Ticaret Kanunu’nun 230. maddesinin birinci fıkrasındaki rekabet yasağına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, ortağın başka kolektif şirketlere de ortak olabileceğini, başka unvanlar altında değişik kolektif şirketler kurup işletebileceğini savunurlar (Bk. **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/ **Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul 2014, N.193, s. 190).

kişiler arasında kurulan ve ortaklarından hiçbirinin sorumluluğu şirket alacaklarına karşı sınırlanmamış olan şirkettir” şeklinde tanımlanmıştır.

Kollektif şirketler en az iki gerçek kişi ile kurulurlar. Tüzel kişiler kollektif şirket ortağı olamazlar. Bu koşul, sonradan ortaklık haklarının devri ile de etkisiz hale getirilemez. Kollektif şirketlerde ortaklar şirketin borçlarından sınırsız sorumlu oldukları ve bu sorumluluk ortakların ölüm sonrasında külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçılara geçeceği için, miras hükümlerine tabi olmayan tüzel kişilerin kollektif şirket ortağı olmaları kabul edilmemiştir³.

Kollektif şirketlerde ortağın ölümü, kollektif şirket yapısının kanunen değişmesine yol açan bir durumdur. Gerçek kişi ortaklardan oluşmak zorunda olan kollektif şirketlerde ortaklardan birinin ölümü, kural olarak şirketi sona erdirir⁴ (TTK 253).

Şirket sözleşmesinde şirketin ölen ortağın mirasçılarınınla devamına ilişkin düzenlenme yoksa, şirket ancak mirasçılar ve diğer tüm ortakların oybirliği ile devam eder (TTK 253).

Her mirasçı birbirinden bağımsız olarak şirkete ortak olma veya olmama seçimini serbestçe yapabilir. Şirkette ortak olarak kalmayı tercih eden mirasçılar ile diğer tüm ortaklar arasında yapılacak sözleşme ile, mirasçı şirkete ortak sıfatı ile katılır.

Şirkette ortak olarak kalmayı tercih etmeyen veya mevcut diğer ortaklarla ortaklık sözleşmesi yapamayan mirasçılara, ölen ortağın tasfiye payından kendisine düşen miras payı oranında ödeme yapılır. Bu mirasçılara yapılacak ödeme, ölüm tarihindeki şirketin durumuna göre belirlenir. Söz konusu alacak mirasçının ortaklığa katılmayacağı kesinleştiği tarihte muaccel olur. Bu bedel, Türk Ticaret Kanununun 262. maddesinin birinci fıkrası gereğince yapılacak ilk bilanço tarihinde ödenir.

Görüldüğü gibi ölen ortağın mirasçıları arasında şirkette kalma hususunda oybirliği sağlanamazsa, diğer ortaklar şirkette girmek istemeyen

³ **Bozkurt**, Ticaret Hukuku, s. 196; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N.193, s. 190; **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku, Genel Esaslar 5. Baskı, Ankara 2017, s. 200; **Bilgili/Demirkapı**, s. 11-112; **Bahtiyar**, s. 79-80; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 337-339; **Ayhan**, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2019, s. 198.

⁴ **Hausheer**, Heinz: Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Bern 1970, s. 102; **Pulaşlı**, s. 213; **Bahtiyar**, s. 93-94; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 245.

mirasçılara ayrılma pay bedellerini vererek şirkete devam edebilirler⁵. Ancak ölen ortak dışında kalan ortaklar arasında şirketin devamı hakkında oybirliği sağlanamazsa, şirket feshedilir⁶.

Gerek mirasçılardan gerekse kalan ortakların şirketin devamı hakkındaki kararlarını ortaya koymaları için kanunda belirlenmiş bir süre yoktur. Ancak somut olayın özelliği ve dürüstlük kuralı dikkate alınarak makul bir süre öngörülür. Sürenin belirlenmesinde Türk Ticaret Kanununun 253. maddesinde belirlenen üç aylık süreden kıyasen yararlanılabilir. Makul süre içinde

⁵ Bu konuda bk. **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 17.01.2002 tarihli, E. 2002/9697, K. 2002/221 sayılı kararı özetle şöyledir:** “Kollektif ortağın ölen ortağının mirasçısı olan eşin, ortaklıktan ayrılması halinde, ayrılma payının hangi tarihe ve esaslara göre belirleneceği yönünden, öğretide de belirlendiği üzere yasal bir boşluk vardır.

Kollektif ortaklık sözleşmesinde özel bir düzenleme yoksa, ölen ortağın mirasçısının ortaklıktan ayrılma istemi, diğer ortaklarca görüşülüp çıkarma kararı alınmadıkça hüküm doğurmaz.

Çıkma payının kollektif ortaklıkça belirtilmediği, bunun tespit ve tahsiline karar verilmesinin istendiği bir davada, ortağın ölüm tarihini esas alan bir karar verilemez.

Mahkemece, hüküm tarihine en yakın tarih itibarıyla, çıkan ortağın, çıkma payının gerçek değeri tespit edilir.” (Bu karar için bk. **Gönen**, Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, Ankara 2013, s. 2221-2222).

⁶ **Bozkurt**, Ticaret Hukuku, s. 205; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N.316, s. 233; **Hausheer**, s. 98-99. Aynı doğrultuda **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 12/01/2015 tarihli, E. 2014/18217, K. 2015/70 sayılı kararı özetle şöyledir** : “...Kollektif şirketlerde bir ortağın ölümünün şirketin sona erdiren sebeplerden sayıldığı, davaya konusu şirket ana sözleşmesinde ortağın ölümü halinde şirketin mirasçılarla devam edeceğine dair bir hükmün bulunmadığı, ölen ortağın mirasçılarının şirketin devamına muvafakat vermedikleri, hisse devir sözleşmesi ve ön anlaşma protokolünün de iptali ile şirketin infisah edeceği gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın kabulüyle ...Noterliği’nce Düzenlenen 19.4.1995 tarih...yevmiye numaralı ön anlaşma protokolünün iptaline, ... ve ... unvanıyla ticaret siciline kayıtlı şirketini 3.3.1995 tarihi itibarıyla infisah ettiğinin tespiti ile şirketin tasfiyesine, tasfiye memuru olarak Mali Müşavir...atanmasına karar verilmiştir.” (www.kazanci.com.tr)

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesinin, 08.02.2017 tarihli, E. 2017/43, K. 2017/41 sayılı kararı özetle şöyledir: “Şirketin ana sözleşmesinde ortaklardan birinin ölmesi halinde ne yapılacağı hususunda bir düzenleme olmadığından şirket ortaklarından *Burhan Uzel*’in ölmesi nedeniyle sağ kalan ortaklardan olan davacıların, diğer ortak davalı *Necati Ü.*’e gönderdikleri “ortaklığa devam etmeyecekleri yönündeki” ihtarname karşısında; şirketin devamı yönünden öngörülen oy birliğinin sağlanamayacağını anlaşılmış olması nedeniyle “Ü... Kardeşler Kollektif Şirketi - *Burhan Ü. ve Kardeşleri*” şirketinin sona erdiğinin tespiti ile fesih ve tasfiyesine ilişkin olarak ilk derece mahkemesince verilen kararda usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı gibi kamu düzenine de aykırılık görülmediğinden istinaf talebinin esastan reddine karar verilmesi gerekir.” (www.kazanci.com.tr)

şirketin devamı yönünde sonuca ulaşılmazsa, şirketin infisah ettiği kabul edilir⁷.

Şirket sözleşmesinde şirketin ölen ortağın mirasçılarınınla devamına ilişkin düzenleme varsa, mirasçılar şirkette ortak olup olmama hususunda serbesttir (TTK 253/2). İsteyen mirasçı, ayrılma payını alarak ortaklıktan çıkma hakkını kullanabilir. İsteyen mirasçı da ortak olmayı tercih edebilir. Mirasçılar ortak olmak isterlerse, diğer ortaklar bu isteği kabule zorludur.

Kollektif şirket sözleşmesinde şirketin ölen mirasçılarla devamına ilişkin düzenleme, mirasçılara bir seçimlik hak daha verir. Böylesi bir durumda mirasçıların ortaklıktan ayrılma veya kollektif ortak olarak ortaklıkta kalma hakları yanında, komanditer ortak olma hakları da bulunmaktadır.

Mirasçılar, kanun gereği ölüm tarihinden itibaren, miras payları oranında komanditer ortak kabul edilirler. Bu üç aylık süre içinde, şirkette kollektif ortak veya komandit ortak olarak kalıp kalmayacaklarına ilişkin kararlarını şirkete bildirmelidirler.

Mirasçı komanditer ortak olarak kalmak isterse, diğer ortaklar bu öneriyi kabul etmek zorunda değiller. Mirasçının komanditer ortak olmasını kabul etmeyen diğer ortakların, bu mirasçının ayrılma payını ödemeleri gerekir.

Mirasçılar üç aylık süre içinde herhangi bir seçim hakkı kullanamaz, ortaklıktan çıkma veya komanditer ortak olma hususlarında şirkete bildirimde bulunmazlarsa, ilk üç ay için komanditer ortak, üç ayın dolmasından itibaren kollektif ortak kabul edilirler⁸ (TTK 253/2).

Ortağın ölümü sonucunda ortaklar arasındaki değişiklikler, iç ilişkide olayın gerçekleştiği anda, dış ilişkide tescil ve ilandan itibaren hüküm ve sonuç doğurur.

b. Tasfiye Halinde Ölümün Etkisi

Kollektif şirket tasfiyesine ilişkin kurallar emredici değildir. Ortaklar, şirket sözleşmesinde veya ortaklığın feshinden sonra tasfiyenin nasıl gerçekleşeceğini serbestçe düzenleyebilirler. Eğer ortaklar tasfiye için özel kurallar belirlememişlerse, kollektif şirketin tasfiyesi Türk Ticaret Kanununun 267 ve devamı hükümlerine göre düzenlenir⁹.

⁷ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.316 s. 234; Bilgili/Demirkapı, s. 123.

⁸ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N.317-318, s. 234.

⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 11.05.1981 tarihli, E.1981/2410, K. 1981/2287 sayılı kararı özetle şöyledir: “Fesih edilen bir kollektif ortaklığın, ortaklık sözleşmesinde,

Kollektif şirketin tasfiyesine karar verilmesi halinde, şirket tasfiye amacı ile sınırlı olarak tasfiye memurlarınca yönetilir (TTK 237/2, 272). Tasfiye memuru olarak şirket ortaklarından biri veya bir kaç atanacağı gibi, dışarıdan üçüncü bir kişide tasfiye memuru olarak atanabilir (TTK 273).

Tasfiye memurları, kural olarak, ortakların oybirliği ile verdikleri kararlara göre hareket ederler (TTK 268/1). Tasfiye memuru atama, azil, talimat verme hakkı, ortağın ölümünde mirasçılara aittir (TTK 268/2). Mirasçıları oybirliği ile atayacakları temsilci temsil eder. Oybirliği sağlanamazsa, mahkeme temsilci atar¹⁰.

B. Komandit Şirketlerde

Kişi şirketlerinin bir diğer türü, komandit şirketlerdir. Adi komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket olarak farklı alt türleri olan komandit şirketlerde, adi komandit şirket, kişi şirketi özelliği gösterir.

Adi komandit şirketlerin ortakları, komandite ve komanditer ortak olarak ayrılır. Komandite ortak, şirketin borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı tüm malvarlığı ile sınırsız ve müteselsilen sorumlu ortaktır. Bu ortakların şirket unvanında ad ve soyadlarının bulunması gerekir. Şirketi yönetime ve temsil etme yetkisine sahiptirler. Komandite ortaklar gerçek kişi olmak zorundadırlar. Görüldüğü gibi komandite ortak, gerek ortaklık hak ve yükümlülükler gerekse sorumluluk bakımından kollektif şirket ortağının gösterdiği özellikleri gösterir.

Komanditer ortak ise, sorumluluğu sınırlandırılmış ortaktır (TTK 325). Sorumlulukları koymayı taahhüt ettikleri katılım payı ile sınırlıdır. Komanditer ortağın sınırlandırılmış sorumluluğuna karşın, iflasına karar verilebilir (TTK 326). Şirketin temsil ve idaresinde rol oynamayan komanditer ortaklar, gerçek veya tüzel kişilerden oluşabilirler (TTK 304/3).

Komandit şirketin sona ermesi, tasfiyesi ile ortakların çıkma ve çıkarılmasına ilişkin hususlarda, kollektif şirket hükümleri uygulanır.

Komandit şirketlerde, ortağın ölümü, ortağın komandite ortak mı komanditer ortak mı olduğuna göre farklılık gösterir.

özel bir düzenleme yoksa, yasa hükümleri uyarınca tasfiyesi yapılır.”
(www.kazanci.com.tr).

¹⁰ **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 09.04.2007 tarihli, E. 2007/2903, K. 2007/5534 sayılı kararı özetle şöyledir:** “Tasfiye halindeki şirket ortaklarından birinin vefatı sonucu mirasçılar anlaşarak bir mümessil tayin edemedikleri takdirde, tasfiye memuru temsilci tayini için mahkemeye başvurabilir” (Eriş, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, Ankara 2013, s. 2228).

Komanditer ortağın ölümü, ana sözleşmede aksi öngörülmemişse, şirketi sona erdirmez (TTK 328). Komanditer ortağın ölümü durumunda, yerine mirasçısı geçer¹¹ (TTK 316).

Komanditer ortağın ölümü halinde ölen ortağın yerine mirasçısı geçer. Ortağın mirasçıları ortak olmak istemiyorlarsa, mirası reddetmeleri gerekir. Mirasçıya, kollektif şirkette olduğu gibi ortak kalma veya tasfiye payı alma hususunda seçim hakkı tanınmamıştır. Ancak ana sözleşmede açıkça yazıyorsa veya kalan ortaklar oybirliği ile kabul ederlerse, ölen ortağın şirket ortağı olmak istemeyen mirasçısına ayrılma payı verilebilir.

Şirket sözleşmesinde, komanditer ortağın ölümünün şirketi sona erdireceği düzenlenmişse, ortağın ölümü şirketi sona erdirir. Ölüm ile şirket kendiliğinden son bulur¹².

Komandite ortağın ölümü ise, yukarıda açıkladığımız kollektif şirket ortağının ölümünün sonuçlarını doğurur¹³.

¹¹ **Pulaşlı**, bu durumda şirketin devamının sağlanması için Türk Ticaret Kanununun 253. Maddesinin birinci fıkrası uyarınca sağ kalan ortaklar ile bütün mirasçıların bunu oy birliği ile kabul etmeleri gerektiği, aksi halde şirketin sona ereceği, tasfiyesinin gerekeceği görüşündedir (**Pulaşlı**, s. 235).

¹² **Pulaşlı**, s. 235; **Hausheer**, s. 221-22; **Bozkurt**, Ticaret Hukuku, s. 212; **Meier- Hayoz/ Forstmoser**, s. 337 vd., s. 361 vd. özellikle s. 374.

¹³ **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 200.9.1985 tarihli, E. 1985/4424, K. 1985/4708 sayılı kararı özetle şöyledir:** "Komandit şirket süresiz olarak kurulmuş olsa bile ortaklardan birinin ölümü durumunda sona erer. Şirketin devam edebilmesi için, ya mirasçılarla önceden yapılmış bir sözleşme bulunması ya da sağ kalan ortaklarla, ölen ortağın mirasçılarının oybirliği ile şirketin devamına karar vermiş olmaları gereklidir... TTK'nun 267. maddesinin yollamasıyla komandit şirketlere de uygulanması gereken kollektif şirketlere ait 185 ila 242. maddeleri meyanında bulunan 185. maddenin göndermesi ile uygulanması gereken Borçlar Kanunu'nun 535/2. bendi hükmü gereğince ve şirketin süreli veya süresiz olduğu nazara alınmaksızın "mirasçılar ile şirketin devamına dair evvelce yazılmış bir sözleşme olmadığı takdirde şeriklerden birinin ölmesi ile" şirketin son bulacağına, şirket sözleşmesinde ölen ortağın mirasçıları ile şirketin devam edeceğine dair bir hüküm bulunmamasına, bu durumda TTK'nun 195/1. maddesi gereğince şirketin devamı için sağ kalan ortaklar ile ölen ortağın mirasçılarının ancak ittifakla verecekleri bir kararla şirketin mirasçılarla devam edebileceği, TTK m. 195/1, son cümle gereğince, mirasçılar devama muvafakat etseler dahi sağ kalan ortaklardan birinin şirketin devamına razı olmaması sebebiyle ittifak hasıl olmadığı takdirde şirketin infisah edeceğine, olayda davacı ortağın ölen ortağın mirasçıları ile ortaklığa devam etmeğe rıza göstermediği anlaşıldığından mahkemece şirketin infisah ettiğinin tesbiti ile tasfiyeye karar verilmesinde, bu nedenlerle yasalara bir aykırılık bulunmamasına göre davalılardan C. ve K.'nin HUMK.nun 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir " (www.kazanci.com.tr).

Özel bir durum olarak, şirkette tek komandite ortağın olması ve bu ortağın ölümü hali incelenmelidir. Böyle bir durumda şirket sözleşmesinde özel hükümler varsa öncelikle bu hükümler uygulanmalıdır. Şirkette ölüm ile boşalan komandite ortağın yerine mirasçılardan birinin komandite ortak olmaya kabul etmesi gerekir. Mirasçılarda hiç biri komandite ortak olmayı kabul etmezse, komanditer ortaklardan birinin komandite ortak olmayı kabul etmesi gerekir. Aksi halde şirket infisah etmiş sayılır.

II. SERMAYE ŞİRKETLERİNDE ÖLÜMÜN ETKİLİ OLDUĞU DURUMLAR

Sermaye şirketlerinde şirket tüzel kişiliği ile ortakların kişilikleri mümkün olduğunca birbirinden ayrılmaya çalışılmıştır¹⁴. Sermaye şirketlerinde ortakların kişiliklerinin etkisini azaltan, hatta ortadan kaldıran birçok düzenleme bulunmaktadır.

Örneğin, sermaye şirketlerinde ortakların kanun gereği yönetici olması, özden organ ilkesi gibi durumlar söz konusu değildir. Şirket yönetiminin profesyonelleşmesi amaçlanarak, ortak olmayan kişilere de şirketi idare ve temsil etme olanağı sağlanmıştır (TTK 359 vd, 623). Bu şirketlerde ortaklar, koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı bir sorumluluk taşırlar (TTK 480). Sermaye koyma borcunu yerine getiren ortak, şirkete karşı yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır.

Genel kurullarda toplantı ve karar alma yeter sayılarının çoğunluk esasına tabi tutulması (TTK 418,620), oybirliği aranan işlemlerin oldukça sınırlı olması (TTK 421/2, 607) sermaye şirketinde ortakların kişiliklerini etkisini azaltan düzenlemelerdir.

Sermaye şirketlerine yeni ortakların girmesi ve mevcut ortakların ortaklıktan çıkmaları mümkün olduğunca kolaylaştırılmıştır. Şirkette pay devirleri

¹⁴ Alman hukuku ve İsviçre hukukunda sermaye şirketlerinde şirket tüzel kişiliği ön planda olup, şirketin işleyişinde ortakların kişiliklerinin etkisi oldukça azdır. Bu hususta Alman hukuku bakımından ayrıntılı bilgi için bk. **Westermann**, Harm Peter: Heidelberger Kommentar, Aktiengesetz, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frenchen, Hamburg, 2011, s. 395 vd.; **Drygala**, Tim/**Staa**ke, Marco/**Szalai**, Stephan: Kapitalgesellschaftsrecht, Berlin Heidelberg 2012, s. 3 vd.; **Schmidt**, Karsten/**Lutter**, Marcus, (**Lutter**), Aktiengesetz Kommentar, Köln 2008, s. 154 vd.

İsviçre hukuk bakımından ayrıntılı bilgi için bk. **Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, 1996, s. 113; **Meier**, Robert: Die Aktiengesellschaft, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2005, s. 3 vd.; **von Büren**, Ronald/**Stoffel**, Walter A./**Weber**, Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts, 2. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2007, s. 2 vd.; **von der Crone**, Hans Caspar: Aktienrecht, Bern 2014, s. 1 vd.

kural olarak serbestlik ilkesine tabi olup, şirketin pay devrine onay vermeme nedenleri oldukça sınırlıdır (TTK 489–495, 595).

Şirketlerin sona erme nedenleri arasında ortakların kişiliklerinden kaynaklanan ölüm, iflas, ödeme güçsüzlüğü gibi nedenler yer almamaktadır (TTK 529-531, 636).

Tüm bu düzenlemelere rağmen, sermaye şirketlerinde de ortağın ölümünün etkili olduğu durumlara rastlanmakta ve çoğu istisnai düzenleme oluşturan bu durumların oldukça önemli sonuçları bulunmaktadır.

Ortağın ölümünün sermaye şirketlerine etkisi anonim şirket ve limited şirket bakımından ayrı ayrı ele alınarak incelenecektir.

A. Anonim Şirketlerde

a. Yönetim Kurulunda Ölümün Etkisi

Anonim şirket yönetim kurulu, şirket esas sözleşmesi ile atanmış veya genel kurulca seçilmiş bir veya birkaç üyeden oluşabilir (TTK 359/1). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yönetim kurulu üyelerin ortak olma ve gerçek kişi olma zorunluluğu kaldırılarak, şirketlerin yönetiminin profesyonelleşmesi sağlanmaya çalışılmıştır¹⁵.

Yönetim kurulu üyesinin gerçek kişi olması halinde, bu üyenin ölümü yönetim kurulu üyeliğini kendiliğinden sona erdirir (TTK 363).

Yönetim kurulu birden fazla üyeden oluşuyorsa, ölüm nedeniyle boşalan üyelik yerine yönetim kurulunun diğer üyeleri yeni bir üye seçerler¹⁶.

¹⁵ **Bozkurt**, Ticaret Hukuku, s. 232; **Pulaşlı**, s. 413; **Bilgili/Demirkapı**, s. 22; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 298 vd.; İsviçre hukukunda yönetim kuruluna ilişkin benzer hukuki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. (OR 716 vd) **Meier**, s. 263 vd.; **von Büren**, Ronald/**Stoffel**, Walter A./**Weber**, Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts, 2. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2007, s. 123 vd.; **Krnet**, Georg: Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Auflage, Bern 2005, s. 12 vd.; **von der Crone**, s. 187 vd.

¹⁶ Doktrinde Türk Ticaret Kanununun 363 maddesinin birinci fıkrasının emredici nitelik taşımadığı, esas sözleşme ile bu yetkinin kullanılmasının sınırlanabileceği veya ortadan kaldırılabilmesi ileri sürülmektedir (Bu görüş için bk. **Kırca**, İsmail /**Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal/**Manavgat**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 424, benzer yönde **Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II, İstanbul 1960, s. 106). Ayrıca yönetim kurulu seçme yetkisinin aslen genel kurulda olduğu, bu nedenle yönetim kurulunun geçici üye seçme hakkının kaldırılabilmesi, ancak geçici üye atama hakkının yönetim kurulundan alınıp üçüncü bir kişiye verilmesinin Türk Ticaret Kanununun 340. maddesine aykırılık taşıyacağı görüşü için bk. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, s. 424.

Yönetim kurulunun ölüm, istifa, ehliyet kaybı gibi nedenlerle boşalması halinde, boşalan üyeliklerin yerine geçici üye atamasının bir sınırı vardır. Bu sınır, seçilmiş yönetim kurulu üyelerinin toplantı ve karar alma yeter sayısını sağlayabilmesidir. Kalan üyeler, gerekli nisapları sağladıkları oranda geçici üye ataması yapabilirler¹⁷.

Yönetim kurulu, esas sözleşmede daha ağır bir oran belirlenmediği takdirde, üye tam sayısı çoğunluğuyla toplanıp¹⁸ toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar alır (TTK 390). Bu nisaba boşalan üyelere dahil edilerek, üye tam sayısı esas alınmalıdır. Örneğin üç üyeden oluşan bir yönetim kurulunda ancak bir üyenin ölümü halinde kalan iki üye geçici bir yönetim kurulu üyesi atayabilir. Bu yönetim kurulunda birden fazla üye, üyeliklerini kaybederse geri kalan üyeler geçici atama yapamazlar. Yine beş kişiden oluşan yönetim kurulunda, toplantı ve karar alma nisapları dikkate alınarak ancak iki üyeye kadar geçici üye ataması yapılabilir. Bu nisaplar sağlanamayacak kadar üye kaybı yaşanmışsa, artık her pay sahibinin genel kurulu toplantıya çağırma hakkı kullanılması ve genel kurulun yönetim kurulunu seçmek için olağanüstü toplanması gerekir.

Yönetim kurulu bir¹⁹ veya iki üyeden oluşuyorsa ve bu üyelerden biri veya ikisi ölürse, Türk Ticaret Kanununun geçici üye atanmasına ilişkin 363. maddesi uygulama alanı bulamaz. Bu durumda genel kurul tarafından yeni yönetim kurulu üyesi seçilmelidir.

Yönetim kurulu üye ölümü ile iş yapamaz hale geldiği için, her bir pay sahibi ve tüm ilgiller mahkmeden şirkete kayyum atanmasını talep edebilir (TMK 426). Atanacak kayyum, organ eksikliğini gidermek için şirketin genel kurul toplantısını yapmak üzere görevlendirilmelidir²⁰ (TTK 530).

¹⁷ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 420; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N.547b, s. 355.

¹⁸ Yönetim kurulu toplantı nisabı “üye tam sayısının çoğunluğu” esasına bağlandığı için, Yargıtay’ın önceki kanun döneminde verdiği boşalma nedeniyle toplantı karar alma sayısının sağlanmasına rağmen, karar alma sayısının sağlanabildiği durumlarda boşalan üyelik için seçim yapılabileceği içtihatları artık uygulanamaz. Bu yönde Yargıtay kararları için bk. 11. Hukuk Dairesinin, 08.02.1990 tarihli, E. 1989/5478, K. 1990/708 sayılı ve 11. Hukuk Dairesinin, 28.09.1992 tarihli, E. 1991/2651, K. 1992/9311 sayılı kararları (www.kazanci.com.tr).

¹⁹ **Bahtiyar**, kanunda yedek yönetim kurulu üyesi belirlenmesine izin veren bir düzenlemenin bulunmadığını, oysaki özellikle tek üyeden oluşan yönetim kurullarında yedek üye seçilmesinin bir ihtiyaç olduğunu, tek üyenin ölümü halinde genel kurulun toplanmasının gerektiğini belirtmektedir (**Bahtiyar**, s. 238-239).

²⁰ **Pulaşlı**, s. 426; **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 421; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N.547a, s. 355.

Belli grupların yönetim kuruluna temsilci atamasına dayalı olarak gerçekleşen üyeliklerde, bu üyelerin ölümünün etkisi incelenmelidir. Türk Ticaret Kanununun 360. maddesi gereğince belli bir grubu oluşturan pay sahiplerine yönetim kuruluna üye atama yetkisi verilmiş ve atanan üye ölmüşse, bu üye yerine atanacak üyenin de söz konusu grup tarafından önerilmesi ve önerilen adaylar arasından diğer yönetim kurulu üyelerince atama yapılması gerekir²¹. Eğer grup tarafından bir aday gösterilmemişse veya gösterilen adayın atanmaması için haklı sebepler varsa, yönetim kurulu üyeleri başkaca bir kişiyi geçici yönetim kurulu üyesi olarak atayabilirler. Bu istisnai durum dışında, grup adayı dışında atama yapılması halinde, yönetim kurul kararına karşı, pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal davası açılabilir²².

Tüzel kişi yönetim kurulu adına atanan temsilcinin ölmesi, tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğini etkilemez, sona erdirmez. Bu durumda tüzel kişi, başka bir temsilci atayarak onu tescil ve ilan ettirmelidir. Yeni atanan kişi yönetim görevini yerine getirmeye devam eder.

Kamu tüzel kişisinin atadığı yönetim kurulu üyesinin ölmesi halinde ise, bu boşluk yine kamu tüzel kişisi tarafından gönderilecek başka bir üye ile doldurulabilir²³.

Sermaye Piyasası Kanununa tabi anonim şirketlerin yönetim kurulu üyeliklerinde ölüm nedeniyle yaşanan boşalma halinde, üyelik kaybının yaşandığı tarihten itibaren otuz gün içinde genel kurulun toplanıp yeni yönetim kurul üyesi seçememesi halinde, Sermaye Piyasası Kuruluna, yönetim kurulu toplantı yeter sayısını sağlayacak sayıya kadar geçici yönetim kurulu atama yetkisi verilmiştir²⁴.

²¹ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 421; **Kendigelen**, Abuzer: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999, s. 287; **von Büren/Stoffel/Weber**, s. 124.

²² **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 422.

²³ **Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat**, s. 422; **Karaege**, Özge: “Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK 364)”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s. 83.

²⁴ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 128. Maddesinin 1 fıkrasının k bendi şöyledir: “(Ek: 12/7/2013-6495/57 md.) “Halka açık ortaklıkların yönetim kurullarında, yönetim kurulu üyelerinin tamamının veya bir kısmının görev süresinin dolması veya üyeliklerinin boşalması sebebiyle yönetim kurulu toplantı yeter sayısının sağlanamaması ve görev süresi dolan veya üyeliği boşalan yönetim kurulu üyelerinin yerlerine görev sürelerinin bitimini veya üyeliğin boşalmasını takip eden 30 gün içinde yeni yönetim kurulu üyelerini seçmek üzere genel kurulun toplanamaması veya genel kurulda yeter sayıda yönetim kurulu üyesinin seçilememesi durumunda, Kurul, yerlerine halka açık ortaklık genel kurulunca yeni üyeler seçilinceye veya Kurulca başka üyeler atanıncaya

Yönetim kurulu üyesi atanmasında asıl yetkili organ genel kurul olduğu için, herhangi bir geçici üye ilk yapılacak genel kurulca onaylanmalıdır. Genel kurul yönetim kurulunca seçilen üyeyi onaylarsa, bu üye yerine seçildiği yönetim kurulunun kalan süresini tamamlar (TTK 363/1). Genel kurul, yönetim kurulunca seçilen üyeyi onaylamazsa, seçilen üyenin üyeliği sona erer. Geçici üyenin seçildiği süre içinde aldığı kararlar, üyenin yetki ve sorumlulukları bu reddeden etkilenmez. Red ileri etkili sonuç doğurur.

Yönetim kurulunca seçilen geçici üyenin hakları, sorumlulukları ve verdiği oyların geçerliliği bakımından, diğer yönetim kurulu üyelerinden bir farkı yoktur²⁵.

b. Oy Hakkında Ölümün Etkisi

Anonim şirketlerde oy hakkı, pay sahibinin vazgeçilmez ortaksal haklarından biridir. Kural olarak her pay en az bir oy hakkı verir. Pay sahibinin ölmesi halinde, paylar üzerinde birden fazla kişinin ortak mülkiyeti doğabilir. Birden fazla kişinin ortak mülkiyetinde bulunan paylardan kaynaklanan genel kurula katılma ve oy kullanma haklarına ilişkin Türk Ticaret Kanununun 432. maddesinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme gereğince, bir pay birden fazla kişinin ortak mülkiyetindeyse, bunlardan biri veya üçüncü bir kişi, genel kurulda paydan doğan hakları kullanması için temsilci olarak atanabilir. Bu temsilci tüm malikleri temsilen paydan kaynaklı hakları kullanır²⁶.

kadar görev yapmak üzere yönetim kurulu toplantı yeter sayısını sağlayacak asgari sayıda, Kurulun kurumsal yönetim ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerini sağlayan yönetim kurulu üyelerini resen atar. Görev süresinin dolması nedeniyle boşalan halka açık ortaklık yönetim kurulu üyeliklerine Kurulca atamalar yapılmıyaya kadar, görev süresi dolan yönetim kurulu üyeleri görevlerine devam eder. Kurulca yapılan resen atama sonucunda geriye kalan boş üyelikler için, kurumsal yönetim ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerini sağlayan, boş üye sayısının 3 katı kadar kişiyi halka açık ortaklığın ortaklarından aday göstermelerini talep eder. Kurul bu talebini ortakların halka açık ortaklıkta sahip olduğu pay oranlarını dikkate alarak belirler ve bu bentteki esaslara uygun olarak atama yapar. Olağan genel kurul toplantısını kanuni süresi içinde üst üste iki hesap dönemi içinde yapmayan ve yönetim kurulu üyeleri kısmen veya tamamen Kurulca yukarıdaki fıkralar uyarınca atanmış halka açık ortaklıklarda genel kurulun yetkileri YTM tarafından kullanılabilir. Bu bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir.”

²⁵ Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 423-424.

²⁶ İsviçre hukukunda benzer düzenleme için bk. Meier, s. 134 vd.; von Büren/Stoffel/Weber, s. 62 vd.; von der Crone, s. 135 vd.

Alman hukukunda benzer düzenleme için bk. Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus, (Ziemons, Hildegard), Aktiengesetz Kommentar, Köln 2008, s. 229 vd.

Eğer ortak mülkiyet sahipleri, temsilci atayamazlarsa, şirketçe pay sahiplerinden birine yapılacak tebligatın tümü hakkında geçerli olur (TTK 477). Bu düzenleme ile ortak mülkiyette maliklere yapılacak tebligatlara ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanununun hükümlerinden farklı bir sonuca ulaşılmıştır (HMK 57-59) .

c. İmtiyazlara Ölümün Etkisi

Anonim şirketlerde paylar arasında eşitlik ve oransallık gibi temel ilkerin istisnasını oluşturan imtiyazlar esas sözleşme ile tanınabilir. Tanınan imtiyazın konusunun ve kapsamının açıkça belirtilmesi gereklidir. Kural olarak paya tanınan imtiyazlar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 360. maddesinin üçüncü maddesi ile pay sahibine de tanınmıştır.

Paya tanınan imtiyazlar, kar payında, tasfiye payında, rüçhan hakkında ve oy hakkında tanınan imtiyazlar olarak belirlenmiştir.

Pay sahibine tanınan imtiyaz ise, belirli nitelik ve özellikte olan pay sahiplerine yönetim kurulunda temsil edilebilme hakkı tanıyan imtiyazdır (TTK 360/3). Aynı şekilde ana sözleşme ile kişiye tanınan ana sözleşme değişikliklerini önleme hakkı (veto hakkı), Murahhas üye olma hakkı gibi haklarda pay değil, pay sahibine tanınan ayrıcalıklardır.

İmtiyazlı paya sahip olan pay sahibinin ölmesi durumunda, bu paylar imtiyaz durumunda bir değişiklik olmaksızın mirasçılara intikal eder. Mirasçılar imtiyazlı paylardan kaynaklanan hakları kullanmaya devam ederler. Ancak pay sahibine tanınan imtiyaz, pay sahibinin ölümü halinde son bulur, mirasçılara geçmez.

d. Bağlama Tabi Payların Devrinde Ölümün Etkisi

Anonim şirkette payların devrinde ana kural, devir serbestliğidir. Hamiline yazılı paylarda kayıtsız şartsız mutlak devir özgürlüğü vardır (TTK 489). Nama yazılı paylarda da kural devir özgürlüğüdür (TTK 490). Ancak bu kural, kanuni ve iradi (sözleşmesel) bağlamlar getirilerek sınırlanabilir. Bağlam getirilmesinin ana amacı, ticari veya kişisel nedenlerle, şirkete istenmeyen kişilerin ortak olmasını önlemektir²⁷.

Ölüm, bağlamlara ilişkin bir istisna halini oluşturur. Başka bir ifade ile miras yoluyla payların geçişi halinde, bağlamlarla getirilmek istenen sınırlamalar ortadan kalkar.

²⁷ Bozkurt, Ticaret Hukuku, s. 294; Bahtiyar, s. 326; Meier, s. 138; von der Crone, s. 135-136; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 445.

Ölümün, kanuni bağlam ve iradi bağlama tabi paylarda pay sahipliği haklarının geçişine etkisi aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

aa. Nama Yazılı Payların Devrindeki Kanuni Bağlam Durumunda

Nama yazılı payların devrinde kanuni sınırlama, pay bedelinin tamamen ödenmemiş olması halinde söz konusu olur (TTK 491). Bedeli tamamen ödenmemiş payın devrinde, şirket pay devrine onay vermekten kaçınabilir. Şirketin malvarlığını koruma ilkesi gereğince getirilen bu düzenleme ile, devralanın ödeme yeterliliğinin şüpheli olduğu, şirketçe istenen teminatın verilmediği hallerde şirket devre onay vermeyebilir. Birlik teorisinin benimsendiği pay geçiş sisteminde, şirket onay vermedikçe devralan şirkete karşı pay sahibi sıfatı kazanamaz²⁸.

Pay bedelinin tamamı ödenmemiş nama yazılı payın malikinin ölümü halinde ise bu kanuni bağlam uygulama alanı bulmaz. Başka bir ifade ile ölüm, kanuni bağlamı etkisizleştirir (TTK 491/1 c.2). Bedeli tamamen ödenmemiş paylar, miras yoluyla otomatikman (kendiliğinden) mirasçılara geçer²⁹. Şirket mirasçılardan teminat vermelerini talep edemez. Yine şirket, mirasçıların ödeme yeterliği olmadığı gerekçesiyle onay vermekten kaçınmaz.

bb. Borsaya Kote Edilmemiş Nama Yazılı Paylardaki İradi Bağlam Durumunda

Anonim şirketlerde, borsaya kote edilmeyen nama yazılı paylar varsa, bu paylara ilişkin şirket ana sözleşmesi ile iradi bağlam getirilebileceği öngörülmüştür (TTK 493). Böyle bir durumda şirket ancak, ana sözleşmede öngörülen haklı nedenlerin varlığı halinde, pay bedelini ödeme teklifi sunma koşuluyla ve devralanın açıklanmaması halinde pay devrine onay vermekten kaçınabilir.

Şirket ana sözleşmesinde, payın devrinde şirketin onaydan kaçınabileceği önemli nedenler açıkça belirtilmişse, pay devrine karşı bu önemli neden ileri sürülerek red kararı verilebilir. Önemli neden olarak, pay sahipleri çevresinin bileşimine ilişkin esas sözleşme hükümleri, şirketin işletme konusu veya ekonomik bağımsızlığı yönünden onayın reddini haklı gösteren nedenler kabul edilmiştir (TTK 493/1-c.1), Böyle bir durumda şirketin pay bedelini ödeme gibi herhangi bir yükümlülüğü olmaksızın devre red kararı vermesi mümkündür.

²⁸ Bozkurt, Ticaret Hukuku, s. 294; Bahtiyar, s. 331.

²⁹ Hausheer, s. 187; Meier, s. 141; von Büren/Stoffel/Weber, s. 207; Meier-Hayoz/Forstmoser, s. 355.

Şirketin pay devrine onay vermektan kaçınabileceği diğer bir durum, esas sözleşmede devir sınırlaması hakkı olması ve şirketin devre konu payın bedelini ödeme teklifinde bulunmasıdır. Doktrinde kaçınma klozu olarak adlandırılan bu hakkın kullanılması halinde, payın devrine doğrudan red kararı verilmeyecek, payın bedelinin gerçek değeri üzerinden şirket, diğer ortaklar veya üçüncü kişiler hesabına alınması önerilerek onay reddedilebilecektir³⁰.

Şirketin pay devrine onay vermektan kaçınabileceği son durum ise, inançlı iktisap işlemlerine karşıdır. Şirket, payı devralma talebiyle gelen kişinin, inançlı bir işlem içinde olduğu, gerçekte payın devri istenmeyen bir kişi olduğu şüphesi taşımaktaysa, devralan kişiden payları kendi ad ve hesabına devraldığına ilişkin beyanda bulunmasını talep edebilir. Beyanın gerçek dışı olduğu ortaya çıktığında ise, başkaca bir işlem veya mahkeme kararına gerek olmaksızın bu kişiyi pay defterinden silinebilir (TTK 500).

Ancak pay ölüm nedeniyle mirasçılara geçecekse, tüm bu iradi bağlamlar etkisini yitirir³¹. Şirket bu gerekçelerle payın mirasçılara geçmesini engelleyemez. Böyle bir durumda şirket ancak devredilen payların gerçek değerini ödeme önerisinde bulunarak onaydan kaçınabilir (TTK 493/4).

Miras yoluyla pay geçişinde, pay sahipliğinden kaynaklı malvarlığı hakları (kar payı vs) derhal, genel kurula katılma ve oy hakları ise ancak şirketin onayı ile birlikte mirasçuya geçer (TTK 494/2). Şirketin pay bedelini ödeme teklifi ile birlikte red için azami süresi, ölümden itibaren üç ay olarak kabul edilmelidir. Şirket üç ay içinde rayiç değeri üzerinden ödeme teklifinde bulunamamışsa, onay vermiş sayılır (TTK 494/3).

cc. Borsaya Kote Edilmiş Nama Yazılı Paylardaki İradi Bağlam Durumunda

Borsaya kote edilmiş nama yazılı payların devrinde, şirket ana sözleşmesi ile getirilebilecek tek iradi bağlam, yüzdesel sınırdır (TTK 495). Şirket ancak ana sözleşmede öngörülen sınırın aşılması halinde, pay devrine onay vermektan kaçınabilir.

Yüzdesel sınırları aşan devirlerde, paylar borsa içi edinilmişse, oy hakkı ve oya bağlı haklar dışındaki haklar, devirle birlikte edinen kişiye geçer. Bu devirler, harici sözleşme ile borsa dışı gerçekleşmişse, oy hakkı ve oy hak-

³⁰ **Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. Bozkurt, Tamer: Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam), İstanbul 2016, s. 15 vd. von Büren/Stoffel/Weber, s. 69; Meier-Hayoz/Forstmoser, s. 356.**

³¹ **Hausheer, s. 191; Meier, s. 142; von der Crone, s. 146.**

kına bağlı haklar dışındaki haklar, devralanın şirkete pay sahibi olarak tanınma başvurusu ile geçer (TTK 497/1-c.2). Ancak devralan şirket tarafından devre onay verilinceye kadar bu haklarını kullanamaz. Devralan, oy hakkı dışında malvarlığı ve kar payı haklarını kullanılabılır. Devralan kişi, şirket tarafından onay verilinceye kadar, oydan yoksun pay sahibi olarak pay defterine yazılır³².

Şirket devralanın pay sahibi olarak tanınma talebini aldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde red kararı verebilir. Şirket devri yirmi gün içinde red-detmezse, devralan pay sahibi sıfatı kazanır (TTK 498).

Ancak payın ölüm nedeniyle mirasçılara geçmesi halinde, bu yüzdesel sınıra ilişkin bağlam da etkisini yitirir. Miras nedeniyle pay geçişi, yüzdelik sınırı aşsa dahi şirket onay vermektan, iktisap edeni pay sahibi olarak tanı-maktan kaçınamaz. Ölüm halinde pay sahipliği hakları, mirasçılardan şirkete başvuru anında geçer³³.

e. Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Ölümün Etkisi

Anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesi gereğince şirketin kendi paylarını iktisap etmesi kural olarak yasaktır. Kanunda şirketin kendi paylarını iktisabına sınırlı olarak izin verilmiştir. Şirketin kendi paylarını iktisabına izin verilen haller olarak, genel kurul kararı ile iktisap (TTK 379), yakın ve ciddi bir tehlikenin önlenmesi amacıyla iktisap (TTK 381), istisnai hallerde iktisap (TTK 382) ve ivazsız iktisap (TTK 383) düzenlenmiştir.

Şirketin kendi paylarını genel kurul kararı ile iktisap edebilmesi için, şirketin iktisap edebileceği payların yüzde onluk yasal sınır dahilinde olması, bu yönde genel kurul kararı alınmış olması, iktisap edilecek payların bedeli düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifinin en az esas veya çıkarılmış ser-maye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen ye-dek akçelerin toplamı kadar olması ve payların bedellerinin tamamen öden-miş olması gerekir³⁴.

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin istisnaları, Türk Ticaret Kanununun 382. maddesinde düzenlenmiştir³⁵. Bu düzenlemeye göre, külli

³² **Bozkurt**, Bağlam, s. 62, s. 247 vd.; **Bahtiyar**, s. 333; **von Büren/Stoffel/Weber**, s. 63.

³³ **von der Crone**, s. 150, özellikle 158-159.

³⁴ **Ayan**, Özge: “Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı İle Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 202-214; **Türk**, Ahmet: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Ankara 2016, s. 155 vd. ; özellikle s. 248-249.

³⁵ Alman hukukunda şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin koşulları ve ölümün istisnai etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Wieneke**, Laurenz: Heidelberger Kommentar,

halefiyet durumunda, şirketin yakın ve ciddi bir tehlike ile karşı karşıya olması, yüzde onluk sınır ve diğer koşullar aranmaksızın, şirket kendi paylarını iktisap edebilir (TTK 382/1.b).

Yine ölüm nedeniyle şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde edinilen payların, şirket için bir kayba yol açmadan devri mümkün olur olmaz elden çıkarılması gerekir. Ancak her halde iktisap edilen payların edinme tarihinden itibaren en geç üç yıl içinde elden çıkarılması gerekir. Elden çıkarılması gereken kısım, esas sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yüzde onluk kısmını aşan kısımdır (TTK 384). Üç yıllık süre içinde elden çıkarılmayan, yüzde onluk kısmı aşan payların sermaye azaltılması yoluyla sona erdirilmesi gerekir (TTK 386).

f. Şirketin Sona Ermesinde Ölümün Etkisi

Anonim şirket ana sözleşmesinde, şirketin sona erme sebepleri düzenlenebilir³⁶ (TTK 529/1,c). Esas sözleşmede öngörülen sona erme sebebi gerçekleştiğinde, başkaca bir genel kurul kararı veya mahkeme kararına gerek kalmaksızın şirket kendiliğinden sona erer.

Anonim şirketin sermaye yapısıyla temelde bağdaşmamasına rağmen, şirket kurucu ortaklarından birinin ölümünün şirketin sona erme nedeni olacağı, ana sözleşmede düzenlenebilir³⁷. Böyle bir hükmün varlığı halinde, ana sözleşmede belirtilen ortağın ölümü şirketin sona ermesine yol açar.

C. Limited Şirketlerde

a. Esas Sermaye Payının Devrinde Ölümün Etkisi

Limited şirketler, sermaye şirketi olarak nitelendirilirlerse de bazı noktalarda kişi şirketlerinin özelliğini taşırlar. Limited şirket ortaklarının kişilikleri, anonim şirketlere göre daha fazla önem taşımaktadır.

Aktiengesetz, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frenchen, Hamburg, 2011, s. 585 vd.; **DrygalaStaake/Szalai**, s. 397 vd.

İsviçre hukukunda benzer düzenlemeler için bk. **von Büren/Stoffel/Weber**, s. 48; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 408 vd.; **von der Crone**, s. 625.

³⁶ İsviçre hukukunda benzer hukuki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Meier**, s. 433 vd; **von Büren/Stoffel/Weber**, s. 274; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 337 vd., s. 59; **von der Crone**, s. 775.

Alman hukukunda benzer düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bk. **Drygala/Staake/Szalai**, s. 586.

³⁷ **Pulaşlı**, böyle bir durumda anonim şirkete kolektif şirket gibi kişisel bir kimlik kazandırılacağı görüşündedir (**Pulaşlı**, s. 651, dn.11).

Limited şirketlerdeki ortakların kişiliklerine verilen önem nedeniyle, ortakların değişmesi anonim şirketlere göre daha ağır koşullara tabi tutulmuştur. Limited şirketlerde pay devri ana sözleşme ile yasaklanabilir veya sınırlanabilir. Payların nama yazılı senede bağlanması da sadece ispat kolaylığı sağlamaktadır. Payın senede bağlanıp bağlanmamasının pay devrinin kolaylığı bakımından bir etkisi yoktur.

Limited şirketlerde payın devredilebilmesi için, kural olarak, pay devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve taraf imzalarının noterden onaylanması gerekir (TTK 595/1). Limited şirkette, ana sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, genel kurulun onayına tabidir (TTK 595). Devir ancak genel kurulun onayı ile geçerli olur³⁸. Genel kurulun, ana sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sebep göstermeksizin dahi onayı reddetme hakkı vardır. Yine şirket sözleşmesinde ek ödeme veya yan edim yükümlülükleri öngörüldüğü takdirde, devralanın ödeme gücü şüpheli görüldüğü için ondan istenen teminat verilmemişse, genel kurul şirket sözleşmesinde hüküm bulunmasa bile, onayı reddedebilir. Onay süresi başvurudan itibaren üç aydır. Devralanın onay başvurusundan itibaren üç ay içinde genel kurul başvuruyu reddetmezse onay verilmiş sayılır (TTK 595/7).

Oysa ölüm halinde, murisin paylarının geçişinde ise özellikle genel kurulun onay koşulu ortadan kalkar (TTK 596). Paydan kaynaklı tüm hak ve

³⁸ **Bozkurt**, Ticaret Hukuku, s. 333; **Pulaşlı**, s. 793; **Bilgili/Demirkapı**, s. 441-444; **Bahtiyar**, s. 446; **Ayhan/Çağlar/Özdamar**, s. 541.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 01.12.2016 tarihli E. 2016/12116 K. 2016/8775 sayılı kararında özetle: “Dava, limited şirket hisse devir sözleşmesine aykırılık sebebiyle cezai şart talebine dair icra takibine itirazın iptali davası olup, mahkemece, davalı tarafın sözleşmedeki edimlerini yerine getirmediği ve sözleşmedeki imzasını da inkar etmediği gerekçesiyle sözleşmede öngörülen cezai şartı davacının hak kazandığı kanaatiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Limited şirket hisse devir sözleşmeleri 6102 Sayılı TTK'nın 595. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemlerin yazılı şekilde yapılması ve tarafların imzalarının noterce onanması şart olduğu gibi, şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, esas sermaye payının devri için, ortaklar genel kurulunun da onayı şarttır. Somut olayda, hisse devir sözleşmesinde noter onayı bulunmadığı gibi, sözleşmede hisselerini devreden ortağın imzası değil şirket müdürünün imzası bulunmaktadır. O halde, TTK'nın 595. maddesindeki şartlara uygun düzenlenmeyen hisse devir sözleşmesinin geçersiz olduğu ve buna bağlı olarak da sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın da geçersiz olduğu gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmiş olması doğru olmamış, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeplerle davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün davalı yararına BOZULMASINA, ödenen temyiz peşin harcın istemi halinde temyiz edene iadesine, 1.12.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (www.kazanci.com.tr).

borçlar ölüm ile birlikte mirasçılara geçer. Şirketin bu durumda ancak üç ay içinde payın geçtiği mirasçıyı reddetme hakkı vardır. Şirketin bu hakkı kullanabilmesi için payları kendi veya ortağı ya da kendisi tarafından gösterilen üçüncü bir kişi hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmayı önermesi gerekir. Şirket üç ay içinde bu pay geçişini açık ve yazılı şekilde reddetmezse, onay vermiş sayılır³⁹.

Bu üç aylık süre hak düşürücü nitelikte bir süredir. Genel kurul red kararını üç aylık süre içinde almalıdır. Üç aylık süre içinde red kararı alınmamışsa, pay geçişine onay verilmiş sayılır. Red kararının pay geçişi gerçekleşen kişilere ulaşmasına gerek yoktur.

Yine üç aylık süre sessiz şekilde geçirildikten sonra genel kurulun ayrıca onay vermesine ve bu durumu payı devralana bildirmesine gerek yoktur⁴⁰.

Türk Ticaret Kanununun 596. maddesinin birinci fıkrasına göre, esas sermaye paylarının miras yoluyla geçmesi yasa gereği olduğu için, Kanunun 595. maddesindeki şekli şartlarına tabi değildir. Esas sermaye payının miras yoluyla geçmesi külli halefiyet ilkesi gereğince tüm intikal hallerini, “kanuni mirası, muayyen mal vasiyetini” kapsar⁴¹.

Miras yoluyla payın elde edilmesi için, veraset ilamı, vasiyetname, miras sözleşmesi yeterli şekil şartını oluşturur. Ayrıca devir sözleşmesine,

³⁹ **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.05.2016 tarihli E. 2015/10379 K. 2016/5220 sayılı kararı özetle şöyledir:** “Mahkemece, 6102 Sayılı TTK’nun 596. maddesi gereğince, davalı şirketlerdeki davacının miras bırakanına ait esas sermaye payının genel kurul onayına gerek olmaksızın iktisap eden mirasçıya geçebileceği, ancak maddenin 2. fıkrasında ve yine son fıkrasında iktisabın öğrenilmesinden sonra davalı şirketlerce iktisabın ret edilmemesi halinde onay verilmiş sayılacağı, davacı tarafından davalı şirketlere ve davalı G..A..’a, noter aracılığı ile dava tarihinden üç aydan fazla süre önce tebliğ edilmek suretiyle intikale dair gerekli bilgilendirmenin yapıldığı, ancak davalı şirketlerce ve diğer davalı tarafından davacıya hisse intikaline dair herhangi bir ret işlemi yapılmadığından, anılı madde gereğince şirkete tanınan ret hakkının ortadan kalktığı ve davacıya şirket hisselerinin intikalinin onanmış sayıldığı, buna göre dava tarihi itibarıyla davacının eldeki davayı açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle, davanın 6100 Sayılı HMK’nın 114/1-h ve 115/2. maddesi uyarınca usulden reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı ve davalılar vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı ve davalı vekillerinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, 09.05.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (www.kazanci.com.tr).

⁴⁰ **Pulaşlı**, s. 805; **Bilgili/Demirkapı**, s. 445.

⁴¹ **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 14.02.1986 tarihli, E. 1986/215, K. 1986/711 sayılı kararı** (Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler, 1. Baskı. s. 1386); **Pulaşlı**, s. 802-803.

noter tasdikine ve ortakların devre onay verdiği genel kurul kararına gerek yoktur. Haklar kendiliğinden ilgili kişiye geçer⁴².

Bu hüküm doktrinde eleştirilmektedir. Eleştirilerin temelinde kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki düzenleme ile Türk Ticaret Kanununun 596. Maddesinin ikinci fıkrası arasında farklılık bulunmaktadır. Gerek İsviçre Borçlar Kanununda gerekse Türk Ticaret Kanununda şirketin üç aylık süre içinde onay verip vermeyeceği düzenlenmiştir. Ancak bu üç aylık sürede pay geçişine onay verilmemesi halinde, onay verilinceye kadarki süre içinde oy hakkı ve oya bağlı diğer hakların kullanımı ve red kararının etkisi farklı düzenlenmiştir. İsviçre Borçlar Kanununda, pay geçişi gerçekleşen kişinin şirket onay verilinceye kadar oy hakkı ve buna bağlı hakları kullanamayacağı düzenlenirken, Türk Ticaret Kanununda 596/3 maddede onay verilmemesinin devrin gerçekleştiği andan itibaren geriye etkili olarak sonuç doğuracağı, ancak bu süre içinde almış bir genel kurul kararı varsa kararın bu reddetkilenmeyeceği düzenlenmiştir⁴³. Başka bir ifade ile pay geçişi gerçekleştiği andan itibaren oy hakkı ve buna bağlı hakların kullanılabilmesi düzenlenmiştir.

Pulaşlı bu düzenlemeyi, öncelikle red kararının, bozucu şarta bağlı bir işlem niteliği taşıdığı ve etkilerini ileriye doğru doğurması gerektiği, ancak yasal düzenleme gereğince red halinde ortaklık halinin geriye etkili olarak ortadan kalktığı, ancak kullanılan oyların ve genel kurul kararını geçerli sayılmasının reddin ileriye etkili sonuç doğurması gibi çelişkili bir sonuca yol açtığını belirtmektedir.

Yazar, aynı düzenlemeyi genel kurula katılmasına izin verilen ve oy kullan kişiyi artık şirket tarafından ortak olarak kabul edilmiş sayılması anlamına geleceği, ortak olarak kabul edilen kişinin daha sonra verilen red kararı ile ortaklıktan haklarının ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı gerekçeyle eleştirmektedir. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi, şirketin miras nedeniyle pay geçişine onay vermediğini açıklaması, bu arada ortağın genel kurula katılımı gerçekleşmişse, başka bir ifade ile şirket bu kişiyi ortak olarak tanıyarak ona ortaklıktan kaynaklanan oy kullanma hakkı vermişse, artık red kararının ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılması olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu durumda şirketin red kararı netice-

⁴² **Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 05.07.1983 tarihli, E. 1983/3374, K. 1983/3550 sayılı kararı** (Eriş, Ticari İşletme ve Şirketler, 1. Baskı, s. 1467); **Pulaşlı**, s. 803.

⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, s. 337 vd.; **Koehler**, Dirk: Die GmbH in der Schweiz und in Deutschland, Luzern 2005, s. 8 vd.

sinde ortağın payın iktisap tarihinden değil, şirketin red kararından itibaren şirketten çıkarılmış sayılmasını gerektireceğini belirtmektedir.

Yazar, bu düzenlemenin, miras nedeniyle pay geçişi gerçekleşen ortağın, oy ve oya bağlı haklarının şirketin onay kararına kadar dondurulması yönünde düzeltilmesi gerektiğini savunmaktadır. Mevcut düzenlemede özellikle red kararı verilmeye kadar oy kullanmış olan ortağın oyu ile alınan genel kurul kararının yetkisiz kişilerin katılım neticesinde alınan bir genel kurul kararı niteliği taşıyabileceğine dikkat çekmektedir⁴⁴.

Miras yoluyla payı elde edenler birden fazla kişi ise, paydaki mülkiyet, elbirliği şeklinde gerçekleşir. Paya ilişkin haklar, pay sahiplerinin atayacağı ortak bir temsilci aracılığıyla kullanılır (TTK 432/1, 599/2).

b. Şirketin Kendi Paylarını Edinmesinde Ölümün Etkisi

Limited şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin koşulları 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 612 maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kural olarak yasak olan şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, istisnai olarak iki ana koşulun varlığı halinde mümkün kılınmıştır. Şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için, iktisap edilecek payların yasal sınır içinde olması ve şirketin bunları alabilecek yeterli miktarda öz kaynağa sahip olması gerekir.

Şirketin kendi esas sermaye paylarını iktisap edebilecek öz sermayeye sahip olması şartı, sermaye korunması ilkesinin bir sonucudur. Öz sermaye, şirketin iradesi ile ayrılmış olan, sözleşmesel ve olağanüstü yedek akçe ve kanuni yedek akçelerin kullanılabilir kısmından ve geçen yıllardan aktarılan karlardan oluşur. İktisap edilecek esas sermaye payları için ödenecek bedel çıktıktan sonra, şirket öz sermayesi kalmalıdır. Kalan bu öz sermaye en az esas veya çıkarılmış sermaye ile dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler⁴⁵ toplamı kadar olmalıdır⁴⁶.

İktisap için gerekli yasal sınır, şirket sermayesinin yüzde onu oranındadır. Başka bir ifade ile şirketin iktisap edebileceği paylarının itibari değeri, esas sermayesinin yüzde onunu aşmamalıdır (TTK 612/1). Bu yasal sınır, şirket sözleşmesinde öngörülmüş veya mahkeme kararına bağlanmış çıkma ve çıkarılma halinde esas sermayenin yüzde yirmisi oranına çıkabilir.

⁴⁴ **Pulaşlı**, s. 804-805.

⁴⁵ Dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçeler, kanuni yedek akçeler (TTK 519/3), yeniden değerlendirme fonu (TTK 520/1, 608/3) öngörülen çalışanlar ve işçiler yararına ayrılmış yedek akçeler ve harcama yeri belirlenmiş yedek akçelerdir.

⁴⁶ **Ayan**, s. 212-214; **Türk**, s. 248-249.

Ancak Türk Ticaret Kanununun 382. maddesinde şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin istisnaları düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin kıyasen uygulanması ile külli halefiyet durumunda şirketin yüzde yirmilik sınıra ve diğer koşullara tabi olmaksızın kendi paylarını iktisap edebileceği kabul edilmelidir. Başka bir ifade ile payların miras nedeniyle geçmesi halinde, şirketin kendi paylarını satın almasındaki yüzde yirmi sınırı ve diğer koşullar aranmaz (TTK 612).

Şirket sermayesinin yüzde onunu aşan tutarda edinilen esas sermaye payları, iki yıl içinde elden çıkarılmalı veya esas sermaye azaltılması yoluyla yok edilmelidir (TTK 612/2).

c. Şirketin Sona Ermesinde Ölümün Etkisi

Limited şirket ana sözleşmesinde bir sona erme sebebi düzenlenebilir⁴⁷ (TTK 636/1.a). Esas sözleşmede öngörülen bu sona erme sebebi gerçekleştiğinde, başkaca bir genel kurul kararı veya mahkeme kararına gerek kalmaksızın şirket kendiliğinden sona erer. Böyle bir durumda bir ortak mahkemenin şirketin sona erdiğinin tespitine ilişkin bir karar alınmasını talep edebilir.

Limited şirketin sermaye yapısıyla temelde bağdaşmamasına rağmen, şirket kurucu ortaklarından birinin ölümünün şirketin sona erme nedeni olacağı, ana sözleşmede düzenlenebilir.

Böyle bir hükmün varlığı halinde, ana sözleşmede belirtilen ortağın ölümü şirketin sona ermesine yol açar.

⁴⁷ Drygala/Staake/Szalai, s. 586; Meier-Hayoz/Forstmoser, s. 594-595.

KAYNAKÇA

- Arslanlı**, Halil: Anonim Şirketler, C. II, İstanbul 1960.
- Ayan**, Özge: “*Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı İle Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 202- 214.
- Ayhan**, Rıza/**Çağlar**, Hayrettin/**Özdamar**, Mehmet: Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2019.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2017.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan: Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2015.
- Bozkurt**, Tamer: Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam), İstanbul 2016. (Bağlam)
- Bozkurt**, Tamer: Ticaret Hukuku, Kocaeli 2017. (Ticaret Hukuku)
- Drygala**, Tim/**Staake**, Marco/**Szalai**, Stephan: Kapitalgesellschaftsrecht, Berlin, Heidelberg 2012.
- Elsing**, Siegfried H./**Kessler**, Nicholas: Die Komanditgesellschaft (KG), 11. Auflagea, Frankfurt am Main 2010.
- Forstmoser**, Peter/**Meier-Hayoz**, Arthur/**Nobel**, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, 1996.
- Hausheer**, Heinz: Erbrechtliche Probleme des Unternehmers, Bern 1970.
- Karaege**, Özge: “*Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK 364)*”, Ankara Barosu Dergisi 2014/1, s. 70-110.
- Kendigelen**, Abuzer: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul 1999.
- Kırca**, İsmail/**Şehirali** Çelik, **Feyzan** Hayal/**Manavgat**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- Koehler**, Dirk: Die GmbH in der Schweiz und in Deutschland, Luzern 2005.
- Krnet**, Georg: Praxiskommentar Verwaltungsrat, 2. Auflage, Bern 2005.
- Marhewko**, Daniel: Die offene Handelsgesellschaft, Frankfurt am Main 2010.
- Meier-Hayoz**, Artur/**Forstmoser**, Peter: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Bern 2007.

- Meier**, Robert : DieAktiengesellschaft, 3. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2005.
- Plattner**, Stefan: Die Haftung des Kollektivgesellschafters, Basel 2003.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 13. Baskı, İstanbul 2014.
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara 2017.
- Schmidt**, Karsten/**Lutter**, Marcus, (Lutter), Aktiengesetz Kommentar, Köln 2008.
- Schulz**, Tobias: Die offene Handelsgesellschaft: Rechte und Pflichten der Gesellschafter einer OG, München 2013.
- Türk**, Ahmet: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, Ankara 2016.
- Vogt**, Hans-Ueli: “Haftungsverhältnisse in der Kollektivgesellschaft, Besprechung von BGE 134 III 643”, GesKR1, 2009, s. 96-101.
- von Büren**, Ronald/Stoffel, Walter A./Weber, Rolf H.: Grundriss des Aktienrechts, 2. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2007.
- von der Crone**, Hans Caspar: Aktienrecht, Bern 2014.
- Westermann**, Harm Peter: Heidelberger Kommentar, Aktiengesetz, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frenchen, Hamburg, 2011.
- Wieneke**, Laurenz: Heidelberger Kommentar, Aktiengesetz, 2. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frenchen, Hamburg, 2011.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN AVRUPA KONSENSÜSÜNE BAŞVURMASI

DOI: 10.33717/deuhfd.569971

Dr. Öğr. Üyesi Ali BAL*

Öz

Dünyadaki en etkili insan hakları koruma mekanizmasını kurduğu kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sözleşmeciler devletlerin sağlamakla yükümlü olduğu hak ve özgürlükleri kavramlara dayanan ve ucu açık bir şekilde kaleme alması, Sözleşmenin uygun bir şekilde yorumlanması zarureti doğurmaktadır. Sözleşme hükümlerini yorumlayıp uygulamada geniş bir alana sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, uluslararası hukukun geleneksel yorum yöntemlerini kullanmanın yanında, özerk ilke, yöntem ve teknikler de geliştirmiştir. Konsensüs tekniği, Sözleşme hükümlerinin anlamlarının ve sözleşmeciler devletlerin yükümlülüklerine uyup uymadığının belirlenmesinde Mahkemenin başvurduğu en önemli araçlardan biridir. Bu çerçevede Mahkeme, sözleşmeciler devletlerin hukuk ve uygulaması ile uluslararası hukuktaki ilgili gelişmeleri göz önünde bulundurarak, ele aldığı konu hakkında bir Avrupa konsensüsünün bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışmakta ve sonuca göre bir Sözleşme hükmünün anlamını ve kapsamını belirleyebilmektedir. Ne var ki, Mahkemenin buluşu olan Avrupa konsensüsünün açık bir tanımı olmadığı gibi, tespit ve uygulanmasında çeşitli tutarsızlıklar da bulunmaktadır. Dahası, Mahkemenin çoğu kez Sözleşmedeki hakları geliştirmek için başvurduğu Avrupa konsensüsünün hukukî dayanağı hususunda tereddütler ve arayışlar da vardır. Bu makalenin amacı sözü edilen konuları incelemektir.

Anahtar Kelimeler

AİHM, Avrupa konsensüsü, gelişmeciler yorum ilkesi, sözleşmeciler devletlerin takdir marjı, uluslararası hukukun yorum ilke ve yöntemleri, devletlerin sonraki uygulaması

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ali.bal@deu.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-0543-0136) (Makalenin Geliş Tarih: 01.04.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 02.04.2019-10.04.2019/Makale Kabul Tarihleri: 16.04.2019-16.04.2019)

INVOKING EUROPEAN CONSENSUS BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

Since the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the European Convention on Human Rights), which is accepted to have set up the most effective human rights regime, draws up the rights and freedoms that the contracting states are obliged to secure in a conceptual and open-ended manner, the Convention must be aptly interpreted. The European Court of Human Rights having a large area in interpreting and applying the Convention developed autonomous principles, methods and technics as well as using the traditional interpretation methods of international law. European consensus is one of the most important interpretative techniques that the ECtHR invokes in determining the meaning of the provisions of the Convention and whether the rights in question have been violated. In this context the ECtHR may identify whether there is a European consensus related to the matter in hand by taking into consideration relevant developments in the law and practice of the contracting states and international law, and may define the meaning and scope of a Convention provision in these premises. However European consensus, which is the creation of the ECtHR, has not been clearly defined, nor established and applied coherently. Furthermore there are various reservations and evaluations on the legal basis of European consensus mostly used to evolve and expand the rights. The purpose of this Article is to examine all the aforementioned issues.

Keywords

ECtHR, European consensus, the principle of evolutive interpretation, the margin of appreciation of the contracting states, interpretation principles and methods of international law, states' subsequent practice

GİRİŞ

04.11.1950'de kabul edilip 03.09.1953'te yürürlüğe giren İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeyle (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi; AİHS)¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kurulmasının temel amacı, m. 19'da belirtildiği üzere, taraf devletlerce üstlenilen yükümlülükler uylmasını sağlamaktır. Sözleşmede (ve Protokollerde) düzenlenen hak ve özgürlükler için etkili bir güvence sistemi olması hedeflenen AİHM, Sözleşmenin yorumlanması ve uygulanmasında çeşitli yöntem ve ilkeleri kullanmaktadır. Mahkeme, diğerleri yanında karşılaştırmalı yorum yöntemine de sıkça başvurarak, Sözleşmede yer alan kavramların ve hakların anlamları ile kapsamalarını ve bir hak ihlali yapıp yapılmadığını tespit etmeye çalışmaktadır. Mahkeme, bu yöntemin bir parçası olarak, ele aldığı konuyla ilgili bir Avrupa konsensüsü başka bir deyişle ortak Avrupa yaklaşımı/standartı/paydası bulunup bulunmadığını araştırıp, bu hususta vardığı sonucu, duruma göre kararın ana veya tâlî gerekçesi/gerekçelerinden biri olarak değerlendirebilmektedir.

Avrupa konsensüsünün varlığı veya yokluğu AİHM'nin tespit ve kararlarını önemli ölçüde etkilemektedir. Bununla birlikte, Mahkemenin Avrupa konsensüsünü veya bunu ifade etmekte kullandığı diğer terimleri tanımlamamış olması bir sorun olarak görülebilir. Bir ölçüde bu eksiklikle bağlantılı olarak, sözleşmecî devletlerin hukuk ve uygulamalarındaki müşterekliği/uyuşmanın hangi düzeye ulaştığında ele alınan konuyla veya bu konuya uygulanacak Sözleşme hükmüyle ilgili bir Avrupa konsensüsü bulunduğunu tespit etmek için yeterli olacağı açık değildir. Öte yandan, diğer yorum ilke ve yöntemleri çerçevesinde birçok başka hususu da göz önünde bulunduran Mahkemenin konsensüsün varlığına veya yokluğuna her zaman aynı sonuçları bağlamadığı görülmektedir. Uygulamadaki bu gibi belirsizlik ve tutarsızlıklar, Avrupa konsensüsünün anlamı, işlevi, etkisi hakkında kategorik sonuçlara varmayı imkânsız kıldığı gibi, yoğun eleştirilere de yol açmaktadır. Kanımızca daha da önemlisi, konsensüs tekniğine başvurulmasının bizzat kendisinin meşruiyetinin tartışmaya açık olmasıdır. Bu husus, Avrupa konsensüsünün AİHS sistemi ile uluslararası hukukun kaynakları ve yorum kuralları çerçevesinde nasıl açıklanabileceğinin, neye dayandığının değerlendirilmesini gerektirmektedir.

¹ Bkz. UNTS, 1955, Vol. 213, s. 221 vd.; RG, 19.03.1954, S. 8662. Sözleşme ana metninin 11 ve 14 No'lu Protokollerle değiştirilen nihai hâli için bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf; https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TR.pdf. Çalışmamızda bu son metindeki çeviriyi esas almakla birlikte, uygun görülen değişiklikler de yapılacaktır.

Bu çalışmada, Avrupa konsensüsünün anlamı, işlevi, birtakım belirsizliklerle birlikte uygulanması ve hukukî dayanağı, Mahkemenin içtihadı ile akademik değerlendirmeler çerçevesinde ele alınmaktadır.

I. AVRUPA KONSENSÜSÜNÜN ANLAMI

AİHM'nin türettiği bir kavram olan “Avrupa konsensüsü”nü (*European consensus*)² ifade etmek amacıyla değişik terimler kullanıldığı görülmektedir. Bunlar arasında Mahkemenin anlamca veya sonuç bakımından genellikle bir fark gözetmediği belirtilmelidir.

Mahkeme genellikle “konsensüs” kelimesini içeren terimleri tercih etmektedir. Bu doğrultuda, “herhangi bir Avrupa konsensüsü”³, “Avrupa ve dünya çapında bir konsensüs”⁴, “üye devletler arasında konsensüs”⁵, “sözleşmecî devletlerin esaslı çoğunluğu arasında konsensüs” (*consensus amongst a substantial majority of the contracting states*)⁶, “yerleşik (Avrupa) konsensüs(ü)” (*established [European] consensus*)⁷, “açık bir

² **Ziemele**, Ineta: “European Consensus and International Law”, in: Anne van Aaken/Iulia Motoc (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, 2018, s. 23.

³ Bkz. *Case of Evans v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 10.04.2007, p. 90; *Case of Kimlya and Others v. Russia*, ECHR (First Section), Judgment of 01.10.2009 (rectified on 03.12.2009) (final 01.03.2010), p. 79.

⁴ Bkz. *Case of Glor v. Switzerland*, ECHR (First Section), Judgment of 30.04.2009 (final 06.11.2009), p. 53.

⁵ Bkz. *Case of X, Y and Z v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 22.04.1997, p. 44; *Case of Kearns v. France*, ECHR (Third Section), Judgment of 10.01.2008, p. 77.

⁶ Bkz. *Case of A, B and C v. Ireland*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 16.12.2010, p. 235. Bu noktada şunu da belirtmek gerekir ki, her ne kadar 1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesinin m. 2/1(f) ve m. 2/1(g) hükümleri, “sözleşmecî/âkit devlet” (*contracting state*) ile “taraf” (*party*) terimleri arasında belirli bir ayırım yapsa da; AİHM'nin bu terimler arasında bir anlam farkı gözetmediği ve genellikle “sözleşmecî devlet” terimini kullanmayı tercih ettiği görülmektedir. Bununla birlikte, Mahkemenin bu terimi “taraf”, bir başka deyişle “andlaşmayla bağlanmaya rıza gösteren ve kendisi için andlaşmanın yürürlükte olduğu bir devlet” anlamında kullandığı açıktır. Çalışmamızda, Mahkemenin bu tercihiyle uyumlu olarak, genellikle “sözleşmecî devlet” terimi kullanılacaktır. Viyana Sözleşmesi metni için bkz. UNTS, 1980, Vol. 1155, s. 331 vd. Sözleşmenin çevirisi için bkz. **Gündüz**, Aslan: *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar*, 5. Baskı, Beta, 2003, s. 183 vd.

⁷ Bkz. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*, ECHR (First Section), Judgment of 24.06.2010 (final 22.11.2010), p. 105; *Case of S.H. and Others v. Austria*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 03.11.2011, p. 106; *Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 24.01.2017, p. 85; *Case of Ibrogimov v. Russia*, ECHR (Third Section Committee), Judgment of 15.05.2018, p. 20.

konsensüs” (*any clear consensus*)⁸, “geniş konsensüs” (*broad consensus*)⁹ ifadeleri kullanılmaktadır.

Mahkemenin yaygın şekilde tercih ettiği terimlerden bir diğeri “ortak payda”dır. Bu bağlamda, “üye devletler arasında (açık) bir ortak payda” (*[clear] common ground ...*)¹⁰, “sözleşmeci devletlerin ulusal hukuk sistemleri arasında ortak payda”¹¹, “modern toplumlarda ortak payda”¹² kullanılmaktadır.

Yine birçok davada Mahkeme, “yaklaşım” birliğini belirten terimleri tercih etmektedir: “ortak Avrupa yaklaşımı” (*common European approach*)¹³, “bir örnek (*uniform*) Avrupa yaklaşımı”¹⁴, “sözleşmeci devletler arasında genellikle paylaşılan yaklaşım”¹⁵ vs.

Mahkemenin içtihadında bir normallik ölçüsüne işaret eden “standart” kelimesinden türetilen terimlere de sıklıkla yer verilmektedir. Mesela, “üye devletler arasında açık bir ortak standart” (*any clear common standard ...*)¹⁶, “sözleşmeci devletler arasında ortak standart”¹⁷, “üye devletler arasında hâkim olan standartlar” (*standards prevailing ...*)¹⁸, “ortak Avrupa standardı”¹⁹ tabirleri kullanılmaktadır.

⁸ Bkz. *Case of Evans v. the United Kingdom*, p. 80.

⁹ Bkz. *Case of Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 30.07.1998, p. 55.

¹⁰ Bkz. *Case of Evans v. the United Kingdom*, p. 81; *Case of Fretté v. France*, ECHR (Third Section), Judgment of 26.02.2002 (final 26.05.2002), p. 41; *Case of Schwizgebel v. Switzerland*, ECHR (First Section), Judgment of 10.06.2010 (final 10.09.2010), p. 93; *Case of S.A.S. v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 01.07.2014, p. 156; *Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, p. 85.

¹¹ Bkz. *Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, p. 83.

¹² Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 12.11.2008, p. 86.

¹³ Bkz. *Case of Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, p. 57; *Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 11.07.2002, p. 85; *Case of Shindler v. the United Kingdom*, ECHR (Fourth Section), Judgment of 07.05.2013 (final 09.09.2013), p. 115.

¹⁴ Bkz. *Case of Evans v. the United Kingdom*, p. 79.

¹⁵ Bkz. *Case of X, Y and Z v. the United Kingdom*, p. 44, 52.

¹⁶ Bkz. *Case of T. v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 16.12.1999, p. 72, 84.

¹⁷ Bkz. *Case of Stec and Others v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 12.04.2006, p. 64.

¹⁸ Bkz. *Case of T. v. the United Kingdom*, p. 70; *Case of Kafkaris v. Cyprus*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 12.02.2008, p. 101, 104.

¹⁹ Bkz. *Case of X, Y and Z v. the United Kingdom*, p. 44.

Bazı davalarda ise, “görüş/düşünce” veya “eğilim” kelimelerinden türetilen terimler tercih edilmektedir: “üye devletler arasında hâkim görüş” (*prevailing view ...*)²⁰, “uluslararası ve bölgesel düzeyde hâkim görüş”²¹, “günümüzde demokratik devletlerde hâkim olan düşünceler” (*ideas prevailing ...*)²², “genel eğilim” (*general trend*)²³, “açık bir eğilim”²⁴, “devam eden uluslararası eğilim”²⁵ vs. Bunun yanında Mahkeme oldukça yeni bir kararında, “üye devletler arasında bir Avrupa konsensüsü veya en azından belirli bir eğilim” ifadesine yer vererek, eğilimin konsensüsten daha zayıf bir müşterekliği gösterebileceğine işaret etmiştir²⁶.

Benzer başka ifadeler de kullanılmaktadır: “üye devletler arasında yeknesaklık” (*uniformity ...*)²⁷, “üye devletler nezdinde destek bulma”²⁸, “üye/sözleşmecî devletlerin hukuklarındaki yerleşik ve uzun bir geçmişi olan ilkeler” (*settled and long-standing principles ...*)²⁹, “Avrupa devletlerinin ortak değerlerini yansıtan uygulamaları” (*the practice of European states reflecting their common values*)³⁰, “taraf devletlerin uygulamalarından doğan konsensüs ve ortak değerler”³¹, “üye devletlerin ulusal hukuk sistemleri arasındaki büyük yakınlık” (*high degree of convergence ...*)³² vs.

²⁰ Bkz. *Case of Satk v. Turkey (No. 2)*, ECHR (Third Section), Judgment of 08.07.2008 (final 08.10.2008), p. 45.

²¹ Bkz. *Case of Satk v. Turkey (No. 2)*, p. 47.

²² Bkz. *Case of Bayatyan v. Armenia*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.07.2011, p. 102; *Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, p. 73.

²³ Bkz. *Case of Ünal Tekeli v. Turkey*, ECHR (Fourth Section), Judgment of 16.11.2004 (final 16.02.2005), p. 62.

²⁴ Bkz. *Case of S.H. and Others v. Austria*, p. 96; *Case of Hristozov and Others v. Bulgaria*, ECHR (Fourth Section), Judgment of 13.11.2012 (final 29.04.2013), p. 123.

²⁵ Bkz. *Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom*, p. 84-85.

²⁶ Bkz. *Case of Näit-Liman v. Switzerland*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 15.03.2018, p. 175.

²⁷ Bkz. *Case of Stubbings and Others v. the United Kingdom*, ECHR (Chamber), Judgment of 22.10.1996, p. 54.

²⁸ Bkz. *Case of Kiyutin v. Russia*, ECHR (First Section), Judgment of 10.03.2011 (final 15.09.2011), p. 65; *Case of Novruk and Others v. Russia*, ECHR (Third Section), Judgment of 15.03.2016 (final 15.06.2016), p. 101; *Case of Berkovich and Others v. Russia*, ECHR (Third Section), Judgment of 27.03.2018 (final 27.06.2018), p. 98; *Case of Ibrogimov v. Russia*, p. 20.

²⁹ Bkz. *Case of S.H. and Others v. Austria*, p. 96; *Case of Hristozov and Others v. Bulgaria*, p. 123.

³⁰ Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 85.

³¹ Bkz. *Case of Bayatyan v. Armenia*, p. 122; *Case of S.A.S. v. France*, p. 129.

³² Bkz. *Case of Rohlena v. the Czech Republic*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 27.01.2015, p. 33.

Yukarıdakilerden nisbeten farklı olarak Mahkeme bazen de konuyu “gelişmekte olan haklardan biri” (*one of evolving rights*)³³ olarak değerlendirmektedir. Bu çerçevede “hukukun geçiş aşamasında” (*transitional stage*)³⁴ olduğu da belirtilebilmektedir. Yine, “üye devletler arasında ortaya çıkmakta olan uluslararası konsensüs” (*emerging international consensus ...*)³⁵, “ortaya çıkmakta olan konsensüs”³⁶, “ortaya çıkmakta olan Avrupa konsensüsü”³⁷ terimleri bu bağlamda kullanılabilir. Açık ve tam bir konsensüs oluşmadığını tespit ettiği bir durumda Mahkemenin davalı devletin Sözleşmeyi ihlal etmediğine hükmetmesi beklenebilir; ancak diğer yorum yöntem ve ilkelerini de kullanan Mahkemenin vaka bazında vardığı sonuç farklı olabilmektedir³⁸. Öte yandan böyle terimlerin kullanılması, genellikle, Mahkemenin gelişmeci bir yaklaşım çerçevesinde daha yoğun bir denetim yapmak için beklemede olduğunun işaretidir.

Avrupa konsensüsünün anlamına gelince, öncelikle “konsensüs” kelimesinin sözlüklerde genel bir anlaşma/mutabakat; ortak görüş, fikir birliği şeklinde tanımlandığı belirtilmelidir³⁹. Bu çerçevede “Avrupa konsensüsü” de genel olarak Avrupa’daki veya daha doğrusu Avrupa Konseyi üyesi devletler arasındaki mutabakat ve fikir birliği olarak anlaşılabilir. Ne var ki bu tarif -Avrupa konsensüsü yerine veya onunla ilişkili olarak kullanılan diğer terimler gibi- söz konusu kavram hakkında belirli bir fikir verse de, AİHM’nin Avrupa konsensüsünü tam açıklamamaktadır.

³³ Bkz. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*, p. 105; *Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, p. 85.

³⁴ Bkz. *Case of X, Y and Z v. the United Kingdom*, p. 44; *Case of Fretté v. France*, p. 41; *Case of Schwizgebel v. Switzerland*, p. 93; *Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia*, p. 85.

³⁵ Bkz. *Case of Chapman v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 18.01.2001, p. 93; *Case of Lee v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 18.01.2001, p. 95.

³⁶ Bkz. *Case of Chapman v. the United Kingdom*, p. 70; *Case of Lee v. the United Kingdom*, p. 72; *Case of Glor v. Switzerland*, p. 75; *Case of S.H. and Others v. Austria*, p. 96.

³⁷ Bkz. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*, p. 105; *Case of S.H. and Others v. Austria*, p. 96.

³⁸ Bkz. **Vanneste**, Frédéric: *General International Law before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of International Human Rights Law*, Intersentia, 2010, s. 265-266, 292. Aşağıda göreceğimiz *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık Davası* hakkındaki karar bu duruma iyi bir örnektir.

³⁹ Bkz. *The American Heritage Dictionary of the English Language*, 3. Baskı, Houghton Mifflin Co., 1992, ilgili madde; *Black’s Law Dictionary*, Bryan A. Garner (ed.), 9. Baskı, West Publishing Co., 2009, ilgili madde.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu kavramı türeten AİHM, Avrupa konsensüsünü tanımlamadığı gibi, Avrupa konsensüsünün sonuç üzerindeki etkisini de tam olarak açıklamamaktadır. Mahkemenin kavramı muğlak bırakmasının tek bir yaklaşıma bağlı kalmanın sonuçlarından kaçınmak istemesinden kaynaklandığı belirtilebilir⁴⁰. Diğer taraftan, AİHM'nin yüzlerce davada başvurduğu Avrupa konsensüsünün ne olduğunu ve nasıl tespit edileceğini hâlen aydınlığa kavuşturamamasıyla bağlantılı olarak, konsensüs tekniğini açık, öngörülebilir ve işlevsel standartlar çerçevesinde uygulamadığı vurgulanmalıdır⁴¹. Bu durum da Mahkemenin kararlarının meşruiyetiyle ilgili sorunlara yol açmaktadır⁴².

AİHM'nin konuyla ilgili uygulaması yeknesaklık arz etmediği için, hâricen her durumda geçerli bir tanım yapmak mümkün gözükmemektedir. Yine de Mahkemenin uygulamasından yola çıkarak ana hatlarıyla bir tanım yapmak gerekirse, “Avrupa konsensüsü” belirli bir konuda sözleşmecî devletlerin bir kısmı (tercihen önemli bir çoğunluğu) tarafından benimsenen düzenleme ve/veya uygulamaların gösterdiği farazî müşterek esas ifade eder. “Konsensüs tekniği” olarak belirtilen yöntem de, böyle bir esasın varlığı veya yokluğu tespit edilip, sonuca göre Sözleşmeyi yorumlamak ve uygulamaktır.

II. AVRUPA KONSENSÜSÜNÜN İŞLEVİ

A. Genel Olarak

AİHM, Avrupa konsensüsüne Sözleşmenin yorumlanması veya sözleşmecî devletlerin Sözleşmeyi uygularken yararlanacakları takdir marjının genişliğinin belirlenmesi amacıyla başvurmaktadır. Böylece konsensüs tekniğinin, bazı yazarların ayrı mütalaa edilmesini savunduğu “Sözleşmenin yorumlanması” ve “Sözleşmenin uygulanması” aşamalarının⁴³ her ikisinde

⁴⁰ **Wildhaber**, Luzius/**Hjartarson**, Arnaldur/**Donnelly**, Stephen: “No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, Human Rights Law Journal, 2013, Vol. 33, s. 249.

⁴¹ **Brauch**, Jeffrey A.: “The Dangerous Search for and Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights”, Howard Law Journal, 2008-2009, Vol. 52, s. 278, 288.

⁴² **Dzehtsiarou**, Kanstantsin: European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, 2015, s. 11.

⁴³ Bu çerçevede *Dijk/Hoof*, Mahkemenin karar verme sürecinin genel olarak şu iki aşamadan oluştuğunu belirtmektedir: i) somut bir olayla ilgili olan Sözleşme hükmünün yorumlanması, ii) yorumlanan hükmün -ihlal edilip edilmediğini tespit etmek amacıyla somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak uygulanması. **Dijk**, P. van/**Hoof**, G.

de rol oynadığı belirtilmelidir. AİHM, birçok kararda genel ilke ve esasları tespit ettikten sonra bunları olaya uygulamaya geçmekle birlikte, bahsi geçen aşamalar arasında kesin bir ayırım yapmamakta ve aynı ilke ve yöntemleri karar verme sürecinin tamamında kullanabilmektedir. Biz de aşağıdaki örnek olaylarda konsensüsün işlevini, söz konusu aşamalara göre değil, konsensüsün varlığı veya yokluğu durumuna göre inceleyeceğiz.

1. Sözleşmenin Yorumlanması Bakımından

Avrupa konsensüsü, amaçsal yorum, özerk yorum, lafzî yorum, sistematik yorum gibi diğer yorum ilke ve yöntemleriyle ilişkili şekilde, özellikle de gelişmeci yorumun (*evolutive/dynamic interpretation*) tercih edildiği durumlarda bir dayanak olarak kullanılmaktadır. Bu çerçevede Avrupa konsensüsü, Mahkemenin günün koşullarını ve bunun gerektirdiği sonucu belirlemek için başvurduğu karşılaştırmalı yorum yönteminin unsurlarından biridir. Daha açık bir deyişle, konsensüye bir konunun gelişmeci yaklaşım çerçevesinde ele alınmasının gerekip gerekmediğinin tespitinde ve bunun sonucuna göre somut olarak hangi yorumun uygun olduğuna karar verilmesinde başvurur⁴⁴. Bir değerlendirmeye göre de konsensüs tekniği, Sözleşmenin

J. H. van: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Kluwer Law International, 1998, s. 71. *Senden*'e göre, ilk aşamada belirli bir hakkın ne anlama geldiği (mesela "özel hayat" kavramının avlanma faaliyetlerini kapsayıp kapsamadığı) ve somut olayın söz konusu hakkın kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği belirlenir. İkinci aşamada ise olayın özellikleri, daha kritik bir rol oynayıp, hakkın ihlal edilip edilmediğini belirlemek için ele alınır ve mesela kısıtlamaların yasayla yapılıp yapılmadığı, meşru bir amaca hizmet edip etmediği, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilir. Genel olarak ilk aşamada yorum yöntem ve ilkeleri; ikinci aşamada ise davalı devletin takdir marjı, hak ve menfaatlerin dengelenmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulur. **Senden**, Hanneke Cécil Katrijn: *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Doktora Tezinin Yayımlanmamış Hâli, Leiden University, 2011, s. 7-8. *Vanneste*, belirli bir kuralın genel ve yeknesak bir biçimde anlaşılmasını sağlamaya yönelik olan yorumlama faaliyetinin birleştirici etkisine dikkat çekmektedir. Buna mukabil, uygulamanın amacı bir kuralın somut bir olayda nasıl anlaşılması gerektiğini belirlemek olduğundan, bu aşamada olayın esasları ile kurala uymadığı düşünülen müdahalenin meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı, müdahalenin meşru amacın gerçekleştirilmesine elverişli olup olmadığı, meşru amaca ulaşmak için kullanılan aracın orantılı olup olmadığı gibi hususlar değerlendirilir. Bkz. **Vanneste**, s. 215-217. Son iki yazar, bu aşamaların, yöneldiği amaçlar ve uygulanan usuller bakımından birtakım farklılıklara sahip olduğunu kabul etmekle birlikte, birbirleriyle sıkı şekilde bağlantılı olduğunu, birbirlerini tamamladığını ve kesin bir şekilde ayrılmasının kolay olmadığını da belirtmektedirler.

⁴⁴ Bkz. **Senden**, s. 137, 233, 241, 244, 262-264. Avrupa konsensüsünün gelişmeci yorum ilkesiyle sıkı şekilde bağlantılı olduğu hakkında bkz. **Ziemele**, s. 24. Mahkemenin,

açık uçlu metnini tamamlamak ve hükümlerin günümüzdeki hedef ve amacını anlamak bakımından önem arz eder⁴⁵.

Gelişmeci yorum ilkesi, Sözleşmenin, kabul edildiği zamanın şartlarına göre değil, güncel gelişmeler ve tutumlar ışığında yorumlanmasını öngörür. Gelişmeci yorumun, sözleşmeci devletlerin ulusal hukuk ve uygulamaları, diğer uluslararası belgeler ve/veya AİHM'nin kendi içtihadı⁴⁶ temelinde ortak bir Avrupa standardı arayışıyla yakından ilgili olduğu görülmektedir⁴⁷. Anlaşılacağı üzere, Sözleşmede doğrudan koruma altına alınmayan hakların Sözleşmede korunan haklar kapsamına giren yönleriyle değerlendirilip koruma altına alınmasını sağlayan gelişmeci yorum, insan hakları standartlarının değişen koşullar ve anlayışlar çerçevesinde gelişime açık tutulmasına imkân vermektedir⁴⁸.

AİHM'nin Avrupa konsensüsünü zikrettiği ilk davalardan biri meşhur *Tyrer v. Birleşik Krallık Davası*dır. Burada Mahkeme, 15 yaşındaki bir kişiye yargı kararıyla bedenî ceza uygulanmasını (sopayla vurulmasını) 3. madde çerçevesinde incelerken, gelişmeci yorum ilkesine Avrupa kon-

Sözleşmeyi Avrupa'daki sosyal ve hukukî gelişmelere cevap veren ve bunları tedricen kapsamına alan modern bir belge olarak yorumladığı ve bu amaçla sözleşmeci devletlerin hakları geliştirici uygulamalarını araştırıp, bunlar bir Avrupa konsensüsünden söz edilecek bir kabul düzeyine ulaştığında hakların korunmasıyla ilgili standardı yükselttiği hakkında bkz. **Helfer**, Laurence R.: "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", *Cornell International Law Journal*, 1993, Vol 26, s. 134.

⁴⁵ **Vanneste**, s. 263.

⁴⁶ AİHM, içtihatlarının Avrupa'daki hukukî gelişmeleri, bu gelişmelerin de Mahkemenin sonraki kararlarını etkilediğini teyit etmektedir. Bir kararında Mahkeme, sosyal güvenliğe ilişkin uyumsuzluklara 6. maddenin uygulanabilirliği meselesinin daha önce önüne geldiği sırada, üye devletlerin hukuk ve uygulamasında büyük bir çeşitlilik tespit ettiğini; ancak bu kararlarla başlayan hukuktaki gelişmelerin artık 6. maddedeki genel kuralların bu konularda uygulanmasının kabul edilmesine izin verdiğini belirtmiştir. Bkz. *Case of Salesi v. Italy*, ECHR (Chamber), Judgment of 26.02.1993, p. 19.

⁴⁷ **Dijk/Hoof**, s. 77-78.

⁴⁸ **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin, 2004, s. 71, 164. AİHM, AİHS'nin kendine has özellikleri bulunduğunu ve günün koşulları ışığında yorumlanması gereken "yaşayan bir belge" (*a living instrument*) olduğunu vurgularken, insan haklarının korunması bakımından giderek daha yüksek standartlara ihtiyaç duyulduğuna ve bunun demokratik toplumların temel değerlerine aykırılığı değerlendirmede daha katı olmayı gerektirdiğine de dikkat çekmektedir. Bkz. *Case of Selmouni v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 28.06.1999, p. 101; *Case of Siliadin v. France*, ECHR (Second Section), Judgment of 26.07.2005 (final 26.10.2005), p. 121, 148; *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, ECHR (First Section), Judgment of 07.01.2010 (final 10.05.2010), p. 277 ve orada atf yapılan kararlar.

sensüsüyle birlikte vurgu yapmıştır. Mahkeme, Sözleşmenin günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu ve karara varırken Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ceza politikalarındaki gelişmelerden ve onların müşterek standartlarından kaçınılmaz olarak etkileneceğini bildirmiştir⁴⁹. Buradaki yaklaşımı izleyen diğer kararlar da, çeşitli konularda farklılaşan toplumsal tutumlardan veya diğer siyasî gelişmelerden kaynaklanan Avrupa devletlerinin hukuklarındaki değişimleri yansıtmaktadır⁵⁰.

AİHM'nin belirttiği üzere, Mahkeme önceki kararlarına uymak zorunda olmamakla birlikte; hukukî belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuk önünde eşitlik ilkeleri bakımından -iyi bir gerekçe olmadıkça- önceki içtihadından ayrılmamalıdır. Bununla birlikte, Sözleşme her şeyden önce bir insan hakları koruma sistemi kurduğu içindir ki, Mahkeme sözleşmecî devletlerdeki değişen koşulları (*changing conditions in contracting states*) dikkate almalı ve mesela ulaşılabilecek standartlar bakımından ortaya çıkmakta olan konsensüsü (*any emerging consensus*) göz ardı etmemelidir⁵¹. Bu bağlamda Mahkeme tarafından konsensüs tekniğine bazen önceki davalarda tam aydınlatılmamış bir konuyu açıklığa kavuşturmak, bazen de önceki yorumundan farklı bir yorumu teyit etmek için başvurulur. Bu son durumda Avrupa konsensüsü, ya yeni bir yorum için bir içerik sağlamak ya da sadece yeni bir yaklaşımın gerekliliğini vurgulamak için kullanılır. Bazen de Avrupa konsensüsü, konunun Mahkeme tarafından yorumlanacak kadar olgunlaşmadığını göstermek için kullanılır⁵².

2. Takdir Marjının Genişliğinin Belirlenmesi Bakımından

Sözleşmenin yorumlanıp bir hakkın kapsamının belirlenmesinden başka, takdir marjının genişliğinin saptanması bakımından da Avrupa kon-

⁴⁹ Bkz. *Case of Tyrer v. the United Kingdom*, ECHR (Chamber), Judgment of 24.04.1978, p. 31.

⁵⁰ Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla: Harris, O'Boyle and Warbrick's Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press, 2009, s. 7.

⁵¹ Bkz. *Case of Chapman v. the United Kingdom*, p. 70; *Case of Lee v. the United Kingdom*, p. 72; *Case of Glor v. Switzerland*, p. 75. Bir başka kararında bu hususa dikkat çeken AİHM'ye göre, Mahkeme önceki içtihadıyla bağlı olmamakla birlikte, genellikle önceki kararları yönünde sonuca varmaktadır. Bu, hem hukukî belirlilik hem de içtihat hukukunun düzenli gelişimi bakımından gereklidir. Yine de Mahkeme, haklı sebepler bulunduğu kanaat getirirse farklı bir tutum izleyebilir. Böyle bir tutum, mesela, Sözleşmenin yorumunun toplumsal değişimleri yansıtmaması ve günün koşullarıyla bağdaşır olması gerekliliğiyle izah edilebilir. Bkz. *Case of Cossey v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 27.09.1990, p. 35.

⁵² Bkz. *Senden*, s. 227, 230, 233.

sensüsüne sıkça başvurulmaktadır. Mahkeme takdir marjı doktrinine genellikle Sözleşmedeki belirsiz ifade ve terimlerin incelendiği davalarda ya da başvuranın menfaatleri ile umumun veya diğer bireylerin menfaatleri arasında bir denge sağlamanın gerektiği durumlarda başvurmaktadır⁵³. Takdir marjı, birtakım haklara yönelik müdahalelerin Sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilmesinin yanında, pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde de göz önünde bulundurulmaktadır⁵⁴.

Takdir marjı, genel olarak, AİHM'nin Sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmede ulusal otoritelere bıraktığı hareket alanını ifade eder⁵⁵. Diğer bir deyişle takdir marjı doktrini, sözleşmeciler devletlerin, organlarının Sözleşmede yer alan bir hakla ilgili eylemleri bakımından -Avrupa denetimi saklı kalmak üzere- bir ölçüde takdir yetkisinden yararlanmasına izin verilmesi gerektiğini öngörür. Bu doktrine başvurulması, insan haklarından ziyade devletin otoritesine ve tercihlerine saygı duyulmasına yol açabildiği için tartışmalı olsa da; yerel gerçekliklerin göz önünde bulundurulup, farklı menfaatlerin dengelenmesi ve sözleşmeciler devletlerin sisteme güvenlerini sürdürmesi bakımından önem taşımaktadır. Esasen temel mesele de, devlete takdir marjı bırakılmasından çok, belirli bir olay bakımından bu doktrinin ne zaman ve nasıl uygulandığıyla ilgilidir⁵⁶.

Handyside v. Birleşik Krallık Davasında Mahkeme, kişiyi müstehcen bulunan bir kitabı yayımlamaktan mahkûm etme ve söz konusu kitapları toplama şeklindeki müdahaleleri 10. madde çerçevesinde incelerken, sözleşmeciler devletlerin takdir marjının temeli, anlamı ve hangi unsurlar çerçevesinde değerlendirilebileceği hakkında önemli açıklamalar yapmıştır. Burada belirtildiği üzere, Sözleşme tarafından kurulan güvence mekanizması, insan haklarının ulusal sistemler çerçevesinde korunmasına göre ikincil niteliktedir. Sözleşme, düzenlediği hakların korunması görevini öncelikle her bir sözleşmeciler devlete bırakmaktadır. Sözleşmenin kurduğu organlar ise, bu görevin yerine getirilmesine önlerine gelen davalar bakımından ve bütün iç

⁵³ **Dijk/Hoof**, s. 85.

⁵⁴ **Vanneste**, s. 319.

⁵⁵ **Jacobs**, Francis G./**White**, Robin C. A.: *The European Convention on Human Rights*, 2. Baskı, Clarendon Press, 1996, s. 37; **Greer**, Steven: *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2000, s. 5.

⁵⁶ Bkz. **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 11, 13-14. Bu noktada AİHM'den farklı olarak, nisbeten daha az istikrarlı demokrasilerdeki durumları inceleyen Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin, birey lehine (*pro persona/pro homine*) bir yaklaşım izleyerek takdir marjı doktrinine pek başvurmadığı da belirtilmelidir. **Vanneste**, s. 318.

başvuru yolları tüketildikten sonra katkı sunmaktadır⁵⁷. 10. madde bakımından belirtmek gerekir ki, sözleşmecî devletlerin ulusal hukuklarında tek tip bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Ülkelerinin etkili güçleriyle doğrudan ve sürekli temas hâlinde olan devlet otoriteleri, ahlakî gerekliliklerin içeriği ile yasak ve cezaların gerekliliği hakkında fikir yürütmek hususunda uluslararası yargıçtan prensip olarak daha iyi bir konumdadır. Bu bakımdan söz konusu maddenin sınırsız olmasa da sözleşmecî devletlere bir takdir marjı bıraktığı açıktır. Bununla birlikte, Mahkeme bir müdahalenin ifade özgürlüğüyle bağdaştırılıp bağdaştırılmayacağı hakkında nihaî kararı vermeye yetkili olduğu için, ulusal takdir marjı Avrupa denetimiyle yan yana (*hand in hand*) yürümektedir⁵⁸.

Mahkeme, sözleşmecî devletlere bırakılacak takdir marjının genişliğinin tespitinde hangi unsurların göz önünde bulundurulduğunu çeşitli kararlarında zikretmektedir. Mesela Mahkemeye göre, sözleşmecî devletler benzer durumlardaki farklılıkların farklı muameleyi haklı kılıp kılmadığını ve ne ölçüde haklı kıldığını değerlendirmede belirli bir takdir marjına sahiptir. Bunun kapsamı ise, koşullara, konuya, konunun arka planına ve sözleşmecî devletlerin hukukları arasında ortak bir payda bulunup bulunmadığına göre değişebilecektir⁵⁹.

Mahkemenin uygulaması, genel olarak, konsensüs seviyesi azaldıkça üye devletlere verilen takdir marjını arttırma yönündedir⁶⁰. Daha açık şekilde belirtmek gerekirse, belirli bir konuda Sözleşmeye taraf devletlerin hukuk ve uygulamaları ortak bir paydada birleşmekteyse, AİHM'nin gelişmecî bir yaklaşım izleyip, davalı devlete dar bir takdir payı bıraktığı ve taraf devletlerce üstlenilen yükümlülükler uylulmasını sağlamak amacıyla (m. 19) daha

⁵⁷ Burada gönderme yapılan ikincillik ilkesine (*the principle of subsidiarity*) göre, Sözleşmede düzenlenen haklara saygı duyulmasını sağlama ödevi öncelikle sözleşmecî devletlere düşer; AİHM ulusal otoriteler bu ödevi yerine getirmediğinde denetim yetkileri çerçevesinde devreye girecektir. Bkz. European Court of Human Rights/Jurisconsult, "Interlaken Follow-Up: Principle of Subsidiarity", 08.07.2010, s. 2. Bu bağlamda Sözleşme m. 1, 19 ve 35 hükümlerinin sözleşmecî devletler ile AİHM'nin yetki ve yükümlülüklerini ikincillik ilkesi temelinde öngördüğü belirtilmelidir.

⁵⁸ Bkz. *Case of Handyside v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 07.12.1976, p. 48-49.

⁵⁹ Bkz. *Case of Rasmussen v. Denmark*, ECHR (Chamber), Judgment of 28.11.1984, p. 40; *Case of Fretté v. France*, p. 40; *Case of Glor v. Switzerland*, p. 74-75; ve bu kararlarda atıf yapılan kararlar.

⁶⁰ Bkz. *Case of Lautsi and Others v. Italy*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 18.03.2011, p. 70.

katı/kapsamlı bir inceleme yaptığı görülmektedir. Fakat tersi söz konusuysa, yani taraf devletlerdeki hukuk ve uygulama yeknesak olmayıp çeşitlilik göstermekteyse, Mahkeme daha geniş bir takdir yetkisi olduğuna hükmedebilmektedir⁶¹. Ancak konsensüsün varlığının gelişmeci yorum (veya çoğunluğun çözümü) lehine, konsensüsün yokluğunun ise takdir marjı lehine sonuç doğurduğu önermesi, bazı değişik içtihatlar sebebiyle aksi ispat edilebilir bir karine olarak görülmelidir⁶².

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, AİHM takdir marjının genişliğini olaydan olaya değişen biçimlerde ele alabilmektedir. Avrupa konsensüsü takdir marjının genişliği tespit edilirken göz önünde bulundurulmuş hususlardan sadece biridir. Bunun dışında, ilgili hakkın önemi/niteliği; bireyin (müdahale edilen) faaliyetinin niteliği; müdahalenin amacı, niteliği ve koşulları; olayın devletin genel politikalarıyla ilgili olup olmadığı gibi etkenlere de bakılmaktadır⁶³. Bununla birlikte, bazen bunlardan bir kısmı devlete geniş bir takdir marjı bırakılmasına işaret ederken; diğerleri aksi yönde bir sonucu destekleyebilmektedir. Bu noktada bahsi geçen temel etkenlerin takdir marjının belirlenmesinde ne düzeyde etkili olduğu hususunda tutarlı bir uygulamanın bulunmadığı belirtilmelidir⁶⁴.

⁶¹ Bkz. **Dijk/Hoof**, s. 87; **Benvenisti**, Eyal: “Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards”, *New York University Journal of International Law & Politics*, 1998-1999, Vol. 31, s. 851; **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 9; **Vanneste**, s. 328; **Arai-Takahashi**, Yutaka: “The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg’s Variable Geometry”, in: Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013, s. 89; **Letsas**, George: “The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy”, in: Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013, s. 114-115.

⁶² Bkz. **Dzehtsiarou**, s. 27-29, 37; **Londras**, Fiona de/**Dzehtsiarou**, Kanstantsin: *Great Debates on the European Convention on Human Rights*, Palgrave Macmillan, 2018, s. 83.

⁶³ Aşağıda inceleyeceğimiz davalarda takdir marjı doktrininin uygulanmasında hesaba katılan bu gibi etkenlerin spesifik olarak ne şekilde vücut bulduğu görülecektir.

⁶⁴ Bkz. **Brems**, Eva: “The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, Vol. 56, s. 256 vd.; **Dijk/Hoof**, s. 87-91; **Vanneste**, s. 327-330. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yapılacak denetimin yoğunluğunun ve takdir marjının genişliğinin ve/veya aşılmadığının belirlenmesinde Sözleşmenin bütününe nüfuz etmiş olan orantılılık ilkesi de yukarıdaki etkenlerden bir kısmıyla bağlantılı olarak değerlendirilebilmektedir. Bkz. **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 10-12; **Senden**, s. 239.

Görüldüğü üzere, Avrupa konsensüsüne farklı konularda, çeşitli maddeler bakımından ve değişik amaçlarla başvurulmaktadır. Dahası konsensüsün varlığı veya yokluğu, genellikle kararın tek dayanağı olmadığı için, her zaman aynı etkiyi de doğurmamaktadır. Bu uygulama çeşitliliği karşısında Avrupa konsensüsünün işlevini somut olaylar bağlamında görmek yararlı olacaktır. Hemen aşağıda ele alacağımız kararlar⁶⁵, sade bir yaklaşımla, varlığı veya yokluğu durumunda Avrupa konsensüsünün nasıl bir işlev gördüğü noktasından açıklanacaktır.

B. Varlığı Durumunda

Sözleşmecı devletlerin dava edilen eylemlerinin tespit edilen Avrupa konsensüsüne uymaması genellikle Mahkemenin gelişmeci bir yaklaşım izlemesine ve birey lehine hüküm vermesine yol açmaktadır⁶⁶. Ancak, konunun hassasiyetinin, müdahalenin derecesinin, telafi edicilerin varlığının vs. gözetildiği durumlarda kararlar farklı olabilmektedir.

AİHM, haksız uygulamanın durdurulması gibi bir ihtiyatî tedbir kararı verilen hazırlık davalarını (*preliminary proceedings*) önceleri kural olarak medenî hak ve yükümlülüklerin karara bağlanmasıyla ilgili görmeyerek 6. maddenin güvencesi kapsamında değerlendirmemişken⁶⁷, *Micallef v. Malta Davasında*, ihtiyatî tedbir kararlarına 6. maddenin belirli şartlarla uygulanabileceğini belirtmiştir. İctihattaki bu değişikliğin gerekliliği, diğerleri yanında, Avrupa Konseyi üyeleri arasında m. 6'daki güvenceleri ihtiyatî tedbir kararlarına uygulamak yönünde yaygın bir konsensüs oluştuğunun gözlemlenmesiyle tespit edilmiştir⁶⁸.

Scoppola v. İtalya Davasında Mahkeme, işlenen suçlar bakımından sonradan çıkarılan lehe kanunun uygulanması hususunda, uluslararası hukuk çerçevesindeki gelişmelerin yanında, üye devletler arasında bu ilkeyi teyit

⁶⁵ Yeri geldikçe başka kararlar da incelenecektir.

⁶⁶ Pek nadiren de dava konusu müdahalenin mevcut Avrupa konsensüsüne uygun olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda Sözleşmenin ihlal edilmediğine hükmedilmesi kuvvetle muhtemeldir. **Dzehtsiarou**, s. 24, 26. Mesela, bir gazeteci tarafından gizli bilgilerin ifşası için cezaî yaptırım uygulanmasını ifade özgürlüğünün düzenlendiği madde çerçevesinde değerlendirirken Mahkeme, bu tür yaptırımlara ihtiyaç olduğu hususunda üye devletlerde bir konsensüs bulunduğunu belirttikten sonra, amaç bakımından orantısız bulmadığı para cezasının 10. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir. Bkz. *Case of Stoll v. Switzerland*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 10.12.2007, p. 155, 161.

⁶⁷ Bkz. *Case of Micallef v. Malta*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 15.10.2009, p. 75.

⁶⁸ Bkz. *Case of Micallef v. Malta*, p. 31, 78.

eden bir konsensüs oluştuğunu ve onun ceza hukukunun temel ilkelerinden biri hâline geldiğini kaydederek, Komisyonun 7. maddenin böyle bir koruma sağlamadığı yönündeki önceki içtihadını değiştirmiştir⁶⁹.

Marckx v. Belçika Davasında evlilik dışında doğan çocuğun anneyle hukukî bağının kurulmasına ilişkin meseleler bakımından Mahkeme, Sözleşmenin kabul edildiği 1950 yılında meşru-gayrimeşru aile ayrımı yapmanın birçok Avrupa ülkesinde normal olmakla birlikte, Sözleşmenin günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini, artık üye devletlerin büyük bir çoğunluğunun ulusal hukuklarının “*mater semper certa est*” prensibini tanıma yönünde geliştiği gerçeğini göz ardı edemeyeceğini ve ilgili uluslararası belgelerin de evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında ayırım yapılması gerektiği hususunda modern toplumlarda açık bir ortak payda bulunduğunu gösterdiğini belirtmiştir⁷⁰.

İrlanda hukukunun annenin hayatına yönelik bir risk bulunması durumu hariç kürtaja izin vermemesini ele aldığı *A, B ve C v. İrlanda Davasında* Mahkeme, devletin müdahalesinin başvuruçuların 8. maddedeki hakları ile İrlanda halkının hayatın doğası ve doğmamış çocuğun hayatının korunması hususundaki derin ahlakî değerleri arasında adil bir denge kurup kurmadığını incelerken, devletin takdir marjının genişliğinin kritik bir nokta olduğunu belirtmiştir⁷¹. Mahkeme, aşağıda bahsedeceğimiz *Evans v. Birleşik Krallık Davasında* konsensüs ile takdir marjı arasındaki ilişki hakkında öngördüğü esasları burada da tekrar edip, konuyla ilgili hak ve menfaat çatışmaları arasında adil bir dengenin kurulmasında devletin prensip olarak geniş bir takdir marjından yararlandığını değerlendirmiştir⁷². Mahkeme, sözleşmeci devletlerin esaslı bir çoğunluğunun arasında İrlanda hukukundakinden daha çok sebeplerle kürtaja izin verilmesi yönünde bir konsensüsün bulunduğunu teyit edip, bu hususta uluslararası alandaki eğilimleri ve görüşleri ayrıca incelemeye gerek olmadığını belirtmekle birlikte, söz konusu konsensüsün devletin konuyla ilgili geniş takdir marjını kesin bir şekilde daralttığı kanaatinde değildir⁷³.

⁶⁹ Bkz. *Case of Scoppola v. Italy (No. 2)*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 17.09.2009, p. 105-106, 109.

⁷⁰ Bkz. *Case of Marckx v. Belgium*, ECHR (Plenary), Judgment of 13.06.1979, p. 41.

⁷¹ Bkz. *Case of A, B and C v. Ireland*, p. 230-231.

⁷² Bkz. *Case of A, B and C v. Ireland*, p. 232-233.

⁷³ Bkz. *Case of A, B and C v. Ireland*, p. 235-237. Sonuç olarak İrlanda’da kürtaj için yabancı bir ülke gitmeye izin verildiğini ve bu konuda yeterli bilgi ve tıbbî yardım alma olanağının bulunduğunu da gözetken Mahkeme, İrlanda halkının ahlakî değerlerine dayanan dava konusu yasağı getirmekle davalı devletin takdir marjını aşmadığına karar

Dickson v. Birleşik Krallık Davasında yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olmak isteyen hükümlünün talebinin reddedilmesini 8. madde çerçevesinde ele alan Mahkeme, takdir marjıyla ilgili yerleşik esaslarını tekrarladıktan sonra, sözleşmecî devletlerin yarısından fazlasının hükümlü eşlerinin özel ziyaretlerine (*conjugal visit*) izni verdiğini, somut olayla bir ölçüde ilgili gördüğü bu gelişmeyi tasvip etmekle birlikte Sözleşmeyi sözleşmecî devletleri bu ziyaretlere izin vermeye zorlayacak şekilde yorumlamadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, devletin dava konusu uygulamasının yarışan bireysel menfaatler ile kamunun menfaatleri arasında gerçek bir denge kurmadığı ve kısıtlamanın orantılılık ilkesini gözetmediği tespit edildiğinden, kabul edilebilir takdir marjının aşıldığı ve 8. maddenin ihlal edildiği karara bağlanmıştır⁷⁴.

Bayatyan v. Ermenistan Davasında Mahkemenin belirttiği üzere, vicdanî ret hakkının tanınması konusunda, çeşitli uluslararası belgelerin kabul edilmesinin yanında, birkaç farklı uygulama bir kenara bırakılırsa üye devletlerin ulusal hukuklarındaki gelişmeler neredeyse bir konsensüs (*nearly a consensus/virtually general consensus*) bulunduğunu göstermektedir. Bu sebeple Mahkeme, Komisyonun önceki içtihadından ayrılarak konuyu 9. madde kapsamında ele almayı tercih etmiştir⁷⁵. Neticede, dinî kanaatleri nedeniyle askerlik hizmeti yapmayı reddeden başvurucuya alternatif bir hizmette bulunma imkânı da sunulmadan cezaî müeyyide uygulanması, özellikle demokratik bir toplumda gerekli olmadığı için, 9. maddeye aykırı bulunmuştur⁷⁶.

Bir ilaç şirketine karşı açılmış tazminat davaları devam ederken yayımlanacağı duyurulan bir yazının yayımlanmasının mahkemeye saygısızlık oluşturacağı gerekçesiyle yasaklanması şeklindeki müdahaleyi 10. madde çerçevesinde incelerken AİHM, *Handyside v. Birleşik Krallık Davasında* bildirdiği takdir marjıyla ilgili esasları tekrarlamıştır. Ancak, o davada ahlakın korunmasıyla ilgili bir müdahale incelenip devlete geniş bir takdir marjı bırakılmışken; burada yargının otoritesinin korunmasına yönelik müdahale açısından aynı sonuca varılmamıştır. Zira bu davada incelenen kısıtlamanın dayandığı kavramlar nesnel kavramlar olduğu gibi, sözleşmecî

vermiştir. Bkz. *Case of A, B and C v. Ireland*, p. 241. Mahkemenin genel eğiliminden farklı bir tutum sergilediği bu karara aşağıda döneceğiz.

⁷⁴ Bkz. *Case of Dickson v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 04.12.2007, p. 78, 81-82, 85.

⁷⁵ Bkz. *Case of Bayatyan v. Armenia*, p. 103, 108-109. Kararda karşılaştırmalı hukuk verileri özel bir başlık altında (p. 46-49) ayrıntılı şekilde belirtilmiştir.

⁷⁶ Bkz. *Case of Bayatyan v. Armenia*, p. 128.

devletlerin hukuk ve uygulamaları da bu konuda oldukça esaslı bir ortak temel bulunduğunu ortaya koymaktadır⁷⁷.

Bir meslek birliğine zorunlu üyelikle ilgili *Sigurdur A. Sigurjónsson v. İzlanda Davası*na ilişkin kararında Mahkeme, konuyu, Sözleşmenin hazırlık çalışmalarının örgütlenme özgürlüğünün negatif yönüne 11. maddede bilinçli bir şekilde yer verilmediğini gösterdiği iddiası yerine, sözleşmecilerdeki durum çerçevesinde ele almayı seçmiştir. Mahkeme, sözleşmeciler devletlerin büyük bir çoğunluğunun hukukunda olaydaki gibi bir zorunlu üyeliğin bulunmadığına, aksine örgütlenme özgürlüğünün negatif yönünün (bir birliğe katılmama veya birlikten ayrılma hakkının) güvence altına alındığına ve ayrıca uluslararası düzeyde de bu konuda büyümekte olan bir ortak payda bulunduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, Sözleşmenin günün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu ve 11. maddenin bahsi geçen yönü de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁸. Neticede Mahkeme, maddenin 2. paragrafındaki kısıtlama gerekçeleri çerçevesinde de konuyu ele alarak, ihlal bulunduğuna hükmetmiştir.

*Demir ve Baykara v. Türkiye Davası*nda belediye memurlarının 11. maddedeki güvencelerden yararlanma hakkının olup olmadığı meselesini ele alırken Mahkeme, maddedeki istisnaların dar yorumlanması gerektiğini⁷⁹ ve ayrıca kamu görevlilerinin sendikalara katılma hakkının artık bütün sözleşmecilerde tanındığını, kısıtlamaların ise sadece bazı hizmet gruplarına yönelik olduğunu belirtmiştir. Diğer dayanaklarla birlikte bu son durum da göz önünde bulundurularak, devletin idarî görevlilerinin 11. maddenin kapsamı dışında değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır⁸⁰.

Bir başka davada AİHM, cinsiyetler arası eşitliğin geliştirilmesinin günümüzde Avrupa Konseyine üye devletler arasında önemli bir hedef olduğunu hatırlatmıştır. Kadın-erkek eşitliğine ilişkin uluslararası düzeydeki gelişmeler de, eşlerden her birinin kendi soyadını kullanma ya da yeni aile adının seçiminde fikir bildirme hakkının tanınmasına doğru ilerlemektedir. Dahası AİHM, Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında karı-kocanın aile

⁷⁷ Bkz. *Case of Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1)*, ECHR (Plenary), Judgment of 26.04.1979, p. 59.

⁷⁸ Bkz. *Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*, ECHR (Chamber), Judgment of 30.06.1993, p. 33, 35.

⁷⁹ Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 97, 119.

⁸⁰ Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 106-107. Bu kararın Sözleşmenin yorumlanması ve konsensüs tekniği hakkında oldukça kapsamlı açıklamalarına daha sonra değinilecektir.

adının seçiminde eşit söz hakkına sahip olması yönünde bir konsensüsün belirdiğine dikkat çekmektedir. Mahkemenin belirttiği üzere Türkiye, kadın ve erkeklerin aile içinde eşit haklara sahip olmasını sağlama yönündeki genel eğilimin dışında olmamakla birlikte, kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek üye devlet konumundadır. Türkiye’de, eşler kabul etse bile evli kadınlar tek başına kızlık soyadlarını kullanamamaktadır⁸¹. Neticede bu uygulamanın 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Bir başka davada Mahkeme, HIV-pozitif kişilerin sınır dışı edilmesinin yerleşik Avrupa konsensüsünü yansıtmadığını, diğer üyelerde destek bulmadığını, Rusya’nın da vatandaşı olmayan bu durumdaki kişileri zorunlu olarak sınır dışı eden tek üye devlet ve dünyadaki sadece birkaç devletten biri olduğunu belirtmiştir⁸². Mahkeme, bu kişilerin ülkeye girişi ve ülkede yerleşmesine ilişkin kısıtlamaları kaldırmaya yönelik ezici (*overwhelming*) Avrupa konsensüsü ve uluslararası konsensüs yanında, davalı devletin sağlık sebepleriyle farklı muameleyi haklı kılmak için zorlayıcı ve objektif gerekçeler sunmadığını da dikkate alarak, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁸³.

Mahkeme, siyasî partilerin Mecliste temsil yetkisi kazanmaları için uygulanan %10’luk seçim barajının 1 No’lu Protokolün 3. maddesini ihlal edip etmediğini incelediği bir davada, farklı türleri bulunan seçim barajlarının Avrupa ülkelerinde uygulandığını ancak Türkiye haricinde yalnızca üç devletin yüksek seçim barajı kabul ettiğini tespit etmiştir. Üye devletlerin seçim kanunlarındaki çeşitliliğin hiçbir seçim barajının seçim sistemi bir bütün olarak göz önünde bulundurulmadan değerlendirilemeyeceğini gösterdiğini vurgulayan Mahkeme, Türkiye’deki barajı istisnâ derecede yüksek bulsa da, söz konusu seçimlerin kendine özgü siyasi çerçevesi ile sisteme getirilen telafiler ve diğer güvenceler⁸⁴ karşısında, barajın bahsi geçen maddedeki hakkın özüne zarar verdiğine ikna olmamıştır⁸⁵.

⁸¹ Bkz. *Case of Ünal Tekeli v. Turkey*, p. 59-62.

⁸² Bkz. *Case of Ibrogimov v. Russia*, p. 20.

⁸³ Bkz. *Case of Ibrogimov v. Russia*, p. 23. Daha önceki benzer konulu davalarda da Mahkemenin benzer bir tutum sergilediği görülmektedir. Bkz. *Case of Kiyutin v. Russia*, p. 65, 74; *Case of Novruk and Others v. Russia*, p. 101, 111.

⁸⁴ Mahkeme tarafından “orantılılık” başlığı altında incelenmiştir.

⁸⁵ Bkz. *Case of Yumak and Sadak v. Turkey*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 08.07.2008, p. 129, 132, 147.

C. Yokluğu Durumunda

Bu başlık altında Mahkemenin bir Avrupa konsensüsünün bulunmadığını ya da tam oluşmadığını tespit ettiği olaylardan bazıları ele alınmaktadır.

Mahkeme, 2. maddedeki “herkes” teriminin bir embriyo veya cenini kapsayıp kapsamadığını incelerken, hayatın başlangıcının bilimsel ve hukukî tanımı ile söz konusu oluşumların niteliği ve statüsüne ilişkin bir Avrupa konsensüsü olmadığını tespit ederek, bunun belirlenmesinin devletlerin takdir marjı içinde kaldığını belirtmiştir. Soyut/kuramsal bir tanım yapmaktan kaçınan Mahkemeye göre olsa olsa bu oluşumların insan ırkına ait olduğu hakkında devletler arasında ortak bir payda bulunduğu kabul edilebilir⁸⁶. Burada, üye devletlerin çoğunda taksirle öldürme suçunun cenine uygulanmadığı da tespit edilmiştir⁸⁷.

Mahkeme, cinsiyet değiştirenlerin yeni durumlarına yönelik hukukî uyarlamaların eksikliğinin öne sürüldüğü davalarda, konuyla ilgili tam bir konsensüs bulunmadığını tespit etmekle birlikte, yaklaşımını zaman içinde değiştirmiştir. *Rees v. Birleşik Krallık Davası*, *Cossey v. Birleşik Krallık Davası* ve *Sheffield ve Horsham v. Birleşik Krallık Davasında* Mahkeme, cinsiyet değiştirenlerin hukukî yönden tanınması hususunda tam bir Avrupa konsensüsünün oluştuğuna kanaat getirmemekle birlikte, ilgili hukukun gelişim aşamasında olduğunu teyit etmiştir⁸⁸. Başvuranın cinsiyet değişikliğinin

⁸⁶ Bkz. *Case of Vo v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 08.07.2004, p. 82, 84. Buradaki başvuru, yaklaşık altı aylık hamile anneye onunla aynı soyadı taşıyan bir başka hastaya uygulanması gereken müdahaleyi yaparak, kürtajı zorunlu hâle getiren doktorun taksirle öldürme suçundan mahkûm edilmemesine karşıdır. Bkz. *Case of Vo v. France*, p. 9-22. Doktrinde dikkat çekildiği üzere, Mahkemenin yorum aşamasında, genellikle bir müdahalenin gerekçelendirilmesi açısından yani uygulama aşamasında başvurduğu takdir marjı doktrinine burada başvurması pek rastlanır bir şey değildir. **Senden**, s. 234. Bir diğer görüşe göre de, bir maddenin uygulanabilirliği meselesi takdir marjına bağlı değildir. Mahkemenin görevi, konsensüsün yokluğuna rağmen, Sözleşme terimlerinin özerk içeriğinin aydınlatılmasıdır. **Vanneste**, s. 293, 320.

⁸⁷ Bkz. *Case of Vo v. France*, p. 41.

⁸⁸ Bu davalarda cinsiyet değiştirme ameliyatından sonra yeni durumları hukuken tanınmadığı (özellikle doğum kayıtlarının değiştirilmesi talepleri reddedildiği) için çeşitli hukukî zorluklarla karşılaşan ve yeni cinsiyetleriyle karşı cinsiyetten biriyle yasal bir evlilik yapamayan başvuranların iddiaları 8. ve 12. maddeler çerçevesinde incelenmiştir. Bu davalarda Mahkeme, bazı küçük farklarla birlikte, sözleşmecî devletlerdeki uygulama çeşitliliğini dikkate alarak, konuyla ilgili küçük bir ortak payda bulunduğunu, ortak bir Avrupa yaklaşımı olmadığını, hukukun geçiş aşamasında olduğunu ve bu sebeple devletlerin geniş bir takdir marjından yararlanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, 8. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerin ihlal edilmediği yönünde hüküm kurulmuştur.

hukukî olarak tanınmamasından ve özellikle de çalışma, sosyal güvenlik, emeklilik ve evlenme hakları bakımından tâbi tutulduğu muameleden şikâyetçi olduğu *Christine Goodwin v. Birleşik Krallık Davasında* ise Mahkeme, cinsiyet değişikliğinin hukukî yönden tanınmasıyla ilgili hâlen ortak bir Avrupa yaklaşımı bulunmadığını tespit etmekle birlikte, özellikle Avrupa dışındaki gelişmeleri göz önünde tutarak, 8. ve 12. maddelerin ihlal edildiğini karara bağlamıştır⁸⁹.

Schalk ve Kopf v. Avusturya Davasında başvurular, Sözleşmenin günün koşullarına göre yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu öngören Mahkeme içtihadına dayanarak, 12. maddenin artık aynı cinsiyetten kişilere evlenme hakkı verir şekilde anlaşılması gerektiğini öne sürmüşlerdir. Mahkeme ise, evlilik kurumunun Sözleşmenin kabulünden bu yana büyük sosyal değişiklikler geçirdiğine işaret etmekle birlikte, 47 sözleşmecî devletin sadece altısının bu tarz bir evliliğe izin verdiğini, konuyla ilgili bir

Ancak her seferinde Mahkeme, konuyla ilgili uygun hukukî önlemlere ihtiyaç olduğunu sözleşmecî devletler tarafından göz önünde bulundurulması gerektiğinin de altını çizmiştir. Bkz. *Case of Rees v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 17.10.1986, p. 37, 42, 47; *Case of Cossey v. the United Kingdom*, p. 40, 42; *Case of Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, p. 57, 60. Ayrıca bu davalarda Mahkeme, 12. maddeyle güvence altına alınan evlenme hakkının biyolojik olarak farklı cinsiyetten kişiler arasındaki geleneksel evliliğe gönderme yaptığını belirtip, bu maddenin de ihlal edilmediğini kararlaştırmıştır. Bkz. *Case of Rees v. the United Kingdom*, p. 48-51; *Case of Cossey v. the United Kingdom*, p. 43-48; *Case of Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 62-70.

⁸⁹ Bu kararında Mahkeme, farklı hukuk sistemleri ve gelenekleri olan sözleşmecî devletler arasında bu konuyla ilgili ortak bir Avrupa yaklaşımı bulunmamasının pek şaşırtıcı olmadığını, ikincillik ilkesi de göz önünde bulundurulduğunda sözleşmecî devletlerin geniş bir takdir marjından yararlanması gerektiğini belirtmiştir. Yine de Mahkeme, cinsiyet değiştiren kişilerin yeni cinsel kimliklerinin hukukî olarak tanınması bakımından devam etmekte olan bir uluslararası eğilim bulunduğunun açık ve tartışmasız kanıtları karşısında, ortak bir Avrupa yaklaşımının olmadığı gerçeğine daha az ağırlık vermiştir. Neticede Mahkeme, başvuranın yeni kimliğinin hukukî olarak tanınmasıyla elde edeceği menfaat yerine kamu yararı unsuruna ağırlık vermeyi gerektirecek önemli bir etken bulunmadığından, Sözleşmenin doğasında bulunan adil dengenin başvuran lehine olduğuna ve 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. *Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom*, p. 85, 93. Ayrıca Mahkemeye göre, 12. madde bir kadın ile bir erkeğin evlenme hakkını düzenlese de, sosyal ve bilimsel gelişmeler karşısında cinsiyetin sadece biyolojik kriterlerle belirlenmesi uygun değildir. Her ne kadar cinsiyet değişikliğini tanıyan devlet sayısı, onlara yeni cinsiyetleriyle evlenme hakkı veren devlet sayısından az olsa da, konu tamamen sözleşmecî devletlerin takdirine bırakılamaz. Devletler evlenme koşullarını belirleyebilseler de, hiçbir durumda cinsiyet değiştirenleri evlenme hakkından yararlandırmamayı haklı gösteremez. Bkz. *Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom*, p. 100, 103.

Avrupa konsensüsü bulunmadığını ve 12. maddenin ihlal edilmediğini belirtmiştir⁹⁰.

Evans v. Birleşik Krallık Davasında Mahkemenin belirttiği üzere, Sözleşmenin 8. maddesiyle ilgili bir davada devletin yararlandığı takdir marjının genişliği tespit edilirken çeşitli etkenler dikkate alınmalıdır. Olayda bireyin varlığının veya kimliğinin esaslı bir yönü söz konusu ise, devlete tanınan takdir marjı dardır. Ancak, söz konusu menfaatin önemi veya bu menfaati en iyi koruyan aracın ne olduğu konusunda Avrupa Konseyine üye devletler arasında bir konsensüs bulunmuyorsa ve özellikle hassas ahlakî veya etik meselelerin ortaya çıktığı bir olayda, takdir alanı genişleyecektir. Devletin yarışan özel menfaatler ile kamu menfaatleri veya Sözleşmede yer alan haklar arasında bir denge kurması gerektiğinde de genellikle takdir alanı genişler⁹¹. Ulusal hukukun, embriyonun tıbbî yoldan rahme yerleştirilmesinden önce rızasını geri çeken erkeği baba olmaya zorlayamamasının kadının özel hayatına saygı hakkını ihlal edip etmediği hususunun ele alındığı bu olayın ahlaken hassas bir mesele hakkında olduğuna şüphe yoktur. Başvuran tedavi sürecindeki maddî ve manevî kayıplarının daha fazla olduğuna dikkat çekerek, kendisinin 8. maddeden doğan haklarının babalıktan vazgeçenine göre daha ağır bastığını öne sürse de; Mahkeme bu konuda bir örnek Avrupa yaklaşımı ve açık bir konsensüs bulunmadığını belirtmiştir. Üye devletler arasında açık bir ortak payda bulunmadığı için, davalı devlete daha geniş bir takdir alanı verilmelidir. Neticede Mahkeme, bu konuda bir Avrupa konsensüsü olmamasını, ulusal hukukun açık kurallarının da yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurduğunu göz önünde tutarak, 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁹².

⁹⁰ Bkz. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*, p. 57-58. Bunun yanında Mahkeme, bu tarz evliliklerin hukuken tanınması yönünde ortaya çıkmakta olan bir Avrupa konsensüsü bulunduğu da işaret etmiştir. Yine de konu, hakkında yerleşik bir konsensüs bulunmayan ama gelişmekte olan haklardan biri olarak değerlendirilmeli ve devletler yasal değişiklikleri yapma zamanı bakımından takdir marjından yararlanmalıdır. Bkz. *Case of Schalk and Kopf v. Austria*, p. 105. Öte yandan bir başka davada belirtildiği üzere, evlilik dışındaki resmî beraberlik biçimlerine izin veren 19 devletten sadece Yunanistan ve Litvanya bunu münhasıran farklı cinsiyetten çiftlere tanımış bulunmaktadır. Tek başına bu durum Sözleşmenin ihlali anlamına gelmemekle birlikte, davalı devletin ilgili düzenlemesinde hencins çiftleri hariç tutmasını haklı çıkarabilecek ciddi ve inandırıcı nedenler de sunmadığı görülmektedir. Bu sebeple Mahkeme, 8. maddeyle birlikte ele alınan 14. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bkz. *Case of Vallianatos and Others v. Greece*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.11.2013, p. 91-92.

⁹¹ Bkz. *Case of Evans v. the United Kingdom*, p. 77 ve orada atıf yapılan kararlar.

⁹² Bkz. *Case of Evans v. the United Kingdom*, p. 78-81, 90, 92.

AIHM, cinsiyet değiştirmiş bir kişiye ebeveyn hakları verilmemesine ilişkin bir başka uyuşmazlıkta, konuyla ilgili ortak bir Avrupa standardı bulunmadığını gözlemlediğini belirtmiştir. Ayrıca donör tarafından yapay dölleme yoluyla doğan bir çocuk ile sosyal olarak baba rolünü üstlenen kişi arasındaki ilişkiler konusunda sözleşmecî devletler arasında genel olarak paylaşılan bir yaklaşım da bulunmamaktadır. Tıbbî yardımla üremenin Avrupa'da yıllardır uygulanmasına rağmen, birçok hukukî konunun tartışmalı kaldığı; mesela donörün anonim kalmasının çocuğun menfaatleri için uygun olup olmayacağı, çocuğun donörün kimliğini bilme hakkına sahip olup olmadığı gibi hususlarda üye devletler arasında bir konsensüs bulunmadığı görülmektedir. Üyeler arasında küçük bir ortak paydanın bulunduğu ve hukukun geçiş döneminde olduğu bu gibi durumlarda, devlete geniş bir takdir marjı bırakılmalıdır. Neticede davalı devletin 8. maddeyi ihlal etmediğine karar verilmiştir⁹³.

AIHM, kendilerine ait arazideki karavanların içinde geleneksel hayat tarzlarını sürdürmek isteyen başvuranlara izin verilmemesi ve onlara karşı zorlama önlemlerine girişilmesi sebebiyle diğerleri yanında m. 8'in ihlal edildiği iddiasını ele aldığı davalarda, azınlık gruplarının ihtiyaçlarını tanımayaya ve güvenliklerini, kimliklerini ve hayat tarzlarını korumaya yönelik olarak üye devletler arasında bir uluslararası konsensüsün ortaya çıkmakta olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak Mahkemeye göre, bu konsensüs sözleşmecî devletlerin belirli bir durumda hangi davranış veya standartları istediğini gösterecek kadar somut değildir. Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme de, genel ilkeleri ve hedefleri belirlemekle birlikte, uygulama araçları hususunda bir mutabakatı yansıtmamaktadır⁹⁴.

Mahkeme, Scientology'nin 9. madde anlamında bir din olup olmadığını değerlendirirken, bunun üye devletler arasında tartışmalı bir mesele olduğunu, konuyla ilgili bir Avrupa konsensüsü bulunmadığını ve ikincillik ilkesi gereğince de yerel otoritelerin tutumunu dikkate alacağını belirtmiştir.

⁹³ Bkz. *Case of X, Y and Z v. the United Kingdom*, p. 44, 52. *Yargıç De Meyer* ise, mevcut olayda bir Avrupa konsensüsü bulunmadığını göz önünde tutmaya ve bunu belirten yukarıdaki kavramlar çerçevesinde izaha girişilmeye gerek olmadığı görüşündedir. Yargıca göre, burada uygulanması gereken temel ilke, bir çocuğun babası olmayan bir kişinin onun babası olarak kaydedilme hakkına sahip olmadığıdır. Bkz. *Case of X, Y and Z v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Concurring Opinion of Judge De Meyer of 22.04.1997.

⁹⁴ Bkz. *Case of Chapman v. the United Kingdom*, p. 93-94; *Case of Lee v. the United Kingdom*, p. 95-96.

Neticede Rus makamlarının söz konusu inancı bir din olarak kabul ettiği dikkate alınarak, olayda 9. maddenin uygulanabilirliğine karar verilmiştir⁹⁵.

Üniversitede öğrencilerin başörtüsü takma yasağını inceleyen Mahkemeye göre, devlet ile inançlar arasındaki ilişkiyle ilgili meselelerde -ki demokratik bir toplumda bu konudaki görüşler çeşitlidir- ulusal kural koyucuların rolüne özel bir önem vermek gerekir. Bu durum, ulusal otoritelerin yaklaşım çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda, eğitim kurumlarında dinî sembollerin taşınması düzenlenirken özellikle söz konusu olacaktır. Dinin toplumdaki önemi konusunda Avrupa’da tek tip bir anlayış olmadığı gibi, bir inancın kamuoyu önünde ifade edilmesinin anlam ve etkisi de zamana ve bağlama göre değişebilecektir. Bu konudaki kurallar da bir ülkeden bir diğerine göre değişebilecektir. Dolayısıyla ilgili düzenlemelerin kapsam ve biçimini belirlemek bir noktaya kadar devlete bırakılmalıdır⁹⁶. Çoğunluğa muhalefet eden *Yargıç Tulkens* ise, karşılaştırmalı hukuk verilerinin Avrupa’da konuyla ilgili bir konsensüs olmadığını göstermediğini, aksine sözleşmecî devletlerin hiçbirinde üniversite eğitimi sırasında böyle bir engelin bulunmadığını belirtmiştir⁹⁷.

Lautsi ve Diğerleri v. İtalya Davasında devlet okullarında haç işareti bulunmasını m. 9 ve 1 No’lu Protokol m. 2 çerçevesinde ele alan AİHM, konunun davalı devletin takdir marjı içinde yer aldığı sonucuna varırken, konuyla ilgili bir Avrupa konsensüsü bulunmadığı gerçeğinin de bu yaklaşımı desteklediğini belirtmiştir⁹⁸.

⁹⁵ Bkz. *Case of Kimly and Others v. Russia*, p. 79-81.

⁹⁶ Bkz. *Case of Leyla Şahin v. Turkey*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 10.11.2005, p. 109.

⁹⁷ Bkz. *Case of Leyla Şahin v. Turkey*, ECHR (Grand Chamber), Dissenting Opinion of Judge Tulkens of 10.11.2005, p. 3. Anlaşılacağı üzere çoğunluktan ayrılan yargıca göre, yasağın yokluğu bir konsensüsün varlığını göstermektedir. Gerçekten de kararın karşılaştırmalı hukuk verilerini içeren 55-65 numaralı paragrafları, bu yasağın neredeyse hiçbir sözleşmecî devletin hukuk ve uygulamasında bulunmadığını ortaya koymaktadır. Kararın diğer yargılama teknikleri bakımından da çeşitli kusurları bulunduğu belirtilmektedir. Bu son konu hakkında bkz. **Altıparmak, Kerem/Karahanoğulları**, Onur: “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin v. Türkiye, AİHM v. Hukuk, Düzenleyici İşlem v. Kanun”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Temmuz-Eylül 2004, S. 3, s. 249-275.

⁹⁸ Bkz. *Case of Lautsi and Others v. Italy*, p. 70. Mahkeme, üye devletlerin devlet okullarında dinî sembollerin koyulmasıyla ilgili hukuk ve uygulamasını da incelemiştir. Bkz. *Case of Lautsi and Others v. Italy*, p. 26-28. *Yargıç Malinverni* ve *Yargıç Kalaydjieva* ise beyan ettikleri muhalefet şerhinde, takdir marjı doktrininin dikkatle ele alınması gerektiğini, zira takdir marjının kapsamının her olay bakımından aynı olmadığını ve söz konusu hakkın niteliği ve önemi, ihlalin ciddiliği, Avrupa konsensüsünün varlığı gibi birçok etkene bağlı olarak değişebileceğini belirtmişlerdir. Yargıçlar ayrıca söz konusu

Babalığın reddi davasının -anneden farklı olarak- baba tarafından açılmasına süre sınırı koyulmasını 14. madde çerçevesinde incelerken Mahkeme, sözleşmecî devletlerin mevzuatlarının ortak bir paydaya işaret etmediğini ve çoğunun anne ve babanın durumlarını farklı şekilde düzenlediğini belirttiikten sonra, bahsi geçen süre sınırının hukukî belirlilik sağlama ve çocuğun menfaatlerini koruma isteğiyle haklılaştırılabileceğine karar vermiştir⁹⁹.

Tek başına yaşayan eşcinsel bir kişinin evlat edinme talebinin hayat tarzı gerekçe gösterilerek reddedilmesini incelerken Mahkeme, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, konuyla ilgili bir ortak payda yoktur. Sözleşmecî devletlerin çoğu bu kişilerin evlat edinmesini açıkça yasaklamasa da, demokratik bir toplumda görüşlerin oldukça farklı olabildiği bu gibi meseleler hakkında sözleşmecî devletlerin hukuk ve sosyal düzenlerinde bir örnek ilkeler bulunmamaktadır. Dolayısıyla ulusal otoritelerin, hakkında ortak bir standart bulunmayan ve ilgili hukukun geçiş aşamasında olduğu bu hassas konuda geniş bir takdir marjından yararlanması doğaldır. Şüphesiz bu yetki de, keyfi biçimde kullanılmamalıdır ve ayrıca Mahkemenin denetimine tâbidir¹⁰⁰. Ayrıca, bu şekilde evlat edinmenin çocuk üzerindeki etkileri hakkında bilim camiasında bir mutabakat bulunmadığı, devletin geniş takdir marjı ve çocuğun menfaatlerinin korunması ihtiyacı göz önünde bulundurulduğunda orantılılık ilkesinin ihlal edilmediği de belirtilmiştir¹⁰¹.

Bir başka davada Mahkeme, bir kişinin mülkiyet hakkından ancak kamu yararı sebebiyle mahrum bırakılabileceği, buna karşılık özel kişiler arasında mülkiyetin zorunlu naklinin 1 No'lu Protokole aykırı olacağı iddiasını incelemiştir. Bu tarz bir uygulamanın da duruma göre kamu yararına yönelik olabileceğini kabul eden Mahkemenin belirttiği üzere, sözleşmecî devletlerin anayasaları, kanunları ve içtihatlarında, kamu yararı kavramının

olayda çok az üye devlette bu konunun düzenlendiğine ve dolayısıyla konuyla ilgili bir konsensüs olmadığına ilişkin kesin çıkarım yapmanın zor olduğuna dikkat çekmişlerdir. Bkz. *Case of Lautsi and Others v. Italy*, ECHR (Grand Chamber), Dissenting Opinion of Judge Malinverni joined by Judge Kalaydjieva of 18.03.2011, p. 1.

⁹⁹ Bkz. *Case of Rasmussen v. Denmark*, p. 41.

¹⁰⁰ Bkz. *Case of Fretté v. France*, p. 41. Bu karar üçe karşı dört oyla alınmıştır. Oldukça benzer konulu bir başka davada ise Büyük Daire, konsensüs tekniğine de başvurmadan, tam aksi yönde karar vermiştir. Bkz. *Case of E.B. v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 22.01.2008.

¹⁰¹ Bkz. *Case of Fretté v. France*, p. 42.

söz konusu uygulamayı hukuka aykırı kıldığını gösteren ortak bir ilke tespit edilememiştir¹⁰².

Mahkûmlara oy hakkı verilmemesini “orantılılık” yönünden incelerken Mahkeme, Birleşik Krallık’ın bütün mahkûmları oy kullanma hakkından mahrum bırakan birkaç sözleşmecî devletten biri olduğunu; ancak konuya ilişkin ortak bir Avrupa yaklaşımı bulunmadığı kabul edilse dahi, bunun tek belirleyici olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu konuda takdir marjı geniş olsa da, cezanın süresine, suçun ağırlık ve niteliğine ve bireysel durumlara bakmaksızın uygulanan genel, otomatik ve ayırım gözetmeyen kısıtlama, kabul edilebilir takdir marjını aşmakta ve 1 No’lu Protokolün 3. maddesini ihlal etmektedir¹⁰³.

III. AVRUPA KONSENSÜSÜNÜN UYGULANMASI

Bu başlık altında, **i)** konsensüs tekniği kapsamında hangi kaynaklara başvurulduğu, **ii)** nasıl bir değerlendirmeye konsensüsün varlığı veya yokluğunun tespit edildiği, **iii)** bu tespitin nihai karar üzerindeki etkisinin ne olduğu; uygulamadaki belirsizliklerle birlikte açıklanmaktadır.

i) AİHM, ele aldığı konuyla ilgili bir konsensüs bulunup bulunmadığını değerlendirirken sözleşmecî devletlerin hukuklarının, diğer andlaşmaların ve bölgesel düzenlemelerin gösterdiği hukukî konsensüsü; uzmanların konsensüsünü ve Avrupa’daki genel düşünciyi dikkate alabilmektedir¹⁰⁴. Mahkemenin başvurduğu bu ve benzeri konsensüs türlerinden özellikle sözleşmecî devletlerin hukuk ve uygulamalarına dayanan konsensüsün gerçek Avrupa konsensüsü olduğu; uluslararası andlaşmalara veya uluslararası örgütlerin belgelerine dayanan konsensüsün daha çok “uluslararası konsensüs” olarak nitelendirilebileceği belirtilmelidir. Ancak, göz önünde bulundurulan uluslararası kaynaklar, Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen andlaşma ve belgeler veya sözleşmecî devletlerin çoğu tarafından onaylanan andlaşmalar ise, bunlara dayanan konsensüs de “Avrupa konsensüsü” olarak anılmalıdır¹⁰⁵.

¹⁰² Bkz. *Case of James and Others v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 21.02.1986, p. 40.

¹⁰³ Bkz. *Case of Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 06.10.2005, p. 81-82. Bu bağlamda dikkat çekildiği üzere, temel önemi haiz bir Sözleşme hükmünü aşırı şekilde etkileyen önlemlerin ele alındığı durumlarda, Mahkeme konuyla ilgili bir konsensüsün yokluğuna rağmen bireyin haklarını koruma yönünde cesur bir yaklaşım izleyebilir. **Arai-Takahashi**, s. 88.

¹⁰⁴ **Helfer**, s. 139.

¹⁰⁵ **Dzetsiarou**, s. 39-40. Uzmanların görüşleri ile Avrupa kamuoyuna gelince, bunlar sadece devlet uygulamalarıyla tespit edilen konsensüsün veya oluşmakta olan konsensüsün

Yukarıda aktarılan davalardan da görüldüğü üzere Mahkeme, konsensüs tekniğini uygularken çoğu kez sözleşmecî devletlerdeki hukukî duruma gönderme yapmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmecî devletlerin anayasaları, diğer yasa ve düzenlemeleri, mahkeme kararları vs. dikkate alınabilmektedir¹⁰⁶.

Bunun yanında, Sözleşme hükümleri yorumlanırken sadece Sözleşme hükümlerinin referans alınmaması¹⁰⁷ ve dünyadaki gelişmelerin göz ardı edilmemesi¹⁰⁸ anlayışı çerçevesinde uluslararası hukuka da dayanılmaktadır. Böylece Mahkeme, birçok durumda sözleşmecî devletler arasındaki konsensüsün ve genel eğilimin varlığını göstermek veya desteklemek için uluslararası hukukun çeşitli kaynaklarına başvurmaktadır¹⁰⁹. Gittikçe artan bir şekilde müracaat edilen uluslararası kaynaklar arasında, insan haklarına ilişkin veya başka konulu andlaşmalar, uluslararası örgütlerin kararları ve bu bağlamda *soft law*, Avrupa Konseyinin düzenleme ve tavsiyeleri, Avrupa Birliği hukuku, diğer uluslararası mahkemelerin içtihatları vs. bulunmaktadır¹¹⁰. Mahkemenin uluslararası hukuku genel bir biçimde mütalaa ettiği; mesela Sözleşmeyi yorumlamak için başvurduğu andlaşmalara davalı devletin taraf olup olmamasını pek dikkate almadığı da belirtilmelidir¹¹¹.

ii) Konsensüs tekniğinin doğrudan esasına yönelik -bir sonraki başlıkta ele alacağımız- sorunların yanında, uygulanma biçimi hakkında da meseleler bulunmaktadır. Bu bağlamda, gerek kullanılan verilerin gerçekliği, yeterliliği, yerindeliği gerek bu verilerin yorumlanıp değerlendirilmesinin uygunluğu tartışılmaktadır.

hukukî ilgisini kurmak amacıyla kullanılmalıdır. **Vanneste**, s. 285. Bununla birlikte, mesela ifade ve basın özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki önemine vurgu yapan Mahkeme kararları, Avrupa toplumunun temelini oluşturduğu düşünülen köklü değerlere dayanmaktadır. **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 8.

¹⁰⁶ Bkz. *Case of James and Others v. the United Kingdom*, p. 40.

¹⁰⁷ Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 67.

¹⁰⁸ Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 273.

¹⁰⁹ **Vanneste**, s. 277; **Senden**, s. 245. *Letsas*'ın dikkat çektiği üzere, son yıllardaki bazı kararlarında Mahkeme, yaşayan belge yaklaşımını sözleşmecî devletlerin ulusal hukuklarındaki gelişmelerden ziyade uluslararası hukuktaki genel eğilimlere -zaman zaman bağlayıcılığı olmayan belgelere- ağırlık vererek ortaya koymaktadır. Bkz. **Letsas**, s. 115-119, 122.

¹¹⁰ **Vanneste**, s. 276-277; **Dzehtsiarou**, s. 48-49.

¹¹¹ **Schabas**, William: *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2015, s. 38-39. Aşağıda görüleceği üzere, *Demir ve Baykara v. Türkiye Davasına* ilişkin kararda Mahkeme bu konuya ilişkin kapsamlı açıklamalar yapmıştır.

Mahkemenin uygulamasına bakıldığında, hangi veriler çerçevesinde ve hangi şartlar altında konsensüsün varlığına veya yokluğuna karar verildiği hususunda bir standart oluşmadığı görülmektedir. Bazı kararlarda hangi sözleşmecî devletlerdeki hukukî durumun ne kapsamda incelendiğinden neredeyse hiç söz edilmeden, oldukça genel ifadelerle; bazen de sadece birkaç devletin hukuk veya uygulaması örnek verilip -zaman zaman uluslararası hukukun diğer kaynakları gibi başka verilere de başvurularak- bir Avrupa konsensüsünün olduğu veya olmadığı kararlaştırılmaktadır¹¹².

Gerçekten de Mahkeme bazen konsensüsün varlığının veya yokluğunun dayanaklarına en azından karar metninde pek değinmemektedir. Mesela Mahkemeye göre, devletlerin bir kısmındaki yargısal uygulama, tüzel kişilerin manevî zararlarının tazmin edilme ihtimalinin göz ardı edilemeyeceğini göstermektedir¹¹³. Bir başka kararda, 8. maddede geçen “ev” (*home*) kelimesinin, bazı sözleşmecî devletlerde işyerlerini de kapsayacak şekilde anlaşıldığını belirtilmiştir¹¹⁴. Mahkeme, bir başka kararda, cinsiyet değiştirenlerin durumuyla ilgili olarak bazı üye devletlerin hukuklarında birtakım değişiklikler olduğuna dikkat çekmiştir¹¹⁵. Yine Mahkeme, birçok sözleşmecî devletin mevzuatının, davanın yoksul tarafları için atanan avukatların ücretlerinin devlet hazinesinden karşılanması yönünde bir eğilim gösterdiğini ifade etmiştir¹¹⁶. Yine Mahkeme, üye devletlerin ceza politikalarındaki gelişmelerden ve müşterek standartlarından etkileneceğini bildirmekle yetinmiştir¹¹⁷. Meslek birliğine zorunlu üyelikle ilgili olarak ise sözleşmecî devletlerin büyük bir çoğunluğunun hukukunda olaydaki gibi bir zorunlu üyeliğin bulunmadığı belirtilmiştir¹¹⁸. Bir başka kararda ise Mahkeme, eşcinsel bir kişinin evlat edinme talebinin hayat tarzı gerekçe gösterilerek reddedilmesini incelerken konuyla ilgili bir ortak payda bulunmadığını belirtmekle yetinmiştir¹¹⁹.

Öte yandan, Mahkemenin yaptığı karşılaştırmalı incelemeyi nisbeten daha belirgin bir şekilde açıkladığı kararlarında da birtakım belirsizliklerin

¹¹² Bkz. *Senden*, s. 245-249.

¹¹³ Bkz. *Case of Comingersoll S.A. v. Portugal*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 06.04.2000, p. 34.

¹¹⁴ Bkz. *Case of Niemietz v. Germany*, ECHR (Chamber), Judgment of 16.12.1992, p. 30.

¹¹⁵ Bkz. *Case of Cossey v. the United Kingdom*, p. 40.

¹¹⁶ Bkz. *Case of Van der Musselle v. Belgium*, ECHR (Plenary), Judgment of 23.11.1983, p. 40.

¹¹⁷ Bkz. *Case of Tyrer v. the United Kingdom*, p. 31.

¹¹⁸ Bkz. *Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*, p. 35.

¹¹⁹ Bkz. *Case of Fretté v. France*, p. 41.

bulunduğu görülmektedir. Mesela Mahkeme, yaklaşık on üye devletteki duruma değinerek, mağdurun fiziksel olarak direnç göstermesi şartına artık Avrupa devletlerinin yasalarında yer verilmediğine, özellikle içtihatlarda zor kullanmanın değil, rızanın yokluğunun tecavüz suçunun kurucu unsurlarından biri olarak benimsendiğine dikkat çekmiştir. Başka uluslararası kaynaklara da atıf yapan Mahkemeye göre, çağdaş standart ve eğilimlere uygun olarak, sözleşmecî devletlerin mağdurun fiziksel direnci olmasa da rızaya dayalı olmayan cinsel fiilleri 3. ve 8. maddeler gereğince etkili şekilde kovuşturmaları ve cezalandırmaları gerekir¹²⁰.

Avrupa konsensüsünün varlığı veya yokluğu tespit edilirken sistematik esaslar belirlenmeden esnek bir yaklaşım izlenmesi en çok eleştirilen konulardan biri olsa da, Mahkemenin konsensüs tekniğini zamanla geliştirdiği belirtilmelidir. Özellikle Mahkemenin altında ayrı bir araştırma biriminin (*research division*) kurulmasıyla birlikte, belirsiz, doğrulanmamış ve yargıçların bilgilerine/algılarına dayanan veriler yerine, sözleşmecî devletlerin hukuk ve uygulamalarını gösteren kapsamlı karşılaştırmalı verilere daha çok dayanıldığı görülmektedir¹²¹. Yakın tarihli bir karardan örnek vermek gerekirse, *Fabris v. Fransa Davasında* Mahkeme, incelenen devletlerin büyük çoğunluğunda (42'sinin 40'ında), çocuğun miras haklarının ebeveynlerin evli olup olmadığından bağımsız olduğunu, evlilik içinde veya dışında doğmuş çocuklara eşit muamele yapılması hususunda üye devletler arasındaki ortak paydanın uzun zaman önce oluştuğunu belirtmiştir¹²².

Uygulamada belirli bir gelişme gözlenmesine rağmen, yöntem bakımından birtakım belirsizliklerin sürdüğü de göz ardı edilemez. Özellikle hangi çoğunluğun Avrupa konsensüsünün varlığına veya yokluğuna kanaat getirilmesinde yeterli olacağı sorunu önemli bir mesele olarak durmaktadır. Bu konuda Mahkemenin uygulaması genel geçer bir prensibin varlığını teyit edecek kadar istikrarlı değildir. Yukarıdaki örnek olaylardan da görüldüğü

¹²⁰ Bkz. *Case of M.C. v. Bulgaria*, ECHR (First Section), Judgment of 04.12.2003 (final 04.03.2004), p. 157-159, 166.

¹²¹ **Dzehtsiarou**, s. 40-41, 45. Ayrıca bkz. **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 10. *Vanneste* de, konsensüsün tespitindeki zayıflıklara dikkat çekerek, iş yoğunluğuna rağmen Mahkemenin en azından kritik olaylar bakımından konsensüs tekniğini geliştirmesi gerektiğini ve Mahkemenin eğiliminin de bu yönde olduğunu belirtmektedir. **Vanneste**, s.268-270.

¹²² Bkz. *Case of Fabris v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.02.2013, p. 34, 58. Mahkeme, somut olay bakımından, kullanılan araçlar ve hedeflenen amaç arasında makul bir orantı olmadığını da belirterek, 1 No'lu Protokolün 1. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. *Case of Fabris v. France*, p. 73.

üzere konsensüsün varlığını doğrulamak için bazen on sözleşmeci devletin aynı tip uygulaması yeterli bulunmuşken, bazen altı devletinki yetersiz sayılmıştır; bazen de (özellikle önceki kararlarda) hiçbir devletin uygulaması somut olarak zikredilmeden konsensüsün varlığı tespit edilmiştir. *Senden*'in belirttiği üzere, matematiksel çözümler getirilmesi ve somut olayın bağlamının göz ardı edilmesi beklenemez; ancak Mahkemenin Avrupa konsensüsüne başvururken her zaman açık olmaması, belirli bir standarda göre hareket etmemesi ve olaydan olaya değişen tutumlar alması, yöntemin belirsizlik yaratan ve varılan sonuçların güvenilirliğini sarsan bir zaafıdır¹²³. Benzer şekilde *Helfer* de, konsensüsün varlığını tespit etmek için sözleşmeci devletlerden kaç tanesinin aynı yönde uygulamasının olması gerektiğini her durum için geçerli bir formülle önceden belirlemenin mümkün olmadığını savunmaktadır. Bununla birlikte yazara göre, bunların en az çoğunluğunun uygulamalarının örtüşmesi Mahkeme için asgarî bir dayanak teşkil eder¹²⁴.

Bir diğer belirsizlik noktası olarak vurgulamak gerekir ki, Mahkemenin önünde kapsamlı karşılaştırmalı veriler olsa dahi bunlar, yargıçlardan bazılarının konsensüsün varlığı konusunda farklı sonuçlara varmasına yol açabilmektedir¹²⁵. Bu tarz bir durum, devletlerin uygulamaları arasında bazı nüanslar söz konusuysa, konunun ulusal hukuklarda somut olarak düzenlenmediği hâllerde vs. ortaya çıkabilir. Mesela, asgarî cezaî sorumluluk yaşı hakkında üye devletler arasında açık bir ortak standart bulunmadığını tespit

¹²³ Bkz. *Senden*, s. 252, 265.

¹²⁴ *Helfer*, s. 159. *Vanneste* de, konsensüsün Sözleşmenin hedef ve amacına hizmet etmesi kaydıyla, bu esasın yerinde olduğu görüşündedir. *Vanneste*, s. 265. Öte yandan Mahkemenin, yakın tarihli *Stübing v. Almanya Davasına* ilişkin kararında konsensüsün varlığını tespit etmede çitayı yüksek tuttuğu görülmektedir. Mahkeme, kardeşler arasında cinsel ilişkinin cezalandırılmasının 8. maddeyi ihlal ettiği iddiasını incelediği bu davada, sözleşmeci devletlerin yarısından fazlasının (düzeltilmiş şekliyle 24'ünün) bu eylemlere cezaî sorumluluk bağladığını tespit etmekle birlikte, konuyla ilgili bir konsensüsün bulunmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte Mahkemeye göre, bu konuda cezaî yaptırım öngörmeyenler de dâhil olmak üzere bütün hukuk sistemlerinin kardeşler arasında evliliği yasaklaması, hukuk düzeninde ve bir bütün olarak toplumda bu kişiler arasındaki cinsel ilişkinin kabul edilmediği hususunda geniş bir konsensüs olduğunu ortaya koymaktadır. Bireyin özel hayatının en mahrem yönlerinden biriyle ilgili olsa da, bu tür ilişkileri nasıl karşılayacakları konusunda ulusal makamlar geniş bir takdir marjına sahiptir. Bkz. *Case of Stübing v. Germany*, ECHR (Fifth Section), Judgment of 12.04.2012 (rectified on 13.04.2012) (final 24.09.2012), p. 61. Olayın ve kararın özeti için ayrıca bkz. *Doğru, Osman/Nalbant*, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2: İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 Maddeler, Council of Europe/TC Yargıtay Başkanlığı, 2013, s. 16-17.

¹²⁵ Bkz. *Senden*, s. 250-251.

eden Mahkeme, Birleşik Krallık cezaî sorumluluk yaşını nisbeten düşük belirleyen birkaç devletten biri olsa da, bunu (10 yaşı) orantısız bir şekilde düşük bulmamıştır¹²⁶. Bu karara muhalefet eden yargıçlardan bazıları ise, 41 sözleşmeci devletin sadece dördünün İngiltere'deki gibi düşük bir sorumluluk yaşı belirlediğini hatırlatarak, cezaî sorumluluğun daha yukarı yaşlarda başlaması hususunda üye devletler arasında genel bir standart bulunduğunu öne sürmüşlerdir¹²⁷.

Bir başka davada, gizli kalmak isteyen biyolojik annenin kim olduğunu öğrenme talebi reddedilen başvuruçunun durumunu 8. ve 14. maddeler çerçevesinde incelerken Mahkeme, yediye karşı on oyla ihlal bulunmadığına karar vermiştir. Sözleşmeci devletlerin çoğunun Fransa'daki gibi bir mevzuata sahip olmadığını, onunki kadar katı olmasa da bu yönde düzenlemelere sahip bazı devletler bulunduğunu tespit eden Mahkemeye göre, hukuk sistemleri arasında konuyla ilgili uygulama çeşitliliği bulunması, Sözleşmedeki hakları herkese sağlamak için hangi önlemlerin uygun olacağına karar vermede devlete takdir marjı bırakılmasını gerektirir¹²⁸. Dahası, davalı devlet yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurarak bu karmaşık ve hassas meselede sahip olduğu takdir marjını aşmamıştır¹²⁹. Azınlığa göre ise Mahkeme, bir devletin münferit bir uygulamasına rağmen uygulama çeşitliliğine dayanmakla, Avrupa konsensüsünü tamamen yanlış bir şekilde kullanmış ve anlamsız kılmıştır¹³⁰. Yine, yukarıda değindiğimiz *Leyla Şahin v. Türkiye Davasında* da yargıçların aynı karşılaştırmalı verilerden farklı sonuçlar çıkardığı hatırlanmalıdır.

iii) Yukarıdakilerin yanında tekniğin uygulanmasındaki bir diğer mesele de, Avrupa konsensüsünün varlığının veya yokluğunun tespit edilmesinden sonra, buna bağlanacak sonucun daha özel olarak da bunun nihai karar üzerindeki etkisinin ne olduğu hakkındadır.

¹²⁶ Bkz. *Case of T. v. the United Kingdom*, p. 72.

¹²⁷ Bkz. *Case of T. v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Pastor Ridruejo, Ress, Makarczyk, Tulkens and Butkevych of 16.12.1999, p. 1.

¹²⁸ Bkz. *Case of Odièvre v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 13.02.2003, p. 19, 47.

¹²⁹ Bkz. *Case of Odièvre v. France*, p. 49.

¹³⁰ Bkz. *Case of Odièvre v. France*, ECHR (Grand Chamber), Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää of 13.02.2003, p. 16. Azınlık görüşüyle aynı kanaati paylaşan *Vanneste*, genel bir uygulamanın konsensüsün ispatı için yeterli olduğunu, dolayısıyla devlete öncelikle dar bir takdir marjı bırakılması gerektiğini; yine de ilgili menfaatlerin niteliğinin değerlendirilmesiyle sonucun değişebileceğini belirtmektedir. *Vanneste*, s. 272.

Daha önce de belirttiğimiz gibi AİHM, belirli bir sonuca varırken farklı yöntem ve ilkelere başvurup, oldukça çeşitli hususları göz önünde bulundurmaktadır. Bu bağlamda, Mahkemenin kararın ana gerekçesi (*ratio decidendi*) ile yeri geldiği veya faydalı görüldüğü için yapılan açıklamalar (*obiter dicta*) arasında tam bir ayrıma gitmediği de belirtilmelidir¹³¹. Bu durum, doğal olarak, Mahkemenin esasen neyi uyguladığı veya kararın ana gerekçelerinin neler olduğu hususunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır¹³².

Anlaşılabileceği üzere, Mahkemenin argümanlarından hangisinin daha öncelikli ve etkili olduğu ya da hepsinin eşit derecede mi olduğu her zaman açık değildir. Avrupa konsensüsünün etkisine gelince, bunun çoğunlukla lafzî yorum, sistematik yorum gibi diğer yorum yöntemlerine dayanan argümanlara ilaveten/onları desteklemek üzere kullanıldığı görülmektedir. Bu hâlde konsensüs, belirli bir sonuca varmak için kullanılan bir dizi argümandan biridir. Bunun yanında, çeşitli davalarda Avrupa konsensüsünün karara varmada belirleyici bir rol oynadığı, hatta bazen sonucun neredeyse münhasıran konsensüs tekniğine dayandırıldığı da belirtilmelidir¹³³.

IV. AVRUPA KONSENSÜSÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ VE DAYANAĞI

A. Meşruiyet Sorununa İlişkin Tespit ve Öneriler

Yukarıda açıkladığımız üzere, konsensüs tekniğinin işlevlerinden biri, Sözleşmenin gelişmeci bir şekilde yorumlanmasını sağlamaktır. Gelişmeci yorum ilkesi, Sözleşmede öngörülen hak ve özgürlüklerin geliştirilmesini ve

¹³¹ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 17.

¹³² Aşağıda aktaracağımız üzere Mahkeme (Büyük Daire) *Demir ve Baykara v. Türkiye Davasında* Sözleşmeyi yorumlarken neleri esas aldığı ayrıntılarıyla açıklamıştır. Bu açıklamalar, 2. Dairenin -konuyu ele alırken- Avrupa Sosyal Şartının Türkiye'nin taraf olmadığı (örgütlenme ve toplu pazarlık haklarını öngören) hükümlerine de çeşitli göndermeler yapmasına Türkiye'nin itiraz etmesi karşısında gerekli görülmüştür. Türkiye'ye göre, Mahkeme, Sözleşmede yer almayan yükümlülükleri yorum yoluyla ihdas edemez. 2. Dairenin Avrupa Sosyal Şartının bahsi geçen maddelerine ve Şartın denetim organının içtihadına büyük bir önem atfettiği de dikkate alındığında başvurunun konu bakımından (*ratione materiae*) kabul edilemez bulunması gerekir. Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 54. Başvuranlar ise 2. Dairenin uyuşmazlıkta Şartın belirtilen hükümlerini uygulamadığını, Sözleşmenin 11. maddesinin yorumunda Şartın denetim organının örgütlenme ve toplu pazarlık hakkı arasındaki bağlantıyla ilgili görüşünü dikkate aldığını belirtmişlerdir. Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 63.

¹³³ Bkz. Senden, s. 230, 259, 264. Konsensüsün varlığı veya yokluğunun birçok davada nihai kararı doğrudan etkilediği hakkında ayrıca bkz. Dzehtsiarou, s. 44.

etkili kılınmasını sağlaması yönünden genel olarak takdirle karşılanmakla birlikte¹³⁴; ilkenin dayanağı, uygulanma biçimi ve meşruiyeti hakkında başta Mahkeme yargıçları arasında olmak üzere doktrinde ciddi fikir ayrılıkları da bulunmaktadır. Gelişmeci yorumun meşruiyeti hakkında kesin bir karara varmak çalışmamızın amacı olmamakla birlikte, sorun ana hatlarıyla açıklanmalıdır.

Gelişmeci bir yaklaşım benimsediği durumlarda Mahkemenin hangi noktada Sözleşmeyi yorumlamaktan Sözleşmeyi değiştirmeye geçtiği hususu temel sorunlardan biridir. Bu çerçevede, gelişmeci yorum ilkesinin uygulanmasında başta Sözleşmenin lafzının gösterdikleri olmak üzere birtakım sınırlara uyulması gerektiği genellikle kabul edilmektedir. Ne var ki, sınırın tam olarak hangi noktalardan geçeceği hususunda Mahkemenin içtihadı tutarlılık arz etmemektedir¹³⁵. Dahası, Mahkemenin birçok kararında uyguladığı gelişmeci yorum ilkesini tam olarak gerekçelendirdiği ve bu ilkenin dayanakları, yararları ve zararlarıyla ilgili bütün ayrıntıları verdiği de öne sürülemez¹³⁶.

Gelişmeci yorumu uygulamakla ve/veya uygulama biçimiyle yargısal aktivizme sapsak¹³⁷, devletin rızasını gölgelemek ve kararların meşruiyetini zedelemek, Mahkemeye yöneltilen temel eleştirilerdir¹³⁸. Daha geniş bir şekilde belirtmek gerekirse, ağırlıklı görüşe göre gelişmeci yorum ilkesi

¹³⁴ Bkz. **Çavuşoğlu**, Naz: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ni ‘Yaşayan Belge’ Yapan Yorum Teknikleri”, İnsan Hakları Yıllığı, 1992, S. 14, s. 132, 137, 142-143; **Gözübüyük**, Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Baskı, Turhan, 2004, s. 51; **Dzehtsiarou**, s. 150, 155.

¹³⁵ **Dijk/Hoof**, s. 79. Başka bir deyişle, Mahkemenin Sözleşmeyi yorumlamak yerine yeni bir kural getirmesi meşru olmadığı için, bu iki durumun birbirinden ayrılması gerekir; ancak özellikle genel ifadelerle düzenlenmiş hükümler bakımından belirli bir tercihin yorumlama mı yoksa kural ihdası mı olduğunu saptamak zordur. Bu sebeple Mahkemenin bazı kararlarındaki yaklaşımları, kimileri tarafından Sözleşmedeki güvencelerin içinde üstü kapalı şekilde yer alan bir yükümlülüğü ortaya çıkarmak olarak; kimileri tarafından ise Sözleşmeyi kapsamının dışına çıkarmak ve yeni bir yükümlülük tesis etmek olarak değerlendirilebilmektedir. **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 7-8. Yakın tarihli bir karara kısmen muhalefet eden yargıçların gelişmeci yorumun sınırlarıyla ilgili görüşlerine göre, Mahkemenin içtihatlarının gösterdiği üzere gelişmeci yorumun amacı, değişime eşlik etmek hatta istikamet vermektir; değişimi önceden tahmin edip uygulamak veya empoze etmek değildir. Bkz. *Case of X and Others v. Austria*, ECHR (Grand Chamber), Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano, and Sicilianos of 19.02.2013, p. 23.

¹³⁶ **Forowicz**, Magdalena: The Reception of International Law in the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2010, s. 12.

¹³⁷ **Forowicz**, s. 12; **Dzehtsiarou**, s. 145.

¹³⁸ **Ziemele**, s. 24.

AİHM tarafından yeni andlaşma yükümlülükleri tespit etmek ya da yaratmak amacıyla kullanılmaktadır. Bir bakıma kural koyma yetkisinin uluslararası kural koyucu (AİHS'nin tarafları) ile Mahkeme arasında paylaşılması sonucunu doğuran bu uygulama, gerek çoğunluktan ayrılan bazı yargıçların gerek bazı hukukçuların eleştirisine yol açmaktadır. Bu çerçevede Mahkeme, kural koyma işlevi ile yorumlama işlevi arasındaki farkı gözetmeyip, yetkilerini sübjektif tercihlerine göre aşarak kural koyucu gibi hareket etmekle ve sözleşmecî devletlerin rızalarına yeterince saygı göstermemekle suçlanmaktadır. Öte yandan bazı hukukçular ise, özellikle devletlerin taraf olmakla tâbi olduğu insan hakları sözleşmelerinin ve onların denetim organlarının özel rollerine işaret ederek, AİHM'nin gelişmecî yorumunu meşru görmektedir¹³⁹. Esasen, ulusal veya uluslararası düzeyde olsun mahkemelerin ve yargıçların rolleri ve yetkilerinin kapsamı hakkındaki tartışmalar, oldukça eskiye dayanmaktadır ve hiçbir zaman da bitmeyecektir. Bu doğal görüş ayrılıkları, AİHM'nin ne şekilde hareket ederse etsin eleştirileceğini de göstermektedir¹⁴⁰.

AİHM'nin salt gelişmecî yorumu değil Sözleşmedeki hakların geniş, etkili, özerk veya amaca uygun şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin yaklaşımı da aslında yukarıdakilere benzer tartışmalara konu olabilmektedir¹⁴¹. Bütün bunların ötesinde Mahkemenin Sözleşmeyi yorumlarken etki-

¹³⁹ Bkz. **Vanneste**, s. 246-252. Gelişmecî yorumun dayanağı ve kapsamıyla ilgili tartışmalar hakkında ayrıca bkz. **Senden**, s. 152-154, 162.

¹⁴⁰ Bu noktada *Merrills*, mesela önceden sakıncalı görülmeyen bir davranışın Avrupa'daki sonraki uygulamanın hangi noktasında kınanmayı gerektirecek bir davranış olarak değerlendirileceğine karar vermenin kolay olmadığını; Mahkemenin aşırı muhafazakâr davranması durumunda Sözleşmenin hedeflerini gerçekleştirmemekle, radikalizme yönelmesi durumundaysa yeni kurallar ihdas etmekle suçlanacağını belirtmektedir. **Merrills**, J. G.: *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1988, s. 157.

¹⁴¹ Mesela Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça zikredilmeyen dava açma hakkının madde kapsamında olduğunu değerlendirirken, maddenin doğrudan lafzına, farklı dillerdeki versiyonlarına ve amacına odaklanmanın yanında, Sözleşmenin Başlangıcında ve Avrupa Konseyi Statüsünde yer alan hukukun üstünlüğü ilkesini ve dava açma hakkının hukukun genel ilkelerinden olduğunu da göz önünde bulundurmıştır. Bkz. *Case of Golder v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 21.02.1975, p. 28-36. Bir zamanlar gelenekçi görüşün en önemli temsilcilerinden sayılan *Yargıç Fitzmaurice* ise, diğer görüş ayrılıkları yanında, Sözleşmedeki bir boşluğu tamamlamanın devletlere düştüğünü, yargı organının kendisini sözleşme yapıcı yerine koyamayacağını belirtmiştir. Bkz. *Case of Golder v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice of 21.02.1975, p. 37. Benzer şekilde *Yargıç Verdross* da, Sözleşmenin 1. madde gereğince sadece 1. Bölümde belirtilen hakları güvence altına aldığına vurgu yaparak, bu hakları düzenleyen hükümlerin Mahkemenin yetkisinin

lendiği birincil hususun Sözleşmenin ve kendisinin rolüyle ilgili kanaati olduğu belirtilmelidir¹⁴². Bununla birlikte Mahkemenin bu genel yaklaşımları, uyguladığı yorum ilke ve yöntemlerinin teorik temelleri hakkındaki kuşkuları gidermediği gibi, tutarlı ve öngörülebilir bir içtihat oluşturulmasını da sağlamamaktadır.

Konsensüs tekniğine dönülecek olursa, genellikle sözleşmecî devletlerin ulusal hukuklarındaki ve uluslararası hukuktaki gelişmelerin dikkate alınmasını sağlayan gelişmecî yaklaşımın temeline yönelik eleştirilerin

sınırını oluşturduğuna ve açıkça ifade edilen hakların çerçevesinin birtakım ipuçlarına dayanan bir yorumla genişletilemeyeceğine dikkat çekmiştir. Bkz. *Case of Golder v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Separate Opinion of Judge Verdross of 21.02.1975.

¹⁴² **Dijk/Hoof**, s. 72-73. AİHM yerleşik içtihadında bu hususları çeşitli şekillerde vurgulamaktadır. Mesela Mahkemeye göre, tarafların üstlendikleri yükümlülükleri kısıtlayacak yorum değil, Sözleşmenin amaç ve hedeflerine ulaşmayı sağlayacak en uygun yorum seçilmelidir. Bkz. *Case of Wemhoff v. Germany*, ECHR (Chamber), Judgment of 27.06.1968, (Hüküm Gerekesi) p. 8. AİHS, klasik andlaşmalardan farklı olarak, sözleşmecî devletler arasındaki karşılıklı yükümlülüklerden fazlasını içerir. Sözleşme karşılıklı yükümlülüklerin yanı sıra -Başlangıç Bölümündeki ifadeyle “müştereken uygulama”dan yararlanan- objektif yükümlülükler de yaratmaktadır. Bkz. *Case of Ireland v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 18.01.1978, p. 239. Sözleşme yorumlanırken, temel hakların müştereken uygulanması için yapılmış bir andlaşma olarak Sözleşmenin özel vasfına saygı gösterilmelidir. Bu açıdan tek tek insanların korunması için oluşturulan bir belge olan Sözleşmenin hedef ve amaçları, Sözleşme hükümlerini hakları pratik ve etkili (*practical and effective*) kılacak şekilde yorumlamayı ve uygulamayı gerektirir. Ayrıca güvence altına alınan hakların yorumlanması, demokratik bir toplumun ideal ve değerlerini korumak ve yükseltmek için tasarlanan bir belge olan Sözleşmenin genel ruhu ile de uyumlu olmalıdır. Bkz. *Case of Soering v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 07.07.1989, p. 87. Sözleşme, hakları teorik veya hayalî (*theoretical or illusory*) şekilde değil, pratik ve etkili bir biçimde güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bkz. *Case of Cruz Varas and Others v. Sweden*, ECHR (Plenary), Judgment of 20.03.1991, p. 99; *Case of Glor v. Switzerland*, p. 76. Dahası, AİHM kararlarının sadece Mahkemenin önündeki olayların çözümüne değil, aynı zamanda Sözleşmede yer alan kuralların açıklığa kavuşturulması, korunması ve geliştirilmesine de hizmet edip, Sözleşmenin 19. maddesinde belirtildiği gibi sözleşmecî devletlerin üstlendikleri yükümlülükleri uymalarını sağladığı vurgulanmaktadır. Bkz. *Case of Ireland v. the United Kingdom*, p. 154. Yine, Sözleşmeyle kurulan sistemin başlıca amacının bireysel durumlara çözümler getirmek olmakla birlikte, sistemin bir misyonunun da, kamu düzenine ilişkin meseleleri ortak menfaate göre kararlaştırmak ve böylece insan haklarının korunmasına ilişkin genel standartları yükseltmek ve sözleşmecî devletlerde insan hakları hukukunu yaygınlaştırmak olduğu belirtilmektedir. Bkz. *Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, p. 197. Bunlara ilaveten Mahkeme, Sözleşmeyi insan hakları alanında “Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi” olarak nitelendirmektedir. Bkz. *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, ECHR (Chamber), Judgment of 23.03.1995, p. 75.

burada da geçerli olduğu belirtilmelidir¹⁴³. Bu sebeple söz konusu tekniğin meşruiyeti bakımından ve tutarlı bir şekilde uygulanması için birtakım dayanaklar aranmaktadır.

Nisbeten sade bir görüşe göre, Sözleşmenin Başlangıç Bölümündeki ifadeler konsensüs tekniği için dayanak teşkil edebilir¹⁴⁴. Zira burada belirtildiği üzere, “... korunması ... insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını bir kez daha tekrarlayarak; aynı inancı taşıyan ve siyasal gelenekler, idealer, özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğü konularında ortak bir mirası paylaşan Avrupa devletlerinin hükümetleri sıfatıyla ... aşağıdaki konularda anlaşmışlardır.”

Daha kapsamlı değerlendirmeler yapan *Ziemele*'ye göre, uygulamadaki kusur ve noksanlıklar ile eleştiriler göz önünde bulundurulduğunda, Avrupa konsensüsü tekniğinin uluslararası hukukun kaynakları ve andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin genel kurallar çerçevesinde açıklanmasının önemi ortaya çıkar. Konunun genel uluslararası hukuk perspektifinden pek değerlendirilmediğini tespit eden yazar bu bağlamda “Bir andlaşma olan AİHS karşısında konsensüsün hukukî değeri nedir?”; “Konsensüs, bölgesel örf ve âdetle karşılaştırılabilir mi veya daha genel olarak devletlerin yeni bir rızasını mı ifade eder?” sorularını sormaktadır¹⁴⁵. Genel olarak konsensüsün uluslararası hukuka dayandırılmasını savunan yazarın daha spesifik görüşleri aşağıda aktarılacaktır.

AİHM'nin genel uygulamasıyla birlikte kanaatini de aktaran *Vanneste*'ye göre, meşruiyet sorunları daha çok hukukî gerekçelendirmedeki şeffaflık ve tutarlılık eksikliğinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte,

¹⁴³ Konsensüs tekniğinin esasına yönelik, çok farklı istikametten bir başka eleştiri de vardır. Bu görüşe göre, insan hakları esas itibarıyla çoğunluk karşıtı (*anti-majoritarian*), yani bireyi çoğunluğun tahakkümüne karşı koruyucu nitelikte olduğu için, çoğunluğun yaklaşımına dayanarak insan haklarının yorumlanıp, uygulanması meşru değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, çoğu kez Sözleşmedeki hakların kapsamını genişletmek için kullanılan Avrupa konsensüsünün insan haklarının korunması bakımından tehlike arz ettiğini öne sürmek güçtür. Dahası, nisbeten objektif bir kriter olan Avrupa konsensüsüne alternatif olarak sunulan ahlakî değerlere göre karar vermek çok daha sorunlu görünmektedir. Bkz. *Dzehtsiarou*, s. 115-117, 142. Bu bakımdan araştırılması gereken esas sorun da, Sözleşmedeki hakların Avrupa konsensüsüne dayanarak içtihat yoluyla geliştirilmesinin meşru olup olmadığıdır.

¹⁴⁴ Bkz. *Forowicz*, s. 9; *Senden*, s. 136, 142. Sözleşmenin gelişmeci bir biçimde yorumlanması için Başlangıç Bölümünün bir dayanak sağlayabildiği hakkında ayrıca bkz. *Schabas*, s. 48.

¹⁴⁵ *Ziemele*, s. 24-25.

gelişmeci yorum ilkesiyle yeni Sözleşme yükümlülüklerinin tespiti esasen uluslararası örf ve âdet kurallarının tespitine benzediği için, bunun devlet uygulamalarına dayanan konsensüsün hukukî ilgisi ortaya koyularak, ikna edici bir şekilde yapılması gerekir¹⁴⁶. Bu bağlamda yazar, sözleşmeci devletlerin uygulamalarının aynı tip ve yaygın olmasının konsensüsün varlığını ispatlayacağını, daha doğrusu AİHM'nin karşılaştığı sorunla ilgili uygulamanın bu özellikleri ne kadar çok taşırırsa, konsensüsün yokluğuna karar vermenin o kadar zorlaşacağını belirtmektedir. Dahası, Mahkeme -Sözleşme metnini, davalı devletin tutumunu, uluslararası kuralları ve diğer hususları göz önünde bulundurarak- bu konsensüsün gelişmeci yorumu gerektirdiğine ilişkin genel inancı da (*opinio juris*) tespit etmelidir¹⁴⁷. Bu son unsurla ilgili olarak yazar, açık ve sağlam (*clear/firm*) bir konsensüsün prensip olarak yeni bir yorumun gerektiğine ilişkin inancın bulunduğunu göstereceğini; öte yandan gelişmekte olan (*emerging*) konsensüsün ancak başka delillerle desteklenirse bu sonucu vereceğini; konsensüsün yokluğunun ise -kural metni açık değilse- genel olarak devlete takdir marjı verilmesini gerektireceğini belirtmektedir¹⁴⁸.

Dzehtsiarou ise, Avrupa konsensüsüne başvurulmasının karar verme sürecine ve kararlara bizâtihi meşruiyet ve hukukîlik sağladığını savunmaktadır. Zira bir genel ilke veya daha spesifik bir kural üzerinde sözleşmeci devletlerin güncellenmiş rızası olarak açıklanabilecek Avrupa konsensüsü, Mahkemenin Sözleşmeyi aslına tamamen sadık bir şekilde (orijinal rızaya uygun olarak) yorumlamamasına yönelik eleştirileri önemli ölçüde bertaraf eder. Öte yandan Avrupa konsensüsü uluslararası hukukun herkesçe kabul edilmiş kaynaklarından örf ve âdet ile hukukun genel ilkeleri çerçevesinde açıklanabileceği için, konsensüs tekniğini doğrulanmış verilere dayanarak, uygun ve tutarlı bir şekilde uygulaması durumunda Mahkeme keyfi hareket ettiği yönündeki eleştirilerden kurtulabilir ve meşruiyetini arttırabilir¹⁴⁹. Yine

¹⁴⁶ Bkz. **Vanneste**, s. 252-253, 293.

¹⁴⁷ **Vanneste**, s. 264.

¹⁴⁸ Bkz. **Vanneste**, s. 278-292.

¹⁴⁹ Bkz. **Dzehtsiarou**, s. 149, 158-160, 175-176. Bu bağlamda yazara göre Avrupa konsensüsü, devletler açısından kabul edilebilir çerçeve içinde kalıp meşruiyet duvarını aşmamayı, ama aynı zamanda Avrupa'da gelişen fikirleri hesaba katmayı sağlayabilen bir araçtır. **Dzehtsiarou**, s. 155. Yakın bir görüşe göre de Mahkeme, Sözleşmenin dinamik vasfını gözeterek bir karar verirken, hukuk politikasındaki değişikliklerin Avrupa devletleri arasında Sözleşmenin anlamını etkileyecek kadar geniş bir kabul görüp görmediğini esas almalıdır. Uygulamada da Mahkeme genellikle, dayanaksız şekilde yeni bir yaklaşım ortaya koymak yerine, devlet uygulamalarını göz önünde bulunduran dikkatli bir tutum sergilemektedir. Bu bağlamda Mahkemenin Avrupa konsensüsüne

de yazar, gerek uluslararası örf ve âdetin gerek hukukun genel ilkelerinin tespiti aynı Avrupa konsensüsünün saptanmasında olduğu gibi karşılaştırılmalı verilere dayansa da, Avrupa konsensüsü olarak yorumlanan bir uygulamanın örf ve âdetin geleneksel unsurlarını her zaman taşımadığına ve genel ilkelerin ya da ilkeler düzeyinde konsensüsün olayın çözümü için kesin ve spesifik kurallar sağlamayabildiğine dikkat çekmektedir¹⁵⁰.

B. AİHM'nin Uygulaması

AİHM'nin genel uygulaması, konsensüs tekniğinin uluslararası hukuk çerçevesindeki hukukî zeminini ortaya koyacak kadar kapsamlı, tutarlı ve açık değildir. Yine de bazı kararlarda bu tekniğin dayanağı hakkında birtakım emareler bulunmaktadır.

AİHM, *Golder v. Birleşik Krallık Davasında Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesinin andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin uluslararası hukukun genel ilkelerini düzenleyen m. 31-33 hükümlerinin kendisine rehberlik ettiğini belirtmiştir*¹⁵¹. Viyana Sözleşmesi m. 31/3 hükmü, bir andlaşmanın kabulünden sonraki anlaşma ve uygulama ile uluslararası hukukun (önceki veya sonraki) ilgili diğer kurallarının andlaşmanın yorumlanmasında göz önünde bulundurulmasına ilişkin esasları düzenlemektedir. Buna göre,

“Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler de dikkate alınır: a) Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan daha sonraki herhangi bir anlaşma, b) Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden, andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması, c) Uluslararası hukukun taraflar arasındaki ilişkilerde tatbiki kabil ilgili herhangi bir kuralı.”

Avrupa konsensüsü, Sözleşmenin gelişmeci yorumunun bir parçasını teşkil ettiğine göre, bu fıkra hükmündeki unsurlardan herhangi biri olarak veya onlarla ilgili görülebilir¹⁵². AİHM'nin bazı kararları da bunu teyit eder

dayanması, muhtemelen kabul görmüş insan hakları standartları yönünde sonuç doğuracağı için, genel olarak meşru görünmektedir. **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 8-9.

¹⁵⁰ Bkz. **Dzehtsiarou**, s. 16, 161-163. AİHM'nin günün koşullarını genellikle devletlerin değişen uygulamalarına referansla tespit etmesinin, örf ve âdetin tespitindeki yaklaşıma bir ölçüde benzediği hakkında ayrıca bkz. **Higgins**, Rosalyn: “Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, Vol. 46, s. 517.

¹⁵¹ Bkz. *Case of Golder v. the United Kingdom*, p. 29. Sözleşmenin 31. maddesi genel yorum kuralları, 32. madde tamamlayıcı yorum araçları ve 33. madde iki veya daha fazla dilde düzenlenmiş andlaşmaların yorumu hakkındadır.

¹⁵² **Ziemele**, s. 26.

niteliktedir. Mahkeme, gerek içsel gerek dışsal karşılaştırmalı yorum araçlarını kullanırken zaman zaman bu fıkranın bentlerine açıkça veya üstü kapalı şekilde atıf yapmaktadır.

Mesela Mahkemeye göre, ölüm cezasının kaldırılması şeklindeki sonraki genel uygulama, sözleşmeci devletlerin 2. maddedeki istisnayı kaldırmak konusunda bir anlaşması olarak değerlendirilebilir. Ancak ilgili 6. Protokolün varlığı, sözleşmeci devletlerin bu konuda yeni bir yükümlülük getirmek için metnin normal yoldan değiştirilmesi yöntemini tercih ettiğini göstermektedir¹⁵³.

Mahkeme, *Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç Davasında*, bu sefer Viyana Sözleşmesi m. 31/3(b)'yi zikrederek, sonraki uygulamanın Sözleşmenin bir hükmünün yorumlanmasıyla ilgili olarak sözleşmeci devletler arasındaki uzlaşmayı tespit eden bir unsur olarak kabul edilebileceğini; ancak Sözleşmede yer almayan hak ve yükümlülükleri ihdas etmek için kullanılamayacağını belirtmiştir¹⁵⁴. Sözleşmeci devletlerin Komisyonun İhtüzüğü uyarınca verdiği geçici tedbir kararlarına genellikle uygun davranmasının, bu kararların bağlayıcı olduğu inancına dayandığı söylenemez; bu uygulama daha çok iyiniyetli bir işbirliğini gösterir. Sonuç olarak Mahkeme, geçici tedbirin uygulanmamasının, bireysel başvuru hakkının etkili bir şekilde kullanılmasının engellenmemesi hakkını öngören 25. (şimdiki 34.) maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir¹⁵⁵. Görüldüğü üzere burada sözleşmeci devletlerin sonraki genel uygulaması, yükümlülük doğuracak veya kararın gerekçesi olacak şekilde yorumlanmamakla birlikte, Sözleşmenin yorumlanmasında göz önünde bulundurulacak etkenlerden biri olarak teyit edilmiştir. Burada dikkat çeken bir diğer husus da, Mahkemenin sonraki uygulamanın hukukî bir zorunluluk bilinciyle gelişmediğine işaret etmiş olmasıdır¹⁵⁶.

¹⁵³ Bkz. *Case of Soering v. the United Kingdom*, p. 103.

¹⁵⁴ Bu noktada varılan sonuç, *Soering v. Birleşik Krallık Davasındaki*nden farklıdır. Mahkemenin *Cruz Varas ve Diğerleri v. İsveç Davasındaki* tutumunun meşruiyet sorunlarına yol açmama kaygısından kaynaklandığı hakkında bkz. **Forowicz**, s. 42.

¹⁵⁵ Bkz. *Case of Cruz Varas and Others v. Sweden*, p. 100. Ancak daha sonra Mahkeme, *Mamatkulov ve Askarov v. Türkiye Davasında*, Sözleşmenin kurduğu sistemi göz önünde bulundurmanın yanında, Uluslararası Adalet Divanı Statüsüne, Divanın içtihadına ve öteki uluslararası denetim organlarının düzenlemelerine de gönderme yaparak, geçici tedbir kararlarının davalı devlet için bağlayıcı olduğuna hükmetmiştir. Uluslararası hukukun diğer kaynaklarını dikkate alırken AIHM'nin hareket noktalarından biri, Viyana Sözleşmesinin m. 31/3(c) hükmü olmuştur. Bkz. *Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 04.02.2005, p. 39-53, 111 vd.

¹⁵⁶ *Vanneste*, Mahkemenin sözleşmeci devletlerin geçici tedbirlere uymayı bir yükümlülük olarak görüp görmedikleri hakkında gerçek bir araştırma yapmadığını belirtmektedir. **Vanneste**, s. 284.

Loizidou v. Türkiye Davasında ilk itirazları incelerken Mahkeme, m. 31/3(b)'yi de zikrederek, bireysel başvuru hakkıyla ilgili 25. ve Mahkemenin yargı yetkisinin tanınmasıyla ilgili 46. maddelerin ülkesel veya esaslı kısıtlamalara izin vermediğini, bunun taraf devletler arasında genel bir anlaşma bulunduğunu gösteren tutarlı uygulamayla teyit edildiğini belirtmiştir¹⁵⁷.

Mahkeme, *Hassan v. Birleşik Krallık Davasında*, Irak'ın 2003'teki işgali sırasında Birleşik Krallık güçleri tarafından güvenliğe tehdit teşkil edebileceği düşüncesiyle yakalanıp, tutulan (*internment*) ve sorgusunun ardından serbest bırakılmakla birlikte, bir süre sonra ölü bulunan bir kişinin diğerleri yanında AİHS m. 5'teki haklarının ihlal edilip edilmediğini inceleyen, Viyana Sözleşmesi m. 31/3(b)'ye gönderme yaparak, sözleşmeciler devletlerin sonraki tutarlı uygulamasının Sözleşmenin yorumlanması hatta değiştirilmesi yönünde bir anlaşma teşkil edebileceğini belirtmiştir¹⁵⁸. Bunun ardından Mahkeme, sözleşmeciler devletlerin uluslararası silahlı çatışmalar sırasında III. ve IV. Cenevre Sözleşmelerine dayanarak kişileri tutabilmek için 15. maddedeki derogasyon hakkını kullanmak (5. maddedeki yükümlülüklerini azaltmak) yönünde bir uygulamasının olmadığını tespit ederek, bu hak kullanılmamış olsa da uluslararası silahlı çatışmalarda kişilerin bu şekilde tutulmasının 5. maddedeki özgürlükten mahrum bırakma sebeplerinden sayılabileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte bu durumlarda da Sözleşmenin sağladığı güvenceler uygulanmaya devam edecektir¹⁵⁹.

Her ne kadar yukarıdaki davada olduğu gibi, Avrupa konsensüsü yerine sadece Viyana Sözleşmesi m. 31/3(b)'ye gönderme yapılmış olsa da, Mahkemenin sonraki uygulamayı zikretmesi de konsensüs arayışının bir parçası olarak görülmelidir¹⁶⁰.

AİHM, *Demir ve Baykara v. Türkiye Davasına* ilişkin kararında ise, kullandığı karşılaştırmalı yorum araçlarıyla ilgili esaslar hakkında diğerle-

¹⁵⁷ Bkz. *Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, p. 73, 79-80, 82.

¹⁵⁸ Bu noktada varılan sonuç, *Soering v. Birleşik Krallık Davasındakiyle* aynıdır.

¹⁵⁹ Bkz. *Case of Hassan v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber) Judgment of 16.09.2014, p. 101, 104. Mahkemenin özellikle Sözleşmenin ülke dışı uygulanabilirliğini ve insan hakları hukuku ile insancıl hukuk arasındaki ilişkiyi ortaya koyduğu bu kararı hakkında bir değerlendirme ve ayrıca söz edilen sonraki uygulamanın Mahkemenin vardığı sonucu desteklemeyebileceği hususunda bir eleştiri için bkz. **Hill-Cawthorne**, Lawrence: "The Grand Chamber Judgment in *Hassan v. UK*", EJIL: Talk!, 16.09.2014. Erişim: <https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>.

¹⁶⁰ *Ziemele*, Mahkemenin konsensüs ile devletlerin sonraki uygulaması arasında bir ayrıma gittiğinin düşünülebileceğini, her ikisiyle kastedilen aynı şeyse Mahkeme tarafından buna açıklık getirilmesinin faydalı olacağını belirtmektedir. **Ziemele**, s. 32, 36.

rinden daha ayrıntılı açıklamalar yapmıştır. Burada, daha geleneksel yorum araçlarının Sözleşmenin bir hükmünün kapsamının yeterli şekilde açıklığa kavuşturulmasına imkân vermediği takdirde, devletlerin büyük çoğunluğunun kabul ettiği kural ve ilkelerden oluşan uluslararası hukukun veya Avrupa devletlerinin ulusal hukuklarının ortak standartlarının Mahkemenin göz ardı edemeyeceği bir gerçekliği yansıttığı belirtilmiştir¹⁶¹. Bunun yanında Mahkeme, Sözleşmeyi ve onun sözleşmeciler devletlere yüklediği yükümlülükleri yorumlarken muhtelif andlaşmaları göz önünde bulundurduğunu, uygar uluslarca kabul edilmiş hukukun genel ilkelerini taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilir olan uluslararası hukuk kuralları arasında gördüğünü¹⁶², diğerleri yanında Avrupa Konseyi organlarının *soft law* sayılabilecek tavsiye niteliğindeki kararlarını da dikkate aldığını ifade etmiştir¹⁶³.

Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşmedeki terim ve kavramları tanımlarken Sözleşme dışındaki uluslararası hukuk belgelerini, yetkili organların bu belgelerle ilgili yorumlarını ve Avrupa devletlerinin ortak değerlerini yansıtan uygulamalarını dikkate alabilir ve almalıdır. “Uluslararası belgelerden ve sözleşmeciler devletlerin uygulamalarından kaynaklanan konsensüs”, Sözleşme hükümlerini yorumlarken Mahkeme için bir etken olabilir¹⁶⁴. Bu bağlamda, davalı devletin davanın konusu bakımından uygulanabilir olan belgelerin tümünü onaylamış olması da gerekmez. Mahkeme için, ilgili uluslararası belgelerin uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyi üyelerinin çoğunun hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde devam etmekte olan gelişimi (*continuous evolution*) ifade etmesi ve belirli bir konuda modern toplumlarda

¹⁶¹ Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 76. Mahkeme, bu tespitinden önce, Viyana Sözleşmesinin yorum kurallarının kendisine rehberlik ettiğini; insan haklarının korunmasına ilişkin bir sistem kuran Sözleşmenin hakları etkili kılacak şekilde yorumlanması gerektiğini; Viyana Sözleşmesi m. 31/3(c)'ye gönderme yaparak Sözleşme hükümlerini yorumlarken sadece Sözleşme hükümlerini referans almadığını ve sözleşmeciler devletler arasındaki ilişkilere uygulanabilir ilgili uluslararası hukuk kural ve ilkelerini dikkate alması gerektiğini; ayrıca günün koşulları ışığında yorumlanması gereken Sözleşmenin yaşayan bir belge olduğunu ve ulusal ve uluslararası hukukun gelişmekte olan normlarını dikkate aldığını belirtmiştir. Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 65-68.

¹⁶² Mahkeme, daha önce de, taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilir olan ilgili uluslararası hukuk kurallarının, uygar uluslarca tanınmış hukukun genel ilkelerini içerdiğini belirtmiştir. Burada, Avrupa Konseyi Danışma Meclisi Hukuk Komitesinin 1950'de Komisyonun ve Mahkemenin görevlerini yerine getirirken bu tür ilkeleri uygulamasının gerekeceğini öngördüğü ve AİHS'ye bu kapsamda spesifik bir madde eklemeyi gereksiz bulduğu da hatırlatılmıştır. Bkz. *Case of Golder v. the United Kingdom*, p. 35.

¹⁶³ Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 69-75.

¹⁶⁴ Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 85.

ortak bir payda olduğunu göstermesi yeterlidir¹⁶⁵. Görüldüğü üzere Mahkeme, Viyana Sözleşmesi m. 31/3(c)'yi zikrederek uluslararası hukukun ilgili diğer kurallarını ve m. 31/3(b)'yi açıkça belirtmeden devletlerin sonraki uygulamasını Sözleşmenin yorumlanmasında göz önünde bulunduracağını belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme, karşılaştırmalı yorumunu gelişmeci yorum ilkesine dayandırdığını da ortaya koymaktadır¹⁶⁶.

AİHM, kararlarının çoğunda ise konsensüs tekniğini Viyana Sözleşmesinin andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin hükümlerine atıf yapmadan uygulamaktadır. Bu noktada konsensüsün gerek dayanağı gerek etkisi bakımından önemli özellikler gösteren, daha önce bahsettiğimiz *A, B ve C v. İrlanda Davası*na ilişkin karara odaklanmak faydalı olacaktır. Bu kararda Mahkeme, konsensüsün varlığının, *Tyrer v. Birleşik Krallık Davası*ndan beri, Sözleşmedeki güvencelerin geliştirilmesinde önemli bir rol oynadığını, yaşayan belge yaklaşımıyla bağlantılı olarak konsensüse Sözleşmenin dinamik bir şekilde yorumlanmasını gerekçelendirmek için başvurduğunu ifade etmiştir¹⁶⁷. Kararda Mahkemenin özel bir hukuki dayanak aramadan Avrupa konsensüsünü özerk bir anlamda kullandığı görülmektedir. Bu tutum, andlaşmaların yorumuna ilişkin genel kuralların bazı katı unsurlarının insan haklarının etkili biçimde korunması amacına hizmet etmeyebileceği endişesini yansıtmaktadır. Ancak *Ziemele*, bunlara daha açık bir şekilde dayanmanın gerektiği ve yorum kurallarının da gelişmeci yorumun kullanılmasını engellemediği görüşündedir¹⁶⁸.

Öte yandan bu karar, konuyla ilgili bir Avrupa konsensüsü olsa da, bunun farklı uygulaması olan devletlere otomatik olarak spesifik bir yükümlülük yüklemeyeceğini, buna uymamanın da tek başına Sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyeceğini ortaya koymaktadır. Doğal olarak bu durum, konsensüsün rolünü ve normatif etkisini sorgulanır kılıp, yaklaşım tutarsızlığı eleştirilerine yol açmaktadır. Ancak, *Ziemele*'ye göre somut olay bakımından bunun birtakım izahları olabilir. Öncelikle bu davada incelenen 8. mad-

¹⁶⁵ Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 86. Bu açıklamalar özellikle Türkiye'nin itirazlarına cevap niteliğindedir. Türkiye'ye göre, AİHM yorum yoluyla Sözleşmede öngörülmemiş olan (yeni) yükümlülükler yaratamaz. AİHM gerektiğinde taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilir uluslararası hukukun ilgili kurallarını daima dikkate almaktadır; ancak bu yaklaşım Viyana Sözleşmesi m. 31/3'teki kriterlere uyulduğunda ve özellikle ilgili devletin bağlı olduğu anlaşmalar dikkate alındığında meşru olacaktır. Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 61.

¹⁶⁶ **Senden**, s. 244.

¹⁶⁷ Bkz. *Case of A, B and C v. Ireland*, p. 234.

¹⁶⁸ **Ziemele**, s. 36, 39.

denin -Sözleşmenin mutlak haklar öngören maddelerinden farklı olarak devletlerin uygularken geniş bir takdir marjından yararlanabildiği açık uçlu haklar getirdiği belirtilmelidir. Yine, Mahkemenin İrlanda'daki kısıtlamanın çeşitli referandumlar neticesinde kabul edilmiş olduğunu da göz önünde bulundurduğu görülmektedir. Yazara göre Mahkeme, davalı devletin ilgili madde gereğince özel hayatın ve toplumun değerlerinin korunmasını dengelemede zaten sahip olduğu takdir marjı ile birlikte, Viyana Sözleşmesi m. 31/3(c) gereğince bölgesel örf ve âdete de dayanmış olsaydı, bu, bir bakıma sürekli itiraz eden bir devlet konumundaki İrlanda'nın farklı uygulamasını sürdürmesine izin verilmesinin çok daha iyi bir gerekçesi olabilirdi¹⁶⁹.

C. Değerlendirmemiz

Öncelikle belirtmek gerekir ki, gerek sözleşmeciler devletlerin yükümlülükleri gerek AİHM'nin yargı yetkisi konu bakımından AİHS'nin düzenlediği hak ve özgürlüklerle sınırlıdır¹⁷⁰. Her ne kadar Sözleşmenin hangi haklar bakımından koruma sağladığı açık olsa da, Sözleşmede ayrıntılı bir biçimde düzenlenmeyen bu hakların ne ifade ettiği ve kapsamı tam olarak belirli değildir. Dolayısıyla Mahkemenin kendisine sunulan olaylar çerçevesinde Sözleşmeyi yorumlaması olağan bir işidir. Elbette bu faaliyetin belirli esaslar ve sınırlar çerçevesinde icrası gerekir.

Uluslararası hukukun kaynakları ve yorum kuralları çerçevesinde uygulanmasının konsensüs tekniğinin meşruiyetini sağlamlaştıracağı şüphesizdir. Bununla birlikte, Sözleşmenin ve kendisinin rolünü her zaman için diğer dayanaklardan üstün tutan Mahkemenin konsensüs tekniğine başvurmak için başlıca gerekçesinin de içtihatlarıyla benimsediği gelişmeci yorum ilkesi olduğu görülmektedir. Mahkemenin birçok kez vurguladığı üzere, Sözleşme günün koşulları ve demokratik devletlerde hâkim olan kavramlar ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belgedir¹⁷¹. Sözleşmenin yaşayan belge niteliğiyle bağlantılı olarak, Sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında ulusal

¹⁶⁹ Bkz. *Ziemele*, s. 37-39.

¹⁷⁰ Sözleşmeciler devletler Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri sağlama yükümlülüğündedir (m. 1). Mahkeme Sözleşmeyle yüklenen yükümlülüklerle uyulmasını sağlamak hususunda yetkilidir (m. 19). Mahkemenin yargı yetkisi Sözleşmenin yorumu ve uygulanmasına ilişkin olup, belirli koşullarla kendisine sunulan tüm sorunları kapsar (m. 32). Sözleşmede düzenlenen haklarının sözleşmeciler devletlerden biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkemeye başvurabilir (m. 34).

¹⁷¹ Bkz. *Case of Van der Musselle v. Belgium*, p. 32; *Case of S.A. Dangeville v. France*, ECHR (Second Section), Judgment of 16.04.2002 (final 16.07.2002), p. 47; *Case of Stummer v. Austria*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.07.2011, p. 118.

ve uluslararası hukukun ortaya çıkan normları dikkate alınır¹⁷². Sözleşme yaşayan bir belge olduğu için, belirli bir önlemin Sözleşme bakımından kabul edilebilir olup olmadığına karar verirken, üye devletler arasında hâkim olan standartları göz önünde bulundurmamak meşrudur¹⁷³.

Ne var ki, AİHM'nin konsensüs tekniğine bizzat kendisinin dayanağı tartışmalı olan gelişmeci yorum ilkesine dayanarak başvurması, meşruiyet sorunlarını ortadan kaldırmamaktadır. Mesele Avrupa konsensüsünün tespitiindeki kusur veya tutarsızlıklarla sınırlı değildir. Neden farklı uygulaması olan bir sözleşmeci devletin Avrupa konsensüsüne (çoğunluğun uygulamasına) uymak zorunda olduğu hususunun¹⁷⁴ uluslararası hukukun kaynakları ve yorum kuralları çerçevesinde tam bir açıklaması yoktur. Şüphesiz uluslararası hukuk, uluslararası mahkemelere hukukun zaman içindeki değişimini belirli bir şekilde dikkate alma yetkisi tanır. Ancak, buna imkân tanıyan yorum kuralları ile örf ve âdetin pozitif uluslararası hukuktaki kapsamının/tanımının AİHM'nin başvurduğu Avrupa konsensüsüne göre oldukça dar olduğu belirtilmelidir.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, Mahkeme Viyana Sözleşmesi m. 31/3'teki yorum araçlarını maddedeki kayıtları pek dikkate almadan belirli bir esneklik içinde uygulamaktadır. Mesela sonraki ortak uygulamanın spesifik olarak "*andlaşmanın uygulanması ile ilgili*" olup olmadığına fazla önem verilmemektedir¹⁷⁵. Yine, Uluslararası Hukuk Komisyonunun "Andlaşmaların Yorumlanması Bakımından Sonraki Anlaşmalar ve Sonraki Uygulama Hakkında Sonuç Bildirgesi Taslağı"nın şerhinde belirtildiği üzere, AİHM'nin yaşayan belge yaklaşımını ve gelişmeci yorumu benimsediği kararlar sözleşmeci devletlerin sonraki uygulamalarının değişik biçimleri çerçevesinde gerekçelendirilse de, Mahkeme sonraki uygulamanın "*taraf- ların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakati*"nı tespit etmesi şartını aramamaktadır¹⁷⁶. Bir değerlendirmeye göre de m. 31/3, gelişmeci yorum ve

¹⁷² Bkz. *Case of Demir and Baykara v. Turkey*, p. 68.

¹⁷³ Bkz. *Case of T. v. the United Kingdom*, p. 70.

¹⁷⁴ Bu noktada *Dzehtsiarou*, konsensüse değil Sözleşmeye uymamanın bir ihlal olarak kabul edileceğini belirtmektedir. **Dzehtsiarou**, s. 153. Kanımızca, konsensüs tekniğinin Sözleşmedeki hakların anlamları ile yükümlülüklerin kapsam ve içeriğini ortaya çıkarmak için uygulanan bir yöntem olduğuna dikkat edilirse, bu görüşün yerinde olmadığı açıktır.

¹⁷⁵ **Ziemele**, s. 28.

¹⁷⁶ Bkz. "Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries", *Yearbook of the ILC*, 2018, Vol. 2, Part 2, s. 68.

konsensüs tekniği için ancak sınırlı bir dayanak sağlayabilir. Zira maddedeki kavramların ne şekilde tanımlanacağı ve özellikle bir sonraki anlaşma veya uygulamadan söz edebilmek için bütün sözleşmeciler devletlerin rızasının gerekip gerekmediği açık değildir; dahası farklı uygulamaları olan devletin bu tutumunun bir itiraz niteliğinde olduğu da öne sürülebilir¹⁷⁷.

Öte yandan AİHM, Avrupa konsensüsünün varlığını tespit ederken, örf ve âdetin varlığı için gerekli unsurları da bire bir gözetmeyip¹⁷⁸, genellikle daha esnek davranmaktadır. Ayrıca, Avrupa konsensüsüne dava konusu hukuk veya uygulamanın genellikle kabul edilen standartlardan farklı olduğu durumlarda başvurulduğu göz önünde bulundurulursa¹⁷⁹, Avrupa konsensüsüne örf ve âdete dayanarak başvurulmasının konsensüs tekniğini neredeyse her zaman işlevsiz kılacağı açıktır. Zira böyle bir durumda davalı devlet sürekli itiraz eden devlet olarak, konsensüsün veya örf ve âdetin dışında kalma hakkını çoğu kez koruyacaktır. Bu “tehlike”, Mahkemenin Avrupa konsensüsünü örf ve âdet çerçevesinde izah etmemesinin temel sebebi olarak görülebilir.

Bunların yanında, Avrupa konsensüsünün uygar uluslarca kabul edilmiş hukukun genel ilkeleriyle (*the general principles of law recognized by civilized nations*)¹⁸⁰ ilişkili olduğu da göz ardı edilemez. Ancak bunlar da, Mahkemenin karşılaştığı konuya uygulanabilir somut kuralları zaman zaman sağlamadığı için, konsensüs tekniğinin dayanağını tam olarak açıklamamak-

¹⁷⁷ Bkz. **Senden**, s. 150-151.

¹⁷⁸ Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesi Divanın uyuşmazlıkları ele alırken uygulayacağı kaynaklar arasında “hukuk olarak kabul edilen genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası örf ve âdeti” de (*international custom, as evidence of a general practice accepted as law*) zikretmektedir. UAD Statüsü için bkz. <https://www.icj-cij.org/en/statute>. Bu tarif, uluslararası örf ve âdetin hem maddî unsuruna (genel, istikrarlı bir uygulama) hem de maneî unsuruna (uygulamanın hukukî zorunluluk teşkil ettiği kanaati; *opinio juris sive necessitatis*) işaret etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014, s. 223-236; **Aybay**, Rona/**Oral**, Elif: Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 122-127; **Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Beta, 2018, s. 81-85.

¹⁷⁹ **Dzehtsiarou**, s. 152.

¹⁸⁰ UAD Statüsünün 38. maddesi bunu Divanın uyuşmazlıkları ele alırken uygulayacağı kaynaklar arasında zikreder. Bu ilkelerin tanımı ve unsurları konusunda görüş birliği olmamakla birlikte, bunların en azından bir yönüyle çoğu hukuk sisteminde/ulusal hukuk düzeninde kabul edilen ortak ilkeleri ifade ettiği belirtilmelidir. Bkz. **Akehurst**, Michael /**Malanczuk**, Peter: Akehurst’s Modern Introduction to International Law, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Routledge, 1997, s. 48-50; **Boczek**, Boleslaw A.: International Law: A Dictionary, The Scarecrow Press Inc., 2005, s. 29; **Pazarıcı**, s. 236-241; **Sur**, s. 88-89.

tadır¹⁸¹. Üstelik, Avrupa konsensüsünün hukukun genel ilkelerine göre daha gelişmiş ve karmaşık bir kavram olduğu değerlendirilebilir. Zira Avrupa konsensüsü, oldukça spesifik konulara ilişkin olabildiği gibi, Mahkeme tarafından esnek bir biçimde ele alınan ulusal ve uluslararası hukukun çeşitli verilerine hatta bazen genel bir eğilime dayanılarak tespit edilebilmektedir. Mahkeme, Avrupa konsensüsünden doğan bir esasın hukukun genel ilkelelerinin gerektirdiği kadar geniş kabul görmesini de aramamaktadır.

Özetle, Avrupa konsensüsünün uluslararası hukukun kaynakları ve yorum kuralları ile birtakım bağlantıları ve benzerlikleri olsa da, bunlar Avrupa konsensüsüne başvurulmasına tam bir dayanak veya açıklama sağlamamaktadır. Mahkemenin genel uygulaması, Avrupa konsensüsüne özel ama sınırları tam belirlenmemiş bir yorum tekniği olarak başvurulduğunu ortaya koymaktadır.

Son olarak, Mahkemenin Sözleşme veya genel uluslararası hukuk çerçevesinde tam karşılığı olmayan veya açıklanamayan uygulamalarına rağmen, sözleşmecî devletlerin AİHS sistemi içinde kalmaya ve genel olarak AİHM kararlarına uymaya devam etmesinin meşruiyet sorunları açısından bir anlamının olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bu noktada *Dzehtsiarou*, haklı olarak, devletlerin kararlara uymasının veya AİHM'nin yetkilerini güçlendiren 11 No'lu Protokolü ve birtakım usulî yenilikler getiren 14 No'lu Protokolü onaylayarak AİHS sistemine desteklerini yenilemesinin, tek başına meşruiyet sorunlarını gidermeyeceğini veya Sözleşmeyi yorumlamada Mahkeme için bütün sınırları kaldırmayacağını belirtmektedir¹⁸².

SONUÇ

AİHS'yle üstlenilen taahhütlere uyulmasını Sözleşmenin kurduğu güvence sistemi çerçevesinde sağlamakla yükümlü olan AİHM'nin geliştirdiği "Avrupa konsensüsü" kavramının, tam bir tanımı olmasa da, Mahkemenin kararlarında önemli ve zaman zaman belirleyici bir rol oynadığı görülmektedir. "Ortak payda", "ortak yaklaşım", "ortak standart", "genel eğilim" gibi

¹⁸¹ Yukarıda aktardığımız üzere, Mahkeme ulusal azınlıkların korunması yönünde bir konsensüs ve genel ilke bulunduğunu teyit etse de, karar verilmesi gereken daha spesifik bir durum olduğu için, bunun karara varmada güçlü bir etkisi olmamıştır. Bkz. *Case of Chapman v. the United Kingdom*, p. 93-94; *Case of Lee v. the United Kingdom*, p. 95-96. Öte yandan mesela *Scoppola v. İtalya (No. 2) Davası*nda bir genel ilkeyi (lehe olan ceza normlarının uygulanmasını) teyit eden konsensüsün somut olay hakkındaki kararı doğrudan etkilediği görülmektedir.

¹⁸² *Dzehtsiarou*, s. 145, 151.

değişik terimlerle belirtilebilen bu kavram, sözleşmecî devletlerin bir kısmının (tercihen önemli bir çoğunluğunun) hukuk ve uygulamalarındaki müşterekliğe/uyuşmaya işaret eder.

Avrupa konsensüsüne özellikle Sözleşmenin yorumlanıp bir hakkın kapsamının belirlenmesi ve devletin Sözleşmeyi uygularken yararlanacağı takdir marjının genişliğinin saptanması amacıyla başvurulmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmecî devletlerin hukuk ve uygulamalarının Mahkemenin ele aldığı konuyla ve bu konuya uygulanacak Sözleşme hükmüyle ilgili belirli bir ortak esasın bulunduğunu göstermesi, Mahkemenin söz konusu hakkı gelişmeci bir yaklaşım çerçevesinde ele almasına; böyle bir esasın yokluğu veya hâlen gelişim aşamasında olması ise, Mahkemenin kendini kısıtlamasına ve davalı devlete daha geniş bir takdir marjı bırakmasına yol açabilmektedir. Genel uygulama böyle olmakla birlikte, konsensüsün varlığı veya yokluğuna otomatik sonuçlar bağlandığı öne sürülemez. Zira Mahkeme, Avrupa konsensüsüne çoğu kez diğer yorum ilke ve yöntemleriyle birlikte başvurmakta ve ayrıca takdir marjının genişliğini ilgili hakkın önemi, konunun hassasiyeti, müdahale edilen faaliyetin niteliği, müdahalenin amacı, koşulları ve ölçüsü gibi başka etkenleri de göz önünde bulundurarak değerlendirmektedir.

Mahkeme konsensüs tekniğini uygularken çoğu kez sözleşmecî devletlerin hukuk ve uygulamalarına gönderme yapmakta; yine birçok durumda bunu desteklemek için uluslararası hukukun çeşitli kaynaklarına da başvurmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu tekniğin uygulanma biçiminin bir standarda bağlanmadığı görülmektedir. Mahkemenin uygulaması, her ne kadar ayrı bir araştırma biriminin kurulmasıyla bir ölçüde gelişmiş olsa da, konuyla ilgili bir Avrupa konsensüsünün varlığını tespit etmek için ne düzeyde bir müşterekliğin/uyuşmanın bulunması gerektiğini tam olarak göstermemektedir. Mahkemenin Avrupa konsensüsüne başvururken her zaman açık olmaması, esnek ve tutarsız bir şekilde hareket etmesi, belirsizlik ve güvensizlik yaratıp meşruiyet tartışmalarına yol açabilmektedir.

Bir diğer önemli mesele de AİHM'nin gelişmeci yorumunun ve bu bağlamda başvurduğu Avrupa konsensüsünün hukukî dayanağının ne olduğu hakkındadır. Mahkeme, bazı kararlarında sözleşmecî devletlerin hukuk ve uygulamaları ile uluslararası hukukun kaynaklarına başvururken Andlaşmalar Hukukuna Dair Viyana Sözleşmesi m. 31/3 hükmünün farklı bentlerini zikretse de, bu maddedeki kayıtları pek dikkate almamaktadır. Mahkemenin Avrupa konsensüsünün varlığını tespit ederken gösterdiği esnek yaklaşım, bunun tam anlamıyla örf ve âdet olarak değerlendirilmesine de imkân vermemektedir. Ayrıca, hukukun genel ilkeleriyle de bir ölçüde ilgisi bulun-

makla birlikte Avrupa konsensüsünün oldukça spesifik konulara ilişkin olabildiği ve nisbeten daha gelişmiş ve karmaşık bir içeriğe sahip olduğu belirtilmelidir.

Mahkemenin genel uygulaması, Avrupa konsensüsüne içtihatlarla benimsenen gelişmeci yorum ilkesine dayanarak ve özel bir yorum tekniği olarak başvurulduğunu ortaya koymaktadır. Ne var ki, Avrupa konsensüsünün uluslararası hukukun kaynakları ve yorum kurallarıyla birtakım bağlantı ve benzerlikleri olsa da bunlar Avrupa konsensüsüne tam bir dayanak ve açıklama sağlamadığı için, hakları geliştirmek amacıyla bu tekniğe başvurulmasının meşruiyeti tartışmaya açık kalmaktadır.

Avrupa konsensüsünün, uygulanma biçimi ve bizzat esası bakımından birtakım belirsizlikler bulunmakla birlikte, AİHM kararlarında önemli bir yer tutmaya ve etkisini arttırmaya devam ettiği görülmektedir. AİHS sisteminin gerek normatif ve yapısal değişikliklerle gerek içtihatlarla güçlendirilmesi, sözleşmeci devletlerin sistem içinde kalma iradelerini sürdürmelerini engellemiştir. Salt hukukî gerekliliklerin yanında devletlerin bağlılığının devamı için de, AİHM'nin en azından konsensüs tekniğini geliştirerek ve mümkün mertebe tutarlı bir şekilde uygulaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar - Makaleler

- Akehurst**, Michael/**Malanczuk**, Peter: *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Routledge, 1997.
- Altıparmak**, Kerem/**Karahanoğulları**, Onur: "Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin v. Türkiye, AİHM v. Hukuk, Düzenleyici İşlem v. Kanun", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Temmuz-Eylül 2004, S. 3, s. 249-275.
- Arai-Takahashi**, Yutaka: "The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry", in: Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, 2013, s. 62-105.
- Aybay**, Rona/**Oral**, Elif: *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Benvenisti**, Eyal: "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", *New York University Journal of International Law & Politics*, 1998-1999, Vol. 31, s. 843-854.
- Black's Law Dictionary*, Bryan A. Garner (ed.), 9. Baskı, West Publishing Co., 2009.
- Boczek**, Boleslaw A.: *International Law: A Dictionary*, The Scarecrow Press Inc., 2005.
- Brauch**, Jeffrey A.: "The Dangerous Search for and Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights", *Howard Law Journal*, 2008-2009, Vol. 52, s. 277-318.
- Brems**, Eva: "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, Vol. 56, s. 240-314.
- Çavuşoğlu**, Naz: "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri", *İnsan Hakları Yıllığı*, 1992, S. 14, s. 131-146.
- Dijk**, P. van/**Hoof**, G. J. H. Van: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Kluwer Law International, 1998.

- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla:** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 2: İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 Maddeler, Council of Europe/TC Yargıtay Başkanlığı, 2013.
- Dzehtsiarou,** Kanstantsin: European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights, Cambridge University Press, 2015.
- Forowicz,** Magdalena: The Reception of International Law in the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2010.
- Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 5. Baskı, Turhan, 2004.
- Greer,** Steven: The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, 2000.
- Gündüz,** Aslan: Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 5. Baskı, Beta, 2003.
- Harris, David/O'Boyle, Michael/Bates, Ed/Buckley, Carla:** Harris, O'Boyle and Warbrick's Law of the European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Oxford University Press, 2009.
- Helfer,** Laurence R.: "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", Cornell International Law Journal, 1993, Vol 26, s. 133-165.
- Higgins,** Rosalyn: "Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem", International and Comparative Law Quarterly, 1997, Vol. 46, s. 501-520.
- Hill-Cawthorne,** Lawrence: "The Grand Chamber Judgment in Hassan v. UK", EJIL: Talk!, 16.09.2014. Erişim: <https://www.ejiltalk.org/the-grand-chamber-judgment-in-hassan-v-uk/>.
- Jacobs,** Francis G./White, Robin C. A.: The European Convention on Human Rights, 2. Baskı, Clarendon Press, 1996.
- Letsas,** George: "The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", in: Andreas Føllesdal/Birgit Peters/Geir Ulfstein (eds.), Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context, Cambridge University Press, 2013, s. 106-141.
- Londras,** Fiona de/Dzehtsiarou, Kanstantsin: Great Debates on the European Convention on Human Rights, Palgrave Macmillan, 2018.

- Merrills**, J. G.: The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Manchester University Press, 1988.
- Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Turhan Kitabevi, 2014.
- Schabas**, William: The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford University Press, 2015.
- Senden**, Hanneke Ceciel Katrijn: Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, Doktora Tezinin Yayınlanmamış Hâli, Leiden University, 2011.
- Sur**, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Beta, 2018.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Seçkin, 2004.
- The American Heritage Dictionary of the English Language, 3. Baskı, Houghton Mifflin Co., 1992.
- Vanneste**, Frédéric: General International Law before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of International Human Rights Law, Intersentia, 2010.
- Wildhaber**, Luzius/**Hjartarson**, Arnaldur/**Donnelly**, Stephen: "No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights", Human Rights Law Journal, 2013, Vol. 33, s. 248-263.
- Ziemele**, Ineta: "European Consensus and International Law", in: Anne van Aaken/Iulia Motoc (eds.), The European Convention on Human Rights and General International Law, Oxford University Press, 2018, s. 23-40.

AIHM Kararları

Case of A, B and C v. Ireland, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 16.12.2010.

Case of Bayatyan v. Armenia, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.07.2011.

Case of Berkovich and Others v. Russia, ECHR (Third Section), Judgment of 27.03.2018 (final 27.06.2018).

- Case of Chapman v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 18.01.2001.
- Case of Christine Goodwin v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 11.07.2002.
- Case of Comingersoll S.A. v. Portugal*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 06.04.2000.
- Case of Cossey v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 27.09.1990.
- Case of Cruz Varas and Others v. Sweden*, ECHR (Plenary), Judgment of 20.03.1991.
- Case of Demir and Baykara v. Turkey*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 12.11.2008.
- Case of Dickson v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 04.12.2007.
- Case of E.B. v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 22.01.2008.
- Case of Evans v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 10.04.2007.
- Case of Fabris v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.02.2013.
- Case of Fretté v. France*, ECHR (Third Section), Judgment of 26.02.2002 (final 26.05.2002).
- Case of Glor v. Switzerland*, ECHR (First Section), Judgment of 30.04.2009 (final 06.11.2009).
- Case of Golder v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 21.02.1975.
- Case of Golder v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice of 21.02.1975.
- Case of Golder v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Separate Opinion of Judge Verdross of 21.02.1975.
- Case of Handyside v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 07.12.1976.
- Case of Hassan v. the United Kingdom*, ECHR (Grand Chamber) Judgment of 16.09.2014.
- Case of Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 06.10.2005.

Case of Hristozov and Others v. Bulgaria, ECHR (Fourth Section), Judgment of 13.11.2012 (final 29.04.2013).

Case of Ibrogimov v. Russia, ECHR (Third Section Committee), Judgment of 15.05.2018.

Case of Ireland v. the United Kingdom, ECHR (Plenary), Judgment of 18.01.1978.

Case of James and Others v. the United Kingdom, ECHR (Plenary), Judgment of 21.02.1986.

Case of Kafkaris v. Cyprus, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 12.02.2008.

Case of Kearns v. France, ECHR (Third Section), Judgment of 10.01.2008.

Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Russia, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 24.01.2017.

Case of Kimlya and Others v. Russia, ECHR (First Section), Judgment of 01.10.2009 (rectified on 03.12.2009) (final 01.03.2010).

Case of Kiyutin v. Russia, ECHR (First Section), Judgment of 10.03.2011 (final 15.09.2011).

Case of Lautsi and Others v. Italy, ECHR (Grand Chamber), Dissenting Opinion of Judge Malinverni joined by Judge Kalaydjieva of 18.03.2011.

Case of Lautsi and Others v. Italy, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 18.03.2011.

Case of Lee v. the United Kingdom, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 18.01.2001.

Case of Leyla Şahin v. Turkey, ECHR (Grand Chamber), Dissenting Opinion of Judge Tulkens of 10.11.2005.

Case of Leyla Şahin v. Turkey, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 10.11.2005.

Case of Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections), ECHR (Chamber), Judgment of 23.03.1995.

Case of M.C. v. Bulgaria, ECHR (First Section), Judgment of 04.12.2003 (final 04.03.2004).

Case of Mamatkulov and Askarov v. Turkey, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 04.02.2005.

Case of Marckx v. Belgium, ECHR (Plenary), Judgment of 13.06.1979.

- Case of Micallef v. Malta*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 15.10.2009.
- Case of Naït-Liman v. Switzerland*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 15.03.2018.
- Case of Niemietz v. Germany*, ECHR (Chamber), Judgment of 16.12.1992.
- Case of Novruk and Others v. Russia*, ECHR (Third Section), Judgment of 15.03.2016 (final 15.06.2016).
- Case of Odièvre v. France*, ECHR (Grand Chamber), Joint Dissenting Opinion of Judges Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens and Pellonpää of 13.02.2003.
- Case of Odièvre v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 13.02.2003.
- Case of Rantsev v. Cyprus and Russia*, ECHR (First Section), Judgment of 07.01.2010 (final 10.05.2010).
- Case of Rasmussen v. Denmark*, ECHR (Chamber), Judgment of 28.11.1984.
- Case of Rees v. the United Kingdom*, ECHR (Plenary), Judgment of 17.10.1986.
- Case of Rohlena v. the Czech Republic*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 27.01.2015.
- Case of S.A. Dangeville v. France*, ECHR (Second Section), Judgment of 16.04.2002 (final 16.07.2002).
- Case of S.A.S. v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 01.07.2014.
- Case of S.H. and Others v. Austria*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 03.11.2011.
- Case of Salesi v. Italy*, ECHR (Chamber), Judgment of 26.02.1993.
- Case of Satık v. Turkey (No. 2)*, ECHR (Third Section), Judgment of 08.07.2008 (final 08.10.2008).
- Case of Schalk and Kopf v. Austria*, ECHR (First Section), Judgment of 24.06.2010 (final 22.11.2010).
- Case of Schwizgebel v. Switzerland*, ECHR (First Section), Judgment of 10.06.2010 (final 10.09.2010).
- Case of Scoppola v. Italy (No. 2)*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 17.09.2009.
- Case of Selmouni v. France*, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 28.06.1999.

Case of Sheffield and Horsham v. the United Kingdom, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 30.07.1998.

Case of Shindler v. the United Kingdom, ECHR (Fourth Section), Judgment of 07.05.2013 (final 09.09.2013).

Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, ECHR (Chamber), Judgment of 30.06.1993.

Case of Siliadin v. France, ECHR (Second Section), Judgment of 26.07.2005 (final 26.10.2005).

Case of Soering v. the United Kingdom, ECHR (Plenary), Judgment of 07.07.1989.

Case of Stec and Others v. the United Kingdom, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 12.04.2006.

Case of Stoll v. Switzerland, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 10.12.2007.

Case of Stubbings and Others v. the United Kingdom, ECHR (Chamber), Judgment of 22.10.1996.

Case of Stummer v. Austria, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.07.2011.

Case of Stübing v. Germany, ECHR (Fifth Section), Judgment of 12.04.2012 (rectified on 13.04.2012) (final 24.09.2012).

Case of Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1), ECHR (Plenary), Judgment of 26.04.1979.

Case of T. v. the United Kingdom, ECHR (Grand Chamber), Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Pastor Ridruejo, Ress, Makarczyk, Tulkens and Butkevych of 16.12.1999.

Case of T. v. the United Kingdom, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 16.12.1999.

Case of Tyrer v. the United Kingdom, ECHR (Chamber), Judgment of 24.04.1978.

Case of Ünal Tekeli v. Turkey, ECHR (Fourth Section), Judgment of 16.11.2004 (final 16.02.2005).

Case of Vallianatos and Others v. Greece, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 07.11.2013.

Case of Van der Musselle v. Belgium, ECHR (Plenary), Judgment of 23.11.1983.

Case of Vo v. France, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 08.07.2004.

Case of Wemhoff v. Germany, ECHR (Chamber), Judgment of 27.06.1968.

Case of X and Others v. Austria, ECHR (Grand Chamber), Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano, and Sicilianos of 19.02.2013.

Case of X, Y and Z v. the United Kingdom, ECHR (Grand Chamber), Concurring Opinion of Judge De Meyer of 22.04.1997.

Case of X, Y and Z v. the United Kingdom, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 22.04.1997.

Case of Yumak and Sadak v. Turkey, ECHR (Grand Chamber), Judgment of 08.07.2008.

Diğer Belgeler

“Draft Conclusions on Subsequent Agreements and Subsequent Practice in relation to the Interpretation of Treaties, with Commentaries”, Yearbook of the ILC, 2018, Vol. 2, Part 2.

European Court of Human Rights/Jurisconsult, “Interlaken Follow-Up: Principle of Subsidiarity”, 08.07.2010.

İnternet Siteleri

<http://www.echr.coe.int/>

<https://www.icj-cij.org/>

TÜRK VE KAZAK HUKUKUNDA YABANCI YATIRIMLARIN TEŞVİKİ*

DOI: 10.33717/deuhfd.567634

Dr. Öğr. Üyesi Salımya GANIYEVA**

Öz

Gelişmekte olan ülkelerin iç kaynaklarının yetersizliği, dış kaynaklı yatırım araçlarının ülkeye çekilmesi ihtiyacını doğurmaktadır.

Birçok gelişmekte olan ülke, kalkınma sürecinde ihtiyaç duyduğu dış kaynak ve teknolojiyi sağlamak için yabancı yatırımcılara vergi ve teşvik paketleri önermektedir. Ancak sadece bu yöntemlerin uygulanması yabancı yatırımların çekilmesi bakımından yetersiz kalmaktadır. Zira yabancı yatırımcı, kendi ülkesinin dışında bir başka ülkede yatırım yapmaya karar verirken, yatırım yapacağı ülkenin ekonomik ve politik istikrarını, yeterli potansiyel talebinin mevcudiyetini, hammaddeye ulaşma ve üretimin etkin bir şekilde yapılma imkânı gibi faktörleri de göz önünde bulundurmaktadır.

Ayrıca, güvenli yatırım ortamının sağlanması açısından ılımlı yatırım mevzuatı gibi, yatırım alanında akdedilmiş milletlerarası sözleşmelere ev sahibi ülkenin taraf olmasının da yabancı yatırımların teşvikindeki rolü tartışılmazdır.

Bu bağlamda gelişmekte olan ve yabancı yatırımlara ihtiyaç duyan Türkiye ve Kazakistan'ın, ülkelerine yabancı yatırımları çekmek amacıyla, yatırım mevzuatlarında zaman zaman değişikliğe giderek, yabancı yatırımları teşvik edici esaslara yer verdikleri görülmektedir. Nitekim yoğun olarak gerçekleştirilen yatırımların her iki ülkenin gelişmesinde önemli rol oynayacağı şüphesizdir.

Anahtar Kelimeler

Türkiye, Kazakistan, yabancı yatırım, yatırımın teşviki, milletlerarası sözleşmeler

* Bu çalışma, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında 2005 yılında savunulmuş “Türk ve Kazak Hukukunda Yabancı Sermayeli Şirketlerin Kuruluşu” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: s.ganiyeva@atauni.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-9306-485X) (Makalenin Geliş Tarihi: 23.10.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 24.10.2018-25.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 10.02.2019-20.02.2019)

INDUCEMENT OF FOREIGN INVESTMENT IN TURKISH AND KAZAKH LAWS

Abstract

Insufficiency of internal resources of developing countries creates need of recalling of external investment tools to the country.

Many developing countries proposes tax and inducement pack to the foreign investors in order to provide exterior resources and technology needed during development process. However, being applied of just these methods fall behind in recalling foreign investments. Because, foreign investors have to consider factors like economic and political stability, sufficient potential demand, accession to the raw material and opportunity of effective producing of the invested country while deciding to invest in another country.

Moreover, and maybe most significantly, in order to establish secure investment environment, it is unarguable that host country's being part of conventions which are internationally signed such as moderate investment regulations play a big role in inducement of foreign investments.

In this regard, it has been observed that Turkey and Kazakhstan, which are both developing countries and need foreign investments, allow for rudiments to promote foreign investments by changing investment regulations at times in order to attract investments. Hence, it is undoubted that promoting investments and intensive investments made right after will play a significant role in the development of the two countries.

Keywords

Turkey, Kazakhstan, foreign investment, investment inducement, international conventions

GİRİŞ

Küreselleşen dünyada yabancı yatırımların önemi gün geçtikçe artmaktadır ve günümüzde hemen hemen tüm ülkeler, özellikle de gelişmekte olanlar, yabancı yatırımları çekme gayreti içerisindeyler. Zira “*gelişmekte olan ülkelerin ekonomik sorunlarının başında sermaye yetersizliği gelmektedir. Bundan dolayı, ekonomideki bu kaynak açığı dış kaynak ihtiyacını zorunlu kılmakta ve bu ihtiyacın hibeler, krediler ve doğrudan sermaye yatırımları ile sağlanması yoluna gidilmektedir*”¹.

Ancak belirtmek gerekir ki, günümüzde kaynak ihtiyacı yalnız gelişmekte olan ülkelerin sorunu olmayıp, gelişmiş ülkelerin de üzerinde önemle durdukları bir konudur. Hatta doğrudan yabancı yatırımların ağırlıklı olarak gelişmiş ülkelere yapıldığı da bir gerçektir. Zira yabancı yatırımcı, aradığı güven unsurunun gelişmiş ülkelerde daha sağlam olduğu düşüncesiyle hareket etmektedir². Nitekim gelişmiş ülkelerde ekonomik ve politik bakımından istikrarın söz konusu olduğu, ekonomik ve siyasal hayatta büyük dalgalanmaların görülmediği ve dolayısıyla, güven verici bir ortamın her şeye hâkim olduğu görülmektedir³.

Bununla birlikte, tüm ekonomik ve siyasal ilişkilerde olduğu gibi, yabancı sermaye⁴ ilişkilerinde de asıl olan ülkelerin karşılıklı çıkar dengesinin kurulmasıdır. Yabancı sermayenin getirdikleri ile götürdükleri konusunda karşılaştırmalar da bu dengenin önemini ortaya çıkarmaktadır. Yabancı sermayeyi kabul edecek ev sahibi ülkenin, yabancı sermayeyi kabul etmeden önce, ekonomik stratejilerini iyi çizmesi ve bilinçli olarak fayda ve zarar analizlerini çok iyi yapması gerekmektedir⁵. Zira yabancı yatırımcıların bir ülkeye yatırım yapmasında, o ülkenin ekonomisine katkıda bulunmak ve kalkınmasına hizmet etmek gibi gayelerinin söz konusu olmadığı⁶ ve sırf

¹ **Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel**, Günseli: Yabancılar Hukuku, 20. Bası, BETA, İstanbul, 2014, s. 173.

² **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 173.

³ **Karluk, S. Rıdvan**: Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları (Yabancı Sermaye Yatırımları), Taştan Matbaası, İstanbul, 1983, s. 213.

⁴ “*Yabancı yatırımlar*” ile “*yabancı sermaye*” aynı anlam taşıdığından, çalışmamızda her iki kavrama da yer verilmiştir.

⁵ **Karakoyunlu, Erdoğan**: Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Yabancı Sermaye Dairesinin 1980 Faaliyetleri Sonuçları, İstanbul, 1981, s. 10; **Karluk**, Yabancı Sermaye Yatırımları, s. 212; **Hacaloğlu, Tuncay**: Yabancı Sermaye ve Türkiye’de Yabancı Sermaye Uygulaması, Uzmanlık Tezi, Başbakanlık DPT Müsteşarlığı, Ankara, 1983, s. 3.

⁶ **Karluk**, Yabancı Sermaye Yatırımları, s. 210; **Özel, Sibel**: “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB, Yıl: 23, 2003, s. 599.

ticari çıkarlarını maksimize etmek için geldiklerinden dolayı, yabancı sermaye ile olan ilişkinin “karşılıklı çıkar” ilişkisi olduğunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir⁷. Kaldı ki bazı yazarlarca, yabancı yatırımın ev sahibi ülke üzerindeki etkilerinin yalnızca olumsuz ve sömürücü nitelikte olduğu da savunulmuştur⁸.

Hirschman’a göre, doğrudan yabancı yatırımların ülkenin ekonomik kalkınmasının ilk dönemlerinde mevcut olmayan üretim faktörlerini ülkeye getirdiği için yararlı olduğu bir gerçektir. Fakat ülke geliştikçe yabancı yatırımların kalkınma ile birlikte gelişen mahalli faktörleri kullanmadığı ve mahalli teşebbüslere engel teşkil ettiğinden dolayı, ülkenin ekonomik büyümesini de genel anlamda engellemektedir⁹. Buna karşın diğer bir görüş ise yabancı özel teşebbüsün gelişmekte olan ülkelerin ekonomik kalkınmasında önemli bir rol oynadığını ve bu kalkınmayı hızlandırdığını savunmaktadır¹⁰.

Doktrinindeki farklı görüşlere rağmen, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere yabancı yatırımların gelmesi, bu ülkeler bakımından büyük önem taşımaktadır. Ancak bunun için de yabancı yatırımların teşvik edilmesi gerekmektedir.

Nitekim gelişmekte olan ülkeler olarak Türkiye ve Kazakistan, doğrudan yabancı yatırımlarına ihtiyaç duymaktadır. Bugüne kadar her iki ülkeye de yabancı yatırımlar yapılmasına rağmen Türkiye, Kazakistan’a nazaran, yabancı yatırımlar bakımından daha tecrübelidir, zira yabancı yatırımların tarihsel başlangıcı Osmanlı Devleti’ne kadar uzanmaktadır¹¹. Oysaki Kazakistan Cumhuriyeti, genel anlamda, yabancı yatırımlar ile Sovyetler Birliği’nin dağılmasından sonra karşılaşmıştır¹².

Günümüzde yabancı yatırımlara duyduğu ihtiyaç sebebiyle Türkiye ve Kazakistan, yatırımların teşviki için çeşitli çalışmalarda bulunmaktadır.

⁷ **Karluk**, Yabancı Sermaye Yatırımları, s. 210.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz **Öztekin**, Basri: “Yabancı Sermaye Hakkında Görüşler”, İstanbul, YASED Yayınları No. 3, 1982.

⁹ **Hirschman**, A. O.: “How to Divest in Latin American and Why”, Essays in International Finance No: 76, Princeton University Press, November 1969, s. 5-9, (naklen **Karluk**, s. 23).

¹⁰ **Streeten**, P.: “New Approaches to Private Investment in Less Developed Countries”, s. 436 (naklen **Karluk**, s. 23).

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karluk**, Yabancı Sermaye Yatırımları, s. 39 vd.

¹² **Paramonov**, V. V.: Экономика Казахстана; Экономика, Рынок, Финансы (Ekonomika Kazakhstana; Ekonomika, Rinok, Finansı) (1990-1998), Almatı, Gılım, 2000, s. 5-6; Kazakistan Cumhuriyeti Türkiye Büyükelçiliği, Türkiye Cumhuriyeti İşadamları için Tanıtım Kılavuzu, Ankara, 1997, s. 12.

Çalışmaların başında da her iki ülke bakımından ılımlı yatırım mevzuatının kabulü ile yatırım alanında akdedilmiş milletlerarası sözleşmelere taraf olmak gelmektedir.

Bu çerçevede aşağıda Türkiye ve Kazakistan Cumhuriyetlerinde yabancı yatırımların teşvikine yönelik yasal düzenlemeler ile birlikte yabancı yatırımcılara sağlanan milletlerarası güvencelere de yer verilecektir.

Fakat esas konuya geçmeden önce, yabancı yatırımın tanımı ile sınıflandırılmasına değinmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

I. YABANCI SERMAYE YATIRIMLARININ TANIMI VE SINIFLANDIRILMASI

A. Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tanımı

Yabancı yatırımdan bahsedebilmek için üç temel unsurun varlığı gerekmektedir; bunlardan birincisi, *yatırımcıdır* (gerçek veya tüzel kişi); yatırımcının temel amacı ise kâr elde etmektir¹³. Diğer iki unsurdan biri, yatırımcının kendi ülkesi dışında yatırım faaliyetinde bulunduğu *ev sahibi devlet* ve diğeri de yatırımcının tâbi olduğu *kaynak devlettir*¹⁴.

Yabancı yatırımlar için farklı ayırmalar yapılmış olsa da¹⁵, daha ziyade *doğrudan ve dolaylı (portföy) yatırım* ayırımına dikkat çekilmektedir.

Yabancı yatırım kavramı uluslararası hukukta yeknesak bir şekilde tanımlanmamış olsa da, bu kavramın tanımı, genellikle, konu ile ilgili iki taraflı ve bölgesel anlaşmalarla yapılmaktadır¹⁶.

Bununla birlikte, yabancı yatırımlar ile ilgili doktrinde de farklı tanımlara rastlanmaktadır. Bir tanıma göre, yabancı sermaye yatırımları, genel anlamıyla ticari kazanımlar gözetilerek, sermaye fonlarının bir ülkeden diğere hareketini ifade etmektedir¹⁷. Bir başka tanıma göre ise yabancı yatırım,

¹³ **Reuber**, G. L., *Private Foreign Investment in Development*, Oxford, 1973, s. 69 (naklen **Tiryakioğlu**, Bilgin: Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s. 9).

¹⁴ **Tiryakioğlu**, s. 9.

¹⁵ Örneğin, kamu yatırımları ve özel yatırımlar, sanayî yatırımları ve ticari yatırımlar vb., **Tiryakioğlu**, s. 9.

¹⁶ **Tiryakioğlu**, s. 9.

¹⁷ **Karluk**, *Yabancı Sermaye Yatırımları*, s. 14; **Uludağ**, Ramazan: Türkiye’de Yabancı Sermaye Uygulaması, Atıf Matbaacılık, Ankara, 1991, s. 23; “700 Firma 1,5 milyar \$ Yatırım” *Ekonomik Forum Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 6, Haziran 1998, s.12; Sornarajah, M., *International Law*, s. 4 (naklen **Tiryakioğlu**, s. 10; **Богатырев А. Г.**: *Инвестиционное Право (Investitsionnoe Pravo)*, Rossiyskoe Pravo Yayınevi, Moskova, 1992, s. 13.

dış kaynaklardan elde edilen ve sonradan ödenmek üzere bir ülkenin, ekonomik açıdan gelişmesi için temin ettiği mali ve diğer kaynaklardır¹⁸. Diğer yazarlar ise, en geniş anlamıyla yatırımları, finansal büyüme ve ülke ekonomisinin gelişmesini sağlayan mekanizma olarak tanımlamaktadır¹⁹. Yine bir başka yazara göre, yabancı yatırım; “*taşınır veya taşınmaz varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen denetimi altında, o ülkenin refahını arttırmak için kullanımı amacıyla transferi*” olarak tanımlanmıştır²⁰.

Ancak daha geniş bir tanıma göre doğrudan yabancı sermaye yatırımı, “*bir ülkede bir firmayı satın almak veya yeni kurulan bir firma için kuruluş sermayesini sağlamak veya mevcut bir firmanın sermayesini arttırmak yoluyla o ülkede bulunan firmalara yapılan ve kendisiyle birlikte teknoloji, işletmecilik bilgisi ve yatırımcının kontrol yetkisini de beraberinde getiren yatırımdır*”²¹.

Son olarak, yalnızca *dolaylı* (portföy) yatırımları karakterize eden bir tanıma bakıldığında, dolaylı yatırımların, “*sahibinin aktif yönetimi veya kontrolünü gerektirmeyen menkul kıymet ve diğer malî varlıkların pasif olarak elde bulundurulması*”²² şeklinde tanımlandığı görülmektedir.

B. Yabancı Sermaye Yatırımlarının Sınıflandırılması

Yabancı sermaye yatırımları, genellikle, *doğrudan* yatırım veya *portföy* yatırımı şeklinde gerçekleşmektedir. Portföy yatırımları özel mali sermaye hareketi niteliğinde olmakta ve bir ülkedeki şirketlere ait hisse senedi ve tahvillerin o ülke sermaye piyasasından veya uluslararası sermaye piyasala-

¹⁸ **Açıklan**, Sezgin/Ünal, Seyfettin: Doğrudan Yatırımlar ve Portföy yatırımları, Global ve Yerel Faktörlerin Türkiye Üzerindeki Göreceli Etkisi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s. 6.

¹⁹ **Ovchinnikov**, A. A/**Gushin**, V. V.: Инвестиционное Право. Учебник (Investitionsoes Pravo. Uchebnik), ЭКМО Yayınevi, Moskova, 2009, s. 11.

²⁰ Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, Cambridge, 1996, s. 4 (naklen **Tiryakioğlu**, s. 10).

²¹ **Karluk**, Yabancı Sermaye Yatırımları, s. 14; **Karluk**, S. Rıdvan: Uluslararası Ekonomi (Ekonomi), Beta, 5. Bası, İstanbul, 1998, s. 399; Kayıhan/Eski'ye göre, “*Yabancı doğrudan yatırımlar, portföy yatırımı dışında kalan ve yatırımcının sürekli (ör.yavru şirket kurarak) veya belli bir süre (ör.joint venture ortaklığı) yatırım ülkesinde faaliyetini sağlayan yatırımlardır*”; **Kayıhan**, Şaban/**Eski**, Mehmet: Uluslararası Ekonomi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 76.

²² **Ovchinnikov/Gushin**, s. 116; **Turanlı**, Hüsnü: Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayınlanmamış doktora tezi, 2008, s. 11.

rından dışarıda yerleşik kişi ve kuruluşlarca satın alınması yoluyla yapılmaktadır. Doğrudan yatırımlar ise reel bir nitelik taşımakta ve yabancı ülkelerde bina, fabrika, arazi, tesis gibi fiziki değerler elde edilmesi şeklinde yapılmaktadır²³. Yani, doğrudan yabancı yatırım, taşınır veya taşınmaz varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen denetimi altında o ülkenin refahını artırmak için kullanımı amacıyla transferidir²⁴.

Doğrudan yatırımlar, portföy yatırımlarından farklı olarak, sermaye ile birlikte teknoloji ve işletmecilik bilgisini de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra yabancı sermaye hareketleri içinde doğrudan yatırımların payı ve önemi büyük ölçüde artmıştır²⁵.

Doğrudan yatırım, geldiği ülkeye teşebbüs, teknoloji, risk taşıma²⁶ ve organizasyon aktarımı sağlamak ve bu sebeple işletmelerin sadece kuruluş ve teçhizatın finansmanı olarak değerlendirilmemektedir. Bunun yanı sıra doğrudan yatırım, bu rolünden dolayı işletmecilik ustalığı ve know-how'u da beraberinde getirerek, ayrıca, rekabet faktörünü de ülkeye sokmaktadır²⁷.

Günümüzde doğrudan yabancı sermaye yatırımlarının önemli bir bölümü çok uluslu şirketler²⁸ tarafından gerçekleştirilmektedir. Bunlar, belli bir merkezden yönetilen ve aynı anda çeşitli dünya ülkelerinde üretimde bulunan dev firmalardır²⁹.

Yukarıda belirtilmiş olan hususlar, doğrudan yabancı sermaye yatırımları ile dolaylı ya da portföy yatırımları arasındaki en önemli farkları ortaya koymakla birlikte, bunlarla da sınırlı değildir.

²³ Seyidoğlu, Halil: Uluslararası İktisat, Güzem Yayınevi, İstanbul 1994, s. 577.

²⁴ Tiryakioğlu, s. 10.

²⁵ Karluk, Ekonomi, s. 399.

²⁶ Dolaylı yatırımcı, bir risk gördüğünde, yatırımını derhal çekebilir ve diğer portföy yatırımlarına transfer edebilir. Doğrudan yabancı yatırımcının ise böyle bir imkânı yoktur. Zira yabancı yatırımcı ev sahibi ülkeyi hemen terk edemez; Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 174; Tiryakioğlu, s. 11.

²⁷ Karluk, Yabancı Sermaye Yatırımları, s. 14-15.

²⁸ Çok uluslu şirketler yatırım yaparken, küresel bir strateji izledikleri için, bu tür yatırımlarda denetim unsuru giderek daha önemli olmaya başlamıştır. Kendi yatırımını güvence altına almak için çok uluslu şirketin kullanabildiği güç dikkat çekicidir ve böyle bir gücün varlığı, uluslararası düzeyde bu şirketin denetimine ilişkin talepleri gündeme getirmektedir. Bu durum dolaylı yatırım bakımından söz konusu değildir. Tiryakioğlu, s. 11.

²⁹ Çelikel/Öztekin Gelgel, s. 175; Seyidoğlu, s. 577; Tiryakioğlu, s. 11; Alpar, Cem: Çok Uluslu Şirketler ve Ekonomik Kalkınma, Turhan Kitabevi, Ankara, 1980, s. 35.

II. TÜRKİYE VE KAZAKİSTAN'DA ULUSAL DÜZEYDE YABANCI YATIRIMLARIN TEŞVİKİ

A. Türk ve Kazak Hukukunda Yabancı Yatırımların Düzenlenmesi

1. Türk Hukukunda

Türk hukuku her çeşit iş kolu için yabancı yatırımlara³⁰ açıktır. Yabancı yatırımcı hangi alana yatırım yapıyorsa, o sektörü düzenleyen hukuk kuralları yabancı yatırıma ilişkin mevzuat ile birlikte uygulanmaktadır. Örneğin, turizm, maden, petrol ve diğer alanları düzenleyen yasalar, yabancı yatırımları düzenleyen mevzuat ile birlikte değerlendirilecektir³¹.

Türkiye'de yabancı yatırımlar 5 Haziran 2003 tarihli ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (DYYK)³² ile düzenlenmiş ve konu ile ilgili Ağustos 2003 yılında Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği (Yönetmelik)³³ kabul edilmiştir.

Ancak yabancı yatırım mevzuatının temel kaynağını 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası³⁴ teşkil ettiği için, öncelikle, Anayasa'da yer alan esaslara değinilecektir.

a. Anayasa

Anayasa, iç hukuk kaynaklarının en önemlisidir ve Anayasada yabancıların hukuki durumunu düzenleyen hükümlerin bulunması mümkündür. Konu ilk olarak 1961 Anayasasına³⁵ girmiş ve daha sonra aynı hüküm 1982 Anayasasında da yer almıştır³⁶.

Dünyada, yabancıların hukuki durumuyla ilgili iki sistem mevcuttur:

1. Eşitlik sistemi,
2. Yabancıların haklarını sınırlayan sistem.

Türk Hukukunda, kural olarak, eşitlik sistemi kabul edilmiştir³⁷. Anayasanın 10. maddesine göre: "*Herkes dil, ırk, din, cinsiyet, siyasi düşünce,*

³⁰ Burada önemle belirtmek isteriz ki, çalışmamızdaki *yabancı yatırım* tabiri ile kastedilen doğrudan yabancı yatırımlardır.

³¹ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, s. 175.

³² RG: 17.06.2003-25141. Bundan sonra kısaca 4875 sayılı DYYK olarak anılacaktır.

³³ RG: 20.08.2003-25205. Bundan sonra kısaca Yönetmelik olarak anılacaktır.

³⁴ RG: 09.11.1982-17863 (Mükerrer).

³⁵ RG: 20.07.1961-10859.

³⁶ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, s. 51.

³⁷ Göger, Erdoğan: Yabancılar Hukuku, Sevinç Matbaası, 3. Bası, Ankara, 1979, s. 21 vd.

felsefi inanç ve mezhep ayrımı gözetmeksizin, kanun önünde eşittir” denilmektedir. Benzer mahiyette hüküm Anayasanın 48’inci maddesinde düzenlenmiştir. Şöyle ki: *“Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirler alır”*.

Ancak Anayasa, bazı sınırlamalar getirilmesi gerektiğini de dikkate alarak, vatandaş ve yabancıya eşit haklar tanıyan bu hükümleri 16. madde ile sınırlandırmıştır. Anayasanın bahsi geçen maddesi, *“temel hak ve hürriyetleri yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini”* hüküm altına almıştır. Ancak devlet, vatandaş ile yabancı arasındaki eşitliği³⁸ bozarken milletlerarası hukuka³⁹ uygun hareket etmelidir.

Ayrıca, Anayasanın 16. maddesi uyarınca, yabancılar bakımından yapılacak düzenleme ve sınırlamalar, yasama organının çıkardığı kanunlarla belirlenmelidir. Kararname, yönetmelik, tebliğ veya genelge yolu ile yapılan sınırlayıcı düzenlemelerin bir yasayı temel almaları esastır⁴⁰. Buna karşın bazı yazarlar, anılan maddedeki kanun kavramının *hukuk* anlamında olduğunu ve bu nedenle yürütmenin düzenleyici işlemlerle getirdiği sınırlamaların 16. maddeye aykırı düşmeyeceğini savunmaktadır. Nitekim bu görüşe göre, sınırlayıcı işlemlerin herhangi bir kanun hükmüne dayanmasının gerekli olmadığı da vurgulanmaktadır⁴¹.

Yabancılarla ilişkin tüm sınırlamalara rağmen, bir yabancı, diğer ülkede yaşama ve çalışma olanağı edinebilmekte ve insan olarak onuru korunmaktadır. Söz konusu farklar ister özel haklar, ister kamu hakları alanında olsun, insanın insan olma onuruna yakışır şekilde yaşama olanağını zedeler nitelikte ve nicelikte değildir. Kısıtlamalar daha çok kamu sağlığı ve güvenliği ile kamu düzeni alanındadır⁴².

³⁸ Tekinalp’e göre, yabancılar hukukunda tam bir *eşitlik* söz konusu değil, hatta bazı hallerde eşitlik yetersiz kalabilir. Bu durumda, yazara göre, eşitlik ilkesini yabancılar hukukunda vazgeçilmez olarak kabul etmek yerine yararlı olduğu oranda ele almak ve değerlendirmek yerinde olabilir; **Tekinalp**, Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 26.

³⁹ Milletlerarası hukuka uygun sınırlamalarda, *milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası örf ve adet* ve yardımcı kaynak olarak da *milletlerarası mahkeme kararları* göz önüne alınabilecektir, **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 59.

⁴⁰ **Çelikel/(Öztekin) Gelgel**, s. 59.

⁴¹ **Göger**, s. 41; **Ökçün**, A. Gündüz: Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyetleri, Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, Ankara, 1962, s. 80.

⁴² **Tekinalp**, s. 26.

Yabancılarla ilgili önemli konulardan bir diğeri de uyuşmazlıkların çözümüdür. Uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen hüküm, Anayasanın 125'inci maddesinde “*yargı yolu*” başlığı altında yer almaktadır. Madde hükmüne göre: “...*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık için gidilebilir*”. 1999 tarihli ve 4446 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun⁴³ 2.maddesi ile Anayasanın 125'inci maddesine eklenen yeni hükümle Türkiye'nin, bugüne kadar yapmış olduğu çeşitli uluslararası sözleşmelerde kabul etmiş olduğu esaslara uygun olarak, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülmüştür.

Nitekim Anayasada yer alan genel ilkeler doğrultusunda kanun koyucu, yabancı yatırımları düzenleyen 4875 sayılı Kanunu kabul etmiştir. Ancak bu Kanun, konu ile ilgili ilk yasal düzenleme olmadığından, aşağıda yatırım mevzuatının tarihçesine de kısaca değinmenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

b. Türkiye’de Yatırım Mevzuatının Tarihçesi

Osmanlı İmparatorluğu döneminde yabancı şirketlerin 19. yüzyıldan itibaren yatırım yaptıkları görülmektedir. Fakat yabancı şirketler mal üretimine yönelmeyip, demiryolları, denizyolları, limanlar, tramvay, tünel, havagazı, elektrik⁴⁴ gibi hizmet üretimine monopol biçimde yatırım yapmayı tercih edip, uzun yıllar bu alanlarda faaliyette bulunmuşlardır. Lozan Antlaşması ile kapitülasyonların kaldırılmasının ardından, yabancılarla yapılan ikili sözleşmelerle yabancı şirketlerin bu hizmetlerine son verilmiş ve borçların ödenmesi de 1950’li yıllara kadar süren dönem içinde vadelere bağlanmıştır. Bu dönem içinde yeni yabancı yatırım yapılmamış, zira hem devlet hem de Türk halkı, tarihsel koşullar nedeniyle, yabancı yatırıma karşı olumsuz tutum sergilemiştir⁴⁵.

⁴³ RG: 14.08.1999-23786.

⁴⁴ http://www.ekodialog.com/osmanli_ekonomisi/osmanli-devletinde-yabanci-sermaye.html, Erişim tarihi 12.02.2018.

⁴⁵ **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 175-176; **Bozdağlıoğlu**, Yasemin/Evimoğlu, Umut: “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişim: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları”, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Nisan, 2014, Yıl-6, S: 11, 3. 35-36; Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. **Karluk**, Yabancı Sermaye Yatırımları, s. 39 vd.

Ancak 1950 yılında çok partili sisteme geçilince, Türk ekonomisinde de bazı değişikliklere gidilmesi düşünülmüş ve bu açıdan yabancı sermayenin de yeniden ülkeye çekilmesi gündeme gelmiştir. Bu amaçla da 1951 tarihinde 5821 sayılı Yabancı Yatırımları Teşvik Kanunu⁴⁶ kabul edilmiş ve maden, bayındırlık, ulaştırma, turizm gibi alanlar yabancı sermayeye açılmıştır. Kanun ile yabancı yatırımcıların yurt dışına kâr transferleri %10 ile sınırlanacağı ve yıllık kârın bu miktarı aşması halinde kalan miktarı, %10 kârın gerçekleşmediği yıllara ekleneceği kabul edilmiştir. 5821 sayılı Kanun'un yabancı yatırımcılar tarafından cazip görülmemesi üzerine, 1954 yılında 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik⁴⁷ Kanunu (YSTK)⁴⁸ çıkarılmıştır⁴⁹.

Aslında YSTK'nın doğrudan yabancı yatırımlar için gerekli yasal altyapıyı sağlaması ve dönemin oldukça liberal düzenlemesi olmasına rağmen, yabancı sermayeden pek ilgi görmemiş ve yabancı sermayenin gelişinde belirgin bir artış sağlanamamıştır. Yabancı sermayenin bu denli yetersiz düzeyde kalmasının en önemli nedeninin ekonomik ve siyasi istikrarsızlık, terör olayları, kâr transferindeki aksamalar, başvuruların sonuçlandırılmasına kadar uzun ve yorucu bir bürokrasinin hâkim olduğunu söylemek mümkün olmaktadır. Ayrıca, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren doğrudan yatırımlara ilişkin ortaya çıkan kavram ve uygulama farklılıkları ve yatırımcıların haklarını uluslararası standartlarda korumadaki eksikliği, ülkeye yabancı yatırımların yapılmasını olumsuz yönde etkilemiştir⁵⁰.

Ancak 6224 sayılı YSTK'nın yürürlükte kaldığı zaman içerisinde siyasi ve ekonomik hayatta yaşanan gelişmeler ile mevzuatta yapılan değişiklikler⁵¹, yeni bir düzenlemeyi ihtiyaç haline getirmiştir. Nitekim 2003 yılında

⁴⁶ RG: 09.08.1951-7880.

⁴⁷ Yasanın isminde "Teşvik" ibaresinin yer almasının nedeni ise, o yıllar için teşvik unsuru olarak kabul edilebilecek kâr transferi, eşit muamele gibi hususları içermesi idi. Ancak yasanın yürürlükte kaldığı yaklaşık yarım asırlık zaman dilimi içerisinde, ekonomik hayatta yaşanan gelişmeler ve ilgili mevzuatta yapılan değişiklikler, söz konusu hususların teşvik aracı yerine, genel kabul görmüş uluslararası yatırım ilkelerine dönüşmesine neden olmuştur. Bu nedenle uluslararası tanımlamalara da uygun olarak yeni yasanın ismi "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu" olarak belirlenmiştir; **Özel**, s. 600; Yabancı Sermaye Raporu, Temmuz, 2003, Hazine Müsteşarlığı, YSGM, Ankara.

⁴⁸ RG: 23.01.1954-8615. Bundan sonra kısaca YSTK olarak anılacaktır.

⁴⁹ **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 176.

⁵⁰ **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 176; **Karlık**, Yabancı Sermaye Yatırımları, s. 127; **Bozdağhoğlu/Evimoğlu**, s. 42.

⁵¹ 1980 sonrası Türkiye'nin ekonomisinin dışa açılarak, ihracatı teşvik eden serbest politikaların uygulanması, 24 Ocak tarihli 8/168 Sayılı "Yabancı Sermaye Çerçeve Kararname" (YSÇK) ve bu Kararname ile doğrudan Başbakanlığa bağlı olarak kurulan

4875 sayılı DYYK kabul edilerek 6224 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmıştır.

c. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

Doğrudan yatırımlara ilişkin temel yasa olarak tasarlanan 4875 sayılı DYYK ile Türkiye'ye girişi bir türlü yeterli yoğunlukta sağlanamayan yabancı yatırımların özendirilmesi⁵² amaçlanmıştır (m.1). Bu amacın gerçekleştirilmesi için de yabancı yatırımcı haklarının güvence altına alınması ve bürokrasiyi ağırlaştırılan *izin sisteminin*⁵³ kaldırılarak yerine *bildirim sisteminin*⁵⁴ getirilmesi yoluna gidilmiştir⁵⁵. Ancak doğrudan yatırımlar için

Yabancı Sermaye Dairesi'nin, Maliye, Ticaret, Sanayi ve Teknoloji Bakanlıkları ve Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) tarafından verilen hizmetleri bünyesinde toplayarak, tüm yabancı yatırımcılara karşı tam yetki ile hizmet vererek bürokrasiyi azaltması, doğrudan yabancı yatırım girişlerini oldukça hızlandırırken, faaliyet gösteren yabancı sermayeli firmaların sayısının da büyük ölçüde artmasına neden olmuştur; **Yılmaz**, Cengiz: "Türkiye'de Yabancı Sermaye ve Kârlılık", Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan, Ankara, 1991, s. 476.

⁵² 4875 sayılı Kanun kabul edildikten sonra genel olarak Türkiye'de yabancı yatırımlarda artış meydana gelmiştir; <http://herdem.av.tr/tr/dorudan-yabanc-yatirmlar-ve-trkiye/> Herdem Hukuk Bürosu, İstanbul, Erişim 03.02.2018.

⁵³ Yürürlükten kaldırılmış olan 95/6990 Sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı (RG: 23.7.1995-22352) ışığında, Türkiye'ye sermaye getirilmesi ile ilgili izin, tescil, yatırım olanaklarından yararlandırma ve Karar'da belirtilen bütün işlemleri Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü yürütmekteydi. Bahsettiğimiz Kararın madde 3'üne göre, Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğüne verilen izinlerin kapsadığı esaslardan bazıları şunlar idi: a) Yurt dışında yerleşik kişi ve kuruluşların Türkiye'de yatırım yapmak ve/veya ticari faaliyette bulunmak amacıyla şirket kurma, ortaklığa katılma, şube ve irtibat bürosu açma müracaatları; b) Mevcut yabancı sermayeli şirketlerin; yeni yatırım, kapasite artışı, tasfiye ve birleşme, iştirak izinleri ve iştirak nispeti değişiklikleri ile mevzuatlarında belirtilen süre, miktar, ihracat taahhüdü, faaliyet alanı, değer, hisse nispeti gibi hususlara ilişkin değişiklik yapmak; c) Şirket kuruluşu, ortaklığa katılma ve şube açma durumlarında, yurt dışında yerleşik her biri kişi veya kuruluşun asgari 50.000 ABD Doları tutarında yabancı sermaye getirmeleri gerekmekteydi...

⁵⁴ Kanunun getirdiği bu yenilik bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Şöyle ki: "Kanun Tasarısı'nın getirdiği radikal değişiklik, Anayasa'da tanınan temel hakların kullanılmasında, yabancıların durumunun dikkate alınması ilkesini göz ardı eden bir düzenlemedir. Bunun dışında, izin sisteminin kaldırılması, yabancı yatırımlar konusunda idarenin bir planlama yapabilme olanağını da önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Ülke ekonomisi için yararlı olmadığı düşünülen bir doğrudan yabancı yatırımcıyı "izin vermeme" yoluyla engelleme olanağı bulunmamaktadır". **Dikmen**, Ahmet Alpay/**Karahanoğulları**, Onur: "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirme", http://www.bilkent.edu.tr/~yeldanbs/Yazilar_Uye/DikmenKara.html; Gökyayla Demir ve Süral ise, bu eleştirilerin doğruluk payının bulunması yanı sıra, bunun bir siyasi ve ekonomik tercih olduğunu belirtmektedirler. Yabancıların yatırım yapmalarına izin

izin alma zorunluluğun kalkmış olması, idarenin bu yatırımlarla hiç ilgilenmediği anlamına da gelmemektedir. Hazine Müsteşarlığının doğrudan yabancı yatırımlar konusunda politika belirleme yetki ve görevinin olduğu önemle belirtilmelidir. Hatta Müsteşarlık bu konuda istatistik amaçlı bir bilgi isteme sistemi kurma ve geliştirme yetkisine sahiptir (m.4). Yabancı yatırımcının da yatırımı ile ilgili istatistik bilgileri Müsteşarlığa vermesi zorunludur (m.4).

Sonuç itibarıyla, 4875 sayılı DYYK ile esas olarak Türkiye'nin uluslararası yatırımlara yönelik eşitlikçi ve liberal yaklaşımı yansıtılmakta ve Kanuna, "yatırımcıya açık ve anlaşılır mesajlar veren" ve yatırımcının değişik mevzuatlar gereği sahip olduğu haklar ve tabii olduğu yükümlülükleri gösteren *yasal bir rehber* niteliği kazandırılmaktadır⁵⁶.

d. Kanunda Yer Alan Esaslar

aa. Yabancı Yatırım ve Yabancı Yatırımcı Kavramı

aaa. Yabancı Yatırım

4875 sayılı DYYK, doğrudan yabancı yatırımın yurt içinden veya yurt dışından temin edebilmesini öngörmektedir. *Yurt dışından* yapılan yatırım Türkiye Merkez Bankasında değiştirilebilir döviz, şirket menkul kıymetleri, makine ve teçhizat ve sınai veya fikri mülkiyet hakları olabilir (m.2/b (1)). Yeniden yatırımlarda kullanılan kâr, hasılat, para alacağı, yatırım ile ilgili mali değeri olan diğer haklar ile doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar ise *yurt içinden* yapılan yatırım olarak kabul edilmektedir (m.2/b (2)).

verme yetkisinden vazgeçilmesi yoluyla yabancı yatırımlar bürokratik işlemlerden kurtarılmıştır. Amaç, bu sayede daha çok yabancı yatırımcıyı Türkiye'ye çekmektir. Bu da ülke ekonomisinin kalkınması bakımından siyasi ve ekonomik bir tercihtir. Yabancı yatırımların ülke ekonomisine katkıları düşünüldüğünde bu yönde bir tercih yapılmasının, katı bir denetim ve izin sistemine göre daha da ülke lehine olduğunu belirtmekte yarar vardır; **Demir Gökyayla**, Cemile/ **Süral**, Ceyda, "4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2004, s. 139.

⁵⁵ **Tekinalp**, s.150; **Çelikel/ (Öztekin) Gelgel**, s. 180; **Çelikel, Aysel**, "Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler", Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, MHB, 423, S. 1-2, 2003, s. 165; **Kılıçkaya**, A. Hayati, "Yabancı Sermaye Yatırımı ile Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Edinimlerindeki Mevzuat Değişiklikleri", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Eylül, 2003, s. 11; **Kumkale**, Rüknettin: Yabancı Sermayeli Şirketler, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 17.

⁵⁶ **Kumkale**, s. 22.

Görüldüğü üzere, eski mevzuatta⁵⁷ çoğu mevcut olan yatırım imkânları daha açık bir sınıflandırmaya tabi tutulmuş ve bunlara yurt içindeki para alacakları da eklenerek daha da zenginleştirilmiştir. Böylece alacağın temlikinin yabancı sermayenin kaynağı olmasında ilk adım atılmıştır⁵⁸.

bbb. Yabancı Yatırımcı

4875 sayılı DYYK'nın getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden biri de, *yabancı yatırımcı* kavramının genişletilmesidir. Nitekim Kanun'un madde 2/a'ya göre, yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler⁵⁹ ve uluslararası kuruluşların yanı sıra, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları da *yabancı yatırımcı* olarak nitelendirilecektir.

O halde 4875 sayılı DYYK'da yatırımcıya ilişkin iki yenilik söz konusu olmaktadır. Birincisi, yabancı ülkede ikamet eden Türk vatandaşlarına da yatırım imkânının tanınmış olması (m. 2/1)⁶⁰, ikincisi ise uluslararası kuruluşların da aynı hakka sahip olabilmesidir (m.2/2).

Doktrinde Türk vatandaşlarına ilişkin düzenlemenin yerinde olduğu vurgulanırken⁶¹, ne tür uluslararası kuruluşların bu haktan yararlanacağına açık olmadığına da dikkat çekilmektedir⁶².

Ancak yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları, Yönetmeliğin 10. maddesine göre, yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeledikleri takdirde, Kanunun uygulanması bakımından *yabancı yatırımcı* sayılacaklardır.

bb. İzin Alma Zorunluluğunun Kaldırılması

Daha önceki yabancı sermayeyi teşvik mevzuatından farklı olarak, bildirim sisteminin getirilmesi sonucunda, aynen Türkiye'de Türklerin kurduğu şirketler gibi yabancıların Türkiye'de Türk kanunlarına göre kurdukları şirketler de izin alınmaksızın yatırım faaliyetinde bulunabilmektedir (m.3/a (1)).

⁵⁷ Bkz. mülga 6224 sayılı YSTK madde 2.

⁵⁸ **Tekinalp**, s. 151.

⁵⁹ Burada kanun her ne kadar tüzel kişiler tabirini kullanmış ise de bunun ticari ortaklıklar olarak algılanması yerinde olacaktır. Zira dernek ve vakıfların niteliği gereği yatırım faaliyetine girişmeleri söz konusu değildir; **Özel**, s. 603.

⁶⁰ Mülga yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarının yatırımları yabancı sermaye kapsamına alınmamıştı; bkz. 1995 Tarihli 95/6990 Sayılı Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı, m.2/b. (RG: 23.7.1995-22352).

⁶¹ **Çelikel/(Öztekin) Gelgel**, s. 180.

⁶² **Tekinalp**, s. 152.

Ayrıca, Tekinalp'ın konu ile ilgili tespitini de yerinde bulmaktayız. Yazara göre, yabancı sermayeyi yoğun bir şekilde Türkiye'ye getirmek isteyen yeni sistemin mantığı doğrudur. Zira Türk kanunlarına göre Türkiye'de kurulan bir şirket zaten Türk şirkettir ve diğer Türk şirketlerinden farklı bir işleme tabi tutulmamalıdır. Yabancı şirketin şube açması halinde ise, eskiden olduğu gibi, Türk şirketlerinin kuruluş esasları uygulanacaktır. Bu noktada bir fark söz konusu değildir. Tek ve önemli fark, ayrıca izin alınmasının gerekmemesidir⁶³.

cc. Yatırım Serbestisi ve Eşit Muamele

4875 sayılı DYYK madde 3/1 uyarınca, yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yatırım yapılması serbesttir. Bu esas, 4875 sayılı Kanunu, mülga 1954 tarihli YSTK'dan ayıran en önemli kurallardan biridir. Önceki Yasanın⁶⁴ aradığı şartların oluşup oluşmadığının incelenmesi ve buna göre karar verilmesi esasını ortadan kaldırarak izin ve onay sisteminden bilgilendirme sistemine geçilmesi ile yabancı yatırımcıların önü açılmak istenmiştir⁶⁵.

Nitekim 4875 sayılı DYYK'nun 3/2. maddesinde doğrudan yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla eşit muamele⁶⁶ göreceği, Kanunda net bir şekilde ifade edilmiştir.

dd. Transfer Serbestisi

Yabancı yatırımcıların Türkiye'deki faaliyetlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalardan doğan alacakları, dış kredi, anapara, faiz ödemeleri bankalar ve

⁶³ Tekinalp, s. 153.

⁶⁴ Çalışmamızda *kanun* kavramı yanı sıra *yasa* kavramına da yer verilmiştir.

⁶⁵ Çelikel, s. 167.

⁶⁶ Ancak bu esasa ilişkin de doktrinde eleştiri yapılmıştır. Dikmen ve Karahanoğulları'na göre, "yabancı yatırımcılara, uyruğu oldukları ülkelerde, Türk girişimcilere aynı hakkın tanınmış olmadığına bakılmaksızın, Türkiye'de yatırım serbestisi tanınmaktadır. Bu durum karşılıklılık ilkesine aykırıdır". Dikmen/Karahanoğulları, http://www.bilkent.edu.tr/~yeldanbs/Yazilar_Uye/DikmenKara.html, Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, doğrudan yabancı yatırımlar alanında karşılılık esasını aranmamıştır. Bu bir siyasi ve ekonomik tercihtir. Ekonomileri yabancı yatırımlara gereksinim duyan ülkeler aralarında yabancı yatırımcıyı kendi ülkesine çekmek için rekabet ettiklerinden, karşılıklılık ilkesinin aranması Kanun'un amacıyla bağdaşmaz; Demir Gökyayla/Süral, s. 140. Ayrıca, Türk yabancılar hukukunda, her hak karşılıklı muamele esasına dayanmaz. Karşılıklılık ilkesi açıkça kabul edilmediği alanlarda uygulanmaz; Çelikel/Öztekin) Gelgel, s. 61.

özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir (m. 3/c).

Böyle bir garanti eski mevzuatta da vardı⁶⁷, ancak yeni metin ile bankalar yanında özel finans kurumlarına da transfer yetkisi verilerek, bu bakımdan doğrudan yabancı yatırımcıya kolaylık sağlanmıştır.

ee. Taşınmaz Edinme

4875 sayılı DYYK, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin *Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde* taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmelerine imkân tanımış idi (3/d), ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesi Kararı⁶⁸ ile iptal edilmiştir.

Nitekim yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinimleri⁶⁹ 2644 sayılı 1934 tarihli Tapu Kanunu⁷⁰ ile düzenlenmiştir.

Bahsi geçen Kanun’da 2012 yılında 6302 sayılı Kanun⁷¹ ile yapılan son değişiklik ile yabancı gerçek ve tüzel kişiler ile yabancı sermayeli şirketlerin Türkiye’de taşınmaz edinme hakları düzenlenmiştir. Söz konusu yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi olunca, Kanunun 35/1. maddesine göre: “1) Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu⁷²

⁶⁷ Bkz. mülga 6224 sayılı YSTK (m. 4).

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, 11.03.2008 tarihli ve E: 2003/71, K: 2008/79 sayılı Kararı; RG: 16.04.2008-26849. “... Dava konusu yasa kuralıyla yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynı hak edinmeleri serbesttir denilmiştir. Hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynı hak edinme olanağı tanınmaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır; ...”d” bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE” hükmedilmiştir.

⁶⁹ Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Eksi**, Nuray: Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2012.

⁷⁰ RG: 29.12.1934-2892.

⁷¹ RG: 18.05.2012-28296.

⁷² 2 Temmuz 2018 tarihli ve 698 sayılı KHK’nın 9 uncu maddesiyle, bu fıkra da yer alan “Bakanlar Kurulu” ibareleri “Cumhurbaşkanı” şeklinde değiştirilmiştir; RG: 04.07.2018 -30468.

tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu⁷³ kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

Kanun hükmünden de görüldüğü üzere, 6302 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte, Lozan Antlaşmasından Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar olan süreçte, yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinimi bakımından, esas olan *karşılıklılık* esasından vazgeçilmiş⁷⁴ ve konu ile ilgili Cumhurbaşkanına, ülke menfaatlerini dikkate alarak, taşınmaz edinme hakkı tanınacak ülke vatandaşlarını⁷⁵ tespit etme⁷⁶ yetkisi verilmiştir.

Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimi Kanun’un madde 35/1 hükmü ile kanuni sınırlamalara tabi tutulmuş ve fakat Cumhurbaşkanı kararı ile bu miktar, iki katına kadar artırılabilmesiyle birlikte, hangi hallerde 30 hektarın 60 hektara çıkarılabileceği belirtilmemiştir⁷⁷.

Doğan’a göre, yabancı gerçek kişilerin ülkede taşınmaz edinebilmesi bakımından Kanun ile esnek bir düzenleme getirilmiş, zira yabancıların ülke menfaatleri doğrultusunda Türkiye’de taşınmaz mal edinimi kısmen veya tamamen durdurulabilecek, sınırlandırılacak ya da yasaklanabilecektir. Bu şekilde esnek düzenlemenin kabul edilmesi ise, uluslararası alanda meydana gelebilecek değişikliklerin nazara alınabilmesine imkân sağlayabilecektir⁷⁸.

Yabancı gerçek kişiler dışında, Tapu Kanunu ile yabancı tüzel kişilere de Türkiye’de taşınmaz edinme hakkı tanınmıştır (m.35/2). Hükme göre: 2) *Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilemez. Bu ticaret*

⁷³ Bkz. dip.71.

⁷⁴ **Doğan**, Vahit: Türk Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 261.

⁷⁵ Türkiye’de hangi ülke vatandaşlarına taşınmaz edinme hakkının tanındığına ilişkin bilgi için bkz. **Doğan**, s. 263-264, dip. 236 ve 237.

⁷⁶ Çelikel/Öztekin Gelgel’e göre, yeni düzenlemede *örtülü karşılıklılıktan* bahsetmek mümkündür; **Çeliken/Öztekin Gelgel**, s. 255.

⁷⁷ **Ekşi**, s. 127.

⁷⁸ **Doğan**, s. 264.

şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz...". Hükümden anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, yalnızca yabancı ticaret şirketlerine özel kanunlar⁷⁹ kapsamında Türkiye'de taşınmaz edinme ve sınırlı aynî hak tesis edilmesine hak tanımıştır. Bu da demek oluyor ki, tüzel kişiliğe sahip yabancı dernekler ile yabancı vakıfların Türkiye'de taşınmaz edinimi söz konusu değildir.

Bu bağlamda belirtilmeli ki, 2003 tarihli 4916 sayılı Kanun'un⁸⁰ kabulünden önce, yabancı tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinimine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildi.

Doğan'a göre, Tapu Kanunu madde 35/2 hükmünün uygulanması bakımından üzerinde durulması gereken bir husus var; acaba yabancı ticaret şirketleri yatırım amacı dışında Türkiye'de taşınmaz mal edinebilirler mi? Yazara göre, yabancı ticaret şirketlerine bu hakkın tanınmasının temel gerekçesi, yabancı sermayeyi ülkeye çekmek ve yabancı sermayeye gerekli kolaylıkları sağlamaktır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, yabancı ticaret şirketlerine taşınmaz mal edinme hakkının tanınmasının, yatırım amacına yönelik olması gerektiği yönündedir.⁸¹

Kanun'un 36/1.maddesinde ise, yabancı sermayeli şirketlerin Türkiye'de taşınmaz edinimi düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre: *"29.05.2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamındaki kişiler hariç olmak üzere, yabancı uyruklu gerçek kişilerin, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve uluslararası kuruluşların yüzde elli veya daha fazla oranda hissesine sahip oldukları veya yönetim hakkını haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip oldukları Türkiye'de kurulu tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilir ve kullanabilirler..."*

Birinci fıkrada belirtilen şirketlerin Türkiye'de kurulu başka bir şirkete doğrudan veya dolaylı olarak ortak olması durumunda, yabancı yatırımcının ortak olunan şirketteki nihai ortaklık oranının yüzde elli veya daha fazla olması halinde; yabancı yatırımcıların, taşınmaz maliki yerli sermayeli şirketlerin hisselerinin yüzde elli veya daha fazlasını doğrudan veya dolaylı

⁷⁹ Bu kanunlardan bazıları, 6491 sayılı ve 2013 tarihli Türk Petrol Kanunu (RG: 11.06.2013-28674); 4737 sayılı ve 2002 tarihli Endüstri Bölgeleri Kanunu (09.01.2002-24645); 2634 sayılı ve 1982 tarihli Turizmi Teşvik Kanunu (16.03.1982-17635) vb.

⁸⁰ RG: 19.07.2003-25173.

⁸¹ Doğan, s. 293.

olarak edinmesi ve taşınmaz maliki mevcut yabancı sermayeli şirketlerde yabancı yatırımcıların ortaklık oranının hisse devri sonucunda yüzde elli veya daha fazlasına ulaşması durumunda da aynı esaslar geçerlidir (m.36/2).

Yukarıda belirtilmiş hükümlere göre, yabancı sermaye mevzuatı kapsamında Türkiye’de kurulacak veya iştirak edilecek Türk tabiiyetindeki ticaret şirketleri, ana sözleşmelerinde belirtilmiş olan faaliyet konuları ile sınırlı olmak üzere, Türkiye’de taşınmaz mallar üzerinde mülkiyet ve sınırlı aynî hak edinebileceklerdir.

Bununla birlikte, 4875 sayılı Kanun ile “yabancı yatırımcı” kapsamına alınan yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları ile yetkili makamlardan izin alarak Türk vatandaşlığından çıkan kişiler için (Mavi Kartlılar) Tapu Kanunu’nda öngörülen sınırlamalar uygulanmayacaktır. Zira bahsi geçen kişilerin, kurdukları veya Kanunda tespit edilen oranda iştirak etmiş oldukları şirketler, taşınmaz mal edinirken, öngörülen sınırlamalara tabi tutulmayacaklardır⁸².

Nitekim Tapu Kanunu’nun 36. maddesinin 1 ve 2. fıkraları kapsamı dışında kalan yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz edinmesi ile ilgili bahsi geçen Kanun’da şu hükme yer verilmiştir: “yerli sermayeli şirketlerin tabi olduğu hükümler çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinebilir ve kullanabilirler (m.36/4). Hükümden de anlaşıldığı üzere, yabancıların sahip oldukları hisse miktarının yüzde ellinin altında olduğu Türkiye’de kurulu ve tüzel kişiliğe sahip şirketler, yerli veya başka bir ifadeyle, Türk sermayeli şirketler gibi taşınmaz mal ve sınırlı aynî hak edinebilecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Tapu Kanunu’nun 36.maddesinin 8.fıkra-sına istinaden 2012 yılında Tapu Kanunu’nun 36.maddesi Kapsamındaki Şirketlerin ve İştiraklerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik⁸³ çıkarılmıştır. Yönetmeliğin amacı ise madde 1/1’de şu şekilde ifade edilmiştir: “Bu Yönetmeliğin amacı, 2644 sayılı Tapu Kanununun 36. maddesi kapsamında yer alan şirketlerin ve bu şirketlerin Türkiye’deki iştiraklerinin, Türkiye’de taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinimine ve kullanımına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir”.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinimine ilişkin bazı yasal düzenlemeler ile sınırlama getirilmiştir. Bunlardan en önemlileri ise 1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve

⁸² Doğan, s. 311-312.

⁸³ RG: 16.08.2012-28386.

Güvenlik Bölgeleri Kanunu⁸⁴ ile 1927 tarihli ve 1062 sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunu'dur⁸⁵.

ff. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümü⁸⁶ ile ilgili hüküm 4875 sayılı DYYK'nın madde 3/(e)'de yer almıştır. Hükme göre; “*Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan yatırım uyuşmazlıkların çözümlenmesi için, görevli ve yetkili mahkemelerin yanında, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim veya diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.*

Hükümden de anlaşıldığı üzere, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından ulusal mahkemelerin yanında milli ve milletlerarası tahkime⁸⁷ de başvurulabileceği öngörülmüştür ve tarafların bu konuda anlaşması yeterlidir.

Yargı, kural olarak, devlete ait bir fonksiyondur. Yargı fonksiyonunu üstlenen devlet, bu görevini kurduğu mahkemeler aracılığı ile yerine getirmektedir. Ancak özel hukuka ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde bazı hallerde, bu uyuşmazlığın mahkemeler yerine tahkim yolu ile hakemler tarafından çözümüne izin verilmektedir⁸⁸.

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesi, tarafların bu yolu tercih etmiş olmaları şartına bağlıdır. Bu sebeple, tarafların bu husustaki iradelerini

⁸⁴ RG: 22.12.1981-17552.

⁸⁵ RG: 15.06.1927-608.

⁸⁶ “Doğrudan yabancı yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde yargı yetkisi ve uygulanacak hukuk konusunda Türk hukuk sisteminde bazı engeller ve adaletin sağlanmasındaki gecikmeler, yabancı yatırımcıların Türkiye’ye yatırım yapmakta isteksiz olmalarının önemli nedenlerinden biri olarak gösterilmektedir. Hukuk ve yargı sisteminin hakkın elde edilmesinde tereddüt doğurmaması için reform çalışmaları kapsamında, yeni yasal düzenlemelerin kabulü yoluna gidilmiştir”; **Çelikel**, s. 170.

⁸⁷ Ataman Figanmeşe’ye göre, her ne kadar doktrinde yazarların çoğu, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bakımından ICSID Tahkim Merkezi’ni adres olarak gösterebilir de, bununla birlikte, günümüzde yatırım uyuşmazlıklarının kayda değer bir kısmının da milletlerarası ticari tahkimlerde (ad hoc ve daimi tahkim merkezleri) görüldüğü bir gerçektir; **Ataman Figanmeşe**, İnci: “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 31, Issue: 1, s. 97.

⁸⁸ **Pekantez**, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 579.

açıklamış olmaları tahkim şartı veya sözleşmesi yapmış olmalarına bağlıdır. Tahkim şartının geçerli olabilmesi için tarafların, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi gerektiği yolundaki iradelerini tahkim şartında açık bir şekilde ifade etmiş olmaları gerekir. Bu sebeple uyuşmazlığın tahkim yolu ile mi yoksa devlet yargısında mı çözüleceği hususunda tereddüt uyandıran, ya da her ikisini birden yetkili kılan tahkim şartı veya sözleşmeleri, bu husustaki taraf iradesi açık ve kesin olmadığı için geçersiz sayılacaktır⁸⁹.

Türk hukukunda yabancı unsurlu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü detaylı bir şekilde 2001 tarihli 4686 sayılı “Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda (MTK)⁹⁰ düzenlenmiştir. Konumuz açısından söz konusu Kanunun ilgili hükümlerine değinmekte yarar vardır.

Kanunun 1’inci maddesine göre: “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır*”.

Bununla birlikte 4686 sayılı Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıkların söz konusu olduğu hallerde uygulanmayacaktır (m.1/3).

Anayasanın 125.maddesinde yapılan değişiklikten sonra, 2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun⁹¹ kabul edilmiştir. Kanun ile yabancılık unsuru taşıyan imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenebileceği hüküm altına alınmıştır (m.3).

Ancak 4501 sayılı Kanun kapsamındaki tahkimlerin de daha sonra çıkarılan 4686 sayılı MTK’ya göre yürütüleceği kabul edilmiştir. 4686 sayılı Kanun uyarınca, *yabancılık unsurunun* bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanuna tabi kılınmıştır (4686 sayılı MTK m.1/4).

⁸⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 579; **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri (İnşaat Sözleşmeleri), DEÜ Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 73, İzmir, 1996, s. 155-156; **Yılmaz**, İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta, İstanbul, 2004, s. 56-57; **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim (Tahkim), 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 95 vd.

⁹⁰ RG: 05.07.2001-24453. Bundan sonra kısaca 4686 sayılı MTK olarak anılacaktır.

⁹¹ RG: 22.01.2000-23941.

4686 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yabancılık unsurunu taşıyan haller⁹² belirtilmiş ve bu hallerden herhangi birinin mevcudiyeti söz konusu olduğunda tahkimin milletlerarası niteliğini kazanacağı vurgulanmıştır. Konumuz açısından bahsi geçen maddenin 3. fıkrası önem taşımaktadır. Hükme göre: "Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına⁹³ göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması" halinde uyuşmazlık, 4686 sayılı MTK kapsamında olacaktır (m. 2/3).

Dolayısıyla, yabancı yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesi bakımından taraflar, şartları sağlamak kaydıyla, görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra milletlerarası tahkime de gidebilmektedir.

Ayrıca, yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili olarak, Türkiye⁹⁴ ve Kazakistan'ın⁹⁵ taraf olduğu 1965 tarihli Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme (*International Center for the Settlement of Investment Disputes-ICSID*)⁹⁶ ile Sözleşme kapsamındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için merkezi *Washington*'da bulunan uluslararası bir Merkez kurulmuştur. İleride ICSID tahkimi ile ilgili bilgi verileceğinden burada üzerinde durulmayacaktır.

⁹² Söz konusu haller ise şunlardır: "1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. 2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin: a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması. 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi". (4686 sayılı Kanun, m. 2).

⁹³ Mevzuatta, 6224 sayılı mülga YSTK'ya yapılan atıflar, DYYK'nın ilgili hükümlerine yapılmış sayılır (4875 sayılı DYYK, m.5/c).

⁹⁴ RG: 6.12.1988-20011.

⁹⁵ Закон Республики Казахстан от 26.07.1992 "О Членстве Республики Казахстан в Многостороннем Агентстве по Гарантиям Инвестиций (MIGA) и Международном Центре по Урегулированию Инвестиционных Споров (ICSID), Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, (Vedomosti Verhovnogo Soveta Respubliki Kazahstan) 1992, No:13-14, ст. 311.

⁹⁶ Sözleşme metni için bkz: (RG: 6.12.1988-20011); Bundan sonra kısaca ICSID Sözleşmesi olarak anılacaktır.

gg. Nakit Dışı Sermayenin Değer Tespiti

Nakit dışındaki sermayenin değer tespiti, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılır (4875 sayılı DYYK, m.3/f). Buna göre: “*Yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşların değerlendirmeleri esas alınır*”.

Bu hükümlerle 6224 sayılı YSTK’nın yürürlükte olduğu dönemde var olan önemli sıkıntılardan bir tanesi aşılmış bulunmaktadır, zira eski mevzuat döneminde nakit dışı sermayenin değer tespiti, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı bünyesinde görevli eksperler tarafından yapılmaktaydı (YSTK, m.2/b). Bu uygulama uzun ve zahmetli bir takım bürokratik engellerin aşılmasını gerektirmekteydi ve doğal olarak, yabancı yatırımcılar açısından cazip bir durum değildi⁹⁷.

Böylece, 4875 sayılı DYYK’nın madde 3/f hükmü ile nakit dışı sermayenin değer tespitine ilişkin yeniliğin getirilmesi, yabancı yatırımcı bakımından olumlu bir değişiklik olarak nitelendirilebilmektedir.

hh. Yabancı Personel İstihdamı

6735 sayılı ve 2016 tarihli Uluslararası İşgücü Kanunu’nun⁹⁸ madde 25/2(b)’de, “*4875 sayılı DYYK kapsamındaki yabancı sermayeli şirket ve kuruluşlarda çalışma izni verilecek personelin tanımı ile çalışma izinlerine ilişkin özel nitelikteki diğer usul ve esaslar*”, Ekonomi Bakanlığı⁹⁹ ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı¹⁰⁰ müştereken çıkarılacak olan yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmış ve henüz bahsi geçen yönetmelik çıkarılmamıştır¹⁰¹.

⁹⁷ Demir Gökyayla/Süral, s. 150.

⁹⁸ RG: 13.08.2016-29800. Bundan sonra kısaca 6735 sayılı UİK olarak anılacaktır.

⁹⁹ Bakanlığın adı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile birleştirildikten sonra, Ticaret Bakanlığı olarak değiştirilmiştir; bkz. Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında 703 sayılı KHK; RG: 09.07.2018-30473.

¹⁰⁰ Bakanlığın adı Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı olarak değiştirilmiştir; “Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi; Kararname Numarası, 15, madde 1(a), RG: 04.08.2018-30499. 6735 sayılı UİK’in madde 25/2(a) hükmü doğrultusunda Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Ekonomi Bakanlığınca “Serbest Bölgelerde Çalışacak Yabancıların Çalışma İzinlerine Dair Yönetmelik” 27 Mayıs 2017 tarihinde Resmi gazetede yayımlanmıştır; RG: 27.05.2017-30078.

¹⁰¹ 6735 sayılı UİK çıkmadan önce, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda ve iribat bürolarında istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personel ile ilgili usul ve

Kanaatimizce, 4875 sayılı Kanun kapsamında istihdam edilecek personele çalışma izninin verilmesi, diğer yabancılara nazaran, kolaylaştırılmış usule tabi tutulmalı, zira bu yönde hazırlanmış olan bir düzenlemenin yabancı yatırımların teşviki bakımından etkili olabileceği görüşündeyiz.

2. Kazak Hukukunda

Kazak hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi, yatırımlara ilişkin mevzuatın temel kaynağını Kazakistan Cumhuriyeti'nin 1995 tarihli Anayasası¹⁰² teşkil etmektedir. Yatırımlara¹⁰³ ilişkin düzenlemeler ise esasen 375-V sayılı ve 29 Ekim 2015 tarihli Kazakistan Cumhuriyeti Girişimcilik Kanunu'nda¹⁰⁴ yer almaktadır.

Aşağıda Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası ile Girişimcilik Kanununda yer alan esaslara değinilecektir.

a. Anayasa

Yabancı yatırımları düzenleyen 2015 tarihli Girişimcilik Kanunu'nun madde 1'de, "*Kazakistan Cumhuriyeti'nde girişimcilik faaliyetine ilişkin mevzuatın yasal dayanağının Anayasa*" olduğu ifade edilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kazakistan Anayasası madde 4/3 ile milletlerarası sözleşmelere ülke kanunları karşısında üstünlük sağlamaktadır.

esaslar, 2003 tarihli Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik (DYYYUPİHY) (RG: 29.08.2003-25214) hükümlerine tabi tutulmuş idi (m.2). Ayrıca, özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek kilit personel dışında kalan yabancı uyruklu personel ile özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımların dışında kalan doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu her türlü personelin çalışma izinlerinde 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (RG: 06.03.2003-25040) ve Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği (RG: 29.008.2003-25214) hükümleri uygulanmakta idi (DYYYUPİHY m.2 (a.b)).

¹⁰² "Казахстанская Правда (Kazahstanskaya Pravda), 30.08.1995. Son değişiklikler 2011 yılında yapılmıştır. Kazahstanskaya Pravda, Vedomosti Parlamenta ve Vedomosti Verhovnogo Soveta Respubliki Kazahstan, Kazakistan Cumhuriyeti'nin kanun, Bakanlar Kurulu kararları ve yönetmelikler gibi, hukuk kaynaklarının yayınlandığı resmi gazete ve bültenlerdir.

¹⁰³ Kazakistan Cumhuriyeti'nde 2003 tarihinden itibaren yerli-yabancı yatırım ayrımı yapılmamaktadır. 2015 tarihli ve 375-V sayılı Girişimcilik Kanunu (madde 274), mülga 373-II sayılı ve 2003 tarihli "Yatırımlar Kanunu" (m. 1/3).

¹⁰⁴ Orijinal isim: "Предпринимательский Кодекс Республики Казахстан", Казахстанская Правда (Kazahstanskaya Pravda) от 03.11.2015 года, No:210(028086), Вedomosti Парламента (Vedomosti Parlamenta) ПК 2015, No:20-III, ст.112; Bundan sonra kısaca Girişimcilik Kanunu olarak anılacaktır.

Ayrıca, Kazak hukuk sisteminde de yabancılar bakımından, kural olarak, eşitlik sistemi kabul edilmiştir. Anayasa madde 14'e göre, "Herkes kanun ve mahkeme karşısında eşittir. Hiç kimse menşee, sosyal, mesleki ve mülk durumu, cinsiyet, ırk, milliyet, din, dil, görüşü, ikamet yeri ve başka gerekçelerle farklı muameleye tabi tutulamaz". Benzer hüküm Anayasa madde 12/4'te de yer almaktadır. Hükme göre, "Yabancılar ve vatandaşlığı olmayan kişiler (vatansızlar), Kazakistan Cumhuriyeti'nde buldukları süre içinde, kanunla veya uluslararası sözleşmeler ile aksi belirtilmediği sürece, Kazakistan Cumhuriyeti vatandaşları ile aynı hak ve yükümlülüklerle sahiptir". Hükme göre, Kazakistan Cumhuriyeti topraklarında sürekli veya geçici olarak kalan yabancılar ve vatansızların hak ve yükümlülükleri, Türk hukukunda olduğu gibi, uluslararası hukuk kuralları ve Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarına uygun bir şekilde bazı durumlarda sınırlandırılabilir.

Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası genel olarak temel haklardan herkesin, vatandaş-yabancı ayrımı gözetmeksizin yararlanması esasını kabul etmiş ve yabancıların yararlanamayacağı hakları düzenlerken, Türk hukukunda olduğu gibi, yalnız "Kazakistan Cumhuriyeti vatandaşları" terimini kullanmıştır (siyasi haklar gibi) (Anayasa, m. 33).

Anayasada çeşitli hak ve özgürlükler düzenlenirken, hakkın özüne dokunulmadan bazı sınırlamaların yapılabileceği de kabul edilmiştir. Kamu düzeni ve kamu güvenliği, kamu ahlakı gibi nedenlerle vatandaşlar açısından getirilen sınırlamalar, şüphesiz yabancılar için de söz konusu olacaktır (Anayasa, m.39).

Ayrıca, yabancı yatırımcılar açısından Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası'nın madde 26/4'ü önem taşımaktadır. Bu madde hükmüne göre: "Herkes dilediği alanda çalışma hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüs kurmak serbesttir. Tekel niteliğinde faaliyetler kanunla düzenlenmekte ve sınırlandırılmaktadır. Haksız rekabet yasaklanmaktadır".

Hükümden de anlaşıldığı üzere, Kazakistan'da yabancı yatırımcıların yatırım faaliyetinde bulunması bakımından anayasal bir engel bulunmamakta¹⁰⁵, zira herkes kavramı ile Anayasada vatandaş-yabancı ayrımı gözetilmemiştir.

Bununla birlikte, yukarıda da bahsedildiği üzere, Kazakistan'da yatırımlar 2015 tarihli Girişimcilik Kanunu ile düzenlenmektedir. Ancak ülkenin

¹⁰⁵ **Maulenov, K. S.:** Государственное Управление и Правовое Регулирование в Сфере Иностранных Инвестиций в Республике Казахстан (Gosudarstvennoye Upravleniye i Pravovoye Regulirovaniye v Sfere İnostrannih Investitsiy v Respublike Kazakhstan), Almatı, 2000, s. 78.

yabancı yatırım mevzuatının başlangıcı 1990 yılına uzandığından, aşağıda yatırım mevzuatının tarihçesine kısaca değinilecek ve akabinde Girişimcilik Kanunu'nda yer alan esaslara yer verilecektir.

b. Kazakistan'da Yatırım Mevzuatının Tarihçesi

Kazakistan Cumhuriyeti'nde yabancı yatırımları düzenleyen mevzuatın günümüze kadar beş önemli dönemden geçtiğini söylemek mümkündür¹⁰⁶. Şöyle ki:

Birinci dönem: Bu dönemde Kazakistan yatırım mevzuatının temelini oluşturan 383-XII sayılı ve 7 Aralık 1990 tarihli Kazak Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nin “Yabancı Yatırımlar Hakkında Kanun”u¹⁰⁷ kabul edilmiştir.

Kanunun amacı, yabancı sermayeye gerekli garantileri sağlayarak, yabancı yatırımların ülkeye akışını teşvik etmek olmuştur. Ayrıca bu Kanun ile Kazakistan ekonomisinin dışa açılması ile birlikte, küresel ekonomiye de entegrasyonunu sağlayacak koşulların oluşturulması hedeflenmişti.

Eksiklikleri olmasına rağmen, bu Kanun ile yabancı yatırımcılara ülkede ılımlı yatırım ortamının sağlanacağına yönelik sinyaller de verilmişti¹⁰⁸.

İkinci dönem: 1990 tarihli Kanun tam dört yıl kadar kısa bir süre yürürlükte kaldıktan sonra, 27 Aralık 1994 yılında kabul edilen 266-XIII sayılı Kazakistan Cumhuriyeti “Yabancı Yatırımlar Kanunu”¹⁰⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu Kanunun en önemli özelliği ise, Kazakistan'a doğrudan yabancı yatırımları teşvik edecek çerçeveyi belirlemesi olmuştur. Ayrıca, Kanun ile

¹⁰⁶ **Suleymenov, M. K.:** “Законодательство об инвестициях Республики Казахстан: 25 лет развития”, (Kazakistan Cumhuriyeti Yatırımlar Mevzuatı 25.yılında, “Yer altı kaynakları-Kazakistan Cumhuriyeti Ekonomisinin Temeli” başlıklı 28.04.2017 tarihli konferansında tebliği.

¹⁰⁷ Ведомости Верховного Совета Казахской ССР, 1990 г., No: 50, ст. 473 (Vedomosti Verhovnogo Soveta Respubliki Kazakhstan, 1990, No:50, st. 473).

¹⁰⁸ **Suleymenov, s. 2.**

¹⁰⁹ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан (Vedomosti Verhovnogo Soveta Respubliki Kazakhstan), 1994 г., N 23-24, ст. 280. Doğal zenginlikleriyle tüm dünyada ün salan Kazakistan'da, Sovyetler Birliği'nin 27 Aralık 1991 yılında dağılması ile birlikte, kısa süreli bir şok yaşanmış ve ülke ekonomisinin kalkındırılması için acilen yabancı yatırımlara ihtiyaç duyulmakta idi. Fakat öncelikle, şartlara uygun olarak yabancı yatırımlar ile ilgili yasal düzenlemenin hazırlanması gerekiyordu. Kazakistan Cumhuriyeti'nin ilk 1990 tarihli Yabancı Yatırımlar Hakkında Kanunu ise Sovyetler Birliği'nin dağılmasından bir sene önce çıkarılmıştı ve yeni gelişmelere uyum sağlamıyordu.

doğrudan yabancı yatırımların teşviki amacıyla çeşitli garantilerin sağlandığını da söylemek mümkün olacaktır.

Nitekim 1994 tarihli Kanun, öncelikle, yabancı yatırımcıların menfaatleri ile yabancı yatırımlar için en çok elverişli rejimin oluşturulmasını amaçlamaktaydı. Bu durum da yerli yatırımcı yanı sıra, devletin de menfaatlerini zedelemekte idi. Şöyle ki, “*ne pahayla olursa olsun yabancı sermaye yatırımları ülkeye çekilmeli*” prensibine uyularak, yabancı yatırımcılara birçok avantaj sağlanmaktaydı¹¹⁰.

Üçüncü Dönem: 1994 tarihli Yabancı Yatırımlar Kanunu’nu geliştirme ve etkinleştirme amacıyla 28 Şubat 1997 yılında kabul edilen Kazakistan Cumhuriyetinin Yabancı Yatırımlara Devlet Desteği Hakkında Kanunun¹¹¹ önemi büyük olmuştur. Bu Kanunun başlıca amaçlarını şu şekilde belirtmek mümkün olmaktadır: yeni teknoloji uygulamalarını teşvik etmek, teknik bilgi ve know-how alışverişi ile iç pazarda yüksek kaliteli tüketim malları ve hizmetlerin yerli üretimini özendirmek, ihracatı güçlendirmek, yeni iş yerleri oluşturmak, çevre şartlarını iyileştirmek vb.

Dördüncü dönem: 373-II sayılı ve 8 Ocak 2003 tarihli Yatırımlar Kanunu’nun¹¹² kabulü ile 1994 tarihli ile 1997 tarihli her iki Kanun da yürürlükten kaldırılmıştır. Dikkat edilirse, yeni 2003 tarihli Kanun’un isminde “*yabancı*” kavramı yer almamaktadır. Bunun nedeni ise, yeni Kanun ile artık yerli-yabancı yatırım ayrımı yapılmaksızın, her iki yatırımın da aynı hukuki rejime tabi kılınması olmuştur.

Yeni Yatırımlar Kanunu’nu kısaca özetleyecek olursak Kanun, yabancı yatırımcılara ulusal yaklaşım ve fark gözetilmemesi konularında garanti sağlamak ve Hükümet tarafından belirlenen öncelikli sektörlerde yatırım teşvikleri, gümrük vergi muafiyetleri ile yatırım vergi ayrıcalıkları içermekte ve bazı sektörlerdeki sınırlamalar haricinde, tüm diğer alanlarda yatırım yapılmasına izin vermektedir¹¹³.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, 2003 tarihli Yatırımlar Kanunu, yerli yatırımcının hukuki statüsünü yabancı yatırımcının eski yatırım mev-

¹¹⁰ Kazakistan Mevzuatı, TİKA, Ankara, 1996.

¹¹¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан (Vedomosti Parlamenta respubliki Kazahstan) 1997 г., № 4, ст. 50.

¹¹² “Казакстанская Правда (Kazakhstanskaya Pravda) No: 9-11(23948-23950)-11.01.2003.

¹¹³ Kazakistan Ülke Profili, Avrasya Dosyası, Ankara, 2004; s. 4; [http://www.katiad.kz](http://www.katiad.kz;); 17.02.2017.

zuatında öngörülen statüsüyle eşleştirmek yerine, yabancı yatırımcının hukuki statüsünü yerli yatırımcının hukuki statüsüyle eşleştirmektedir. Ancak böyle bir yaklaşımın ne yabancı ne de yerli yatırımcı için avantaj sağlamadığı aşikârdır, zira yabancı yatırımcının hukuki statüsünün kötüleştiği yanı sıra, yerli yatırımcının hukuki statüsünde ise herhangi bir olumlu değişiklik yapılmamıştır¹¹⁴.

Beşinci dönem: Son dönemin başlangıcını ise, 2015 tarihli Girişimcilik Kanunu'nun kabul edilmesi teşkil etmektedir. Bu Kanunun 1 Ocak 2016'da yürürlüğe girmesi ile 2003 tarihli Yatırımlar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yeni Girişimcilik Kanunu'nda da yerli-yabancı yatırımcı ayrımı yapılmaksızın, ülkedeki tüm girişimcilik faaliyetleri¹¹⁵ düzenlenmektedir.

Nitekim Girişimcilik Kanunu'nun yatırımları düzenleyen 25. Bölümünde mülga 2003 tarihli Kanunda yer alan esaslara aynen yer verilmiş ve 273 ile 296. maddeleri arasında yatırımların hukuki rejimi düzenlenmiştir.

c. 2015 tarihli Girişimcilik Kanunu

Aslında kısa bir süre geçmesine rağmen (13 yıl), Kazak kanun koyucu, yatırımları düzenleyen yeni Kanuna ihtiyaç duymuş ve 2015 yılında Girişimcilik Kanunu'nu kabul etmiştir.

Yatırımların teşvikine yönelik esaslara değinmeden önce, aşağıda Kanunda yer alan *yatırım* ve *yatırımcı* kavramlarına kısaca göz atmanın faydalı olacağı kanısındayız.

aa. Yatırım Kavramı

Girişimcilik Kanunu madde 274/1'e göre yatırım, mülga 2003 tarihli Kanunda olduğu gibi: *Yatırımcının (yerli-yabancı), sermaye olarak getirdiği tüm mülkiyet türleri (şahsi tüketim malları hariç) ile leasing anlaşması yapıldığı andan itibaren leasing araçları ve yetki haklarının yatırım olarak tüzel kişinin esas sermayesine yatırılan veya işletme faaliyeti için kullanılan kaydedilmiş aktiflerin arttırılması*¹¹⁶ olarak tanımlanmıştır.

¹¹⁴ **Suleymenov**, s. 5; **Moroz**, S. P.: Инвестиционное Право (Investitionnoe Pravo), Almatı, 2003 s. 46-47.

¹¹⁵ Kanaatimizce, kanun koyucu, ülkedeki tüm girişimcilik faaliyetlerini, yatırım faaliyetleri de dâhil olmak üzere, tek bir Yasanın çatısı altında toplamayı amaçlamıştır.

¹¹⁶ Mülga Yatırımlar Kanunu madde 1/1.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere kanun koyucu, *yatırım* kapsamına sınai ve fikri mülkiyet haklarını dâhil etmemiştir. Konu ile ilgili Moroz'un görüşünün isabetli olduğu kanaatindeyiz, zira sınai ve fikri mülkiyet haklarının da yatırım kapsamına alınması, yabancı yatırımların teşviki bakımından yerinde bir düzenleme olabilirdi¹¹⁷. Buna karşın, sınai ve fikri mülkiyet haklarının Türk hukukunda yabancı yatırım kapsamında değerlendirildiğini görmekteyiz (DYYK, m. 2/1).

bb. Yatırımcı Kavramı

Mülga 2003 tarihli Kanunda olduğu gibi kanun koyucu, Girişimcilik Kanunu ile de yatırımcı kavramını ayrıma tabi tutmuştur. Buna göre, Kanun'da *yatırımcı* kavramı yanı sıra, *büyük yatırımcı* kavramına da yer verilmiştir.

aaa. Yatırımcı

Girişimcilik Kanunu madde 274/2'de yatırımcı: "*Kazakistan Cumhuriyeti'ne yatırım yapan gerçek ve tüzel kişiler*" olarak tanımlanmıştır. Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, yerli-yabancı ayrımı gözetmeksizin, her iki yatırımcıyı da aynı statüye tabi tutmuştur.

bbb. Büyük Yatırımcı

Kanununun madde 274/4 uyarınca, büyük yatırımcı: "*Kazakistan Cumhuriyeti'nde en az aylık hesaplanan göstergenin¹¹⁸ iki milyon katı kadar yatırım yapan gerçek ve tüzel kişi*"dir¹¹⁹. Hükümden de anlaşıldığı üzere, Kazakistan'da büyük yatırımcı olarak faaliyette bulunmak için belli miktarda yatırım yapmak gerekmektedir. Bahsi geçen miktarın altında yatırımın söz konusu olduğu durumlarda, yalnızca *yatırımcıdan* bahsedilecektir.

¹¹⁷ **Moroz**, s. 48. Ayrıca, mülga 2003 tarihli Kanunda da sınai ve fikri mülkiyet hakları yatırımlar kapsamından çıkarılmış idi (m.1/1). Oysaki mülga 1994 tarihli "Yabancı Yatırımlar Kanunu"nda, "yatırım" tabiri sınai ve fikri mülkiyet haklarını da kapsamaktaydı ("Yabancı Yatırımlar Kanunu", m. 1/1).

¹¹⁸ Aylık hesaplanan gösterge her sene değişmektedir; 2019 yılı için bu gösterge 2.525 Tenge (Tenge-Kazakistan Cumhuriyeti para birimi) olarak belirtilmiştir (закон Республики Казахстан от 30 ноября 2018 года № 197-VI "О республиканском бюджете на 2019-2021 годы". Dolayısıyla, büyük yatırımcı olarak kabul edilen yatırımcının 2019 yılında en az 5.050.000 000 milyar Kazakistan Tengesi olarak yatırım yapması gerekmektedir (yaklaşık 13.350.000 milyon ABD Doları; 14 Şubat 2019 itibarıyla güncel döviz kuru: 1 ABD Doları-378,28 Tenge).

¹¹⁹ Mülga 2003 tarihli Kanun madde 1/17.

Burada oluşabilecek muhtemel sorulardan biri de: Kanunda *yatırımcı* ile *büyük yatırımcı* statüleri arasında her hangi bir farkın olup olmadığıdır? Aşağıda da görüleceği üzere, yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlığın taraflarından yatırımcı mı yoksa büyük yatırımcı mı olduğunun tespiti üzerine, bu iki yatırımcı arasında uyuşmazlığın çözümü bakımından ciddi bir farklılıktan söz etmek mümkün olabilmektedir.

cc. Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü

aaa. Yatırımcı Bakımından

Yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin hükümler Girişimcilik Kanunu'nun 296. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre:

1. Yatırım uyuşmazlığı, yatırımcı ile büyük yatırımcının ev sahibi ülke ile akdettikleri yatırım anlaşmasından doğan uyuşmazlıktır.
2. Yatırım uyuşmazlıkları, karşılıklı görüşmeler veya tarafların önceden belirlemiş olduğu prosedüre uyularak çözümlenmektedir.
3. Yatırım uyuşmazlıklarının, 296. maddenin 1. fıkrasına göre çözümü mümkün olmadığı durumlarda, uluslararası sözleşmeler ile Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarına uygun olarak, Kazakistan Cumhuriyeti mahkemeleri yanı sıra, tarafların anlaşması ile belirlenen tahkim¹²⁰ mahkemelerinde de çözüm yollarına başvurulabilir.
4. Yatırımla ilgili olmayan uyuşmazlıklar, Kazakistan Cumhuriyeti mevzuatına göre çözümlenmektedir.

¹²⁰ Burada belirtmek gerekir ki, Kazakistan'da yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili davalar, genellikle, tahkime götürülmektedir, zira taraflardan biri ev sahibi devlet olunca, yatırımcı tahkimi tercih etmektedir. Örneğin, Stockholm Ticaret Odası tahkim Enstitüsü'nde (SCC) açılan *CCL v. Republic of Kazakhstan* davası (Case 122/2001), imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanmış ve davacı CCL firması, haklarının, Kazakistan Devleti tarafından sınırlandırıldığını ve yatırımlarına el konulduğunu öne sürerek, tahkim şartına istinaden SCC Tahkim Merkezine başvurmuş ve fakat davayı kazanamamıştır; bkz. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0289_1.pdf Erişim 14.02.2019; ayrıca bkz. **Betaneli**, Ketevan: “Арбитражные Дела в Нефтегазовой Отрасли с Участием Казахстана” (Arbitrajnye Dela v Neftegazovoy Otrastli s Uchastiem Kazahstana), https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35883129#pos=6;-155 Erişim 14.02.2019; ya da SCC tahkim Merkezi'nde Kazakistan aleyhine sonuçlanan yine imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan benzer nitelikli *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Republic of Kazakhstan* (SCC Case V 116/2010) vb; bkz. **Betaneli**, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35883129#pos=6;-155 Erişim 14.02.2019.

Mülga 2003 tarihli Kanunda olduğu gibi, yeni Kanunda da uyumsuzluklar iki gruba ayrılmaktadır:

1. Yatırım uyumsuzlukları;
2. Yatırımla ilgili olmayan uyumsuzluklar.

Yatırım uyumsuzluklarının tanımı, yukarıda da belirtildiği üzere, Girişimcilik Kanunu'nun 296. maddesi 1. fıkrasında yer almaktadır. Madde metninde ikinci grup uyumsuzluklar, yani yatırımla ilgili olmayan uyumsuzluklar, açıklığa kavuşturulmamıştır¹²¹. Bu durumda Moroz'un tespiti doğrultusunda, yatırım uyumsuzluklarının tanımından yola çıkılırsa, bu tanımın dışında kalan uyumsuzlukların yatırımla ilgili olmayan uyumsuzluklar olarak değerlendirilebileceğini¹²² söyleyebiliriz.

bbb. Büyük Yatırımcı Bakımından

Yatırım faaliyetinden doğan uyumsuzluğun taraflarından biri büyük yatırımcı ise, uyumsuzluğun çözümü farklı bir usule tabi tutulmaktadır.

Konu ile ilgili Kazakistan Cumhuriyeti 377-V sayılı ve 2015 tarihli yeni Medeni Usul Kanunu¹²³ madde 28'de Yüksek Mahkemenin yetkisi düzenlenmiş ve maddenin ikinci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: “2) *Yüksek Mahkeme, büyük yatırımcının taraf olduğu yatırım uyumsuzluklarında ilk derece mahkemesi sıfatıyla görev yapmaktadır*”.

Hüküm uyarınca kanun koyucu, getirmiş olduğu yeni kuralla büyük yatırımcıya ayrıcalık¹²⁴ tanımıştır. Böyle bir hükmün getirilmesindeki amaç, kanaatimizce, yatırımlara ihtiyaç duyan Kazakistan'da güvenli yatırım ortamının sağlanmasının yanı sıra, ülkeye büyük çaptaki yatırımların akışını da sağlamaktır¹²⁵.

¹²¹ Mülga 2003 tarihli Kanunda da bu durum açıklığa kavuşturulmamış idi. Ancak mülga 1994 tarihli “Yabancı Yatırımlar Kanunu yatırımla ilgili olmayan uyumsuzluklara 27'nci maddenin 7. fıkrasında yer vererek, şöyle tanımlamaktaydı: “*Yabancı yatırımcı ile Kazakistan Cumhuriyeti gerçek, tüzel kişiler ve devlet kurumları arasında çıkan ve fakat yatırımla ilgili olmayan uyumsuzluklar*”.

¹²² **Moroz**, s. 46.

¹²³ Казахстанская правда (Kazahstanskaya Pravda), 03.11. 2015 г., № 210 -28086.

¹²⁴ Mülga 2003 tarihli Yatırımlar Kanunu 9.madde hükmünde yatırım uyumsuzluklarının çözümü bakımından, ayırım gözetilmeksizin aynı mekanizma öngörülmüş idi. Bu mekanizma, üst başlıkta belirtilmiş olan Girişimcilik Kanununun 296.maddesi 2 ve 3.fıkralarında yer alan kurallara tabi idi.

¹²⁵ Kazakistan Ulusal Bankası, Kazakistan'da 2016 yılında doğrudan yabancı yatırımların 20,6 milyar dolara ulaştığını, 2015'e kıyasla yüzde 40'luk artış görüldüğünü bildirdi; <http://www.memleket.com.tr/kazakistanda-dogrudan-yatirim-yuzde-40-artti-1094424h>

Ayrıca belirtmek gerekir ki, büyük yatırımcıların¹²⁶ taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının Yüksek Mahkemece çözüme kavuşturulması bakımından konu ile ilgili gerekli bilgi ve niteliklere sahip hâkim heyeti kurulmuştur. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme bünyesinde yatırım alanında uzmanlaşmış yerli ve yabancı hukukçu ve bilim adamlarından oluşan 12 kişilik Uluslararası Danışma Kurulu¹²⁷ da faaliyete başlamıştır¹²⁸.

Ayrıca, ülkede hem yatırımcı hem de büyük yatırımcıların menfaatleri iç hukuk kuralları yanı sıra, ileride bahsedileceği üzere, Kazakistan Devletinin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle de korunmaktadır.

dd. Girişimcilik Kanunu'nda Yer Alan Diğer Esaslar

Girişimcilik Kanunu'nun yatırımı düzenleyen maddelerinde aşağıdaki esaslar da yer almaktadır:

1. *Kazakistan Cumhuriyeti sınırlarında yatırımcı faaliyetinin hukuken korunmasının garantisi:* Yatırımcıların hakları ve menfaatleri *tam ve mutlak* olarak Anayasa, Girişimcilik Kanunu, Kazakistan Cumhuriyeti'nin diğer kanunları ve Kazakistan Cumhuriyeti'nin onayladığı uluslararası sözleşmelerle korunmaktadır (m. 276/1).

2. *Medeni hukuk kuralları uyarınca yatırımcının zararlarını tazmin hakkı:* Yatırımcılar, Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarına aykırı olarak devlet kurumları tarafından alınan kararlar veya bu kurum yetkililerinin kanuna aykırı eylemleri (veya kayıtsız kalmaları) sonucunda oluşacak zararlar bakımından Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarına göre tazmin hakkına sahiptir (m. 276/2).

3. *Yatırımcıya gelir kullanma garantisi:* Yatırımcılar, Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarına göre vergi ve bütçeye ilişkin ödemeler ile diğer gerekli

Erişim tarihi 24.11.2017. Ayrıca, 2017 yılının ilk üç ayında da ülkeye yapılan yabancı yatırımlarda artış kaydedilmiştir; <http://rfcaratings.kz/6579> Erişim 27.11. 2017.

¹²⁶ Kanaatimizce, büyük yatırımcı bakımından Kanunda belirtilmiş yatırım miktarının düşürülmesi ile ülkede *büyük yatırımcı* olanaklarından daha çok yatırımcının istifade etmesi, yabancı yatırımların teşvikinde etkili olabilirdi.

¹²⁷ Danışma Kurulu 15.02.2016 tarihinde Kazakistan Cumhurbaşkanı Nursultan Nazarbayev'in "100 Adım" başlıklı Stratejik Programı çerçevesinde kurulmuştur; https://bnews.kz/ru/live/conference/sudebnaya_zashchita_investitsii_v_kazahstane-2016_06_06-4902 Erişim 31.10.2017.

¹²⁸ Yatırımcıların korunması, <http://e-law.kz/sovety/13-blog/72-zashchita-investorov.html> Erişim 31.10.2017.

ödemeleri yaptıktan sonra, yatırım faaliyeti neticesinde elde edilen geliri, kendi isteğine göre kullanma hakkına sahip olacaktır (m. 277)¹²⁹.

4. *Devletleştirme ve istimlâk durumunda yatırımcı haklarının korunması*: Mülga Yatırımlar Kanunu'nda olduğu gibi (m.8), Girişimcilik Kanunu'nun 279. maddesinde aşağıdaki hükümler yer almıştır:

- a. Kamu ihtiyaçları gereğince Kazakistan Cumhuriyeti kanunlarında belirtilen istisnai durumlarda, yatırımcının malvarlığı devletleştirilebilir ve istimlâk edilebilir.
- b. Devletleştirme durumunda yatırımcının ülke kanunlarına göre bütün zararları tazmin edilmektedir.
- c. Yatırımcının mallarının istimlâk edilmesi, malın piyasa değerinin ödenmesi şeklinde yapılır.
- d. İstimlâk edilen mal için ödenen bedelle ilgili olarak mülk sahibi mahkemede dava açma hakkına sahiptir.
- e. İstimlâka yol açan hallerin ortadan kalkması durumunda yatırımcı, malların fiyatının düşmesinden ortaya çıkan zararı dikkate alarak, tazminatı için ödenen bedeli iade etmek şartıyla, kalan mallarının geri verilmesini talep etme hakkına sahiptir (m. 279/5)¹³⁰.
- f. Ekonominin *öncelikli* sektörlerine yapılacak yatırımlar için yeni vergi ve gümrük muafiyetleri getirilmiştir (m.283)¹³¹.

ee. Yatırımla İlgili Ayrıcalıklar

Girişimcilik Kanunu ile yatırımcılara aşağıdaki ayrıcalıklar da sağlanmaktadır:

1. Yatırım vergi muafiyeti (m. 290)¹³²;
2. Gümrük vergi muafiyeti (m. 287)¹³³;
3. Devletin ayni yardımı (m.288)¹³⁴.

¹²⁹ Aynı hüküm mülga 2003 tarihli Kanunun 5.maddesinde de yer almakla birlikte, 1994 Kanun'daki benzer hüküm şu şekilde düzenlenmişti: "Yabancı yatırımcılar, faaliyetlerinden elde ettikleri geliri Kazakistan Cumhuriyeti topraklarında yeni bir yatırım için, mal alımı için ve mevzuat tarafından yasaklanmayan herhangi bir amaç için kullanma hakkına sahiptirler" (m. 10).

¹³⁰ 1994 tarihli Kanunda İstimlâk edilen mal için ödenen bedelle ilgili madde 7'de, istimlâkın sona ermesi durumunda geri kalan malını isteme hakkından bahsedilmemiştir.

¹³¹ Mülga 2003 tarihli Kanun madde 17.

¹³² Mülga 2003 tarihli Kanun madde 16.

¹³³ Mülga 2003 tarihli Kanun madde 17.

¹³⁴ Mülga 2003 tarihli Kanun, madde 18.

Ancak belirtmek gerekir ki yatırım ayrıcalıkları, Kanun'un madde 285 uyarınca, Kazakistan Hükümeti tarafından belirlenen öncelikli sektörlerde faaliyette bulunan yatırımcılara sağlanmaktadır. Öncelikli sektörler listesi ise, Kazakistan Hükümeti tarafından 14 Ocak 2016 tarihli 13 sayılı Kararla onaylanmıştır¹³⁵.

Kazakistan doktrininde yatırım ayrıcalıklarıyla ilgili iki farklı görüşe rastlanmaktadır. Birinci görüşe göre yatırım ayrıcalıkları, Kazakistan Cumhuriyeti sınırlarında faaliyette bulunan yatırımcılara sağlanan garantiler olarak değerlendirilmektedir¹³⁶. Ancak, bizim de katıldığımız ikinci görüş doğrultusunda ise ayrıcalıklar, yatırımcılara sağlanan garanti özelliklerini taşımamaktadır. Zira yatırım mevzuatına göre garantiler, Kazakistan Cumhuriyeti sınırlarında faaliyette bulunan tüm yatırımcılara sağlanmaktadır. Yatırım ayrıcalıkları ise, yine yatırım mevzuatına göre Hükümet tarafından belirlenmiş olan öncelikli sektörlerle yatırım yapan belli yatırımcılara Yatırım Komitesi tarafından uygulanmaktadır¹³⁷.

Girişimcilik Kanunu dışında Kazakistan'da yatırımlara ilişkin hükümlerin 7 Aralık 2015 tarihli ve 438-V sayılı "Uluslararası Finans Merkezi (UFM) Astana Hakkında Kanunda"¹³⁸ da yer aldığını söylemek mümkün olacaktır. Bu nedenle, aşağıda ana hatlarıyla UFM Astana'da yer alan ve yatırımların teşvikine ilişkin esaslara değinmenin de yerinde olacağı kanaatindeyiz.

¹³⁵ Kazakistan Hükümeti tarafından öncelikli sektörler olarak belirlenen sektörler (sadece başlık olarak verilmektedir): Tarım; Ormancılık ve bu alandaki hizmet; Balıkçılık, balık yetiştiriciliği ve bu alanlarda hizmet; Gıda ürünleri üretimi; Matbaacılık faaliyeti ve bu alandaki hizmet; Petrol ürünleri üretimi; Kimya sanayii; Lastik ve plastik ürünlerin üretimi; Diğer metal olmayan mineral ürünlerin üretimi (cam ve cam ürünlerinin üretimi); İnşaat; Hotel ve Restoranlarca hizmet verilmesi; Karayolları araçlarının faaliyeti; Su araçlarının faaliyeti; Hava araçlarının faaliyeti; Araba, romork ve yarı romork üretimi; Diğer ulaştırma araçlarının üretimi; İkincil hammadde işlenmesi (metal olmayan artıklar ve hurda işlenmesi); Enerji, gaz, buhar ve su üretimi; Suyun toplanması, temizlenmesi ve dağıtımı; Tekstil üretimi; Giyim üretimi; Deri ayakkabı üretimi; Metalurji sanayii; Hazır metal ürünlerinin üretimi; Makine ve teçhizat üretimi; Elektrik makineleri ve elektrik teçhizatının üretimi; Radyo, televizyon ve iletişim için aygıt üretimi; tıbbi teçhizat, ölçme araçları, optik aletler ve aygıtların üretimi; Eğitim; Sağlık ve sosyal hizmetler; Kültür ve spor organizasyonu ile ilgili faaliyet gibi birçok alan daha belirtilmiştir.

¹³⁶ **Taimova**, Mirgul: Гарантии Иностранным Инвесторам по Законодательству Республики Казахстан (Garantii İnostrannım İnvestoram po Zakonodatelstvu Respubliki Kazakhstan), Almatı, 1999, s. 82-83.

¹³⁷ **Maulenov**, 2000, s. 347.

¹³⁸ Ведомости Парламента Республики Казахстан (Vedomosti Parlamenta Respubliki Kazahstan), 2015 г., № 24, ст. 175. Bundan sonra kısaca UFM Astana olarak anılacaktır.

d. Uluslararası Finans Merkezi Astana Hakkında Kanun

Kazakistan Cumhuriyeti'nin yatırımlar mevzuatı çerçevesinde UFM Astana'nın da değerlendirilebileceğini yukarıda belirtmiştik. Zira bahsi geçen Kanunun amacı, ülkeye, özellikle, yabancı yatırımları çekerek, Finans Merkezi Astana'yı uluslararası finans merkezi haline getirmektir.

UFM Astana Kanunu'nun kabulü ile Kazakistan'ın başkenti Astana'da¹³⁹ kesin olarak işaretlenmiş sınırları ile ayrı bir hukuki rejime tabi Finans Merkezi Astana¹⁴⁰ adı altında bir bölge oluşturulmaktadır (m.1/1). Bu bölgede Kazakistan Cumhuriyeti yasaları uygulanmamakta, zira birincil olarak bölgenin kendi hukuki düzenlemeleri (m.4/1), ikincil olarak da İngiltere ve Galler yasaları uygulanacaktır (m.4/2).

Bu noktada UFM Astana Kanunu bazı yazarlarca haklı olarak eleştirilmektedir¹⁴¹, zira bir bağımsız devletin siyasi sınırları içerisinde başka bir devlet hukukunun uygulanması Anayasaya aykırı olduğu gibi, devletin bağımsızlık prensibi ile de bağdaşmamaktadır. Ayrıca, Merkezin resmi dili de İngilizcedir (m.15).

Bunun yanı sıra, Merkezin yargı organları, Kazakistan Cumhuriyeti yargı sistemine dâhil edilmemiş ve ilk derece ile istinaf mahkemelerinden oluşmakla birlikte, istinaf mahkeme kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir (m.13/2,3). Böylece Merkez mahkemeleri, ceza ve idari davaları haricinde, diğer tüm hukuk davaları bakımından yetkilidir (m.13/4) ve yargı dili de İngilizcedir. Ancak tarafların talebi üzerine, duruşma esnasında Rusça ve Kazakçaya da çeviri yapılabilir (m.19).

Ayrıca taraflar, uyuşmazlığın çözümü bakımından tahkime gitme hususunda aralarında anlaşmışlar ise, bu durumda uyuşmazlık milletlerarası tahkimde de görülebilecektir (m.14).

Peki, Merkezin yatırımcı ve girişimci bakımdan cazip hale gelmesi için Kanunda ne gibi ayrıcalıklara yer verilmiştir? Burada çok önemli birkaç ayrıcalığa değinmekte yarar vardır.

Birincisi, Merkezde faaliyette bulunan girişimci ve yatırımcıların bazı vergilerden 1 Ocak 2066 yılına kadar muaf tutulacağı hüküm altına alınmıştır (m.6/3).

¹³⁹ Kazakistan'ın başkenti Astana'nın adı, Cumhurbaşkanı'nın 23 Mart 2019 tarihli 6 nolu Kararı ile "Nur-Sultan" (Нур-Султан) olarak değişmiştir (Указ Президента Республики Казахстан от 23 марта 2019 года № 6).

¹⁴⁰ Bundan sonra kısaca Merkez olarak anılacaktır.

¹⁴¹ **Suleymenov**, s. 1.

İkincisi, Merkezde faaliyette bulunmak ve Merkez kurumlarında çalışmak için gelen yabancılara beş yıllık süre ile vize verilmektedir (m.7/2). Ayrıca Merkezde çalışacak veya Merkez sınırları içerisinde faaliyette bulunacak olan yabancıların çalışma izninden muaf tutulacağı da hüküm altına alınmıştır (m.8/2).

Bunun yanı sıra, yukarıda da bahsedildiği üzere, Merkezin resmi dilinin İngilizce olması, faaliyette bulunacak yabancılar için de büyük bir avantajdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eleştirilere rağmen, getirilmiş yeni düzenleme ile yabancı yatırımcılar bakımından Merkezin cazip olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

III. ULUSLARARASI DÜZEYDE YABANCI YATIRIMLARIN TEŞVİKİ

Yabancı yatırımlara ihtiyaç duyan Türkiye ve Kazakistan, taraf oldukları milletlerarası sözleşmelerle de yabancı yatırımcılara uluslararası düzeyde güvence vererek yatırımların teşvikini sağlamaktadır.

Yatırımların iki ve çok taraflı sözleşmelerle¹⁴² korunması, yatırım yapan ve yapılan devletler ile vatandaşları açısından bir ihtiyaca cevap vermekte ve bu yönde önemli yararlar hedeflenmektedir. Zira yabancı sermayenin teşviki mevzuatı, anılan sermayenin gelişini ve çalışma şartlarını düzenlemektedir. Yatırımların korunması ile ilgili milletlerarası sözleşmeler ise yatırımları ticari olmayan risklere karşı da koruyarak, yabancı yatırımları özendirilmeye yöneliktir¹⁴³.

Bilindiği üzere, milletlerarası sözleşmeler, uluslararası hukuk sisteminde büyük öneme sahiptir. Bunun en iyi göstergesi de, birçok ülkenin Anayasasında¹⁴⁴ milletlerarası sözleşmelere ulusal kanunların karşısında üstünlük sağlanmasıdır¹⁴⁵.

Bu bağlamda aşağıda yabancı yatırımlarla ilgili Türkiye ve Kazakistan'ın akdetmiş olduğu iki ve çok taraflı sözleşmelere de yer verilecektir.

¹⁴² Çalışmamızda *sözleşme* kavramı yanı sıra, *anlaşma* kavramına da yer verilmiştir.

¹⁴³ **Tekinalp**, s. 176; **Farhutdinov**, İ. Z.: “Действие международных Договоров в Сфере Иностранных Инвестиций” (Deystviye Mejdunarodnih Dogovorov v Sferе İnostrannih İnvestitsiy), Trudi Moskovskoy Gosudarstvennoy Yuridiceskoy Akademii, Moskva, 1999, no: 5, s. 135-136.

¹⁴⁴ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.90; Kazakistan Cumhuriyeti Anayasası, m.4/3.

¹⁴⁵ **Farhutdinov**, s. 135.

A. Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmeler

Bu başlık altında Türkiye¹⁴⁶ ve Kazakistan'ın¹⁴⁷ taraf olduğu ve yatırım alanında büyük öneme sahip çok taraflı milletlerarası sözleşmelere değinilecek ve akabinde ikili sözleşmelerden de bahsedilecektir. Dünya Bankası öncülüğünde ve özellikle gelişmekte (kalkınmakta) olan ülkeler göz önünde bulundurularak hazırlanmış olan çok taraflı sözleşmelerden birincisi, “Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi” (*Multilateral Investment Guarantee Agency-MIGA*)¹⁴⁸, diğeri ise “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Sözleşme” (*International Center for the Settlement of Investment Disputes-ICSID*)¹⁴⁹.

1. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA)

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Sözleşmesi (MIGA)¹⁵⁰ Ekim 1985'te Seul'da imzalanmıştır. Kısaca MIGA olarak da anılan Sözleşmede öngörülen hukuki işlemleri yapmak üzere, Çok Taraflı Yatırım Kuruluşu olarak adlandırılan bir kuruluş tesis edilmiştir. Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası (Dünya Bankası) Grubunun bir üyesi olan Kuruluş, tüzel kişiliğe sahip uluslararası bir kuruluş olarak sözleşme yapmaya, taşınır ve taşınmaz mal alıp satmaya ve hukuki işlemleri yapmaya yetkili kılınmıştır. Bu Sözleşme, Dünya Bankası'na üye olan devletlerin ve İsviçre'nin üyeliğine açıktır. Kuruluşun merkezi *Washington*'dadır¹⁵¹.

¹⁴⁶ Bkz. RG: 6.12.1988-20011.

¹⁴⁷ Закон Республики Казахстан от 26.07.1992 “О Членстве Республики Казахстан в Многостороннем Агентстве по Гарантиям Инвестиций (MIGA) и Международном Центре по Урегулированию Инвестиционных Споров (ICSID), Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, (Vedomosti Verhovnogo Soveta Respubliki Kazahstan) 1992, No:13-14, ст. 311.

¹⁴⁸ Bundan sonra kısaca MIGA diye anılacaktır.

¹⁴⁹ Bundan sonra kısaca ICSID diye anılacaktır.

¹⁵⁰ Sözleşme metni için bkz. RG: 6.12.1988-20011; MIGA Sözleşmesine toplam 181 ülke taraftır; <https://www.miga.org/who-we-are/member-countries/> Erişim tarihi 17.05.2017.

¹⁵¹ **Çelikel/Öztekin Gelgel**, s. 187; **Tekinalp**, s. 176; **Sattarova**, G.: Право и Иностранные Инвестиции в Республике Казахстан (Pravo i İnostranniye İinvestitsii v Respublike Kazahstan), Almaty, 1997, s. 103; **Doronina**, N. G./**Semilyutina**, N. G.: “Защита Иностранных Инвестиций и Российское Законодательство” (Mnogostoronniye Mejdunarodniye Konventsii v Oblasti Zaşiti İnostrannih İinvestitsiy i Rossiyskoye Zakonodatelstvo), Gosudarstvo i Pravo, 1992, no. 10, s. 90; **Veselkova**, E. E.: “Некоторые Правовые Аспекты Соглашений по защите Инвестиций” (Nekotorye Pravoviyе Aspekti Soglaşeniy po Zaşite İinvestitsiy), Zakon i Pravo, no: 10, 2002, s. 53.

a. Kuruluşun Amacı

MIGA'nın kuruluş amacı, Sözleşme'nin 2.maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre Kuruluşun amacı, gelişmekte olanlar başta olmak üzere, üye ülkelere yönelik yatırımların akışını sağlamaktır. Bunun için Kuruluş, üye ülke yatırımcılarına, diğer üye ülkelerdeki yatırımları sebebiyle uğrayabilecekleri ticari olmayan risklere karşı mükerrer ve ortak sigortalamalar da dâhil olmak üzere, teminat sağlayacaktır. Ayrıca Kuruluş, gelişmekte olan üye ülkelere yabancı sermaye akışını sağlamak için gerekli çalışmaları da yürütecektir.

Yabancı yatırımların ticari olmayan risklere karşı çok taraflı sözleşme ile korunması, yabancı yatırımcılara güven vermekle birlikte, gelişmekte olan ülkelere yatırım yapmalarını da teşvik etmektedir¹⁵². Bu bakımdan MIGA Sözleşmesinin yatırım alanında çok önemli bir belge olduğunun altını bir kez daha çizmekte yarar vardır.

Özetlemek gerekirse, MIGA, yatırımcılara bir üye ülkedeki yatırımları nedeniyle maruz kalabilecekleri ticari olmayan risklere karşı teminatın sağlanması yanı sıra, gelişmekte olan ülkelere yatırım yapmaya ilişkin yatırımcılardaki tereddütleri gidermeyi de amaçlamaktadır¹⁵³.

Bu amaca ulaşmak için Kuruluş, Sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen şu faaliyetleri yürütür:

- Diğer üye ülkelere, bir ülkedeki yatırımları nedeniyle maruz kalabilecekleri ticari olmayan risklere karşı, mükerrer ve ortak sigortalamalar da dâhil olmak üzere, garanti verir;
- Yatırımların gelişmekte olan üye ülkelere yöneltmek ve bunlar arasında akışını geliştirmek için tamamlayıcı uygun çalışmaları yapabilir;
- Hedefine ulaşmada gerekli olabilecek veya istenebilecek diğer benzer yetkileri kullanır.

Faaliyetlerini büyük ölçüde gelişmekte olan ülkelerin üzerinde yoğunlaştıran Kuruluşun, bundan dolayı zaman zaman gelişmiş ülkelerin eleştirilerine de maruz kaldığı görülmektedir. Ancak Kuruluşun MIGA'nın amacına uygun hareket ettiği dikkate alınır, eleştirilerin yerinde olmadığını söylemek mümkün olacaktır¹⁵⁴.

¹⁵² Çelikel/(Öztekin) Gelgel, s. 185; Farhutdinov, s. 16.

¹⁵³ Arkan Akbıyık, Azra: "Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu", Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta, İstanbul, 2003, s. 158-159.

¹⁵⁴ Kırılı Aydemir, Deniz: Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması, Legal, İstanbul, 2005, s. 119.

Kuruluş, Governörler Konsey'i, Yönetim Kurulu, Başkan ve kuruluşun belirlediği işleri yapacak personelden oluşur (m.30). Ayrıca Konsey, Kuruluşun temel organı olarak kabul edilmiştir.

b. MIGA'nın Faaliyet Alanı

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA)'nın uğraş alanı sigortacılıktır¹⁵⁵. Sigorta sözleşmesi yapmak, bir ticari işletmenin mali risklere karşı başvurduğu etkin önlemlerden biridir¹⁵⁶.

MIGA'nın garanti kapsamına girilmesi hususunda MIGA ile yatırımcı arasında bir garanti sözleşmesinin¹⁵⁷ yapılması gerekmektedir. Garanti sözleşmesinde garanti sahibinin, yatırım yapılan projenin, yatırımın mahiyetinin, garanti kapsamına giren risklerin, garanti şartlarının ve ev sahibi ülke ile yatırımcı arasındaki diğer her türlü anlaşmaların tanımı yapılmaktadır. Ayrıca, garanti sözleşmesinde MIGA'nın ve garanti sahibi yatırımcının hakları ve borçları da belirlenmektedir¹⁵⁸.

Sözleşmenin "Rücu" başlıklı 18/a. maddesine göre: "*Kuruluşun garanti sahibine, tazminat ödemesi veya ödemeyi kabul etmesinden sonra Garanti*

¹⁵⁵ **Sattarova**, s. 104.

¹⁵⁶ **Aksel**, A. E.: Risk Yönetim Aracı Olarak Futures Piyasaları Yapısı. İşleyiş Mekanizmaları ve Bazı Ülke Örnekleri, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 21, Ankara, 1995, s. 26, (Naklen: **Kubilay**, Huriye: Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Barış Yayınları, 2. Baskı, İzmir, 2003, s. 3).

¹⁵⁷ Burada yatırımcı ile Kuruluş arasında yapılan sözleşmenin hukuki niteliği üzerinde de durulmalıdır. Her ne kadar Kuruluşun adı "Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA)" olsa da, MIGA ile yatırımcı arasındaki sözleşme garanti sözleşmesi olarak nitelendirilse de, doktrinde bazı yazarlarca bu sözleşmenin hukuki niteliği itibariyle garanti sözleşmesi kapsamında değil de, bilakis sigorta sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmektedir; **Herdegen**, M.: Internationales Wirtschaftsrecht, 2.Aufl., München, 1995, §19 N.11 (Naklen **Arkan Akbryık**, s. 162); **Frolkina**, E. N.: "Правовое Регулирование Страхования Иностраннх Инвестиций в Международном Частном Праве" (Pravovoe Regulirovanie Strahovaniya İnostrannih İvestitsiy v Mejdunarodnom Chastnom Prave), Законы России, No:6, Haziran, 2012, s. 90; **Labin**, D. K.: Международное Право по защите и Поощрению Иностраннх Инвестиций (Mejdunarodnoe Pravo po Zashite i Pooshreniyu İnostrannih İvestitsiy), Wolters Kluwer, Moskva, 2008, s. 112; Garanti sözleşmeleri de, sigorta sözleşmeleri gibi, tazminat sözleşmelerinden olmakla birlikte, sigorta sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme iken, garanti sözleşmesi, kural olarak, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Sigorta sözleşmesinin amacı prim alma karşılığında rizikoya karşı koymaktır, garanti sözleşmesinin amacı ise garanti alanı belli bu hareket tarzına yönelmektedir; **Kubilay**, s. 34-35.

¹⁵⁸ **Tiryakioğlu**, s. 158.

edilenin ev sahibi ülke ve diğer yükümlüler karşısında bu yatırım nedeniyle sahip olabileceği haklar ve alacaklar Kuruluşa rücu edilecektir. Garanti Sözleşmesi bu tür bir rücutunun koşul ve kurallarını tespit edecektir”.

Bununla birlikte, Kuruluşun garanti ettiği yatırımlar, *uygun yatırımlar* niteliğini taşımaktadır (m. 12)¹⁵⁹. Bunun dışında hem yatırımcıların (m. 13) hem de ev sahibi ülkelerin (m. 14) *uygun* olması gibi şartlar da aranmaktadır.

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu her türlü riski teminat altına almamaktadır. Zira Kuruluşun garanti kapsamına aldığı riskler, aşağıda da belirtileceği üzere, ticari olmayan risklerdir.

c. MIGA Garantisinden Yararlanacak Yatırımlar ve Risk Türleri

MIGA garantilerinden yararlanacak olan yatırımların, Kuruluş tarafından belirlenen uygunluk kriterlerini taşıması gerekmektedir. Bu kriterler, üye devletlerin üye olabilmek için imzaladığı MIGA Sözleşmesinde belirlenmiştir. Bunlar sermaye yatırımları, sermaye kredileri, doğrudan yatırımlar, bunlar dışında kalan diğer yabancı yatırım türleri ve sermaye yatırımı niteliğinden olmayan yatırım türleri olarak sınıflandırılmıştır.

MIGA garantisi kapsamında olan riskler sadece siyasi risklerdir. Yani kapsanan risklerde kesin surette ticari bir risk olmamalı ve nitelik itibarıyla tamamen politik olmalıdır. MIGA dört siyasi riski garanti altına almaktadır. Ancak ev sahibi ülkedeki devalüasyon ve paranın değer kaybetmesi gibi riskler garanti kapsamına dahil değildir, zira bu riskler ticari nitelikteki risklerdir. MIGA Sözleşmesi madde 11'e göre garanti altına alınan siyasi riskler:

- a) Döviz Transferi Riskleri,
- b) Kamulaştırma ve Benzeri Riskler,
- c) Savaş ve İç Kargaşa Riskleri,
- d) Sözleşme İhlali Riskleridir.

Her ne kadar MIGA Sözleşmesinin 11.maddesi garanti altına alınan riskleri bu şekilde sıralamışsa da, yukarıda da belirtildiği üzere, MIGA,

¹⁵⁹ Uygun yatırımlarla ilgili Sözleşmede 2012 yılında değişiklik yapılmış ve böylece garanti edilen yatırımların kapsamı daha da detaylı olarak ifade edilmiştir; Ayrıca MIGA Sözleşmesinin “*Karşılanan Riskler*” başlıklı 11.maddesi (b) bölümü aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:” (b) *Buna ilaveten, Kurul, özel çoğunlukla, yukarıda (a) bölümünde anılanlar dışındaki birtakım gayri ticari riskleri de kapsayacak şekilde fakat hiçbir durumda paranın değer kaybetmesi riskini üstlenmeksizin, bu Maddenin kapsamının genişletilmesini onaylayabilir*”. Bkz. RG: 01.02.2012-28191.

bunların dışında kalan birtakım ticari olmayan riskleri¹⁶⁰ de belli şartlar altında garanti etmektedir.

Kuruluşun görevlerini yapabilmesi için bazı imtiyaz ve muafiyetlerden yararlanması kabul edilmiştir (m.43-48). Bu imtiyazlardan en dikkat çeken ise, guvernör, direktör, başkan ve personelinin yargı bağısıklığından yararlanmasıdır (m.48).

2. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme (ICSID)

Dünya Bankası, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (*International Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID)) aracılığı ile bir uzlaştırma ve tahkim sistemini uygulamaya koyma kararını almış ve 18 Mart 1965'te *Washington*'da "ICSID" bir sözleşme ile kurulmuştur. Sözleşme, "Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Sözleşme veya "ICSID Sözleşmesi"¹⁶¹ olarak da adlandırılmaktadır. Uluslararası tüzel kişiliğe sahip olan Merkez'in yerleşim yeri Dünya Bankası'nın merkezi olan *Washington*'dur¹⁶².

Merkez, bir İdari Konsey ve Sekreteryaya sahiptir. Merkezin bünyesinde arabulucular ve hakemler paneli oluşturulmaktadır (m.3).

Çok taraflı ICSID Sözleşmesi ile oluşturulan Merkez ve bu kapsamdaki tahkim, daha özel ve uzman bir tahkim olarak, daha çok tercih edilen bir usul olmuştur¹⁶³.

Merkezin amacı, sözleşmede yer alan hükümler doğrultusunda taraf devletler ile diğer taraf devletlerin vatandaşları arasında yatırımlardan kay-

¹⁶⁰ Bkz. dip. 159.

¹⁶¹ Sözleşme metni için bkz: (RG: 6.12.1988-20011); Metinde bundan sonra kısaca "ICSID Sözleşmesi" olarak anılacaktır. ICSID Sözleşmesi'ne 161 ülke taraftır, <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> Erişim tarihi 12.11.2017.

¹⁶² **Uludağ**, s. 206, **Nomer**, Ergin/**Eksi**, Nuray/**Öztekin**, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, Beta, 4.Bası, İstanbul, 2013, s. 108; **Şanlı**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2 Bası, İstanbul, 2002, s. 384; **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi (Hakem Kararları), Ankara, DEÜ Yayınları, Ankara, 1994, s. 102; **Maulenov**, K. S.: Правовое Регулирование Иностраных Инвестиций в Республике Казахстан (Pravovoye Regulirovaniye İnostrannih İnvestitsiy v Respublike Kazakhstan), Almatı, 1998, s. 17; **Tiryakioğlu**, s. 148; **Çelikel/(Öztekin) Gelgel**, s. 189; **Tekinalp**, s. 177; **Taimova**, s. 116.

¹⁶³ **Yılmaz**, İlhan, s. 31.

naklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yolu ile çözümü için çalışmaktır (m. 1/2).

Bir uyuşmazlığın ICSID tahkimine sunulabilmesi için gerek kişiler ve gerek konu bakımından belli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle, bu tahkime Sözleşme tarafı ev sahibi devlet ile yine Sözleşme tarafı diğer bir devletin vatandaşı olan yatırımcı arasındaki uyuşmazlıklarda başvurulabilir. İlaveten bu uyuşmazlık, bir *yatırımla* doğrudan ilişkili bir hukuki uyuşmazlık olmalıdır. Devletin Sözleşmeye taraf olması, tahkimde davalı ya da davacı olabilmesi için yeterli olmamaktadır. Zira ilgili devletin, yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümüne onay vermiş olması da gereklidir¹⁶⁴.

ICSID ile ulusal hakem mahkemeleri arasındaki fark, ICSID'in düzeni ve usulü milletlerarası sözleşme hükümleriyle belirlenmektedir. Ayrıca, ulusal adli ve idari organlar, ICSID'in faaliyetlerine müdahale etmekte yetkisizdirler¹⁶⁵.

ICSID'ı diğer hakem mahkemelerinden ayırt eden en önemli fark ise, ICSID'in kendi adında saklıdır. Şöyle ki, ICSID sadece yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için kurulmuştur¹⁶⁶.

a. Uygulama Alanı

Uyuşmazlık, ICSID önüne yatırımcı tarafından getirebileceği gibi, ev sahibi ülke tarafından da getirilebilir. Kural bu olmakla beraber, yatırım uyuşmazlıklarının çoğunda davacının yabancı yatırımcı olduğu gözlemlenmektedir¹⁶⁷.

Yukarıda da kısaca değindiğimiz gibi, uyuşmazlığın ICSID önüne getirilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

1. Uyuşmazlık bir yatırıma ilişkin olmalıdır (m. 25/1). Ancak ICSID Sözleşmesi, *yatırım uyuşmazlığından* neyin anlaşılması gerektiği hususunda bir tanım vermemektedir. Sattarova'ya göre, ICSID Sözleşmesi'nde *yatırım*

¹⁶⁴ Çelikel/(Öztekin) Gelgel, s. 189; Yılmaz, İlhan, s. 31; Perova, M.: “Международная Форма Регулирования Иностранных Инвестиций” (Mejdunarodnaya Forma Regulirovaniya İnostrannih Investitsiy), Hozyaystvo i Pravo, No: 2, 1999, s. 100.

¹⁶⁵ Krupko, S.: “Международный Центр по Урегулированию Инвестиционных Споров” (Mejdunarodny Tsentr po Uregulirovaniyu Investitsionnih Sporov), Hozyaystvo i Pravo, No: 6, 2002, s. 106; Sattarova, s. 94.

¹⁶⁶ Şanlı, s. 384; Tekinalp, s. 177; Maulenov, 1998, s. 20.

¹⁶⁷ Shihata, İbrahim: ICSID Arbitration: The Institution's Point of View, 1993, paragraf 16.02 (naklen Nomer/Ekşi/ Öztekin Gelgel, s 109.

uyuşmazlığının tanımlanmamasının sebebi, *yatırımın* akit devletlerin ulusal mevzuatında¹⁶⁸ tanımlanmış olmasıdır¹⁶⁹. Şanlı'ya göre ise, yatırım uyuşmazlıklarından neyin kastedildiğini açıkça hükme bağlayan sonraki tarihli ikili anlaşmalar¹⁷⁰ esas alınarak¹⁷¹, “*yatırımlardan kaynaklanan hukuki uyuşmazlıklardan*” neyin kastedildiği ortaya konulabilir. Buna göre, *yatırım uyuşmazlığı*: (a) Devletle diğer devlet vatandaşı yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler arasındaki yatırıma ilişkin sözleşme (imtiyaz, istisna, lisans, know-how vs.)’den kaynaklanan uyuşmazlıklar, (b) Bir tarafın yabancı yatırımlarla ilgili makamının ilgili yatırımcıya sağladığı herhangi bir yatırım müsaadesinin yorum veya uygulamasından doğan uyuşmazlıklar, (c) Bir yatırımla ilgili olarak ve anlaşma ile verilen veya yaratılan herhangi bir hakkın, çiğnendiği iddiasından kaynaklanan uyuşmazlıklardır¹⁷².

2. Uyuşmazlığın ICSID önüne getirilebilmesi için aranan şartlardan bir diğeri ise gerek ev sahibi ülke, gerek özel yatırımcının mensup olduğu devlet, ICSID Sözleşmesi’ne taraf olmalıdır (m.25/1).

Bundan dolayı da, yatırımcının yatırımını yaptığı ülkenin tabiiyetinde olmaması gereği ortaya çıkmaktadır¹⁷³.

¹⁶⁸ Ancak Merkez hakem mahkemeleri bazı davalarda ilgili ulusal mevzuata göre bir yatırımın varlığı ve dolayısıyla Merkezin yetkisinin olup olmadığı sorusu ile karşı karşıya kalmışlardır. Örneğin, “*SPP ile Egypt davasında uyuşmazlık, yabancı yatırımcının belli turistik bilgelerin inşası ve geliştirilmesine ilişkin yatırım sözleşmesi imzalanmasından sonra, söz konusu bölgelerin Mısır hükümeti tarafından kamu alanı ilân edilmesinden doğmuştur. Olayda daha sonra, yabancı yatırımcıya Mısır yatırım mevzuatı kapsamında verilmiş olan yatırım izni ve proje iptal edilmiştir. Bunun üzerine yabancı yatırımcı, Mısır yatırım mevzuatında ICSID tahkimine onay veren hükümden hareketle Merkezde tahkim davası açmıştır. Mısır, Merkezin yetkisine itirazda, diğerlerinin yanısıra, Merkeze onayı içeren ilgili kanunun bu davada uygulanmayacağını ileri sürmüştür. Zira, ilgili kanunun 1. maddesi kapsamındaki yatırım Mısır yetkili makamınca onaylanmış (izne bağlanmış) ve yine kanunda belirtilmiş alanlardaki faaliyetlerdir. Yabancı yatırımcının ICSID yetkisine onayını içeren mektuptan önce, Mısır söz konusu yatırım iznini iptal etmiş olduğundan, artık kanun kapsamında bir yatırımdan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Hakem mahkemesi Mısır’ın bu iddiasını geçerli bulmayarak, ilgili Kanuna göre alınmış iznin geçerli olduğunu ve yatırımın bu mevzuata göre gerekli kriterleri haiz olduğunu belirterek, projenin ya da iznin iptalinin ilgili Kanuna göre bir “yatırım” yapılmış olması olgusunu değiştirmedigine karar vermiştir. Sonuçta, ilgili Kanunun bu yatırıma uygulanması sebebiyle Merkezin yetkisine olan onayın varlığına hükmetmiştir”, Yılmaz, İlhan, s. 174).*

¹⁶⁹ Sattarova, s. 94.

¹⁷⁰ İkili Yatırım Anlaşmaları için bkz. Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel, s. 122 vd.

¹⁷¹ Aynı görüş için bkz. Tiryakioğlu, s. 9, dip. 16.

¹⁷² Şanlı, s. 385.

¹⁷³ Tiryakioğlu, s. 148.

Ancak birçok olayda ev sahibi ülke, yabancı yatırımcının yerel bir şirket aracılığı ile faaliyette bulunmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle de söz konusu şartların mevcut olduğu durumlarda, ev sahibi ülkenin tabiiyetini taşıyan bir şirket de ICSID'e başvurabilir. Yatırımcı ve ev sahibi ülke, ICSID çerçevesinde, böyle bir şirketi yabancı bir yatırımcının kontrolü altında¹⁷⁴ bulunan yabancı bir taraf gibi nazara alma konusunda anlaşmışlarsa, böyle bir başvuru mümkün hale gelmektedir (m. 25/2(b)).

Ayrıca, ev sahibi ülke gibi, yatırımcının da ICSID'in yetkisini kabul etmiş olması gerekmektedir (m.25/1).

Yatırımcı, uyuşmazlık ortaya çıktığında ICSID'e başvurmayı güvence altına almak istiyorsa, ev sahibi ülke yetkili makamları ile yaptığı yatırım sözleşmesinde ICSID'in yetkisinin kabul edildiğine dair bir kaydın yer alması hususunda ısrar etmekle isabetli davranmış olacaktır¹⁷⁵.

Ülkeler, ICSID Sözleşmesi'ni onaylayarak, değişik ülkelerle yaptığı iki taraflı yatırım anlaşmazlıklarında da ICSID tahkimine gidilebileceğine¹⁷⁶ ilişkin hükümlere yer vermektedir.

¹⁷⁴ Buna örnek *Enron v Argentine* davası gösterilebilir. Bu davada ABD'li yatırımcı ile ev sahibi Arjantin arasında yatırımla ilgili uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, davacılar Arjantin'de gaz dağıtım şirketine aracılığıyla toplam olarak %35.263'ünün hissedarlarıdır. Uyuşmazlık, bazı Arjantin bölgesel idareleri tarafından özelleştirilen söz konusu gaz dağıtım şirketinin işlemleri üzerinde uygulanan damga vergisi, faiz ve cezalarından doğmuştur. Davacılar, söz konusu vergi uygulamalarının ABD-Arjantin ikili yatırım anlaşmasına aykırı olduğunu iddia ederek, anlaşmaya dayanarak ICSID tahkiminde dava açmıştır. Davada Arjantin, davacıların ilgili Arjantin şirketinde dolaylı olarak yatırımcı olduklarını; azınlık hisseye sahip olmaları ve ilgili şirketin *kontrolünün* kendilerinde olmadığından bahisle, ilgili şirketlerin bir yatırım olarak değerlendirilemeyeceğini ve davacıların da yatırımcı olmadıklarını ileri sürmüştür. Arjantin, hisselerin ikili yatırım anlaşmasında yatırım olarak değerlendirildiğini kabul ederken, böyle bir halde ancak hisseleri doğrudan etkileyen işlemlerin-kamulaştırma gibi-dava edilebileceğini iddia etmiştir. Davacılar ise, kendilerinin ilgili gaz şirketi adına değil, kendi hisselerinin anlaşma kapsamında yatırım olması sebebiyle, kendi adlarına yatırımcı sıfatı ile dava açtıklarını söylemişlerdir. Hakem mahkemesi kararında, azınlık hissedarların da gerek uluslararası hukuk gerek ICSID sözleşmesi bakımından ilgili şirketlerden ayrı olarak haklarını talep edebilmelerine bir engel olmadığını tespit etmiştir. **Yılmaz**, İlhan, s. 157-158.

¹⁷⁵ **Tiryakioğlu**, s. 149.

¹⁷⁶ Bu durum, ülkelerin, sadece ICSID tahkimine gitme konusundaki niyetini gösterir; yoksa bu konuda bir uluslararası yükümlülük doğurmaz. ICSID tahkimine gidilebilmesi için, yatırımla ilgili bir uyuşmazlık çıktıktan sonra, Türkiye'nin ev sahibi ülke sıfatı ile yazılı olarak rızasını vermesi gerekir; **Erten**, Rıfat: "ICSID Tahkimi", BATIDER, C. XIX, S. 4, 1998, s. 225.

3. Aranan şartlardan sonuncusu da ihtilaf taraflarının, ICSID tahkimine gitme konusunda açıkça ve yazılı olarak beyanda bulunmaları gerekmektedir (m.25/1).

Şanlı'ya göre, getirilmiş olan bu sonuncu şart, yani ICSID tahkimine başvuru için ev sahibi devlet ile yabancı yatırımcının mensup olduğu devletin Sözleşmeye taraf olmasının yeterli olmamasının yanı sıra, tarafların her somut uyuşmazlıkta karşılıklı anlaşmalarının gerekli olması, uygulamada ICSID tahkimine müracaatı azaltmıştır. Bu nedenle devletler, ICSID'in yargı yetkisini peşinen öngören tahkim klozları içeren iki veya çok taraflı yatırımların korunması ve teşviki anlaşmalarını da akdetmiştir¹⁷⁷.

b. ICSID Tahkim Merkezi'nin Sağladığı Avantajlar

ICSID tahkimi, diğer tahkimlere nazaran, yatırımcı ile ev sahibi ülkenin menfaatleri arasında bir denge kurulacak şekilde düzenlenmiştir¹⁷⁸. Daha açık bir ifade ile ev sahibi ülkede yatırım faaliyetinde bulunmak isteyen yabancı yatırımcının, yatırım yapacağı ülke mahkemelerine karşı güvensizliği veya tereddüdü ICSID tahkimi¹⁷⁹ ile giderilmiş ve kendisine bir devlete

¹⁷⁷ Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 593.

¹⁷⁸ Şuhata, İbrahim: The Experience of the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators, ICC Publications, no: 472, 1991, s. 17 (naklen Nomer/Ekşi/Öztekın Gelgel, s. 109).

¹⁷⁹ ICSID Tahkim Merkezi'nde Türkiye ve Kazakistan devletlerinin de taraf olduğu davalar mevcuttur. Bunlardan birkaç örnek vermek gerekirse; örneğin, ICSID Tahkim Merkezi'nde görülen ve Türkiye'nin taraf olduğu *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey* davası, dikkat çeken davalardan biridir (Case No. ARB(AF)/06/2), zira bu davada yatırımcı davacının iyi niyetli olup olmadığı da ele alınmıştır. Mahkeme kararında dava masraflarının davacı tarafından karşılanmasına hükmedilmiş ve fakat Türk Devletinin manevi tazminat talebi kabul edilmemiştir; Bu dava ile ilgili geniş bilgi için bkz. Polat, Malike/Al Kılıç, Şengül: "ICSID Yatırım Tahkimine Konu Olan Cementownia "Nowa Huta" S. A.-Türkiye Uyuşmazlığında "İyi Niyet" ve "Manevi tazminat" İddialarının Değerlendirilmesi", Public and Private International Law Bulletin, Volume: 34, Issue: 2. Yine ICSID Tahkim Merkezi'nde görülen "*Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V.*" v. *Republic of Turkey* (Case No. ARB/11/28) davasında mahkeme, yabancı yatırımcı davacının, yeterli süre uzatımı verilmeksizin sözleşmenin haksız olarak feshedildiği ve Türk Devleti'nin müdahalesi ile yatırımlarına el konulduğu iddialarını değerlendirerek, davacının taleplerini reddetmiştir. Bu karar için bkz. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3126.pdf> Erişim 13.02.2019. Kazakistan Devleti ile ilgili de aşağıdaki örnekler verilebilir; "*Türkiye Petrolleri Anonim Ortaklığı*" (TPAO) v. *Republic of Kazakhstan* davasında (Case No. APB/11/2), davacı TPAO, 14 Ocak 2011 tarihinde Kazakistan devleti aleyhine ICSID'e başvurmuştur. Uyuşmazlık, ortak girişim çerçevesinde petrol arama ve işletmesi ile ilgili olup ve fakat bu dava, 25 Kasım 2013'te tarafların anlaşması ile sulh

karşı onunla eşit mücadele yapacağı bir ortam sunulmuştur. Buna karşın, yatırıma ev sahipliği yapacak ülke de, bir yandan yabancı sermayeyi çekmek isterken, diğer yandan kendi menfaatlerinden taviz vermeyeceği bir sisteme kavuşmuş bulunmaktadır. Bununla birlikte, tarafların menfaat eşitliği tahkime başvurudan başlayarak, hakem heyetinin oluşumu, kararın sonuçları ve kararın icra aşaması da dâhil olmak üzere, her aşamada gözetilmiştir¹⁸⁰.

Ayrıca, ICSID tahkiminden çıkan kararlar, taraflar için bağlayıcı olacak ve üst makama götürülemeyecektir. Yorumu, düzeltmeyi ve hükümsüz kılmayı gerektiren bir durum söz konusu değil ise, taraflar karara uymak ve hükümlerini yerine getirmek zorundadırlar (Söz.m.53/1). Bunun yanı sıra her üye ülke, Sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde, kendi devlet mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir (Söz.m.54/1).

B. Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Hakkında İkili Sözleşmeler

Türkiye ve Kazakistan, çok taraflı sözleşmeler yanı sıra, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin birçok devlet ile iki taraflı anlaşmalar da imzalamıştır.

Yabancı yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin iki taraflı anlaşmalar, genellikle benzerlik taşır, zira yabancı yatırımlara ilişkin benzer esasları düzenlemektedir.

Örneğin, yabancı yatırımlara ilişkin iki taraflı anlaşmalara bakıldığında, anlaşmanın başında amaca ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu amaç genellikle iki devlet arasındaki yatırım akışının karşılıklı olarak korunması ve teşvik edilmesi ile ilgilidir. Daha sonra korunacak yatırımlar ve yatırımcının haklarına ilişkin hükümlere de yer verilmektedir. Bunların yanı sıra, iki taraflı yatırım anlaşmalarında kamulaştırma ve tazminat gibi, yatırım uyumsuzluklarının çözümüne ilişkin hükümler de yer almaktadır.

sebebi ile sona ermiştir; ya da bir başka olayda “*Karatyube International Oil Company LLP*” (KIOK) v. *Republic of Kazakhstan* davasında, Kazakistan’da hidrokarbonların keşfi ve çıkarılması alanında faaliyette bulunan davacı KIOC, ICSID Tahkim Merkezi’ne (Case No. APB/08/13) başvurarak, Kazakistan Devleti’nin, mallarına el koyduğunu ve diğer haklarını da sınırlandırdığını ileri sürerek dava açmıştır. Ancak mahkeme, davacının “yatırımcı” sıfatını kanıtlayamadığı gibi, iddialarının da asılsız olduğu gerekçesiyle, davacının taleplerini reddederek, mahkeme masraflarının da davacı tarafından karşılanmasına hükmetmiştir; bu davalar için bkz. **Betaneli**, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35883129#pos=42;6 Erişim 14.02.2019.

¹⁸⁰ **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel**, s. 109.

Özellikle de ev sahibi ülke ile yabancı yatırımcı arasında ortaya çıkan yatırım uyumsuzluklarının çözümünü düzenleyen hükümler adeta birbirinin tekrarı¹⁸¹ durumundadır¹⁸².

Türkiye, bugüne dek yaklaşık 100 ülke¹⁸³ ile yatırımların karşılıklı korunması ve teşvikine yönelik ikili anlaşma akdetmiş iken, Kazakistan ise yaklaşık 50 ülke¹⁸⁴ ile bu konuda anlaşma imzalamıştır. Ayrıca, Türkiye ile Kazakistan arasındaki yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin ikili anlaşma da 1994 tarihinde imzalanmıştır¹⁸⁵.

İki taraflı anlaşmalar kapsamında değerlendirilmesi gereken ve yabancı yatırımcıları yakından ilgilendiren bir diğer konu da *çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarıdır*. Zira yabancı yatırımcının aynı vergi mevzuu birden fazla vergiye tabi tutuluyorsa, bunun neticesinde yabancı yatırımların büyük ölçüde azalması söz konusu olacaktır. Bu durum da gelişmekte olan ülkeler açısından arzu edilmeyen bir durumdur. Bu sebeptendir ki, ülkeler konu ile ilgili hem iki taraflı hem de çok taraflı anlaşmalar akdetme yoluna gitmektedir¹⁸⁶.

Türkiye açısından bakıldığında, 2017 yılı itibariyle Türkiye yaklaşık 81 ülke¹⁸⁷ ile çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları akdetmiştir. Buna karşın, Kazakistan da yaklaşık 54 ülke¹⁸⁸ ile aynı konuda ikili anlaşma akdetmiştir. Böylece, Türkiye ve Kazakistan, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ile de yabancı yatırımın ülkelere gelmesini teşvik etmektedir.

¹⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel**, s. 122 vd.

¹⁸² **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel**, s. 122.

¹⁸³ Türkiye'nin yapmış olduğu ikili yatırım anlaşmaları için bkz. https://www.ekonomi.gov.tr/portal/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jspx?_afLoop=9730388642525807&_afWindowMode=0&_adf.ctrl-state=kp0f997eg_1&parentPage=yatirim&#!%40%40%3F_afLoop%3D9730388642525807%26parentPage%3Dyatirim%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3Dkp0f997eg_5 Erişim tarihi 05.02.2018.

¹⁸⁴ Kazakistan'ın yapmış olduğu ikili yatırım anlaşmaları için bkz. <http://invest.mid.gov.kz/ru/pages/soglasheniya-o-pooshchrenii-i-vzaimnoy-zashchite-investitsiy>, Erişim tarihi 17.03.2018.

¹⁸⁵ RG: 22.09.1994-22059.

¹⁸⁶ **Gusev, D. V.**: “Налоговый Климат Как Фактор Привлечения Иностраных Инвестиций” (Nalogoviy Klimat Kak Faktor Privlecheniya İnostrannih İvestitsiy), Финансы, No: 5, 2000, s. 41.

¹⁸⁷ http://www.verginet.net/dtt/1/Ulkeler_4825.aspx Erişim tarihi 14.02.2019.

¹⁸⁸ <http://kgd.gov.kz/ru/content/konvencii-ob-izbezhanii-dvoynogo-nalogooblozheniya-i-predotvrashchenii-ukloneniya-ot> Erişim tarihi 14.02.2019.

Bu bağlamda belirtmek isteriz ki Türkiye ile Kazakistan arasında çifte vergilendirmenin önlenmesi ile ilgili iki taraflı anlaşma 1996'da imzalanmıştır¹⁸⁹.

C. Türkiye ve Kazakistan Cumhuriyetlerinin Akdetmiş Olduğu Diğer Çok Taraflı Sözleşmeler

Yabancı yatırımları yakından ilgilendiren MIGA ve ICSID Sözleşmeleri dışında, Türkiye ve Kazakistan'ın âkit olduğu veya sadece Türkiye'nin âkit olduğu diğer uluslararası anlaşmalarını da belirtmekte yarar vardır. Her ne kadar yabancı yatırımları bir bütün olarak ele almasalar da, yabancı yatırımların bazı yönlerini düzenleyen söz konusu anlaşmaların önemine de dikkat çekmek gerekmektedir. İçeriklerine değinilmeksizin burada bazı uluslararası anlaşmaları yalnızca ismen belirtmeyi uygun görmekteyiz. Bunlara GATT 1947 ve GATT 1994 Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması¹⁹⁰, 1960 tarihli OECD¹⁹¹ Anlaşması ve 1994 tarihli Avrupa Enerji Şartı Anlaşması¹⁹² da örnek olarak gösterilebilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Türkiye ve Kazakistan, ülkelerine yabancı yatırımların akışını sağlamak amacıyla, gerek çok taraflı ve gerekse de iki taraflı birçok uluslararası anlaşmaları akdetmiş olmakla birlikte, bu yöndeki çalışmalarını halen de sürdürmektedir.

SONUÇ

Çalışma konumuzu Türk ve Kazak hukukunda yabancı yatırımların teşviki teşkil edip, her iki hukuk açısından konu ile ilgili esasların ortaya konulmasına gayret edilmiştir.

Bu bağlamda belirtmeli ki, Türk hukukunda *yabancı yatırımlardan* bahsedilirken, Kazak hukukunda 2003 yılından beri yalnızca *yatırımlardan* söz edilmekte ve buna ilişkin mevzuatın her iki ülkede de birkaç kez değiştiğini görmekteyiz.

Araştırma sonucunda Türkiye ve Kazakistan Cumhuriyetlerinin, yabancı yatırımlara ihtiyaç duyan ülkeler olarak, yabancı yatırımların teşvikine ulusal mevzuatlarında yer verdiği gibi, milletlerarası sözleşmelere de taraf

¹⁸⁹ RG: 08.11.1996-22811.

¹⁹⁰ RG: 29.01.1995-22186.

¹⁹¹ Türkiye, OECD'nin kurucu üyesidir.

¹⁹² RG: 06.02.2000-23956; Указ Президента Республики Казахстан от 18 октября 1995 г. No: 2537.

olup, yatırımların teşvikini uluslararası düzeyde de sağladığını söylemek mümkündür.

Konuyu ulusal boyutuyla ele aldığımızda görünen o ki, her iki ülkenin yatırım mevzuatlarında yer alan esasların yabancı yatırımların teşvik edilmesi bakımından önemli olduğu, fakat bunların ileride daha da iyileştirilmesi ve dolayısıyla, her iki ülkenin yatırım ikliminin daha da çekici hale getirilmesi söz konusu olabilir. Örneğin Türk hukukunda yabancı yatırımlarda istihdam edilecek personel ile ilgili kolaylaştırılmış kuralların getirilmesi gibi, Kazak hukukunda da, çalışmamızda da belirtmiş olduğumuz gibi, büyük yatırımcı açısından yatırım miktarının azaltılması ile büyük yatırımcı haklarından daha çok yatırımcının istifade edilmesi sağlanabilir. İlaveten, Kazakistan Cumhuriyeti'nde yatırımların kapsamına fikrî ve sınaî haklarının alınmasının da isabetli olacağı görüşündeyiz.

Yabancı yatırımların uluslararası düzeyde teşvik edilmesine gelince, her iki ülkenin de yatırımlarla ilgili iki ve çok taraflı sözleşmelere taraf olduğunu görmekteyiz. Bu durum, yabancı yatırımların Türkiye ve Kazakistan'a akışı bakımından olumlu bir gelişmedir, zira yabancı yatırımcıların aradığı güven unsurunun milletlerarası sözleşmelerle sağlandığı şüphesizdir. Yatırımlarla ilgili iki ülkenin de taraf olduğu çok taraflı sözleşmelerden en önemlileri ise *MIGA* ve *ICSID* Sözleşmeleridir.

İki taraflı sözleşmeler kapsamında ise iki ülke tarafından da yabancı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin çok sayıda ikili sözleşmeler imzalanmıştır. Buna ilaveten hem Türkiye hem Kazakistan, ev sahibi ülke sıfatıyla, ülkelerini yabancı yatırımcılar için cazip kılmak amacıyla, birçok ülke ile çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik de ikili sözleşmeler imzalamıştır.

Son olarak belirtmeli ki, iki taraflı sözleşmeler kapsamında Türkiye ve Kazakistan, kendi aralarında yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması gibi, çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin Sözleşmeler de imzalamıştır.

KAYNAKÇA

- Açıkalin, Sezgin/Ünal, Seyfettin:** Doğrudan Yatırımlar ve Portföy yatırımları, Global ve Yerel Faktörlerin Türkiye Üzerindeki Göreceli Etkisi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.
- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1994 (Hakem Kararları).
- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, DEÜ Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 73, İzmir, 1996 (İnşaat Sözleşmeleri).
- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (Tahkim).
- Alpar, Cem:** Çok Uluslu Şirketler ve Ekonomik Kalkınma, Turhan Kitabevi, Ankara, 1980.
- Arkan Akbıyık, Azra:** “Çok Tarafli Yatırım Garanti Kuruluşu”, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul, 2003, s. 157-172.
- Atabek, Reşat:** “Sigorta Akdinin Yorumu”, Sigorta Hukuku Dergisi, C. I, S. 2, Ankara, Ağustos 1982, s.125-140.
- Ataman Figanmeşe, İnci:** “Milletlerarası Ticari Tahkim ve Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 31, Issue: 1, s. 91-152.
- Ayhan İzmirli, Lale:** “Uluslararası Yatırım Hukukunda “Yatırım” Kavramı”, SDÜHFD, Vol:8, No:2, Year 2018, s.89-132.
- Богатырев, А. Г.:** Инвестиционное Право (Investitsionnoe Pravo), Rossiyskoe Pravo Yayınevi, Moskova, 1992.
- Bozdağlıoğlu, Yasemin/Evimoğlu, Umut:** “Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Tarihsel Süreçte Gösterdiği Gelişim: Hukuksal ve Ekonomik Yansımaları”, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Nisan, 2014, Yıl-6, S: 11, s. 32-52.
- Bulutoğlu, Kenan:** 100 Soruda Türkiye’de Yabancı Sermaye, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1970.
- Çelikel, Aysel:** “Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB, 423, S. 1-2, 2003, s. 161-177.
- Çelikel, Aysel/Öztekin Gelgel, Günseli:** Yabancılar Hukuku, 20. Bası, BETA, İstanbul, 2014.

- Doronina, N. G./Semilyutina, N. G.:** “Защиты Иностранных Инвестиций и Российское Законодательство” (Мnogostoronniye Mejdunarodniye Konventsii v Oblasti Zaşiti İnostrannih İinvestitsiy i Rossiyskoye Zakonodatelstvo), Gosudarstvo i Pravo, 1992.
- Ekşi, Nuray:** Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz İktisabı, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2012.
- Erten, Rıfat:**”ICSID Tahkimi”, BATIDER, C. XIX, S. 4, 1998, s. 205-228.
- Farhutdinov, İ. Z.:** “Действие международных Договоров в Сфере Иностранных Инвестиций” (Deystviye Mejdunarodnih Dogovorov v Sfere İnostrannih İinvestitsiy), Trudı Moskovskoy Gosudarstvennoy Yuridiçeskoй Akademii, Moskva, 1999, s. 135-140.
- Frolkina, E. N.:** “Правовое Регулирование Страхования Иностранных Инвестиций в Международном Частном Праве” (Pravovoe Regulirovanie Strahovaniya İnostrannih İinvestitsiy v Mejdunarodnom Chastnom Prave), Законы России, No:6, Haziran, 2012, s. 90, s. 89-94.
- Göğer, Erdoğan:** Yabancılar Hukuku, Sevinç Matbaası, 3. Bası, Ankara, 1979.
- Demir Gökyayla, Cemile/Süral, Ceyda:** “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2004, s. 131-167.
- Doğan, Vahit:** Türk Yabancılar Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Gusev, D. V.:** “Налоговый Климат Как Фактор Привлечения Иностранных Инвестиций”, (Nalogovıy Klimat Kak Faktor Privlecheniya İnostrannih İinvestitsiy), Финансы, No:5, 2000, s. 41-43.
- Gürtan, Kenan:** Türkiye’de Yatırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959.
- Hacaloğlu, Tuncay:** Yabancı Sermaye ve Türkiye’de Yabancı Sermaye Uygulaması, Uzmanlık Tezi, Başbakanlık DPT Müsteşarlığı, Ankara, 1983.
- Işık, Olcay:** “Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı. Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 7, Sayı: 28, 2011, s. 125-145.
- Karakoyunlu, Erdoğan:** Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Yabancı Sermaye Dairesinin 1980 Faaliyetleri Sonuçları, İstanbul, 1981.

- Karluk, S.** Rıdvan: Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları, Taştan Matbaası, İstanbul, 1983 (Yabancı Sermaye Yatırımları).
- Karluk, S.** Rıdvan: Uluslararası Ekonomi, Beta, 5.Bası, İstanbul, 1998 (Ekonomi).
- Kayıhan, Şaban/Eski, Mehmet:** Uluslararası Ekonomi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Kılıçkaya, A.** Hayati: “Yabancı Sermaye Yatırımı ile Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinimlerindeki Mevzuat Değişiklikleri”, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Eylül, 2003, s. 10-13.
- Kırlı Aydemir, Deniz:** Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu (MIGA) ve Yabancı Yatırımların Politik Risklere Karşı Korunması, Legal, İstanbul, 2005.
- Krupko, S.:** “Международный Центр по Урегулированию Инвестиционных Споров” (Mejdunarodniy Tsentr po Uregulirovaniyu Investitsionnih Sporov), Hozyaystvo i Pravo, No: 6, 2002, s. 106-118.
- Kubilay, Huriye:** Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, Barış Yayınları, 2. Baskı, İzmir, 2003.
- Kumkale, Rüknettin:** Yabancı Sermayeli Şirketler, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2003.
- Labin, D. K.:** Международное Право по защите и Поощрению Иностранных Инвестиций (Mejdunarodnoe Pravo po Zashite i Pooshreniyu İnostrannih İinvestitsiy), Wolters Kluwer, Moskova, 2008.
- Maulenov, K. S.:** Правовое Регулирование Иностранных Инвестиций в Республике Казахстан (Pravovoye Regulirovaniye İnostrannih İinvestitsiy v Respublike Kazakhstan), Almatı, 1998.
- Maulenov, K. S.:** Государственное Управление и Правовое Регулирование в Сфере Иностранных Инвестиций в Республике Казахстан (Gosudarstvennoye Upravleniye i Pravovoye Regulirovaniye v Sfere İnostrannih İinvestitsiy v Respublike Kazakhstan), Almatı, 2000.
- Moroz, S. P.:** Инвестиционное Право (İinvestitsionnoe Pravo), Almatı, 2003.
- Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin, Günseli:** Milletlerarası Tahkim Hukuku, Beta, 4. Bası, İstanbul, 2013.

- Ovchinnikov, A. A/Gushin, V. V.:** Инвестиционное Право. Учебник (İnvestitsionnoe Pravo. Uchebnik), Эксмо Yayınevi, Moskova, 2009.
- Ökçün, A. Gündüz:** Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyetleri, Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, Ankara, 1962.
- Özel, Sibel:** “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB, Yıl: 23, 2003, s. 599-617.
- Öztekin, Basri:** “Yabancı Sermaye Hakkında Görüşler”, İstanbul, YASED Yayınları No. 3, 1982.
- Paramonov, V. V.:** Экономика Казахстана; Экономика, Рынок, Финансы (Ekonomika Kazakhstana; Ekonomika, Rınok, Finansı) (1990-1998), Almatı, Gılım, 2000.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Perova, M.:** “Международная Форма Регуирования Иностранных Инвестиций” (Международная Форма Регуированија Иностранних Инвестиций), Hozyaystvo i Pravo, No:2, 1999, s. 98-104.
- Polat, Malike/Al Kılıç, Şengül:** “ICSID Yatırım Tahkimine Konu Olan Cementownia “Nowa Huta” S.A.-Türkiye Uyuşmazlığında “İyi Niyet” ve “Manevi Tazminat” İddialarının Değerlendirilmesi”, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 34, Issue: 2, s. 59-87.
- Sattarova, G.:** Право и Иностранные Инвестиции в Республике Казахстан (Pravo i İnostrannıye İinvestitsii v Respublike Kazakhstan), Almaty, 1997.
- Seyidoğlu, Halil:** Uluslararası İktisat, Güzem Yayınevi, İstanbul 1994.
- Suleymenov, M. K.:** “Законодательство об инвестициях Республики Казахстан: 25 лет развития”, (Kazakistan Cumhuriyeti Yatırımlar Mevzuatı 25.yılında, “Yer altı kaynakları-Kazakistan Cumhuriyeti Ekonomisinin Temeli” başlıklı 28.04.2017 tarihli konferansında tebliği.
- Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2 Bası, İstanbul, 2002.
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Tekinalp, Gülören:** Türk Yabancılar Hukuku, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2003.
- Tiryakioğlu, Bilgin:** Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.

- Turanlı**, Hüsnü: Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayınlanmamış doktora tezi, 2008.
- Uludağ**, Ramazan: Türkiye’de Yabancı Sermaye Uygulaması, Atıf Matbaacılık, Ankara 1991.
- Uras**, Güngör: Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları, Formül Matbaası, İstanbul, 1979.
- Veselkova**, E. E.: “Некоторые Правовые Аспекты Соглашений по защите Инвестиций” (Nekotoriye Pravoviyе Aspektı Soglaşeniye po Zaşite İnvestitsiy), Zakon i Pravo, no:10, 2002, s. 51-54.
- Yılmaz**, Cengiz: “Türkiye’de Yabancı Sermaye ve Kârlılık”, Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, Ankara, 1991, s. 475-485.
- Yılmaz**, İlhan: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta, İstanbul, 2004.

İnternet Adresleri :

- Dikmen**, Ahmet Alpay/**Karahanoğulları**, Onur: “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirme”, http://www.bilkent.edu.tr/~yeldanbs/Yazilar_Uye/DikmenKara.html
- Betaneli**, Ketevan: “Арбитражные Дела в Нефтегазовой Отрасли с Участием Казахстана” (Arbitrajnie Dela s Uchastiem Kazahstana), https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35883129#pos=6;-155
http://www.ekodialog.com/osmanli_ekonomisi/osmanli-devletinde-yabanci-sermaye.html
<http://herdem.av.tr/tr/dorudan-yabanc-yatrimlar-ve-trkiye/>
www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss142m.html
<http://www.katiad.kz>
<http://kidi.gov.kz/public/publications/483>
<http://e-law.kz/sovetiy/13-blog/72-zashchita-investorov.html>
<http://www.memleket.com.tr/kazakistanda-dogrudan-yatirim-yuzde-40-artti-1094424h>
<https://www.miga.org/who-we-are/member-countries/>
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>
<http://invest.mid.gov.kz/ru/pages/soglasheniya-o-pooshchrenii-i-vzaimnoy-zashchite-investiciy>

http://www.verginet.net/dtt/1/Ulkeler_4825.aspx

<http://kgd.gov.kz/ru/content/konvencii-ob-izbezhanii-dvoynogo-nalogooblozheniya-i-predotvrashchenii-ukloneniya-ot>

<http://rfcaratings.kz/6579>

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0289_1.pdf

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3126.pdf>

ATIK VE ARTIKLARLA ÇEVRENİN KASTEN KİRLLETİLMESİ SUÇU (TCK M. 181/1)

DOI: 10.33717/deuhfd.567611

Dr. Öğr. Üyesi Nebahat KAYAER*

Öz

Endüstrinin çevreye verdiği atık veya artıkların neden olduğu çevre sorunları her geçen gün artmaktadır. Ekolojik dengenin bozulması, çevrenin geriye dönüşsüz kirlenmesi ve önlemlerin yetersizliği büyük sorun oluşturmaktadır. Bu durum tüm insanlığı büyük ve önlenemez tehlikelerle karşı karşıya bırakmaktadır. Çevre kirliliği nedeniyle insanlık bir dizi hastalıkla (kanser, erken yaşlanma, depresyon, akciğer hastalığı, genetik bozukluklar, vs.) mücadele etmektedir. Bu bağlamda, yaşadığımız çevrenin yaşanılabilirlik düzeyinin azalması nedeniyle çevre sorunları hukuk ve diğer bilimsel çevrelerce tartışılır hale gelmiştir. Özellikle çalışma konumuzu oluşturan atık ve artıklarla çevrenin kirletilmesi endişe verici boyuta ulaşmıştır. Bu nedenle çevrenin kirliliğinin önlemesi amacıyla cezai yaptırımlara başvurma zorunluluğu doğmuştur. Çevrenin kasten kirletilmesi suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımı ile yaptırım altına alınmıştır. Bu çalışmanın kapsamı atık veya artıkların alıcı ortama (toprak, su ve hava) çevreye zarar verecek şekilde kasten verilmesini oluşturmaktadır. Suçun temel şekli TCK m. 181/1'de, nitelikli halleri TCK m. 181/3-4'de düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Çevre, Çevre kirliliği, çevre suçu, atık, artık.

INTENTIONAL POLLUTION CRIME OF THE ENVIRONMENT WITH WASTES AND RESIDUALS (TCK ART. 181/1)

Abstract

The environmental problems caused by the waste or wastes caused by the industry are increasing day by day. The deterioration of the ecological balance,

* Kıbrıs Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: nebahatkayaer@yahoo.com) (ORCID: 0000-0002-6972-9911) (Makalenin Geliş Tarihi: 05.03.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 05.03.2019-08.03.2019/Makale Kabul Tarihleri: 02.05.2019-19.04.2019)

the irreversible pollution of the environment and the insufficiency of the measures constitute a major problem. This situation exposes all humanity to big and irreversible dangers. Due to environmental pollution, humanity is struggling with a series of diseases (cancer, premature aging, depression, lung disease, genetic disorders, etc.). In this context, the level of livability of the environment we live in has been debated by environmentally friendly and other scientific circles. Especially, the pollution of the environment with the wastes and wastes that constitute our working condition has reached an alarming dimension. For this reason, the obligation to resort to criminal sanctions to prevent pollution of the environment has arisen. The crime of deliberate contamination of the environment was sanctioned under the Turkish Penal Code no. 5237. The scope of this study constitutes the deliberate supply of waste or residues to the receiving environment (soil, water and air) in a way that is harmful to the environment. The basic form of the crime is regulated in Article 181/1 of the Turkish Penal Code, major crimes are regulated in Articles 181 / 3-4 of Turkish Penal Code, Article 181 / 3-4.

Keywords

Environment, Environmental pollution, environmental crime, waste, residual

GİRİŞ

Teknolojinin baş döndüren gelişimi çevrenin korunmasını zorlaştırmış; fabrikalar işletmeler üretimini ve gelirlerini artırırken feda edilen hep doğa olmuştur. Oysa çevreyi korumak insanoğlunun varlığını sürdürebilmesi açısından hayati öneme sahiptir. Bu nedenle çevrenin olabilecek her türlü olanaklar dâhilinde korunması zorunludur. Çevrenin korunması, son yıllarda gelişen ve önemi artan bir kavram olup birçok bilim alanının uğraşı alanına girmektedir. Bunlar ulusal ve uluslararası hukuk, felsefe, din, ahlak kuralları, sosyoloji, çevrebilim, fizik, kimya, teknik bilimler olarak sıralanabilir¹. Bu bilim dallarından sadece hukuk bilimi yaptırım uygulayabilmekte olduğundan çevrenin korunmasında önemli bir konuma sahiptir.

Türk Hukukunda çevre hukuku Avrupa ülkeleri ve gelişmiş ülkeler ile kıyaslandığında daha geç 1980 yılından itibaren gelişmeye başlamıştır². Türk Hukukunda çevre ile ilgili düzenlemeler başta 1982 Anayasa'sı³ m. 56⁴ olmak üzere geniş bir mevzuat içerisinde ve özellikle 2872 sayılı Çevre Kanunu⁵ ile Türk Ceza Kanunu'nda (TCK)⁶ yer almaktadır. Bu itibarla, TCK'nın birinci maddesinde ceza kanununun amaçlarından birisinin çevreyi korumak olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kanunun 181 ila 184 maddeleri olmak üzere, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda ve diğer bir kısım mevzuatta çevre korunmaya çalışılmış bu amaçla çevreyi kirletme eylemi farklı suç ve kabaht türleri ile yaptırıma bağlanmıştır.

Bu çalışmamızda TCK m. 181/1 de düzenlenen atık ve artıklarla çevrenin kasten kirletilmesi suçunu inceleyeceğiz. Konuya ilişkin Yargıtay kararlarına yeri geldikçe değinilecektir.

¹ Ahmet **Taşkın**, "Çevrenin Hukuksal Yönden Korunması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, 2010, s. 240.

² Burcu **Dönmez**, "Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar", <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/25-Burcu-D%C3%96NMEZ.pdf> (Erişim Tarihi: 25.06.2017), s. 910; Handan Yokuş **Sevük**, Çevre Hukuku Doğal, Çevrenin Korunması, Ankara 2013, s. 290.

³ Bu Anayasa; Kurucu Meclis tarafından 18.10.1982'de halkoylamasına sunulmak üzere kabul edilmiş ve 20.10.1982 tarihli ve 17844 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış; 7.11.1982'de halkoylamasına sunulduktan sonra 9.11.1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete 'de yeniden yayımlanmıştır.

⁴ Anayasa m. 56: "Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir".

⁵ RG:11.8.1983/18132.

⁶ RG:12.10.2004/25611.

1. Genel Olarak

Çevrenin atık ve artıklarla kasten kirletilmesi suçu bir çevre suçudur. Çevre suçu çevresel değerlerin ortadan kaldırılması ve/veya bu değerlere zarar verilmesine yönelik suçlar olarak tanımlanabilir⁷. Çevre suçları artan teknolojik gelişmelere bağlı olarak çeşitli şekillerde ve bir takım gerçek kişiler ile özel ve tüzel kişiler yoluyla işlenebilmektedir. Çevre suçlarının hepsi kirliliğe bağlı olmamakla birlikte büyük bir çoğunluğu kirliliğe bağlı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Günümüzde endüstrinin sulara verdiği artıkların neden olduğu çevre sorunları, artarak büyümektedir ve çevreyi kirletmeden endüstri kurmanın daha rasyonel olduğu anlaşılmışsa da geçmişten bu yana yapıla gelmekte olan çevre kirliliğine yol açan müdahaleler sonucunda ülkeler bunun acısını çekmekte ve hatalarını ancak büyük paralar ödeyerek tamire çalışmaktadırlar.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu (TCK m. 181)⁸, Türk Ceza Kanununun ikinci kitabın "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının ikinci bölümünde "*Çevreye Karşı Suçlar*" başlığı altında iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçlardan birincisi atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya kasten verilmesi, ikincisi ise atık veya artıkların ülkeye izinsiz olarak sokulmasıdır.

Biz bu çalışmada sadece TCK m. 181/1 düzenlenen atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten verilmesi suçunu inceleyeceğiz. Çevrenin atık ve artıklar vasıtasıyla kirletilmesi suçunun temel şekli maddenin birinci fıkrasında; nitelikli halleri ise ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir.

⁷ Şafak **Kaypak**, "Çevresel Güvenlik ve Sınıraşan Çevre Suçları", Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S 38, 2013 s. 17.

⁸ "(1) İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır. (4) Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (5) Bu maddenin iki, üç ve dördüncü fıkrasındaki fiillerden dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."

Son olarak maddenin beşinci fıkrasında suçun tüzel kişilerce işlenmesi halinde, sadece nitelikli hallerinde söz konusu olmak üzere, güvenlik tedbiri uygulanacağı düzenlenmiştir.

2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Çevre ceza hukukunda hukuksal değer ne olduğu konusunda yapılan tartışmalarda birden çok görüş ortaya atılmıştır. Söz konusu görüşler ekolojik⁹ ve insan merkezli görüşler etrafında toplanmaktadır. Ekolojik hukuk anlayışını benimseyen ve çevreyi oluşturan hava, su, toprak ve bu alanda yaşayan canlıların korunduğu hukuksal görüşü savunmaktadırlar¹⁰. Diğer bir görüş olan insan merkezli görüşü savunanlar, korunan hukuksal değer yaşam sağlık ve vücut bütünlüğü gibi kişisel hukuksal değerler olduğunu savunmaktadırlar¹¹.

Bizce çevre suçlarıyla korunmak istenen hukuki değer, her iki görüşü içine alan yani insan merkezli görüşlerin yanı sıra çevre kirliliği ile meydana gelebilecek zararların ihlal ettiği diğer çevreyi oluşturan hava, su, toprak ve hayvan ve bitkilerin kısaca çevrenin bizzatı kendisinin korunmasıdır. Bu hakların başında öğretide de baskın görüş olarak kabul edilen, kişilerin sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşayabilme hakkı gelmektedir¹². Bu hak kişilerin canlı ve sağlıklı kalabilmeleri kendilerini geliştirebilmeleri ve diğer haklarını kullanabilmeleri için büyük öneme sahiptir.

Türk Ceza Kanunu açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse, çevrenin kasten kirletilmesi suçunda korunan hukuki yararın ne olduğunu anlamak için suçun düzenlediği yere bakmak gerekir. Bu suç TCK'nın ikinci kitabının "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü kısmının ikinci bölümünde "*Çevreye Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. TCK m.

⁹ Ekoloji, "*canlı varlık ve organizmaların birbirleriyle ve yaşadıkları doğal ortam ile ilişkilerini inceleyen bilim dalıdır*" (Şeref **Ertaş**, Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, İleri Kitabevi, İzmir 2012, 29).

¹⁰ **Ünver/Nuhoğlu**, s. 54.

¹¹ **Sevük** s. 244-245; **Dönmez**, s. 911.

¹² Ali **Parlar**/Muzaffer **Hatipoğlu**, Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku, Ankara 2010, s. 293; Mehmet Emin **Artuk**, "Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 1, 2014, s. 40; Murat **Balci**, "Çevrenin Taksirle Kirletilmesi Suçu TCK m.182", Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi ve Çevreye Karşı Suçlar Paneli, Ankara 2012, s. 165; Mustafa **Özen**, "Çevreye Karşı İşlenen Suçlar" (TCK m. 181, 182), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2010, s. 14; Ersan **Şen**, Çevre Ceza Hukuku, İstanbul, 1994, s. 115; Nazmiye **Özenbaş**, "Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyula Korunması Kapsamında Çevrenin Kirletilmesi Suçları", <https://www.avekon.org/papers/772.pdf>, s. 928.

181'in madde gerekçesinde "kişilerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakları korunmuş olduğu" açıkça ifade edilerek sağlıklı ve dengeli yaşam hakkının önemi vurgulanmıştır¹³. Bu düzenlemeler ışığında, kanun koyucunun bu suçta korunan hukuki yararı belirlerken, insan merkezli yaklaşımı esas aldığı anlaşılmaktadır.

TCK m. 181 de düzenlenen çevrenin kasten kirletilmesi suçuyla korunan hukuki yarar karma nitelikli olup suçla birden fazla hukuki yararın korunmak istediği anlaşılmaktadır. Bu suçta korunan hukuki yarar, ekolojik menfaatler ile insana ilişkin sağlık, yaşam ve geleceği sürdürme menfaatleridir¹⁴. Öyleyse TCK madde 181/1-2 ve 3'te düzenlenen suçlarda öncelikle toprak, hava ve su korunmaktadır. Dolaylı olarak kişilerin temiz ve sağlıklı bir çevrede yaşayabilmeleri dolayısıyla sağlıklı yaşam hakkı korunmak istenmiştir¹⁵. TCK m. 181/4 suçla korunan hukuki değer ise diğer canlıların yaşam hakkıdır.¹⁶ Son olarak, bu suçla korunan hukuki değer, idarenin koymuş olduğu kuralları uygulamak bakımından çevre ceza hukukuna başvurulması nedeniyle kamu düzenidir.

Sonuç olarak, bu suçla korunan diğer hukuki değer, kişilerin yaşamı¹⁷, sağlığı¹⁸, vücut bütünlüğü¹⁹ ile özel ve ailevi yaşamı ve mülkleridir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) dolaylı şekilde bu hakkı korumaya yönelik Devletlere bir takım yükümlülükler yüklemiştir. Bu değerlerin ihlalinin değerlendirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), çevre

¹³ Nitekim bir Yargıtay kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 56/1. maddesine göre herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında getirilen düzenleme ile de çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek gerek Devlete gerekse vatandaşlara ödev olarak yüklenmiştir. Anayasada yer alan bu ilkeler 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3/a maddesinde de benzer biçimde düzenlenmiştir. Buna göre; gerçek ya da tüzel kişi olarak herkes, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olup, alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdür. Bu bağlamda, "kamu sağlığını ve çevreyi koruma" prensibi Türk Ceza Kanunu'nun birinci maddesinde Kanun'un amaçlarından birisi olarak öngörülmüş, ayrıca "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı" başta bu Kanunun 181 ilâ 184. maddeleri olmak üzere, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda ve diğer bir kısım mevzuatta koruma altına alınmış, çevreyi kirletme eylemi farklı suç ve kabahat türleri ile yaptırma bağlanmıştır". (Y4CD, E. 2013/18952, K. 2014/3408, T. 24.11.2014; <https://www.karartek.com.tr> Erişim Tarihi: 20.02.2019).

¹⁴ **Sevük**, s. 246.

¹⁵ **Artuk**, s. 40; **Özen**, s. 14; **Sevük**, s. 296.

¹⁶ **Artuk**, s. 40; **Özen**, s. 15; **Sevük**, s. 296.

¹⁷ **Sevük** s. 295; **Dönmez**, s. 911; **Balcı**, s. 165; **Şen**, s. 116; bkz. Madde gerekçesi.

¹⁸ **Şen**, s. 116.

¹⁹ **Balcı**, s. 165.

zararlarının insan sağlığı ve yaşamına olan olumsuz etkilerini sözleşmenin başta 2. 8. maddeleri olmak üzere nadir de olsa 3. madde kapsamında değerlendirmektedir.

Çevrenin atık veya artıklarla kasten kirletilmesi ile çevresel kirliliğin tehdit ettiği haklardan ilki AİHS m. 2²⁰ ile koruma altına alınan yaşam hakkıdır²¹. AİHM'e yapılan başvurular, devletin veya özel kişilerin tehlikeli faaliyetlerinden dolayı yaşam hakkının tehdit altında olduğuna ilişkindir²².

AİHM çevrenin kasten kirletilmesi suçunda korunan hukuki değer bakımından AİHM'nin yetkililerden yaşamı tehdit eden çevresel tehditleri caydırıcı kanuni düzenlemeler yapmalarını, acil tehlike olduğunu bildiği ve bilmesi gerektiği durumlarda yaşamı korumak adına uygun önlem almasını ve

²⁰ AİHS Madde 2 Yaşam hakkı

"1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması".

²¹ AİHS madde 2, herkesin yaşam hakkının kanunun koruması altında olduğunu belirttiğinden sonra insan yaşamının ortadan kaldırılmasının hukuka uygun sayıldığı sebeplerden bahsetmiştir. Söz konusu madde devlete şu yükümlülükleri yükler:

1- Devlet, organları aracılığıyla, maddede sayılan istisnai durumlar haricinde bir kimsenin yaşamının ortadan kaldırılamaması, negatif yükümlülüğü altındadır.

2- Madde ile devlete yüklenen ikinci yükümlülük pozitif yükümlülüktür. Buna göre insan yaşamının etkili olarak korunması için gerekli adımların atılması, bu çerçevede bireyleri diğer kişilerin hayati tehlike yaratan eylemlerinden korumak için uygun önlemlerin alınması gerekmektedir.

3- İlgili devletin yaşama kast eden eylemlere karşı kanunlarında caydırıcı, etkili ceza hükümlerine yer vermesinin yanı sıra usulü yükümlülükleri de vardır.

Bu itibarla söz konusu hükümlerin ihlal edilmesini önlemeye ve cezalandırmaya yönelik etkin bir ceza kovuşturmasını sağlayacak bir yapı oluşturması ayrıca yaptırımların infazını sağlayan işler bir sistem oluşturması gerekmektedir (Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/Oğuz **Sancakdar**/Rifat Murat **Önok**, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2014, s. 94; **Sevük**, s. 65).

²² Örneğin AİHM, L.C.B./Birleşik Krallık/14/1997/798/1001, 09.06.1998 kararında nükleer denemeler sonucu radyasyona maruz kalan kişilerin başvurularının yaşam hakkı çerçevesinde tartışılmıştır. (Erkan **Duymaz**, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı" İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No. 47, Y. 2012, S. 47, s. 135).

aynı zamanda bilgi vermesini beklemektedir. Nitekim AİHM, 1993 yılının Nisan ayında çöplüğün içinde birikme yapan bir metan gazı patlaması sonucunda atık yığının çöp dağının eteğinde yerleşik yaklaşık on evin üzerine çökmesi sonucu evlerde yaşayan toplam 39 kişinin öldüğü olaya ilişkin *Öner Yıldız v. Türkiye* davasında 2. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, “*Hükümet gecekonduların sakinlerine yaşadıkları yerdeki tehlikelere ilişkin uyarıda bulunmamıştır. Ama böyle bir uyarıda bulunmuş olsaydı bile bu insanların yaşamlarının tehlikeye girmesinden kaçınmak için gerekli pratik tedbirleri almamış olduğu için sorumluluğu devam etmiştir. Çöplüğün tutarlı bir denetim sistemi olmaksızın açılmasına ve işletilmesine izin verildiğinden, mevzuatın kusurlu olduğu kanıtlanmıştır. Şehir planlama sistemi de benzer bir şekilde yetersiz bulunmuş ve hiç şüphesiz bu durum kazaya yol açan olaylar dizisinde önemli rol oynamıştır*”²³.

AİHM, çevre zararlarının insan sağlığı ve yaşamına olan olumsuz etkilerini çoğunlukla sözleşmenin 8. Maddesi²⁴ kapsamında değerlendirmiştir. AİHM tıpkı sözleşmenin 2. Maddesinde olduğu gibi, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı konusunda devletlere bazı yükümlülükler yüklemektedir²⁵.

- 1- Faaliyetin ulusal kuralları ihlal ettiği durumlarda yetkili makamlar harekete geçmeli faaliyetin kurallara uygun olarak devam etmesini sağlamalıdır.
- 2- Faaliyetten zarar görebilecek kişileri bilgilendirmeli ve etkili ve erişilebilir bir prosedür oluşturmalıdır.

Çevresel zararların yol açtığı hak ihlalleri çevre hakkının sözleşmede bağımsız olarak yer alması ve bu hakkın 8. Madde ile güvence altına alınan birçok hak ile bağlantı olması sebebiyle 8. Maddenin düzenlenişinde önemli bir yer tutmaktadır²⁶. AİHM bu maddeyi oldukça geniş ve dinamik bir şekilde yorumlanmakta, çevresel kirlenmenin birey üzerinde yarattığı

²³ AİHM, *Öner Yıldız v. Türkiye*, 30.11.2004, Başvuru No. 48939/99, http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2011/10/mahkemenin-cevre-haklarna-iliskin_13.html; <https://hudoc.echr.coe.int/eng> (Erişim Tarihi: 12.06.2019).

²⁴ AİHS Madde 8 Özel ve aile hayatına saygı hakkı
 “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”.

²⁵ **Sevük**, s. 81.

²⁶ **Sevük**, s. 73.

olumsuz etkileri incelenmektedir. Mahkemeye yapılan başvurular, konumuzla alakalı olmak üzere, sanayi atıklarından kaynaklanan kirlilik, çöplüklerden kaynaklanan kirlilik üzerinde yoğunlaşmaktadır²⁷. AİHM, deri işleyen bir tesisin gaz, duman ve koku ve bulaşıcı hastalıklar yayayan sanayi çöplerinin ve atıklarının yakında yaşayan halkta sağlık sorunları yaratması konulu *Lopez Ostra v. İspanya* davasında İspanya'nın atık işleme tesisinin sahibi olan kasabanın ekonomik refahına ilişkin menfaatler ile başvurucunun ve ailesinin evi ve özel hayatına saygı hakkından etkili bir şekilde yararlanması arasında adil bir denge kurmakta başarısız olması nedeniyle 8. madde ihlali tespit etmiştir²⁸. Mahkeme birçok kararında tehlikeli atıkların 8. Madde ihlaline yol açtığını belirttiikten sonra devletin bireyin yararı ile toplumun yararı arasında adil bir denge kurmadığını kabul ederek başvurucu lehine karar vermiştir²⁹. Strazburg organlarınca kişilerin özel ve aile yaşamları ile konutlarına çevre kirliliği ile verilen ya da verilmesi ihtimal dâhilinde olan çevresel zararların devlet yetkililerince farkında olunması ve önlem alınmak suretiyle madde kapsamında belirtilen haklarına saygı duyulması istenmektedir. Söz konusu çevresel zararların yetkili merciin kamu yararı gereğiyle yapmış olduğu müdahalenin orantılı ve kanun yoluyla olmak kaydıyla 8/2. madde uyarınca mazur görülebileceği belirtilmektedir. Sonuç itibarıyla Mahkemede görülen davaların hemen hepsinin ortak yönü devletin üzerine düşen önlemleri almayarak başvurucuları uzun süre ciddi bir kirliliğe maruz bırakmasıdır³⁰.

Son olarak, Mahkeme çevre kirliliğinin yola açtığı sonuçlar bakımından Sözleşmenin 3. Maddesinin³¹ ihlali iddialarını da incelemiştir. Mahkeme ilk kez Florea Davası'nda 3. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir³².

²⁷ **Duymaz**, s. 130.

²⁸ AİHM, Lopez Ostra v. İspanya, 09.012.1994, Başvuru No. 16798/90, http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2011/10/mahkemenin-cevre-haklarna-iliskin_13.html (Erişim Tarihi: 12.05.2019) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22dmdocnumber%22%3A%22695782%22%2C%22itemid%22%3A%22001-57905%22%7D> (Erişim Tarihi: 12.05.2019).

²⁹ Giacomelli v. İtalya, 02.11.2006, Başvuru No. 59909/00; Guerra ve Diğerleri v. İtalya, 19.02.1998, Başvuru No. 14967/89; Taşkın ve Diğerleri v. Türkiye, 10.11.2004, Başvuru No. 46117/99., http://aihmgunlugu.blogspot.com.tr/2011/10/mahkemenin-cevre-haklarna-iliskin_13.html (Erişim Tarihi: 12.05.2019). <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%20> (Erişim Tarihi: 12.05.2019).

³⁰ AİHM, Fadeyeva/Rusya, 55723/00, 09.06.2005; AİHM, Tatar/Romanya, 67021/01, 27.01.2009; AİHM, Bacila/Romanya, 19234/04, 30.03.2010; AİHM, Dubetska ve diğerleri/Ukrayna, 30499/03, 10.02.2011; AİHM, Apanasewicz/Polonya, 6854/07, 03.05.2011; AİHM, Branduse/Romanya, 6586/03, 07.04.2009; AİHM, Di Sarno ve diğerleri/İtalya, n° 30765/08, 10.01.2012 (Kararlar için bkz. **Duymaz**, s. 130).

³¹ "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz".

3. Tipikliğin Objektif Unsurları (Maddi Unsurlar)

a. Suçun Maddi Konusu

TCK m. 181/1 de tanımlanan suçun maddi konusu, çevredir³³. Çevre konusuna ilişkin literatürde genel kabul gören bir tanım henüz mevcut olmayıp³⁴, tanımlamaların her şeyi içine alabilecek genişlikte olması ya da bazı öğelerin dışta bırakılması gibi risklerle karşılaşılması düşüncesiyle genel bir tanım verilmekten kaçınılmıştır³⁵. Aynı durum hukuki düzenlemeler için de geçerlidir³⁶.

Çevrenin tanımı sözlükte değişik bilim dallarını kapsayacak şekilde çok çeşitli şekillerde tanımlanmıştır³⁷. Konumuz açısından çevre, Zooloji Terimleri Sözlüğü'nde "*Bir organizma ya da organizmanın bir parçası üzerine etki yapan dış etkenler topluluğu*"; Veteriner Hekimliği Terimleri Sözlüğü'nde "*Canlıların içinde yaşadıkları ortam ve bu ortamlardaki çeşitli faktörlerin bütünü, ambiyens*"; Su Ürünleri Terimleri Sözlüğü'nde "*Bir organizmanın veya bir parçasının üzerinde etki yapan dış etkenler topluluğu*" olarak tanımlanmaktadır³⁸.

Çevre ulusal ve uluslararası düzenlemelerde de tanımlanmıştır. Çevre 2872 sayılı Çevre Kanunu 2. Maddesinde "*Canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam*" şeklinde tanımlanmıştır. Avrupa Birliği İkinci Çevre Aktivite Programının 2A kısmında "*Dünya çevre medyası ve yaşam alanının bir kısmı olarak doğal kaynaklar*" olarak tanımlanırken; 67/548 numaralı Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin değiştirilmesine yönelik 2/1 maddesinde "*bir yandan su, hava, yer ve onlarla bağlantılı alt değerleri öte yandan bütün canlı varlıklar*" olarak tanımlanmıştır³⁹.

³² Mahkeme'ye göre, başvurunun sağlık durumunun kötü olmasına rağmen uzun süre sigara dumanına maruz kalması 3. maddenin ihlali sonucunu doğurmuştur. AİHM, Florea/Romanya, 37186/03, 14.09.2010 (Duymaz, s. 130).

³³ Artuk, s. 43; Sevük, s. 298; Yaygın kullanımı ekolojik sistem veya ekosistemdir.

³⁴ Yener Ünver/Ayşe Nuhoglu, Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, Beta Yayın, İstanbul 1999, s. 10.

³⁵ Nükhet Turgut, Çevre Hukuku, Ankara 2001, s. 76.

³⁶ Yusuf Güneş/Aynur Aydın Coşkun, Çevre Hukuku, Kazancı Kitap, İstanbul 2004, s. 4.

³⁷ Çevre, TDK Sözlüğünde birkaç şekilde tanımlanmıştır: "*Bir organizmanın ya da bir parçasının üzerinde etki yapan dış etkenler topluluğu*", "*1. Bireyi etkileyen canlı ve cansız varlıklar ile bütün güç ve koşulların toplamı. 2. Organizmayı içten ya da dıştan uyaran şeylerin toplu adı. 3. Varlığın, içinde bulunduğu ve yaşamını sürdürdüğü ortam.*". <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 18.06.2017).

³⁸ Tanımlar <http://www.tdk.gov.tr> adresinden alınmıştır. (Erişim Tarihi: 18.06.2013).

³⁹ Ünver/Nuhoglu, s. 10.

Çevre öğretide bu konuyla ilgilenen yazarlar tarafından çevrenin değişik unsurlarını ortaya çıkaracak şekillerde tanımlanmıştır. Parlar/Hatipoğlu, “*insan ve canlılar üzerinde ani veya süreli, doğrudan veya dolaylı etkide bulunan, fiziksel, kimyasal, toplumsal değerlerin tümü*” şeklinde tanımlanmış⁴⁰; Talas, “*canlıların yaşamını sürdürdüğü içinde bulunulan hava, su ve topraktan oluşan yerküre*” şeklinde tanımlamıştır⁴¹. Çevrenin en geniş iki tanımı şu şekildedir: “*doğal ve yapay kaynakları oluşturan öğeler ile bunların etkileşimlerinden meydana gelen olgu ve süreçlerin tümüdür*”⁴² “*insan ve canlılar üzerinde ani veya süreli, doğrudan veya dolaylı etkide bulunan, fiziksel, kimyasal, toplumsal değerlerin toplamı*”⁴³. Çalışma konumuzu oluşturan suçun konusu bakımından genel bir tanımlama yapmak gerekirse çevre, canlıların yaşayıp gelişmesini sağlayan ve onların sürekli olarak etkileri altında bulunduran fiziksel, kimyasal ve biyolojik faktörlerin bütünü olarak tanımlanabilir⁴⁴. Kısaca ekolojik işlevi olan her yer bu kapsam içerisinde kabul edilmelidir⁴⁵. Bu açıdan bakıldığında çevrenin kapsamadığı alan yok gibidir⁴⁶. Hatta yerkürenin dışına taşan uzay boşluğu, samanyolu galaksisi, güneş sistemi dünya ile etkileşim içerisinde olduğundan tanımların ve düzenlemelerin günümüzde bu kavramları da içine alacak şekilde yapılması gereklidir⁴⁷.

⁴⁰ Parlar/Hatipoğlu, s. 295.

⁴¹ Serdar Talas, “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013 s. 1151.

⁴² Güneş/Coşkun, s. 4; Aynı doğrultuda görüş için bkz. H. Güzin Üçışık/H. Fehim Üçışık, Çevre Hukuku, İstanbul 2013, s. 15.

⁴³ Ertaş, s. 22.

⁴⁴ Şen, 5.

⁴⁵ Ozan Ercan Taşkın, “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 1, 2015 s. 149.

⁴⁶ Çevre doğal çevre ve yapay çevre olarak ikiye ayrılır. Doğal çevre, yukarıda çevre için yapılan açıklamalar olup, yapay çevre, insanlar tarafından toplumsal yaşamın gereksinimlerini karşılamak amacıyla meydana getirilen yollar, köprüler, binalar yanında doğal kaynakların dönüştürülmesini içeren insan çevresidir. Yapay çevrenin de doğal çevreye dâhil edilmesi gerektiği kabul görmektedir (Ahmet Civanoğlu, Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, Sakarya 2006, s. 5-6); Yapay çevre, insan eliyle teknolojiyle yapılan veya oluşturulan öğelerden oluşur. Oluşturulduğu dönemin toplumsal bilgi birikimi teknolojisi ve değerleri yapay çevreye yansımalarının yanı sıra kültürel değerleri de ifade eder. Bu anlamda kentler, yollar, barajlar, köprüler, vb. yapay çevredir (Güneş/Coşkun, s. 7).

⁴⁷ Buna göre çevre, “Yeryüzü ekosisteminde yer alan canlı ve cansız varlıklarla bunların karşılıklı etkileşimlerinin var olduğu dünya dışı fiziksel mekân ve oluşturduğu yapay ortam ile yine bu varlıkların oluşturdukları soyut bir algılama ve etkileşimdir” (Güneş/Coşkun, s. 5).

Suçun maddi konusunu çevreyi oluşturan ve yeryüzünde tüm canlıların yaşam koşullarını belirleyen unsurlar: toprak, su ve hava⁴⁸ ile yeşil örtü (flora) ve hayvan topluluğu (fauna) dır⁴⁹. Başka bir deyişle, kirletilen tüm alıcı ortamlar suçun konusunu oluşturmaktadır⁵⁰.

Çoğu canlının yaşamını sürdürdüğü ve bir kısım canlının da yaşam kaynağı olan toprak bir çevre unsurudur. Toprak, sözlükte “*Yer kabuğunun, toz durumuna gelmiş türlü kütle kırıntılarıyla, çürümüş organik cisimlerden oluşan ve canlılara yaşama ortamı sağlayan yüzey bölümü*” olarak tanımlanmıştır⁵¹. Toprak, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 3/c maddesinde “*Mineral ve organik maddelerin parçalanarak ayrışması sonucu oluşan, yeryüzünü ince bir tabaka halinde kaplayan, canlı ve doğal kaynağı*” olarak tanımlanmıştır. Toprak öğretilde “*üzerine yetişen örtüsüyle, kültür bitkileriyle üzerinde yaşayan canlıları ile, bünyesinde oluşturduğu mikrobiyolojik canlıları ile çok uzun yıllar içerisinde kendisini yenileyebilen iyi kullanılmadığı ve korunmadığı takdirde kısa sürede kaybedilen bir canlı varlık, bir doğal kaynaktır*” şeklinde tanımlanmaktadır⁵².

Toprak, kayaların ve organik maddelerin çeşitli derecedeki ayrışma ürünlerinden meydana gelen, içinde geniş bir canlılar topluluğu barındıran, bitkilere durak yeri ve besin kaynağı olan ve katı yer kabuğunun, uzun zaman içerisinde belirli özellikler kazanan en üst kısmını saran doğal, dinamik bir yapıdır⁵³. Toprak eni, boyu, derinliği, üretkenliği ile çok boyutlu bir kavramdır⁵⁴. Suçun konusu olarak kabul edilen toprak kavramı geniş yorumlanmalı doğanın bir parçası olarak ekolojik fonksiyonları, akıcı ve gaz şeklindeki tüm türleriyle birlikte bu kapsamda kabul edilmelidir. Suçun konusunu teşkil eden toprak kavramına ekili olan olmayan tüm araziler, sarp kayalık tabanları, çöller, çölleşmiş suların tabanları, üzerine inşaat yapılmış

⁴⁸ Artuk, s. 43; Sevük, s. 298; Balcı, s. 177; Talas, s. 1151.

⁴⁹ Parlar/Hatipoğlu, s. 294-295; 67/548 numaralı Avrupa Birliği Sözleşmesi'nin değiştirilmesine yönelik 3. Maddesinde çevrenin unsurları, toprak, su ve hava, klima (ısı ve nem oranı), fizik coğrafya, insan, yeşil örtü (flora), hayvan topluluğu (fauna) ve tüm bu sayılan faktörlerin değiştirici etkileri ile maddi malvarlığı yaraları ve kültürel miraslardır (Ünver/Nuhoğlu, s. 10).

⁵⁰ Öğretilde Turgut, türler, genetik kaynaklar, ekosistemler, ekolojik süreçler, peyzaj ve genetik açıdan değişikliğe uğratılmış organizmaların çevre unsuruna dahil olduğunu savunmaktadır (Turgut, s. 78).

⁵¹ <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim Tarihi: 30.01.2019.

⁵² Güneş/Coşkun, s. 9.

⁵³ www.biyologlar.com/toprak-nedir-. Erişim Tarihi: 30.01.2019.

⁵⁴ Nibal Fatma Tangör, Çevre Hukukunun İşlevselliği: Mersin Örneği, Mersin 2006, s. 25.

toprak, caddenin altındaki toprak girmektedir. Çim saha, inşaat alanı, asfalt üzeri çakıl kum toprak yığını toprak kabul edilmez⁵⁵.

Çevrenin bir diğer unsuru olan su, canlıların yaşam kaynağı olup hidrojen ve oksijen bileşiminden oluşan bir yapıya sahiptir. Su, suya ilişkin yasal mevzuatta tanımlanmamıştır. Su, sözlükte, “*Hidrojenle oksijenden oluşan, sıvı durumunda bulunan, renksiz, kokusuz, tatsız madde*” şeklinde tanımlanmıştır⁵⁶. Suçun konusu olan suyun kapsamına yatağından akan veya doğal olarak çıkan yüzey suyu, yeraltı suyu, ev kuyularındaki durgun su, denizler, göller, nehirler girer⁵⁷. Özellikle içme ve kullanma amacıyla kullanılan yeraltı suları canlıların yaşamını sürdürebilmeleri açısından önemlidir. Keza kaplıca ve maden suları da hastalıkların tedavisinde kullanılmaktadır. Bu tür suların kirlenmesi sosyo-ekonomik açıdan topluma yönelik çok zararlı sonuçlara yol açabilir. Su döngüsüne girmeye yetecek kadar akmayan sular, sulak çayırlar, bataklıklar, sazlıklar gibi sularla bağlantısı olmayan ve su döngüsüne girmeyen suları ceza hukuku anlamında su olarak kabul edilmez⁵⁸.

Yerküreyi saran gaz kütleyle atmosfer, atmosferi meydana getiren gazların⁵⁹ karışımına da hava denmektedir⁶⁰. Hava çevreyi oluşturan unsurlardan birisidir. Hava yapısı itibarıyla çok kolay kirlenen ve temizlenmesi en zor olan çevresel unsurdur⁶¹. İnsan ve diğer canlıların yaşayabilmesi için yaşamsal değere sahip hava, katmanlardan oluşmakta olup gazların belli bir oran içerisinde bulunması gerekir. TCK bakımından hava her yerdeki hava olup madde korumasından yararlanır. Ancak bina içerisindeki hava dış ortama geçmediği veya dış havaya karışmadığı sürece hava olarak nitelendirilmez⁶².

Yeşil örtü (flora) ve hayvan topluluğu (fauna)⁶³, insan dışında var olan canlı biyolojik zenginliklerin tümüdür. Flora, Biyoloji Terimleri Sözlüğünde “*Belirli bir coğrafi alanda bulunan bitki türlerinin tümü*” fauna ise “*Belirli*

⁵⁵ Gülsün Ayhan Aygörmez **Uğurlubay**, Çevreye Karşı Suçlar Türk ve Alman Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar, Ankara 2015, s. 391.

⁵⁶ <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim Tarihi: 30.01.2019.

⁵⁷ **Sevük**, s. 298; Ayrıca bkz. Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği m. 3.

⁵⁸ **Uğurlubay**, s. 393.

⁵⁹ Havada Azot %78, Oksijen %21, Karbondioksit ve asal gazlar %1 oranında bulunur.

⁶⁰ **Parlar/Hatipoğlu**, 296.

⁶¹ **Güneş/Coşkun**, s. 9.

⁶² **Uğurlubay**, s. 395.

⁶³ Yaban hayatı olarak da adlandırılır (**Güneş/Coşkun**, s. 10).

bir coğrafi alanda bulunan hayvan türlerinin tümü” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁴. Ormanlar, çayırlar, meralar, milli parklar, tabiat parkları, etrafi yeşil alan ile çevrilmek suretiyle koruma altına alınan kültürel ve doğal anıtlar eserlerden oluşan yeşil örtü çevrenin önemli unsurlarından birini oluşturur⁶⁵. Ekosistemi oluşturan canlı ve cansız tüm varlıklar bir zincirin halkası gibi birbirine bağlı ve etkileşim içerisinde olup besin zincirini oluşturur⁶⁶.

Türk Ceza Kanunu suçun konusu olan çevreyi yukarıda yaptığımız tanımlardan ve 2872 sayılı Çevre Kanunundan daha dar kapsamda ele almıştır. Ceza kanunu suçun konusunu sadece toprak, su ve hava ile sınırlı tutmuş, sosyal, ekonomik ve kültürel ortamı kapsam dışı bırakmıştır⁶⁷. Bu durum çevrenin bu unsurlarına yönelik hukuka aykırı eylemleri cezasız kalmasına yol açmaktadır. Oysaki yüksek ekonomik değere sahip sulak alanlar, dünyanın belli bölgelerinde yetişen bitkiler, milli parklar, tabiat parkları, etrafi yeşillikle çevrili koruma altına alınmış kültürel doğal anıt ve eserler⁶⁸ ve yapay çevre⁶⁹ önemli bir çevre unsuru olup kapsam dışında kalmaktadır.

b. Fail

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun faili herkes olabilir⁷⁰. Kanun maddesinde “*kimse, kişi*” ifadesi kullanıldığı için faile özgü bir nitelik söz konusu değildir. Dolayısıyla özgü suç değildir. Çevrenin kirlenmesinden doğan cezai sorumluluğun muhatabı çevreyi kirletendir. Kirleten, Avrupa Konseyi tarafından “*doğrudan veya dolaylı bir şekilde çevrenin bozulmasına neden olan veya bozulmaya sebebiyet verecek bir koşulu ortaya çıkaran*” kişi olarak tanımlanırken⁷¹, Çevre Kanunu’nun “*Tanımlar*” kenar başlıklı 2. maddesinde, “Faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı

⁶⁴ <http://www.fencebilim.com/biyoloji/biyoloji-kavram-terimler-sozlugu.pdf>. Erişim Tarihi: 30.01.2019.

⁶⁵ Flora ve fauna dünyada bölgesel ve uluslararası sözleşmelerle özel olarak korumaya alınmış ilgili ülkelerin ulusal düzenlemelerinde yaşam ortamlarının bozulmasına yol açacak hareketler yasaklanmış ve cezai yaptırımlar düzenlenmiştir (Turgut, s. 642).

⁶⁶ Güneş/Coşkun, s. 10.

⁶⁷ Öğretide Taşkın kültürel kaynakların çevrenin bir unsuru haline gelmesi gerektiğini bu kaynakların korunmasına dair Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nda yeterince korunmadığı görüşündedir (Taşkın, s. 136).

⁶⁸ Şen, s. 10.

⁶⁹ Civanoğlu, s. 5-6; Güneş/Coşkun, s. 4.

⁷⁰ Artuk, s. 43; Sevük, s. 296; Özen, s. 25; Sabri Eyüp Yağcı, “Yargıtay Kararları Işığında Çevreye Karşı Suçlar”, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi ve Çevreye Karşı Suçlar Paneli, Ankara 2012, s. 89; Özenbaş, s. 928.

⁷¹ Üçışık/Üçışık, s. 24.

olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişiler” şeklinde tanımlanmıştır.

Öyleyse bu suçta gerçek kişiler yani tesisi kullanan veya işletmeyi işleten⁷² ve kamu görevlileri meydana gelen çevre kirliliğinden sorumlu olacaktır. Bunun yanı sıra herhangi bir faaliyetiyle kirlenme sonucunu doğuran özel tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

aa. Gerçek Kişiler

Çevrenin kasten kirletilmesi suçuna gerçek kişiler bakımından fail değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar kendi yaşadığı ortamı kirleten fail, yapmış olduğu meslek faaliyeti sırasında ortamı kirleten fail, görevi gereği çevreyi korumakla mükellef olan kamu görevlisi faildir⁷³.

Bu suç vatandaş veya yabancı kişi tarafından da işlenebilir (TCK m. 13/1-d)⁷⁴.

Kendi yaşadığı ortamı kirleten fail, gündelik yaşamda çevreyi kirleten kişiler yaşamlarını sürdürmekte oldukları ortamlarda çevreyi kirleten kişilerdir⁷⁵. Örneğin evdeki çöpü çöp kutusu yerine sokağa atan kişi bu suçta gündelik faildir. Aynı şekilde kış aylarında düşük kalite kömürünü yakıt olarak kullanan kişilerin ev bacasından çıkan dumanın hava kirliliğine yol açması⁷⁶ ya da evinin atık suyunu kanalizasyon şebekesine bağlamayan açığa tahliye etmesi halinde bu suçun faili olduğu kabul edilir. Öyleyse bu tür failler gündelik yaşamlarında tek tek davranışları (mutat alışkanlıkları) nedeniyle çevreyi kirleten kişilerdir⁷⁷. Örneğin, evsel atıkların çevreyi bozması, egzoz gazının havaya salımı, standart dışı yakacakların evlerde ısınmak için kullanılması hareketlerini yapan gerçek kişiler suçun faili durumundadır.

⁷² Kirleten kavramı geniş anlaşılmalıdır. Hasılat kiracısı, adi kiracı, intifa hakkı sahibi işle- ten, malzeme ve personel üzerinde fiilen doğrudan egemenliğe sahip olan kişiler de bu kasamdadır. Nitekim Yargıtay 06.02.1997 tarih, 4587/1307 nolu kararında “ ...kirletenin yani gerçek veya tüzel kişilerin fiili olup, bunların bir mülkiyet hakkına mı, sınırlı aynı hakka mı, yoksa şahsi bir hakka mı haiz olduğu aranmayacaktır” ifadesiyle aynı görüşte olduğunu belirtmiştir (Emel **Badur**, “Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara 2006, s. 112).

⁷³ Onur **Özcan**, Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu, İstanbul 2007, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 15.

⁷⁴ Bu hususa “Muhakeme” başlığı altında değinilmiştir.

⁷⁵ **Turgut**, s. 625.

⁷⁶ Hikmet Sami **Türk**, “Türk Hukukuna Göre Hava Kirlenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3-4, 1969, s. 129.

⁷⁷ **Turgut**, s. 625.

Çevrenin kasten kirletilmesinde belki de en büyük paya sahip olan fail grubu, yapmış olduğu meslek faaliyeti sırasında ortamı kirleten faillerden oluşmakta olup bu gibi yerlerde çalışan ve mesleki faaliyetleri çerçevesinde ve bu faaliyeti icra ederken çevreye zarar veren kişilerden oluşmaktadır. Günümüzde çevrenin kasten kirletilmesi suçu daha çok firma, şirket ve işletmeler tarafından işlenmektedir⁷⁸. Söz gelimi fabrika ve sabun imalathanesinden çıkan duman ve is⁷⁹ hava kirliliğine neden olmakta ya da işletmenin atık suyunu arıtmaksızın alıcı ortama tahliye ederek⁸⁰ çevre kirliliğine yol açmakta ve bu faaliyeti gerçekleştiren gerçek kişiler fail olmaktadır. Bu fail tipi aynı zamanda tüzel kişilerce işlenen çevre suçlarında tüzel kişi adına hareket eden kişi olabileceğinden hem suçu bizzat işleyen kişi ile tüzel kişiliğe yönelik yaptırımlar gündeme gelecektir⁸¹.

Görüldüğü üzere, çevrenin atık ve artıklarla kasten kirletilmesi suçunun bu grup faili, ceza hukukunda tüzel kişilerin suçun faili olamaması nedeniyle, tüzel kişi adına hareket eden kişilerden oluşur⁸². Bu kişiler firma, şirketin belirli pozisyonlarında görev alan kişilerdir⁸³. Örneğin, çimento fabrikasında hava filtresini açmayan bir işçinin hareketi (icrai) ya da işletme sahibi ve yöneticisinin bozuk filtreleri tamir ettirmemesi (ihmalî) şeklinde oluşabilir. İşletmelerin mülkiyet ile yönetiminin aynı kişide olduğu küçük ölçekli firmalar bakımından sorumlulukların tespitinde güçlük yaşanmazken mülkiyet ve sorumluluğun görev işbölümü paylaşımının olduğu büyük işletmelerde sorumluların tespiti güçlük arz eder⁸⁴. Sözgelimi çevreyi kirleten

⁷⁸ Uğurlubay, s. 249.

⁷⁹ Türk, s. 121.

⁸⁰ Kararlar için bkz. Taneri, s. 98-101.

⁸¹ Y4CD, E. 2010/31681, K. 2012/32675, T. 27.12.2012 (Aktaran: Gökhan Taneri, Çevreye Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 17).

⁸² "...Sanık hakkında, acenteliğini yaptığı gemiden denize sintine (gemi yağı atığı) boşaltmak suretiyle çevrenin kasten kirletilmesi suçundan dava açılması karşısında gemideki yağ atığını dökme yetkisinin kimde olduğu, sanığın bu konuda emir ve talimat verme yetkisi ile bir talimatı bulunup bulunmadığı araştırılmadan" (Y4CD, E. 2012/2795, K. 2013/17340, T. 04.06.2013) (Aktaran: Taneri, s. 17).

⁸³ Uğurlubay, s. 250; "...Dosya kapsamı değerlendirildiğinde, sanığın savunmaları da dikkate alınarak, olay kapsamında çevre kirliliğinin meydana getirildiği eylemde, şirket kayıtları temin edilerek sanığın şirket bünyesinde görevinin açıkça tespitinin sağlanması suretiyle sanığın sorumluluğunun bulunup bulunmadığı araştırılmadan, eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırı bulunmuştur" (Y18CD, E. 2016/3916, K. 2017/2176, T. 27.02.2017, Kazancı İçtihat Programı).

⁸⁴ Tuğrul Katoğlu, "Çevre ve Ceza Hukuku Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar", Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara 2006, s. 86; Cengiz Otacı, "Çevrenin Kastan ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi

işletme limited şirket ise atık veya artıklarla çevrenin kirletilmesi suçunun faili müdür olacaktır. Eğer anonim şirket ise şirket yönetim kurulu başkan ve üyeleri olacaktır⁸⁵.

Ekip halindeki, iş ve sorumluluk bölümü gerektiren faaliyetlerden ceza sorumluluğunu düzenleyen ilgili mevzuat çerçevesinde ve işin doğası gereği (mutat uygulamalar) ve rutin uygulamalarla belirlenebilir. Meydana gelen çevresel zarardan işletmede çalışan kişilerin hepsinin sorumlu tutulması yani o kişilerin sadece işletmede çalışmalarından dolayı sorumluluklarının doğması (objektif sorumluluk hali) sübjektif sorumluluk ilkesine aykırılıktır. İşbirliği ve ekip ile çalışılan böyle işletmelerde herkesin hareketini ayrı ayrı incelemek gerekir. Somut olayda şirket çalışanlarının iş bölüm ve görev tanımları göz önünde bulundurularak çevreyi kirletici hareketin kim tarafından yapıldığı, talimatın kimin tarafından verildiği vb. gibi hususların araştırılması gereklidir⁸⁶. Örneğin işletme sahibinin yöneticilere gerekli aletleri temin etmemesi sonucunda çevre kirlenmişse sorumluluğu doğabilecektir. Yine yöneticiler ve çalışanlar çevresel zarar tehlikesini önlemek adına alınması gereken önlemleri iletmemişlerse sorumlulukları gündeme gelebilir⁸⁷. Uygulamada Yargıtay şirket çalışanlarını, ortakları işçileri kural olarak fail kabul etmemekle birlikte şirket çalışanlarının işbölümü ve çalışma durumlarına göre karar verilmektedir⁸⁸.

Kararlarında Belirlenen İlkeler”, <http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2015-1/09.pdf>, s. 308.

⁸⁵ **Otacı**, s. 308; “Yargıtay bir kararında bu hususu açıkça şöyle belirtmiştir: Sanığın, sorumlu müdür atamasının, işletmeciliğini yaptığı otelin faaliyetleri sonucu ortaya çıkan çevre kirliliğini önleme yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı değerlendirilmeden, Hüküm kurulması, usul ve kanuna aykırıdır” (Y4CD, E. 2012/4713, K. 2014/34050, T. 24.11.2014, Sinerji İçtihat Programı).

⁸⁶ “...Bu itibarla öncelikle suç tarihinde işletmenin sorumlu müdürünün kim olduğu tespit edilip, gerekirse şirket ortakları ve organize sanayi bölgesi yöneticisi dinlenerek, arıtma işleminden kimin sorumlu olduğu, iddia edilen çevre kirliliğine kimin sebebiyet verdiği araştırılıp hakkında suç duyurusunda bulunulması, kanıtların birlikte değerlendirilmesi açısından da açılması halinde davaların birleştirilmesi gerekir. Açıklanan gerekçelerle eksik incelemeyle kurulan hüküm hukuka uygun görülmemiştir” (Y4CD, E. 2013/35223, K. 2014/34646, T. 01.12.2014, <https://www.karartek.com.tr>).

⁸⁷ **Katoğlu**, s. 87.

⁸⁸ **Otacı**, s. 308. “Tesisin çalıştırılmasında, üretiminden sonra meydana gelebilecek arızalardan kaynaklanacak kirlilik, bakım vb. yükümlülük arıtma tesisini yapan firmanın sorumluluğu altında olmayıp mevzuat dâhilinde arıtma tesisini çalıştırmak, çalışmadığı durumda gerekli tedbirleri almak, kirliliği önlemek ve arızanın giderilmesini sağlamak, arıtma tesisinin periyodik bakımlarını yaptırmak veya yapmak, deşarj standartlarını sağlayacak şekilde arıtma tesisini işletmek veya arıtma tesisini işletmesinden sorumlu

Çevrenin kirletilmesi suçunda karşımıza çıkabilecek bir diğer fail, kamu görevlisi faildir. Kamu görevlisinin cezai sorumluluğu ya bizzat işlediği şirket yoluyla ya da görevinden kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etme yoluyla ve öznel işlemlerin yerine getirilmesinde hukuka aykırı davranışlarıyla gündeme gelebilir⁸⁹. Bu durumların hepsinde Devlet adına bu görevleri (işleten, denetim, gözetim görevi ve ruhsat işlemleri) yerine getiren kamu görevlileri garantör sıfatına sahi olup, çevreyi kirletmemek ve korumakla mükellef olan kişiler olarak ceza hukuku anlamında sorumlulukları doğabilir.

İlk durumda Devlet, bazen faaliyetleri kapsamında hizmet veren kuruluş ve işletmeleri vasıtasıyla çevreyi kirleten olabilmektedir. Burada kamu görevlisi, bizzat kendi fiiliyle neticeyi meydana getirmekte, çevreyi tehdit eder şekilde atık veya artıkları alıcı ortama salmaktadır. İdarenin merkezden veya yerinden yönetim kuruluşlarına bağlı olarak çalışan işletmelerin örneğin, bir bakanlığa ait dinlenme tesisinin çevreyi kirletmesi gibi⁹⁰.

İkinci durumda kamu görevlilerinin denetim/gözetim görevinin ihmalden kaynaklı sorumluluğu söz konusudur. Burada kamu görevlisinin sorumluluğu üçüncü kişilerin çevreye zarar verici eylemlerine müdahale etmesinden kaynaklanır. Örneğin arıtma tesisini kurmayan, haber verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi ve şirketlere karşı faaliyeti durdurma, idari para cezası uygulama vs. gibi yaptırımları uygulamayan kamu görevlisi denetim gözetim görevini yerini getirmemiştir⁹¹. Yine bu faillerin sorumluluğu devletin özel hukuk kişilerinin faaliyet başlamadan önce vermiş olduğu izin ve ruhsat işlemlerinin sakatlığından doğabilir⁹². Bu durumda kamu görevlisi ya takdir yetkisini kötüye kullanmış veya hatalı ruhsat vermiştir.

olacak olan personeli sağlamak üzere, arıtma tesisi üzerine profesyonel teknik hizmet veren firmalardan teknik personel hizmeti alarak arıtma tesisinin düzgün işletilmesini sağlamak vb. yükümlülüklerin tamamı arıtma tesisi işletmecisine ait olduğunun” belirtilmesi karşısında, sanık hakkında verilen beraat kararının usul ve kanuna uygun olduğu anlaşılmıştır” (Y4CD, E. 2013/18987, K. 2014/35405, T. 08.12.2014, <https://www.karartek.com.tr>).

⁸⁹ **Turgut**, s. 634; **Uğurlubay**, s. 274.

⁹⁰ Ali D. **Ulusoy**, “Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2804.pdf>, s. 134.

⁹¹ **Turgut**, s. 634. Ancak burada kamu görevlisinin sorumluluğu diğer koşullar da oluşmuşsa görevi kötüye kullanma (TCK m. 257/1), görevi ihmal (TCK m. 257/2), Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m. 279) ve Atık ve artıklarla çevrenin kasten kirletilmesi (TCK m. 181/1) suçlarına vücut verir.

⁹² **Şen**, s. 136; **Uğurlubay**, s. 281; **Turgut**, s. 634.

Böyle durumlarda somut olaya göre suçun manevi unsuru irdelenmeli failin kast veya taksirinin olup olmamasına göre hukuki durumu belirlenmelidir⁹³. Ancak burada kamu görevlisinin sorumluluğu diğer koşullar da oluşmuşsa görevi kötüye kullanma (TCK m. 257/1), görevi ihmal (TCK m. 257/2), Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m. 279) ve Atık ve artıklarla çevrenin kasten kirletilmesi (TCK m. 181/1) suçlarına vücut verebileceği hatırlatılmalıdır.

bb. Tüzel Kişiler

Kanunda tüzel kişilerin cezai sorumluluğu düzenlenmemiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere, tüzel kişilerin bizzat suç işlemeleri söz konusu olmasa da tüzel kişiler adına hareket eden organ ve temsilciler gerçek kişi olarak suçun failidirler. Ancak bu suçun fabrika ve işletmeler tarafından işlendiği dikkate alınırca tüzel kişiliklerin sorumluluğunun düzenlenmemesi eksiklik-tir⁹⁴. Tüzel kişilerin suçun faili sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışılmıştır. Öğretide bir takım yazarlar ceza sorumluluğunu kabul ederken diğer bir takım yazarlar kabul etmemektedir⁹⁵. Ancak biz öğretide bu suçlarda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olması görüşünü savunan bir takım yazarlar gibi düşünmekteyiz⁹⁶. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun kabul edilmesi suçla mücadelede etkin bir yöntem olacaktır. Böylelikle tüzel kişiliğin arkasına sığınarak bu suçu işleyen gerçek kişilerin de önüne geçilmiş olacaktır⁹⁷.

TCK m. 181/5'de 181/2, 3ve 4 maddelerdeki fiillerin tüzel kişilik yararına işlenmesi halinde onlara özgü tedbirlerin uygulanacağını düzenlemiştir. Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri ise TCK m. 60 da düzenlenmiştir. Buna göre çevre suçu işleyen tüzel kişiliğin izni iptal edilebilir hakkında müsadere hükümleri uygulanabilir. Tüzel kişilerin hareket etme ve kusurlu olma imkânlarının bulunmaması ve suçta ve cezada şahsilik ilkesi gereği tüzel kişilik adına suçu işleyen gerçek kişilerin cezalandırılmasına engel olacağı gerekçeleriyle tüzel kişilerin suçun faili olarak kabul edilmemektedir⁹⁸. Öyleyse tüzel kişiliğe sahip bir işletmeden kaynaklanan çevre

⁹³ Turgut, s. 636.

⁹⁴ Sevük, s. 297.

⁹⁵ Öğretide yer alan görüşler için bakınız Şen, s. 129 vd.

⁹⁶ Şen, s. 140; Yılmaz, s. 145.

⁹⁷ Şen, s. 141.

⁹⁸ Özcan, s. 18; Özenbaş, s. 928; "Anılan şirket hakkında TCK'nın 181/5 ve 60 maddeleri gereğince güvenlik tedbiri uygulanması istemi ile açılan davada, sanıkların eylemlerinin TCK'nın 181/2-3 ve 4.fıkralarına uyan fiiller olmadığı gerekçesiyle güvenlik tedbirine hükmolünmemesi Kanun'a uygun ise de, CMK'nın 2/b maddesi gereğince tüzel kişinin suçun sanığı olması mümkün olmadığından "güvenlik tedbiri uygulanması isteminin

suçunun faili o işletme adına iş yapan (yönetici, müdür, vb.) suçun faili olacaktır. Sözgelimi, tüzel kişiliğe ait bir fabrikanın yapmış olduğu faaliyet sonucunda toprak, su ve havaya zehirli atıklarının salması sonucunda çevrede meydana getirdiği kirlilik nedeniyle cezai sorumluluk sadece tüzel kişi nam ve hesabına karar veren hareket eden kişilere ait olup eğer TCK m 60 ve m 181/5 koşulları oluşmuşsa tüzel kişilik hakkında iznin iptali ve müsadere tedbiri uygulanacaktır.

Burada değinilmesi gereken husus, TCK m. 60/3 yer alan düzenlemedir. Tüzel kişilik hakkında iznin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, davaya bakan hâkimin bu tedbirlere hükmetmeyebileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi hâkim tarafından somut olayın koşulları incelenerek belirlenebilecek durumdur.

c. Mağdur

Daha öncede belirtildiği gibi bu suç, “*Topluma Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu suçun işlenmesi, barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda toplumu oluşturan herkes suçun mağdurudur. Belli belirlenebilir bir mağdur yoktur⁹⁹. Çünkü çevreye (toprak, su ve hava) atık veya artık madde atmakla sadece atılan yer kirlenmemekte tüm evren kirlenmektedir. Söz gelimi fabrika bacasından çıkan dumanın ve ozon delinmesinin kime zarar verdiği bilinmemektedir¹⁰⁰. Ancak öğretilerde bir kısım yazarlar, somut olayın özelliğine belirli kişiler de bu suçun mağduru olabileceğini savunmaktadır¹⁰¹. Suçun işlenmesiyle belirlenebilir bir kişi mağdur edilmişse dar anlamda mağduriyet söz konusu olmaktadır¹⁰².

reddine” karar verilmesi gerekirken CMK’nın 223. maddesi gereğince gerçek kişi sanıklara özgü bir karar türü olan beraat kararı verilmesi, ...Hüküm fıkrasındaki “sanık... Alkollü Alkolsüz içecekler İht. İhr. San. Tic. Ltd. Şti ‘nin üzerine atılı suç yönünden BERAATİNE” ibaresi çıkartılarak yerine “... Alkollü Alkolsüz içecekler İht. İhr. San. Tic. Ltd. Şti ‘nin hakkında güvenlik tedbiri isteminin reddine” ibaresinin eklenmesi biçiminde DÜZELTİLMEK ve başkaca yönleri Kanuna uygun bulunan hüküm, bu bağlamda ONANMAK suretiyle 5320 sayılı Kanunun 8/1. madde ve fıkrası aracılığıyla 1412 sayılı CMUK’nın 322. maddesi uyarınca davanın esasına, 24.11.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Y4CD, E. 2012/36332, K. 2014/34039, T. 24.11.2014). www.karartek.com.tr.(Erişim Tarihi:24.11.2014).

⁹⁹ **Özenbaş**, s. 928; **Yağcı**, s. 88.

¹⁰⁰ **Yağcı**, s. 88.

¹⁰¹ **Özen**, s. 26; **Artuk**, s. 44; Öğretilerde Talas, suçla korunan hukuki değerlerin belirli bir birey üzerinde somutlaşmadığından bahisle müşahhas bir mağdurdan bahsedilmesinin mümkün olamayacağını savunmaktadır (**Talas**, s. 1152).

¹⁰² İzzet **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2008, s. 206.

Yine bu suçta, toplumu oluşturan tüm bireylerin düzen içinde yaşama hakkı ihlal edildiğinden bu suçlar bakımından toplumu oluşturan tüm bireyler geniş anlamda mağdur olmaktadır¹⁰³. Çevreyi kasten kirletme suçu şüphesiz tüm nesilleri etkilediğinden suçun mağduru tüm insanlıktır¹⁰⁴. Sonuç itibariyle, bu suçun mağduru ulusal toplumda yaşayan herkesin yanı sıra uluslararası toplumdur¹⁰⁵.

Son olarak bu suçlardan çevre hakkının sahibi olan tüzel kişiler ve devletler gerçek kişi olmadıkları için mağdur değil, suçtan zarar gören durumundadır¹⁰⁶. Yargıtay kararlarında Çevre ve Orman Müdürlüklerini Ceza Muhakemesi Kanunu 260. maddesine göre suçtan “zarar gören” olarak görmekte ve davaya katılma hakkı bulunduğunu belirtmektedir¹⁰⁷.

d. Eylem (Hareket-Netice-Nedensellik)

TCK m. 181/1 deki suçun oluşması için atık veya artıkların alıcı ortam olan havaya, suya ve toprağa ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde verilmesi gerekir¹⁰⁸.

Atık veya artık madde kavramlarının ortaya çıkan yeni kirlenme türlerinin artış göstermesi sebebiyle ceza hukuku tanımlarının sınırlarının belirlenmesi ve eylem konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle atık ve artık kavramları üzerinde durulmalıdır. Atık, Türk Dil Kurumu Sözlüğün’de “*Atılmış, atılan*” anlamına gelmektedir¹⁰⁹. Atık ve artık kavramları çevre kanunda aynı kavramı karşılayacak şekilde kullanılmış ve sadece atık tanımı

¹⁰³ Özgenç, s. 206; Talas, s.1152.

¹⁰⁴ Artuk, s. 44; Dönmez, s. 911.

¹⁰⁵ Özen, s. 26; Sevük, s. 297.

¹⁰⁶ Aynı zamanda bir tüzel kişi olan devletin suç mağduru ya da suçun pasif süjesi olabileceği kabul eden görüşler mevcuttur. Bu halde suçun doğası izin verdiği sürece bir tüzel kişi olan devlet de suç mağduru olabilir. (Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları” <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1679/17897.pdf>, s. 673 (erişim tarihi: 12.05.2019); Böyle durumlarda suçun mağduru devlet, grup, topluluk, tüzel kişi oluştururken suçun maddi konusunu oluşturan kişi de suçtan zarar gören sıfatını alır (Zafer, s. 162).

¹⁰⁷ Y4CD, E. 2011/13625, K. 2013/18007, T. 10.06.2013; Y4CD, E. 2011/15230, K. 2013/18032, T. 10.06.2013.

¹⁰⁸ “Türk Ceza Kanununun 181. maddesinin birinci fıkrasında suç olarak düzenlenen atık veya artıklarla çevrenin kasten kirletilmesi fiili, kanunlarda belirtilen teknik usullere aykırı olarak, çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkların alıcı ortamlar olan toprak, su ve havaya kasten verilmesidir. Buna göre suç, atık veya artıkların teknik usullere aykırı olarak bir defa alıcı ortama verilmesiyle oluşacaktır” Y4CD, E. 2011/19925, K. 2014/34652, T. 01.12.2014 (<https://www.karartek.com.tr> Erişim Tarihi: 20.02.2019).

¹⁰⁹ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.04.2013).

yapılmıştır. Buna göre atık, “herhangi bir faaliyet sonucunda oluşan, çevreye atılan veya bırakılan her türlü madde” dir (m. 2). Atık Çevre Terimleri Sözlüğü’nde “Çevrede başkalaşmaya yol açacak miktarda çevreye boşaltılan, sıvı, katı, gaz ya da radyoaktif istenmeyen her tür madde” şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁰. Atık, Atık Yönetimi Yönetmeliği¹¹¹ 4/d maddesinde “Üreticisi veya fiilen elinde bulunduran gerçek veya tüzel kişi tarafından çevreye atılan veya bırakılan ya da atılması zorunlu olan herhangi bir madde veya materyal” şeklinde tanımlanmıştır. Atık, Avrupa Birliği Atık Çerçeve Yönergesi’nde, “sahibi tarafından atılan veya atılmak istenen veyahut atılması gereken madde veya nesne” olarak tanımlanmaktadır¹¹². Atık, öğretilerde “bir faaliyet sonucu çevreye bırakılan veya atılan zararlı maddeler” şeklinde tanımlanmıştır¹¹³. Yukarıda yapılan tüm tanımlardan daha geniş bir tanım yapmak gerekirse atık, “maliki mülkiyetinde ya da zilyedinin zilyetliğinde artık görmek istemediği ya da zilyedinden çıkarmak zorunda olduğu ya da çıkardığı taşınabilir” mallar olarak tanımlanabilir¹¹⁴. Atık olabildiğince geniş yorumlanmalı mutlaka bir faaliyet sonucunda oluşması aranmalıdır. Aksinin kabulü TCK m. 181/1’deki normun amacını daraltıp suçla mücadeleyi güçleştirecektir. Bir sanayi faaliyet olmaksızın yapılan her türlü faaliyet sonunda çevreye bırakılan maddeler de atıktır. Sözgelimi, piknik çöpleri atıktır¹¹⁵. Atık artığı da içeren üst bir kavramdır¹¹⁶.

Artık ise “bir şey harcandıktan sonra artan bölüm, içildikten, yenildikten veya kullanıldıktan sonra geriye kalan” olarak tanımlanabilir¹¹⁷. Artık, öğretilerde “bir sanayi faaliyeti sonunda yararlanılması mümkün olmayan çevreye bırakılan madde” şeklinde tanımlanmıştır¹¹⁸.

Atık Çevre Kanunu’nda katı atık, evsel atık ve tehlikeli atık şeklinde çeşitlere ayrılmıştır. Ceza kanunu bu suçta bahsi geçen atık veya atıkların çeşidi veya türü konusunda herhangi bir ayrıma gitmemiştir. Bu nedenle her türlü atık ve artıklarla çevrenin kirletilmesi bu suçta vücut verecektir.

¹¹⁰ www.cekud.org.tr/cevre-kutuphanesi/cevre-terimleri-sozlugu/. (Erişim Tarihi: 03.02.2019).

¹¹¹ RG No: 29314/02.04.2015.

¹¹² **Üçışık/Üçışık**, s. 25.

¹¹³ **Parlar/Hatipoğlu**, s. 298.

¹¹⁴ **Uğurlubay**, s. 397.

¹¹⁵ **Ertas**, s. 108.

¹¹⁶ **Uğurlubay**, s. 397.

¹¹⁷ <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 03.04.2013); Öğretilerde **Özen**, artık kavramını “kullanım sonucunda artan ve artık kullanılmamak üzere elden çıkarılan her türlü madde” şeklinde tanımlanmıştır.

¹¹⁸ **Parlar/Hatipoğlu**, s. 298.

Atık öğretide çeşitli şekillerde tasnif edilmiştir. Atıklar genel olarak; katı atıklar, sıvı ve gaz atıklar, ambalaj atıkları, şeklinde sınıflandırılabilir¹¹⁹. Katı atık, Çevre Kanunu'nda “Üreticisi tarafından atılmak istenen ve toplumun huzuru ile özellikle çevrenin korunması bakımından, düzenli bir şekilde bertaraf edilmesi gereken katı atık madde”; Katı Atıkların Kontrolü Yönetmeliği¹²⁰ üçüncü maddesinde “Üreticisi tarafından atılmak istenen ve toplumun huzuru ile özellikle çevrenin korunması bakımından, düzenli bir şekilde bertaraf edilmesi gereken katı maddeleri ve arıtma çamurunu, (iri katı atık, evsel katı atık, bu Yönetmelikte “katı atık” olarak anılmaktadır.)” şeklinde tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletler Çevre Programına (UNEP) göre katı atık, “Sahibinin istemediği, ihtiyacı olmadığı, kullanmadığı, arıtılması ve uzaklaştırılması gerekli maddeler”dir¹²¹. Katı atıkların çevreye etkileri biyolojik, kimyasal ve fiziksel nitelikte olabilmektedir. Bu atıklar insan ve diğer canlıların sağlığını direkt veya dolaylı şekilde etkileyebilmektedir. Katı artıklar, evsel katı atıklar, endüstriyel atıklar, tehlikeli atıklar, özel atıklar, tıbbi atıklar, tarımsal ve bahçe atıkları, inşaat artığı ve moloz atıkları olarak çeşitlendirilmektedir¹²². Sıvı atıklar, hastane kaynaklı olan kan, dişçilik yıkama suları, diyaliz makineleri suları, evsel kaynaklı olan temizlik suları, kanalizasyon suları vs. atıklardır¹²³. Gaz atıklar, nükleer enerji santralleri, sanayi tesis bacaları, yakma tesisleri, enerji amaçlı fosil yakıtların kullanımı, çöp depolama ve kompostlaştırma alanlarından oluşur¹²⁴.

Kanun metninde atık ile artık arasında veya bağlacının bulunması, bu iki kavramın birbiri yerine kullanılabileceği yani herhangi birinin alıcı ortama verilmesiyle suçun oluşacağı anlamına gelmektedir.

Failin bu eylemden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, atık veya artıkların ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek nitelikte ve boyutta toprağa, suya veya havaya verilmesi gerekir. Tipikliğin oluşması için atık veya artıkların hem ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak hem de çevreye zarar verecek nitelikte ve boyutta toprağa, suya veya havaya verilmesi gerekir.

¹¹⁹ A. Anıl **Gündüzalp/Seval Güven**, “Atık, Çeşitleri, Atık Yönetimi, Geri Dönüşüm ve Tüketici: Çankaya Belediyesi ve Semt Tüketicileri Örneği”, <http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/makaleler/Atik-Cesitleri-Yonetimi-GeriDonusumVeTuketici.pdf>. (Erişim Tarihi: 03.02.2019); **Parlar/Hatipoğlu**, s. 298.

¹²⁰ RG No: 14.03.1991/20814.

¹²¹ **Gündüzalp/Güven**, s. 2.

¹²² **Gündüzalp/Güven**, s. 2; **Sacit Yılmaz**, Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, Ankara 2013, s. 119-120; **Parlar/Hatipoğlu**, s. 298.

¹²³ **Gündüzalp/Güven**, s. 3.

¹²⁴ **Gündüzalp/Güven**, s. 3.

aa. İlgili Kanunlarla Belirlenen Teknik Usullere Aykırı Olma

Tipikliğin ilk unsuru olan “*ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı*” olma, suçun bu şekli bakımından yapılan düzenlemenin idare hukuku ile bağlılık içerisinde olduğu görülmektedir. Hukukumuzda yer alan buna benzer düzenlemeler beyaza hüküm, beyaza ceza normu, çerçeve kanun, açık ceza normu, kör ceza kanunu gibi adlandırılmaktadır¹²⁵. TCK m. 181/1 hükmü teknik usullere aykırı olarak demek suretiyle yürütme organına, kendi belirlediği çerçeve dâhilinde kanundan kaynaklanan tamamlayıcı düzenleme yetkisini vermektedir. Yürütme organınca (idare) yapılan bu düzenlemelerle cezalandırılacak fiilin belirlenmesini yani kanunun iinin doldurulmasını yürütmeye/idareye bırakması söz konusudur. Bu hüküm suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından cezada kanunilik ilkesini karşılamakla birlikte aynı zamanda yürütmenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas etmesine olanak vermektedir. Bu durum öğretilerde belirsiz genişlikte norm oluşturulmuş olması nedeniyle eleştirilmektedir¹²⁶.

Madde metninde düzenlenen “*ilgili kanunlar*” ibaresi, ilgili kanunlar ve bu kanunlara dayalı olarak çıkarılan yönetmelikler, diğer yazılı düzenlemeler, Çevre Kanunu ve çevreyi korumaya yönelik kanun, tüzük ve yönet-

¹²⁵ Burada idarenin, düzenleyici işlemleriyle açık ceza normunu (beyaza ceza normu) doldurması hali mevcut olup, yasama organının yaptığı bir kanunla cezayı belirlemesi ancak çizdiği sınırlar dâhilinde yaptırım uygulanacak fiilin belirlenmesini bir anlamda kanunun iinin doldurulmasını yürütmeye (idareye) bırakması söz konusudur. (Özgenç, s. 108; Nevzat **Toroşlu**, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008, s. 34; Timur **Demirbaş**, Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 108; Hakan **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 26; Bahri **Öztürk**/Mustafa Ruhan **Erdem**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2016, s. 38; Tosun **Öztekin**, “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXVIII, S. 1-4, 1962, ss. 349-366, s. 353; **Şen**, s. 99.

¹²⁶ **Sevük**, s. 302; kgı bkz. **Talas**, s. 1153 ve **Taşkın**, Çevrenin Korunması, s. 273; Ayrıca öğretilerde Taşkın, bu durumun TCK m. 2’de düzenlenen idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz kuralına aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir (**Taşkın**, s. 150); Öğretilerde Şen uygulamada Anayasa Mahkemesi’nin (mülga) TCK M. 526/için verilen karar ilişkin 07.06.1973 tarih, 1973/12 esas, 1973/24 karar (RG 09.11.1973/14707) kararına istinaden yapmış olduğu açıklamalarda “*kapsamı belirlenmiş konularda verilecek somut emir veya tedbirlerin ne olacağıının önceden kanun koyucu tarafından düzenlenmesinin mümkün olmayacağıını aksi halde kanun koyucunun günlük hayattaki tüm fiilleri suç teşkil edip etmedikleri bakımından değerlendirmek zorunda kalacağıını bunu gerçekleştirmenin ihtimal dışı ve gereksiz olduğunu*” belirtmiştir (Aktaran, **Uğurlubay**, s. 100).

melikler olarak anlaşılmalıdır¹²⁷. Çünkü her teknik usulün tek tek kanunlarda düzenlenmesine olanak bulunmamaktadır.

Teknik usul, ilgili alanla ilgili öngörülen teknik standartlardır¹²⁸. İlgili mevzuatta yer alan teknik standarttan sapan her türlü fiil teknik usule aykırılık oluşturur. Öyleyse ilk olarak madde metninde geçen bu teknik usullerin neler olduğu belirlenmelidir¹²⁹. Teknik usuller, konuya ilişkin çevre hukuku mevzuatında belirtilmiştir. Nitekim her bir atık türü ve bunların tutulabileceği işlemler, kanun, tüzük, yönetmelik ve idarenin düzenleyici işlemleriyle ayrı ayrı belirlenmiştir¹³⁰. Suçun oluşabilmesi için öncelikle atık veya

¹²⁷ Artuk, s. 41; Yılmaz, s. 119; Uğurlubay, s. 403; Talas, s. 1153.

¹²⁸ Uğurlubay, s. 405.

¹²⁹ Yargıtay somut olayda bu durumu araştırmaktadır. “Fıkra söz edilen “ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırılık” hali; 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu, 5977 sayılı Biyo güvenlik Kanunu, 3213 sayılı Maden Kanunu gibi kanunların, kapsadıkları alanlarla ilgili olarak “çevreyi kirletme” 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 davranmayı ifade etmektedir”. Y4CD, E. 2013/2858, K. 2014/34663, T. 01.12.2014 <https://www.karartek.com.tr> Erişim Tarihi: 20.02.2019).

¹³⁰ 2872 Sayılı Çevre Kanunu, 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu, 5216 Sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5215 Sayılı Belediye Kanunu, Türk Ceza Kanunu, Orman Kanunu, Kara Avcılığı Kanunu, Hayvanları Koruma Kanunu, Boğaziçi Kanunu, İmar Kanunu, Kıyı Kanunu, Maden Kanunu, Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanunu, Toprak Koruma Ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Sular Hakkında Kanun, Milli Parklar Kanunu, Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Organik Tarım Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği, Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi Ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik, Atık Yağların Kontrolü Yönetmeliği, Bitkisel Atık Yağların Kontrolü Yönetmeliği, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği, Atık Yönetimi Yönetmeliği, Hafriyat Toprağı, İnşaat Ve Yıkıntı Atıklarının Kontrolü Yönetmeliği, Atık Pil Ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği, Atıkların Düzenli Depolanmasına Dair Yönetmelik, Gemilerden Atık Alınması Ve Atıkların Kontrolü Yönetmeliği, Poliklorlu Bifenil Ve Poliklorlu Terfenillerin Kontrolü Hakkında Yönetmelik, Kimyasalların Envanteri Ve Kontrolü Hakkında Yönetmelik, Atıkların Yakılmasına İlişkin Yönetmelik, Atıksu Altyapı Ve Evsel Katı Atık Bertaraf Tesisleri Tarifelerinin Belirlenmesinde Uyulacak Usul Ve Esaslara İlişkin Yönetmelik, Ömrünü Tamamlamış Araçların Kontrolü Hakkında Yönetmelik, Ömrünü Tamamlamış Lastiklerin Kontrolü Hakkında Yönetmelik, Yüzme Suyu Kalitesi Yönetmeliği (76/160/AB), Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği, Kentsel Atıksu Arıtımı Yönetmeliği, Evsel Ve Kentsel Arıtma Çamurlarının Toprakta Kullanılmasına Dair Yönetmelik, Tarımsal Kaynaklı Nitrat Kirliliğine Karşı Suların Korunması Yönetmeliği, Toprak Kirliliğinin Kontrolü Ve Noktasal Kaynaklı Kirletilmiş Sahalara Dair Yönetmelik, Sulak Alanların Korunması Yönetmeliği, Tehlikeli Maddelerin Su Ve Çevresinde Neden Olduğu Kirliliğin Kontrolü Yönetmeliği, Çevre Kanununun

artıkların ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ortama verilmesi ve çevreye atılıp atılmadığının tespiti gerekir¹³¹. Burada ilgili ka-

29'uncu Maddesi Uyarınca Atıksu Arıtma Tesislerinin Teşvik Tedbirlerinden Faydalanmasında Uyulacak Usul Ve Esaslara Dair Yönetmelik, Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, Çevre Ölçüm Ve Analiz Laboratuvarları Yeterlik Yönetmeliği, Kum Çakıl Ve Benzeri Maddelerin Alınması, İşletilmesi Ve Kontrolü Yönetmeliği, Çevre İzin Ve Lisans Yönetmeliği, Sanayi Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği, Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği, Hava Kalitesi Değerlendirme Ve Yönetimi Yönetmeliği, Egzoz Gazı Emisyonu Kontrolü İle Benzin Ve Motorin Kalitesi Yönetmeliği, Koku Oluşturan Emisyonların Kontrolü Hakkında Yönetmelik, Çevre Denetimi Yönetmeliği, Çevre Görevlisi, Çevre Yönetim Birimi Ve Çevre Danışmanlık Firmaları Hakkında Yönetmelik, Türk Silahlı Kuvvetleri Çevre Denetimi Yönetmeliği, Atık Elektrikli Ve Elektronik Eşyaların Kontrolü Yönetmeliği, Madencilik Faaliyetleri İle Bozulan Arazilerin Doğaya Yeniden Kazandırılması Yönetmeliği, Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine Ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelik, Zararlı Madde Ve Karışımların Kısıtlanması Ve Yasaklanması Hakkında Yönetmelik, Zararlı Maddeler Ve Karışımlara İlişkin Güvenlik Bilgi Formları Hakkında Yönetmelik, Tehlikeli Maddelerin Karayoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik, Tehlikeli Maddelerin Deniz Yoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik, Tehlikeli Maddelerin Demiryoluyla Taşınması Hakkında Yönetmelik, Çevre Ölçüm Ve Analiz Laboratuvarları Yeterlik Yönetmeliği, Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi Ve Yönetimi Yönetmeliği, Sera Gazı Emisyonlarının Takibi Hakkında Yönetmelik, İçme Suyu Elde Edilen Veya Elde Edilmesi Planlanan Yüzeysel Suların Kalitesine Dair Yönetmelik, Kıyı Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, Benzin Ve Motorin Türlerinin Çevresel Etkilerine Dair Yönetmelik, Ozon Tabakasını İncelten Maddelere İlişkin Yönetmelik, Stratejik Çevresel Değerlendirme Yönetmeliği, Binaların Gürültüye Karşı Korunması Hakkında Yönetmelik, Atıktan Türetilmiş Yakıt, Ek Yakıt Ve Alternatif Hammade Tebliği, Atıkların Karayolunda Taşınmasına İlişkin Tebliğ, Bazı Tehlikesiz Atıkların Geri Kazanımı Tebliği, Toprak Kirliliğinin Kontrolü Ve Noktasal Kaynaklı Kirlenmiş Sahalara Dair Yönetmelik Yeterlilik Belgesi Tebliği, Atık Ara Depolama Tesisleri Tebliği, Tanker Temizleme Tesisleri Tebliği, Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği İdari Usuller Tebliği, Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği Numune Alma Ve Analiz Metotları Tebliği, Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği Havzalarda Özel Hüküm Belirleme Çalışmalarına İlişkin Usul Ve Esaslar Tebliği, Atıksu Arıtma Tesisleri Teknik Usuller Tebliği, Sulak Alanlar Tebliği (No: 4), Sulak Alanlar Tebliği (No: 5), Basel Sözleşmesi, 2872 Sayılı Çevre Kanununun 20 nci Maddesinin (K) Bendi Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ (2013/1), 2872 Sayılı Çevre Kanununun 20 nci Maddesinin (K) Bendi Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ (2014/1), 2872 Sayılı Çevre Kanunu Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2014/1), 2872 Sayılı Çevre Kanununun 20 Nci Maddesinin (K) Bendi Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ (2015/1), 2872 Sayılı Çevre Kanununun 20 Nci Maddesinin (K) Bendi Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ (2016/1), 2872 Sayılı Çevre Kanununun 20 Nci Maddesinin (K) Bendi Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ (2017/1), 2872 Sayılı Çevre Kanunu Uyarınca Verilecek İdari Para Cezalarına İlişkin Tebliğ (2017/1).

¹³¹ **Yılmaz**, s. 125; Öğretide **Artuk**, "ilgili kanunlarla" ibaresinin teknik usullerin genellikle yönetmeliklerde yer alması nedeniyle uygulamada tereddütlere yol açacağından

nunlardan kasıt çevreye ilişkin tüm kanun, yönetmelik ve diğer düzenlemeler olarak anlaşılmalıdır. Çünkü Türkiye’de yürürlükte bulunan kanunlarda belirlenmiş bir teknik usul yoktur. Yine çevreye ilişkin her türlü teknik usullerin kanunlarla düzenlenmesi mümkün değildir. Öyleyse çevreyi korumaya yönelik kanunlara dayanılarak hazırlanan yönetmeliklerde yer alan usule ilişkin hükümlere aykırılıklar da TCK m. 181’de düzenlenen suç oluşturur¹³². Eğer çevreye salınan atık veya artıklar söz konusu düzenlemelerde yer alan teknik usullere aykırı değilse bu suç oluşmayacaktır¹³³. Örneğin Tıbbi atıkların yakılması sırasında uyulacak esaslar, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği¹³⁴ m. 34 “*Tıbbi atıkların yakılarak bertaraf edilmesinde, 6/10/2010 tarihli ve 27721 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Atıkların Yakılmasına İlişkin Yönetmeliğin ilgili maddelerinde belirtilen esaslara uyulur. Yakma işlemine tabi tutulacak tıbbi atıklar içinde; başta kırılmış termometreler, kullanılmış piller/bataryalar gibi yüksek düzeyde cıva ve kadmiyum içeren atıklar olmak üzere, gümüş tuzları içeren radyolojik atıklar, ağır metaller içeren ampuller ve basınçlı kaplar bulunmaz. Yakma işlemine tabi tutulacak tıbbi atıklar içinde büyük miktarlarda genotoksik atık mevcutsa, sıcaklığın en az 1100 °C olması zorunludur. Tıbbi atıklar, acil durumlarda Bakanlığın izni dâhilinde, afet durumlarında ise Valilik onayı ile çevreye zarar verilmemesi, gereken tedbirlerin alınması, Atıkların Yakılmasına İlişkin Yönetmelik hükümlerinin sağlanması ve sürekli olmamak şartıyla yakma veya beraber yakma tesislerinde yakılabilir.*” şeklindedir. Tıbbi atıkların yakılarak bertaraf edilmesi sırasında yönetmelik hükmüne uyulmadan çevreye zarar verecek şekilde bertaraf etme halinde TCK m. 181/1’deki suç oluşacaktır. Dikkat edilirse kişi burada ilgili mevzuatta yer alan kuralların dışına çıkmış emredici hükümlere uymamıştır.

bb. Çevreye Zarar Verecek Şekilde Olma

Tipikliğin diğer unsuru, atık veya artıkların “*çevreye zarar verecek şekilde*” olmasıdır. Atık veya artıkların çevreye zarar verecek nitelikte ve boyutta olması demek genel anlamda çevrenin atık veya artıklarla kirletilmesi yani olumsuz yönde meydana gelen değişiklik demektir. Öyleyse “çev-

bahisle “*ilgili kanunlar ve bu kanunlara dayalı olarak çıkarılan yönetmeliklerle*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği kanaatindedir (Artuk, s. 41).

¹³² Sevük, s. 302; Özenbaş, s. 929.

¹³³ Artuk, s. 41; Belirtilen teknik usullere uygun hareket edilmesi, yapılan fiil ne kadar tehlikeli olsa da bu izin verilen risk içerisinde kabul edilir. Meydana gelebilecek tehlike hukuk düzenince belirli seviyeye kadar kabul edilebilir (Uğurlubay, s. 406).

¹³⁴ RG. 22.07.2005/25883.

reye zarar verecek şekilde” olmak, alıcı ortam olan toprak, su, hava ve diğer canlılar üzerinde olumsuz değişiklikler meydana getirme potansiyeline sahip olmaktır¹³⁵. Çünkü atık ve artıkların alıcı ortama verilmesiyle toprak, su ve hava kirlenmekte¹³⁶ zararlı etkilerin (kirliliğin) ekolojik dengeyi bozup insan sağlığı ve çevresel varlıkları zarar tehlikesiyle karşı karşıya bırakmış olmaktadır¹³⁷.

Tam bu noktada çevre kirliliği ve çeşitlerinden bahsetmek gerekir. Bilimsel olarak bakıldığında bir ortamın fiziksel bileşiminde olmaması gereken şey “kir” olarak adlandırılır¹³⁸. Kirlilik sözlükte “*Kirli olma durumu, pislik*” şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁹. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD)’ne göre kirlilik, “*insan sağlığını tehlikeye düşürme ile canlı varlıkları ve ekosistemleri hasara uğratabilme şeklinde zararlı sonuçlar doğuran ve çevrenin güzelliklerini ve diğer meşru kullanımını bozan veya mani olan maddelerin ya da enerjisinin insanlar tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak çevreye intikalidir*”¹⁴⁰. Çevre sözlüklerinde kirlilik, “*doğal sistemdeki istenmeyen ya da zararlı değişiklik*”, *atıkların atılmasının çevre kalitesinde yol açtığı azalmadır*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴¹. Kirliliği anlatan kirlenme ise çevrenin kötüleşmesi, insan ve canlıların yaşamasına uygun ortam olmaktan çıkmasıdır¹⁴². Kirlilik, küresel kirlilik (iklimin ısınması, ozon tabakasının delinmesi vs.) olabileceği gibi nokta kirliliği de (denize petrol dökülmesi) olabilir¹⁴³. Küresel kirlilikte cezai sorumluluğu belirlemek imkânsızken nokta kirlilikte cezai sorumluluğun belirlenmesi dolayısıyla yaptırım uygulanması mümkündür.

Çevre kirliliği, Çevre Kanunu’nun “Tanımlar” başlığı altında 2. maddesinde, “*Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri*

¹³⁵ Uğurlubay, s. 410.

¹³⁶ Artuk, s. 42.

¹³⁷ Parlar/Hatipoğlu, 298.

¹³⁸ Müslüm Akıncı, Oluşum ve yapılanma Sürecinde Türk Çevre Hukuku, Kocaeli 1996, s. 50.

¹³⁹ www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5c65bfa34abd72.07994168.(erişim tarihi: 14.02.2019).

¹⁴⁰ Üçışık/Üçışık, s. 23.

¹⁴¹ Turgut, s. 390.

¹⁴² Ertaş, s. 33.

¹⁴³ Küresel kirlilikten herkes sorumludur. Nokta kirliliği ise yerel düzeyde bir yerin kirlenmesi olup bilimsel olarak sebebinin tespit edilebildiği kirlilik türüdür. Bu tespit yapılabilmesi bilimsel kaynakların (yeterli laboratuvar donanımı) varlığına bağlıdır (Kimmo Himberg, “Çevre Hukuku ve Bilirkişi”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Çeşme 10-11 Nisan 2006, Ankara 2006, s. 118).

ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun metni her türlü olumsuz etki diyerek çevreyi kirliliğine yol açacak müdahalelerin suça vücut verebileceğini belirtmeyi amaçlamıştır. Buna göre koku, gürültü, duman, toz, buhar, gaz ve ışın vb. gibi birçok etmen çevre kirliliğine yol açabilmektedir. OECD’nin tanımına göre çevre kirliliği¹⁴⁴ “*insan sağlığının tehlikeye sokulması, yaşayan doğal kaynakların ve eko sistemin zarara uğratılması veya çevreden hukuka uygun yararlanmaya ilişkin hakların ihlali gibi, çevrede yaşayan insanlar tarafından dolaylı veya doğrudan doğruya çevreyi kirletici madde ve enerjilerin denetimsizce adeta çevreye bırakılması*”dır. Her iki tanımın önemli unsurları insan faaliyeti sonucunda gerçekleşmesi ve olumsuz sonuçların ortaya çıkmasıdır.

Çevre kirliliği toprak, su ve hava kirliliği şeklinde olabilir¹⁴⁵. Atık ve artıkların toprağa verilmesiyle toprağın fiziksel ve kimyasal yapısının bozulmasına toprak kirliliği denilmektedir¹⁴⁶. Başka bir tanıma göre “insanın insanla ve insanın doğayla sürdürdüğü ilişkiler sonucunda toprağın, yaşayan doğal denge içerisinde normal, fiziksel, kimyasal, biyolojik ve jeolojik yapısında doğal kullanılma amaçlarına aykırı düşen değişmeler yıpranma, tükenme ve bozulmalar meydana gelmesi olayı”dır¹⁴⁷. Toprak kirliliği çöplerin atılması, gömülmesi sonucunda atık içerisindeki zararlı gazların sıkışması sonucu toprak içinde birikerek çevreye zarar vermektedir¹⁴⁸. Toprak kirliliği toprağın fazla tuzlanması, çoraklaşması, erozyonla taşınarak anakaranın ortaya çıkmasıyla veya toprağın tarımsal faaliyetler sonucu yanlış kullanımı, aşırı kullanımı, kimyasal gübrelerin fazla kullanılması gibi nedenlerle yabancı kimyasal maddelerle doldurulmasıyla, tarım ilaçlarıyla ve zehirli endüstriyel atıklarla oluşur¹⁴⁹.

Atık ve artıkları suya bırakılmasıyla suyun kullanımını kısıtlayan engelleyen ve ekolojik dengeyi bozan ve kalite değişimine su kirliliği denir¹⁵⁰. Su

¹⁴⁴ Üçışık/Üçışık, s. 24.

¹⁴⁵ Öğretide Ertaş, üç çeşit çevre kirliliğinden bahsetmektedir. Olumlu çevre kirliliği (aktif) (fiziksel olarak oluşan çevre kirliliği), olumsuz çevre kirliliği (çevreyi kirletici faaliyet varlığı) ve manevi nitelikte çevre kirliliğidir (bir faaliyetin çevrede yaşayan insan ve canlıların ruh sağlığını bozması). Türk hukukunda olumsuz ve manevi çevre kirliliğinin de sorumluluk kapsamına alınması gerektiği görüşü hâkimdir (Ertaş, s. 104).

¹⁴⁶ Güneş/Coşkun, s. 33; Parlar/Hatipoğlu, 298.

¹⁴⁷ Akıncı, s. 63.

¹⁴⁸ Parlar/Hatipoğlu, 299; Türkiye’deki toprakların yüzde 24’ü tarıma uygundur. Bu tarım alanlarında ürün artışı sağlamak kimyasal gübre ve pestisit kullanımında artış görülmektedir. Bu kimyasalların kullanımı çevre sorunlarına yol açmış ve tarım alanlarının yüzde 83’lük kısmı kirlenmiştir (Tangör, s. 25); Akıncı, s. 64.

¹⁴⁹ Güneş/Coşkun, s. 33-34.

¹⁵⁰ Parlar/Hatipoğlu, 299.

kirlenmesi su kaynaklarının kullanılmasını bozacak veya zarar verecek derecede niteliğini düşürecek biçimde suyun içerisinde organik, inorganik, radyoaktif ve biyolojik herhangi bir maddenin bulunmasıdır¹⁵¹. Diğer bir deyişle, suyun kimyasal, biyolojik unsurlarını önemsenmeyecek derecede kötüleşmesi¹⁵², yabancı maddelerin suyun niteliğini bozacak miktar ve yoğunlukta suya karışması nedeniyle suyun yapısının bozulmasıdır. Suyun temel özelliklerinde ortaya çıkan sapmalar, yani suda bulunması gereken ölçü değerlerinden sapmalar suyun kirlenmesi demektir¹⁵³. Örneğin, suyun renginin değişmesi kirlendiğini gösterir. Sudaki kirletici kaynaklar, kanal boru hattı gibi nokta, siltasyon erozyon gibi noktasal olmayan kirleticidir¹⁵⁴. Bu kirleticiler deniz canlılarına zarar vermektedir. Özellikle endüstriyel atık suların¹⁵⁵ toksik maddeler içermesi ve bu suların denizlere, akarsulara verilmesi¹⁵⁶ canlıları¹⁵⁷ tehdit etmektedir¹⁵⁸.

Hava kirliliği¹⁵⁹ teknik açıdan, “Çeşitli doğal veya yapay nedenler ile doğal olarak havanın bileşiminde bulunmayan bazı maddelerin havanın

¹⁵¹ Akıncı, s. 60.

¹⁵² Uğurlubay, s. 410.

¹⁵³ Güneş/Coşkun, s. 30.

¹⁵⁴ Güneş/Coşkun, s. 30.

¹⁵⁵ “...Mandıra işletmesi sahibi olan sanığın, üretim sırasında oluşan, kimyasal ve asidik özellikleri sebebiyle çevreye zarar verici etkisi bulunduğu bilinen endüstriyel atık suları, arıtma yükümlülüğüne uymadan bahçedeki fosseptik çukuruna, oradan da boru vasıtası ile Körsulu Çayına (alıcı ortama) deşarj etmek suretiyle 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 8, 20/n, Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği'nin 4/j, 23 ve 26. maddelerine aykırı davranarak çevreyi kasten kirlittiği anlaşılmıştır.” (Y4CD, E. 2012/13448, K. 2014/34065, T. 24.11.2014, <https://www.karartek.com.tr>).

¹⁵⁶ “Sanığın kaptanı olduğu kuru yük gemisinin iskele kış tarafından denize evsel nitelikli su deşarj edildiği, gemiden alınan numune % 85 yağ içerdiğinden analiz edilemediği, atıktan ve denizden alınan numunelere göre Su Kirliliği Kontrol Yönetmeliğinin ekindeki tablolarda belirlenen limit değerlerin aşıldığı, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 8, 20, Su Kirliliği Kontrol Yönetmeliği'nin 23 ve 26. maddelerine aykırı olarak arıtılmamış kirli suyun doğrudan alıcı ortam olan denize deşarj edilmesi suretiyle çevrenin kasten kirlendiği anlaşılmıştır” (Y4CD, E. 2012/30468, K. 2014/34059, T. 24.11.2014, <https://www.karartek.com.tr>).

¹⁵⁷ Dünyada tehlike altında bulunan halen sadece 300-400 kadarının yaşadığı bilinen Akdeniz fokunun yüzde ellisi Türkiye'de yaşamaktadır.

¹⁵⁸ Parlar/Hatipoğlu, s. 299; Kanalizasyon suları, tarımda kullanılan kimyasal maddeler, evlerden defedilen çöpler, su taşıtlarının saldıgı petrol ve artıkları, radyoaktif maddeler diğer bazı su kirliliğine yol açan etmenlerdir (B. Pamay, “Çevre Kirlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, , C. XXIV, S. II, 1974, s. 70).

¹⁵⁹ Hava kirliliği su kirliliği gibi ulusal sınır tanımamakta, kirlilik kolayca yayılabilmektedir. Bu nedenle hava kirliliğinin önlenmesi, denetlenmesi, uluslararası işbirliğini gerektirir (Ertaş, s. 35).

bileşimine katılması veya normalde havanın bileşiminde bulunan bazı maddelerin yine çeşitli doğal ve yapay nedenler ile yüksek miktarlara erişmesi sonucunda, kişilerin sağlıklarını ve bitki ile hayvanların yaşam ve gelişmelerini olumsuz yönde etkileyen hava durumu” şeklinde tanımlanabilir¹⁶⁰. Hava Kirliliği, atmosferde toz, duman, gaz, koku gibi bulunan kirleticilerin, insanlar ve diğer canlılara zarar verebilecek miktarlara yükselmesidir. Diğer bir deyişle, hava bileşiminin¹⁶¹ bozulması ve kalitesinin düşmesidir¹⁶². Hava kirliliğine yol açan etmenlerin başında şehirlerdeki ısınma sistemleri, motorlu taşıtlar¹⁶³ ve fabrikaların yaydığı kirleticiler gelmektedir. Bu kirlilik, otomobil eksoz gazları, sanayii, evsel gibi insani faaliyetler sonucu ortaya çıkabilir. Hava kirliliği asit yağışları, katı atık yakma tesislerinin neden olduğu hava kirlenmeleri¹⁶⁴, uçak ve gemilerin yol açtığı hava kirliliği şeklinde de olabilir¹⁶⁵.

Suçun oluşması için atık veya artıkların çevresel değerleri somut bir biçimde tehlikeye sokması gerekir. Ancak çevrenin zarar görmesi beklenmez¹⁶⁶. Kanun hükmünde açık bir ifadeyle “*atık veya artıkların çevreye zarar verecek şekilde verilmesi*” şeklinde yapılan düzenleme bir zararı değil somut tehlikeyi ifade ettiğinden bu suç somut tehlike suçudur¹⁶⁷. Bu suç

¹⁶⁰ <http://www.ctf.edu.tr/halk/%C3%87evre%20Sa%C4%9Fl%C4%B1%C4%9F%C4%B1%20Hava%20Kirlenmesi.pdf>

¹⁶¹ Saf hava, azot, oksijen, argon, karbondioksit, su buharı, neon, helyum, metan, kripton, hidrojen, azot monoksit, karbon monoksit, ksenon, ozon, amonyak ve azot dioksit gazlarının karışımından meydana gelmiştir (http://cevreonline.com/hukuk/cevhukuk_tarihce.htm. Erişim Tarihi: 18 Ocak 2015).”

¹⁶² **Parlar/Hatipoğlu**, s. 299; Muhlis **Öğütçü**, Çevre Kolluk İşlemleri, İzmir 2000, s. 69.

¹⁶³ **Pamay**, s. 69; **Akıncı**, s. 52.

¹⁶⁴ Yargıtay, tesislerin yaktığı katı atıkların neden olduğu hava kirliliğini m. 181/1 içerisinde görmekteyken kişilerin açık hava katı atıkları yakmalarını suçun unsuru olarak kabul etmemiştir: “...*Hurda kâğıt ve diğer atıkları toplayarak geçimini temin eden sanığın, iş makinelerinden çıkan yağ hortumlarını, plastik maddeleri ve kabloları, hurda malzemeleri biriktirdiği açık alanda yakarak imha ettiği anlaşılmıştır. Yukarıda (II) nolu kısımda açıklandığı üzere bireylere açık havada atık yakma suretiyle hava alıcı ortamını kirletmeye yükümlülüğü yüklenmemiştir. Açıklanan gerekçelerle verilen beraat kararı hukuka uygun görülmüştür*” (Y4CD, E.2014/36088, K. 2014/35427, T. 08.12.2014, Aktaran: **Otaç**, s. 297, dpn. 17).

¹⁶⁵ **Güneş/Coşkun**, s. 33.

¹⁶⁶ **Yağcı**, s. 88.

¹⁶⁷ **Sevük**, s. 306; **Talas**, s. 1153; **Artuk**, s. 41; **Yılmaz**, s. 125; **Özen**, s. 17; kgi bkz. **Uğurlubay**, s. 125; Nitekim Yargıtay şu kararıyla aynı görüşte olduğunu belirtmiştir: “...*TCK'nın 181/1-2 maddelerinde yer alan “çevreye zarar verecek şekilde” kavramı ise, “gerçekleşen somut bir zararı” değil, “zarar vermeye elverişliliği, zarar ihtimalini” anlatmaktadır. Dolayısıyla suç, tehlike suçudur. Zararın gerçekleşmesi, bu suçta unsur*”

bakımından somut tehlike fiilleri henüz çevreye zarar vermeyen ileride meydana getireceği ihtimal dâhilinde olan zararları önceden belirlenebilen çevreyi tehlikeye düşürdüğü için suç sayılması gereken fiillerdir. Sözgelimi bir çimento fabrikasının bacasından çıkan zehirli gazların havaya karışması hemen olmasa bile yıllar içerisinde zararlı etkilerini göstermesi gibi¹⁶⁸. Atık ve artıkların alıcı ortamı olumsuz olarak değiştirmeye ve doğal yapısını bozmaya yani kalitesini ve verimini düşürmeye elverişli olması gerekir. Burada toprak, su ve havaya zarar vermiş olması aranmaz¹⁶⁹. Bu noktada fiil, eğer belirli kişilerin fiziksel bütünlüğüne tehlikeye düşürmesi veya belirli bitki veya hayvanların türlerini yok olma tehlikesine düşürüyorsa somut tehlike varlığından bahsedilir¹⁷⁰. Örneğin dereye bırakılan fabrika atıklarının balıkları öldürücü nitelikte olması yeterli olup ayrıca onları öldürmesi gerekmez burada yapılan bu hareketin çevresel değerleri somut bir biçimde tehlike yaratması yeterlidir¹⁷¹. Somut tehlike suçlarında yaratılan somut tehlikeden diğer bir deyişle tehlike yaratmaktan kasıt, zararın meydana gelme olasılığının gelmeme olasılığından daha yüksek olmasıdır. İşte somut tehlikenin tespiti de zararın meydana gelme ya da gelmemesinin tamamen tesadüfe kalmış olması esasına dayanmaktadır. Yani şans eseri çevredeki insan ve diğer canlılara zarar verilmemiş olması kıl payı zarardan dönülmüş olmasıdır¹⁷².

Burada mahkemelerin yapacağı iş, çevreyi tehlikeye sokma durumunu her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesidir¹⁷³. Bunun içinse bilirkişiye başvurmalıdır. Alıcı ortama salınan atık ve artıkların çevreye zarar verici

olmadığı gibi cezalandırma şartı da değildir" (Y4CD, E. 2012/37437, K. 2014/35431, T. 08.12.2014, <https://www.karartek.com.tr>).

¹⁶⁸ Şen, s. 155.

¹⁶⁹ Nitekim Yargıtay bir kararında aynı doğrultuda görüş bildirmiştir: "*Türk Ceza Kanununun "çevreyi kasten kirletme" suçunu düzenleyen 181/1, "taksirle kirletme" suçunu düzenleyen 182/1 ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 8. maddelerinde suçun unsuru olarak kabul edilen "çevreye zarar verecek şekilde" kavramı ise, "gerçekleşen somut bir zarar" değil, "zarar vermeye elverişliliği, zarar ihtimalini" anlatmaktadır. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere atık veya artığın; kasten su, hava ve toprak şeklinde gruplandırılan alıcı ortama ya da bu ortamlarla ilişkili ekosistemlerden birine verilmesi ile suç oluşacaktır. Çevrenin kasten kirletilmesi, kanunda tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Zararın gerçekleşmesi, bu suçta unsur olmadığı gibi cezalandırma şartı da değildir*" (Y18CD, E. 2015/42347, K. 2017/12403, T. 06.11.2017).

¹⁷⁰ Şen, s. 144.

¹⁷¹ Artuk, s. 41.

¹⁷² Uğurlubay, s. 119.

¹⁷³ Uğurlubay, s. 117.

nitelikte olup olmadığı teknik yöntemlerle uzman kişilerce belirlenmelidir¹⁷⁴. Bu durumun tespiti uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden soruşturmayı yürüten savcının ya da davanın görüldüğü mahkeme tarafından bilirkişiye başvurulması gereklidir¹⁷⁵. Yargıtay da verdiği kararlarda atık veya artıkların çevreye zarar verici nitelikte olup olmadığının bilirkişi ile tespit edilmesini açıkça ifade etmektedir¹⁷⁶.

Öğretide konuyla ilgilenen kimi yazarlar gibi biz de bu suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerektiğini savunmaktayız. Özellikle nüfusun hızlı çoğalması, teknolojinin ilerlemesi, endüstriyel üretim artması, vs. gibi birçok etmen çevrenin kirlenmesine yol açmaktadır. Suçla mücadele ve suçun önlenmesi açısından soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi yerinde

¹⁷⁴ **Yılmaz**, s. 127; Uygulamada Yargıtay bu uzman kişileri atığın cinsi ve alıcı ortama göre belirlemektedir. Alıcı ortam toprak ise üniversitelerin ziraat fakültesi toprak bilimi ve bitki besleme, çevre mühendisliği, kimya mühendisliği bölümlerinde çalışan öğretim üyesi; Alıcı ortam su ya da hava ise, çevre mühendisi, genetik mühendisi, kimya mühendisi ve ziraat fakültelerinin su ürünleri bölümünde çalışan öğretim görevlileridir Y4CD, E. 2012/10169, K. 2014/35435, T. 08.12.2014 (**Otacı**, s. 304).

¹⁷⁵ **Sevük**, s. 307.

¹⁷⁶ “Dosya kapsamına göre, her ne kadar Sulh Ceza Mahkemesince, işlendiği iddia edilen çevrenin kasten kirletilmesi suçuna dayanak yapılan bila tarihi Özcan Yavaş ile Özlem Şafak Özget tarafından Çevre ve Orman Bakanlığı adına yapılan denetim sonucunda düzenlenen tutanakta, haşatı yapılan orkinos balıklarının kanlarını teknenin deposunda biriktirerek açıkta denize deşarj edildiğinin tespit ve beyan edildiğinin belirtildiği, ancak işlendiği iddia edilen çevrenin kasten kirletilmesi suçunun gerçekleşme biçiminin, yerinin ve zamanının, suçun çevreye zarar verilebilecek boyutta olup olmadığı, ayrıca bu durumun denizde kalıcı bir birikim gösterip göstermediğinin tespitinin yapılmadığı ve suçun sübutuna etki eden yukarıda bahsedilen hususlara ilişkin delillerin toplanmadığından bahisle iddianamenin iadesine karar verilmiş ise de; İddianamede suçun gerçekleşme biçiminin, yeri ve tarihinin gösterildiği gibi, dosya içerisinde bulunan İzmir Valiliği İl Çevre ve Orman Müdürlüğü’nün 15.07.2008 tarihli ve 5529 sayılı yazısı ile Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından alınan 04.08.2008 havale tarihli bilirkişi raporunda, söz konusu eylemin çevreye zarar verici boyutta ve kalıcı bir birikim oluşturduğunun belirtilmesi karşısında 5271 sayılı Kanun’un 170/2. maddesinde soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısı bir iddianame düzenler> hükmü uyarınca, kamu davasının açılması gerekip gerekmediği yönünde delilleri takdir yetkisinin Cumhuriyet Savcılığı’na ait olduğu, bu takdirin kullanılmasının iade sebebi olamayacağı, mevcut delillerin mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden 5271 Sayılı CMK. nun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur”. Y2CD, E. 2009/10660, K: 2009/20519, (<http://legalbank.net>), Erişim Tarihi:04.04.2015); Aynı yönde kararlar: Y4CD, E. 2010/19020, K. 2012/11725, T. 16.05.2012.

olacaktır. Böylece sadece atık ve artıkların alıcı ortama verilmesiyle yani hareketin yapılmasıyla suç oluşacak nedensellik bağı sorununa ilişkin zorluklar ortadan kalkmış olacaktır¹⁷⁷.

cc. Atık veya Artıkları Toprak, Su veya Havaya Verme

Suçun oluşabilmesi için yukarıda bahsedilen türdeki atık veya artıkların toprak, su veya havaya verilmesi gerekir. Verme, atık veya artığın toprağa, suya veya havaya temas etmesini sağlayan bırakma, atma, salıverme, gömme gibi her türlü eylemdir. Verme eylemi geniş yorumlanmalı, toprak, su veya havayla atık ve artığın temas edebileceği şekilde bırakma, atma, salıverme, gömme gibi her türlü hareketi verme kavramı içerisinde kabul edilmelidir¹⁷⁸. Çevre Kanunu'nun Kirletme yasağı başlıklı 8. maddesinde “*Her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak yasaktır*” hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, burada sadece verme fiili değil depolamak, taşımak, uzaklaştırmak yasaklanmış ve benzeri faaliyetler denilerek de sınır genişletilmiştir.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun hareketi olan atık veya artıkların toprağa verilmesinde kirletilen toprağın mülkiyetinin kime ait olduğu önemli değildir. Alıcı ortama zarar verecek nitelikteki atık veya artıkların kişinin mülkiyetinde bulunan bir arazide biriktirmesi ile çevre kirliliğine yol açabilir. Burada mülkiyet hakkının çevrenin kirletilmesi suçunda bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülemez. Önemli olan çevrenin kirletilmesi ve korunan hukuki değerlere zarar verilmesidir¹⁷⁹. Konuya ilişkin Yargıtay'ın verdiği şu karar dikkat çekicidir: “*Çevrenin kasten kirletilmesi suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 181. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre denilmektedir. Söz konusu suç bakımından korunan hukuki yarar çevredir. Mülkiyet çevrenin kasten kirletilmesi suçu bakımından suçun unsuru olarak kanunda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla atık maddelerin verildiği toprak parçasının mülkiyetinin tespiti suçun sübutu bakımından mutlak sayılan bir delil niteliği taşımamaktadır. Kaldı ki, aksinin kabulü halinde mülkiyet hakkının çevreyi kirletebilecek biçimde sınırsız kullanımının çevreyi kasten kirletme suçunu oluşturmayacağı sonucuna varılacaktır ki, yasa koyucunun bu sonucu amaçladığı da düşünülemez. Örneğin havaya, toprağa ve suya karışa-*

¹⁷⁷ Taşkın, s. 133; Turgut, s. 641.

¹⁷⁸ Sevük, s. 304; Artuk, s. 41; Özen, s. 176.

¹⁷⁹ Sevük, s. 305; Artuk, s. 42.

bilecek bir takım çevreye ve yaşam formlarına zarar verebilecek nitelikteki atıkların kişinin mülkiyetinden arazide biriktirilmesi ile çevrenin kirletilmesi söz konusu olabilmektedir. Yasanın bu durumu kapsamadığını ileri sürmek maddenin lafzına uymadığı gibi ruhuna da uygun değildir”¹⁸⁰.

Bu suç, neticesi harekete bitişik suç yani ani suç şekli suçtur. Kanunda belirtilen hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşmektedir. Kanun koyucu “*Atık veya artıkların ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde*” ortama verilmesini suç olarak ihdas etmiş olduğundan bu suç bağlı hareketli bir suçtur¹⁸¹. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, atık veya artıkları mevzuatta belirtilen yöntem ve usullerle alıcı ortama bırakılmıyorsa suçun oluştuğundan bahsedilemeyecektir.

Bu suç icrai hareketle işlenebileceği gibi ihmali hareketle de işlenebilir. Örneğin fabrikanın kimyasal zehirli artıklarını hemen yakınından geçen nehre akıtması icrai bir hareket iken aynı fabrikanın işletme müdürünün kimyasal zehirli atığı akıtma fiiline ses çıkarmaması önlememesi ihmali hareketi oluşturur¹⁸². Burada ihmali suretiyle icrai şekilde işlenmesi söz konusu olup, suçun işlenmesinde failin mutlaka garantör sıfatına sahip olması gerekir¹⁸³. Garantörlük kanundan, sözleşmeden veya ön gelen tehlikeden doğmalıdır. Çevrenin kirletilmesi suçunda suçun oluşumuna göz yuman gerekli denetimleri sağlamayan önlemleri almayan kişi bu suçun failidir. Nitekim Çevre Kanunu m. 8/2’de kişilerin “*kirlenme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ilgililer kirlenmeyi önlemekle; kirlenmenin meydana geldiği hal-lerde kirleten, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya*

¹⁸⁰ Y4CD, E. 2008/6206, K. 2008/10019, (<http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=12560>) (Erişim Tarihi: 04.04.2015).

¹⁸¹ Öğretide **Sevük**, kanun metninde “hukuka aykırı olarak” ifadesinin kullanılmasını ve böylelikle suçun serbest hareketli bir suç haline getirilmesinin çevreyi daha etkin korumak için yerinde olacağını belirtmiştir (**Sevük**, s. 305); Öğretide Şen ise çevre suçlarının serbest hareketli bir suç olarak kabul edilmesi gerektiğini zira çevreyi kirletmenin sayı sınırlaması olmaksızın çeşitli hareketlerle yapılabileceğini, bu hareketlerin çevreyi kirletmeyi yani neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasının yeterli olacağı görüşündedir (**Şen**, s. 119); **Uğurlubay**, s. 402.

¹⁸² **Özen**, s. 18; “*Şirket müdürü olan sanığın, Gemi Söküm Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca çevre, sağlık ve güvenlik risklerini önlemek amacıyla gerekli doğrudan tedbirleri almadan sökümü yapılan gemiden denize petrol türevi atıkların deşarjına imkan sağlamak suretiyle ihmali hareketle çevrenin kasten kirletilmesi suçunu işlediği gözetilmeden, sanığın eyleminin çevrenin taksirle kirletilmesi şeklinde nitelendirilerek ön ödeme önerisini yerine getirdiğinden bahisle düşme kararı verilmesi usul ve kanuna aykırıdır*” (Y4CD, E. 2013/7387, K. 2014/36816, T. 22.12.2014, Sinerji İçtihat Programı).

¹⁸³ **Uğurlubay**, s. 402.

azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü” olacakları açıkça ifade edilmiştir.

Eylem unsuru başlığı altında tartışılması gereken diğer bir husus, kirlenmiş olan suya kirlenme oluşuktan sonra başka bir atık atılması durumunda işlenemez suçun oluşup, oluşmayacağıdır. Kirlenmiş olan suyun tekrar düzelmesi konusunda küçük bir olasılık bile yoksa yani su zaten daha önceden bir ya da birkaç kişi, firma vs. tarafından geriye dönüşsüz olarak kirletilmişse ceza hukuku tekniği anlamında işlenemez suçun gerçekleşeceği, dolayısıyla ceza sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilir¹⁸⁴. Hal böyle olsa da öncelikle belirtmek gerekir ki gelişen teknoloji sayesinde kirlenmiş sular eski haline getirilebilmektedir. Yine kişiler kirlenmiş bir su bularak atıkları veya artıkları oraya bırakabilirler ve bu durum kişileri suç işlemeye teşvik eder. Kirlenmiş suya atık ve artıkların atılmaya devam etmesi daha büyük çevre zararına yol açabilir ve artan kirlilik düzeyi ekolojik sistemi tümünden bozabilir. Böyle durumda önceki Su düzelmeyecek şekilde kirlenmiş olduğu için, sonraki eklenen miktar işlenemez suç kabul edildiğinden, cezalandırılmamış olacaktır ki böyle bir durum suçla mücadeleyi zorlaştıracaktır¹⁸⁵.

dd. Nedensellik Bağı

Bu suçun oluşabilmesi için çevreyi kirliliğine yol açan müdahaleler ile meydana gelen olumsuz netice arasında nedensellik bağı olmalıdır. Diğer bir deyişle, çevrenin kirlenmesi kirlenmeye yol açan davranışın sonucunda ortaya çıkmalıdır. Ancak bazı durumlarda özellikle kirliliğe yol açan hareketin birden fazla olması halinde yani nedenlerin çokluğu durumunda nedensellik bağlantısının tespitinde bir takım güçlükler ortaya çıkabilir. Bazen de netice yalnızca bir kişinin yapmış olduğu hareket sonucu meydana gelmez. Diğer üçüncü kişi ya da kişilerin yapmış olduğu hareketlerin neticeye olan katkısı, netice ile ilişkisinin belirlenmesi ve bu durumların failin sorumluluğuna olan etkisi çözülmesi gereken problem olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle çevrenin bu şekilde kirletilmesinin cezai sonuçlarının adil bir şekilde yükletilebilmesi için nedenselliğin doğru saptanması zorunluluktur. Buradaki temel sorun, yarışan nedensellik durumlarında her bir eylemin sonuca katkısının ne olduğunun tespitidir.

Çevreyi kirleticili faaliyetlerden her birisinin sonucu tek başına ortaya çıkarabilecek nitelikte olması ve bir hareketin diğer bir hareketin ön şartı

¹⁸⁴ Ancak böyle bir durumda çevrenin doğanın kendi gücüyle kendini yenilemesi temizlemesi mümkün ise ilk fiilleri izleyen fiiller cezalandırılabilir (**Katoğlu**, s. 86).

¹⁸⁵ **Ulusoy**, s. 130-131.

olduğu durumlarda her bir faili tek tek sorumlu tutmak konusunda bir sorun yaşanmaz. Ancak birden çok faaliyetin birlikteliği sonucunda çevre kirletilmişse bunların neticeye katkıları bilinemeyebilir. Bu gibi durumlarda sorumlular bulunup cezalandırılmayabilir¹⁸⁶. Özellikle tipik netice bakımından nedensel değer taşımayan atipik durumlarda nedensellik bağının kurulması somut olayda neticenin olayların normal alışmış gelişimine ve genel hayat deneyimlerine göre kişilere yüklenip yüklenemeyeceğinin tartışılmasıyla mümkündür. Yapılan hareket neticeye oluşturabilme yani neticenin gerçekleşmesinde değişiklik oluşturuyorsa¹⁸⁷ katkının ve nedensel ilişkinin bulunduğu sonucuna varılır.

Öğretide bu suç için nedensellik bağının kurulmasında yaşanan güçlüklerin aşılabilmesi adına genişletici yorumlara gidilmekte çevre sorunlara daha elverişli gelecek görüşler uygulanmaktadır¹⁸⁸. Bu itibarla, ceza hukuku öğretisi ya atık veya artıkları tümünü kirlenme neticesi olarak görmekte ya da kirlenme madde atan gerçek veya tüzel kişilerin bağımsız sorumluluğunu kabul etmekte veyahut ta ortak bir subjektif unsura dayanarak iştirak hali durumuna göre sorumluluğa gidilmesini çözüm olarak görmektedir¹⁸⁹. O halde tam bir nedensellik ilişkisi içinde bulunmamakla birlikte, fiilin işlenmesini kolaylaştıran hareketler ceza sorumluluğuna yol açabilecektir¹⁹⁰.

Nedensellik bağının tespiti için iki aşamalı değerlendirme yapılmalıdır. Çevrenin kirletilmesi neticesinin ortaya çıkmasına neden olan her bir hareket nedenseldir (şart teorisi). Sözelimi bir nehir etrafına kurulu üç ayrı fabrikanın zehirli atıklarının nehre boşaltılması sonucunda balıkların ölmesi halinde üç ayrı fabrikanın yapış olduğu hareketler nedensel değere sahiptir. Çünkü hareket yapılmasaydı (fabrikalar atıklarını nehre boşaltmasalardı) netice (balıkların ölmesi) meydana gelmeyecekti ise hareket netice bakımından nedenseldir. Çünkü her bir fabrikanın hareketi tek başına neticeyi gerçekleştirebilecek durumdadır. Bu teori nedensellik bağının kurulması açısından yeterli olsa da neticeden sorumlu tutmak için yeterli değildir. Çünkü nedensellik bağlantısı başka, faili meydana gelen neticeden sorumlu tutmak başka bir şeydir¹⁹¹. Nedensellik ve sorumluluk farklı kavramlar olduğundan neticeye neden olan her kişiyi neticeden eşit derecede sorumlu tutmak doğru

¹⁸⁶ Turgut, s. 647; Ulusoy, s. 139; Katoğlu, s. 85.

¹⁸⁷ Katoğlu, s. 85.

¹⁸⁸ Turgut, s. 647.

¹⁸⁹ Ulusoy, s. 129.

¹⁹⁰ Katoğlu, s. 85.

¹⁹¹ Veli Özer Özbek, “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 420.

olmayacaktır. Burada yapılmak istenen fail ile meydana gelen netice arasındaki özel ilişkiyi ortaya çıkarmaktır. Burada hangi fabrikanın ya da fabrikaların atıklarının netice sebep olduğu elde edilen delillere ve bilirkişi raporlarına (ilgili kanun, yönetmelik hükümlerine, bilimin tanınmış yöntemlerine göre hazırlanan) göre belirlenebilecektir. Bu itibarla, nehre salınan atık ve artıkların tür, nitelik ve miktar bakımından suyu kirletmeye ve zararlı şekilde değiştirmesi sonucunda balıkların ölümünü meydana getirmeye elverişli olması gereklidir.

e. Suça Etki Eden Hal - Daha Fazla Cezayı Gerektiren Haller

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun düzenlendiği TCK m. 181’de suçun nitelikli halleri düzenlenmiş olup çevreye ve insan sağlığına daha çok zarar verdiği için daha fazla cezai yaptırıma bağlanmıştır. TCK 181. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

aa. Atık veya Artıkların Toprakta, Suda veya Havada Kalıcı Özellik Göstermesi (TCK m. 181/3)

TCK m. 181/3 “*Atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılır*” şeklinde olup suçun nitelikli hali maddenin birinci ve ikinci fıkralarını kapsayıcı nitelikte düzenlenmiştir. Çalışma konumuz itibariyle, atık veya artıkların gerek kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek nitelikte ve boyutta toprağa, suya veya havaya verilmesi halinde bu atık veya artıkların kalıcı özellik göstermesi, nitelikli hal olup daha faile fazla ceza verilir. Çünkü alıcı ortamda meydana gelen bu zarar geriye dönüşsüz olarak çevreye ve insanlara daha fazla zarar vermektedir. Söz konusu ifade emredici hüküm niteliğinde olup koşulların varlığı halinde ceza iki kat artırılır¹⁹².

Madde metninde kalıcı özellik kavramından ne anlaşılacağı belirli değildir. Yine buradaki kalıcılığın atık veya artıktaki mi yoksa alıcı ortamda mı aranacağı belirli değildir. Bizce kalıcı özellik gösterecek olan şey, Kanun metninde açıkça ifade edilmese de atık veya artıktır¹⁹³. Nitekim madde gerekçesi de “*bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların konusunu oluşturan atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi*” şeklinde olup düşüncemizi destekler niteliktedir.

¹⁹² Özen, s. 20.

¹⁹³ Sevük, 317.

Madde ifade edilen kalıcı nitelik gösterme halinden anlaşılması gereken, çevreye verilen atık veya artıkların vereceği zararın uzun süre devam edecek olması ve kara, hava veya suya temas halinde bunlar üzerinde kalıcı hasara sebep olmasıdır¹⁹⁴. Burada kalıcı kirlilikten söz edilmektedir. Kalıcı kirlilik biyolojik olarak veya kendiliğinden yok olmayan ya da çok uzun yıllar içinde yok olan maddelerin oluşturduğu kirlilik türüdür. Bu tür zararlı maddeler bitki ve hayvanların bünyelerine yerleşir ve insanlara geçerek onlara zarar verir. Örneğin denize boşaltılan cıva gibi zehirli maddeler balıklara oradan insanlara geçerek hastalık ve ölümlere yol açabilir¹⁹⁵.

TCK m. 181/3 yer alan düzenleme somut tehlike suçu niteliğinde olup söz konusu atık veya artıkların bu nitelikte olduğunun tespit edilmesi yeterli olup ayrıca toprak, hava veya suda kalıcı özellik oluşturması aranmaz¹⁹⁶. Burada önemli olan kalıcı bir zarar verme tehlikesinin varlığıdır¹⁹⁷. Aksinin kabulü nitelikli hal olarak düzenlenen ve daha ağır yaptırım gerektiren madde hükmünün uygulama alanını daraltıp suçla mücadeleyi güçleştirebilecektir. Oysa bu denli tehlikeli atık veya artıkların varlığı herhangi bir yere temas etmemiş olsa bile sağlıklı çevrede yaşam hakkı için bir tehdittir. Örneğin, tarlasından daha fazla verim almak isteyen bir çiftçinin bilerek gereğinden fazla kimyasal gübre kullanması halinde bu toprakta kalıcı hale gelen ve toprağın doğal yapısının bozulması halinde suç oluşmuş kabul edilecektir.

Söz konusu atık veya artıkların kalıcı özellik gösterip göstermediğinin tespiti uygulamada konunun uzmanı bilirkişiler tarafından yapılmaktadır¹⁹⁸. Söz konusu değerlendirme yapılırken çevreyi somut tehlikeye düşüren bu hallerin hangi hareketten kaynaklandığı ve hangi zarar tehlikesini ortaya çıkardığı net bir biçimde ortaya konulup sebep sonuç ilişkisi kurulmalıdır. Yargıtay'ın bu doğrultuda verdiği kararda bu hususu şöyle belirtmiştir: “...Tutanak düzenleyicilerin keşfe katılımı sağlanıp denetim tarihindeki tespitlere göre çevre kirliliğine neden olup olunmadığı bilirkişiye açıklatılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması”¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Artuk, s. 44; Sevük, s. 317.

¹⁹⁵ Yılmaz, s. 142.

¹⁹⁶ Sevük, s. 318.

¹⁹⁷ Sevük, s. 317.

¹⁹⁸ Sevük, s. 318.

¹⁹⁹ Y4CD, E. 2009/16749, K. 2011/18021, T. 24.10.2011. (Sinerji Mevzuat Erişim Tarihi: 01.03.2016)

bb. Atık veya Artıkların İnsan veya Hayvanlar Açısından Tedavisi Zor Hastalıkların Ortaya Çıkmasına, Üreme Yeteneğinin Körelmesine, Hayvanların veya Bitkilerin Doğal Özelliklerini Değiştirmeye Neden Olabilecek Nitelikte Olması (TCK m. 181/4)

TCK m. 181/4' de aynı maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen fiillerin insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi hâlinde, cezanın artırılacağı öngörülmüştür.

TCK m. 181/4' teki nitelikli halin uygulanabilmesi için atık veya artıkların maddede bahsedilen niteliklere sahip olması gerekir²⁰⁰. Atık ve artıkların özellikleri seçimlik olarak belirtilmiş olup madde metninde bahsedilen niteliklerin herhangi birisinin oluşması nitelikli halin uygulanması için yeterlidir²⁰¹. Bu nitelikteki atıklar, toprakta yaşayan canlıların ölmesine, besin zincirlerinin bozulmasına ve türlerin yok olmasına neden olmaktadır.

Suçun bu nitelikli hali de tıpkı temel şeklinde olduğu gibi somut tehlike esası üzerinden düzenlendiğinden TCK m. 181/4'teki suçun nitelikli hali somut tehlike suçudur²⁰². Burada bahsi geçen özellikteki atık veya artıkların toprağa, suya veya havaya kasten verilmesi çevrede yaşayan insan, hayvan veya bitkiler üzerinde bu sonuçlara yol açabilmesi tehlikesi cezalandırılmaktadır. Söz konusu atık veya artıklar bu niteliğe sahip değilse ve diğer koşullarda oluşmuşsa fail TCK m. 181/1 veya m. 181/2 yer alan suçun temel şekliyle cezalandırılır²⁰³.

Nitelikli halin uygulanması için maddede öngörülen sonuçların ortaya çıkması aranmayacağı daha önce belirtilmişti. Burada önemli olan atığın niteliğinin bu tür zararlı netice oluşturmaya elverişli olması kabul edilebilmesidir²⁰⁴. Maddede belirtilen sonuçların oluşması gerekmez.

²⁰⁰ Toprak yüzüne atılan veya terkedilen artıkların, özellikle kimyasal maddelerle çeşitli nitelikte çöplerin neden olduğu toprak kirlenmesi, bunlarla beslenen canlılar vasıtasıyla, çeşitli parazitlerin çoğalmasına ve çeşitli hastalıkların ortaya çıkmasına neden olmaktadır (Pamay, s. 71).

²⁰¹ Sevük, s. 319.

²⁰² Talas, s. 1153; Sevük, s. 319; Özen, s. 23, Taşkın, s. 153.

²⁰³ Sevük, s. 319; Özen, s. 23.

²⁰⁴ "...polimer kimya, farmakoloji, adli kimya, biyomedikal mühendisliği, çevre mühendisliği, toprak biyolojisi alanlarında uzman öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyetine dosya tevdi edilerek, öncelikle atıkların yukarıda yer verilen mevzuat ve yönetmelikler kapsamında toprağı kirlüten, kirlenme ihtimali bulunan atık sınıfında olup olmadığı, kalıcı özellik gösterip göstermediği ve tüm üretim ve madde alım belgeleri tahkik edile-

Maddede belirtilen fiillerin insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkması, insan veya hayvanların sağlığının bozulması, sağlığının düzelmesi için yapılacak tedavinin uzun sürmesi, tedavi etme olasılığının olmaması veya azlığı demektir²⁰⁵.

İnsan veya hayvanların üreme yeteneğinin körelmesi, alıcı ortama verilen atık veya artığın neslin devamını engelleyecek bir hastalığa yakalanıp üreyememeleri anlamına gelir²⁰⁶.

Hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değişmesi, hayvanların doğuştan sahip olduğu türe özgü özelliklerin değişmesi, organ, doku ve dış görünüşlerinin değişmesi, bitkilerin ise doğal özelliklerinin değişmesi, türünün özelliklerine sahip olmaması, kuruması ve tükenmesidir²⁰⁷.

Ancak maddenin fıkrasında belirtilen fiillerin insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıkların çevreye verdiği zarar nedeniyle insanlar açısından tedavisi zor hastalıklar ortaya çıkabilir. Bu durumda, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ve bin güne kadar adli para cezasına verilir.

Öyleyse TCK m. 181/4'ten sorumluluğun doğabilmesi için failin çevreye atılan atık veya artıkların fıkrada belirtilen niteliğe sahip olduğunu bilmesi gerekmektedir²⁰⁸. Failin atık veya artıkların fıkrada belirtilen niteliğe sahip olduğunu bilmemesi halinde ispat etmesi gerekir²⁰⁹. Bu nedenle uygulamada söz konusu atık veya artıkların bu nitelikte olup olmadığı mahkemece araştırılmalı bilirkişi vasıtasıyla tespit edilmeli ve somut bir tehlike oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir²¹⁰. Uygulamada Yargıtay bilirkişi

rek suça konu atıkların ilgili ilaç fabrikasına ait olup olmadığı hususlarında rapor alınmalıdır. Alınacak bilirkişi raporunda belirtilen bilgi ve saptamalar üzerine, gerektiğinde dosya TÜBİTAK MAM'a gönderilerek, atıkların TCK'nın 181/4. fıkrasında bahsedilen "insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek" nitelikte olup olmadığı sorulmalıdır" (Y4CD, E. 2014/23903, K. 2014/3586, T. 08.12.2014, Aktaran: **Otaç**, s. 286, dpn. 10).

²⁰⁵ **Sevük**, s. 319.

²⁰⁶ **Sevük**, s. 319.

²⁰⁷ **Sevük**, s. 320.

²⁰⁸ **Özen**, s. 23; **Sevük**, s. 320.

²⁰⁹ **Özen**, s. 23.

²¹⁰ **Özen**, s. 23; **Artuk**, s. 45; **Sevük**, s. 320; **Talas**, s. 1154.

raporlarının denetime elverişli olması gerektiğini belirtmiş²¹¹ ve eksik²¹², çelişkili raporlara dayalı mahkeme kararlarını ve tarafsızlık şartını sağlamayan bilirkişi ve raporlarını²¹³ bozma sebebi yapmıştır.

4. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Bilindiği üzere, TCK'da yer alan hukuka uygunluk sebepleri, kanun hükmünü yerine getirme (m. 24/1), meşru savunma (m. 25/1), hakkın kullanılması (m. 26/1) ve ilginin rızasıdır (m. 26/2).

Çevrenin kirletilmesi suçu bakımından ilginin rızası²¹⁴ ve meşru savunma hukuka uygunluk sebeplerinin bu suçta uygulanmasına imkân yoktur.

Kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebi uygulanabilecektir²¹⁵. Atık veya artıkları ilgili mevzuatta belirlenen usullere göre belirli yerlere döken kişilerin cezai sorumluluğu doğmayacaktır²¹⁶.

Hakkın icrası bir diğer hukuka uygunluk sebebi olarak söz konusu olabilmektedir. Ceza hukukunun dışında kalan hakkın icrası, atık ve artıkların çevrenin kasten kirletilmesi suçunda hukuka uygunluk sebebidir. Ancak bir işyerine idarece verilen ruhsata istinaden çevreyi kirletici faaliyette bulunan kişinin yaptığı hareketin hukuka uygun kabul edilip edilmeyeceği

²¹¹ “...Sanığın, köy yolu kenarına yaklaşık bir traktör römorku kadar, içinde inşaat atıkları da bulunan taş ve toprak döktüğü anlaşılmıştır. ... Bilirkişilerden... Yargıtay denetimine imkân sağlayacak içerikte rapor alınması gerekir. Atığın, anılan mevzuat ve düzenleyici işlemlere göre toprağı kirletmediği ya da kirletme ihtimalinin bulunmadığı sonucuna varılırsa, eylemin, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 24. maddesi de dikkate alınarak, inşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atmayı yaptıırma bağlayan 41/4 maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir” (Y4CD, E. 2012/27427, K. 2014/34660, T. 01.12.2014, Aktaran **Otacı**, s. 311).

²¹² “...yukarıda açıklanan mevzuat ve düzenleyici işlemler kapsamında, su kirliliği, dolayısıyla çevre kirliliğinin oluşup oluşmadığı yönünde rapor aldırılarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik incelemeyle kurulan hüküm usul ve kanununa aykırıdır” (Y4CD, E. 2013/12350, K. 2014/36802, T. 22.12.2014, Sinerji İçtihat Programı).

²¹³ “...Davanın tarafı olmayan bir bilirkişiden rapor alınması gerekirken, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 12. maddesi gereğince denetleme yetkisi bulunan Çevre ve Orman Bakanlığında çevre mühendisi olarak çalışan, tarafsız olamayacağı anlaşılan bilirkişi U... S.ın düzenlediği rapora dayanılarak hüküm kurulması...” (Y4CD, E. 2012/4713, K. 2014/34050, T. 24.11.2014, Aktaran: **Otacı**, s. 305, dpn. 31).

²¹⁴ Zira bu suç mağduru belli olmayan suçlardandır (**Sevük**, s. 320); Çevreyi kirletme yasağı kamu düzeniyle ilgili olduğundan mağdurun rıza vermesinin bir önemi bulunmamaktadır (**Badur**, s. 113).

²¹⁵ **Yılmaz**, s. 127; **Özen**, s. 24.

²¹⁶ **Özen**, s. 24.

ceza hukukunda sorumluluğun olup olmayacağını tespiti açısından tartışılması gereken bir husustur. Ceza kanunu madde 26/1'de hakkının kullanan kişiye ceza verilmeyeceğini belirtmiştir. Buradaki hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenleyici işlemlere dayanabilir²¹⁷. Hakkın icrasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için bazı koşulların oluşması gereklidir. Bunlar hukuk düzenince kabul edilmiş sübjektif bir hakkın bulunması, kişiye tanınan bu hakkın bu hakkı ortaya çıkaran hukuk kaynağında öngörülen sınırlar içerisinde sınır aşılmadan kullanılması (hakkın kötüye kullanılmamış olması), hakkın doğrudan yani hiçbir merciin aracılığına gereksinim duyulmadan kullanılması ve hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında nedensellik bağının bulunmasıdır²¹⁸.

Atık ve artıklarla çevrenin kasten kirletilmesi suçunda bu hukuka uygunluk sebebinin varlığının kabulü için, bir önceki hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilen yukarıda sayılan koşulların yerine getirilmesi gerekir.

Burada dikkat edilmesi gerekli en önemli husus, idarece verilen her iznin hukuka uygunluk nedeni olup olmadığının belirlenmesidir. İdarece verilen ruhsata sahip işletme tarafından yapılan faaliyetlerin (faaliyet sonucunda ortaya çıkan çevre kirliliği ve bozulmasının) hakkın icrası kapsamında kalması gereklidir. Öyleyse verilen ruhsat ve izne uygun hareket eden çevreye en az zarar verebilecek gerekli tedbirleri alan bir işletme ve yönetici organlarını hukuka uygun davrandığından bu suçtan dolayı sorumlu tutmanın olanağı yoktur²¹⁹. Aksinin kabulü hiçbir faaliyete izin vermemeyi gerektirir ki bunun imkânı yoktur.

İznin hukuka uygun olabilmesi için öncelikle idari işlemin unsurları yani yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları yönünden bir sakatlığın olmaması gerekir. Zira hak yaratmayan bir idari izin hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz²²⁰. Burada bahsi geçen sübjektif hak, idari bir tasarruftan oluşmaktadır. İdarenin ruhsat vermesi idari bir tasarruf-

²¹⁷ Hakan **Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 346.

²¹⁸ **Demirbaş**, s. 294-296; **Özgenç**, s. 283; **Öztürk/Erdem**, s. 235; zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, İstanbul 2016, s. 342; Veli Özer **Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 318; **Uğurlubay**, s. 104.

²¹⁹ **Şen**, s. 183.

²²⁰ Ruhsatın tehdit, hile rüşvet, vs. gibi hukuka sakatlık sonucunda elde edilmiş olması halinde hukuka uygunluktan bahsedilemez. (**Şen**, s. 184); Ceza hâkiminin geçersiz bir idari tasarrufu dikkate almaması doğru olur. Aksinin kabulü idare ne yaparsa doğru yapar anlayışına götürür (**Katoğlu**, s. 82).

tur²²¹. Çevreyi ilgilendiren işletmeler faaliyetlerine başlayabilmek ve sürdürebilmek için öncelikle idareden izin ve ruhsat almak zorundadır. Yetkili idareden ruhsat alan işletmenin faaliyeti hakkın icrası ilk başta hukuka uygun görülse de ruhsat sonrası işletmenin alıcı ortama saldıgı zehirli atık veya artıklar çevreyi tehdit edip zarar verebilir. Böyle bir durumda hakkın icrasının varlığı kabul edilemez. Çünkü hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin bu unsuru oluşmuş olsa bile, yani verilen izin hukuka uygun ise, idari makamların verdiği izinle hukuka aykırı olarak çevreyi kirletenlerin bu eylemlerinden dolayı ceza hukuku anlamında sorumlu olması gereklidir²²². Aksi halde bir işletmenin çevreyi kirletme faaliyetine ilişkin izinlerinde yolsuzluklara zemin hazırlanmış olur²²³.

Bu suçta hukuka uygunluğun kabulü için diğere bir koşul, hakkın kötüye kullanılmamış olması yani hakkın sınırları içerisinde hareket edilmesidir²²⁴. Bu itibarla, faaliyete bir kez ruhsat veren idarenin çevrenin korunması adına verdiği ruhsatın hukuka uygunluğunu sürekli kontrol etmesi gereklidir²²⁵. Çünkü hukuka uygun olarak başlayan işletmenin pekâlâ daha sonradan çevreyi kirletici faaliyetlerde bulunması mümkündür. Hukuka uygun olarak verilmiş izin veya ruhsatın verilen izin ve ruhsatta belirtilen koşullara uygun şekilde faaliyetini sürdürmesi gerekir. İdare hukuku ilkeleri kapsamında hukuka uygun kabul edilen izin kişilere çevreyi kirletme hakkını vermez. Sözgelimi işletmenin çıkardığı dumanını iş yaptığı bölgede daha fazla araziye işletmeye devrini sağlamak için çevrede yaşayan halkı rahatsız edecek şekilde eve miktarda havaya salan işletme, idari makamların izin ve ruhsatını kötüye kullanmış olacaktır.

İdarenin verdiği izin hukuka aykırı ise bu durumda izin meşru bir yetkilendirme içermediği için yürütülen faaliyet hakkın icrası olarak kabul edilemeyecek ve hukuka uygunluk sebebinden yaralanamayacaktır²²⁶. Dolayısıyla idarenin verdiği iznin rüşvet, politik baskı gibi nedenlerle yetkinin kötüye kullanımı ve aşılması hallerinde sorumluluktan kurtuluş yoktur²²⁷. Bu itibarla, açık hatalı işlemler, hile, aldatma ve hakkı kötüye kullanma sonucu

²²¹ Şen, s. 177.

²²² Sevük, s. 314; İdarenin verdiği kararlar karşısın da her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu unutulmamalıdır.

²²³ Sevük, s. 314; Taşkın, Çevrenin Korunması, s. 286.

²²⁴ Özen, s. 24.

²²⁵ Şen, s. 184.

²²⁶ Sevük, s. 315.

²²⁷ Turgut, s. 646; Bu gibi durumlarda böyle bir yetkiyi ya da izni veren kamu görevlisinin de suça iştirakten sorumlu tutulması gündeme gelecektir (Katoğlu, s. 82). Ayrıca bkz. "Fail" başlığı altındaki açıklamalara

elde edilen işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlı dahi ceza hukuku anlamında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemelidir²²⁸.

Hakkın icrasının sınırları aşıldığı takdirde de faaliyet hukuka aykırıdır. TCK m 27/1 de ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiilin taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa taksirli suçtan cezalandırılacağı belirtilmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınır kasten ya da taksirle aşılmış olabilir. Fail sınırı bilerek ve isteyerek aşmışsa aşma kasıtlıdır. Fail sınırı aşmadığını düşünerek yeterli dikkat ve özeni göstermediği için aşmışsa aşma taksirlidir. Fail kasten aşmışsa meydana gelen suçtan dolayı sorumludur²²⁹. Öyleyse çevreyi kirletici faaliyette bulunan ruhsat sahibi işletmenin ruhsatın varlığını ileri sürerek dilediği şekilde faaliyet gösteremez. Böyle bir durumda işletmenin sadece ruhsatlı olması yeterli olmayıp faaliyetin çevre ve canlılara yan etkisinin olmaması gereklidir²³⁰. Sözelimi ruhsatlı çimento fabrikası faaliyeti sonucunda emisyon oluşumuna neden olan havaya saldırdığı zehirli gazları bu emisyonları Sanayi Kaynaklı Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği²³¹ ve idarenin belirlediği kurallar ve standartlar doğrultusunda belirlenen limit değerler üzerinde atmosfere deşarj ediyorsa bu hukuka uygunluk sebebinin kasten aştığı için TCK m. 181/1 de yer alan suçtan dolayı sorumluluğu doğacaktır. Arıtma tesisinde arıtma cihazında oluşan arızayı fark etmeyip idarenin belirlediği standartlar dışında atıksu tesisin yanındaki araziye salınırsa hukuka uygunluk nedeni taksirle aşıldığından TCK m. 182'de düzenlenen çevrenin taksirle kirletilmesi suçunu oluşturacaktır.

5. Tipikliğin Sübjektif Unsurları (Manevi Unsurlar)

Suçun manevi unsuru kasttır. Genel kast yeterli olup failin çevreye zarar verme amacıyla hareket etmiş olması yani özel kast aranmaz²³². Kanun koyucu bu suçların işlenmesi için ayrıca bir saik aramamıştır. Çevre kirliliğinin taksirle işlenmesi halinde TCK m. 182 de yer alan çevrenin taksirle kirletilmesi suçu oluşur.

Kastın suçun unsurlarına yönelik olması ve tüm unsurları kapsamaması gerekir. Öyleyse m. 181/1 de düzenlenen suç bakımından kişinin kanunlarla

²²⁸ Uğurlubay, s. 110.

²²⁹ Zafer, s. 358; Öztürk/Erdem, s. 254; Demirbaş, s. 322-323; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 355.

²³⁰ Şen, s. 185.

²³¹ RG No: 20.12.2014/29211.

²³² Özen, s. 24; Artuk, s. 45; Sevük, s. 311; Talas, s. 1154; Yılmaz, s. 127; Yağcı, s. 89; Özenbaş, s. 929.

belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya bilerek ve isteyerek vermesi gerekir²³³. Yargıtay önüne gelen davalarda kast unsurunu (manevi unsur) araştırmaktadır²³⁴.

Suç doğrudan kast ile işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir²³⁵. Zarar tehlikesi bilinmesine rağmen atık ve artıkları çevreye veren çevrenin kirlenmesine kayıtsız kalan fail olası kasttan sorumludur. Sözgelimi petrol artığı varillerin içini denize boşaltan bir işletmenin boşalttığı varillerin deniz canlıları için tedavisi zor hastalıklara yol açabileceği saptanması karşısında, işletmenin yöneticileri ve boşaltma eylemini gerçekleştiren firma çalışanları olası kasttan sorumludur. Zira bu kişiler deniz canlılarının zarar göreceğini öngörmüş ancak ne olursa olsun diyerek eylemi gerçekleştirmişlerdir.

Tipikliğe ait unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksiklik yanlış bilgi sahibi olunması durumunda hata vardır²³⁶. Ancak bu hata kastı ortadan kaldırırken taksirli sorumluluğu gündeme getirebilir. TCK m. 30/1 fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimsenin kasten hareket etmiş sayılmayacağını açıkça belirtmiştir. Örneğin failin atık veya artık madde olduğunu bilmekle birlikte onun niteliği konusunda yani çevreye zararlı olmadığı konusunda yanılmışsa buradaki yanılma failin kasten hareket ettiği söylenemez. Ancak bu durumda TCK m. 30/1 gereği çevrenin taksirle kirlenmesi suçundan sorumluluğu doğacaktır. Aynı şekilde failin toksik özelliği hakkında yanılması veya hastalığın bulaşıcılığı hakkında

²³³ “...Sorumlusu olduğu akaryakıt istasyonunun yıkama -yağlama bölümünden çıkan atıkları, bilirkışı raporunda belirlendiği gibi kalıcı özellik oluşturamaz derecede ve çevreye zarar verecek şekilde toprağa verme biçiminde kabul edilen eylemi, sonuçlarını öngörmek bilinc ve iradeyle gerçekleştirdiği gözetilmeden, TCK'nın 181/1. maddesi yerine olayda uygulama yeri bulunmayan 182. maddesi ile hüküm kurulması,” (Y4CD, E. 2011/14774, K. 2012/23991, 08.11.2012) f.

²³⁴ “Yerel Mahkemece de kabul edilen gerekçeye göre, sanığın akaryakıt dolumu yaptığı sırada kolluk kuvvetlerini görmesi üzerine heyecanlandığı, bu esnada akaryakıt hortumunun tekne güvertesine düştüğü ve hortumdan boşalan bir miktar akaryakıtın denize döküldüğü göz önüne alındığında, sanığın, yüklenen eylemden kast ya da taksir şeklindeki kusurluluk türlerinden hangisinden sorumlu olduğu tartışılarak sonucuna göre hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile hüküm kurulması kanuna aykırıdır” (Y18CD, E. 2015/25325, K. 2017/1571, T. 13.02.2017, Kazancı İçtihat Programı); Aynı yönde kararlar için bkz. Y18CD, E. 2015/18422, K. 2017/805, T. 30.01.2017, Y18CD, 2015/13094, 2016/19393, T. 19.12.2016 (Kazancı İçtihat Programı).

²³⁵ Artuk, s. 45; Sevük, s. 311; Özen, s. 24; Talas, s. 1154; Dönmez, s. 911; Uğurlubay, s. 417; Özenbaş, s. 929.

²³⁶ Sevük, s. 311.

yanılması sonucunda izlenen usulün kanunen öngörülen usulden önemli surette ayırık bir usul olduğunu bilmemesi halinde suç tipinde yanılma söz konusu olup burada failin en azından belirli bir atık maddenin zehirli, kimyevi veya biyolojik reaksiyona neden olabileceğini bilmesi gerekeceğinden taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir²³⁷.

Kişinin suçun maddi unsurlarında hataya düşmesi halinde kastı ortadan kalkacağından sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak kanunda suçun taksirli hali düzenlendiğinden eğer koşulları oluşmuşsa taksirle çevreyi kirletme suçundan sorumluluğu doğabilecektir. Yine kişi alıcı ortama saldırdığı atık ve artıkların TCK m. 181/3 ve 181/4'te neticelere yol açacak niteliğe sahip olduğu hususunda hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacaktır (TCK m. 30/2).

İdarenin verdiği ruhsat (izin) varlığı hakkında yanılma mazeret sayılmakta olup sorumluluğu ortadan kaldıracaktır. Örneğin, işletme sahibi kişiler idarenin keyfi davranışı sonucunda hukuka uygun olmayan bir izin verdiğini bilmiyorlarsa TCK m. 30/3 düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinde hata mazeret sebebinden yaralanabilirler²³⁸. Zira TCK m. 30/3 “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*” şeklinde konuyu açıkça düzenlemiştir.

TCK m. 30/4'de işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişinin cezalandırılmayacağı belirtilerek haksızlık yanılığı düzenlenmiştir. Haksızlık yanılığı, failin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunun bilincinde olmamasını ifade eder. Diğer bir deyişle, kişi burada normu bilmediği veya yanlış yorumladığı için fiilin haksızlık ettiğini düşünmez²³⁹. Bu hüküm ile kaçınılmaz haksızlık yanılığının varlığı durumunda faili cezalandırmanın hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir²⁴⁰. Bu itibarla, işlenen fiilin hukuken kabul görmez bir davranış oluşturduğu hususundaki hatanın kaçınılmaz olması halinde kişi kusurlu sayılamaz. Yani failin yanılığı sakınılabılır, önlenebilir bir yanılığa ise bu yanılığın faydalanması söz konusu olamaz. Hâkimin somut olayda failin hareketinin ceza

²³⁷ Ünver/Nuhoğlu, s. 143; Uğurlubay, s. 282; Katoğlu, s. 83.

²³⁸ Turgut, s. 646; Sevik, s. 315, Katoğlu, s. 83.

²³⁹ Zafer, s. 410.

²⁴⁰ Haksızlık yanılığı veya haksızlık yanılması, bağışlanabilir yanılığa ya da haksızlık bilinci (yasaklılık yanılması), kural üzerinde hata, yasak hatası veyahut da hukuki hata olarak adlandırılmaktadır (Sesim Soyer Güleç, Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı (m. 30/4), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 10, Sayı 1, 2008, s. 59).

hukuku bakımından sorumluluğu gerektiren bir haksızlık olduğunu bilmediği kanaatine ulaşması gerekir. Bu hususun tespiti için failin sosyal konumu, kişisel yetenekleri, mevcut bilgisi ile yaş ve mesleği göz önünde bulundurulur²⁴¹. Kanun koyucu haksızlık yargısında hâkime geniş bir takdir hakkı bırakmıştır²⁴². Hâkim böyle bir durumda somut olayın koşullarını değerlendirecek haksızlık yanılığının kaçınılabilir olup olmadığına bakacaktır. Haksızlık yanılığı kaçınılabilir ise ceza sorumluluğu etkilemez kişi kastından sorumlu tutulur ve TCK m. 61 göre ceza belirlenir. Bu aşamada failin yanılığa düşmemek için gerekli bilgiyi elde etme konusunda herhangi bir çaba gösterip göstermediği, özenli davranıp davranmadığı araştırılmalıdır²⁴³. Bu itibarla, kişinin yetkili idare atık veya artıkların niteliği veya imha usulü hakkında ilgililerden bilgi istemesi ve bu bilgiye dayanarak söz konusu atığı imha etmesi halinde kaçınılmaz hatanın varlığı kabul edilecektir. Burada kişinin söz konusu atık veya artıkların niteliği imhası madde metninde yer alan nitelikleri hakkında bilgi edinme konusunda yeterince çabalayıp çabalamadığı ve kişinin kişisel özellikleri de dikkate alınarak hatasının kaçınılmaz olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir.

Bu suçta kusurluluğu etkileyen bir hal olan ve mazeret sebebi olarak kabul edilen zorunluluk hali söz konusu olabilir²⁴⁴. Örneğin bir fabrikada zehirli madde kaçağı olması durumunda kapılar açılıp bu zehirli madde dışarıya çıkarılmadığı takdirde orada bulunanların çok büyük zarar göreceği anlaşıldığı durumlarda fabrikada bulunanların derhal dışarı çıkarılması olanağı bulunmadığı hallerde zorunluluk hali söz konusudur²⁴⁵. Böyle bir durumda zehirli maddenin fabrikadan dışarı salınması çevreyi kasten kirletme suçunu oluşturmayacaktır. Yine afet hallerinde (deprem, sel) felaketten kurtulmak için ilaç dolu tankerin boşaltılması halinde de zorunluluk söz konusudur²⁴⁶.

6. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a. Suça Teşebbüs

TCK m. 181/1'de yer alan atık veya artıkların toprağa suya veya havaya kasten verilmesi suçu neticesi harekete bitişik ve somut tehlike suç-

²⁴¹ Zafer, s. 410; Hakeri, s. 470; Öztürk/Erdem, s. 316.

²⁴² Zafer, s. 411.

²⁴³ Sevük, s. 312.

²⁴⁴ Sevük, s. 313; Özen, s. 25.

²⁴⁵ Sevük, s. 313

²⁴⁶ Özen, s. 25.

dur. Somut tehlike suçlarına teşebbüs mümkündür²⁴⁷. Neticesi harekete bitişik suçlara kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Çünkü bu suçlarda hareket yapılır yapılmaz netice meydana gelmektedir. Ancak icra hareketlerinin bölünebildiği istisnai hallerde bu suçlar teşebbüse elverişli hale gelmektedir²⁴⁸. Öyleyse bu suç icra hareketlerinin bölünebildiği hallerde teşebbüse müsaittir²⁴⁹. Bu itibarla, m. 181/1 de yer alan suç bakımından teşebbüsün söz konusu olabilmesi için atık veya artıkların toprağa, havaya ve suya verilmesini içeren icrai hareketlerine başlanmış olması gerekir. Bu niteliğe kavuşmamış yani hazırlık hareketi niteliğinde olan hareketler cezalandırılmaz. Sözgelimi zehirli atığı toprağa atmak için araştırma yapan kişinin hareketi hazırlık hareketidir ve bu nedenle cezai sorumluluğu doğmaz²⁵⁰. Yine tehlikeli atığı bahçeye gömmek için kazma kürek temin edilmesi hazırlık hareketi iken bahçeyi kazmaya başlamak bu suç için icra hareketlerine doğrudan doğruya başlama kabul edilebilir²⁵¹. Bu suç atık veya artıkların toprağa, suya ve havaya verilmesi ile tamamlanır. Failin atık veya artığı toprağa, suya ve havaya vermek için elverişli hareketlere başlayıp elinde olmayan nedenlerle ortama verilememesi halinde suça teşebbüs söz konusu olacaktır. Örneğin zehirli kimyasal atığın toprağa bırakılmak üzereyken yetkililerce yakalanması halinde suça teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

Suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen kişi cezalandırılmayacaktır. Bu itibarla, gönüllü vazgeçme cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir²⁵². Örneğin zehirli kimyasal atığı tam boş arazideki toprağa dökmek üzereyken top oynayan çocukları görüp dökmekten vazgeçen kişinin bu suçtan cezalandırılmasına imkân yoktur meğerki o ana kadar yaptığı hareketler başka suç oluşturmasın. Örneğin, failin zehirli kimyasal atıkları ilgili yönetmeliğe aykırı şekilde taşınması halinde idari yatırımlar gündeme gelebilecektir. Son olarak, suçun iştirak halinde işlenmesi halinde sadece vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağını belirtmek gerekir.

²⁴⁷ **Hakeri**, s. 484.

²⁴⁸ **Hakeri**, s. 485.

²⁴⁹ **Sevük**, s. 320; **Özen**, s. 26; Öğretide **Artuk**, bu suçun objektif cezalandırılabilme şartı arandığı için teşebbüsün mümkün olmadığını savunmaktadır (**Artuk**, s. 45); **Parlar/Hatipoğlu**, s. 302.

²⁵⁰ **Sevük**, s. 321; Öğretide **Yılmaz**, suçun netice suçu olduğunu; atık ve artıkların alıcı ortama verilememesiyle tehlike ortaya çıkmayacağından işlenemez suça teşebbüs olacağından teşebbüse elverişli olmadığını savunmaktadır (**Yılmaz**, s. 128).

²⁵¹ **Uğurlubay**, s. 419.

²⁵² **Özgenç**, s. 438.

b. Suça İştirak (Suçluların Çokluğu)

TCK m. 181/1 ve yer alan suç iştirak açısından bir özellik göstermez²⁵³. Dolayısıyla iştirake ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur.

Çevrenin atık veya artıklarla kasten kirletilmesi suçu tek kişi tarafından işlenebildiği gibi birçok kişi tarafından iştirak iradesi içerisinde de işlenebilir. Örneğin, bir işletmenin atık veya artıklarını nereye ve ne şekilde gömeceğini anlatan, yol gösteren ve hatta araç yardımıyla bulunan kişi veya kişiler yardım eden olarak olurlar²⁵⁴. Buna karşın her iki işletmenin çalışanlarının birbirlerinden habersiz toprağa atık veya artıklarını gömme olayında iştirak iradesinden bahsedilemeyeceğinden fiili gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak kabul edilir.

Son olarak, eğer kamu görevlisi ile ruhsat talebinde bulunan kişi arasında bir etkileşim varsa birlikte faillikten söz edilir. Buna karşın ruhsat verilmesinin hukuka uygun olduğuna dair iyiniyetin varlığı halinde dolayısıyla faillik söz konusu olup kamu görevlisi böyle durumlarda aracı konumundadır²⁵⁵.

c. Suçların İctimai (Suçların Çokluğu)

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunu düzenleyen 181. Maddesinde iki temel suç tipi ile iki nitelikli hal düzenlenmiştir. İzinsiz olarak ülkeye sokulan atık veya artık, daha sonra hukuka aykırı olarak toprağa, suya veya havaya verilirse, fail, burada hem 181/1, hem de 181/2 nci madde uyarınca sorumluluğu doğacaktır²⁵⁶. Bu türdeki atık veya artıklar toprak, hava ve suda kalıcı özellik gösteriyorsa (TCK m. 181/3) veya ilk iki fıkrada tanımlanan fiiller insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olursa verilen cezalar arttırılacaktır²⁵⁷.

Bu suç tehlike suçu olduğu için suçun oluşumu için herhangi bir zararın ortaya çıkmış olması gerekmez. Artık veya artıkların toprağa, suya ve havaya verilmesi aynı zamanda bir zarara da neden olmuşsa fail meydana gelen bu neticeden de sorumlu olacaktır²⁵⁸. Örneğin, fail hepatit B virüsü içeren

²⁵³ Parlar/Hatipoğlu, s. 302; Özen, s. 26; Artuk, s. 45; Sevik, s. 322.

²⁵⁴ Yılmaz, s. 129; Sevik, s. 323.

²⁵⁵ Ünver/Nuhoğlu, s. 77.

²⁵⁶ Artuk, s. 46; Sevik, s. 324; Talas, s. 1155; Karşı görüş için bkz. Özen, s. 27; Uğurlubay, s. 419.

²⁵⁷ Sevik, s. 324.

²⁵⁸ Dönmez, s. 912; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 4, Ankara 2010, s. 5039; Ancak öğretilerde bazı

tıbbi atığı mevzuatta belirtilen usule aykırı şekilde evsel atıkların atıldığı yere dökmesi nedeniyle kişilere hepatit B virüsü bulaşması halinde hem çevrenin kasten kirletilmesi suçundan hem de meydana gelen neticeye ve kusuruna göre olası kast veya bilinçli taksirle yaralama veya öldürmeden sorumluluğu doğacaktır. Failin atık veya artığı komşusunun evinin önüne bırakması durumunda, hem TCK m. 151 mala zarar verme suçu hem de TCK m. 181 çevrenin kasten kirletilmesi suçu oluşacaktır²⁵⁹. Yine bir fabrikanın atık suyunu toprağa vermesi sonucu çevrede bulunan ekili arazilere zarar vermesi ürünleri çürütmesi, yenilemeyecek şekilde bozması halinde hem m. 181/1 hem de m. 151 yer alan suçlar oluşacaktır. Yargıtay böyle durumlarda TCK m. 44 fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermektedir²⁶⁰.

Bu suç mağduru belli olmayan suç türü olup bu suçta TCK m. 43/1 son cümle gereği zincirleme suç kuralları uygulanabilir. Zincirleme suçun uygulanabilmesi için failin aynı suç işleme kararına bağlı olarak, aynı suçu birden fazla işlemesi gereklidir. Bu nedenle m. 181/1 ve m. 181/2 suçlar ayrı suç olarak düzenlendiğinden bu suçların zincirleme suç ilişkisine girmesi söz konusu olmaz.

yazarlar böyle bir durumda farklı nev'inden fikri içtima hükümlerinin uygulanacağını bu bağlamda işlediği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olan kişinin TCK m. 44 göre en ağır cezayı gerektiren suca ait ceza ile cezalandırılacağını savunmaktadır (Talas, s. 1155; Yılmaz, s. 131; Uğurlubay, s. 420); Sözelimi toprağa verilen atık veya artıklar kişilerin sağlığını bozulmuşsa çevrenin kasten kirletilmesi suçu ile kasten ya da taksirle yaralama arasında farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Ancak çevrenin bu şekilde kirletilmesi sonucunda meydana gelen neticeye göre yaralama, öldürme veya mala zarar verme suçları da oluşmuşsa eğer kastlar farklı ise failin her iki suçtan dolayı cezalandırılması gerekmektedir (Artuk, s. 45; Talas, s. 1155).

²⁵⁹ Artuk, böyle bir olayda fikri içtima hükümleri (TCK m. 44) gereği en ağır cezaya göre failin cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır (Artuk, s. 46).

²⁶⁰ “Bilirkişiden, atıkların suç tarihi itibarıyla yukarıda verilen mevzuat ve düzenleyici işlemler kapsamında toprağı kirleten, kirletme ihtimali bulunan atık sınıfında olup olmadığına ilişkin ek rapor alınması gerekir. Alınacak rapor sonucuna göre, suçun kesinleşmiş orman sınırları içinde işlenmiş olması ve atığın miktarı da dikkate alındığında, anılan mevzuat ve düzenleyici işlemlere göre atığın; a) Alıcı ortam olan toprağı kirlettiği ya da kirletme ihtimalinin bulunduğu sonucuna varılırsa, işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet verildiğinden TCK'nın 44. maddesi gereğince TCK'nın 181/1 ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17, 93/1-2 maddelerine göre en ağır cezayı gerektiren suçtan, b) Alıcı ortam olan toprağı kirletmediği ya da kirletme ihtimalinin bulunmadığı sonucuna varılırsa, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17, 93/1-2. maddelerinde tanımlanan suçtan, Hüküm kurulması gerekir” (Y4CD, E. 2012/33372, K. 2014/34637, T. 01.12.2014, <https://www.karartek.com.tr> Erişim Tarihi: 20.01.2019).

Artık veya artıkların toprağa, suya ve havaya verilmesi yani çevrenin kirlenmesi değişik zamanlarda birden fazla defa yapılırsa ya da fabrikanın atıklarını fabrikada biriktirip ve belirli aralıktaki sürelerle denize boşaltılırsa suçun farklı zamanlarda birden fazla fiille aynı suç işleme kastıyla işlendiğinden bahsedilip TCK'nın 43/1 gereği tek bir suçtan sorumlu olunup verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılır²⁶¹.

Burada dikkat edilecek husus, tek suç çerçevesinde değerlendirilebilecek birden fazla hareketlerin zincirleme suç olarak kabul edilmemesi gerektiğidir. Örneğin, fail fabrikadan çıkan zehirli atığı fabrikanın yanında bulunan boş arazi üzerinden dereye yani hem toprağa hem de suya akıtıyorsa bir tek verme eylemi söz konusu olduğu için m. 181/1 den sorumlu olacak ve zincirleme suç kuralları uygulanmayacaktır. Çünkü burada aynı hareket birden fazla davranışı içermekte ve tek ihlal tek suç meydana gelmekte söz konusu hareketler arasındaki zaman aralığının kısıllığı ve failin amacındaki birliğin varlığı zincirleme suçu oluşturmaz²⁶². Yargıtay, havaya bırakılan atığın partiküllerinin çökmesi ile toprak ve su kirliliği, toprak alıcı ortamına bırakılan atıkla su kirliliği oluşması gibi birden fazla alıcı ortamın kirlenmesi durumunda, tek suç oluşacağından TCK'nın 3 ve 61. maddelerinde belirlenen ölçütlere göre cezanın bireyselleştirilmesi yoluna gidilmesi gerektiğini belirtmektedir²⁶³.

Yine bir fabrikanın akarsuya sürekli şekilde ara vermeksizin atıklarını akarsuya bırakması durumunda suçun birden fazla kez işlenmesinden bahsedilmeyeceğinden zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına olanak yoktur²⁶⁴. Burada kesintisiz suçun varlığı söz konusu olup yaptırım kesintisiz suç kurallarına belirlenecektir. Hâkim böyle bir durumda şüphesiz ki TCK m. 61 göre cezayı takdir edecektir.

²⁶¹ Artuk, s. 46; Yılmaz, s. 131; Talas, s. 1155; Yağcı, s. 91; Uğurlubay, s. 420.

²⁶² Hakeri, s. 583-584.

²⁶³ Otacı, s. 302; "Hava alıcı ortamına verilen atıkların, zamanla çökerek toprak alıcı ortamını kirlettiği ya da kirlenme ihtimali taşıdığı sonucuna da ulaşırsa, tek eylemle iki alıcı ortamın, dolayısıyla çevrenin kirlenmesi suçu oluşacak, TCK'nın 3, 61. maddelerinde belirlenen ölçütlere göre cezanın bireyselleştirilmesi yoluna gidilmesi gerekecektir. Açıklanan nedenlerle sanıkların ve dava açılması halinde diğer sanıkların kastının yeniden tartışılması gerekir" (Y4CD, E. 2012/37437, K. 2014/35431, T. 08.12.2014, <https://www.karartek.com.tr>); "sanığın müştekinin evinin avlusuna hayvan pisliği ve çöp poşeti atması eyleminin birden çok tekrarlanmasının atılı suçun yasal unsuru olduğu gözetilmeden sanık hakkında 5237 sayılı TCK. nun 43.maddesi ile arttırım yapılarak sanığa fazla ceza tayini" (Y2CD, E. 2006/9791, K. 2007/4248, T. 22.03.2007 (Aktaran: Parlar/Hatipoğlu, s. 304).

²⁶⁴ Talas, s. 1155; Yağcı, s. 91.

Bir suçun temel şekli ile daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekli aynı suç sayıldığından aynı suç işleme kararıyla fail çevreye zarar verecek şekilde atığı toprağa verse (m. 181/1) bir diğer günde toprakta kalıcı özellik gösteren atığı toprağa verse (m.181/3) bu iki madde arasında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür²⁶⁵.

Atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten verme suçu resmi belgede sahtecilik suçuyla birlikte işlenirse TCK m. 212’de düzenlenen özel içtima kuralı gereği gerçek içtima kuralları uygulanacaktır (TCK m. 212)²⁶⁶. Örneğin atık ve artıkların ilgili mevzuatta belirtilen şekilde teknik usule uygunluğunu gösteren bir resmi belge düzenlenirse hem çevrenin kasten kirletilmesi suçu hem de resmi belgede sahtecilik suçu oluşacaktır.

Çevre sadece TCK’da korunmamış aynı zamanda 2872 sayılı Çevre Kanunu ve Kabahatler Kanununca da koruma altına alınmıştır. Failin çevreye karşı yapmış olduğu zararlı eylemleri adı geçen kanunlara da aykırılık oluşturabilir. Çevreyi kirletme hem Kabahatler Kanunu m. 41’de hem de TCK m. 181/1’de düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu m. 41’de²⁶⁷ çevreyi

²⁶⁵ Sevük, s. 325.

²⁶⁶ TCK M. 212’de özel bir içtima kuralı düzenlenmiştir.

²⁶⁷ “ (1) Eysel atık ve artıkları, bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yirmi Türk Lirası idari para cezası verilir. Bireysel atık ve artıkların atılması halinde de bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Fiilin yemek pişirme ve servis yerlerinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye, beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.

(3) Hayvan kesimine tahsis edilen yerler dışında hayvan kesen veya kesilen hayvan atıklarını sokağa veya kamuya ait sair bir alana bırakan kişiye, elli Türk Lirası idari para cezası verilir.

(4) İnşaat atık ve artıklarını bunların toplanmasına veya depolanmasına özgü yerler dışına atan kişiye, yüz Türk Lirasından üç bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. İnşaat faaliyetinin bir tüzel kişi adına yürütülmesi halinde bu tüzel kişi hakkında verilecek idari para cezasının üst sınırı beş bin Türk Lirasıdır. Bu atık ve artıkların kaldırılmasına ilişkin masraf da ayrıca kişiden tahsil edilir.

(5) Kullanılamaz hale gelen veya ihtiyaç fazlası ev eşyasını bunların toplanmasına ilişkin olarak belirlenen günün dışında sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye elli Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu eşyanın toplanması hususunda belediye tarafından belirli aralıklarla yılda üç günden az olmamak üzere belirlenen günler önceden uygun araçlarla ilan olunur.

(6) Kullanılamaz hale gelen motorlu kara veya deniz nakil araçlarını ya da bunların mütemmim cüzlerini sokağa veya kamuya ait sair bir yere bırakan kişiye iki yüz elli Türk Lirası idari para cezası verilir. Bunların kaldırılmasına ilişkin masraf da kişiden ayrıca tahsil edilir.

(7) Bu kabahatler dolayısıyla idari para cezasına belediye zabıta görevlileri karar verir.

kirletme idari para cezası gerektiren bir eylem olarak düzenlenmiştir. Eğer failin eylemi hem Kabahatler Kanunu'nun 41 inci maddesindeki kabahati, hem de TCK'nın 181 inci maddesini ihlal ederse, Kabahatler Kanunu m. 15/3²⁶⁸ göre sadece suçtan (m.181) dolayı fail cezalandırılmalıdır²⁶⁹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken atık ve artıkların çevreye zarar verecek şekilde veya toprak, su ve havada kalıcı özellik göstermesi halinde TCK m. 181²⁷⁰ bu tür etkiler meydana gelmemişse KK m. 41 uygulanmalıdır²⁷¹. Yargıtay bu tür uyuşmazlıkların önüne geldiğinde, mahkemelerce TCK m. 181 ve Çevre Kanunu m. 8/1'deki²⁷² yasal düzenlemelerin tartışılmamasını bozma sebebi yapmıştır²⁷³.

Çevre Kanunu m. 27'de “*Bu Kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların*

(8) *Bu kabahatler dolayısıyla meydana gelen kirliliğin kişi tarafından derhal giderilmesi halinde idari para cezasına karar verilmeyebilir.*

(9) *Bu madde hükümleri, belediye sınırları içinde uygulanır.*

(10) *Özel kanunlardaki hükümler saklıdır.”*

²⁶⁸ “*Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.*”

²⁶⁹ **Talas**, s. 1156; **Sevük**, s. 328; **Artuk**, s. 46; **Özen**, s. 29; “*...Saniğin eyleminin çevrenin kasten kirletilmesi suçunu oluşturduğu ve 5326 sayılı Kanunun 15/3. maddesindeki, eylemin hem kabahat hem suç oluşturması halinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır hükmü uyarınca sanık hakkında TCK'nın 181. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, “aynı fiil nedeniyle aynı sanık için önceden verilmiş bir idari yaptırım kararı olduğu” şeklindeki gerekçeyle davanın reddine karar verilmesinin usul ve kanuna aykırı olduğu anlaşılmıştır*” (Y4CD, E.2014/17557, K. 2014/34071, T. 24.11.2014, Aktaran: **Otaç**, s. 284, dpn. 8).

²⁷⁰ “*Rapor içeriğine göre atıkların, toprak alıcı ortamını kirleten ya da kirletme ihtimali bulunan atıklardan olmaması, dolayısıyla çevrenin kasten kirletme suçunun oluşmaması durumunda, idari yaptırım kararı verilip verilmeyeceği de tartışılmalıdır*” (Y4CD, E. 2013/1112, K. 2014/36707, T. 19.12.2014, Sinerji İctihat Programı).

²⁷¹ **Yılmaz**, s. 133; **Artuk**, s. 46; **Talas**, s. 1156; **Uğurlubay**, s. 428; Yargılama devam ederken kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilmelidir (Y4CD, E. 2011/15197, 2013/18013, T. 10.06.2013) (**Taneri**, s. 23).

²⁷² Çevre Kanunu Madde 8/1 şu şekildedir: “*Her türlü atık ve artığı, çevreye zarar verecek şekilde, ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama vermek, depolamak, taşımak, uzaklaştırmak ve benzeri faaliyetlerde bulunmak yasaktır*”

²⁷³ Y4CD, E. 2010/19299, K. 2013/6067, T. 05.03.2013 (Aktaran: **Yılmaz**, s. 133, dpn. 182); Aynı yönde karar için bkz. Y4CD, E. 2012/9420, K. 2013/17824, T. 06.06.2013 (Aktaran: **Taneri**, s. 43).

uygulanmasına engel olmaz” şeklinde olup TCK m. 181’de düzenlenen cezanın uygulanmasına engel teşkil etmemektedir²⁷⁴.

7. Yaptırım

Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun yaptırımı TCK m. 181’de hapis cezası (TCK m. 49), adli para cezası (TCK m. 52) ve tüzel kişilerde hakkında güvenlik tedbiri şeklinde düzenlenmiştir.

TCK m. 181/1’de düzenlenen çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten verme suçunun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Suçun nitelikli hali olan atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde ise birinci ve ikinci fıkrada belirtilen cezalara göre verilecek ceza iki katı kadar artırılacağı düzenlenmiştir. TCK m.181/4’de ise bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde cezanın beş yıldan az olmamak kaydıyla hapis cezası ve bin güne kadar adli para cezası verileceği belirtilmiştir. Söz konusu hapis cezasının üst sınırı belirtilmediğinden TCK m. 49/1 e göre yirmi yıl olacaktır. Aynı şekilde adli para cezasının alt sınırı da TCK m. 52 gereği beş gün olacaktır.

Görüldüğü üzere, çevreye karşı işlenen suçların cezası, hapis cezası ve/veya adli para cezasıdır. Suçlar için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalar²⁷⁵ eğer koşulları oluşmuşsa seçenек yaptırımı çevrilebileceği gibi cezanın ertelenmesi de gündeme gelebilir. TCK m. 50’de kısa süreli hürriyeti bağlayıcı suçlar için seçenек yaptırımlar düzenlenmiştir. Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre söz konusu seçenек yaptırımlara çevrilebilecektir. Çevrenin artık ve artıklarla kasten kirletilmesi suçu (m. 181/1), seçenек yaptırımlar açısından değerlendirildiğinde somut ceza bir yıl ve altında hükmedilirse uygulama alanı bulacaktır. Sözgelimi hükmolunan cezanın m. 50/f’ te öngörülen seçenек yaptırımı çevrildiğinde, fail mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle

²⁷⁴ Ancak öğretilerde Şen ve Ünver bu durumun non bis in idem kuralına aykırılık oluşturacağı ileri sürmektedirler (Aktaran: **Sevük**, s. 326, dpn. 882).

²⁷⁵ Süreli hapis cezası, ceza kanununda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamayacaktır. Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak nitelendirilir (TCK m. 49). Bir yıldan fazla hapis cezaları ise uzun süreli kabul edilmelidir.

ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılabilecektir. Bu itibarla, hükümlünün çevre ile ilgili kuruluşlarda çalıştırılması çevre bilincinin yerleşmesi bakımından yerinde bir karar olacaktır²⁷⁶. Suçun nitelikli hali olan (m. 181/3) atık veya artıkların toprakta, suda veya havada kalıcı özellik göstermesi halinde ilk iki fıkradaki cezalar iki kat uygulanacağından somut cezalar 18 ay ya da 3 yıl olacağından ceza seçeneği yaptırıma çevrilemeyecektir. Suçun bir diğer nitelikli halinin kanundaki soyut cezası alt sınır beş yıl olarak belirtildiğinden bu cezada seçeneği yaptırıma çevrilemeyecektir.

TCK m. 181'de düzenlenen suçların yaptırımı eğer koşulları mevcutsa ertelenebilecektir. Erteleme TCK m. 51/1'de düzenlenmiştir. Ertelemenin uygulanabilmesi için failin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş ve işlemiş olduğu suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilmiş olmasının yanı sıra, fail hakkında yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gereklidir. İşlenmiş olan suçtan dolayı hükümlü olacak cezanın üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır.

TCK m. 181/1'de yer alan suç bakımından erteleme her halükarda mümkündür²⁷⁷.

Son olarak, TCK m. 181/4 bakımında hem hapis cezası hem de adli para cezası öngörülmüştür. TCK m. 52/2 uyarınca bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer kişisel durumları göz önünde bulundurularak 20 ila 100 TL arasında takdir edilir.

TCK'nın 20 ve 60'ncı maddelerinde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ve tüzel kişiler hakkında uygulanacak cezalar düzenlenmiştir. Mevcut düzenlemeler karşısında, tüzel kişilere sadece belirli koşulların varlığı durumunda güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. TCK m. 20'de ceza sorumluluğunun şahsiliği başlığı altında tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklı olduğu belirtilmiştir.

Tüzel kişiler hakkında söz konusu güvenlik tedbirlerini uygulayabilmek için öncelikle güvenlik tedbirinin uygulanacağı ilgili suçta açıkça düzenlenmiş olması gereklidir. Çevrenin kasten kirletilmesi suçunun düzenlendiği

²⁷⁶ Sevik, s. 329.

²⁷⁷ Öğretide çevreyi etkin korumak amacıyla bu suçların erteleme kapsamından çıkarılması önerilmektedir. (Sevik, s. 329).

madde metninin “*Bu maddenin iki, üç ve dördüncü fıkrasındaki fiillerden dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur*” şeklindeki açık ifadesiyle söz konusu koşulun oluştuğu görülmektedir (TCK m. 181/5)²⁷⁸. Ancak bu tedbir m. 181/1’de öngörülen suçu kapsamaktadır²⁷⁹.

TCK’nın 60’ıncı maddesinde, işlenen bir suç sebebiyle tüzel kişilere faaliyet izninin iptali, eşya müsadere ve kazanç müsadere olmak üzere özgü üç ayrı güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu sorumluluk için, tüzel kişilerin organları veya temsilcileri olan gerçek kişilerin, yasanın açıkça tüzel kişiler tarafından da işlenebileceği belirttiği bir suçu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlemesi ve gerekmektedir. Bu durumda, suçu işleyen gerçek kişinin ceza sorumluluğunun yanı sıra, tüzel kişinin de müsadere, faaliyetten men, verilen iznin iptali veya kapatma, gibi güvenlik tedbirlerine mahkûm edilmesi söz konusu olacaktır. Bu bağlamda, verilen izne dayalı olarak faaliyet gösteren arıtma tesisinin iznin kapsamı dışında mevzuatta belirtilen usullere aykırı şekilde arıtılarak toprağa vermesi halinde iznin kötüye kullanılması söz konusu olacak ve çevrenin kasten kirletilmesi sebebiyle verilen iznin iptali güvenlik tedbiri söz konusu olacaktır²⁸⁰.

8. Muhakeme

Bu suç resen soruşturulan ve kovuşturulan suçlardandır. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu’nun 13. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile çevrenin kasten kirletilmesi suçunun yabancı bir ülkede işlenmesi halinde failin Türk vatandaşı veya yabancı olmasına bakılmaksızın Türkiye’de Türk kanunlarına göre yargılanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak suç nedeniyle Türkiye’de yargılama yapılması Adalet Bakanı’nın talebine bağlı olup, ayrıca fail hakkında yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olmalıdır (TCK. m.13/2).

Söz konusu madde evrensellik prensibi olup TCK m. 13’de sayılan suçlar arasında bulunan çevrenin kasten kirletilmesi suçu, nerede ve kime karşı işlenmiş olursa olsun, failin Türk vatandaşı veya yabancı olduğuna bakılmaksızın haklarında Türkiye’de Türk kanunlarına göre ceza kovuştur-

²⁷⁸ Bu düzenleme Avrupa Birliği’nin 27.01.2003 tarihli “Ceza Hukuku Yoluyla Çevrenin Korunmasına İlişkin Çerçeve Kararı” ile de uyumludur. <https://db.eurocrim.org/db/en/doc/217.pdf> (Erişim Tarihi: 25.06.2017).

²⁷⁹ Bu durum suçun tüzel kişilerce işlenmesi halinde yaptırımsız kalacağı düşüncesiyle öğretide eleştirilmiştir (Sevük, s. 329).

²⁸⁰ Sevük, s. 329.

ması yapılacaktır. Diğer bir deyişle, TCK'nın 181. maddesinde yer alan çevrenin kasten kirletilmesi suçunun Türkiye'de kovuşturulması açısından evrensel yargı yetkisi kabul edilmiştir²⁸¹.

Çevrenin kasten kirletilmesi suçu CMK M. 253'de düzenlenen uzlaşmaya tabi suçlardan değildir. Yine CMK 171/3'te düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi hükmü soruşturulması ve kovuşturulması şikâ-yete bağlı olmadığından ve suçun üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren bir suç olmadığından dolayı bu suçta uygulama alanı bulmayacaktır. Bu suçta eğer yargılama sonucunda somut ceza iki yıl veya daha az hapis cezası ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının düzenlendiği CMK m. 231/5 uygulama alanı bulabilecektir. Buna göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, mahkemenin sanığa yüklenen suçu sabit görmesi ve bundan dolayı da 2 yıl veya daha az hapis cezasına ve/veya adli para cezasına mahkûmiyet kararı verilmesi, sanığın bunu kabul etmesi sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm edilmiş olması gerekir. Öyleyse TCK m. 181/ 1ve 3. hükümlerinde iki yıl ve daha az hapis cezası hükmedilme imkânı bulunduğundan diğer koşullarda oluşmuşsa hâkim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir²⁸².

TCK m. 181/1'de öngörülen suç için görevli mahkeme 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁸³ ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici m. 6 gereğince²⁸⁴ Sulh Ceza Mahkemelerinin kapatılması sonucunda asliye ceza mahkemeleridir. TCK m. 181/2'deki suçun cezası bir yıl ile üç yıl olduğundan 5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri

²⁸¹ Öğretide Turhan, *Çevrenin, özellikle denizlerin korunmasına ilişkin birçok uluslararası sözleşme, çevreye karşı işlenen ağır suçların uluslararası suç olarak kabul edilmesini haklı kılmakla birlikte, 181. madde kapsamında yer alan çevrenin kirletilmesi fiillerinin tamamının evrensellik ilkesine göre kovuşturulmasının uluslararası hukuka uygunluğu tartışmalı olduğunu belirtmiştir* (Faruk **Turhan**, "Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13)", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, 2005, s. 209).

²⁸² "...Sabıkasız olan sanık hakkında 5271 sayılı CMK'nın 231/6. Maddesinde öngörülen kanuni kanuni ölçütler tartışılıp değerlendirilmeden sanık hakkında seçenek yaptırım uygulandığı biçimindeki kanuni olmayan gerekçeyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi..." (Y4CD, E. 2012/6872, K. 2013/18322, T. 11.06.2013) (Aktaran: **Taneri**, s. 28).

²⁸³ **Sevük**, s. 329.

²⁸⁴ Geçici Madde 6- (Ek: 18.6.2014-6545/84 md.) (1) "Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır."

Hakkında Kanun m. 11 gereği bu suça bakmakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olacaktır. TCK m. 181/3'deki suçun nitelikli halinin cezası temel cezanın iki katına kadar artırılarak verileceği için yine asliye ceza mahkemesinin görevi içerisinde kalacaktır. Son olarak, TCK m. 181/4 teki suçun cezasının alt sınırı beş yıl üst sınır m.49/1 gereği 20 yıl olduğundan 5235 sayılı kanun gereğince görevli mahkeme ağır ceza mahkemeleri olacaktır.

TCK m. 181/1'de öngörülen suç için yetkili mahkeme CMK m. 12'ye göre belirlenir. Buna göre “*Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir*”. Suçun işlendiği yer belli değilse özel yetki kuraları uygulanır (CMK m. 13). Bu suç bakımından, farklı bir yetki kuralına yer verildiği görülmektedir. Maddede düzenlenen suçlar, deniz, hava ve demiryolu taşıtlarında veya bu taşıtlarla işlenmiş ise gemi, hava ve demiryolu taşıtının Türkiye’de ilk uğradığı yer mahkemesi yetkili olacaktır. Örneğin, söz konusu taşıtlardan çevreye zarar verecek şekilde zehirli atık veya artığın doğal çevre ortamına atılması halinde araçların uğradığı ilk yer mahkemesi yetkili olacaktır. Eğer suç ülke içerisinde işlenmişse araçların ilk uğradığı yer mahkemesi yetkili olacaktır. Çevreyi kirletme suçu, yabancı bayrağı taşıyan bir gemi tarafından Türk kara suları dışında işlendiği takdirde, suçun işlendiği yere en yakın veya geminin Türkiye’de ilk uğradığı limanın bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır (CMK m. 15/4). Örneğin, Ege denizinde petrol yüklü bir geminin petrol artıklarını denize boşaltması olayında coğrafi konum bakımından Türk kıyılarına en yakın yerinde bulunan asliye ceza mahkemesi yetkili olacaktır.

9. Zamanaşımı

Suçun işlendiği gün²⁸⁵ işlemeye başlayan mahkûmiyet hüküm kesinleşmeden tamamlanan ve tamamlanma anından itibaren de kamu davasının

²⁸⁵ Yargıtay kararlarına göre kural olarak atık/artığın alıcı ortamlardan birine bırakıldığı tarih, suçun işlendiği tarihtir. Bu tarih açıkça bilinmiyorsa çevre denetimi ya da diğer bir şekilde atığın alıcı ortama bırakıldığına tespit edildiği tarih, suç tarihidir. Ancak durumlarda bu genel kuraldan ayrılmak durumunda kalınabilir. Özellikle imhası zor ve masraflı olan, özel tesis ya da donanım gerektiren tehlikeli atıkların variller içinde toprağa gömülme, deniz dibine bırakılma gibi yöntemlerle, dolaylı biçimde alıcı ortama bırakıldığı durumlarda atık veya artık maddenin alıcı ortama doğrudan nüfuz etmesi belirli bir sürenin geçmesini gerektirmektedir. Yine fiil ve failin tespit edilmesinin ikrar veya ihbar edilmesi ve yer gösterme suretiyle gerçekleşebilmektedir. Nitekim Yargıtay aynı doğrultuda şu kararı vermiştir: “...Gereğeli karar içeriğinde ve başlığında suç tarihleri farklı olarak gösterilmiş ise de, çevre kirliliğinin oluştuğu iddiası, ilk kez Manisa 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde delil tespiti davası sırasında 09.01.2007 tari-

hiç açılmamasını veya açılmışsa ortadan kaldırılmasını gerektiren süre olan dava zamanaşımı²⁸⁶ süreleri, TCK m. 66'da düzenlenmiştir²⁸⁷. Buna göre çevrenin kasten kirletilmesi suçunda maddenin ilk iki fıkrası açısından dava zamanaşımı süresi 8 yıl, üçüncü fıkra yönünden 15 yıl ve son olarak dördüncü fıkra yönünden 20 yıl olmaktadır. Bu süreler geçtikten sonra kişi hakkında kamu davası açılmayacaktır.

SONUÇ

Yaşadığımız çevrenin temiz ve sağlıklı olması bizi ve bizim dışımızda çevre içerisinde var olan canlı ve cansız tüm varlıklar için önemlidir. Bu durumun farkında olan yasa koyucu ceza kanununda gerekli düzenlemeleri yapmıştır. Bu itibarla, çevrenin ceza hukuku yoluyla korunması çevrenin etkin bir biçimde korunabilmesi bakımından gereklidir.

Türk Ceza Kanunundaki düzenleme dikkate alındığında, kanun koyucunun bu suçta korunan hukuki yararı belirlerken, insan merkezli yaklaşımı esas aldığı anlaşılmaktadır. Bize göre suçla korunan hukuki değer, karma nitelikte olup insan dışında var olan canlı cansız varlıklarla birlikte diğer maddi zararları da kapsayan tüm hakları korumaktadır.

Suçun maddi konusunu çevreyi oluşturan ve yeryüzünde tüm canlıların yaşam koşullarını belirleyen unsur olan toprak, su ve hava ile yeşil örtü (flora) ve hayvan topluluğu (fauna) yani kirletilen tüm alıcı unsurlar (doğal çevre) ile yapay çevre oluşturmaktadır. Ancak Türk Ceza Kanunu suçun konusu olan çevreyi öğretide yapılan tanımlardan ve Çevre Kanunundan daha dar kapsamda ele aldığı görülmektedir. Bu durum çevrenin bu unsurlarına yönelik hukuka aykırı eylemleri cezasız kalmasına yol açmaktadır.

Suçun faili herkes olabilir. Çevreyi kirleten failler üç grupta toplanabilir. Bunlar kendi yaşadığı ortamı kirleten fail, yapmış olduğu meslek faaliyeti sırasında ortamı kirleten fail, görevi gereği çevreyi korumakla mükellef olan kamu görevlisi faildir. Büyük şirketler tarafından işlenen çevre suçla-

hinde fark edilerek şikâyet konusu edildiğine göre suç tarihinin de 09.01.2007 olduğu kabul edilmelidir” (Y4CD, E. 2014/18020, K. 2014/34363, T. 01.12.2014). (Otacı, s. 283).

²⁸⁶ Öztürk/Erdem, s. 543; Demirbaş, s. 702; Zafer, s. 600.

²⁸⁷ “Kanunda başka türlü yazılmış olan hâller dışında kamu davası; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi beş yıl, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, geçmesiyle düşer”.

rında failin tespiti güçlük arz etmektedir. Yargıtay verdiği kararlarda işbirliği ve ekip halinde çalışılan bu tür şirketlerde sorumluların tespiti işbölümü ve görev tanımları göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenmektedir. Özellikle çevreyi kirleten ya da denetleyen konumunda olan kamu görevlilerinin çevreye verdiği zarar nedeniyle etkin soruşturmasının yapılması ve zararın rücu edilmesi suçla mücadele açısından yerinde olacaktır.

Hukukumuzda tüzel kişilerin cezai sorumluluğu düzenlenmediğinden çevre kirliliğine yol açan tüzel kişiliğin ancak izni iptal edilebilir hakkında müsadere hükümleri uygulanabilir. Bu itibarla, kanunumuzda tüzel kişiliklerin cezai sorumluluğunun düzenlenmemesi eksiklik olup suçla mücadeleyi güçleştirmektedir. Mevcut bu düzenleme bu yönüyle yeterli olmayıp tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna gidilmesi gereklidir.

Öğretideki tartışmalar bir tarafa bırakılırsa herkes suçun mağduru olup belirlenebilir bir mağdurdan söz etmek olanaksızdır. Suçtan zarar konumunda olan bazı kurumlara uygulamada davaya katılma hakkı tanınmaktadır.

Suçun oluşması için atık veya artıkların alıcı ortam olan havaya, suya ve toprağa ilgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde verilmesi gerekir.

Atık mevzuatta tanımlanmışken artık için herhangi bir tanım yapılmış değildir. Ancak kanun metni içeriğinden atık kavramının artığı içine alacak şekilde tanımlandığı görülmüştür. Bu bağlamda atık kavramı suçla mücadele açısından geniş yorumlanmalıdır.

Suçun oluşması için atık veya artıkların çevresel değerleri somut bir biçimde tehlikeye sokması gerekir. Ancak çevrenin zarar görmesi beklenmez yani suç somut tehlike suçudur. Mahkemelerin çevreyi tehlikeye sokma durumunu her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Uygulamada bu durum faillerin lehine sonuç yaratmaktadır. Suçla mücadele ve suçun önlenmesi açısından soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır. Böylece sadece atık ve artıkların alıcı ortama verilmesiyle yani hareketin yapılmasıyla suç oluşacak nedensellik bağı sorununa ilişkin zorluklar ortadan kalkmış olacaktır.

Suçun hukuka uygunluk sebepleri kanun hükmünü icra ve hakkın icrasıdır. Hukuka uygunluk konusunda uygulamada yaşanan önemli sorun, idarece verilen iznin hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığının belirlenmesidir. İdarece verilen ruhsata sahip işletme tarafından yapılan faaliyetlerin (faaliyet sonucunda ortaya çıkan çevre kirliliği ve bozulmasının) hakkın icrası kapsamında kalması gereklidir. İdarenin verdiği iznin

rüşvet, politik baskı gibi nedenlerle yetkinin kötüye kullanımı ve aşılması hallerinde sorumluluktan kurtuluş yoktur. Bu itibarla, açık hatalı işlemler, hile, aldatma ve hakkı kötüye kullanma sonucu elde edilen işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlınsa dahi ceza hukuku anlamında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemelidir.

Suçun manevi unsuru genel kast olup olası kastla işlenebilmektedir. Yargıtay somut olayda manevi unsuru özellikle araştırmaktadır.

Suç tehlike suçu olduğu için suçun işlenmesi sonucunda insan ya da doğal çevre unsurlarına zarar verilmesi halinde neticeye göre diğer suçtan da failin sorumluluğu doğacaktır. Yargıtay bu böyle durumlarda fikri içtima hükümlerini uygulamaktadır.

Çevrenin atık ve artıklarla kasten kirletilmesi suçunda hapis ve para cezaları ile tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri öngörülmüştür. Söz konusu cezalar caydırıcılık işlevinden yoksundur.

Suç resen soruşturulur ve kovuşturulur. TCK m. 13'de düzenlenen evrensellik prensibi gereği suçun nerede kime karşı ve vatandaş ya da yabancı tarafından işlenip işlenmediğine bakılmaksızın suç Türkiye'de kovuşturulabilir.

Suçtan zarar gören kurum, kuruluş, dernek ve sivil toplum örgütlerinin davaya katılımı sağlanmalıdır.

Yargılama sırasında etkin bir biçimde kullanılan bilirkişilik kurumuna ait sorunlar ivedilikle ele alınmalı ve bu kurumdan etkin bir şekilde yararlanılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Müslüm: Oluşum ve yapılanma Sürecinde Türk Çevre Hukuku, Kocaeli 1996.
- Artuk**, Mehmet Emin: “Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK m. 181)”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 1, Y. 2014, ss. 37-48.
- Badur**, Emel: “Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006, ss. 105-116.
- Balçı**, Murat: “Çevrenin Taksirle Kirletilmesi Suçu TCK m.182)”, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi ve Çevreye Karşı Suçlar Paneli, Ankara 2012, ss. 145-185.
- Civanoğlu**, Ahmet: Çevre Hukukunda İhtiyat İlkesi, Sakarya 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Demirbaş**, Timur: Ceza Kanunu Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2012.
- Dönmez**, Burcu: “Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar”, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/25-Burcu-D%C3%96NMEZ.pdf> ss. 903-925, (Erişim Tarihi. 25.06.2017).
- Duymaz**, Erkan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevrenin Korunmasına Katkısı” İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No. 47, S. 47, 2012, ss. 121-160.
- Güleç**, Soyer Sesim: Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (m. 30/4), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, 2008, ss. 59-91.
- Gündüzalp**, A. Anıl/**Güven**, Seval: “Atık, Çeşitleri, Atık Yönetimi, Geri Dönüşüm ve Tüketici: Çankaya Belediyesi ve Semt Tüketicileri Örneği”, <http://www.sdergi.hacettepe.edu.tr/makaleler/Atik-Cesitleri-Yonetimi-GeriDonusumVeTuketici.pdf>, ss. 1-19.
- Güneş**, Yusuf/**Coşkun**, Aydın Aynur, Çevre Hukuku, Kazancı Kitap, İstanbul 2004.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2016.
- Himberg**, Kimmo: “Çevre Hukuku ve Bilirkişi”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Çeşme 10-11 Nisan 2006, Ankara 2006, ss. 117-121.
- Katoğlu**, Tuğrul: “Çevre ve Ceza Hukuku Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Ankara 2006, ss. 77-104.

- Katoğlu**, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları” <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1679/17897.pdf>. ss. 657-693.
- Kaypak**, Şafak: “Çevresel Güvenlik ve Sınıraşan Çevre Suçları”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, , S 38, 2013, ss. 11-22.
- Otacı**, Cengiz: “Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçuna (TCK 181, 182) İlişkin Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararlarında Belirlenen İlkeler”, <http://www.ankarabarosu.org.tr/siteler/ankarabarosu/tekmakale/2015-1/09.pdf>. ss. 279-283.
- Öğütçü**, Muhlis: Çevre Kolluk İşlemleri, İzmir 2000 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2018.
- Özbek**, Veli Özer: “Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı ve Fiilin Objektif İsnat Edilebilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, ss. 417-457.
- Özcan**, Onur: Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu, İstanbul 2007, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Özen**, Mustafa: “Çevreye Karşı İşlenen Suçlar” (TCK m. 181, 182), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2010, s. 14.
- Özenbaş**, Nazmiye: “Çevrenin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması Kapsamında Çevrenin Kirletilmesi Suçları”, <https://www.avekon.org/papers/772.pdf>, ss. 924-931 (Erişim Tarihi: 17.02.2019).
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008.
- Öztekin**, Tosun: “Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların Cezalandırılması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXVIII, S. 1-4, 1962, ss. 349-366.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Bası, Ankara 2016.
- Pamay**, B.: “Çevre Kirlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Orman Fakültesi Dergisi, C. XXIV, S. II, 1974ss. 67-72.
- Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer: Cezai ve Hukuki Sorumluluk Boyutlarıyla Çevre Hukuku, Ankara 2010.
- Sevük**, Yokuş Handan: Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması, Ankara 2013.
- Şen**, Ersan: Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1994.

- Talas**, Serdar: “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirletilmesi Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 1, 2013, ss. 1147-1157.
- Taneri**, Gökhan: Çevreye Karşı Suçlar, Ankara 2016.
- Tangör**, Nibal Fatma: Çevre Hukukunun İşlevselliği: Mersin Örneği, Mersin 2006 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Taşkın**, Ahmet: “Çevrenin Hukuksal Yönden Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 1, 2010, ss. 239-292 (Çevrenin Korunması).
- Taşkın**, Ozan Ercan: “Maddi ve Muhakeme Boyutuyla Çevre Ceza Hukukuna Dair Bazı Tespitler/Kısmi Öneriler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 3, S. 1, 2015, ss. 119-166.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/**Önok**, Rifat Murat: İnsan Hakları El Kitabı, 5. Bası, Ankara 2014.
- Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2008.
- Turgut**, Nükhet: Çevre Hukuku, Ankara 2001.
- Turhan**, Faruk: “Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13)”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 4, 2005, ss. 197-211.
- Türk**, Hikmet Sami: “Türk Hukukuna Göre Hava Kirlenmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3-4, 1969, ss. 115-130.
- Uğurlubay**, Aygörmez Gülsün Ayhan: Çevreye Karşı Suçlar Türk ve Alman Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar, Ankara 2015.
- Ulusoy**, Ali D.: “Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2804.pdf>, ss. 125-142 (Erişim Tarihi: 16.02.2019).
- Üçışık**, H. Güzin/**Üçışık**, H. Fehim: Çevre Hukuku, İstanbul 2013.
- Ünver**, Yener/**Nuhoğlu**, Ayşe: Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, İstanbul 1999.
- Yağcı**, Sabri Eyüp: “Yargıtay Kararları Işığında Çevreye Karşı Suçlar”, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi ve Çevreye Karşı Suçlar Paneli, Ankara 2012, ss. 85-116.
- Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu- Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 4, Ankara 2010.
- Yılmaz**, Sacit: Çevre Hukuku Bağlamında Türk Ceza Kanunundaki Çevre Suçları, Ankara 2013.

İCRA TAZMİNATINA HÜKMEDİLEBİLMESİNDE TALEP KOŞULU VE TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

DOI: 10.33717/deuhfd.567622

*Dr. Öğr. Üyesi Ayşe KILINÇ**

Öz

Medenî usûl hukukuna hâkim olan taleple bağlılık ilkesi gereği, Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir (HMK md. 26). İcra hukukunda da esas olan, hâkimin talep olmadan karar verememesidir. Ancak icra hukukunda icra tazminatı ile ilgili olan birtakım düzenlemelerde, bu temel ilkenin geçerli olmadığını belirtmek gerekir. Zira, İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan icra tazminatına ilişkin bazı hükümlerde, icra tazminatına hükmedilebilmesi için ilgili tarafın icra tazminatını talep etmesine gerek yoktur. İcra tazminatına hükmedilebilmesinin Kanun'da belirtilen diğer koşulları oluştuğunda, mahkeme tarafından kendiliğinden icra tazminatına hükmedilir. Bu çalışmada ise İcra ve İflas Kanunu'ndaki icra tazminatına ilişkin düzenlemelerde, icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun gerekli olup olmaması hususu taleple bağlılık ilkesi bağlamında incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

İcra tazminatı, icra inkâr tazminatı, kötü niyet tazminatı, tasarruf ilkesi, taleple bağlılık ilkesi

* Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: kilincayse1983@hotmail.com) (ORCID: 0000-0003-4420-0082) (Makalenin Geliş Tarihi: 22.01.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 24.01.2019-31.01.2019/Makale Kabul Tarihleri: 19.02.2019-09.02.2019)

**DEMAND CONDITION FOR AWARDING EXECUTION
COMPENSATION AND ITS EVALUATION IN REGARD TO THE
PRINCIPLE OF BEING BOUND BY THE SCOPE OF DEMAND**

Abstract

According to the principle of being bound by the scope of demand which rules the law of civil procedure, the judge is bound by the demand of the parties to the case, can not decide on anything other than the request or demand but according to the case, he is able to decide less than result of demand (Code of Civil Procedure, Art. 26). The essence of enforcement law is that judge cannot award without demand, as well. However, it is essential to indicate that this basic principle is not valid in some regulations related to execution compensation in the enforcement law. Since, in some provisions related to execution compensation in the Code of Execution and Bankruptcy, related parties do not need to request execution compensation for awarding execution compensation. When the other conditions of the awarding execution compensation that is stated in the Law occur, the court bring in a verdict of execution compensation automatically. In this study, it is trying to be examined associated with the principle of being bound by the scope of demand whether the demand condition is essential or not in awarding execution compensation in provisions related to execution compensation in the Code of Execution and Bankruptcy.

Keywords

Execution compensation, compensation for denial of execution, bad faith compensation, the principle of parties' control, the principle of being bound by the scope of demand

GİRİŞ

Medenî usûl hukukumuzda hâkim olan tasarruf ilkesi ve onun bir unsuru olarak kabul edilen taleple bağlılık ilkesi¹ gereği hâkim, tarafların talepleri ile -kural olarak- bağlıdır ve ondan fazlasına ya da başkasına karar veremeyeceği gibi hiç talep konusu yapılmayan bir husus hakkında da karar veremez. İcra hukuku bakımından ise İİK'da icra tazminatının düzenlendiği bazı hükümlerde² bu genel kuralın -en azından lafzen- geçerli olmadığını söylemek gerekir. Şöyle ki; icra tazminatı ile ilgili olarak İİK'da yer alan düzenlemelerin önemli bir kısmında da -örneğin; itirazın iptali davasında veya itirazın kaldırılması talebinde olduğu gibi- taleple bağlılık ilkesine uygun olarak, mahkemenin icra tazminatına hükmedebilmesi için ilgili tarafın icra tazminatını talep etmiş olması gerekir. Ancak İİK'da icra tazminatına ilişkin bazı düzenlemelerde, Kanun'da belirtilen diğer koşulların varlığı halinde, talep olmasa bile mahkeme tarafından re'sen icra tazminatına hükmedileceği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, icra tazminatına hükmedilebilmesi için gereken talep koşulundan belirtilen düzenlemeler bakımından vazgeçmiş görünmektedir. Esasen bu çalışma ile kanun koyucunun icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunu aramadığı bu düzenlemeler bakımından bunun nedenleri ve icra tazminatına hükmedilebilmesi bakımından talep koşulunun gerekli olup olmadığı meselesi incelenmeye çalışılacaktır.

Bu çalışmada ilk olarak -birinci bölümde- tartışılacak olan meselenin temelini oluşturması sebebiyle medenî usûl hukukuna hâkim olan taleple bağlılık ilkesi hakkında genel olarak bilgi verilecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde icra tazminatı kavramı ve icra tazminatının icra hukukunda düzenlenişi incelenecektir. Sonrasında üçüncü, dördüncü ve beşinci bölümlerde sırasıyla; İİK'da icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun arandığı düzenlemeler, İİK'da talep koşulu aranmaksızın icra tazminatına hükmedilmesini öngören düzenlemeler ve talep koşulu aranmadan icra tazminatına hükmedilmesini öngören düzenlemelerin taleple bağlılık ilkesi ile ilişkisi değerlendirilmeye çalışılacaktır.

¹ Taleple bağlılık ilkesinin tasarruf ilkesinin bir alt unsuru olduğuna ilişkin olarak bkz. aşağıda dn. 12.

² İİK md.69/son, İİK md. 72/IV, c. 3, İİK md. 89/III, İİK md. 97/XIII, İİK md. 97/XV, İİK md. 170/III, İİK md. 170/son. Bkz. aşağıda IV. Bölüm.

I. MEDENÎ USÛL HUKUKUNA HÂKİM OLAN BİR İLKE OLARAK TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ

Medenî usûl hukuku, özel hukuktan doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kuralların düzenlendiği bir alandır. Dolayısıyla, medenî usûl hukukunda da özel hukukta egemen olan irade serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak taraf iradesi ön plandadır. Medenî usûl hukuku bakımından irade serbestisi ilkesi, uyuşmazlığın yargı organları önüne taşınmasından önce başlayıp, yargılama boyunca ve yargılamanın sona ermesinden sonra da devam eder³. İşte medenî usûl hukukunda; maddî hukuktan kaynaklanan sübjektif hakkı ihlal edilen ya da ihlal tehlikesi altında olan kimsenin uyuşmazlığı başlatıp başlatmamak, uyuşmazlığın konusunu belirlemek ve uyuşmazlığı devam ettirip ettirmemek konusunda sahip olduğu hakkı anlatan ilke HMK md. 24'te düzenlenen tasarruf ilkesidir⁴.

HMK'nın md. 24'e göre; "(1) *Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. (2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder.*" Belirtilen hükmün içeriğinden tasarruf ilkesinin temel unsurlarının; davacının yargılamayı başlatması, davacının yargılama konusunu ve dava konusunu belirlemesi, davacının davalının açık rızası ile davayı geri alması, davacının davadan feragat etmesi, davalının davayı kabul etmesi, tarafların sulh olmaları, tarafların kanun yoluna başvurmaları, başvuru-

³ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 152; Budak, Ali Cem/Karaslan, Varol: Medenî Usûl Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018, s. 77-78; Erdönmez, Güray: Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 783; Karşlı, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları işlenmiş ve gözden geçirilmiş 2. baskı, İstanbul 2011, s. 255-256; Tanriver, Süha: Medenî Usûl Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016, s. 350.

⁴ Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 783-784; Grunsky, Wolfgang/Jacoby, Florian: Zivilprozessrecht, 15. überarbeitete Auflage, München 2016, s. 27, Rn. 84; Meriç, Nedim: Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde), Ankara, 2011, s. 55; Sutter-Somm, Thomas/Arx, Gregor von: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, (Herausgeber Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger), Zürich 2013, s. 453 Rn. 6; Tanriver, s. 350; Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 1 (1-70), 3. Baskı, Ankara 2017, s. 620.

ruyu geri almaları, başvurudan feragat etmeleri ve başvuru sebebini belirlemeleri olduğunu ifade edebiliriz⁵.

Tasarruf ilkesinin ilk ve doğal sonucu; hak sahibi olan kimsenin bu konudaki talebini yetkili makamlara yöneltmeden kendiliğinden dava açılmayacak olmasıdır. Diğer bir ifadeyle “*davacı yoksa, dava ve hâkim de yoktur.*” şeklinde belirtilen bu ilkeye göre⁶, davacı davayı açmadığı takdirde, mahkeme uyuşmazlığa kendiliğinden el atıp inceleyemeyecektir⁷. Öte yandan davacının lehine olan davayı açmaya zorlanamaması da bu ilke gereğince kabul edilen diğer bir sonuçtur⁸.

Tasarruf ilkesinin doğal bir sonucu olarak davacı tarafından uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilecek olması, tek başına anlam ifade etmez. Zira uyuşmazlığın usulüne uygun olarak biçimlenmesi gerekir. Bunun için de davacının davasının konusunun ne olduğunu, diğer bir ifadeyle açık bir şekilde talep sonucunu belirlemesi⁹ gerekir. Nitekim davacının belirlediği

⁵ **Meriç**, s. 53-54; **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, München 2010, s. 395, Rn. 3.

⁶ Medenî usûl hukukumuzda tasarruf ilkesinin hem çekişmeli hem çekişmesiz yargı bakımından ilke olarak geçerli olduğu; ancak çekişmeli yargı bağlamında bile tasarruf ilkesinin karşıtını oluşturan re’sen harekete geçme ilkesinin istisnaen de olsa kamu düzeninin korunması amacıyla işlerlik kazanabileceğine ve hukukumuzda yer alan buna ilişkin örnekler için bkz. **Tanriver**, s. 353.

⁷ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 152-153; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 785; **Karlı**, s. 256, s. 258-259; **Grunsky/Jacoby**, s. 27, Rn. 87; **Meriç**, s. 73-78; **Stahelin**, Adrian/**Stahelin**, Daniel/**Grolimund**, Pascal: Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts Buchautoren, 2.Auflage, Zürich 2013, s. 137, Rn.4; **Tanriver**, s. 350-351; **Yılmaz**, s. 617; **Zeiss**, Walter/**Schreiber**, Klaus: Zivilprozessrecht (10. Neubearbeitete Auflage), Tübingen 2003, s. 64, Rn. 169a.

⁸ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 153; **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s. 785; **Meriç**, s. 77; **Tanriver**, s. 351; Ancak açılacak olan davanın üçüncü kişilerin hukukî durumlarını etkileyecek olması durumunda kanun koyucunun kişiyi kendi lehine olan davayı açmaya zorlayabileceğine ilişkin örnekler (İİK md. 97/I, V, VI; İİK md. 69/II, III; İİK 101/II) için bkz. **Tanriver**, s. 351-352; Yine Kanun’larda bazı durumlarda, belli sürelerde davacının dava açmamasının sonucu özel olarak düzenlendiğinden ve bazı yaptırımlar öngörüldüğünden davacının dava açmaya zorlandığına ilişkin örnekler için bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, s. 153.

⁹ HMK md. 119/1, 3. bendi uyarınca davacının dava dilekçesinde açık bir şekilde talep sonucunun ne olduğunu belirtmesi gerekir. Davacı tarafından dava dilekçesinde talep sonucu belirtilmemişse, hâkim, md. 119/2 gereği davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre verir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır.

talep doğrultusunda mahkemece hüküm verilecektir¹⁰. Yargılama sonucunda hâkimin vereceği hükmün davacının dilekçesinde belirttiği talep sonucu ile sınırlanmasını¹¹ ifade eden bu ilke ise tasarruf ilkesinin bir alt unsurunu oluşturan taleple bağıllık ilkesidir¹².

Taleple bağıllık ilkesi; “(1) Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağıllıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir. (2) Hâkimin, tarafların talebiyle bağıllı olmadığına ilişkin kanun hükümleri saklıdır.” hükmünü içeren HMK’nın md. 26’da düzenlenmiştir. Belirtilen hükümden anlaşılacağı üzere, taleple bağıllık ilkesinin ilk unsuru; tarafların dilekçelerinde belirttikleri talep sonucu ile hâkimin bağıllı olması, diğer bir ifadeyle hâkimin, dilekçede talep edilmeyen bir şey hakkında karar verememesidir¹³. Tarafın neyi talep edip etmediği ve mahkemeden ne hakkında karar vermesini istediği dava dilekçesinden anlaşılacaktır. Bu durumda önemli olan tarafın dilekçesinde ne talep etmediğinin de zaten belli olmasıdır. Zira hâkimin tarafın dilekçesinde hiç talep edilmeyen bir konuda karar verdiği takdirde bu sorun gündeme gelecektir¹⁴. Esasında çalışma konumuzu oluşturan ve aşağıda tartışacağımız mesele açısından da önem arz eden husus; taleple bağıllık ilkesinin bir gereği ve sonucu olarak hâkimin talep edilmeyen bir şey hakkında karar veremeyecek olmasıdır.

Taleple bağıllık ilkesinin diğer bir unsurunu; mahkemenin tarafın talep ettiğiinden fazlasına karar verememesi oluşturur. Buna göre, taraf, maddî hukuktan kaynaklanan hakkının yalnızca bir kısmını yargılama konusu

¹⁰ Budak/Karaaslan, s. 78; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 788; Karşlı, s. 257, s. 296; Meriç, s. 98-99; Tanrıver, s. 352; Zeiss/Schreiber, s. 65, Rn. 171.

¹¹ Dava dilekçesinin esaslı unsurunu oluşturan talep sonucunun, mahkemenin vereceği hüküm fıkrasının kapsamı ile maddî anlamda kesin hükmün objektif sınırlarını belirlediği; zira HMK md. 303/2 uyarınca bir hükmün, davada veya karşılık davada ileri sürülen taleplerden yalnızca hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm teşkil edeceğine ilişkin olarak bkz. Meriç, s. 122-123; Tanrıver, s. 352-353.

¹² Budak/Karaaslan, s. 78-79; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 788; Karşlı, s. 296; Meriç, s. 98-99; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 395, Rn. 3; Staehelin/Staehelin/Grolimund, s. 137, Rn. 4; Sutter-Somm/Arx, s. 455 Rn. 9, Rn. 11; Yılmaz, s. 642.

¹³ Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s. 122-123; Budak/Karaaslan, s. 78; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 789; Karşlı, s. 296; Meriç, s. 110; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2016, s. 222.

¹⁴ Budak/Karaaslan, s. 78; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 789; Karşlı, s. 296; Meriç, s. 110-111; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 221-222.

olarak belirlemişse, artık mahkeme bununla bağlı olacak ve fakat fazlasına hükmedemeyecektir¹⁵.

Taleple bağlılık ilkesinin sonuncu unsuru da mahkemenin talep edilenden farklı bir şeye karar verememesidir. Bu durumda hâkim, tarafın dilekçesinin talep sonucu kısmında belirttiğinden farklı bir şeye karar veremeyecektir. Diğer bir ifadeyle tarafın dilekçesinin talep sonucu kısmı ile mahkemenin hüküm sonucu kısmının aynı olması gerekir¹⁶. Ancak mahkemenin tarafın dilekçesinde belirttiği taleple bağlı olması kuralı, mahkemenin talep edilenden daha azına karar verebilmesine engel değildir¹⁷. Zira davacı maddî hukuk bakımından daha fazlasını talep etmiş olsa bile mahkeme, tarafın maddî hukukta karşılığı olmayan talebi hakkında karar veremez¹⁸.

HMK md. 26/2'de ise Hâkimin, tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanun hükümlerinin saklı olduğuna hükmedilmiştir¹⁹.

II. GENEL OLARAK İCRA TAZMİNATI

A. Kavram Sorunu

İcra hukuku sistemimiz genel olarak alacaklının ve borçlunun menfaat dengesi üzerine kurulmuştur. Bu durum özellikle ilâmsız icra takibinde karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki; geçerli bir hukukî sebebi olmadan ve bir belgeye ihtiyaç duymadan alacaklının genel haciz yolu ile takibe başlaması mümkündür. Yine borçlunun da herhangi bir sebep göstermeden itiraz ederek takibi durdurabileceğine ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında kanun koyucunun bu amacı benimsediği sonucuna rahatlıkla ulaşabiliriz²⁰.

Ancak her ne kadar Kanun'da taraflar arasındaki menfaat dengesini korumaya çalışan hükümler yer alsa da tarafların bu haklarını dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanmaları gerekir. Zira dürüstlük kuralı -tıpkı

¹⁵ Budak/Karaaslan, s. 78-79; Meriç, s. 113; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 222; Yılmaz, s. 642.

¹⁶ Meriç, s. 115.

¹⁷ Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 123; Karşı, s. 296; Meriç, s. 118; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 222; Yılmaz, s. 642; Çokta azlık saklıdır kuralı gereği mahkemenin talep edilenden daha azına karar verebileceğine ilişkin olarak bkz. Meriç, s. 119-121.

¹⁸ Meriç, s. 118-119.

¹⁹ Hâkimin tarafların talebiyle bağlı olmadığına ilişkin kanunî düzenlemeler ile ilgili örnekler için bkz. Atal/Ermenek/Erdoğan, s. 123; Tanrıver, s. 406-407; Yılmaz, s. 693.

²⁰ Özekes, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s. 37-40; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin-Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015, s. 51-53.

medenî usûl hukukunda olduğu gibi- özel hukukun temel bir ilkesi olması sebebiyle icra hukukunda da geçerlidir²¹. Bu bağlamda icra hukukunda dürüstlük kuralına aykırılığın yaptırımlarını öngören pek çok düzenleme yer almaktadır. Özellikle alacaklının, borçlunun veya takibin tarafı olmayan üçüncü kişilerin haksız ve/veya kötü niyetli olup olmalarına göre tazminat ödemekle yükümlü olacağına ilişkin hükümler buna örnektir²².

İİK'da tazminata ilişkin bir çok düzenleme yer almaktadır. Ancak bu düzenlemelerde bahsi geçen “*tazminat*” kavramı, öğretide ve Yargıtay içtihatlarında “*icra inkâr tazminatı*”, “*icra tazminatı*”, “*inkâr tazminatı*”, “*kötü niyet tazminatı*” gibi çeşitli isimlerle ifade edilmektedir²³. Şüphesiz ki, bu kavramların bir kısmı aynı durumu anlatmak için kullanılsa da özellikle kötü niyet tazminatı bakımından kurumun içerdiği anlamın farklı olduğunu belirtmek gerekir²⁴. Zira uygulamada sıklıkla birbirinin yerine kullanılmakla birlikte “*icra inkâr tazminatı*” esasında İİK md. 67/II'ye göre; alacaklının, borçlunun itirazı üzerine genel mahkemede açtığı itirazın iptali davası sonucunda, borçlunun itirazının haksızlığına alacaklının ise haklılığına karar verildiğinde, alacaklı lehine borçlu aleyhine hükmedilen tazminattır²⁵. Diğer bir ifadeyle bu tazminat adını borçlunun takibe haksız yere itiraz edip, borcunu inkâr etmesi sebebiyle ödemeye mahkum edilmesinden almaktadır²⁶.

²¹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 70; **Yılmaz**, Ejder: “*İcra Tazminatı*”, Haluk Konuralp Anısına Armağan C. II, Ankara 2009, s. 680, (Kısaltma: Yılmaz, İcra Tazminatı).

²² **Özkes**, s. 40; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 70; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 680.

²³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 680-681; “... Ayrıca, İİK'nun 72/5. maddesinde düzenlenen tazminat, kötü niyet tazminatı; İİK'nun 170/4. maddesinde düzenlenen tazminat ise icra inkâr tazminatı olup, nitelikleri de farklı tazminat türleridir...” Yarg. HGK'nın 2013/1708 E., 2015/1025 K., 13.3.2015 T. kararı için bkz. Lexpara Hukuk Bilgi Sistemi.

²⁴ **Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar-Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: İcra ve İflas Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 178 dn. 8, (Kısaltma: Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, İcra ve İflas Hukuku); **Ercan**, İbrahim: “*Bir Yargıtay Kararı Işığında İcra ve İflas Kanunu Madde 170'de Düzenlenen Kötü Niyet Tazminatı Hakkında Bazı Düşünceler*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan) 2015, s. 2207-2219, s. 2211; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 680-681.

²⁵ **Deynekli**, Adnan/**Kısa**, Sedat: İtirazın İptali Davaları, İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 215; **Kuru**, Baki: “*İcra İnkâr Tazminatı*”, Yargıtay Yüzcüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 725-765, s. 727; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 680.

²⁶ **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 680.

Ancak İİK'da düzenlenen tazminatların tamamı borçlunun inkârı²⁷ dolayısıyla aleyhine hükmedilen tazminatlar olmadığından inkâr tazminatı olarak kabul edilemez. Nitekim İİK md. 67/II'de düzenlenen ve alacaklının itirazın iptali davasında haksız çıkması sebebiyle borçluya ödemeye mahkum edildiği tazminat, -alacaklının kötü niyetli olması koşulunun aranması dolayısıyla- bir tür kötü niyet tazminatıdır²⁸. Ayrıca çalışma konumuzu oluşturan İİK'daki icra tazminatına ilişkin birtakım düzenlemelerde de (örneğin; md. 72/IV, c.3'te düzenlenen ve menfi tespit davası sonucunda borçlunun haksız çıkması üzerine aleyhine hükmedilen tazminatta olduğu gibi) borçlunun inkârı söz konusu değildir²⁹. Dolayısıyla öğretide *Yılmaz*³⁰ tarafından icra hukukunda alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi aleyhine hükmedilebilecek bütün tazminatları kapsayan, daha geniş ve üst bir kavram olan "icra tazminatı" kavramı kullanılmaktadır. Bizde çalışmamızda inceleme konusu kurumu daha iyi ifade etmesi sebebiyle bu kavramı kullanmayı tercih etmekteyiz³¹.

B. İcra Tazminatının İcra Hukukunda Düzenlenişi

İcra tazminatının hukukumuzdaki tarihî gelişimine baktığımızda; bu tazminatın ilk olarak; - İsviçre'den alınan 1424 sayılı ve 1929 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'ndan da önceki tarihli kanun olan- 1215 sayılı ve 15 Mart 1928 tarihli Kanun'da³² düzenlendiğini söylemek gerekir³³. Ayrıca belirtmekte fayda vardır ki, icra tazminatı, mehz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmemiş olmasına rağmen hukukumuzda kabul edilmiş bir kurumdur³⁴.

²⁷ Borçlunun inkârının söz konusu olmadığı İİK'da düzenlenen diğer tazminat düzenlemelerine ilişkin örnekler için bkz. *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 681.

²⁸ *Deynekli/Kısa*, s. 215; *Ercan*, s. 2211; *Kuru*, s. 727; *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 680-681.

²⁹ *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 681.

³⁰ *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 681.

³¹ Her ne kadar "icra inkâr tazminatı" kavramı literatüre yerleşmiş olsa da kanunî olarak kabul edilmiş bir kavram olmadığına ilişkin olarak bkz. *Kuru*, s. 727.

³² Belirtilen kanunî düzenlemede borçlunun haksız yere itiraz etmesi ve bu itirazının mahkemece iptal edilmesi üzerine %10'dan az olmayan bir tazminat ödemekle yükümlü olacağına ilişkin olarak bkz. *Deynekli/Kısa*, s. 215; *Ercan*, s. 2210; *Postacıoğlu*, s. 953; *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 682.

³³ *Akil*, Cenk: "İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 317-337, s. 318; *Deynekli/Kısa*, s. 215; *Ercan*, s. 2210; *Kuru*, s. 727-728; *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 681; *Postacıoğlu*, İlhan E.: "İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar", BATİDER, C. IX, S. 4, Y. 1978, s. 951-970, s. 953-954.

³⁴ *Akil*, s. 318; *Deynekli/Kısa*, s. 215; *Ercan*, s. 2210; *Kuru*, s. 727-728; *Postacıoğlu*, s. 953-954; *Yılmaz*, İcra Tazminatı, s. 681.

Böylece hukukumuzda 1215 sayılı Kanun'la giren icra tazminatı kurumu, 1929 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda ve halen yürürlükte olan 2004 sayılı 1932 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nda da yer almıştır³⁵. Belirtilen düzenlemelerde, önceleri sadece borçlu aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi söz konusu idi. Ancak 1965 yılında 538 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile belirli koşullar sonucunda alacaklının da icra tazminatına mahkum edilebileceğine dair hükümler kabul edilmiştir³⁶. Kanımızca belirtilen düzenlemelerin kabulü, icra hukukunda alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin korunması bakımından isabetli olmuştur.

İcra tazminatının hukukumuzda kabul edilmesinin amacını ise aleyhinde icra tazminatına hükmedilecek olan tarafın alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi olması bakımından ayrı değerlendirmek gerekir. Bir kere borçlu aleyhine hükmedilecek olan icra tazminatının³⁷ temelinde, borçlunun aslında borçlu olmasına rağmen haksız ve hukukî dayanaktan yoksun olarak borca itiraz ederek alacaklının alacağına geç kavuşmasını sebep olması, yatmaktadır³⁸. Bu düşüncenin alacaklı nezdindeki karşılığını ise alacaklı olmadığı ve takip yapma hakkı bulunmadığı halde -sırf ilâmsız takip yolunun kolaylığından yararlanarak- kötü niyetli olarak takip yapması oluşturmaktadır³⁹. Yine icra tazminatının üçüncü kişi için kabul edilmesindeki amaç da üçüncü kişinin haksız olarak istihkak iddiasında bulunarak hem alacaklının alacağını elde etmesine hem de icra ve yargılama makamlarını meşgul etmesine engel olmaktır⁴⁰.

İcra tazminatının hukukumuzda kabul edilmesindeki düşüncelerden yola çıkılarak icra tazminatının, borçlar hukukunda geçerli olan tazminat kurumundan farklı bir hukukî niteliğe sahip olduğunu ifade edebiliriz⁴¹. İcra tazminatı; etkileri, koşulları ve sonuçları icra hukukunda düzenlenmiş olan

³⁵ **Akil**, s. 318; **Deynekli/Kısa**, s. 215; **Ercan**, s. 2210; **Postacıoğlu**, s. 953-955; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 683.

³⁶ **Deynekli/Kısa**, s. 215; **Ercan**, s. 2210; **Postacıoğlu**, s. 955-956.

³⁷ Borçlunun aleyhine hükmedilecek olan inkâr tazminatının, borca itiraz etmesi sebebiyle takibin bir an önce sonuçlandırılmasına engel olmasının bir yaptırımı olduğuna ilişkin olarak bkz. **Akil**, s. 321; Ayrıca inkâr tazminatının borçlu için bir yaptırım olduğuna ilişkin olarak bkz. **Deynekli/Kısa**, s. 217; **Kuru**, s. 728.

³⁸ **Akil**, s. 321; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, (İcra ve İflas Hukuku), s. 178; **Deynekli/Kısa**, s. 216; **Ercan**, s. 2210; **Kuru**, s. 728; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 153; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 683-684.

³⁹ **Deynekli/Kısa**, s. 216; **Ercan**, s. 2210; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 684.

⁴⁰ **Kuru**, s. 728; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 684.

⁴¹ **Akil**, s. 321; **Ercan**, s. 2211; **Kuru**, s. 728; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 684.

kendine özgü bir icra hukuku kurumudur⁴². Zira İİK'da yer alan icra tazminatına ilişkin hükümlerin temel amacı, cebrî icranın etkinliğini sağlamak ve cebrî icranın kötüye kullanılmasına engel olmaktır⁴³.

Öğretide⁴⁴ -borçlar hukukundaki tazminatın koşullarından farklı olarak icra tazminatına hükmedilebilmesi için zararın mevcudiyetinin gerekli olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak İİK'da icra tazminatına ilişkin düzenlemelerde, hükmedilecek icra tazminatının miktarı kanun koyucu tarafından asgari bir oran üzerinden belirlenmiştir⁴⁵. Buna göre, icra tazminatına hükmedilebilmesi için gereken koşullar oluştuğunda, mahkemece -zararın ispat edilmesine gerek kalmaksızın- icra tazminatı olarak Kanun'da belirlenen asgari miktara hükmedilecektir. Zira kanun koyucu tarafından belirlenen asgari miktarın uğranılan zararı karşıladığı varsayılmaktadır⁴⁶. Ancak asgari miktarın üstünde tazminata hükmedilebilmesi için tazminat talep edenin asgari miktarın üstündeki zararını ispat etmesi gerekecektir⁴⁷. Dolayısıyla icra tazminatının borçlar hukuku anlamında bir tazminat niteliği taşıyamamasının sebebini, yalnızca icra tazminatına hükmedilebilmesi için zararın ispatının gerekli olmamasına dayandıramayız. Kaldı ki; -yukarıda bahsettiğimiz- icra tazminatının kabul ediliş amacını gözettiğimizde zaten icra tazminatının icra hukukuna özgü bir kurum olduğunu ifade edebiliriz.

III. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA İCRA TAZMİNATINA HÜKMEDİLEBİLMESİ İÇİN TALEP KOŞULUNUN ARANDIĞI DÜZENLEMELER

İcra tazminatının türleri İİK'nın değişik maddelerinde düzenlenmiştir. İİK'daki icra tazminatına ilişkin ilk düzenleme md. 67'de itirazın iptali davasında karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, "...(*fıkra 2*) *Bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli*

⁴² Akil, s. 321; Deynekli/Kısa, s. 216; Ercan, s. 2211; Kuru, s. 728; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 683-684.

⁴³ Akil, s. 321; Ercan, s. 2211; Kuru, s. 728; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 683-684; İcra tazminatının "*inkâr tazminatı*" olarak borçlu açısından ilâmsız icranın etkinliğini sağlamak; "*haksız takip tazminatı*" olarak alacaklı açısından ilâmsız icranın kötüye kullanılmasını önlemek; "*haksız çıkma tazminatı*" olarak üçüncü kişinin, alacaklının alacağını geciktirmesinin önüne geçmek için kabul edilmiş bir yaptırım olduğuna ilişkin olarak bkz. Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 684.

⁴⁴ Akil, s. 321; Kuru, s. 728 dn. 11.

⁴⁵ İcra tazminatının miktarının, Kanun'da götürü bir oran ifade edilerek belirtildiğine ilişkin olarak bkz. Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 707.

⁴⁶ Kuru, s. 760; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 709.

⁴⁷ Kuru, s. 761; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 709.

görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkum edilir. (fıkra 3) İtiraz eden veli, vasi veya mirasçı ise, borçlu hakkında tazminat hükmolunması kötü niyetin sübutuna bağlıdır...” şeklinde hüküm içeren 67. maddenin 2. ve 3. fıkralarında icra tazminatının önce borçlu bakımından sonra da alacaklı bakımından koşulları düzenlenmiştir⁴⁸. İcra tazminatının borçlu aleyhine hükmedilen hâli, -hükmün içeriğinde de açıkça belirtildiği üzere- borçlunun haksız itirazı ile takibin durmasına sebebiyet vermesinden dolayı öğretide ve Yargıtay kararlarında “icra inkâr tazminatı” veya “inkâr tazminatı” adını almaktadır⁴⁹. Borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedebilmek için aranan koşullara baktığımızda; geçerli bir ilâmsız icra takibi yapılmış olması⁵⁰, borçlunun süresinde takibe itiraz etmiş olması⁵¹, alacaklının bir yıllık süre içerisinde itirazın iptali davasını açmış olması⁵², borçlunun itirazında haksız olduğuna karar verilmesi⁵³ ve davacı alacaklının icra inkâr tazminatını talep etmiş olması⁵⁴ gerekir.

İİK md. 67/II gereğince; alacaklı aleyhine hükmedilecek olan tazminatın öğretide ve uygulamada “kötü niyet tazminatı”⁵⁵ veya “haksız takip

⁴⁸ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 687.

⁴⁹ Muşul, Timuçin: İcra ve İflas Hukuku C. I, Güncellenmiş Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2013, s. 412; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 687-688.

⁵⁰ Akil, s. 319; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 178; Deynekli/Kısa, s. 219-220; Kuru, s. 728-730; Kuru, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 2013, s. 262-263, (Kısaltma: Kuru, El Kitabı); Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 153; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 688-691.

⁵¹ Akil, s. 319; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 178-179; Deynekli/Kısa, s. 221; Kuru, El Kitabı, s. 263; Muşul, s. 413-414; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 153; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 691-692.

⁵² Akil, s. 319; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 179; Deynekli/Kısa, s. 221-222; Kuru, s. 730-733; Kuru, El Kitabı, s. 263-264; Muşul, s. 414-415; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 153; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 692-693.

⁵³ Akil, s. 322-334; Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 180-183; Deynekli/Kısa, s. 222-228; Kuru, s. 734-758; Kuru, El Kitabı, s. 264-270; Muşul, s. 415-417; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 154; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 696-706.

⁵⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 179-180; Deynekli/Kısa, s. 228-229; Kuru, s. 733; Kuru, El Kitabı, s. 264; Muşul, s. 415; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 152; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 693-696.

⁵⁵ Deynekli/Kısa, s. 230; Ercan, s. 2211; Kuru, El Kitabı, s. 257; “... Anılan yasa hükmünde düzenlenen ve ‘kötü niyet tazminatı’ olarak adlandırılan tazminat, sadece ve

*tazminatı*⁵⁶ olarak ifade edildiğini söylemek gerekir⁵⁷. Kanımızca İİK'nın md. 67'nin 2. fıkrasında alacaklının kötü niyetli olması koşulu arandığından, icra tazminatının bu türüne "kötü niyet tazminatı" denmesi daha uygundur. Buna göre, alacaklının kötü niyet tazminatına hükmedilebilmesi için, itirazın iptali davasının reddedilmiş olması, davacı alacaklının takibinde haksız ve kötü niyetli olması ve davalı borçlunun kötü niyet tazminatı talep etmiş olması gerekir⁵⁸.

1. İcra tazminatı ile ilgili olarak İİK'da yer alan ilk düzenleme olan md. 67'nin 2. fıkrasında alacaklı ve borçlu aleyhine hükmedilebilecek icra tazminatının koşulları belirtilmiştir. Buna göre, "*diğer tarafın talebi üzerine*" ibaresini içeren İİK md. 67/II'den de açıkça anlaşılacağı gibi hem alacaklı hem de borçlu aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için diğer tarafın talebi gerekmektedir. Diğer tarafın talebi olmadan mahkemece re'sen tazminata hükmedilebilmesi mümkün değildir⁵⁹. Burada üzerinde durulması gereken konu ise icra tazminatına ilişkin talebin yargılamada hangi aşamaya kadar yapılması gerektiğidir. Öğretide⁶⁰ bir kısım yazarlarca, icra tazminatının dilekçelerin değişimi aşamasında yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Yargıtay⁶¹ ise öğretinin aksine icra tazminatının dava dilekçesi ile istenmesinin zorunlu olmadığı ve bu talebin karar anına kadar her zaman yapılabileceği

ancak, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde takibe girişmekte kötü niyetli bulunduğu borçlu tarafından açıkça kanıtlanmış olan ya da öyle olduğu ayrıca kanıtlanmasına gerek bulunmaksızın dosya kapsamından açıkça anlaşılabilen alacaklıya yönelik bir yaptırım niteliğindedir..." Yarg. HGK'nın 2013/469 E., 2014/45 K., 29.1.2014 T. kararı için bkz. Lexpara Hukuk Bilgi Sistemi.

⁵⁶ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 718.

⁵⁷ Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 717-718.

⁵⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 178; Deynekli/Kısa, s. 230-231; Ercan, s. 2211; Kuru, El Kitabı, s. 259; Muşul, s. 418; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 155; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 718-723.

⁵⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 179; Deynekli/Kısa, s. 228, s. 231; Kuru, s. 733; Kuru, El Kitabı, s. 258; Muşul, s. 415; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 693, s. 722.

⁶⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 176-177, s. 179; Deynekli/Kısa, s. 228, s. 231; Kuru, icra inkâr tazminatının dava dilekçesi ile kötü niyet tazminatının da cevap dilekçesi ile talep edilmesini ileri sürmektedir. bkz. Kuru, s. 733; Kuru, El Kitabı, s. 258, s. 264; Aynı yönde bkz. Muşul, s. 415, s. 418; Yılmaz ise icra inkâr tazminatının her zaman talepte bulunabileceği yolundaki görüşe paralel olarak kötü niyet tazminatının da cevap dilekçesi ile istenmesinin zorunlu olmayıp her zaman istenebileceğini savunmaktadır. Bkz. Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 722-723.

⁶¹ Yargıtay'ın bu görüşü ve kararları için bkz. Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 693-696 ve s. 694-695, dn. 29.

görüşündedir. Kanımızca, kanun koyucu icra tazminatına hükmedilebilmesi için -İİK md. 67/II uyarınca- talep koşulunu aradığına göre, bu talebin yapılma zamanının yargılamada belli bir usûl kesiti ile sınırlandırılması yerinde olur. Dolayısıyla, icra tazminatına ilişkin talebin HMK md. 141 uyarınca iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başladığı zamana -kural olarak davacı bakımından cevaba cevap, davalı bakımından ise ikinci cevap dilekçesinin verilmesiyle- kadar yapılması uygun olacaktır⁶². Buna göre, borçlu aleyhine hükmedilebilecek tazminat bakımından davacı alacaklının tazminat talebini dava dilekçesi veya cevaba cevap (rep-lik) dilekçesi ile istemiş olması gerekir. Alacaklı aleyhine hükmedilebilecek olan tazminat bakımından ise davalı borçlunun tazminat talebini cevap veya ikinci cevap (döplük) dilekçesi ile istemiş olması gerekir⁶³. Her iki taraf bakımından da dilekçelerin değişimi aşamasında talep edilmeyen tazminat taleplerinin, ön inceleme duruşmasına karşı tarafın mazeretsiz olarak gelmemesi durumunda, diğer tarafın açık muvafakatine gerek kalmadan yapılabilmesi mümkündür (HMK md. 141/1). Yine taraflar, dilekçelerin değişimi aşamasında icra tazminatı talep etmemiş olmaları halinde, karşı tarafın açık muvafakati veya ıslah yoluna başvurarak⁶⁴ da icra tazminatı talebinde bulunabilirler⁶⁵.

2. İcra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulunun arandığı ikinci düzenleme, İİK'nın md. 68'in son fıkrasındaki itirazın kesin kaldırılması talebinin kabulü halinde alacaklı, reddi halinde ise borçlu lehine hükmedilen tazminata ilişkindir. Belirtilen düzenleme uyarınca, hem alacaklı hem de borçlu aleyhine tazminata hükmedilebilmesi için talebin esasa ilişkin nedenlerle reddedilmiş veya kabul edilmiş olması ve diğer tarafın da açıkça tazminat talep etmiş olması gerekir⁶⁶.

⁶² Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 176.

⁶³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 176-177, s. 179; Deynekli/Kısa, s. 228, s. 231; Kuru, s. 733; Kuru, El Kitabı, s. 258, s. 264; Muşul, s. 415, s. 418.

⁶⁴ "... İİK 67. madde uyarınca icra inkâr tazminatı yargılamada karar verinceye kadar, ıslah olmaksızın talep edilebileceğinden, davacıların bu talebi kabul edilerek, alacağın faturadan kaynaklandığı da gözetilip, icra inkâr tazminatına karar verilmesi gerekirken, talebin reddi doğru olmamıştır..." Yarg. 19. HD'nin 2015/3691 E., 2015/9591 K., 29.06.2015 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁶⁵ Deynekli/Kısa, s. 228, s. 231.

⁶⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 204-205; Kuru, El Kitabı, s. 306-307, s. 310; Muşul, s. 374; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 165; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 723-728; "İİK.nun 68/son maddesinde itirazın kaldırılması talebinin esasa ilişkin nedenlerle kabulü halinde borçlu, talebin ayrı

3. İcra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulunun arandığı üçüncü düzenleme İİK'nın md. 68/a'nın son fıkrasındaki itirazın geçici kaldırılması talebinin kabulü halinde alacaklı lehine, reddi halinde ise borçlu lehine hükmedilen tazminata ilişkindir. Belirtilen hükme göre, alacaklı veya borçlu aleyhine icra tazminatına hükmedebilmek için diğer tarafın icra tazminatını talep etmiş olması gerekir⁶⁷.

4. İcra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulunun arandığı diğer bir düzenleme ise İİK'nın md.72'nin V. fıkrasının 3. ve 4. cümlesinde yer alan hükümdür. Belirtilen düzenleme uyarınca, menfi tespit davasının borçlunun lehine sonuçlanması halinde⁶⁸, davalı alacaklı aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için borçluya karşı yaptığı takibin haksız ve kötü niyetli olması ve borçlunun da dava veya cevaba cevap (replik) dilekçesinde icra tazminatını talep etmiş olması gerekir⁶⁹.

nedenlerle reddi halinde ise alacaklı, diğer tarafın talebi üzerine tazminata mahkum edilir düzenlemesi mevcut olup, mahkemece itirazın kaldırılmasına karar verilen miktar üzerinden davacı yararına icra inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile tazminat isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir..." Yarg. 6. HD'nin 2015/7123 E., 2015/10809 K., 8.12.2015 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁶⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 210-211; Kuru, El Kitabı, s. 324, s. 325; Muşul, s. 384; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 169; Yılmaz, İcra Tazminatı, s.728-729; "İİK'nun 68/a-son maddesi gereğince itirazın muvakkaten kaldırılması talebinin kabulü halinde alacaklının talebi üzerine, borçlu aleyhine yüzde yirmiden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edileceği düzenlenmiştir." Yarg. 12. HD'nin 2014/29582 E., 2015/4542 K., 3.3.2015 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁶⁸ "Borçlu icra takibinden önce veya takipten sonra borçlu olmadığı için genel mahkemede menfi tespit davası açabilir. Borçlunun menfi tespit davası açması ve davanın lehine sonuçlanarak kabulüne karar verilmesi halinde mahkeme, borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan icra takibinin haksız ve kötü niyetle yapılmış olduğu kanısına varırsa, borçlunun talebi üzerine, borçlunun menfi tespit davası nedeniyle uğradığı zararın alacaklıdan tahsiline karar verir; bu zarar, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde kırkıdan aşağı olamaz (İİK m.72/5, c. 3 ve 4)..." Yarg. HGK'nın 2014/7-603 E., 2016/508 K., 13.04.2016 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁶⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 227, dn. 7; Muşul, s. 473-474; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 179; Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt: Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, Genişletilmiş ve Yeniden Yazılmış 4. Baskı, Ankara 2015, s. 437; Karş. Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 734-737; Uyar/Uyar/Uyar'a göre; davacı borçlu, dava dilekçesinde icra tazminatı talebinde bulunmamış olsa bile, iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi itirazı ile karşılaşmadan davanın her aşamasında tazminat talebinde bulunabilir. Bkz.

5. İcra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulunun arandığı son düzenleme ise kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte borca itirazla ilgili İİK'nın md. 169/a'nın VI. fıkrasında yer alan hükümdür. Belirtilen hükme göre, kanun koyucu açıkça icra mahkemesince itiraz incelemesi sonucunda haksız çıkan taraf aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için diğer tarafın talebini aramaktadır⁷⁰.

IV. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA İCRA TAZMİNATINA HÜKMEDİLEBİLMESİ İÇİN TALEP KOŞULUNUN ARANMADIĞI DÜZENLEMELER

1. Kanun koyucunun icra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulunu aramadığı ilk düzenleme İİK'nın md. 69'un son fıkrasındaki hükümdür. Belirtilen düzenlemeye göre, icra mahkemesince verilen itirazın geçici kaldırılması kararı üzerine, borçlu tarafından genel mahkemelerde açılan borçtan kurtulma davası sonucunda, dava lehine sonuçlanan her iki taraf bakımından da koşulları oluştuğunda talep olmasa bile⁷¹, mahkeme re'sen tazminata

Uyar/Uyar/Uyar, s. 437; *Kuru*'ya göre ise; davacı borçlu, eğer icra takibi yapıldıktan sonra menfi tespit davası açmışsa, icra tazminatına ilişkin talebini dava dilekçesinde veya en geç cevaba cevap dilekçesinde yapmalıdır. Aksi halde iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 384-385; Ayrıca aynı yönde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, (İcra ve İflas Hukuku), s. 227, dn. 7; **Muşul**, s. 474; Borçlu menfi tespit davası açarken fazlaya ilişkin haklarını saklı tutmamış olsa bile yargılama bitinceye kadar talep ettiği tazminat miktarını artırabilir. Yine borçlu menfi tespit davasını, icra takibinden önce açmışsa, kural olarak borçlunun icra tazminatı talep etmesine gerek yoktur. Ancak borçlu menfi tespit davası açtıktan sonra, alacaklı borçluya karşı icra takibi başlatırsa, bu durumda borçlu, yargılama bitinceye kadar tazminat talebinde bulunabilir. Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s. 384-385; Ayrıca aynı yönde bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, (İcra ve İflas Hukuku), s. 227, dn. 7; **Muşul**, s. 474-475, s. 474, dn. 153; **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 437-438.

⁷⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, (İcra ve İflas Hukuku), s. 360; **Kuru**, El Kitabı, s. 794; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 300; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 745, s. 746; "... *Borca itiraz hakkında uygulanması gereken İİK'nun 169/a maddesinin 6. fıkrasında borca itirazın esasa ilişkin nedenlerle reddi halinde takibin muvakkaten durdurulmuş olması koşuluyla alacaklının isteği üzerine borçlunun takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edileceği hükme bağlanmıştır...*" Yarg. 12. HD.'nin 2016/6681 E., 2016/10765 K., 12.04.2016 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁷¹ Borçtan kurtulma davası sonucunda haksız çıkan taraf aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için dava lehine sonuçlanan tarafın icra tazminatını talep etmiş olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, (İcra ve İflas Hukuku), s. 215-216; **Kuru**, El Kitabı, s. 334-335.

hükmedecektir. Kanun koyucu bu düzenlemede icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşuluna yer vermemiştir⁷².

2. İcra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun aranmadığı bir diğer düzenleme, menfi tespit davası ile ilgili İİK'nın md. 72'nin IV. fıkrasının 3. ve 4. cümlede yer alan hükümdür. Buna göre, menfi tespit davası sonucunda davalı alacaklı haklı çıkarsa⁷³, talebi olmasa bile, mahkemece re'sen borçlu aleyhine icra tazminatına hükmedilecektir⁷⁴.

3. İcra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun aranmadığı bir diğer düzenleme; İİK'nın md. 89'un III. fıkrasında yer alan üçüncü kişinin elinde bulunan alacak ve malların haczi için üçüncü kişiye haciz ihbarnamesinin gönderilmesi durumunda, üçüncü kişi tarafından açılan menfi tespit davası ile ilgili hükümdür. Belirtilen hükümde, davayı kaybeden üçüncü şahıs aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için kanun koyucu tarafından talep koşulu aranmamıştır⁷⁵.

4. İcra tazminatında talep koşulunun aranmadığı başka bir düzenleme de İİK'nın md. 97'nin XIII. ve XV. fıkralarında yer alan üçüncü kişinin

⁷² **Muşul**, s. 387-388; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 172; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 729, s. 731.

⁷³ “İcra takibinden önce açılan menfi tespit davasında alacaklı lehine tazminata hükmedilemez” şeklindeki görüşün kural olamayacağı; eğer borçlu, ihtiyati tedbir kararı alarak icra takibinin başlamasına engel olmuşsa, dava sonucunda haklı çıkan alacaklı lehine icra tazminatına hükmedilebileceğine ilişkin olarak **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 406.

⁷⁴ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, (İcra ve İflas Hukuku), s. 226; **Kuru**, El Kitabı, s. 378; **Muşul**, s. 480; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 180; **Uyar/Uyar/Uyar**, s. 427; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 733; “...Alacaklının uğradığı zarar aynı davada takdir olunarak karara bağlanır Bu zarar herhalde yüzde kırktan aşağı tayin edilemez... Hükümün kesinleşmesi halinde alacaklının ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alması doğaldır. Bu halde tayin edilecek zarar asıl alacağın takip tarihine göre yüzde yirmi veya kırkından aşağı olamayacaktır...” Yarg. HGK'nın 2016/13-722 E., 2017/1036 K., 31.5.2017 T kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası.

⁷⁵ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası**, (İcra ve İflas Hukuku), s. 261; **Kuru**, El Kitabı, s. 477-478; **Muşul**, s. 628; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 222; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 737; “Davalı temyiz yönünden, İİK'nun 89/3 maddesinde “ ..Üçüncü şahıs açtığı bu davayı kaybederse, mahkemece, dava konusu şeyin yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkûm edilir...” hükmü yer almaktadır. Anılan bu madde gereğince aleyhe tazminata hükmetmek için davacının davayı kaybetmiş olması yeterli olduğundan ve dava redde sonuçlanmış olmakla şart yerine getirildiğinden davacı aleyhine ayrıca tazminata karar verilmesi gerekirken soyut gerekçe ile redde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...” Yarg. 19. HD.'nin 2016/12179 E., 2018/233 K., 30.01.2018 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

istihkak iddiası üzerine açılan istihkak davası ile ilgili hükümlerdir. Belirtilen hükümlerin içeriğinden açıkça anlaşıldığı üzere üçüncü kişi tarafından açılan istihkak davası sonucunda haksız çıkan taraf aleyhine tazminata hükmedilebilmesi için diğer tarafın talepte bulunmasına gerek yoktur⁷⁶.

5. İcra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulunun aranmadığı diğer düzenlemeler ise İİK'nın md. 170'in III. fıkrası ile md. 170'in son fıkrasında yer alan kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte imzaya itiraz incelemesi ile ilgili hükümlerdir. Her iki hükümde de açıkça belirtildiği üzere icra mahkemesi tarafından imzaya itiraz incelemesi sonucunda haksız çıkan taraf aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için diğer tarafın talebine gerek yoktur; mahkeme tarafından re'sen tazminata hükümlenir⁷⁷.

⁷⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 295-296; Kuru, El Kitabı, s. 565-567, Muşul, s 728; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 241-242; Yılmaz, İcra Tazminatı, s.740, s. 741; Aksi görüş için -İİK md. 97/XIII ve md. 97/XV gereği icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep edilmiş olması gerektiğini ileri süren- Kuru için bkz. Kuru, El Kitabı, s. 567, s. 569; İİK md. 97/XV gereği; davacı üçüncü kişi lehine tazminata hükmedilebilmesi için üçüncü kişinin dava dilekçesinde talepte bulunması gerektiğini ve fakat İİK md. 97/XIII gereği davacı aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için davalı alacaklının icra tazminatı talep etmiş olmasına gerek olmadığını ileri süren Muşul için bkz. Muşul, s. 525, s. 528; "... 2004 sayılı İİK'nun 97/15. maddesi uyarınca "İstihkak davası sabit olur ve birinci fıkra gereğince istihkak iddiasına karşı itiraz eden alacaklı veya borçlunun kötü niyeti tahakkuk ederse haczolunan malın değerinin yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere itiraz eden tazminat alınmasına asıl dava ile birlikte hükümlenir." hükmü üçüncü kişi lehine düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, alacaklı lehine düzenlenen, İİK'nun 97/13. maddesinde ise; "İstihkak davası üzerine takibin talikine karar verilip de neticede dava reddolunursa alacaklının alacağından bu dava dolayısıyla istifası geciken miktarın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere davacıdan tazminat alınmasına hükümlenir." düzenlemesi yer almaktadır. Buradaki tazminat kötü niyet değil, esasen alacaklı lehine getirilmiş bir gecikme tazminatı olarak nitelendirilmelidir. Alacaklı yararına tazminata hükmedilebilmesi için anılan yasal düzenleme kapsamındaki tüm koşulların bir arada bulunması; buna göre üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddinin yanı sıra takibin ya da satışın ertelenmesi kararının da bulunması gerekir...". Yarg. 8.HD.'nin 2017/1405 E., 2017/6618 K., 8.5.2017 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁷⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, (İcra ve İflas Hukuku), s. 358; Kuru, El Kitabı, s. 803, dn. 266, s. 805-806, dn.278; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 298; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 747, s. 750; "... Her ne kadar İİK'nun 170/4. maddesine göre imzaya itirazın kabulü halinde alacaklı aleyhine tazminat ve para cezasına hükmedilmesi için talep şartı aranmaz ise de; İİK'nun 168/4. maddesi gereğince kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile yapılan icra takibinde imzaya itirazın (5) günlük süre içinde icra mahkemesine yapılması zorunludur. Bu süre, hak düşürücü süre niteliğinde olup mahkemece re'sen gözetilmelidir..." Yarg. 12. HD.'nin 2015/14171 E., 2015/27752 K., 12.11.2015 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

V. İCRA TAZMİNATINA HÜKMEDİLEBİLMESİ İÇİN TALEP KOŞULUNUN ARANMAMASININ TALEPLE BAĞLILIK İLKESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda İİK'daki icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun aranmadığı düzenlemeleri ele aldık. İlk olarak kanun koyucunun menfi tespit davasının bir türü olan borçtan kurtulma davası sonucunda haksız çıkan her iki taraf bakımından da icra tazminatına hükmedilmesinde talep koşuluna yer vermediğini ifade etmek gerekir (İİK md. 69/son). Yine hemen ardından menfi tespit davasının düzenlendiği İİK'nın md. 72'de davacı borçlunun davada haksız çıkması durumunda, davalı alacaklı lehine hükmedilecek icra tazminatında da talep koşulu aranmamıştır. Oysaki aynı maddenin beşinci fıkrasında dava sonucunda borçlunun haklı çıkması halinde, alacaklı aleyhine hükmedilebilecek icra tazminatında talep koşuluna yer verilmiştir (İİK md. 72/V). Yine İİK'nın md. 89'un III. fıkrasında, üçüncü kişinin açtığı menfi tespit davası sonucunda haksız çıkması durumunda icra tazminatına talep olmasa bile mahkum edileceği belirtilmiştir. Buna göre, belirtilen düzenlemeler çerçevesinde konuyu öncelikle menfi tespit davası bakımından değerlendirmemiz gerekir.

İİK'nın md. 72'de düzenlenen menfi tespit davası, tespit davasının bir türü olup⁷⁸ medenî usûl hukuku bakımından geçerli olan genel usûl ve kural-lara tabidir⁷⁹. Dolayısıyla menfi tespit davasında da, yukarıda bahsettiğimiz gibi, medenî usûl hukukuna hâkim olan bir ilke olarak HMK'nın md. 26 gereği taleple bağlılık ilkesi geçerli olacaktır. Bu kapsamda, menfi tespit davası bakımından da dava sonucunda haklı çıkan taraf lehine icra tazmi-

⁷⁸ **Pekcanitez**, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 973, s. 975, **Tanrıver**, s. 568.

⁷⁹ Menfi tespit davasının yargılama usûlü hakkında İİK'da özel bir hüküm bulunmadığından, bu davalarda genel hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz. **Uyar/Uyar**, s. 756; Ancak İİK'nın md. 72'de düzenlenen menfi tespit davasının, özel bir dava türü olup, bu davada öncelikle İİK'nın md. 72 hükmünün geçerli olduğu ve bu davada HMK'nın md. 106 ve diğer HMK hükümlerinin uygulanabilmesinin İİK'nın md. 72'de açık düzenleme bulunmayan hallerde mümkün olduğuna ilişkin olarak bkz. **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. 2 (71-224), 3. Baskı, Ankara 2017, s. 1587; "...Dava, İİK'nın 72. maddesi hükmüne dayalı menfi tespit davasıdır. Bu durumda mahkemece, HUMK'un 74. (HMK'nun 26.) madde hükmü de gözetilerek, taleple bağlılık kuralı çerçevesinde, davacının borçlu olmadığı miktar saptanarak menfi tespite hükmedilmesi gerekirken, davanın niteliği gözardı edilerek borçlu olunan miktar üzerinden olumlu tespit hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır..." Yarg. 19 HD.'nin 2015/107 E., 2015/17104 K., 17.12.2015 T. kararı için bkz. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

natına hükmedilebilmesi için ilgili tarafın icra tazminatını dava (veya cevaba cevap) ya da cevap (veya ikinci cevap) dilekçesinde⁸⁰ talep etmiş olması gerekir. Ancak İİK'da yer alan bahsi geçen düzenlemelerde menfi tespit davası sonucunda icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulu aranmamış; diğer koşulların varlığı halinde hâkimin re'sen icra tazminatına hükmedeceği belirtilmiştir. Öğretide talep koşulunun aranıp aranması konusunda ileri sürülen bir görüşe göre; İİK'nın md. 69/son fıkra düzenlemesi gereği borçtan kurtulma davası sonucunda haklı çıkan taraf lehine tazminata hükmedilebilmesi için ilgili tarafın icra tazminatı talebinde bulunması gerekir⁸¹. Bu görüşe karşı çıkan diğer görüşe göre ise belirtilen düzenlemede talebin aranmasına dair açık bir ifade yoktur. Zira kanun koyucu, talep koşulunu aradığı hallerde bunu açıkça belirttiğinden, talep koşulunun varlığını aramaya gerek yoktur⁸². Ayrıca her ne kadar medenî usûl hukukunda taleple bağlılık ilkesi geçerli olsa da kanun koyucunun icra hukuku bakımından bu ilkedan ayrıldığı ve -Kanun'da talep koşulu arandığında bu durum açıkça belirtildiğinden- talepten söz edilmediğine göre talep koşulunun aranmaması gerektiği de ileri sürülmüştür⁸³.

Kanımızca da Kanun'un ifadesine bakıldığında açıkça talep koşulunun aranmadığını ifade edebiliriz. Zira İİK'da icra tazminatı ile ilgili hükümlere baktığımızda, talep koşulunun gerekli olup olmaması hususunda aynı madde içerisinde bile farklı düzenlemelerin bulunduğunu söyleyebiliriz. Örneğin; İİK'nın md. 72'nin V. fıkrasında, borçlu lehine icra tazminata hükmedilebilmesi için talep koşulu aranırken, md. 72'nin IV. fıkrasının 3. cümlesinde alacaklı lehine hükmedilecek icra tazminatı bakımından talepten bahsedilmemiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu tarafından talep koşulu arandığında açıkça lehine tazminata hükmedilebilecek olan tarafın talebinin olması gerektiği belirtilmiştir. Talepten bahsedilmediğinde ise, Kanun'da belirtilen diğer

⁸⁰ Dilekçelerin değişimi aşamasında taraflar icra tazminatı talep etmemişlerse, ön inceleme duruşmasına karşı tarafın mazeretsiz olarak gelmemesi durumunda, diğer tarafın açık muvafakatine gerek kalmadan tazminat talebinde bulunmaları mümkündür (HMK md. 141/1). Yine dilekçelerin değişimi aşamasında talep edilmeyen tazminatlar için her iki taraf bakımından da karşı tarafın açık muvafakati veya ıslah yoluna başvurmak suretiyle tazminat talep edilmesi mümkündür. Bkz. yukarıda III. bölüm.

⁸¹ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası** (İcra ve İflas Hukuku), s. 215-216; **Kuru**, El Kitabı, s. 334-335.

⁸² **Muşul**, s. 387-388; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 172; **Yılmaz**, İcra Tazminatı, s. 729, s. 731.

⁸³ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes**, s. 172.

koşulların varlığı halinde, mahkeme tarafından re'sen icra tazminatına hükmedilecektir.

İcra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun aranmadığı istihkak davası ile ilgili İİK'nın md. 97/XIII ve md. 97/XV hükümleri ile kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte imzaya itirazın incelenmesi ile ilgili İİK'nın md. 170/III ve md. 170/son hükümlerinde de Kanun'da talep koşuluna yer verilmemiştir. Bahsi geçen hükümlerin lafzından, Kanun'da belirtilen diğer koşullar oluştuğunda, hâkimin re'sen icra tazminatına hükmedeceği anlaşılmaktadır. İstihkak davası ve kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte imzaya itiraz incelemesi icra mahkemesi tarafından görülmekte ve icra mahkemesinde geçerli olan yargılama usûlü uygulanmaktadır. Nitekim İİK md. 97/XI'de istihkak davasının genel hükümlere göre görüleceği ve basit yargılama usûlünün uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca genel haciz yolu ile takipte itirazın kesin kaldırılmasında (İİK md. 68/son), genel haciz yolu ile takipte itirazın geçici kaldırılmasında (İİK md. 68/a, son) ve kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile takipte borca itirazın incelenmesinde (İİK md. 169/a, VI) ise icra tazminatına hükmedilebilmesi için diğer tarafın talebinin olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Oysaki, taleple bağlılık ilkesi bakımından icra mahkemesinde görülen dava ve işler arasında bir ayırım bulunduğu söylenemez. Ancak kanun koyucunun icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunu aramadığı düzenlemeler bakımından taleple bağlılık ilkesinden ayrıldığını ifade etmek yanlış olmayacaktır.

İİK'da icra tazminatının düzenlendiği hükümlere baktığımızda; bazı hükümlerde icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun arandığını, bazı hükümlerde ise talep koşulunun aranmadığını yukarıda belirttik. Dolayısıyla İİK'da bu konuda bir birlik olmadığından, bu durumun aynı zamanda alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesini bozduğunu ifade edebiliriz⁸⁴. Ancak özellikle talep koşulunun aranmadığı düzenlemeler ele alındığında, talep olmadan hâkimin re'sen karar vermesi, HMK'nın md. 26'da düzenlenen taleple bağlılık ilkesi ile de bağdaşmamaktadır⁸⁵. Öğre-

⁸⁴ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özekes, s. 172.

⁸⁵ “Örneğin; davacı menfî tespit davası açmış ve fakat karşı taraftan tazminat talep etmemişse, hâkimin davanın kabulüne karar verdiğinde inisiyatif olarak davalı alacaklıyı re'sen tazminat ödemeye mahkum etmesi mümkün değildir.” Erdönmez, Pekcanitez Usûl, ss. 789; “...6100 Sayılı HMK'nun “Taleple Bağlılık İlkesi” başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında; “Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir” hükmü düzenlenmiştir. Buna göre davacı alacaklılar vekilinin talebi olmadan

tide⁸⁶ ise esas olanın tarafların talebi sonucunda hâkimin karar vermesi olduğundan, kanun koyucu tarafından icra tazminatına ilişkin hükümlerin tamamında geçerli olacak kuralların kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Kanımızca da icra tazminatına hükmedilebilmesi bakımından İİK'da yer alan hükümler arasında bir farklılık olmaması gerekir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, talep koşulunun aranıp aranmaması bakımından aynı madde içerisindeki fıkralar arasında bile farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Demek oluyor ki, icra tazminatına hükmedilebilmesinde talep koşulunun aranmasının veya aranmamasının kanun koyucu bakımından birtakım gerekçeleri bulunmaktadır. Şöyle ki; icra hukukunda da kural, hâkimin talep olmadan karar verememesidir. Ancak icra hukukunda bu temel ilkedden ayrılmayı gerektiren durumlar söz konusu olabilir⁸⁷. İcra tazminatı bakımından durumu değerlendirdiğimizde ise meseleye icra tazminatının amacından yola çıkılarak cevap vermek gerekir. Zira icra tazminatının amacının genel olarak cebri icranın etkinliğini sağlamak ve cebri icranın kötüye kullanılmasına engel olmak olduğunu⁸⁸ dikkate aldığımızda, talep olmadan icra tazminatına hükmedilmesinde kanun koyucunun cebri icranın kötüye kullanılmasının önüne geçmeyi amaçladığını ifade edebiliriz. Örneğin; İİK'nın md. 97/XIII ve md. 97/XV'de istihkak davası ile ilgili hükümlerde kanun koyucu talep şartını aramayı, hem alacaklının alacağına geç kavuşmasına sebep olan davacıyı hem de istihkak iddiasına itiraz eden alacaklıyı veya borçluyu kötü niyeti dolayısıyla adeta cezalandırmaktadır. İİK'nın md. 72'nin V. fıkrasında, borçlu lehine icra tazminata hükmedilebilmesi için talep koşulu aranırken, md. 72'nin IV. fıkrasının 3. cümlesinde alacaklı lehine hükmedilecek icra tazminatı bakımından talebin aranmamasında ise kanun koyucunun gerekçesinin alacaklının alacağına geç kavuşmuş olması dolayısıyla cebri icranın etkinliğini korumak olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun aranmadığı diğer düzenlemeler (İİK md.

itirazın kaldırılması yönünden olumlu olumsuz hüküm kurulamayacağı gibi davalı borçlunun geçerli bir itirazı da söz konusu değildir. Mahkemece yukarıda izah edilen hususlar dikkate alınmadan dava dilekçesindeki talep aşularak itirazın kaldırılmasına ve davacı yararına icra inkâr tazminatına karar verilmesi doğru değildir..." Yarg. 8. HD'nin 2017/4778 E., 2018/8482 K., 7.3.2018 T. kararı için bkz. Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası.

⁸⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası (İcra ve İflas Hukuku), s. 226, dn. 3; Pekantez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes, s. 172.

⁸⁷ Cebri icra hukukunda da tasarruf ilkesi ile bununla bağlı olan taleple bağlılık ilkesinin geçerli olmakla birlikte, birçok durumda cebri icra organlarının kendiliğinden harekete geçtiğinin kabul edildiği ve buna ilişkin örnekler için bkz. Özkes, s. 75-76.

⁸⁸ Bkz. yukarıda dn. 43.

69/son, md. 89/III, md. 170/III, md. 170/son.) bakımından da kanun koyucunun aynı amaç ve düşünceden hareket ettiğini ifade etmek gerekir. Ancak taleple bağlılık ilkesinden ayrılmayı gerektiren koşulların Kanun'da tartışmalara sebep olmayacak şekilde haklı gerekçelere dayandırılması yerinde olur.

Kanun koyucunun icra tazminatına hükmedilebilmesinde bazı düzenlemeler bakımından talep koşulunu aramamasının haklı ve kabul edilebilir gerekçeleri olsa da, özellikle kanun sistematığı bakımından icra tazminatına ilişkin hükümler arasında birliğin sağlanmasının yerinde olacağı kanısındayız. Aksinin kabulü halinde hem medenî usul hukuku bakımından taraflar arasındaki usûli eşitlik⁸⁹ hem de icra hukuku bakımından taraflar arasındaki menfaat dengesi bozulabilir⁹⁰. Yine kanun koyucunun icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunu aradığı takdirde de, bu talebin yargılamada ne zamana kadar yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağı kanısındayız. Zira yukarıda⁹¹ belirtildiği üzere, icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun arandığı düzenlemeler bakımından bu talebin yargılamada ne zamana kadar yapılması gerektiği konusunda öğretiyi ve Yargıtay farklı görüştedir. Kanımızca -yukarıda ifade ettiğimiz gibi⁹²- olması gereken, bu talebin yapılış zamanının HMK md. 141 gereği iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başladığı zaman ile sınırlandırılmasıdır.

SONUÇ

Medenî usûl hukukuna hâkim olan taleple bağlılık ilkesi gereği, Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir (HMK md. 26). İcra hukuku bakımından da medenî usûl hukukuna hâkim olan taleple bağlılık ilkesi kural olarak geçerlidir. Ancak kanun koyucunun icra hukukunda bu temel ilkenin geçerli olmadığı birtakım düzenlemeler kabul ettiğini söylemek gerekir.

⁸⁹ Medenî usûl hukukunda “silahların eşitliği”, “hâkim önünde eşitlik” olarak ifade edilen bu ilke için bkz. **Erdönmez**, Pekcanitez Usûl, s s. 854-862; Silahların eşitliğinin tanımı için bkz. **Hanağası**, Emel: Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, s. 36-44; Ayrıca yargılamaya hâkim olan ilke olarak silahların eşitliği için bkz. **Hanağası**, s. 163-169.

⁹⁰ **Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası** (İcra ve İflas Hukuku), s. 226 dn. 3; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin-Özkan/Özkes**, s. 172.

⁹¹ Bkz. yukarıda dn. 60, 61.

⁹² Bkz. yukarıda III. bölüm.

İİK'da çeşitli maddelerde düzenlenen icra tazminatının koşullarına baktığımızda, kanun koyucu bazı hükümlerde icra tazminatına hükmedilebilmesi için talepte bulunulmuş olmasını aramaktadır. Nitekim icra tazminatı ile ilgili birçok maddede açıkça talep koşulundan söz edilmiştir. Ancak icra tazminatı ile ilgili bazı hükümlerde ise kanun koyucu talep koşulunu aramamış; aksine icra tazminatının, diğer koşullar oluştuğunda mahkeme tarafından re'sen hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Hatta aynı madde içerisinde bile icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun gerekli olup olmadığı hususu, alacaklı ve borçlu bakımından farklı şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla icra hukukunda icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun aranıp aranmaması noktasında İİK'da birlik söz konusu değildir. Ayrıca icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun aranmaması, taleple bağıllık ilkesine de aykırılık oluşturur. Ancak icra tazminatına hükmedilmesi için talep koşulunun aranmaması bakımından kanun koyucunun birtakım gerekçeleri bulunabilir. Nitekim icra hukukunda da taleple bağıllık ilkesinin uygulanmadığı durumlar mevcuttur. İcra tazminatına ilişkin hükümler bakımından da bu ilkenin uygulanmaması yoluna gidilecekse, İİK'da icra tazminatına ilişkin hükümler arasında birliğin sağlanması yerinde olacaktır. Böylece İİK'daki icra tazminatına ilişkin düzenlemelerde, icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun gerekli olup olmadığı hususundaki tartışmalara gerek kalmayacaktır. Aynı zamanda talep koşulunun aranıp aranmaması bakımından taraflar arasında meydana gelebilecek eşitsizlik ihtimali de ortadan kalkacaktır. Yine icra tazminatına hükmedilebilmesi için talep koşulunun aranması durumunda da, bu talebin yapılış zamanının HMK md. 141 gereği iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının başladığı zaman ile sınırlandırılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akil**, Cenk: “İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 317-337.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar-Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.
- Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar-Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: İcra ve İflâs Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018. (Kısaltma: Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, İcra ve İflas Hukuku)
- Atalı**, Murat/**Ermenek**, İbrahim/**Erdoğan**, Ersin: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2018.
- Deynekli**, Adnan/**Kısa**, Sedat: İtirazın İptali Davaları, İcra İnkâr ve Kötüniyet Tazminatı, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Ercan**, İbrahim: “Bir Yargıtay Kararı Işığında İcra ve İflâs Kanunu Madde 170’de Düzenlenen Kötü Niyet Tazminatı Hakkında Bazı Düşünceler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 2015, s. 2207-2219.
- Erdönmez**, Güray: Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Grunsky**, Wolfgang/**Jacoby**, Florian: Zivilprozessrecht, 15. überarbeitete Auflage, München 2016.
- Hanağası**, Emel: Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016.
- Karşlı**, Abdurrahim: Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK hükümlerine göre Yargıtay Kararları işlenmiş ve gözden geçirilmiş 2. baskı, İstanbul 2011.
- Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası (www.kazanci.com.tr).
- Kuru**, Baki: “İcra İnkâr Tazminatı”, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul 1968, s. 725-765.
- Kuru**, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara 2013. (Kısaltma: Kuru, El Kitabı)
- Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi** (www.lexpera.com.tr).
- Meriç**, Nedim: Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde), Ankara 2011.

- Muşul**, Timuçin: İcra ve İflâs Hukuku C. I, Güncellenmiş Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2013.
- Özekes**, Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Pekcanitez**, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2016.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin-Özkan**, Meral/**Özekes**, Muhammet: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2015.
- Postacıoğlu**, İlhan E.: “İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafî Noktalar”, BATİDER, C. IX, S. 4, Y. 1978, s. 951-970.
- Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, 17. neu bearbeitete Auflage, München, 2010.
- Stahelin**, Adrian/**Stahelin**, Daniel/**Grolimund**, Pascal: Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2. Auflage, Zürich 2013.
- Sutter-Somm**, Thomas/**Arx**, Gregor von: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger), Zürich, 2013.
- Tanrıver**, Süha: Medenî Usûl Hukuku C.I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Ankara 2016.
- Uyar**, Talih/**Uyar**, Alper/**Uyar**, Cüneyt: Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, Genişletilmiş ve Yeniden Yazılmış 4. Baskı, Ankara 2015.
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.1 (1-70), 3. Baskı, Ankara 2017.
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C.2 (71-224), 3. Baskı, Ankara 2017.
- Yılmaz**, Ejder: “İcra Tazminatı”, Haluk Konuralp Anısına Armağan C. II, Ankara 2009. (Kısaltma: Yılmaz, İcra Tazminatı)
- Zeiss**, Walter/**Schreiber**, Klaus: Zivilprozessrecht (10. Neubearbeitete Auflage), Tübingen 2003.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Article
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
Karş	: Karşılaştırınız
md.	: madde
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
s.	: sayfa
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

UÇUŞUN İPTALİNE VE UZUN GECİKMESİNE SEBEBİYET VEREN “OLAĞANÜSTÜ HALLER”DE SORUMLULUKTAN KURTULMA

DOI: 10.33717/deuhfd.567600

Dr. Öğr. Üyesi İlknur SERDAR*

Öz

261/2004 sayılı Tüzük, Avrupa Birliği (AB) bakımından, uçağa kabul etmeme, uçuşun iptali veya uzun gecikmesi hallerinde havayolu yolcusunun asgari haklarını düzenlemektedir. 261/2004 sayılı AB Tüzüğü 5/3 maddesinde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin uçuşun iptaline tüm makul tedbirleri almış olsaydı da kaçınamayacağı olağanüstü hallerin neden olduğunu ispatlarsa, hukuki sorumluluktan kurtulabileceğini düzenlemiştir. Tüzüğün 5/3 maddesi, havacılık sektörünün aktörlerinden hukukçulara kadar pek çok kişi tarafından eleştirilmiştir. Tüzüğün 5/3 maddesi anlamında “olağanüstü haller” ve “tüm makul tedbirler” kavramı uygulamada bazı sorunlara yol açmıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), bu Tüzük bakımından nihai yorum makamı olarak görev üstlenmektedir. ABAD birçok davada olağanüstü haller kavramı ve tüm makul tedbirler kavramını yorumlamıştır. Ülkemizde de havayoluyla seyahat eden yolcuların hakları, AB'nin 261/2004 sayılı Tüzüğü esas alınarak Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelikle düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu çalışmada olağanüstü haller nedeniyle uçuşun iptali veya uzun gecikmesi hallerinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluktan kurtulması, Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik, 261/2004 sayılı AB Tüzüğü ve ABAD Kararları kapsamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Havayolu yolcusunun hakları, uçuşun uzun gecikmesi, uçuşun iptali, olağanüstü haller, makul tedbirler

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: ilknur.serdar@deu.edu.tr) (ORCID: 0000-0003-2790-677X) (Makalenin Geliş Tarihi: 01.04.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 03.04.2019-03.04.2019/Makale Kabul Tarihleri: 15.04.2019-10.04.2019)

EXCLUSION OF LIABILITY IN THE CANCELLATION AND LONG DELAY OF FLIGHT CAUSED BY “EXTRAORDINARY CIRCUMSTANCES”

Abstract

Regarding European Union, Regulation (EC) No 261/2004 regulates the minimum rights of an air passenger in the event of denied boarding, cancellation or long delay of flights. Article 5/3 of the Regulation (EC) No 261/2004 enacts that air carrier can be excluded from civil liability, if it can prove that the flight is cancelled caused by extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken. Article 5/3 of the Regulation has been criticized by many people including the actors in the airline industry and lawyers. In the meaning of Article 5/3 of the Regulation (EC), the concepts of “extraordinary circumstances” and “all reasonable measures” has caused some problems in practice. Court of Justice of the European Union (CJEU) takes in charge as the final interpretation authority in terms of the Regulation. The CJEU interpreted the concepts of “extraordinary circumstances” and “all reasonable measures” in many cases. In Turkey air passenger rights have been also regulated by the Regulation Rights of the Passengers by Air on the basis of the Regulation (EC) No 261/2004. Therefore, in this study, the exclusion from liability of air carrier in the event of cancellation or long delay of flight caused by the extraordinary circumstances will be examined within the Regulation Rights of the Passengers by Air, the Regulation (EC) No 261/2004 and Decisions of the CJEU.

Keywords

Air passenger rights, flight long delay, cancellation of flight, extraordinary circumstances, reasonable measures

GİRİŞ

Uçuşların iptal ya da gecikmelerinde ve uçuşa kabul edilmeme durumlarında yolculara bir takım haklar sağlayan 261/2004 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü¹ 17.02.2005 tarihinde Avrupa Birliğinde² yürürlüğe girmiştir. Tüzük, yürürlüğe girmesiyle birlikte birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Tüzüğe yapılan eleştiriler, çok karışık ve anlaşılamayan bir dil kullanmış olması ile düzenlemede yer alan kavramların açık olmaması, yorumu gerektirmesi noktasında yoğunlaşmıştır³. Tüzüğün düzenleme konusu olan yolcu hakları hususunda çıkan ihtilaflarda, Birlik ülkelerinin mahkemeleri, ihtilafın çözümünde Tüzük hükümlerini kullanırken, kavramları yorumlamak durumunda kalmışlardır. Mahkemeler arasındaki yorum farklılığı, aynı türdeki ihtilaflarda farklı hukuki çözümleri beraberinde getirmiş olup, bu durum, hukuk güvenliği ve yeknesaklığı açısından eleştiri konusu olmuştur. Birlik ülke mahkemeleri, Tüzükte yer alan düzenlemelerde yoruma ihtiyaç duyduklarında yeknesaklığı sağlamak maksadıyla, konuyu, ön karar başvurusu yoluyla ABAD’na götürmüşlerdir. Bu nedenle, Tüzükle ilgili olarak ABAD’nın birçok kararı bulunmaktadır⁴.

Tüzükte en çok tartışma yaratan düzenlemelerden biri de; uçuş iptali durumunda yolculara karşı sorumlu olan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödeme sorumluluğundan kurtulmasına imkân veren 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan hükümdür⁵. Hüküm, olağanüstü hallerin

¹ Die Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, (ABl L 46 17.2.2004 s. 1), (Tüzük olarak anılacaktır).

² Tüzük 1999 yılındaki İsviçre ve AB arasında Hava Taşımacılığı Hakkındaki Anlaşma çerçevesinde alınan kararla 01.12.2006 tarihinden itibaren İsviçre’de de yürürlüktedir (**Kost**, Albert: Geltungsbereich der Passagierrechtsverordnung (EG) 261/2004 aus Schweizer Sicht, SVLR-Bulletin 144/2012, s. 20; **Ebinger**, Christoph: Zivilrechtliche Haftung des Luftfrachtführers im Personentransport-Unter besonderer Berücksichtigung der Beförderung von Personen durch ferngesteuerte Luftfahrzeuge, Zürich 2012, s. 63).

³ **Hempel**, Heinrich: Passagierrechte und Rechtsstaat: Einige grundsätzliche Gedanken zur Verordnung (EG) Nr. 261/2004 und zu ihrer Anwendung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, SVLR-Bulletin 144/2012, s. 36, 48; **Schmid**, Roland: Irrungen und Wirrungen bei Anwendung der Fluggastrechte-Verordnung, VuR 2012, s. 461; **Bartlik**, Martin: Der “aussergewöhnliche Umstand” nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Wallentin-Herrmann gegen Alitalia, RRa 6/2009, s. 272, s. 278.

⁴ **Schmid**, VuR 2012, s. 462; **Hempel**, s. 36.

⁵ Blankenbug, 2015 yılı itibariyle bu hükümlerle ilgili yayınlanmış 170 karar olduğundan bahsetmektedir (**Blankenburg**, Daniel: 10 Jahre Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 261/2004-

iptale neden olması durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemekle sorumlu tutulmayacağını düzenlemiştir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, sorumluluktan kurtulmak için oluşan olağanüstü hal-lerin yanında makul olan tüm tedbirleri alsa da bunu önleyemeyeceğini de kanıtlamak zorundadır. Tüzükte bu sorumluluktan kurtulma imkânı düzenlenmiş olmakla birlikte, sorumluluktan kurtulmaya imkân veren olağanüstü hal kavramı tanımlanmamıştır. Tüzükteki bu düzenleme kapsamında, olağanüstü hal kavramı, hangi olayların olağanüstü hal kavramı içinde değerlendirileceği, olağanüstü halin mevcudiyeti durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin bunu önlemek için alması gereken makul tedbirlerden ne anlaşılması gerektiği gibi hususlar açıklığa kavuşturulmaya muhtaçtır.

Tüzükte, uçuş gecikmelerinde yolcuların hakları düzenlenirken, bu durum için bir tazminat hakkı öngörülmemiştir. Bununla birlikte, ABAD, 19.11.2009 tarihinde 3 saati geçen uzun gecikmelerde yolcuların durumlarının iptalden farklı olmaması nedeniyle, yolculara iptalde olduğu gibi tazminat ödenmesine karar vermiştir⁶. Bu kararı sonradan 23.10.2012 tarihli

bisherige und aktuelle Probleme im Rahmen der aussergewöhnlichen Umstände, RRA 4/2015, s. 162).

⁶ 19.11.2009 C-402/07 Sturgeon vd./Condor (NJW 2010, s. 43 vd.); İsviçre’de Tüzük geçerli olsa da ABAD kararları bağlayıcı olmadığından (ABAD kararlarının 1999 yılındaki İsviçre ve AB arasında Hava Taşımacılığı Hakkındaki Anlaşma çerçevesinde nasıl bağlayıcı olacağı hususunda bakınız **Dettling-Ott, Regula/Hochstrasser, Michael: Vogelschlag als “aussergewöhnlicher Umstand” im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, SVLR-Bulletin 149/2017, s. 64 vd)**; İsviçre’de uzun gecikmelerde (3 saat ve üzeri) tazminat hakkı tanınmamaktadır (**Dettling-Ott/Hochstrasser, s. 65-66**); Ayrıca, kuvvetler ayrılığı prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, yargının kanun koyucu yerine geçip kural koyamayacağı noktasında 19.11.2009 C-402/07 sayılı Sturgeon vd./Condor kararının eleştirisi için bakınız **Hempel, s. 49 ve 53-57**; aynı yönde **Sirmen, Kazım Sedat: Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 11 Şubat 2004 Tarihli ve 261/2004 Sayılı Tüzük’ünün 2(L), 5, 6 ve 7. Maddelerinin Yorumlanmasına İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Tarafından Verilen Sturgeons V. Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) ve Böck-Lepuschitz V. Air France Sa (C-432/07) Ön Karar Davası Kararı ve Kararın Değerlendirilmesi, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2014, s. 207-208**; T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü’nün 02.09. 2015 tarih ve 98063956-090.99/E.1234 sayılı Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi uzun gecikmelerin iptal olarak değerlendirileceğini düzenleyerek, tazminat hakkı sağlamıştır. (http://web.shgm.gov.tr/documents/sivil_havacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/Yolcu_Haklari_2015.pdf) (E.T.27.03.2019). Genelgenin bu hükmünün, yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince bu değişikliğin yönetmelikle yapılması gerekçesiyle Danıştay’da iptali dava edilmiştir. 2015/4595 Esas sayılı bu dava kapsamında Danıştay 10. Dairesi, 17.05.2016 tarihinde Genelgenin Genel Prensipler başlıklı birinci bölümünün 9. maddesi hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Bu karara ilişkin yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 21.12.2016 tarih 2016/1226 sayılı Kararla yürütmeyi durdurma kararına ilişkin

ABAD kararları⁷ takip etmiştir. Uzun gecikmelerde yolculara tazminat hakkının ABAD kararlarıyla tanınması, bir başka soruyu gündeme getirmiştir. Bu gecikmelerin olağanüstü hal nedeniyle oluşması durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuş iptallerinde olduğu gibi sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olacak mıdır, bir başka deyişle, iptali düzenleyen Tüzüğün 5.maddesinin 3. fıkrası hükmü uzun gecikmeler için de uygulanacak mıdır?

Tartışılan ve açıklığa kavuşmaya muhtaç bu hususlar içtihatlar yoluyla özellikle de ABAD kararları ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Ayrıca, açık olmayan ve tartışmalara sebepiyet veren Tüzüğün değiştirilmesi için 2013 tarihinde Avrupa Komisyonu bir Teklif⁸ sunmuş olup, Komisyonun Tüzük değişikliğine dair Teklifi hâli hazırda yürürlüğe girmemiştir. Tüzükte değişiklik yapılamamış olması nedeniyle, Tüzük hükümlerini açıklığa kavuşturma ve yeknesak uygulama sağlamak açısından Avrupa Birliği 2016 yılında Tüzüğün Yorumu için Rehber İlkeler⁹ yayınlamıştır. Hem Tüzük değişikliğine ilişkin çalışmalarda hem de Tüzüğün yorumlanması için çıkarılmış olan Kılavuzda yukarıda ifade etmiş olduğumuz sorumluluktan kurtulma nedeni olarak düzenlenen olağanüstü hallere ilişkin düzenlemelerin açıklığa kavuşturulması için de kurallar yer almaktadır.

Hukukumuzda Tüzükle aynı paralelde uçuşların iptal ya da gecikmelerinde ve uçuşa kabul edilmeme durumlarında yolculara haklar sağlayan Yönetmelik¹⁰, 01.01.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik hüküm-

itirazi reddetmiştir. Hukukumuz açısından uzun gecikmelerde yolcuların bir tazminat hakkı bulunmamaktadır.

⁷ 23.10.2012 C-581/10 Nelsson u.a/Lufthansa Kararı, C-629/10 TUI Travel u.a/Civil Aviation Authority Kararı (ECLI: EU: C:2012:657).

⁸ Vorschlag für eine Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und der Verordnung (EG) Nr.2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr, COM (2013) 130 final vom 13.3. 2013.

⁹ Leitlinien für die Auslegung der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und der Verordnung (EG) Nr.2027/97 des Rates über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen in der Fassung der Verordnung (EG) Nr. 889/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates, (ABI C 214 15.06.2016 s. 5), (Kılavuz olarak anılacaktır).

¹⁰ Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-YOLCU), RG 03.12.2011, S. 28131, (Yönetmelik olarak anılacaktır).

leri, Tüzükle paralel hükümler¹¹ içermesi nedeniyle hukukumuz açısından da Avrupa Birliğinde Tüzük hükümlerinin açıklığa kavuşturulmasına ilişkin yaşanan sıkıntılar aynen mevcuttur. Bu nedenle, biz çalışmamızda; Yönetmelik ve hukukumuz için de yol gösterici olacağı için Tüzüğün söz konusu hükümleri konusundaki içtihatlar, doktrindeki tartışmalar ve Tüzüğün değiştirilmesi çalışmaları kapsamında yapılan düzenlemeler çerçevesinde “olağanüstü hal¹²” kavramından ne anlaşılması gerektiği, olağanüstü halin varlığı halinde sorumluluktan kurtulmanın nasıl ve hangi kapsamda mümkün olacağı gibi tartışma yaratan hususları, açıklığa kavuşturmaya gayret edeceğiz.

I. SORUMLULUKTAN KURTULMA ŞARTLARI

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, Tüzük kapsamında, yolcuya karşı bir yükümlülüğünün bulunması durumunda, olağanüstü hallerin mevcudiyeti halinde bundan kurtulacağı hususu, Tüzüğün 14 nolu gerekçesinde yer almaktadır. Tüzüğün 14 nolu gerekçesinde, Montreal Anlaşmasında olduğu gibi tüm makul tedbirler alınmış olsaydı da kaçınılamayacak olan olağanüstü hallerin sebep olduğu durumlarda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yükümlülüklerinin sınırlandırılması veya ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Devamında ise böyle hallerin, özellikle, politik istikrarsızlıklarda, ilgili uçuşun yapılmasıyla bağdaşmayan hava şartlarında, güvenlik risklerinde, beklenmeyen uçuş emniyeti noksanlıklarında ve ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini etkileyen grevlerde ortaya çıkabileceği, ifade edilmiştir¹³.

Tüzüğün 15 nolu gerekçesinde ise; ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin gecikmeyi veya iptali engellemek için tüm makul tedbirleri almasına rağmen, hava trafik yönetiminin belirli bir gündeki münferit bir uçak ile ilgili kararı; söz konusu uçağın, bir veya daha fazla uçuşunun, uzun gecikmesi veya bir sonraki güne kadar gecikmesi ya da iptali sonucunu doğuyorsa, bunun bir olağanüstü hal olduğu belirtilmiştir¹⁴.

¹¹ Yönetmeliğin 3. maddesinde, Yönetmeliğin, Avrupa Birliğinin 11/2/2004 tarihli ve (EC) 261/2004 sayılı Tüzüğüne paralel olarak hazırlandığı, hükmüne bağlanmıştır.

¹² Tüzük'te Almanca olarak “*aussergewöhnliche Umstände*”, İngilizce olarak “*extraordinary circumstances*” şeklinde ifade edilmiş; Yönetmelik'te ise “olağanüstü haller” terimi tercih edilmiştir. Biz çalışmamızda Yönetmelik'teki terimi kullanacağız.

¹³ Tüm sayılan olayların ortak noktası, bunların, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluk ve risk alanında bulunmamasıdır. **Bosch**, Andreas/**Lorz**, Sigrid: Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Haftung von Fluggesellschaften im Rahmen der Fluggastrechtereordnung, NVZ 2013, s. 106; **Bartlik**, s. 274.

¹⁴ Bu durumda burada sadece makul karşı tedbirler yoluyla illiyet bağının kesilemeyeceği, zorunlu olarak iptal veya gecikme sonucunu doğuracak haller yer almaktadır, (**Bosch**/

Tüzükte sadece iptali düzenleyen 5. maddenin 3. fıkrasında; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tüm makul tedbirleri almış olsaydı da engelleyemeyeceği olağanüstü hallerin iptale sebep olduğunu kanıtlayabilirse, 7. maddeye göre ifası gereken tazminatı ödemekle yükümlü olmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu madde dışında, Tüzükte, olağanüstü hallerin sorumluluktan kurtuluş sebebi olmasına dair bir hüküm mevcut değildir. Tüzüğün 14 ve 15 nolu gerekçeleri ile 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeler değerlendirilerek sorumluluktan kurtulma için kural olarak iki şartın mevcudiyeti gerekli görülmüştür¹⁵. Bunlar, iptale ya da gecikmeye neden olan bir olağanüstü halin mevcudiyeti ve makul tedbirlerin alınmış olmasıdır.

Hukukumuz açısından da durum farklı değildir. Olağanüstü haller, Yönetmeliğin 4. maddesinin 2. fıkrasında, Tüzüğün 14 nolu gerekçesinin 2. cümlesine paralel şekilde ifade edilmiştir. Yönetmeliğin iptali düzenleyen 6. maddesinin 4. fıkrasında ise, Tüzüğün 5. maddesinin 3. fıkrası paralelinde bir düzenleme yapılmıştır.

A. Uçuşun İptali ya da Uzun Gecikmesine Neden Olan Bir Olağanüstü Hal

1. Kavram

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluktan kurtulması için ilk şart, iptal veya gecikmeye neden olan olay ya da durumun olağanüstü hal niteliğinde olmasıdır. Olağanüstü hal kavramı, Tüzükte ne 14 ve 15 nolu gerekçelerde ne de Tüzüğün 5. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanmıştır. Tüzüğün 14 nolu gerekçesinin 2. cümlesinde örnekleyici¹⁶ olarak bir takım olay ve durumlar olağanüstü hal olarak sayılmakla yetinilmiş olduğu için uygulamada ve doktrinde olağanüstü hal kavramından ne anlaşılması gerektiği, bir olay ya da durumun olağanüstü hal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespitinde hangi kriterlerin dikkate alınması gerektiği, tartışmalara neden olmuştur¹⁷.

Lorz, s. 106; **Sendmeyer**, Stefanie: Alle Jahre wieder: Europäische Fluggastrechte im Schneechaos, NJW 2011, s. 811); Kılavuz 15 nolu gerekçeye göre uçuş trafik yönetiminin kararında olduğu gibi, belirli olağanüstü hallerin varış yerinde iptal veya gecikmeden daha fazla etkileri olabileceğini ifade edilmiştir. (ABI C 214 15.06.2016, s. 16.).

¹⁵ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 19 (NJW 2009, s. 348); **Wiede**, Andreas: Reiserecht Schweizer Handbuch zu den Verträgen über Reiseleistungen, Zürich 2014, Kn. 275.

¹⁶ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 22 (NJW 2009, s. 349).

¹⁷ **Wienbracke**, Mike: 10 Jahre EuGH-Rechtsprechung im Kontext der Fluggastrechtverordnung, EuZW 2016, s. 54; **Hoffmann**, Henning/**Scheu**, Rebeca-Sophia: Fluggastrechte auf dem Prüfstand, VuR 2015, s. 373.

Olağanüstü hal kavramının açıklığa kavuşturulması ihtiyacı, Hukukumuz için de geçerlidir. Yönetmeliğin “Tanımlar” başlığını taşıyan 4. maddesinin 3 bendinde olağanüstü haller düzenlenmiştir. Bu hüküm incelendiğinde düzenlemenin bir tanımlama olmadığı, Tüzüğün 14 nolu gerekçesinin 2. cümlesine paralel olarak, olağanüstü hal kavramı içinde değerlendirilecek bir takım olay ve durumların örnekleyici şekilde sayılmasından ibaret olduğu görülmektedir. Yönetmeliğin iptali düzenleyen 6. maddesinin 4. fıkrasında da olağanüstü hallerin tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıracağına ilişkin bir hüküm yer almakta, fakat olağanüstü haller tanımlanmamaktadır.

Olağanüstü haller kavramının yorumlanmasında Birlik içinde yeknesak bir uygulamanın sağlanması amacıyla ABAD -ilke kararı olarak-, eğer bir olay; hava taşıma işletmesinin faaliyetlerinin normal icrası içinde yer almıyor ve niteliği veya oluşum sebebi gereği uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından da fiilen kontrol edilemiyorsa, olağanüstü hal olarak kabul edileceğine karar vermiştir¹⁸. Buna göre, bir olayın, olağanüstü hal olarak nitelendirilmesi için iki şartın oluşması gereklidir. Bunlardan ilki, söz konusu olayın, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal icrası içinde yer almaması, ikincisi ise, olayın doğası ya da sebebi dolayısıyla uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından kontrol edilemez, olmasıdır. Bu iki şartında da bir arada oluşması gerekir¹⁹.

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal icrası içinde yer almama: hava taşıma işletmesinin faaliyetinin (organizasyon, edim borcu alanı vb) olağan şekilde yerine getirilmesi içinde sayılmayan durumlardır. Hava trafiğinin alışılmış, beklenebilir işleyişinin dışına çıkan bir olay olması, gerekir. Bu nedenle, bir uçuşun icrasında tipik olarak hesap-

¹⁸ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 23, no 26 no 34 (NJW 2009, s. 349) ve onu onaylayan ABAD kararları 19.11.2009 C-402/07 Sturgeon vd./Condor no 70-72 (NJW 2010, s. 47), 14.11.2014 C-394/14 Siewert/Condor no 18 (ECLI: EU: C:2014:2377), 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 36 (ECLI: EU: C:2015:618), 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no. 22, no. 24 (ECLI: EU: C:2017:342), 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., no 29 (ECLI: EU: C:2013:43), 17.04.2018 C-195/17 vd. Krüsemann vd./TUfly no 32 (ECLI: EU: C:2018:258); kararın, belirsiz bir hukuki kavram olan olağanüstü hal kavramını, diğer belirsiz kavramlarla açıklaması ve ulusal mahkemelerin, kavramı yeknesak şekilde yorumlayıp, uygulaması açısından işini zorlaştırdığı yönündeki eleştiri için bakınız **Bosch/Lorz**, s. 106.

¹⁹ Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 16); 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 23 (NJW 2009, s. 349); Hukuk Sözcüsü Yves Bot’un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, no 26 (ECLI: EU: C:2016:623); **Wienbracke**, s. 54; **Schmid**, Fluggastrechte-Verordnung, 2018, Kn. 27; **Marti**, Urs: Fluggastrechte gemäss der Verordnung (EG) Nr.261/2004, Zürich 2017, s. 189.

lanması gereken durumların dışında olmalıdır. Bunlar, havayoluyla yolcu taşımacılığının seyriyle bağdaşmayan ya da bağdaşamayan, onun haricinde oluşan hallerdir²⁰. Hava taşımacılığına ait olmayan, bilakis kural olarak, her zaman dışarıdan gelip, oluşan bu haller, onun düzgün ve planlandığı şekilde yapılmasını engelleyen veya imkânsız hale getirebilen olaylardır²¹. Eğer, bir uçuşun yapılması sırasında beklenebilir, alışılmış, hesap edilmesi gereken bir olaydan söz ediyorsak, bu olay, olağanüstü olmadığı gibi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluk ve risk alanı içinde bulunmaktadır²².

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından kontrol edilemez olma: Bir iptalin ya da gecikmenin sebebini oluşturan olayın, tamamıyla, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine, uçuşun yapılmasına dışardan etki eden²³, onun etki edemediği ve onun tarafından kontrol edilemeyen²⁴ bir olay

²⁰ **Marti**, s. 185.

²¹ **Blankenburg**, s. 162.

²² Yolcunun hastalanması veya ölmesi, tartışmalı olmakla birlikte, bunlar bir işletme riski içinde değil, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin etki edemeyeceği genel yaşam riski içinde yer aldığından, yolcunun uçuş öncesi veya uçuş esnasında hastalanması veya ölmesi, olağanüstü hal olarak, kabul edilmektedir (**Woitkewitsch**, Christopher: Rechte des Fluggasts bei Flugannullierung und -verspätung, MDR 4/2012, s. 194; **Bosch/Lorz**, s. 107; **Marti**, s. 216; **Blankenburg**, s. 170 ve dn 103 deki kararlar); Aksi yöndeki görüş, (**Schmid**, Kn. 117-118); Mürettebatın hastalanması ise, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin işletme riski içinde değerlendirilerek, olağanüstü hal sayılmamaktadır (**Marti**, s.215; **Hoffman/Scheu**, s. 375; **Bosch/Lorz**, s. 107; **Woitkewitsch**, s. 194; **Blankenburg**, s. 170 ve dn 107 deki kararlar).

²³ Tüzük 14 nolu gerekçede sayılan olayların, ortak noktası, bunların, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluk ve risk alanında bulunmamalarıdır. **Bosch**, s. 106; **Bartlik**, s. 274; **Marti**, s. 187.

²⁴ Bu anlamda, yolcunun uçuş korkusu sebebiyle uçağı terk etmesi, bir olağanüstü hal olarak düşünülebileceği, çünkü yolcuyu uçağı terk ettirecek yoğunlukta korku duygusu halinin, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kontrol edebileceği bir durum olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, uçuş korkusunun sebebi, uçağın çok uzun süren tamiri gibi uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinden kaynaklanırsa, bu kabul edilemez (**Schmid**, Kn. 92); Bunun gibi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kendisinin yapmadığı güvenlik kontrolünün, gümrük işlemlerinin, pasaport işlemlerinin uzun sürmesi nedeniyle yaşanan gecikme durumu da uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kontrolü dışındadır (**Schmid**, Kn. 100a, 101); Uçaktaki agresif davranışlar sergileyen bir yolcu nedeniyle zorunlu iniş yapmak da olağanüstü durum sayılmaktadır. Alkol, uyuturucu vb sebeplerle agresif davranışlar sergileyen bir yolcu varsa, sivil havacılık kurallarına göre kabin personelinin uçakta böyle bir rahatsızlığa müdahale edememesi nedeniyle, bu durum, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kontrolü dışındaki olay olarak kabul edilmektedir. Fakat hafif alkollü olan yolcuya alkol verilmeye devam edilmesi veya biniş sırasında yolcunun bu durumu tespit edilmesine rağmen, uçağı alınması durumları hariçtir (**Schmid**, Kn. 121-122).

olmasıdır²⁵. Bu noktada, sübjektif olarak öngörülebilir olmaması ya da önlenilebilir olmaması önem arz etmemektedir²⁶.

Olağanüstü hal niteliğindeki olayın, iptal veya gecikme yaşanan uçuşla ilgili olması, yani o uçuş sırasında meydana gelmiş olması gerekir. Bununla birlikte, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçaklarını daha verimli kullanmak için aynı uçakla, bir günde birçok uçuş yapmaktadır²⁷. Bu nedenle, uçağın uçuş seferleri içindeki bir uçuşunda meydana gelen olağanüstü hal nitelikli bir olay, uçağın yapacağı sonraki uçuş seferinde gecikmeye veya iptale yol açabilmektedir. Böyle bir durumda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, gecikme veya iptal edilen uçuşta, bir önceki uçuşta meydana gelmiş olan olağanüstü hale dayanabilecek midir²⁸? Bu husus tartışmalıdır²⁹. ABAD C-22/11 sayılı Finnair kararında³⁰ belirli bir gündeki seferler için

²⁵ **Bartlik**, s. 274-275; **Schmid**, Kn. 28.

²⁶ Kontrol edilmezlik, tarafların sorumluluk ve risk alanlarında olup olmama kriterine göre belirlenmektedir (**Marti**, s. 188; **Bartlik**, s. 274; **Hoffmann-Grambow**, Jakob: Der Einsatz eines Ersatzflugzeugs als "zumutbare Massnahme" im Sinne von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 261/2004?, RRa 5/2013, s. 216); aksi görüş, sübjektif olarak öngörülemezlik ve kaçınılmazlık kriterinin uygulanmasını savunuyor (**Wiede**, Kn. 277; **Müller-Rostin**, Wolf: Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes i.S. Wallentin-Hermann gegen Alitali, NZV 2009, s. 432; **Hempel**, s. 52).

²⁷ **Blankenburg**, s. 167-168; **Schmid**, Roland: Die "Unvollendete": Zehn Jahre Fluggastrechte-Verordnung, NJW 2015, s. 514.

²⁸ Tüzüğün 15 nolu gerekçesinde, bir uçak hakkında hava trafik yönetiminin aldığı kararın, bu uçak ile yapılacak diğer uçuşların iptal veya gecikmesine sebep olması, olağanüstü hal olarak nitelendirilmiş olmakla birlikte; Tüzüğün 14 nolu gerekçesinde yer alan olağanüstü hallerin önceki uçuşta yaşanması durumunda, o uçakla yapılacak sonraki uçuşlar için bu olağanüstü hallere dayanılıp dayanılamayacağı düzenlenmemiştir.

²⁹ BGH 12.06.2014 tarihli iki kararında; önceki uçuştaki olağanüstü hali kabul etmiştir. (naklen **Schmid**, NJW 2015, s. 514); Bkz. **Marti**, s. 225 dn 1510 ve 1511 mahkeme kararları; önceki uçuştaki olağanüstü halin, takip eden uçuşlar için sorumluluktan kurtuluş sebebi oluşturmayacağı yönündeki görüşler için bakınız **Woitkewitsch**, s. 194; **Schmid**, NJW 2015, s. 514; **Blankenburg**, s. 168.

³⁰ Dava konusu olayda; İspanya'dan Finlandiya'ya yapılacak uçuş, Barcelona'daki havaalanı personelinin grevi nedeniyle iptal edilmek zorunda kalmıştır. Bu uçuştaki yolcular, mümkün olduğunca hızlı şekilde Finnair tarafından takip eden uçuşlara aktarılmıştır. Bu aktarılan yolculardan biri olan Tim Lassooy, Finnair'den tazminat talep etmiştir. Finlandiya Mahkemesi, ABAD'ye, uçağa kabul etmemenin sadece fazla bilet satılması durumunda mı yoksa başka sebeplerle de olup olamayacağını sormuştur. ABAD, sadece fazla bilet satılması halinde değil, yolcunun sorumlu olmadığı, diğer işletmesel sebeplerle de uçağa kabul edilmemesinin oluşabileceğini tespit etmiştir. ABAD, olağanüstü hal -olayda grev- nedeniyle diğer uçuşlara aktarılmanın daha sonraki bu uçuşa kabul edilmeyen yolcunun tazminat talebinin reddi için bir sebep olamayacağı gibi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini sorumluluktan da kurtaramayacağına karar vermiştir. Mah-

bunu dikkate almıştır. Yani, önceki uçuşta yaşanan olağanüstü haller, ancak, o gün aynı uçağın sonraki seferleri için olağanüstü hal olarak kabul edilip, buna dayanılabilir. Buna göre, bir sonraki gündeki seferlerde, bir önceki gündeki uçuşta yaşanan olağanüstü hale dayanılamayacaktır³¹.

2. Olağanüstü Hal Örnekleri

Tüzükte ve Yönetmelikte (Tüzük gerekçe no 14; Yönetmelik m. 4/ğ) örnekleyici olarak sayılan olağanüstü haller içinde yer alan nitelikte bir olayın meydana gelmesi, otomatik olarak söz konusu olaya, olağanüstü hal niteliği vermeyeceği gibi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini de sorumluluktan kurtarmaz, aksine, örnek olarak sayılan olaylardan da olsa, somut durumun özellikleri dikkate alınarak, olağanüstü hal için gerekli unsurların oluşup oluşmadığı incelenerek, karar verilmesi gerekir³².

Tüzük ve Yönetmelikte sayım örnekleyici nitelikte olduğu için bunların dışında da olağanüstü hal niteliğinde olaylar söz konusu olabilir. Kural, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluğu olup; istisna, olağanüstü hallerde sorumluluktan kurtulma imkânıdır. Tüzüğün yolcuların korunması amacı içerisinde; bir tazminatın ödenmesi ilkesinin, istisnasını oluşturduğu için ve istisna niteliğindeki hükümlerin dar yorumlanması ilkesi gereğince, olayın, olağanüstü hal niteliği belirlenirken yapılacak olan yorumun, dar olması gerektiği kabul edilmektedir³³.

Biz, aşağıda Tüzük ve Yönetmelikte olağanüstü hal olarak örnekleyici şekilde sayılan olaylar başta olmak üzere, hava taşımacılığında sıklıkla karşılaşılan olayların, olağanüstü hal niteliğinde olup olmadığını incelemeye çalışacağız.

kemeye göre; tazminat ödemekten kurtulma sadece olağanüstü hal nedeniyle iptal edilen uçuş içindir ve tazminattan kurtulmayı sağlayan böyle olağanüstü haller belirli bir gündeki uçağa ilişkin olmalıdır. 04.10.2012 Finnair/Timy Lassooy (ECLI: EU: C:2012:604).

³¹ **Wiede**, Kn. 279.

³² **Heinrich**, Ulrike; *Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union*, Zürich, 2017, s. 317; Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016), s. 16; 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 22 (NJW 2009, s. 349); 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUifly no 34 (ECLI: EU: C:2018:258); **Schmid**, Kn. 25; **Wiede**, Kn. 279.

³³ **Wienbracke**, s. 54; **Wiede**, Kn. 279; **Schmid**, Kn. 28; **Heinrich**, s. 317; **Sendmeyer**, s. 811; Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 16); 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUifly no 36 (ECLI: EU: C:2018:258); 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 35 (ECLI: EU: C:2015:618); 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 17, no 20 (NJW 2009, s. 348-349) ayrıca kararda, Tüzüğün 5/3'e göre sorumluluktan kurtuluş sebeplerinin yorumunda Montreal Sözleşmesinin etkili olamayacağına da karar verilmiştir (no 32-34, (NJW 2009, s. 349)).

a. Siyasi İstikrarsızlık

Siyasi istikrarsızlık, olağanüstü haller içinde sayılmış (Tüzük gerekçe no 14; Yönetmelik m. 4/ğ) olup, bunlara ihtilal, ayaklanmalar, savaş³⁴, terör saldırıları³⁵ gibi durumlar örnek verilebilir. Eğer, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, dünyanın belirli ülkelerindeki veya bölgelerindeki bağlantılarını iç savaş veya ayaklanmalar nedeniyle ayarlamakta zorlanıyorsa, bu, kural olarak, olağanüstü hal meydana getirir. Böyle olayların oluşumunu engellemek için makul tedbirler pek düşünülemez³⁶. Siyasi istikrarsızlığın meydana geldiği yerin uçuşun kalkış veya varış yeri olması halinde, bu, olağanüstü hal olarak kabul edilmektedir³⁷. Böyle bir durumda iptal edilen uçuşun, teorik olarak yapılabilir olup, olmadığı çok önemli değildir.

b. Hava Koşulları / Doğa Olayları

Hava koşulları, hava taşımacılığının, yani uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal icrasının içerisinde yer alır, faaliyet alanına yabancı, ekstrem durumlar değildir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuş yapılacak yer ve zaman için meteoroloji bültenleri ile de hava koşulları hakkında bilgilenmektedir. Hava koşulları, hava ulaşım sektörünün rutin işleyişi içinde yer alması nedeniyle, kural olarak, hava koşulları sebebiyle bir uçuşun iptali³⁸ ya da uzun gecikmesi olağanüstü hal olarak kabul edilmez³⁹.

Bununla birlikte, bazı durumlarda, hava koşulları, uçuşun yapılmasını etkileyecek derecede sıra dışı şekilde ağırlaşabilir. Bunlar, hava taşıma işlet-

³⁴ Körfez savaşında Irak (**Wiede**, Kn. 276).

³⁵ Örneğin; 11 Eylül 2001'de ABD'deki saldırı (**Wiede**, Kn. 276).

³⁶ **Marti**, s. 224.

³⁷ AG Hannover 10.03.2017 tarihli kararında, 2016 yılında Türkiye'deki darbe girişiminin İstanbul ve Ankara'da etkili olması nedeniyle, Antalya uçuşundaki gecikmeyi, olağanüstü hal olarak kabul etmemiştir (naklen **Schmid**, Kn. 55).

³⁸ Hava koşulları nedeniyle gecikme kısa sürmüş olsa da bu gecikmeli kalkış izni, iniş yapılacak varış havaalanının gece uçuş yasağı nedeniyle hava sahasının kapalı olduğu için uçuşun iptali sonucunu doğurabilir (**Wiede**, Kn. 278).

³⁹ **Schmid**, Kn. 56; Bunun gibi, kar ve düşük hava sıcaklığı, Kasım ayında orta Avrupa'da olağanüstü hal sayılmaz. Bununla birlikte, havaalanı kapanmış ve hiç kimse iniş ve kalkış yapamıyorsa, olağanüstü hal olması tartışmasızdır (**Schmid**, Kn. 56; **Marti**, s. 210); Yönetmelik kapsamında olmayan bir olayda, iptal nedeniyle kusura dayalı tazminat talebinde Yargıtay 11. HD 05.12.2014 tarihinde "...davacının biletli olduğu uçuşun hava muhalefeti sebebiyle iptal edildiği, davalının hava yolu taşıma işini kendisine yöneltilecek bir kusur olmaksızın iptal ettiği..." yönünde karar vermiştir. (11.HD.T. 05.12.2014, E. 2014/13775, K. 2014/19149 (www.kazanci.com.tr)) (E.T.27.03.2019)

mesinin faaliyet alanında olmadığı gibi, kontrol edilebilir de değildir⁴⁰. Bu noktada, hava taşımacılığı sektörü için beklenmeyen, alışılmamış nitelikteki hava koşulları, olağanüstü hal olarak kabul edilebilir⁴¹. Hava şartlarının uçuşu engellemesi ve emniyetli bir taşımayı imkânsız hale getirmesi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinden kaynaklanmamalıdır. Örneğin; uçuşu etkileyecek ölçüde ekstrem yüksek sıcak⁴², havaalanında hüküm süren yoğun yağış veya yoğun kar yağışı ya da çok kuvvetli rüzgâr, güvenli bir inişe izin vermiyorsa, olağanüstü hal olabilir. Kar yağışı, kural olarak, olağanüstü hal sayılmazken; yoğun bir kar fırtınası ve bunun sonucu havaalanının iniş ve kalkışlara kapatılması⁴³ ya da iniş ve kalkışların ertelenmesi⁴⁴, bu durumun havaalanındaki tüm/birçok uçuşu etkilemiş olması⁴⁵, varış havaalanına sadece bu kapatılan hava sahası üzerinden erişilebilir⁴⁶ olması halinde, olağanüstü hal olarak kabul edilmektedir. Bu durumlar, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kontrolü dışındadır⁴⁷.

Günümüz teknolojisinde uçaklar, ağır olarak nitelenecek birçok hava koşulunda, iniş ve kalkış yapabilecek niteliklere⁴⁸ sahiptir. Buna rağmen,

⁴⁰ **Bosch/Lorz**, s. 107, **Sendmeyer**, s. 811; **Marti**, s. 209.

⁴¹ **Blankenburg**, s. 166; **Sendmeyer**, s. 811; Burada kriterin, kontrol edilebilir olup olmadığı noktasında olduğuna ilişkin bakınız **Bosch/Lorz**, 108.

⁴² 47° C itibaren sıcak hava, uçuşun yapılmasını etkilemektedir. Birçok uçak üreticisi firma, 47° C itibaren gerekli itiş gücü için garanti vermemektedir.

⁴³ **Marti**, s. 211.

⁴⁴ Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 16).

⁴⁵ **Führich**, Ernst: Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr.261/2004 in der Praxis, MDR 7/2007, s. 7; Kötü hava şartlarında iniş veya kalkışı, sadece uçağın yeterli olmayan teknik standardı veya hava şartlarına yeterli olmayan hazırlık, engelliyorsa, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi sorumluluktan kurtulamaz (**Bosch/Lorz**, 108).

⁴⁶ **Schmid**, Kn. 59.

⁴⁷ Yoğun sis nedeniyle havaalanında iniş ve kalkışlar azaltılmış veya havaalanı iniş ve kalkışlara kapatılmış olup, uçuşta iptal ya da gecikme meydana gelmişse, bu da olağanüstü hal olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, söz konusu olan havaalanı sahile yakın olup, günün veya yılın belirli zamanlarında daima veya sıklıkla böyle bir sis meydana geliyorsa (Örneğin; Münih, San Fransisco ve Venedik havaalanları bu niteliktedir.), bu durum, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin dikkate alabileceği hatta dikkate almak zorunda olduğu tipik işletme riskinin gerçekleşmesi olacağından olağanüstü hal olarak kabul edilmez (**Schmid**, Kn. 59b)

⁴⁸ Uçaklarda ve havaalanlarında (Avrupa'daki uluslararası uçuşların yapıldığı havalanlarında Örneğin Frankfurt, Paris Charles De Gaulle, Londra Heathrow) bulunan CAT III sistemi, pist görüş menziline düşmesine rağmen, inişe imkân veriyor. CAT IIIa sistemi, pist görüş menzili (RVR runway visual range) asgari 700 ft (yaklaşık 200m) kadar düşse bile, iniş yapılmasına imkân vermektedir. CAT IIIb sistemi mevcutsa, bu görüş menzili 150 ft düşmektedir, yani pist görüş menzili 150 ft (yaklaşık 50 m) düşse bile iniş yapmak mümkün olmaktadır. (naklen **Marti**, s. 210 dn 1403).

hava şartları nedeniyle iptal ve gecikmeler yaşanmaktadır. Bunların çoğu, hava şartları nedeniyle hava trafik yönetiminin havaalanını kısmen veya tamamen kapatması ya da trafiği çok yoğun olan havaalanlarında iniş/kalkış arasındaki zaman aralığının⁴⁹ uzatılmasından iniş ve kalkışların sayısının azaltılmasına karar verilmesi sonucunda oluşmaktadır⁵⁰.

Uçuş yapmayı etkileyecek derecede sıra dışı olan, belirli bir ağırlıkta yaşanan doğa olayları, doğal felaketler (deprem, sel gibi), uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kontrolü dışında olup, hava taşıma işletmesinin risk alanında değil, genel yaşam riski içinde olup bunlar da olağanüstü hal olarak kabul edilmektedir⁵¹. Bu nitelikte olup, uçuş iptaline sebebiyet veren en yakın tarihli ve en bilinen doğal felaket, 2010 yılında İzlanda'da Eyjafjallajökull Volkanı'nın etkin hale gelmesidir. Eyjafjallajökull Volkanı, Mart ayından Mayıs ayına kadar etkili olmuş, püsküren küllerin oluşturduğu bulut tabakası nedeniyle 15-23 Nisan tarihleri arasında İrlanda ve Britanya'nın da dâhil olduğu Kuzey Avrupa'nın büyük kısmını kapsayan hava sahası uçuşlara kapatılmış ve 100.000'den fazla uçuşun iptali sonucu yaklaşık 10 milyon yolcu etkilenmiştir. C-12/11 sayılı ABAD karar⁵²ında bu durum, olağanüstü hal olarak kabul edilmiştir.

c. Güvenlik Riskleri ve Beklenmeyen Uçuş Emniyeti Eksiklikleri

aa. Genel Olarak

Tüzük'ün 14 nolu gerekçesinde ve Yönetmeliğin 4/ğ maddesinde sayılan haller içinde yer almaktadır. İki kavram birbirinden farklıdır.

Uçuş güvenliği (security) kavramından; sivil hava taşımasını hukuka aykırı saldırılardan korumaya hizmet eden tüm tedbirler ile personel ve fiziki kaynaklar anlaşılır⁵³. Uçuş güvenliği kapsamına; pist, apron kontrolü, hava-

⁴⁹ İnişler arasında ve kalkış ve inişler arasında en az 2 dakika olmalı. Aksi takdirde, özellikle iniş yapan uçağın kuyruk türbülansı, kalkış yapan bir uçağı etkileyebilir.

⁵⁰ **Marti**, s. 210.

⁵¹ **Bosch/Lorz**, s. 108; **Hoffman/Scheu**, s. 375.

⁵² Karara konu olayda; McDonagh, 11.02.2010 tarihinde Ryanair'e 98 Euro olan 17.04.2010 tarihli Faro (Portekiz)-Dublin (İrlanda) uçuşu için rezervasyon yaptırmıştır. 15.04.2010 tarihinde Eyjafjallajökull Volkanı uçuşlar için tehlike arz ettiğinden hava sahası uçuşlara kapatılmıştır. İrlanda hava sahası da kapatılmış olduğundan 17.04.2010 tarihli uçuş, iptal edilmiştir. McDonagh, 24.04.2010 tarihinde Dublin'e uçabilmiştir. 31.01.2013, McDonagh/Ryanair Ltd. (ECLI: EU: C:2013:43).

⁵³ **Marti**, s. 220; **Günel**, Reşat Volkan; Uluslararası Havacılık Hukuku, İstanbul 2010, s. 13, s. 144 vd; **Bal**, Ali: Uluslararası Hava Hukuku, Ankara 2019, s. 354 dn 121.

alanın korunması, yolcuların güvenlik kontrolü vb. girer⁵⁴. Güvenlik riskleri ise; uçakta kavga çıkararak veya düzene aykırı davranan sarhoş, agresif yolcuların kontrolündeki zorluklar, pistte, apronda çıkan yangın, terör saldırıları, uçağın kaçırılması teşebbüsü, bomba alarmı gibi hava taşımasını hukuka aykırı olarak dışardan tehdit eden olaylardır⁵⁵. Bunlar, doğaları veya oluş sebepleri dolayısıyla ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin rutin işleyişinin bir parçası olmayıp, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini ve uçağı dışarıdan etkilerler. Güvenlik riskleri, tipik olarak uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin risk ve etki alanı içinde olmadığından, kural olarak, bu olaylar, olağanüstü haller içine girerler⁵⁶.

Buna karşılık, *uçuş emniyeti*⁵⁷ (safety) kavramından, sivil hava taşımacılığındaki tüm katılımcılarca uçuşun, teknik ve operasyonel olarak emniyetli şekilde yapılmasını sağlamak için alınan tüm tedbirler, hava araçlarının ve ona bağlı insan gücünün lisanslandırılması ve bu işlemlerin yeknesak standartlara bağlı olarak yürütülmesi anlaşılır⁵⁸. Örneğin; yer hizmetleri bağ-

⁵⁴ **Schladebach**, Platek: Schwerpunktbereich-Einführung in das Luftrecht, JuS 2010, s. 503; **Schmid**, Ronald: Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis-Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr.261/2004, NJW 2006, s. 1844.

⁵⁵ **Schmid**, Kn. 33.

⁵⁶ **Marti**, s. 221.

⁵⁷ Schmid'e göre uçuş emniyeti ve uçağın uçuş kabiliyeti ayrı kavramlardır. Uçuş kabiliyeti; uçağın emniyetli şekilde uçabilmesini mümkün kılan teknik durumda bulunmasını ifade ederken; uçuş güvenliği; yolcuların uçakta emniyetli olabilmesi için acil durumlarda alınacak tedbirleri ve acil durumlarda yolcuların uçaktan güvenli şekilde tahliye önlemlerini kapsar. Büyük hava taşıma işletmelerinin böyle tedbirleri hazırlayan, denetleyen ve mürettebatı meslek içi kurslarla acil durumlara hazırlayan uçuş emniyeti birimi bulunur. Uçuş emniyeti kapsamına; acil durum kazağını (slide) doğru açabilme ve yolcuları güvenli tahliyesini sağlama, uçaktaki yangına müdahale etme, kabinde yaşanacak basınç kaybında acil durum uygulaması, uçuş öncesi yolculara emniyet kemeri, oksijen maskesi ve can yeleği hakkında bilgi verilmesi dâhildir. Bu nedenle, Schmid'e göre Tüzüğün 14 nolu gerekçesinde olağanüstü haller içinde sayılan “beklenmeyen uçuş emniyeti eksiklikleri” uçağın teknik eksikliğini kapsamaz (**Schmid**, NJW 2006, s. 1844; **Schmid**, Ronald: Fluggastrechte in der Praxis-Ein Überblick über Entscheidungen zur Verordnung (EG) Nr.261/2004 mit Anmerkungen, NJW 2007, s. 265; bu yönde **Führich**, MDR 7/2007, s. 7). Uçuş emniyeti eksikliklerini; uçuşun emniyetli şekilde yapılmasını negatif etkileyen tüm eksiklikler, fakat özellikle teknik eksikler olarak tanımlayan Müller-Rostin, Schmid'in uçuş emniyetini acil durumlarda alınacak tedbirlere indirgememesini ve teknik eksiklikleri bu kapsamda görmeyen görüşünü eleştiriyor (bakınız **Müller-Rostin**, Wolf: Rechtliche Unsicherheiten bei der Neuregelung von Fluggastrechten-eine kritische Würdigung der Verordnung (EG) 261/2004 und zugleich eine Erwiderung zu Schmid in NJW 2006, 1841, NZV 2007, s. 224).

⁵⁸ **Marti**, s. 221; **Bal**, s. 353 vd; **Günel**, s. 13, s. 117 vd.; **Müller-Rostin**, s. 224.

lamında hava araçlarının sürekli bakım ve kontrolü veya kış şartlarında uçakların buz çözülmesi işleminde problem ortaya çıkarsa, beklenmeyen uçuş emniyet noksanlıkları söz konusu olur. Bu tür olayların, olağanüstü hal olup olmadığına, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluk ve risk alanına girip girmediğine göre karar verilmelidir⁵⁹. Bunun için, bazı durumlarda, özellikle havaalanı işletmesinin, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin ifa yardımcısı konumunda olup olmadığına tespiti önem arz etmektedir.

Havaalanı işletmesinin uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin ifa yardımcısı⁶⁰ olduğu kolaylıkla söylenemez. Çoğunlukla, havaalanı işletmesinin; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yolcularına karşı doğrudan doğruya taşıma yükümlülüğünün ifasına hizmet eden faaliyetleri ile bir havaalanında genel hava trafiğinin işleyişindeki menfaatler açısından havaalanı işletmesinin ifa ettiği dolaylı faaliyetleri arasında fark bulunmaktadır⁶¹. İlk faaliyet uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin işletme riskine dâhildir.

Havaalanı işletmesinin, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin *doğrudan doğruya taşıma yükümlülüğünün ifasına hizmet eden faaliyetleri* için uçağın buzunun çözülmesi işlemi, uçağa push-back⁶² hizmeti verilmesi örnek verilebilir. Havaalanı işletmesi, bu faaliyetlerini ifa ettiğinde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin ifa yardımcısı olarak hareket eder⁶³. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, kullandığı uçağı kış şartlarında da güvenli şekilde işletilmeye uygun durumda bulundurmamak, asli görevi⁶⁴ olduğu için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçağın buz çözülmesi işlemindeki sorunlardan sorumludur. Bu görevi bir üçüncü kişiye vermişse, bu ifa yardımcısıdır ve uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, ifa yardımcısının davra-

⁵⁹ **Marti**, s. 221; **Bartlik**, s. 274.

⁶⁰ Buradaki sorumluluk, kusur sorumluluğu olmadığından, ifa yardımcısı nitelendirilmesi ve ifa yardımcısının fiillerinden sorumlu tutan hükümlerden ziyade bunun uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluk ve risk alanına girip girmediğine göre tespit edilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalar için bakınız **Bosch/Lorz**, s. 109.

⁶¹ **Marti**, s. 221; **Bosch/Lorz**, s. 109; **Blankenburg**, s. 166.

⁶² Uçağın, park yerinden motorlarını çalıştırabileceği, taksi yapacağı uygun pozisyona, geriye doğru çekilmesi.

⁶³ **Woitkewitsch**, s. 194 dn 33deki karar; **Tonner**, Klaus: Münchener Kommentar zum BGB, 7.Auflage 2017, § 651, Kn. 31; havaalanında bu hizmetleri, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kendisinin yapmasına izin verilmiyorsa, bu hizmetler, kamu teşebbüsü tarafından yapılmak zorunda ise, ifa yardımcısı ilişkisi olarak kabul edilmemekte ve bu hizmetlerdeki aksaklıklar, olağanüstü hal olarak kabul edilmektedir (**Schmid**, Kn. 74a).

⁶⁴ **Schmid**, Kn. 71; **Marti**, s. 222.

nışlarından sorumlu tutulur⁶⁵. Bu nedenle, yeterli personelin sağlanması, buz çözücü kimyasalın tedarik edilmesinin ilgili havaalanında uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin veya bir başka hizmet sağlayıcısının borcu olup olmadığı önemli değildir. Bu durum, olağanüstü hal olarak kabul edilmez⁶⁶. Aynı durum, push-back hizmetinin verilmesi durumu için de geçerlidir⁶⁷.

Bir havaalanında *genel hava trafiğinin işleyişindeki menfaatler açısından havaalanı işletmecisinin ifa ettiği dolaylı faaliyetlerinde*, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin ifa yardımcısı olduğu söylenemez⁶⁸. Bu faaliyetlerine, havaalanındaki iniş ve kalkış pistleri ile taksi yollarının temiz ve güvenli şekilde bulundurulması, kar, buz, kayganlık, yabancı cisimlerin olmaması örnek verilebilir⁶⁹.

bb. Teknik Sorunlar

Teknik sorunları; uçağın teknik donanımında ortaya çıkan arızalar, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin teknik donanımında ortaya çıkan bozukluklar ve havaalanı sınırları içerisinde yaşanan bazı teknik aksaklıklar, kazalar olarak sıralayabiliriz. Teknik sorunlar nedeniyle, uçağın, planlanan uçuşu yapması mümkün olmamaktadır. Hava taşımacılığında uçuşun iptali ya da gecikmesi çoğunlukla teknik sorunlar sebebiyle olduğundan uygulamada, somut olayda yaşanan teknik sorunun, olağanüstü haller içinde yer alıp almadığı, tartışmalara neden olmaktadır⁷⁰.

⁶⁵ **Bosch/Lorz**, s. 109; **Blankenburg**, s. 167.

⁶⁶ **Tonner**, Kn. 31; **Schmid**, Kn. 72-73; Bu durumun, olağanüstü hal olup olmadığına, somut olaya göre, öncelikle havaalanı işletmesinin kış öncesinde fiilen hangi önlemleri aldığına bakılarak karar verilmelidir (**Bosch/Lorz**, s. 108; **Sendmeyer**, s. 811); Buz çözme işleminin uçuşla ilgili olup, havaalanının ya da uçuş trafiğinin güvenliği ile ilgili olmadığından olağanüstü hal sayılmayacağına ilişkin bakımız, **Blankenburg**, s. 167; Bununla birlikte, AG Königs Wusterhausen, Berlin-Schönefeld havaalanında yaşanan buz çözme faaliyetindeki aksamayı, bir kararında, olağanüstü hal kabul edip, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine tazminat ödemekle sorumlu kılmamış; bir başka kararında ise, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin risk ve sorumluluk alanında görüp, olağanüstü hal saymayıp, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini tazminat ödemekle sorumlu tutmuştur (naklen **Bosch/Lorz**, s. 108 dn 36 dn 37); Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin olağanüstü hallerden kaçınmak için alabileceği tedbirler bakımından, uçağın buz çözme sorunu bağlamında, mobil bir buz çözme aracının kullanılması düşünülebilir (**Marti**, s. 222).

⁶⁷ **Schmid**, Kn. 74a.

⁶⁸ Güvenlik kontrolü faaliyeti gibi, **Tonner**, Kn. 31 dn 69.

⁶⁹ **Schmid**, Kn. 75.

⁷⁰ Kılavuzda da belirtilmiştir, teknik sorunlar, olağanüstü hallerde aranacak iki şartı da taşıyorsa, olağanüstü hal kabul edilmelidir (ABI C 214 15.06.2016, s. 16).

*Uçağın Teknik Donanımında*⁷¹ Yaşanan Arızalar; Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin taşıma edimini ifa etmek için kullanacağı alet olan uçağın, uçuşa hazır ve sorunsuz olmasını sağlama yükümlülüğü, edim yükümlülüğü içinde yer alır⁷². Havayolu güvenilir bir ulaşım yolu olmakla birlikte, kendisine özgü tehlikesi de mevcuttur, bu da uçuşta uçakta yaşanacak bir sorunun, çok ciddi, telafii imkânsız sonuçlara yol açmasıdır⁷³. Bu nedenle, uçağın teknik donanımında hiçbir sorun olmadığından emin olunması için havacılık alanında birçok kural ve birçok denetim mekanizması geliştirilmiştir⁷⁴. Uçağın, uçuşu emniyetli bir şekilde yapma niteliğindeki eksiklikleri ifade eden teknik arıza durumu; Tüzüğün 14 nolu gerekçesinde ve Yönetmeliğin 4/ğ maddesinde olağanüstü hallerin örnekleyici sayımında yer alan uçuş emniyeti noksanlıkları kapsamında sayılmaktadır⁷⁵.

⁷¹ Sadece makine aksamında değil, kabinde oluşan arızalar da örneğin; kabin basıncının düşmesi, uçağın tuvaletinin tıkanması gibi bu kapsamdadır.

⁷² Bu kapsamda, edimi yerine getirmek için kullanılacak malzemenin ayıplı olması durumundan da uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi sorumludur. Bu nedenle, uçağın yakıt veya yağının temiz olmaması nedeniyle filtrede yaşanan arıza da bunu, üçüncü kişiden tedarik etmesi nedeniyle sorumluluktan kurtulamaz (AG Rüsselsheim 18.04.2013 3 C 2265/12 Kn. 39, RRa 2014, s. 50 vd).

⁷³ Bu nedenle, uçaklarda çoklu emniyet sistemi mevcuttur, yani uçağın önemli ana parça ve tesisatı birden fazladır, biri bozulur veya devre dışı kalırsa, diğeri ile uçak emniyetli olarak uçabilir (**Schmid**, NJW 2006, s. 1844).

⁷⁴ Uçakların hava alanına iniş yapılıp, başka bir sefer için kalkış anına kadar tüm teçhizatının sorunsuz çalıştığına emin olunması için kontrol edilmesi, kalkış öncesi aynı şekilde uçağın teknik donanımında bir sorun olmadan çalıştığına pilotlar tarafından kontrol edilerek, rapor edilmesi ve uçakların rutin olarak bakımlarının yapılması, kontrol edilmesi, bu denetim mekanizmaları içinde yer alır. Bu kontroller esnasında bir arıza tespit edilirse veya meydana gelirse, uçağın, uçuş yapması mümkün olmaz.

⁷⁵ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no23 (NJW 2009, s.349); uçuşun teknik olarak emniyetli şekilde yapılmasını etkileyen tüm eksiklikler, özellikle teknik eksiklikler, uçuş emniyet eksikliği sayılır. Güvenlik riski ise, uçuşun operativ olarak güvenli şekilde yapılmasını etkileyen tüm durumlardır. **Müller-Rostin**, Wolf: Anmerkungen zu Entscheidungen zur Verordnung (EG) 261/2004, NZV 2008, s. 278; Olağanüstü haller için örnekleyici olarak sayılan olaylar, otomatik olarak olağanüstü hal olarak nitelenmez, olağanüstü haller için aranan şartların oluşması gerekir (22.12.2008, C-549/07, Wallentin-Hermann/Alitalia, no 23, (NJW 2009, s. 347-350)); LG Darmstadt mahkemesi, meydana gelen olayın, işletme faaliyetinin icrasında oluşan tipik bir durum ifade edip etmediği ya da uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin hâkimiyetinin tamamen ortadan kalkıp kalmadığına bakarak, karar vermiştir. Buna göre, teknik sorun veya beklenmeyen emniyet eksikliği olarak kategorize edilmesi önemli değildir (naklen **Staudinger**, Ansgar/**Krüger**, Markus: Die Entwicklung des Reiserechts in den Jahren 2011/2012, NJW 2012, s. 2856); **Marti**, s. 182; Uçuş emniyeti ile uçağın uçabilme yetkinliğinin farklı kavramlar olup, teknik arızanın uçuş emniyet eksikliği içinde değer-

Havacılık alanında yapılması gereken tüm bu kontrollere rağmen, uçağın teknik donanımda uçuş esnasında bir arıza ortaya çıkabilir. Bu durumda, uçak, acil durum nedeniyle planlı olmayan bir şekilde iniş yapabilir. Uçaktaki teknik arızalar ister uçuş öncesi, isterse uçuş esnasında oluşsun, uçuşun iptali veya uçuşun uzun süreli gecikmesine sebebiyet verebilir.

Uygulamada ortaya çıkan uçağın teknik arızalarına şu örnekler verilebilir⁷⁶: Hava durum radarının arızalanması, benzin pompasındaki bozukluk, yakıt sistemindeki sızıntı, yakıt filtresinin tıkanması, yakıt kapağındaki arızalı conta, iniş takımlarını geri çekmek için gerekli sensörün arızalanması, uçağın dengesini düzenleyen uçuş kontrol sistemindeki arıza, kokpit camının hasar görmesi, yükseklik göstergesindeki teknik sorun⁷⁷, arı girmesiyle uçağın hızını ölçmek için kullanılan pitot tüpünün çalışmaması⁷⁸, hız ölçüm cihazının arızalanması.

Uçuşu İcra Eden Hava Taşıma İşletmesinin Teknik Donanımında veya Organizasyonunda Ortaya Çıkan Aksaklıklar; uçakta değil, fakat uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sistemlerinde yaşanan teknik sorunlar nedeniyle de uçuş iptali veya uçuşta uzun gecikme yaşanması söz konusu olabilir. Bunlar, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, uçuşu yapmasını mümkün kılan sistemlerdir. Örneğin; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin bagaj tasnif sistemindeki arıza ya da bilgisayar sisteminin çökmesi nedeniyle check-in işlemlerinde ortaya çıkan gecikme nedeniyle uçuş iptal edilmiş ya da uzun gecikme söz konusu olmuş olabilir.

Havaalanı Sınırları İçerisinde Yaşanan Bazı Teknik Aksaklıklar, Kazalar; Uçakta çıkan bir arıza nedeniyle olmasa da havaalanı sınırları içerisinde yaşanan kazalar neticesi uçağın hasar görmesi sonucu, uçuşun iptali ya da gecikmesi söz konusu olabilir. Örneğin, taksii sırasında iki uçağın çarpışması, park halinde olan uçağın kendi kendine hareket etmesi neticesi hasar görmesi, park halinde olan uçağa bir başka uçağın çarpması, bir uçakla merdivenli aracın ya da push -back servis aracının veya bagaj taşıma aracının çarpışması. İniş veya kalkış pistlerinin temiz olmaması, (kar küremesinin tam yapılmaması), yabancı cisimler bulunması (plastik torba, pet şişe, metal

lendirilemeyeceği görüşü için bakınız **Schmid**, NJW 2006, s. 1844; **Schmid**, NJW 2007, s. 265.

⁷⁶ Başka teknik arızalar için bkz. **Schmid**, Kn. 44-54 ve **Blankenburg**, s. 164.

⁷⁷ AG Rüsselsheim karar (naklen **Staudinger/Krüger**, NJW 2012, s. 2856).

⁷⁸ Pitot tüpüne giren arı, AG Düsseldorf 27.9.2013 tarihli kararında, olağanüstü durum sayılmış, fakat uçak alanda iken pitot tüpünün kapatılması hususunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, makul tedbirleri alıp almadığı tartışılmıştır (naklen **Schmid**, Kn. 88).

bir şey) nedeniyle uçağın lastiklerinin zarar görmesi⁷⁹. Bunun dışında, havaalanının teknik teçhizatında bir arızanın oluşması da iptal ya da gecikmeye neden olabilir⁸⁰. Örneğin, uçuş kontrol merkezindeki radar arızası, havaalanındaki aletli inişler için kullanılan pist güdüm sisteminde oluşan arıza.

Yukarıda açıklanan teknik sorunların olağanüstü haller içinde yer alıp almadığına ilişkin sorunun cevabını vermek için bu durumların, yukarıda belirttiğimiz bir olayın olağanüstü hal olarak sayılması için gereken iki şartı⁸¹ sağlayıp sağlamadığına bakılmalıdır⁸².

Uçağın Teknik Donanımında Yaşanan Arızalar; Doktrinde ve uygulamada özellikle ABAD kararlarında hâkim görüş⁸³ uçaktaki teknik arızaların kural olarak, olağanüstü hal olarak nitelenmeyeceği yönündedir⁸⁴.

⁷⁹ AG Rüsselsheim, 09.07.2013 tarihindeki kararında, havaalanı pistinde bulunan şey nedeniyle, uçak hasar görürse, bunu, olağanüstü hal olarak kabul etmiştir. Bu karar ve bu yönde verilen Alman Mahkemelerinin kararları; havaalanı işletmesinin, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesiyle arasındaki havaalanından yararlanma sözleşmesi dolayısıyla, iniş ve kalkış pistlerini işletmesel açıdan güvenli bir durumda bulundurmakla yükümlü olup, bunun da, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluk alanına girmesi nedeniyle eleştirilmiştir. Eleştiriler için bakınız **Schmid**, Kn. 53-54; Bu durumu, olağanüstü hal olarak nitelendirmeyen karar için bakınız LG Stuttgart 7.12.2017 5 S 103/17 (juris).

⁸⁰ BGH 21.08.2012 tarihli kararında; bu teknik arızanın, sadece bir uçağı değil, havaalanı üzerindeki tüm hava trafiğini veya bir uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tüm filosunu etkilemesi halinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin normal işletilmesi dışında olacağını belirtmiştir (naklen, **Schmid**, Kn. 38).

⁸¹ Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal icrası içinde yer almayan, buna yabancı bir olay olması ve olayın doğası ya da sebebi dolayısıyla uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından kontrol edilemez, olmasıdır.

⁸² Kılavuzda da belirtilmiştir, teknik sorunlar, olağanüstü hallerde aranan iki şartı da taşıyorsa, olağanüstü hal kabul edilmelidir (ABl C 214 15.06.2016, s. 16); Olağanüstü haller için örnekleyici olarak sayılan olaylar, otomatik olarak olağanüstü hal olarak nitelenmez, olağanüstü haller için aranan şartların oluşması gerekir (22.12.2008, C-549/07, Wallentin-Hermann/Alitalia, no 23, (NJW 2009, s. 347-350); 19.11.2009 C-402/07 Sturgeon vd./Condor no 70-72 (NJW 2010, s. 47)).

⁸³ **Wienbracke**, s. 54; **Bosch/Lorz**, s. 107; **Woitkewitsch**, s. 195; **Staudinger/Krüger**, s. 2856; **Hoffman/Scheu**, s. 373; **Wiede**, Kn. 280; Bartlik'e göre ise, olağanüstü hal; teknik arıza değildir, teknik arıza nedeniyle uçağın kullanılmamasıdır (**Bartlik**, s. 273); aksi görüşte olan Müller-Rostin, teknik arızanın olağanüstü hal olarak nitelendirilebileceğini savunmakta ve özellikle teknik arızaları kural olarak olağanüstü hal saymayan sadece çok kısıtlı durumlarda olağanüstü hal olarak niteleyen 22.12.2008 C-549/07 ABAD kararını eleştirmektedir (**Müller-Rostin**, s. 431); Hukukumuzda Yönetmelik kapsamında olmamakla birlikte, Türk Sivil Havacılık Kanunu 122 maddesi gereğince gecikmelerden doğan zararlar nedeniyle verilen Yargıtay 11.HD. 10.04.2007 tarihli kararında; teknik arıza, kaçınılmaz bir durum olarak kabul edilmeyip, taşıyıcının sorum-

Bu noktada, uçaktaki teknik arızanın olağanüstü hal sayılmadığına ilişkin olarak önem arz eden iki ABAD kararından bahsetmek gereklidir. Bunlardan ilki, C-549/07 sayılı ABAD kararı⁸⁵dir. Kararda teknik sorunlar, olağanüstü hal kavramının unsurları açısından incelenmiş ve uçaktaki teknik arızalar, olağanüstü hal olarak kabul edilmemiştir⁸⁶. Buna göre, hava taşımacılığının icrasına ilişkin özel şartlar ve uçakların, teknik olarak komplike makineler olmaları karşısında, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, faaliyetinin yürütülmesi sırasında mutad olarak farklı teknik problemlerle karşı karşıya kalacaktır⁸⁷. Böyle problemleri önlemek ve uçuş emniyeti için uçak-

luluğunu ortadan kaldırmayacağına karar verilmiştir (11. HD 10.04.2007 T, 2005/14189 E., 2007/5612 (yayınlanmamış) naklen **Akkurt**, Sinan Sami: Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2018, s. 299 dn 501); 11.HD. 23.11.2015 tarihli kararında da teknik arızadan havayolu şirketinin sorumlu olacağına karar vermiştir. Kararda “... teknik arıza durumlarında davalı şirketin sorumluluğu söz konusu ...” olduğu ifade edilmiştir. (11.HD.T. 23.11.2015, E. 2015/12989 K. 2015/12358 (www.kazanci.com.tr)) (E.T.27.03.2019).

⁸⁴ Özellikle, aşağıda açıklayacağımız ABAD kararı sonrasında, çok istisnai hallerde uçaktaki teknik arızanın olağanüstü hal olarak nitelenmesinin mümkün olmasına ve ABAD kararında da uçaktaki teknik arızanın kendisi olağanüstü hal olarak incelenmesine rağmen, doktrinde teknik arızanın kendisinin değil, teknik arıza nedeniyle uçağın uçabilme yetkinliğinde oluşan eksikliğin, olağanüstü hal olduğunu ifade eden görüş yer almaktadır. Bartlik’e göre, olağanüstü hal teknik arıza değildir, teknik arıza nedeniyle uçağın kullanılamamasıdır **Bartlik**, s. 273; bunun eleştirisi için bakınız **Hoffmann-Grambow**, s. 213-214).

⁸⁵ Karara konu olayda; Wallentin –Hermann, eşi ve kızı Alitalia Havayolu ile Viyana’dan Roma üzerinden Brindisi’ye 3 uçak bileti almıştır. Viyana’dan kalkış 28.06.2005 tarihinde saat 06.45’te, Brindisi’ye varış aynı gün saat 10.35’te olacaktır. Viyana’dan kalkış saatinden 5 dakika önce, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuşun iptal edildiğini bildirir. Avusturya Havayollarının Roma uçuşuna aktarırlar ve Roma’ya saat 09.40’ta - yani bağlantılı uçuşun kalkış saatinden 20 dakika sonra- ulaşırlar. Brindisi’ye ise saat 14.15’te ulaşabilirler. İptale türbin motorlarında ortaya çıkan arıza neden olmuştur. Söz konusu arıza, uçağın kontrolü sırasında tespit edilmiş, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin arızadan uçuş öncesi gece saat 01.00 de haberi olmuştur. Teknikerlerin gelişleri ve yedek parça temin edilmesi ile uçağın tamiri 08.07.2005 tarihinde bitirilmiştir. Yukarıda adı geçen yolcular, iptal nedeniyle Alitalia Havayolundan tazminat talep ederler, talepleri havayolu tarafından reddedilir. Dava yoluna başvururlar, Alitalia Havayolu, iptale türbin motorlarında yaşanan arızanın sebep olduğunu ifade edip, olağanüstü hal savunması yapar, tazminat ödeme borcundan kurtulmuş olduğunu ileri sürer. 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia (NJW 2009, s. 347-350); Tüzüğün düzenlemesine aykırı bir yorumla, teknik arızaları olağanüstü hal saymadığı, bakım yapılmasını makul tedbir olarak kabul etmediği noktasında Kararın eleştirisi için bakınız **Hempel**, s. 52-53.

⁸⁶ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia no 23 (NJW 2009, s. 349).

⁸⁷ Bunun tam zamanı bilinmese de herhangi bir zamanda oluşacağı beklenmelidir (Hukuk Sözcüsü Eleanor Scharpston’ın C-396/06 27.09.20007 tarihli Görüşü, no 58 (ECLI: EU: C:2007:555)).

ların düzenli olarak kontrol edilmesi, hava işletmesinin temel vazifelerindedir⁸⁸. Sonuç olarak, uçağın bakımı sırasında tespit edilen veya yapılmayan bakımı sebebiyle ortaya çıkan teknik sorunlar⁸⁹, hava taşıma işletmesinin faaliyetinin rutin işleyişinin bir parçası olup, olağanüstü hallerden sayılmazlar⁹⁰. Ayrıca, karara göre, teknik problemlerin sıkça görülmesi, onların olağanüstü hal olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinde önem arz eden bir kriter değildir⁹¹.

Diğer karar, C-257/14 sayılı ABAD kararı⁹² dır. Bu kararda da C-549/07 sayılı kararda olduğu gibi, uçaktaki teknik problemlerin, Tüzüğü'nün 14 nolu gerekçesinde olağanüstü hallerden sayılan beklenmeyen uçuş emniyeti noksanlıkları içinde değerlendirilebileceği vurgulanmıştır. Bu durum, otomatik olarak, teknik problemlerin, olağanüstü hal olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaz, olağanüstü hal kavramının unsurlarını sağlaması gerekir⁹³. ABAD, bu kararında da C-549/07 sayılı kararındaki aynı gerekçelerle, uçaktaki teknik arızanın, olağanüstü hal sayılamayacağını kabul etmiştir⁹⁴. Karara konu olayda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi olan KLM'e göre, teknik problem; ortalama kullanım süresini aşmayan ve üretici firma tara-

⁸⁸ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia no 24 (NJW 2009, s. 349); Hizmet sağlayıcının edimini ifade kullanacağı araçları, kullanılabilir vaziyette bulundurma yükümlülüğü ilkesi kapsamında, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, uçuş için öngörülmüş uçağı, uçmaya uygun vaziyette bulundurması gerekir (**Marti**, s. 187).

⁸⁹ ABAD tarafından olağanüstü hal sayılmayan teknik arızaların; sadece kararda belirtilen uçağın bakımı sırasında tespit edilen veya yapılmayan bakımı sebebiyle ortaya çıkan teknik arızalarla sınırlı olduğu görüşü için bakınız **Müller-Rostin**, NZV 2009, s. 432 ve bu görüşün eleştirisi için bakınız **Marti**, s. 189.

⁹⁰ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia no 24-25 (NJW 2009, s. 349); Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 16).

⁹¹ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia no 35-37 (NJW 2009, s. 350).

⁹² Karara konu olayda; van der Lans 13.08.2009'da Ouito (Ekvador)'dan Amsterdam'a uçuş için KLM'den bilet alır. Uçuş için kalkış saati Ekvador saati ile 09.15 olmasına rağmen, kalkış bir sonraki gün Ekvador saati ile 19.30'da gerçekleşir ve yaklaşık 29 saat gecikme ile Amsterdam'a varılır. Gecikmenin nedeni, havalimanında uçağın motorlarından birinin kalkışı sağlayamamış (çalışmamış) olmasıdır. KLM'den gecikme nedeniyle tazminat talep edildiğinde, KLM, uçağın yakıt pompası ve hidrolik sisteminde arıza olduğunu, söz konusu gecikmeyle kalkan uçağa takılması için Ekvador'da bulunamayan parçaların Amsterdam'dan getirilmek zorunda kaldığını belirtmiştir. KLM, gecikmenin teknik arızadan kaynaklandığını, teknik arızanın da olağanüstü hal olması nedeniyle tazminat ödemek zorunda olmadığı savunmasında bulunmuştur. 17.09.2015 van der Lans/KLM (ECLI: EU: C:2015:618).

⁹³ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 36 (ECLI: EU: C:2015:618).

⁹⁴ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 37-38 (ECLI: EU: C:2015:618); 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 24-25 (NJW 2009, s. 348).

findan da belirli bir yaştan itibaren ayıplı olacağına ilişkin bir bildirim yapılmadığı, uçağın belirli parçalarının arızalanması nedeniyle, uçağın bir motorunun devre dışı kalmış olmasıdır. Ayrıca, ilgili parçalar sadece uçuştan önce, kalkış öncesi genel kontrolde, kontrol edilmemiş, uçak, bu uçuştan bir ay önce yapılan son A-Kontrol (A-Check) den geçmiştir. Mahkeme, söz konusu problemin belirli bir uçakta olduğunu, bir üretim hatası olup, olağanüstü hal olarak değerlendirilmesi için, sadece belirli bir uçakta değil, o modeldeki diğer uçaklarda da bu fabrika hatasının bulunması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, C-549/07 sayılı kararda da belirtildiği şartlarda, üretim hatası, olağanüstü hal sayılır. Fakat dava konusu olayda böyle bir durum bulunmamaktadır⁹⁵. Uçağın belirli parçalarının miadından evvel ortaya çıkan ayıplar nedeniyle meydana gelen bozukluk, beklenmeyen bir olaydır⁹⁶. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından ağır ve oldukça ekstrem şartlar altında işletilen uçağın parçaları, sınırsız bir kullanım (ömrüne) süresine sahip olmasa da böyle bir bozukluk, uçağın oldukça karmaşık olan işletim sistemiyle ayrılmaz şekilde bağlıdır⁹⁷. Bundan dolayı, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyeti çerçevesinde bu beklenmeyen olaylar da faaliyetin rutin işleyişinin bir parçasıdır ve uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, öngörülemeyen teknik problemlerin bu çeşidiyle de mutad olarak karşı karşıya kalır. Ayrıca, ekonomik faaliyet amacıyla işlettiği uçağın bakımını ve sorunsuz işlemesini sağlamak, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin görevi olduğu için böyle bir bozukluğun önlenmesi, meydana çıktığında tamir edilmesi veya miadı dolmuş arızalı parçanın değiştirilmesi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kontrolü altındadır⁹⁸. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, belirli bir bozuk parçanın bozukluğunu üreticinin hatalı davranışına dayandırabiliyorsa, rücu etme imkânı vardır. Fakat bu durum, amacı, yolcular için daha iyi bir koruma sağlamak olan Tüzüğün 5/3 maddesinin dar olarak yorumlanmasından vazgeçilerek, olağanüstü halin mevcudiyetinin kabul edilip, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, yolcunun tazminat talebini reddetmesinin uygun bulunması anlamına gelmez⁹⁹. Sonuç olarak, hatalı (eksik) bir bakımdan meydana gelmeyen, periyodik bir bakımda da tespit edilmeyen, uçuşu icra eden hava

⁹⁵ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 38-40 (ECLI: EU: C:2015:618); 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 26 (NJW 2009, s. 348).

⁹⁶ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 41 (ECLI: EU: C:2015:618)

⁹⁷ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 41 (ECLI: EU: C:2015:618)

⁹⁸ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 43 (ECLI: EU: C:2015:618)

⁹⁹ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 45-47 (ECLI: EU: C:2015:618)

taşıma işletmesinin -somut olaydaki teknik arıza- hesap edemediği, beklenmeyen şekilde ortaya çıkan teknik problem, olağanüstü hal değildir¹⁰⁰.

ABAD kararlarında olağanüstü hal olarak nitelendirilmeyen arızalar; niteliği ve menşei gereği ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal icrasının bir kısmını teşkil eden ve kesin şekilde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kontrol edebildiği arızalardır. İhtilaf konusu arızanın bu nitelikte olup olmadığını, hâkim, belirleyecektir. Bununla birlikte, yaşanan teknik arıza, hava taşıma işletmesini veya uçağı dışarıdan etkileyen¹⁰¹, olağan, rutin şekilde gelişmemiş, bir sabotaj ya da bir terör saldırısı gibi bir sebeple oluşmuş olursa, bu, bir olağanüstü haldir¹⁰². Bunun gibi, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin filosunda mevcut olan uçakta; üreticisi veya yetkili bir makam, o uçak tipinde uçuş emniyetini ihlâl eden seri şekilde bir üretim hatası (gizli fabrika hatası) olduğunu ortaya koyarsa, uçakta üretim hatasından kaynaklanan bu arıza ya da gizli ayıp niteliğindeki bozukluk da olağanüstü hal olarak kabul edilmektedir¹⁰³. Bu nitelikte üretim hatalarına örnek olarak¹⁰⁴; DC-9 uçaklarında aletli iniş sisteminin navigasyon alıcısının denetimli bir alıcı olmaması nedeniyle oluşan arıza¹⁰⁵, Airbus A-330 larda referans sistemindeki yazılım hatasını¹⁰⁶, Boeing -737 max 8'deki yazılım hatasını¹⁰⁷ verebiliriz.

¹⁰⁰ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 33, no 44 ve 49 (ECLI: EU: C:2015:618).

¹⁰¹ Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal icrasının bir kısmını teşkil edip etmediği kriterinin, tehlikenin uçağın içinde veya dışında olmasından bağımsız olduğu görüşü için bakınız Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, no 39-40 (ECLI: EU: C:2016:623)

¹⁰² 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 38-40 (ECLI: EU: C:2015:618); 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 26 (NJW 2009, s. 348); **Wienbracke**, s. 54; **Marti**, s. 204; **Hoffman/Scheu**, s. 373.

¹⁰³ 17.09.2015 C-257/14 van der Lans/KLM no 38-40 (ECLI: EU: C:2015:618); 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 26 (NJW 2009, s. 348); Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 16); BGH 21.08.2012 tarihli kararında, fabrika hatasını sadece bir uçakta değil, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tüm veya filonun esaslı kısmında olması halinde olağanüstü hal saymıştır (naklen **Schmid**, Kn. 38).

¹⁰⁴ A-330'lardaki pitot tüpü, B-780'lerdeki bataryalar, A-380'lerde tribün işleyişi örnekleri için bakınız (**Wiede**, Kn. 282).

¹⁰⁵ DC-9'larda aletli iniş sistemindeki 1 nolu navigasyon alıcısı olarak, denetlemeyen bir alıcı (yani alıcı, ufki durum göstergesine gönderdiği sinyali denetlemiyor) kullanılmıştır. Maalesef, bu, bir uçuşun iptali ya da gecikmesi olarak değil, uçağın düşmesi ve 46 kişinin ölümüyle sonuçlanmıştır. 14 Kasım 1990 Alitalia Havayollarının Milano- Zürich seferini yapan DC-9 uçağının aletli iniş sırasında, navigasyon alıcısındaki bu arızanın, uçağın süzülme hattı göstergesi ile yer yaklaşım ikaz sisteminin çalışmasını etkilemesi sonucu uçak Zürich'te düşer. Gerçi bu olayda, üretici firma tarafından bu üretim hatası tespit edilip, bu uçağı kullanan havayolları uyarılmış ve bu hususta seminer verilmiş

Hukukumuz açısından, teknik arızalara ilişkin, Yönetmelikte bir düzenleme yer almadığı gibi, Yönetmelik kapsamında bir karar da mevcut değildir. Yönetmeliğin açıklığa kavuşturulması için yolcu hakları uygulama esaslarını düzenleyen 02.09.2015 tarihli Genelge¹⁰⁸de, teknik arızaların, olağanüstü hal olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu durum, Genelgenin Genel Prensipler başlıklı birinci bölümünün 2. maddesinde “teknik arıza ve operasyonel nedenler olağanüstü hal (mücbir sebep) olarak kabul edilmez” şeklinde ifade edilmiştir.

Uçuşu İcra Eden Hava Taşıma İşletmesinin Teknik Donanımında veya Organizasyonunda Ortaya Çıkan Aksaklıklar; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin uçuşu yapmasını mümkün kılan sistemlerinde ortaya çıkacak aksaklıklar için gerekli teçhizat ve hızlı şekilde bunun çözümünün yaratılması, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yetki alanı içindedir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sistemlerinde yaşanan teknik sorunlar veya yer personelinin eksik olması nedeniyle check-in işlemlerinde gecikme yaşanması, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin risk alanı içindedir. Az personel kullanılması ve az kontuarın açılması da aynı şekilde değerlendirilir¹⁰⁹. Bagaj yüklemesi esnasında, bu yüklemeyi uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, kendi personeliyle veya bu hizmeti aldığı başka bir fir-

olmasına rağmen, Alitalia Havayolu’nun uçağın pilotlarına bu durum hakkında bilgilendirme yapmamış olması ve Zürich havaalanında o tarihte asgari güvenli irtifa sisteminin bulunmaması da etkili olmuştur.

¹⁰⁶ 7 Ekim 2008 tarihinde Qantas Havayollarının Singapur-Perth seferinde anlaşılabilir şekilde otomatik pilot devre dışı kalır ve neredeyse uçağın motorları dışında tüm sistemleri arıza verir, uçak, tehlikeli şekilde pike yapar, ani ve hızlı irtifa kaybı yaşar, manuel uçuş için kumanda kolları çalışmaz ve pilotlar, uçağın kontrolünü kaybeder. Daha sonra manuel sistem kendiliğinden çalışır ve uçağın kontrolünü alan pilotlar, askeri bir manevra olan ihtiyatlı acil durum iniş tekniğini kullanarak, uçağın acil inişini sağlar. Uçuş ekibinden ve yolculardan birçoğu yaralanır. Bu olay sonrası yapılan incelemelerde, yaşanan bu durumun, A-330’lardaki referans sistemindeki yazılım hatasından kaynaklandığı anlaşılır.

¹⁰⁷ Yazılım hatası olan Boeing-737 max8’lere EASA tarafından uçuş yasağı getirilmiştir. (<https://www.haberler.com/ab-den-boeing-737-max-tipi-ucaklara-ucus-yasagi-11829654-haberi/>) (E.T.27.03.2019.)

¹⁰⁸ T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, T. 02.09.2015, S.98063956-090.99/E.1234, Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi -2015, Genelge HUD-2015/3, (http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/Yolcu_Haklari_2015.pdf) (E.T.27.03.2019).

¹⁰⁹ AG Hannover 6.12.2012; AG Erding 5.7.2006 (naklen, Schmid, Kn. 89); Check-in için verilen sürenin sonunda hâlâ check-in sırasında bekleyen yolcular varsa, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin başka kontuar açması ve ek personelle hizmet sunması zorunludur.

mayla yapması arasında bir fark olmayıp, oluşan gecikmeye, olağanüstü hal olarak dayanamaz. Bir yolcunun uçağa binememesi nedeniyle onun bagajının tekrar yüklenmek zorunda kalınması durumu da olağanüstü hal değildir¹¹⁰. Binişi sırasında biniş kartının eksik kontrolü nedeniyle yanlış uçağa binen yolcunun fark edilerek, kalkış yapılan havaalanına geri dönülmesi durumunda oluşacak gecikme de olağanüstü hal olarak kabul edilmez¹¹¹.

Havaalanı Sınırları İçerisinde Yaşanan Bazı Teknik Aksaklıklar, Kazalar; C-394/14 sayılı ABAD karar¹¹²ında, havaalanı sınırları içerisinde yaşanan kazalar neticesinde uçağın hasar görmesi de, olağanüstü hal olarak kabul edilmemiştir. Yolcuların uçağa biniş ve inişlerini sağlayan merdivenli araç veya köruk, havayoluyla yolcu taşımalarında zorunlu olarak kullanıldığından, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, böyle merdivenli araç kullanımının meydana getirdiği durumlarla rutin olarak karşı karşıya kalacaktır¹¹³. Bu yüzden, bir uçağın, merdivenli araçla çarpışması, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin rutin işleyişi içinde yer alan bir olay olarak görülmelidir¹¹⁴. Ancak uçuşta kullanılacak uçağın zarar görmesi, sabotaj, terör saldırısı gibi normal havaalanı hizmetleri dışında kalan bir davranış sonucu oluşursa, ABAD içtihatlarına göre, olağanüstü hal olarak kabul edilir. Fakat karara konu olan olayda böyle bir durum söz konusu değildir¹¹⁵. Sonuç olarak, havaalanının merdivenli aracının uçakla çarpışması gibi bir olayın, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini, bu uçak ile yapılacak uçuşun uzun gecikmesi nedeniyle yolculara karşı olan tazminat yükümlülüğünden kurtaran olağanüstü hal olarak nitelendirilemeyeceğine karar verilmiştir¹¹⁶.

¹¹⁰ Schmid, Kn. 89a-b.

¹¹¹ Schmid, Kn. 89c.

¹¹² Karara konu olayda; Siewert'lar (3 kişi) Antalya'dan Frankfurt am Main'e, Condor'la yaptıkları uçuşla, belirtilen varış saatinden 6 saat 30 dakika gecikmeyle ulaşımlardır. Uzun gecikmeye dayanarak Condor Havayollarından tazminat talep ettiklerinde; Condor Havayolları, talebi, gecikmenin, uçuşta kullanılacak uçağın bir akşam önce Stuttgart Havaalanında merdivenli aracın çarpması sonucu, kanadında meydana gelen hasar nedeniyle olduğunu, bu olağanüstü hal nedeniyle tazminat ödemek zorunda olmadığını gerekçe göstererek reddetmiştir. (14.11.2014 Siewert/Condor (ECLI: EU: C:2014:2377)).

¹¹³ 14.11.2014 C-394/14 Siewert/Condor no 19 (ECLI: EU: C:2014:2377); Hoffman/Scheu, s. 374.

¹¹⁴ 14.11.2014 C-394/14 Siewert/Condor no 19 (ECLI: EU: C:2014:2377); ABI C 214 15.06.2016, s. 16; aynı yönde Schmid, NJW 2015, s. 514; BGH 20.12.2016 tarihli bagaj taşıma araçlarıyla uçağın çarpışmasının bir olağanüstü hal sayılmayacağı kararı için bakınız (BGH 20.12.2016 X ZR 77/15, RRA 2017, s. 231).

¹¹⁵ 14.11.2014 C-394/14 Siewert/Condor no 19 (ECLI: EU: C:2014:2377); Kılavuz (ABI C 214 15.06.2016, s. 16).

¹¹⁶ 14.11.2014 C-394/14 Siewert/Condor no 22 (ECLI: EU: C:2014:2377); benzer gerekçelerle ve C-394/14 Siewert/Condor kararına atıf yapılarak bagaj araçları ile uçağın

Havaalanındaki teknik sorunlar, olağanüstü hal olarak nitelenmektedir¹¹⁷. Havaalanındaki teknik donanımında oluşan arıza nedeniyle havaalanının iniş ve kalkışlara kapatılması veya iniş ve kalkışların azaltılması durumu, sadece bir uçuşu değil, o havalimanındaki tüm uçuşları etkilediği için bu durumlar, olağanüstü hal olarak kabul edilmektedir. Örneğin; uçuş trafik kontrol merkezinin radar sisteminin arızalanması, havaalanının bilgisayar sisteminin çökmesi, bir olağanüstü hal niteliğindedir¹¹⁸.

cc. Hayvanların Uçuşları Etkilemesi Özellikle Kuş Çarpmaları

Hayvanların (arı¹¹⁹, kemirgen hayvanlar¹²⁰, özellikle kuşlar) gerek uçağa verdikleri hasarla, gerekse pistte, terminal alanında¹²¹ meydana getirdikleri olaylarla, uçuşların yapılmasına engel oldukları durumlar söz konusudur.

çarpışması olağanüstü hal sayılmamıştır (BGH 20.12. 2016- X ZR 77/15 (RRa 2017, s. 231 Kn 10a)).

¹¹⁷ **Schmid**, Kn. 106.

¹¹⁸ New York John F Kennedy Havaalanında bilgisayar sistemi çökmüş, havaalanının telekomünikasyon hizmeti aldığı şirketin çalışanlarının grevde olması nedeniyle, sistem arızası, ancak 13 saat sonra giderilebilmiştir. BGH 15.01.2019 tarihli kararında; New York John F Kennedy Havaalanında Terminal 7'deki check-in kontuarlarındaki tüm bilgisayar sisteminin saatler süren arızasının; havaalanının bu tür teçhizatının bakımının, denetiminin, tamirinin, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluk ve yetki alanının dışında olması nedeniyle, onun kontrolü altında olmadığından, olağanüstü hal niteliğinde olduğuna; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, manuel olarak Washington'daki çalışanları üzerinden telefonla yolcuların yapılan check-in işlemleriyle de (yani alınan makul tedbirlerle de) gecikmeyi engelleyememiş olduğundan, oluşan 9 saatin üzerindeki gecikme nedeniyle, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemek zorunda olmadığına hükmetmiştir. (BGH 15.01.2019 - X ZR 15/18; X ZR 85/18, (juris)).

¹¹⁹ Pitot tüpüne giren arı, AG Düsseldorf 27.9.2013 tarihli kararında, olağanüstü durum sayılmış, fakat uçak alanda iken pitot tüpünün kapatılması hususunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, makul tedbirleri alıp almadığı tartışılmıştır (naklen **Schmid**, Kn. 88).

¹²⁰ Özellikle, fare, sıçan gibi hayvanların, uçağın kablolarını kemirmesi ve yangına sebebiyet vermesi, olağanüstü hal olarak kabul edilmemektedir, bu yöndeki kararlar için bakınız **Schmid**, Kn. 88.

¹²¹ Manila Havaalanında yaşanan arı istilası, J. F. Kennedy Havaalanındaki kaplumbağa (**Bosch/Lorz**, s. 108).

C-315/15 sayılı ABAD kararı¹²²nda uçağın kuşla çarpışması, olağanüstü hal olarak kabul edilmiştir¹²³. ABAD, uçağın bir kuşla çarpışmasını ve bu yolla olası şekilde meydana gelecek hasarın, uçağın işletilme sistemi dışında olup, niteliği ve sebebi dolayısıyla uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin rutin işleyişinin bir parçasını teşkil etmediği ve fiilen kontrol edemediği, bir olay olması nedeniyle¹²⁴, olağanüstü hal olarak kabul etmiştir¹²⁵. Bu çarpışmanın, uçağa, gerçekten hasar vermiş olup olması önemli değildir. Çünkü Tüzük'ün yolcunun en üst düzeyde korunmasını sağlama amacı; uçuşların dakikliğine, onların güvenliğinden daha yüksek bir değer verilerek, böyle arada kalınan durumlar dolayısıyla gerekli tedbirlerden imtina hususunda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin motive edilmemesini içerir¹²⁶. Karara konu olan olayda, Travel Service tara-

¹²² Karara konu olayda; davacılar, Travel Service ile Burgas (Bulgaristan)'dan Ostrava (Çek Cumhuriyeti)'ya 10.08.2013 tarihindeki uçuşta Ostrava'ya bildirilen varış saatinde 5 saat 20 dakika gecikmeyle ulaşmışlar ve Travel Service'ten uzun gecikme nedeniyle tazminat talep etmişlerdir. Travel Service; söz konusu uçuş rotasının Prag-Burgas-Brno-Burgas-Ostrava şeklinde olduğunu, Prag-Burgas uçuşunda bir teknik sorun tespit edildiğini, bunun ortadan kaldırılmasının 1 saat 45 dakika sürdüğünü; Burgas'dan Brno uçuşunda iniş esnasında uçağın kuşla çarpıştığını, uçağın, Brno'da Travel Service teknikerleri getirtilerek kontrol edildiğini, fakat uçağın sahibi olan Sunwings'in bu kontrolü yapan teknikerleri tanımayıp, kendi teknikerlerini gönderip kontrol yaptırdığını, her iki kontrol sonucunda da motor ve uçağın diğer teçhizatlarında bir hasara rastlanmadığını ve uçağın Bruno'dan Burgas'a uçup, Burgas'tan davacıların uçuşu olan Ostrava uçuşunu gerçekleştirdiğini belirtir. Bu açıklamalar neticesinde, Travel Service, uzun gecikmenin kuş çarpması nedeniyle olup, olağanüstü hal niteliğinde olan bu olay nedeniyle tazminat sorumluluğu bulunmadığı savunmasıyla, tazminat talebini reddeder (04.05.2017 Pešková-Peška/Travel Service a.s (ECLI: EU: C:2017:342)).

¹²³ Kuş çarpmalarının, kontrol edilemeyen, engellenemeyen, hava taşımacılığını dışardan etkileyen bir doğa olayı olması ve bu sebeple oluşan teknik arızaların, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından kontrol edilir işletme alanı içinde yer almaması nedeniyle, olağanüstü hal olacağı yönünde bakınız **Bosch/Lorz**, s. 108; **Blankenburg**, s. 165; **Woitkewitsch**, s. 194; **Müller-Rostin**, NZV 2009, s. 432; **Rodegra**, Kay P.: EU-Fluggastrecht-VO-Ausgleichszahlung für Flugpassagiere, MDR 7/2013, s. 375; BGH 24.09.2013 X ZR 160/12 (NJW 2014, s. 861 vd.); ABAD kararları ile bağlı olmasa da İsviçre'de de kuş çarpmaları, olağanüstü hal kabul edilmektedir (**Dettling-Ott/Hochstrasser**, s. 69-71).

¹²⁴ Eğer havaalanı işletmesi iniş ve kalkış pist alanlarında kuşları ürkütmede ihmalkâr davranırsa ve bu yüzden kuş çarpması nedeniyle uçakta teknik bir arıza meydana gelirse, bundan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi sorumlu tutulamaz (**Schmid**, Kn. 75; **Marti**, s. 222).

¹²⁵ 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no. 24 no 26 (ECLI: EU: C:2017:342).

¹²⁶ 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no 25 (ECLI: EU: C:2017:342).

findan işletilen uçağın, iniş sonrasında kuşla çarpışması dolayısıyla bir uzman şirkete emniyet kontrolü yaptırılmış, bir hasar tespit edilmemiştir. Daha sonra, uçağın sahibi şirket, ilk kontrolü yapan uzman şirketi kabul etmediğinden, ikinci kontrolü yapmak için bir tekniker göndermiştir. Tüzük, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, uzman seçme özgürlüğünü kısıtlamaz. Fakat mevzuat hükümleri çerçevesinde böyle bir emniyet kontrolünü yapmaya ehil olan bir uzman şirket tarafından yapılan kontrol sonrası, ikinci bir kontrol yaptırılıyor ve bu ikinci kontrol uçuşun iptali veya uzun gecikmesine yol açıyorsa, bu ikinci kontrolü, duruma uygun tedbirlerin alınması anlamında görmek söz konusu olmayacaktır¹²⁷. Bu nedenle, uçuşun iptali ya da uzun gecikmesi; yetkili uzman şirket tarafından emniyet kontrolü yapılmasından sonra, kuş çarpması nedeniyle gerekli emniyet kontrollerini yeniden yaptırmak, hava taşıma işletmesinin uzmanı kendisinin seçmesine dayanıyorsa, bu, olağanüstü hal değildir. Sonuç olarak, ABAD, sadece olağanüstü hal olmasının yeterli olmadığını, duruma uygun tedbirler alınıp alınmadığının da somut olayda tespit edilmesi gerektiğini, bunun tespitinin ise, davaya bakan ulusal mahkemenin işi olduğunu belirtmiştir¹²⁸.

Pešková-Peška/Travel Service davasında ABAD, kuş çarpmalarının, olağanüstü hal niteliğinde olduğunu kabul etmiş olsa da, oldukça tartışmalı olan bu hususta, davanın Hukuk Sözcüsü Bot, kuş çarpmalarının olağanüstü hal olmadığı fikrini savunmuştur¹²⁹. Bu fikre göre, hayvanların hava ulaşımında tehlike yarattığı bilinen bir fenomendir. Bu, sektördeki ilgili aktörler tarafından iyi bilinir¹³⁰. Özellikle, uçuşa ehil olmalarını kanıtlamak için uçakların, kuş çarpmalarına karşı motor ve kokpit camları test edilmektedir¹³¹. Sadece hayvanların oluşturduğu tehlikeyi dikkate alanlar, uçak üre-

¹²⁷ 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no. 35 (ECLI: EU: C:2017:342)

¹²⁸ 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no 43-44 (ECLI: EU: C:2017:342); ABAD, olağanüstü hal yanında, bu nitelikte olmayan bir durum da toplam gecikmeye etkili olmuşsa, varma gecikmesinin, tazminat ödenmesini gerektirip gerektirmeyeceğinin tespiti için (yani 3 saat ve üzeri) olağanüstü hal nedeniyle oluşan gecikmenin, toplam gecikmeden ayrılması gerektiğini, bunun tespitinin de davaya bakan ulusal mahkemenin işi olduğunu belirtmiştir no 50, no 54 (ECLI: EU: C:2017:342); Ayrıca kararın değerlendirmesi için bakınız **Wienbracke**, Mike: EuGH: Verbraucherrecht; Ausgleichsleistungen bei Flugverspätung nach Kollision des Flugzeugs mit einem Vogel, EuZW 2017, s. 576 ve **Dettling-Ott/Hochstrasser**, s. 61-63.

¹²⁹ Hukuk Sözcüsü Yves Bot’un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, (ECLI: EU: C:2016:623); aynı yönde **Bartlik**, s. 278.

¹³⁰ Hukuk Sözcüsü Yves Bot’un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, no 28 (ECLI: EU: C:2016:623).

¹³¹ Hukuk Sözcüsü Yves Bot’un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, no 28 (ECLI: EU: C:2016:623).

ticileri değildir. Çoğu havaalanında, pistteki kuş ve diğer hayvanları ürkütme için farklı metotlar kullanılmaktadır. Ayrıca, kuş çarpışmalarının belli zamanlarda diğer zamanlardan daha sık olduğu bilinmektedir¹³². Hukuk Sözcüsü Bot'a göre, böyle çarpışmaların sıklığı ve uçakların geliştirilmesinde, havaalanlarının işletilmesinde ve uçuşla ilgili farklı sahalarda, bunların, dikkate alınması, aslında böyle olayların hava taşıma işletmesinin faaliyetinin rutin işleyişinin bir parçası olduğunu gösterir. Bu nedenle, bu olaylar, olağanüstü hal olarak kabul edilemez¹³³. Bununla birlikte, büyük kuş sürüleri kalkışı engeller veya havaalanına inişi zorlarsa, o andaki tüm uçuşlar için bu geçerli ise, bu tip ekstrem durumlar, olağanüstü hal olarak kabul edilebilir¹³⁴.

dd. Hava Trafik Yönetiminin Kararı

Hava trafik yönetiminin görev alanına; kontrol edilen hava sahasında ve hareket alanında¹³⁵ uçakların hareketlerinin idaresi, girer. Hava trafik yönetiminin kararları kapsamında; hava sahasındaki veya iniş ve kalkış pistlerindeki yoğunluk nedeniyle yapılan iniş/kalkış yasağı, yönlendirme; bekletme; havaalanındaki bir terminalde çıkan yangın veya hava muhalefeti nedeniyle hava trafiğinin sınırlandırılması; kalkış pistindeki uçağın uğradığı kaza veya pistin zarar görmesi nedeniyle havaalanının hava trafiğine geçici olarak kapatılması; salgın hastalık¹³⁶ nedeniyle uçuş yasağı getirilmesi vb. yer almaktadır¹³⁷. Bir uçağın rotasyon planındaki sonraki uçuşlarını etkileyen hava trafik yönetiminin kararı, Tüzüğün 15 nolu gerekçesi hükmündeki ifade dikkate alınır, önceki uçuşta meydana gelen bir olay olmasına rağmen, olağanüstü hallerin gerekçesi olabilir¹³⁸.

¹³² Kuşların göç ettiği mevsimler, yılın; güneşin doğuş ve batışı da günün en tehlikeli zamanlarıdır. Hayvanların yarattığı tehlikeler hakkındaki 2011 tarihli Amerikan Araştırmasına göre 1990 yılından itibaren Federal Sivil Havacılık İdaresinin Veri Bankasına 99 411 tane uçakla bir hayvanın çarpışması olayı bildirilmiştir. Bunların ağırlıklı çoğunluğunu -%97,4- bir kuşla çarpışma teşkil eder. Ayrıca, Fransa'da da her yıl yaklaşık 700 uçakla kuş çarpışması tespit edilmiştir (Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, no 28-31 (ECLI: EU: C:2016:623)).

¹³³ Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, no 33, no 44 (ECLI: EU: C:2016:623).

¹³⁴ Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un C-315/15 28.07.2016 tarihli Görüşü, no 43 (ECLI: EU: C:2016:623).

¹³⁵ Bir havaalanının hareket alanına iniş ve kalkış pistleri, taksi yolları ve apron dâhildir.

¹³⁶ Örneğin, SARS, domuz gribi, H5Nx virüsü gibi (Wiede, Kn. 276).

¹³⁷ **Marti**, s. 223.

¹³⁸ **Marti**, s. 223.

Hava trafik yönetiminin gecikmeli verdiği kalkış izni de bir olağanüstü hal olabilir. Yalnız, bunun için, uçağın hazırlanmasındaki gecikmeye, önceki kalkış slotunun geçirilmesi ve yeni bir slot tahsisinin yapılması gibi sebeplerle uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin neden olmaması gerekir. Bununla birlikte, gece iniş ve kalkış yasağı, bir olağanüstü hal olarak kabul edilmez¹³⁹. Bir havaalanının uçuşlara belirli zamanlarda düzenli olarak kapandığı durumları, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi bilebilir, hatta bilmek zorundadır. Bu durum, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi için şaşırtıcı, öngörülemeyen, kontrol edilemeyen bir olay değildir¹⁴⁰. Fakat gecikme ve iptalin gece iniş/kalkış yasağı nedeniyle olması gerekir. Örneğin; hava trafik kontrolündeki radarın geçici arızalanması nedeniyle planlanan kalkış zamanı ertelenmiş ve ertelenen bu kalkış için yeni bir kalkış slotu verilmiş, bu nedenle, varış zamanı, iniş yapılacak havaalanındaki gece uçuş yasağına denk gelmişse, olağanüstü halden bahsedilebilir¹⁴¹.

d. Grev

Tüzüğün 14 nolu gerekçesinde ve Yönetmeliğin 4/ğ maddesinde olağanüstü haller için verilen örnekler arasında sayılmasına rağmen, en çok tartışılan ve ihtilaf konusu olan olaylardan biri de grevdir¹⁴². Grevin, olağanüstü hal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği; grevin uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal rutin icrasının içinde yer alıp almadığı ve greve uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin etki edip edemediğine ilişkin sorulara verilecek cevaplara göre belirlenecektir. Genellikle, grevin olağanüstü hal olarak nitelendirilmesi meselesinde, grevin işletme içi ya da dışı olmasına önem verilmektedir¹⁴³.

¹³⁹ Schmid, NJW 2015, s. 515; gece iniş/kalkış yasağının, olağanüstü hal olup olmadığına ilişkin farklı kararlar için bakınız Blankenburg, s. 168.

¹⁴⁰ Bu nedenle, bir uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi kalkışı, kalkış havaalanındaki gece uçuş yasağına yakın bir zaman için planlıyorsa, uygun zamanda yolcuların binış yapmalarını ve bagajların yüklenmelerini sağlamak zorundadır ki, uçak, gecikme olmaksızın park pozisyonundan ayrılabilin. Eğer, uçak, gecikmeli çıkış yapıp, kalkış pistindeki kalkış noktasına zamanında gelemez, kalkış slotunu kaybeder ve bu yüzden hava trafik kontrolü, kalkış iznini reddederse, bu, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini sorumluluktan kurtarmaz. Fakat uçak, gecikme olmaksızın park pozisyonundan ayrılırsa, daha sonraki gecikmeler kural olarak uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin alanında değildir. Böyle bir durumda uçak, kalkış noktasına gece uçuş yasağı başladıktan sonra ulaşırsa, bu olağanüstü hal olur (Schmid, NJW 2015, s. 515).

¹⁴¹ Schmid, NJW 2015, s. 515.

¹⁴² Tonner, Kn. 33.

¹⁴³ BGH 21.08.2012 tarihli X ZR 138/11 sayılı kararıyla, grevi, kural olarak olağanüstü hal sayıp, işletme içi- dışı arasında fark bulunmadığına karar vermiştir (naklen Blankenburg, s. 167 dn 82) grevin işletme içi-dışı olmasında fark bulunmadığı

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin elemanlarının yapmış olduğu grevler, yani işletme içi grevler, olağanüstü hal olarak kabul edilmemektedir¹⁴⁴. Bunun gerekçeleri¹⁴⁵: -uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetini icra etmek için kullanmış olduğu çalışanları ile her zaman bir anlaşmazlık, bir uyuşmazlık çıkması olasılığının bulunması ve bunun sıra dışı bir durum olarak nitelendirilemeyecek olması; böyle bir iş uyuşmazlığı sonrası bir hukuki araç olarak greve gidilmesinin de normal olması, yani uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin rutin işleyişinin içinde yer alması; - İş uyuşmazlığının taraflarından birisinin de uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi olup, iş uyuşmazlığını çözüme kavuşturmanın ve grevi nihayetlendirmenin onun elinde olması, bir başka deyişle, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kontrolü dışında olan, onun hükmedemeyeceği, etkileyemeyeceği bir durum olmamasıdır.

İşletme dışı olarak nitelendirilen grevlerde, yukarıda işletme içi grevlerde ortaya konulan gerekçelerin geçerli olmaması nedeniyle, kural olarak bu tür grevler¹⁴⁶, olağanüstü hal olarak nitelendirilebilmektedir¹⁴⁷. Örneğin; havaalanı işletmesinin çalışanlarının grevi, yer hizmetleri işleticisinin elemanlarının grevi, hava trafik kontrolörlerinin grevi¹⁴⁸, güvenlik kontrol personelinin grevi¹⁴⁹ gibi.

hususunda aynı yönde görüş için bakınız **Führich**, MDR 7/2007, s. 7; **Janköster**, Jans Peter: Fluggastrechte im internationalen Luftverkehr, Verspätung von Fluggästen, Überbuchung und Annullierung von Flügen, Tübingen, 2009, s. 251; **Marti**, s. 219; **Schladebach**, s. 504; Sadece işletme dışı grevlerin, olağanüstü hal olarak değerlendirileceği hakkında bakınız **Bartlik**, s. 278; **Staudinger**, Ansgar/**Schürmann**, Dominik: Die Entwicklung des Reiserechts in den Jahren 2009/2010, NJW 2010, s. 2775; **Schmid**, Kn. 93; **Wiede**, Kn. 276.

¹⁴⁴ **Bartlik**, s. 278; **Rodegra**, s. 375; **Staudinger/Schürmann**, s. 2775; **Schmid**, Kn. 93; **Wiede**, Kn. 276; **Tonner**, Kn. 33; **Hoffman/Scheu**, s. 373; **Woitkewitsch**, s. 194; **Bosch/Lorz**, s. 107.

¹⁴⁵ **Bartlik**, s. 278; **Staudinger/Schürmann**, s. 2775; **Schmid/Hopperdietzel**, s. 1910; **Schmid**, Kn. 93; **Wiede**, Kn. 276; **Tonner**, Kn. 33; **Hoffman/Scheu**, s. 373; **Bosch/Lorz**, s. 107; **Blankenburg**, s. 167.

¹⁴⁶ Hukukumuzda, Yönetmelik kapsamında olmamakla birlikte, Varşova Konvansiyonu'nun 20.maddesi gereğince gecikmelerden doğan zararlar nedeniyle verilen Yargıtay 11.HD. 30.11.2010 tarihli kararında; Paris havaalanındaki grevin, çok önceden kamuoyuna duyurulmuş olması nedeniyle, öngörülemez bir durum olarak kabul edilmeyeceğinden, taşıyıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağına karar verilmiştir (11. HD 30.11.2010 T, 2009/1321 E., 2010/12258 (yayınlanmamış) naklen **Akkurt**, s. 300 dn 503).

¹⁴⁷ **Bosch/Lorz**, s. 107; **Hoffman/Scheu**, s. 374.

¹⁴⁸ **Schmid**, Kn. 98.

¹⁴⁹ **Schmid**, Kn. 97; **Wiede**, Kn. 276.

C-195/17 vd sayılı ABAD kararı¹⁵⁰nda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin çalışanlarının kanun dışı grevi, olağanüstü hal olarak kabul edilmemiştir¹⁵¹. Söz konusu olayda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, işletmeyi yeniden yapılandırma planını sürpriz bir şekilde çalışanlarına bildirmesinin, kanun dışı greve sebepiyet verdiği, ifade edilmiştir¹⁵². Bu, işletmedeki işçi temsilcisinin ilan ettiği bir çağrıya bağlı olarak değil, aksine rapor alan çalışanların bizzat kendilerinin spontane şekilde bildirdikleri bir çağrıya bağlı olarak gelişmiştir¹⁵³. İşletme yönetimi tarafından bildirilen yeniden yapılandırma tedbirleriyle aniden karşı karşıya kaldıklarında taleplerini duyurabilmek için çalışanların, bu kanun dışı grevi yapmış oldukları tespit edilmiştir¹⁵⁴. Her ne kadar TUIfly tarafından, normalde sağlık raporu alarak işe gelmeyen çalışanların sayısının %10 civarında olurken, 01.10.2016-10.10.2016 arasındaki 10 günde bu oranın, kokpit personelinde %34’den % 89’a kadar, kabin personelinde ise %24’den %62’ye kadar artmış olduğu, bu beklenmeyen yoğunluğun alışılmış, sıradan bir durum olmadığı iddia edilse de ABAD aynı kanaatte değildir. ABAD’na göre; yeniden

¹⁵⁰ Karara konu olayda; TUIfly havayolları yönetimi, bir başka havayolları ile birleşip, yeni bir yapılanmaya gideceğine ilişkin planını, 30.09.2016 tarihinde personeline bildirmiştir. (Bu yeni yapılanma 9 bin personeli etkileyecektir). Bu bildirim sonrası, TUIfly personeli, sağlık raporu alıp, işe gelmemiş, bu yüzden 03.10.2016-08.10.2016 arasında yapılacak tüm uçuşlar ya iptal edilmiş ya da uzun gecikmelerle yapılmıştır.(03.10.2016’da 24 uçuşta uzun gecikme; 04.10.2016’da 29 uçuşta uzun gecikme, 7 uçuşta iptal; 05.10.2016’da uçuşların büyük kısmında iptal; 07-08.10.2016’da Almanya çıkışlı tüm uçuşlarda iptal yaşanmıştır.) Bu uçuşların yolcuları, TUIfly havayollarından tazminat talep etmiş, TUIfly, bu durumu, olağanüstü hal olarak nitelendirerek, bu talepleri reddetmiştir (17.04.2018 Krüsemann vd./TUIfly (ECLI: EU: C:2018:258)); ABAD’ının bu kararı sonrasında, uygulamada, çalışanların grevlerinin ne Tüzük, ne de AB 2015/23 sayılı yeni Pakettur Yönetmeliği açısından olağanüstü hal sayılacağı hususunda bakınız **Führich**, Ernst: Innerbetrieblicher “wilder Streik” als aussergewöhnlicher Umstand der Fluggastrechte-Verordnung, MDR 13/2018, s. 772; aynı yönde **Flöthmann**, Marc: EuGH Verbraucherschutz: Ausgleichszahlungen nach Flugausfall trotz “wilden Streiks” des Flugpersonal, EuZW 2018, s. 461.

¹⁵¹ West London County Court 17.04.2009 tarihli Rigby/Iberia kararında, kanun dışı grevi, olağanüstü hal olarak kabul etmiştir (naklen **Schmid**, Kn. 96); AG Erding 22.02.2017 tarihli kararında, kanun dışı grevin ilk günündeki uçuşlar için bunu, olağanüstü hal olarak kabul etmiştir (naklen **Schmid**, Kn. 96); Kanun dışı grevi, olağanüstü hal olarak görmeyen kararlar, özellikle greve benzer olaylar şeklinde olağanüstü hal olarak Tüzüğün 14 nolu gerekçesinde sayılan grev kavramını genişletmemek gerektiği noktasında BGH 21.08.2012; AG Bühl 20.02.2017; AG Erding 20.03.2017 (naklen **Schmid**, Kn. 96 a, 96e).

¹⁵² 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 38 (ECLI: EU: C:2018:258).

¹⁵³ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 38 (ECLI: EU: C:2018:258).

¹⁵⁴ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 39 (ECLI: EU: C:2018:258).

yapılandırma ve işletmenin yeniden organize edilmesi, işletmenin, işletme-ekonomisi tedbirlerindedir¹⁵⁵. Böyle tedbirlerin meydana getireceği sosyal sonuçlardan oluşacak riskler, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından, faaliyetinin rutin işleyişinin bir parçası olarak göze alınmalıdır¹⁵⁶. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, faaliyette bulunurken, çalışanlarıyla veya çalışanlarının bir kısmıyla fikir ayrılığı veya uyuşmazlık yaşaması, sıra dışı bir durum değildir¹⁵⁷. Ayrıca, somut olaydaki bir kanun dışı greve, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından fiilen etki edilemeyeceği, hükmedilemeyeceği de kabul edilemez¹⁵⁸. Nitekim işletme ile çalışan temsilcileri arasında sağlanan anlaşma sonrası, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin kararının (yeniden yapılanma) yol açtığı kanun dışı grevin sonlandırıldığı, tespit edilmiştir¹⁵⁹. Bunun yanı sıra, ABAD'na göre, grevin olağanüstü hal olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, üye devletin iç hukukuna göre, grevin, hukuka uygun olup olmadığına göre belirlenemez. Aksi takdirde, yolcuların tazminat hakları, her üye devletin iş ve toplu iş hukukundaki mevzuatına bağlanmış olur ki, bu da Tüzüğün amacıyla bağdaşmaz¹⁶⁰. Sonuç olarak, eğer somut olayda olduğu gibi, uçuş personelinin büyük bir kısmının spontane olarak işe gelmemesi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yeniden yapılanma planının sürpriz bir şekilde çalışanlarına bildirilmesine dayanıyor ve işçi temsilcisi tarafından ilan edilen değil, aksine spontane olarak sağlık raporu alan çalışanların kendilerinin ilan ettikleri bir çağrı sonucu oluyorsa, bu grevin, olağanüstü hal olarak kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir¹⁶¹.

¹⁵⁵ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 40 (ECLI: EU: C:2018:258).

¹⁵⁶ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 42 (ECLI: EU: C:2018:258).

¹⁵⁷ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 41 (ECLI: EU: C:2018:258).

¹⁵⁸ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 43 (ECLI: EU: C:2018:258).

¹⁵⁹ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 44 (ECLI: EU: C:2018:258).

¹⁶⁰ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 46-47 (ECLI: EU: C:2018:258).

¹⁶¹ 17.04.2018 C-195/17 vd Krüsemann vd./TUIfly no 48 (ECLI: EU: C:2018:258); Buna karşılık, bu davada Hukuk Sözcüsü olan Evgeni Tanchev, 12.04.2018 tarihli Görüşü'nde aksi yönde fikir beyan etmiştir. Tanchev'e göre; iş hukuku ve toplu iş hukuku kurallarına göre yasal olmayan bir iş bırakma yoluyla çalışanların uçuşların yapılması için önemli olan bir kısmının spontane şekilde işe gelmemesi, olağanüstü hal kabul edilmelidir (Bkz. Tanchev'in Görüşü için bakınız Hukuk Sözcüsü Evgeni Tanchev'in C-195/17 vd 12.04.2018 tarihli Görüşü, no 56-61, no 71 (ECLI: EU: C:2018:243)) ; Ayrıca, ABAD'nın bu kararı, yolcular lehine olsa da, bundan sonra uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi ile uyuşmazlık yaşayan çalışanların, arkalarına yolcuları alarak kanun dışı grev yoluyla uyuşmazlığı çözmeyi deneyecekleri; uçuşu icra eden hava işletmelerinin böyle aniden ortaya çıkacak toplu hastalanmalarla karşı karşıya kalma korkusuyla, çalışanlarının isteklerine boyun eğmeğe zorlanacakları, ifade edilerek eleştirilmiştir (Eleştiriler için bakınız **Flöthmann**, s. 460 vd.).

B. Makul Tedbirlerin Alınması

Uçuşun iptaline veya uzun gecikmesine bir olağanüstü hal sebebiyet vermişse, bu durum, tek başına, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini sorumluluktan kurtarmaya yetmemektedir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, sorumluluktan kurtulmak için, tüm makul tedbirleri alsaydı da bundan kaçınamayacağını ispat etmesi gereklidir¹⁶² (Tüzük m.5/3; Yönetmelik m.6/4¹⁶³).

Makul tedbirlerin alınmasıyla kaçınılabılır olan durumunun, sadece olağanüstü hallere mi yoksa onun sonuçlarına da mı (iptal ya da uzun gecikmeler) yönelik olduğu hususu tartışma yaratmıştır¹⁶⁴. Tüzüğün 5/3 hükmünün almanca ifadesinin gramer yapısı nedeniyle makul tedbirler alınmış olsaydı kaçınılabılır olma halinin, ilgi cümlesinde (Relativsatz) fiilin çoğul kullanılmış¹⁶⁵ olması nedeniyle, iptali değil, olağanüstü halleri tanımladığı savunulmuştur¹⁶⁶. Bu görüşe göre, tazminat sorumluluğundan kurtulmak isteyen uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, tüm makul tedbirleri almış olsaydı da olağanüstü halleri engelleyemeyeceğini ispat etmesi gerekir¹⁶⁷. Bununla birlikte, hem doktrinde hem içtihatlarda makul tedbir olarak ifade edilen tedbirler, sadece olağanüstü hallerden kaçınabilmeye imkân veren değil, aksine iptal veya uzun gecikmeden kaçınmaya imkân veren tedbir-

¹⁶² 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 39 (NJW 2009, s. 350); 12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no 24 (EuZW 2011, s. 527); 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no 27 (ECLI: EU: C:2017:342).

¹⁶³ “tüm tedbirler” ifadesini, AB Tüzüğü’nün 5/3 hükmünde yer alan “tüm makul tedbirler” olarak anlamak gerekir. Nitekim Yönetmeliğin 3. maddesinde, Yönetmeliğin, AB 11/2/2004 tarihli ve (EC) 261/2004 sayılı Tüzüğüne paralel olarak hazırlandığı, hükme bağlanmıştır.

¹⁶⁴ **Blankenburg**, s. 170; **Bosch/Lorz**, s. 108; **Sendmeyer**, s. 811; **Woitkewitsch**, s. 195.

¹⁶⁵ “dass die Annullierung auf aussergewöhnliche Umstände zurückgeht, *die* sich auch dann nicht *hätten vermeiden lassen*, wenn alle zumutbaren Massnahme ergrifen worden wären”.

¹⁶⁶ Tüzük 5/3 hükmünün, iptalin kaçınılmazlığından değil, olağanüstü hallerin kaçınılmazlığından bahsettiği belirtilmektedir Hukuk Sözcüsü Eleanor Scharpston’ın C-396/06 27.09.2007 tarihli Görüşü, no 26 (ECLI: EU: C:2007:555); **Blankenburg**, s. 170-171; **Bosch/Lorz**, s. 108; **Marti**, s. 192 vd.; **Sendmeyer**, s. 811; **Woitkewitsch**, s. 195; **Müller-Rostin**, NZV 2009, s. 433.

¹⁶⁷ **Blankenburg**, s. 170; ABAD da bu noktada, genelde olağanüstü hallerin kaçınılmazlığını dikkate almaktadır 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 39-40 (NJW 2009, s. 350); 12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no 27 (EuZW 2011, s. 527); 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no. 29 (ECLI: EU: C:2017:342).

lerdir¹⁶⁸. Bu bağlamda, özellikle 2010 tarihinden itibaren Alman Federal Mahkemesi kararlarında, makul tedbirler alınmasıyla olağanüstü hallerin sonuçlarından yani iptal veya uzun gecikmeden kaçınabilecek olup olmadığına önem verildiği görülmektedir¹⁶⁹. Doktrinde ağırlık kazanan görüşe¹⁷⁰ göre de uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, buna sebep olan olayla, meydana gelen iptal ya da gecikme arasındaki illiyet bağıını, makul karşı tedbirler yoluyla kesip kesemeyeceğinin araştırılması gerekmektedir¹⁷¹. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemekten kurtulmasını, sadece makul tedbirler alsaydı da olağanüstü durumlardan kaçınamayacağını ispat etmesine hasretmek, Tüzüğün, yolcuları daha etkili koruma amacıyla da bağdaşmayacaktır. Çünkü makul tedbirlerin alınmasıyla olağanüstü durumlardan kaçınılabilme, sıklıkla mümkün olmamasına rağmen, iptal veya uzun gecikmeden kaçınılabilmek mümkündür. Bu nedenle, makul tedbirler alınsaydı da olağanüstü hallerden kaçınılamayacağını ispatını yeterli görmek, birçok durumu, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminatla sorumlu tutulamayacağı alana sokmak anlamına gelecektir¹⁷².

AB Komisyonunun Tüzüğün değiştirilmesi hakkındaki 13.03.2013 tarihli Teklifinde¹⁷³, makul tedbir olarak ifade edilen tedbirler, iptali veya

¹⁶⁸ Örneğin; uçaktaki teknik arızanın olağanüstü hal niteliğinde olması halinde, yedek uçak bulundurmanın, makul tedbir olup olmadığı tartışmasında; makul tedbirler alınsaydı kaçınılabilecek olan durumun olağanüstü haller olduğunu kabul eden görüşe göre; mantıken kullanılacak uçaktaki teknik arızanın (olağanüstü hal), yedek uçak bulundurulması (makul tedbir) yoluyla engellenemeyeceği için yedek uçak bulundurma, makul tedbir değildir. Bartlik'e göre ise, olağanüstü hal, arıza değil, arıza nedeniyle uçağın kullanılabilir olmamasıdır. Bu nedenle, yedek uçak bulundurulması makul tedbirdir (**Bartlik**, s. 276); OLG Frankfurt a.M bir kararında, yedek uçak bulundurmaya, makul tedbir olarak görüp, makul haftalık yedek uçak sayısının tespiti için bir formül öngörmüştür (naklen **Bartlik**, s. 276 dn 40); ayrıca bakınız **Hoffmann-Grambow**, s. 214; aksi yönde **Müller-Rostin**, NZV 2009, s. 433.

¹⁶⁹ **Blankenburg**, s. 171 dn 116-118 deki kararlar.

¹⁷⁰ **Boehe**, Markus: Streikbedingte Umorganisation des Flugplans als aussergewöhnlicher Umstand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 der Fluggastrechte-Verordnung!?, RRA 5/2017, s. 210-211; **Hoffmann-Grambow**, s. 213-214; **Rodegra**, s. 376; **Sendmeyer**, s. 811; **Bartlik**, s. 276; **Führich**, MDR 7/2007, s. 6; **Führich**, MDR 13/2018, s. 770; **Hoffman/Scheu**, s. 375; 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no. 34 (ECLI: EU: C:2017:342).

¹⁷¹ Örneğin; eğer uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi; iptalin ya da gecikmenin kötü hava şartları nedeniyle oluştuğunu ve uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin veya havaalanı işletmesinin kışa veya genel olarak kötü hava şartlarına hazırlığa ilişkin makul tedbirlerle, bunu engelleyemeyeceğini ispat edebilirse, tazminat ödemekten kurtulur (**Sendmeyer**, s. 812).

¹⁷² **Blankenburg**, s. 171.

¹⁷³ Bu husustaki açıklamalar için bakınız IV-A.

uzun gecikmeden kaçınmaya imkân veren tedbirler olarak kabul edilerek, söz konusu tartışma sonlandırılmak istenmiştir¹⁷⁴. Teklif’te, Tüzüğün 5 maddesinin 3. fıkrasında, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemekten kurtulmak için iptale olağanüstü hallerin neden olduğunu ve tüm makul tedbirleri alsaydı da iptali engelleyemeyeceğini kanıtlanması gerektiği düzenlenmiştir.

Bu durumu, Yönetmeliğin 6/4 hükmü “*uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tüm tedbirleri almasına rağmen olağanüstü hallerin iptale neden olduğunu kanıtlayabildiği takdirde... tazminat ödemekle yükümlü olmaz*” şeklinde düzenlemiştir. Kanımızca bu ifadeden tüm tedbirler alınmasıyla olağanüstü hallerin sonuçlarından da yani iptalden kaçınabilecek olmasına önem verildiği söylenebilecektir.

Hem Tüzük, hem de Yönetmelik¹⁷⁵; kanıtlanması halinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini sorumluluktan kurtaracak olan, alınması beklenen tüm makul tedbirlerin, ne olduğu hakkında bir açıklık taşımamaktadır. “*Tüm makul tedbirler*” den ne anlaşılması gerektiği, kapsamı ve tespiti için gereken kriterler, içtihatlar yoluyla belirlenmiştir¹⁷⁶. Özellikle, ABAD kararları, Birlik hukukunda yeknesak bir uygulama sağlama noktasında kriterlerin tespitinde önemli bir yere sahiptir.

Olağanüstü hal kavramı açısından ilke kararı niteliğinde olan C-549/07 sayılı ABAD Kararı¹⁷⁷’nda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, iptalin olağanüstü hal nedeniyle oluştuğunu ve tüm makul tedbirleri alsaydı da bundan kaçınamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği belirtilmiştir. Yukarıda açıkladığımız üzere Kararda, bir olayın olağanüstü hal olarak nitelendirilmesi için hangi şartları taşınması gerektiği belirlenmiş, daha sonra ise makul tedbirlerden ne anlaşılması gerektiği hususunda kriterler tespit edilmiştir. Bu kararda tespit edilen ve daha sonraki kararlarda da uygulanan kriterlere göre; tedbirlerin “*makul*” sayılması için duruma uygun

¹⁷⁴ De lege ferenda (olması gereken hukuk)’nın hâkim görüşe göre konuyu çözdüğü hususunda bakınız **Hoffmann-Grambow**, s. 213, dn 9.

¹⁷⁵ Yönetmelik 6/4 yer alan “tüm tedbirler” ifadesini, AB Tüzüğü’nün 5/3 hükmünde yer alan “tüm makul tedbirler” olarak anlamak gerekir. Nitekim Yönetmeliğin 3. maddesinde, Yönetmeliğin, AB 11/2/2004 tarihli ve (EC) 261/2004 sayılı Tüzüğüne paralel olarak hazırlandığı hükme bağlanmıştır.

¹⁷⁶ Alman Federal Mahkemesi istikrar kazanmış kararlarında, gecikmenin veya iptalin engellenmesi için olağanüstü hallerin oluşmasından önce hangi önlemlerin alınacağı ve olağanüstü hallerin gerçekleşmesinden sonra hangi somut önlemlerin alındığını, farklı değerlendirmiştir (bu hususta ayrıntılı bilgi için bakınız **Blankenburg**, s. 172 vd.).

¹⁷⁷ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia , (NJW 2009, s. 347-350).

tedbirler olması gerekir, yani söz konusu alınacak tedbirler, olağanüstü halin meydana geldiği zamanda ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi için özellikle teknik ve ekonomik bakımdan katlanılabilir olmalıdır¹⁷⁸. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, karşı karşıya kaldığı ve uçuşun iptali ile sonuçlanan olağanüstü halden, tüm personel, ekipman ve finansal araçlarını (imkânlarını) kullansa da o andaki işletmenin kapasitesi bakımından katlanılabilir olmayan bir fedakârlık yapmaksızın kaçınmasının mümkün olmadığını kanıtlaması gerekir¹⁷⁹.

ABAD tarafından da kabul edilmiş olduğu üzere, makul tedbir kavramı, esnek olup, somut olaya bağlı olarak tanımlanabileceğinden, somut olayda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin duruma uygun olan tedbirleri alıp almadığı, söz konusu kriterler kullanılarak mahkemelerce tespit edilecektir¹⁸⁰.

ABAD belirlediği kriterleri dikkate alırsak, “*tüm makul tedbirlerden*”; o günün teknik şartlarına göre alınabilecek duruma uygun tedbirlerden ziyade, somut olaydaki uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, olağanüstü halin meydana geldiği an itibariyle, teknik ve ekonomik bakımdan katlanabileceği ve somut olaydaki halden kaçınmasına uygun olan tedbirler, kast edilmektedir. O andaki uygulanabilir teknik imkânlar ile kaçınmayı mümkün kılacak, alınabilecek olan tedbirler mevcut olmakla birlikte, bu tedbirlerin alınması somut olaydaki uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine, işletmesinin kapasitesinin (personel, ekipman ve finansal imkânları) üzerinde katlanamayacağı bir fedakârlık yapmasını gerektirecekse, bunlar, makul tedbir olarak

¹⁷⁸ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia no 40,42 (NJW 2009, s. 350) ve onu onaylayan ABAD kararları 12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no 25 no 29 (EuZW 2011, s. 527), 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no.28 (ECLI: EU: C:2017:342), 14.11.2014 C-394/14 Siewert/Condor no 17 (ECLI: EU: C:2014:2377); LG Frankfurt a.M görüşüne göre, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin hizmette bulunan elemanlarının iş zamanını aşmaları veya böyle bir tehlikenin bulunması durumları için yedek eleman bulundurma zorunludur. Mahkeme, makul tedbir olduğundan bahsederek, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, olağanüstü hale dayanamayacağını belirtmiştir (naklen **Staudinger/Krüger**, s. 2856); **Wiede**, Kn. 284.

¹⁷⁹ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia, no 41 (NJW 2009, s. 350) ve onu onaylayan ABAD kararları 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no. 29 (ECLI: EU: C:2017:342), 12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no 25 (EuZW 2011, s. 527); Tüzük 5/3 maddedeki “*tüm makul tedbirler*” ifadesinin “*katlanılamayacak fedakârlık*” ölçüsüne çıkarılarak, aşıldığı yönünde ABAD C-294/10 sayılı kararının eleştirisi için bakınız **Martí**, s. 192 vd. s. 223.

¹⁸⁰ 12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no 30 (EuZW 2011, s. 527) 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no. 30 (ECLI: EU: C:2017:342)..

nitelendirilemeyecektir. Burada amaç, yolcuları korumayı sağlarken, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine, onun mahvına neden olacak fahiş bir yük getirmek değildir.

Uçuşun iptali ve gecikmelerinde makul tedbir olarak, yolcuların, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin başka uçuşuna veya başka bir hava taşıma işletmesinin uçuşuna aktarılması¹⁸¹ veya bölgedeki başka bir havaalanına oradan da varma yerine taşınması kabul edilmektedir¹⁸².

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yedek uçak bulundurmasının, makul tedbir¹⁸³ olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu, doktrin ve uygulamada oldukça tartışılmıştır¹⁸⁴. ABAD'nın yukarıda belirttiğimiz kararı¹⁸⁵ ile teknik arızalar, kural olarak olağanüstü hal kabul edilmeyip, çok sınırlı kapsamda teknik arızanın olağanüstü hal sayılması kabul edildiği için bu yöndeki tartışma nispeten önemini yitirmiştir. Olağanüstü hal niteliğindeki bir teknik arıza veya kuş çarpması gibi dış etkenler nedeniyle uçağın işletme dışı kalması durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yedek uçak bulundurması, uçuşun iptali veya gecikmesini engeller. Bu tedbirin, makul sayılması, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin ekonomik ve teknik kapasitesi ölçüsünde söz konusudur. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yedek uçak bulundurmasını, makul tedbir olarak görmeyenler¹⁸⁶; her uçak tipinin birbiriyle ikamesinin mümkün olmaması; her uçuş ekibinin her uçağı kullanmasının söz konusu olmaması¹⁸⁷; birçok

¹⁸¹ Bir tedbir değil, tazminatı ödemedi kaçınmak için ek bir imkân olduğu yönünde bakınız **Blankenburg**, s. 174 ve dn 146 BGH 12.6.2014 X ZR 121/13 kararı; Ayrıca ABAD C-83/10 Sousa Rodriguez vd/Air France Kararında, başka uçuşa aktarılmayı, iptal olarak nitelendirmiştir 13.10.2011 C-83/10 Sousa Rodriguez vd/Air France no 29 (ECLI: EU: C:2011:652). Marti'ye göre, yolcunun aktarma yapacağı uçağı yetişmesi için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, yolcuyu, başka bir uçuşa aktarıyorsa, zararı azaltma külfetini ifa etmiş olmasına rağmen, ABAD'nın bu kararına göre, iptal nedeniyle tazminat ödemek zorundadır (s. 201).

¹⁸² **Schmid**, NJW 2006, s. 1844 dn 48.

¹⁸³ İkame/yedek uçak kullanımının Tüzüğü'nün 5/3 maddesi anlamında bir tedbir niteliğinde olmadığı hususunda bakınız **Hoffmann-Grambow**, s. 215; Yedek uçak bulundurmamayı, hukuken bir yükümlülük değil, külfet olarak niteleyen görüş için bakınız **Marti**, s. 195, s. 198.

¹⁸⁴ **Bartlik**, s. 276; **Woitkewitsch**, s. 195; **Hoffman/Scheu**, s. 374; **Marti**, s. 208.

¹⁸⁵ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia , (NJW 2009, s. 347-350).

¹⁸⁶ **Bosch/Lorz**, s. 109; **Hoffmann-Grambow**, s. 215 vd.; Ayrıca, teknik arızanın yani olağanüstü halin, yedek uçak bulundurmamayı engellenemeyeceği için yedek uçak bulundurmanın, makul tedbir olmadığı görüşünün eleştirisi için bakınız **Bartlik**, s. 276.

¹⁸⁷ Pilotların, bir uçak modeli ile uçabilmeleri için bu modeli kullanma yetkinliğine (type rating/uçak tip intibak eğitimi) sahip olmaları gerekir.

ülkeye uçuşu olan hava taşıma işletmesinin her ülkede yedek uçak bulundurmasının beklenebilir olmaması gibi nedenleri ileri sürmektedir¹⁸⁸. Bunun yanında, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, yedek uçak bulundurmasını, ancak işletmenin kendi ülkesindeki havaalanlarında ve operasyonel olarak önemli olan bağlantı noktalarındaki havaalanlarında¹⁸⁹, makul tedbir olarak sayılmasını kabul edenler de mevcuttur¹⁹⁰. ABAD Hukuk Sözcüsü Scharpston 27.09.2007 tarihli Görüşünde, kural olarak uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, yedek uçak bulundurması gerektiğini, yedek uçağın, hava taşıma işletmesinin kendi uçağı olmasının gerekli olmayıp, başka işletmeden kiralayabileceğini¹⁹¹ belirtmiştir¹⁹². Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, yedek uçak bulundurmasının makul tedbir olarak kabul edilmesi halinde, kaç yedek uçak bulundurması gerektiği, hava taşıma işletmesinin filosundaki uçakların nitelikleri, işletme dışı uçak sayısı, geçmişte karşı karşıya kaldığı olaylar vb. dikkate alınarak, tespit edilecektir¹⁹³. Alman Federal Mahkemesi, daha önceki kararlarından farklı olarak 12.6.2014 tarihli kararında¹⁹⁴, yedek uçak bulundurmanın, hava taşıma işletmesine, ekonomik

¹⁸⁸ Bu yüzden çok geniş bir araç parkı ve personel havuzunun hazır bulundurulması gerekir. Bu nedenle, ekonomik bakış altında yedek uçak yerine uçak kiralamanın veya yolcuların başka uçuşlara aktarılmasının, makul tedbir olacağı yönünde bakınız **Hoffman/Scheu**, s. 374; uçak kiralamanın, makul tedbir olarak sayılması **Blankenburg**, s. 172.

¹⁸⁹ Başka bir havaalanındaki yedek uçağın, diğer bir havaalanında arızalanan uçak için o havaalanına, boş olarak gitmesinin masrafı, iptal durumunda tüm yolculara ödenecek olan tazminatın altında olabilir. Bu nedenle, bu, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine yük getirmiş olmaz (**Bartlik**, s. 277).

¹⁹⁰ **Schmid**, NJW 2015, s. 516; Örneğin Lufthansa için Frankfurt a.M, Münih, Zürih; Air Berlin için Berlin; Air France ve KLM için Paris ve Amsterdam; British Airways için Londra (naklen **Bartlik**, s. 277 dn 45).

¹⁹¹ Bunun uzun süreli sezon leasingi için mümkün olup, kısa süreli leasing'in mümkün olmayacağı, çünkü birden çok hava taşıma işletmesini etkileyen durumlarda veya yüksek sezonda, kısa süreli kiralamanın çok zor, hatta imkânsız olması nedeniyle, bu görüş eleştirilmiştir (**Schmid**, Ronald: Zumutbare Maßnahmen eines Luftfahrtunternehmens bei Flugannullierung und Verspätung, NJW 2014, s. 3280).

¹⁹² Hukuk Sözcüsü Eleanor Scharpston'nun C-396/06 27.09.2007 tarihli Görüşü, no 47 (ECLI: EU: C:2007:555).

¹⁹³ Hukuk Sözcüsü Eleanor Scharpston'nun C-396/06 27.09.2007 tarihli Görüşü, no 47 (ECLI: EU: C:2007:555); **Schmid**, NJW 2014, s. 3280; Örneğin; filonda, ağırlıklı olarak eski olup bu nedenle arıza yapma ihtimali fazla olan uçak kullanan işletme, ağırlıklı olarak filonda, yeni uçak bulunduran işletmeye nazaran daha çok yedek uçak bulundurmak zorundadır (**Schmid**, NJW 2014, s. 3280)

¹⁹⁴ Naklen **Hoffman/Scheu**, s. 374; Bu karar; sınırlı sayıda yedek uçak bulundurmanın "katlanılamayacak fedakârlık" ölçüsünü aşmayacağı ve Tüzüğün yolcuların en üst düzeyde korunması amacına uygun olmayacak şekilde, merkeze, hava taşıma işletmesinin ekonomik durumunu aldığı için eleştirilmiştir (**Schmid**, NJW 2014, s. 3280).

bir yük getireceği gerekçesiyle, yedek uçak bulundurmaya, makul tedbir olarak kabul etmemiştir¹⁹⁵.

Uçakta meydana gelen bir teknik arıza sebebiyle uçuşun iptal edilmesi durumunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, uçağın, yasal olarak zorunlu tutulan asgari bakımını yaptırmış olması, onun, tüm makul tedbirleri almış olduğunu kanıtlamış olması için yeterli kabul edilmemektedir¹⁹⁶. Özellikle, periyodik bakım arasında çıkacak olan arızalar, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin risk alanında olup, gerekli yasal periyodik bakımların yaptırılmış olması, bu yüzden, yeterli bulunmamaktadır¹⁹⁷.

Mürettebatın azami mesai süresinin¹⁹⁸ dolması¹⁹⁹ veya grev durumlarında mürettebatın mevcut olmaması veya eksikliği, uçuşun iptali veya gecikmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu durumlarda, yedek mürettebat bulundurma, makul tedbir²⁰⁰ olarak dikkate alınmaktadır²⁰¹. Grev durumunda

¹⁹⁵ BGH, yedek uçak bulundurma için 1 yedek uçağın aylık masrafının 500.000 Euro olup, bunun ekonomik olarak makul olmadığına karar vermiştir (naklen **Hoffman/Scheu**, s. 374 dn 72, dn 73); 180 kişilik A320 kısa süreli kiralınmasında asgari günlük fiyatın 61.800 EUR olduğu hususunda bakınız **Hoffmann-Grambow**, s. 216 dn 29.

¹⁹⁶ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann/Alitalia no 41, 43 (NJW 2009, s. 347-350); Böyle bir teknik arızada, işletmesel risk, gerçekleşmiştir. Bu nedenle, gerekli tüm özen gösterilerek, süresine ve kuralına uygun olarak bakım yapılmış olsa da bu arıza, olağanüstü hal olarak tazminat ödemekten kurtulmayı sağlamaz (BGH 12.11.2009 Xa ZR 76/07 Kn. 23 (NJW 2010, s. 1070)); Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçağının arıza yapacağını bilmesine rağmen, buna karşı yasal olarak yapılması gereken bakımları yaptırmaktan başka yapabileceği bir şey olmaması nedeniyle, yasal olarak gerekli bakımın yapılmasının, makul tedbir olarak sayılması görüşü için bakınız Hukuk Sözcüsü Eleanor Scharpston’ın C-396/06 27.09.2007 tarihli Görüşü, no 45 (ECLI: EU: C:2007:555); **Müller-Rostin**, s. 224; Ayrıca, bakım yapılmasını, makul tedbir olarak kabul etmeyen 22.12.2008 C-549/07 ABAD kararının eleştirisi için bakınız **Müller-Rostin**, NZV 2009, s. 432; **Wienbracke**, s. 54.

¹⁹⁷ **Marti**, s. 203 vd, s. 208; **Schmid**, Kn. 39.

¹⁹⁸ Hukukumuzda, bu süreler, SHGM 12.10.2015 tarihli Uçuş ve Görev Süresi Sınırlamaları İle Dinlenme Gereklikleri Talimatı (SHT-FTL) ile düzenlenmiştir (http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/2018/SHT-FLT_Rev02.PDF) (E.T.27.03.2019).

¹⁹⁹ Mürettebatın azami mesai süresinin dolmasının, olağanüstü hal olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususundaki tartışmalar için bakınız **Blankenburg**, s. 169.

²⁰⁰ Örneğin; OLG Frankfurt a.M bir kararına yansıyan olayda; yoğun kar yağışı nedeniyle, uçakların kalkış öncesi buz çözme işlemi dolayısıyla yaşanan gecikmede, kötü hava şartlarına, olağanüstü hal olarak dayanılmıştır. Uçak, buz çözme işleminden 25 dakika sonra kalkabileceği halde, buzlanma giderildiğinde mürettebatın kanunen azami mesai zamanı dolmuş olduğundan ve yedek mürettebat bulunmadığından, uçuş, mürettebatın kanunen öngörülen dinlenme süresi sonrasında yapılabilmiştir. Burada, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, buz çözme işlemi nedeniyle oluşan vakit kaybı nedeniyle, mürettebatın azami mesai süresinin dolacağını hesaplayarak, uçuşun, buz çözme işlemi

da; grevde olmayan mürettebatın kullanımının²⁰²; başka işletmelerin uçaklarının mürettebatlı olarak kiralanması veya yolcuların, başka hava taşıma işletmelerinin uçuşlarına aktarılması, makul tedbir olarak kabul edilmektedir²⁰³.

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin olağanüstü hallere göre, uçuş planını tekrar organize etme hakkının, bir makul tedbir sayılıp sayılamayacağı hususu Alman Federal Mahkemesinin 21.08.2012 kararı²⁰⁴ nedeniyle tartışılmıştır²⁰⁵. Bu karar, doktrinde eleştirilmiştir²⁰⁶. Çünkü iptal, söz konusu uçuşun yapılmasını engelleyen bir olağanüstü hal nedeniyle oluşmalıdır, yani iptal ile olağanüstü hal arasında bir illiyet bağının oluşması gereklidir²⁰⁷. Olağanüstü hal nedeniyle uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin uçuş planını tekrar düzenleme hakkı/yetkisi ne Tüzükte ne de ABAD kararlarında yer almaktadır²⁰⁸. Aksine, uçuş planını tekrar düzenleme hususunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin almış olduğu bu karar, iptal ve olağanüstü hal arasındaki illiyet bağını kesmektedir²⁰⁹. Uçuş planı tekrar düzenlenerek, bir anlamda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, hangi yolculara tazminat ödemeyeceğine karar vermektedir. Bu ise, Tüzüğün amacıyla da ABAD'nın bakış açısı²¹⁰yla da bağdaşmaz. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuş

sonrası yapılabilmesi için yedek mürettebatı hazır bulundurması gerektiği, bunun, makul tedbir olup, alınmadığı sonucuna varılmıştır (naklen **Schmid, Ronald/Hopperdietzel**, Holger: Fluggastrechte- eine Momentaufnahme, NJW 2010, s. 1908.)

²⁰¹ Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin mesaide olan mürettebatın azami mesai süresi aşılması durumu için yedek mürettebat bulundurması gerektiği ve bunun, makul tedbir olduğu yönünde **Staudinger/Krüger**, s. 2856 dn 54 teki karar.

²⁰² Şayet, ferdi veya toplu iş sözleşmelerinde, buna yasak getirmiş bir kural yoksa uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, greve dâhil olmayan, izindeki mürettebatı göreve çağırabilir (**Marti**, s. 220).

²⁰³ **Schmid/Hopperdietzel**, s. 1909; **Marti**, s. 220.

²⁰⁴ Karara konu olayda, mahkeme, Pilotlar Birliği "Cockpit" tarafından yapılan grevi, olağanüstü hal saymış ve bu grev nedeniyle uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin mümkün olduğunca en az sayıda yolcunun bundan etkilenmesi için greve dâhil olmayan pilotları, yapılması gereken uçuşlara dağılımını tekrar yaparak, uçuş planını yeniden organize etme hakkı olduğuna karar vermiştir. (BGH X ZR 138/11 (NJW 2013, s. 374 vd.)).

²⁰⁵ **Boehe**, s. 210 vd.

²⁰⁶ **Boehe**, s. 210 vd.

²⁰⁷ **Boehe**, s. 211.

²⁰⁸ **Boehe**, s. 215.

²⁰⁹ **Boehe**, s. 214.

²¹⁰ ABAD Finnair kararında, olağanüstü halin hangi uçuşu etkilemişse, ancak, o uçuştaki yolcular için tazminattan kurtulma sebebi olacağına karar vermiştir. Karardaki olayda,

planını çok önce yapmakta ve planlanan uçuşta yer alacak uçuş ekibi de kabin ekibi de belirlenmektedir. Uçuş planında o uçuş için görevlendirilmiş pilotlar, greve dâhil olduklarından söz konusu uçuş yapılamıyorsa, ancak, bu durumda, iptal ve olağanüstü hal arasında illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilerek, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin olağanüstü hal savunması dinlenebilir²¹¹.

Hava koşulları yukarıda da belirttiğimiz gibi, kural olarak, olağanüstü hal olarak nitelenmemekte, ancak çok ağır ve etki alanı geniş olan hava koşulları, olağanüstü hal olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda, havaalanındaki sis, ancak tüm uçuşu icra eden hava taşıma işletmelerini aynı şekilde etkileniyorsa, olağanüstü hal kabul edilir²¹². Bununla birlikte, hava koşulları nedeniyle havaalanının uzun süre kapatılması²¹³ halinde bunu engellemek için alınacak makul tedbir söz konusu olmayacaktır²¹⁴. Bu gibi durumlarda, yakındaki bir başka havaalanı alternatif olarak düşünülse de hava olaylarının çok sınırlı alanda etkili olmaması nedeniyle, çoğu zaman, söz konusu havaalanı da aynı etki alanında olacaktır²¹⁵.

Kuş çarpmasını, olağanüstü hal olarak gören ABAD, sorumluluktan kurtulmak için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, makul tedbirleri aldığı kanıtlanması gerektiği noktasında, makul tedbirleri yorumlamıştır. Bu tür olay için makul tedbirler içine; bir kuşla çarpışma riskini azaltmak ve ortadan kaldırmak için kuşların mevcudiyetine karşı alınacak önleyici-

grev nedeniyle uçuşu iptal edilen yolcu, başka uçuşa aktarılmış ve bu nedenle, aktarılan uçuştaki bir yolcu, uçağa kabul edilmemiş ve bu yolcuya karşı olağanüstü hale, greve, dayanılmıştır. ABAD, olağanüstü hal hangi uçuşu etkiliyorsa, ancak o uçuş için sorumluluktan kurtulma nedeni olacağına karar vermiştir (04.10.2012 Finnair/Timy Lassooy (ECLI: EU: C:2012:604)).

²¹¹ **Boehe**, s. 214.

²¹² Havaalanındaki sis nedeniyle olağanüstü hale dayanan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin uçağı, 30 m karar mesafesi, 400 m asgari pist görüşü sağlayan CAT II ile yani asgari teçhizatla donatılmış bir uçaksa, bu nedenle inememişse, bu, olağanüstü hal kabul edilmez. Çünkü havaalanında sis ihtimali olan uçuşta, filosundaki daha iyi teçhizatlı (CAT III a veya CAT III b) bir uçağını kullanmasıyla, bu durumu bertaraf etmesi mümkün iken bunu yapmayan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tüm makul tedbirleri almış olarak değerlendirilemeyecektir (**Schmid**, Kn. 66).

²¹³ Havaalanının hava koşulları -özellikle ortadan kalkacağı zaman öngörülebiliyorsa- nedeniyle geçici kapatılması durumunda, hava koşulları düzeliş, havaalanının uçuşlara açılmasını beklemek, makul tedbir olarak kabul edilmektedir (**Wiede**, Kn. 278; **Marti**, s. 214).

²¹⁴ **Marti**, s. 214.

²¹⁵ **Marti**, s. 214.

ihtiyati tedbirler girer²¹⁶. Makul tedbirleri alma yükümlülüğü, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine ait olduğu için, bu noktada, kuşla çarpışma riskini azaltan veya ortadan kaldırmaya yönelik tedbirleri, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin teknik ve idari alanda doğrudan veya dolaylı olarak alma yetkisine sahip olup olmadığına bakılması gerekir²¹⁷.

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tüm makul tedbirleri almış olması için; olağanüstü hallerden kaçınmak için meydana gelen olağanüstü hal ile bağdaşan gecikme ihtimalini, uçuş planında dikkate alması gerekir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, olağanüstü haller sona erdikten sonra, mümkün olduğu kadar çabuk şekilde²¹⁸ uçuşu yapabilecek şekilde uçuş planını yapmalıdır²¹⁹. Bu bağlamda, uçuşu icra eden hava taşıma işletme-

²¹⁶ Bu nitelikteki tedbirlere örnek olarak, ışık veya gürültü yoluyla kuşların ürküten cihazlar kullanılması, uzmanlarla (ornitologlarla/kuş bilimi uzmanlarıyla) işbirliği yapılması gösterilmiştir 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no 38 -39 (ECLI: EU: C:2017:342).

²¹⁷ 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no 43-44 (ECLI: EU: C:2017:342).

²¹⁸ Havacılıkta kalkış ve inişlerin yapılması için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine belirli bir zaman diliminin tahsis edilerek, bunun kullanılmasına izin verilmesi gerekir. Uçuşu planlanmış bir uçağa, belirli bir hava sahasını belirli bir zaman diliminde geçmesi ve dolayısıyla iniş kalkış için belirli havaalanlarını belirli zaman dilimlerinde kullanabilmesi şeklinde verilen bu izne slot (sıra/zaman) denilmektedir (slot kavramı için ayrıntılı bilgi için bakınız **Uslu, Suat**; Türkiye’de Havaalanlarındaki Slot Sorunları ve Çözüm Önerileri, Akademik Bakış Dergisi, Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, Sayı:50, Temmuz–Ağustos 2015, (<http://www.akademikbakis.org>) (E.T. 27.03.2019); **Cengiz, Ali**: Avrupa Birliği ve Türkiye’de Slot (Sıra/Zaman) Tahsisi Uygulaması ve Hukuki Değerlendirme, DEÜHFD, C.12, Özel Sayı (Burhan Ceyhan’a Armağan) 2010 (Basım Yılı 2012), s. 1105 vd.; **Schladebach**, s. 503). Bu zamanlara uyularak iniş ve kalkışların yapılması gerekir. Burada bir esneklik tanınsa da bu, sınırlı bir zaman aralığıdır. “DHMI Genel Müdürlüğü Slot Uygulama Talimatı”na göre; kalkış trafiklerinde + 30/-10 dakikalık, iniş trafiklerinde ise + / - 20 dakikalık veya 6 saat ve daha uzun uçuşlarda +/- 30 dakikalık operasyonel esneklik sağlanabilir. Uçağın kalkış için geç kalması durumunda ise, verilen slotu (sıra/zamanı) kaybetmesi ve yeni bir slot (sıra/zaman) tahsisi söz konusu olur. Teknik arıza, hava durumu (karşı havalimanı / havaalanındaki hava durumu da dâhil), divert, hava trafiğinden kaynaklanan sorunlar, grev, güvenlik, havalimanı / havaalanında hizmet alınan herhangi bir sistem ve ünitenin çalışmaması, salgın hastalık gibi nedenlerden planlanan saatte kalkamayacak ise; slot (sıra/zaman) kaybedilir, yeni bir slot (sıra/zaman) tahsisi için talepte bulunulması gerekir. Planlanan saatte kalkışın yapılamayacağı bu durumlarda, yeni slot (sıra/zaman) (yeni saat) tahsisi talebi, slot (sıra/zaman) zamanı sona ermeden yapılmalıdır. (https://www.dhmi.gov.tr/Lists/DosyaYonetimiList/Attachments/118/dhmi_slot_talimati.pdf) E.T.27.03.2019.).

²¹⁹ **Woitkewitsch**, s. 195; **Wienbracke**, s. 54; gece kalkış ve/veya iniş yasağı olan bir havaalanına yapılacak uçuşlarda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, uçuş saati, bu yasağa yakınsa, bunu dikkate alarak planlamalıdır. (**Hoffman/Scheu**, s. 374); bir

sinin, elinde olmayan sebeplerle gecikmeler yaşanabileceğini hesaba katarak, özellikle turn-around (umkehr)²²⁰ zamanını, bağlantılı uçuşlarda ise aktarma zamanını dar tutmayarak, uçuş planını yapması gereklidir. Hava taşıma işletmeleri sahip oldukları uçakları, rotasyona tabi tutmakta, yani gün içinde birden çok uçuş seferinde kullanmaktadır²²¹. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin önceki uçuşunda, kendi dışında gelişen nedenlerden dolayı oluşacak aksaklıklar, kısa gecikmeler, o uçağın kullanılacağı, diğer uçuşlarda iptale veya uzun gecikmelere sebepiyet verebilir²²². Bunu engellemek ve dakikliği sağlamak için uçuş planında iki uçuş arasında bir ihtiyat zamanı/ yedek zaman öngörülmalıdır²²³. Bunu dikkate almayan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, makul tedbirleri almamış olduğundan, olağanüstü hallerle dayanarak sorumluluktan kurtulamayacaktır. Olağanüstü haller sona erdikten sonra mümkün olduğu kadar çabuk şekilde uçuşu yapabilmek için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin imkânlarını doğru şekilde planlaması, ABAD C-294/10 sayılı kararında²²⁴, makul tedbir olarak kabul edilmiştir²²⁵.

olağanüstü hal nedeniyle gecikmeli kalkışın sonucu dolayısıyla uçuşun iptal edilmek zorunda kalınmaması için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, bunu, dikkate alarak zamanı planlamalıdır (**Wiede**, Kn. 278); Ayrıca, böyle bir durumda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin uçuşu iptal etmeden önce, gece uçuş yasağı olan havaalanından istisnai bir izin almayı denemesi de bir makul tedbir olarak nitelenmektedir (**Marti**, s. 214). Bu nedenle, örneğin; kalkış izninin ertelenmesi ve kalkışta gecikme yaşayacağı belli olması durumunda, iniş yapacağı havaalanında gece uçuş yasağına denk gelecekse, derhal iniş için istisnai/özel iniş izni için başvurulmalı, bu temin edilemezse ya da bu özel izin çerçevesinde de iniş gerçekleştirilemezse, en yakın havaalanına inmenin mümkün olup olmadığına bakılmalıdır.

²²⁰ Uçağın yeni bir sefer için hazırlanıp, yerden tekrar havalanması.

²²¹ Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, her uçak için uçuş planı çerçevesinde bir rotasyon planı yapar. Bir uçağın Rotasyon planı şu şekilde yapılmaktadır 1-kalkış zamanı-yeri 2-havada geçirilen süre (blocktime) 3-inişzamanı-yeri 4-yerde geçirilen zaman 5-kalkış zamanı-yeri (naklen **Marti**, s. 196 dn 1284).

²²² Örneğin; olağanüstü hal nedeniyle kalkışta yaşanan kısa bir gecikme, kalkış veya iniş havaalanı gece yasağı nedeniyle kapandığı için uçuşun iptali sonucunu doğurabilir.

²²³ **Wiede**, Kn. 278; **Rodegra**, s. 376; **Blankenburg**, s. 172; Bu zamanın uygunluğunun, kalkış zamanındaki gecikmeye göre değil, olağanüstü haller dolayısıyla yeni şartlar altında yapılan uçuşun sonunda oluşan gecikmeye göre değerlendirileceği hususunda bakınız **Wienbracke**, s. 54.

²²⁴ Karara konu olayda 14.07.2006 tarihinde fırtına nedeniyle hava navigasyon ve radar sisteminin arızası sonucu Malmö bölgesinde İsveç hava sahası 20.30 itibarıyla uçuşa kapatılmıştır. Air Baltic'in kalkış saati 20.35 olan Kopenhag-Riga uçuşu yolcuları, 2 saat boyunca uçakta beklemişler, saat 22.45'te uçuşun iptal edildiği bildirilmiştir²²⁴. ABAD, sorumluluktan kurtulmak için sadece olağanüstü halin mevcudiyeti değil, bundan kaçınmak için tüm makul tedbirlerin alınmasının da kanıtlanması gerektiğini belirt-

Uçuş planında dikkate alınması gereken zamanın, makul tedbir sayılması için ne kadar bir süre belirlenmesi hususunda net bir rakam kabul edilmiş değildir²²⁶. Bununla birlikte, bu, makul tedbirler çerçevesinde; tüm hava taşıma işletmeleri için, olağanüstü hallerin olduğu tüm durumlar için genel ve standart asgari bir zaman planlama yükümlülüğü oluşturmaz²²⁷. ABAD göre, burada da Wallentin-Hermann kararındaki kriter uygulanmalı, yani olağanüstü halin meydana geldiği zamanda, bu işletme için özellikle, personel, teknik ve ekonomik bakımdan katlanılabilir olup olmadığına bakılarak, tespit edilmelidir²²⁸. Bu bağlamda, yapılması beklenen planlamanın kapsamının, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin o andaki kapasitesi açısından, ondan beklenemeyecek bir fedakârlık niteliğinde olmamasına dikkat edilmelidir²²⁹.

Bağlantılı uçuşlarda ise, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, bağlantılı uçuşlarda aktarma yapılacak havaalanına gecikmeli inilmesinde yolcunun

miş ve olaydaki makul tedbirlerin ne olduğunu yorumlamıştır.12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas (EuZW 2011, s. 526 vd.).

²²⁵ ABAD göre; meydana gelen olağanüstü hal, uçuşun yapılmasını imkânsız kılmasa da oldukça zorlaştırır. Olağanüstü hal nedeniyle meydana gelen her gecikmenin, zorunlu olarak uçuşun iptal edilmesi olası sonucundan kaçınmak için, basiretli bir tacir olarak, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, ihtiyat zamanı/yedek zamana sahip olmalı ve olağanüstü hal sona erdikten sonra mümkün olduğu kadar çabuk uçuşu yapabilmek için imkânlarını doğru şekilde planlamalıdır. Eğer, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi böyle bir durumda bir ihtiyat zamanı/yedek zamana sahip değilse, tüm makul tedbirleri almış olduğu kabul edilemez (12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no26-28 (EuZW 2011, s. 527)); Kılavuz, (ABİ C 214 15.06.2016, s. 17).

²²⁶ Örneğin; AG Köln 16.01.2017 tarihli kararında, Frankfurt-Genf-Frankfurt uçuşunda kullanılan uçak, Frankfurt'taki hava şartları dolayısıyla radar arızası ve sonraki slot tahsisi dolayısıyla geç kalkış yapmıştır. Rotasyon planında Frankfurt'tan Genf'e iniş saati 13.15, Genf-Frankfurt seferi için Genf'ten kalkış 14.00 olarak gözükmektedir. Mahkeme, iki uçuş arasındaki 45 dakikalık zamanı, makul tedbir anlamında yeterli görmüştür (AG Köln 16.01.2017-119 C 436/16, Kn. 13 (juris).)

²²⁷ 12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no 31 no 37 (EuZW 2011, s. 528); Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, kendi ülkesinin havaalanlarında, ülkesi dışındaki havaalanlarına nazaran çok daha önemli araçlara (imkânlarla) sahip olacağından, orada, olağanüstü hallerin sonuçlarını daha kolay sınırlayabilir Kılavuz, (ABİ C 214 15.06.2016, s. 17); **Wienbracke**, s. 55.

²²⁸ 12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no 25, no 29, no 35 (EuZW 2011, s. 527); **Blankenburg**, s. 172.

²²⁹ ABAD'na göre zaman planlaması, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi için katlanılabilir bir fedakârlık sayılmayacak ise, sorumluluktan kurtulma caiz olabilir. 12.05.2011 C-294/10 Eglitis vd./Latvijas no 35, no 37 (EuZW 2011, s. 528); Kılavuz, (ABİ C 214 15.06.2016, s. 17); AG Köln 16.01.2017-119 C 436/16, Kn. 16 (juris); LG Frankfurt 24.02.2015 –2-24 S 149/14 kararında 50 dakikayı yeterli görmemiştir (Kn. 21, juris).

aktarma yapmasını mümkün kılacak şekilde aktarma zamanını²³⁰; uçağın iniş yaptığı havaalanından sonraki uçuş için tekrar kalkış yapacağı zaman aralığını hesaplamalı ve bunu yaparken önceki uçuşta yaşanabilecek gecikmeleri de dikkate almalıdır. Bu planlamayı yapma, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sorumluluk alanında bulunup, bu hesaplamayı yapmayıp, zaman aralığını dar tutması durumunda, bu, hem bir olağanüstü hal olarak, hem de makul tedbirlerin alınmış olduğu şeklinde değerlendirilemez. Burada da iki uçuş arasında planlanmayan gecikmeleri tolere edecek zaman aralığının ne kadar olması gerektiği, ne kadar bir zamanın makul olacağı, somut olaya göre hesaplanmalıdır²³¹.

II. SORUMLULUKTAN KURTULMANIN KAPSAMI

Sorumluluktan kurtulmanın kapsamı hususunda tartışma yaratan iki sorun mevcuttur.

1- Hem Tüzük'te hem de Yönetmelik'te olağanüstü halin kanıtlanması halinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemekten kurtulacağı düzenlenmektedir. Fakat uçuşun iptali durumunda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, yolculara karşı hizmet edimi ile de yükümlüdür. Söz konusu edim yükümlülüğüne ilişkin, açık bir düzenleme olmamakla birlikte, olağanüstü hal durumunda sorumluluktan kurtulma; tazminat yanında bu edim yükümlülüğünü de kapsayacak mıdır?

2- Tüzükte, Yönetmelikte, uçuşun iptalinde yolcunun tazminat hakkını düzenlemiş olmasına karşın, uçuşun gecikmesi durumu için yolcu haklarını belirlerken, bir tazminat düzenlememiştir. 2009 yılında ABAD²³² uzun gecikme (3 saat ve daha fazla) durumunda, yolcuların, uçuşun iptali durumu ile aynı sıkıntıları yaşadığından, aynı durumda olanlara eşit davranma prensibi çerçevesinde, uzun gecikmelerde de yolculara, iptal de olduğu gibi, tazminat hakkı tanınmasına karar vermiştir. Bu içtihat sonucu, Birlik ülkelelerinde uzun gecikmelerde de yolculara tazminat hakkı tanınmaktadır.

Yönetmelik, 2011 tarihinde yayınlanmış, 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, gecikmelerde yolcular için bir tazminat hakkı düzenlememiştir. Yönetmeliğin, Tüzüğe paralel şekilde hazırlanmış olması ve

²³⁰ Burada aktarma zamanı olarak havaalanının verdiği aktarma zamanının değil, gerçek aktarma zamanının dikkate alınması gerekmektedir (**Schmid**, Kn. 90a).

²³¹ AG Köln 16.01.2017-119 C 436/16, Kn. 16 (juris).

²³² 19.11.2009 C-402/07 Sturgeon vd./Condor (NJW 2010, s. 43 vd) ve bu kararı takip eden aynı yönde ABAD kararları 23.10.2012 C-581/10 Nelsson u.a/Lufthansa Kararı, C-629/10 TUI Travel u.a/Civil Aviation Authority Kararı (ECLI: EU: C:2012:657).

uzun gecikmeler ile 2009 tarihli ilgili ABAD kararı çerçevesinde tazminatın kabulünün Yönetmelikten önce olması dikkate alındığında; gecikmelerde yolculara tazminat hakkı verilmemesinin, bilinçli bir tercih olduğu söylenebilir. Fakat Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden hemen sonra, 2015 tarihli Genelge²³³ ile uzun gecikmelerin iptal sayılacağı ifade edilerek, bu durumdaki yolculara, uçuşun iptali durumundaki yolcularla, aynı haklar tanınmış olduğundan, Yönetmelik'te uzun gecikmelerde tazminat hakkı düzenlenmemiş olmasının bilinçli bir tercih olduğu söylenemeyecektir²³⁴.

Bu durumda ikinci soru; uçuşun iptalinde olduğu gibi uzun gecikmelerde de olağanüstü haller bir sorumluluktan kurtuluş nedeni sayılacak mıdır? Yani, uzun gecikmeler de uçuşun iptali gibi sorumluluktan kurtulmanın kapsamı içinde midir?

- *Olağanüstü hallerde sorumluluktan kurtulma, tazminat yanında hizmet edim yükümlülüğünü de kapsayacak mıdır?*

Uçuşun iptal edilmesi durumunda yolcuların, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine karşı olan hakları, tazminatla sınırlı değildir. Uçuşun iptalinde, yolcuların haklarını düzenleyen Tüzük m. 5 atfıyla m.9; Yönetmelik m.6 atfıyla m.10, yolcuların hizmet hakları olduğunu düzenlemiştir. Bu kapsamda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçuşu iptal edilen yolculara; yeme içme, konaklama, iletişim, konaklama yeri ile havalimanı arasındaki transferleri sağlama borcu altındadır. Olağanüstü hallerde, söz konusu hizmet edimlerini sağlama yükümlülüğünden kurtulmasına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Tazminat sorumluluğunda ise, olağanüstü hallerde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacağı düzenlenmiştir (Tüzük m 5/3; Yönetmelik m 6/4).

²³³ T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, T. 02.09. 2015, S. 98063956-090.99/E.1234, Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi- 2015, Genelge HUD-2015/3,(http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/Yolcu_Haklari_2015.pdf) (E.T.27.03.2019).

²³⁴ Genelge ile yapılan düzenleme; Yönetmelik kapsamında uzun gecikmelerde yolculara tazminat hakkı tanınmış olmakla birlikte, Birlik Hukukundan, uzun gecikme olarak nitelendirilecek sürenin belirlenmesi hususunda ayrılmıştır, bu hususta bakınız aşağıda IV-B-1. Ayrıca, Genelgenin bu hükmünün, yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince bu değişikliğin yönetmelikle yapılması gerekçesiyle Danıştay'da iptali dava edilmiştir. 2015/4595 Esas sayılı bu dava kapsamında Danıştay 10. Dairesi, 17.05.2016 tarihinde, Genelgenin Genel Prensipler başlıklı birinci bölümünün 9. maddesi hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Bu karara ilişkin yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 21.12.2016 tarih 2016/1226 sayılı Kararla, yürütmeyi durdurma kararına ilişkin itirazı reddetmiştir. Hukukumuz açısından en azından bu dava sonuçlanıncaya kadar uzun gecikmelerde yolcuların bir tazminat hakkı bulunmamaktadır.

Olağanüstü hallerde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, tazminatta olduğu gibi, hizmet edimlerinden kurtulup kurtulamayacağına ilişkin tartışma; birçok uçuşu ve uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini etkileyen ve uzun süren olağanüstü hal durumu olarak, 2010 yılında İzlanda’da Eyjafjallajökull Volkanı’nın etkin hale gelmesi olayında yaşanmıştır²³⁵. Ryanair’in yaklaşık 9500 uçuşu iptal edilmiş, 1.4 milyon yolcu için tazminat ödenmekten olağanüstü hal savunmasıyla kurtulmuştur. Fakat olağanüstü halin devamı müddetince konaklama, yeme-içme, iletişim ve transferleri kapsayan hizmet edimi yükümlülüğü, yolcular tarafından talep edildiğinde, olağanüstü hal nedeniyle sorumluluktan kurtulmanın kapsamına, bu edim yükümlülüğünün de girip girmediği tartışma konusunu olmuştur. Ryanair, yaşanan bu durumun; Tüzük’teki düzenlenen anlamıyla olağanüstü hal olmadığını, sadece tazminat yükümlülüğünü değil, 9. maddedeki hizmet yükümlülüğünü de ortadan kaldıran fevkalade olağanüstü hal olduğu savunmasında bulunmuştur²³⁶.

Ryanair’in bu savunması ABAD tarafından yerinde bulunmamıştır²³⁷. Tüzüğün 5. maddesinin 3. fıkrasında sözü edilen olağanüstü haller dışında, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin 9. maddedekiler de dâhil tüm yükümlülükleri ortadan kaldıran, özel bir olağanüstü haller kategorisi mevcut değildir. Ayrıca, 5. maddenin 3. fıkrasında olağanüstü hallerde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sadece tazminat yükümlülüğünün ortadan kalkacağı düzenlenmiş olup, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin 9. maddedeki hizmet edimine ilişkin yükümlülüğü ise, hangi olayların uçuşun iptaline sebep olduğuna bağlı olmaksızın düzenlenmiştir. Böyle özel ağırlıklı olağanüstü haller kategorisinin bulunduğuna ilişkin yorum; hem Tüzüğün yolcuların korunmasını iyileştirme amacına, hem de bu hizmet edimi yükümlülüğünün getirilme amacına aykırı olur²³⁸.

²³⁵ Küllerin oluşturduğu bulut tabakası nedeniyle, 15-23 Nisan tarihleri arasında İrlanda ve Britanya’nın da dâhil olduğu Kuzey Avrupa’nın büyük kısmını kapsayan hava sahası uçuşlara kapatılmış ve 100.000’den fazla uçuşun iptali sonucu, yaklaşık 10 milyon yolcu etkilenmiştir.

²³⁶ 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd. (ECLI: EU: C:2013:43).

²³⁷ 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., no 31-34 (ECLI: EU: C:2013:43); aynı yönde Hukuk Sözcüsü Yves Bot’un C-12/11 28.03.2012 tarihli Görüşü, no 35-36 (BeckRS 2012, 80637).

²³⁸ **Schmid**, Kn. 31; 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., no 32 (ECLI: EU: C:2013:43); Hukuk Sözcüsü Yves Bot’un C-12/11 28.03.2012 tarihli Görüşü, no 35-36 (BeckRS 2012, 80637).

Hizmet edimlerinin getiriliş amacı; tazminat ödeme yükümlülüğünden farklıdır. Tazminatta amaç; uçuşun iptali nedeniyle yaşanan zaman kaybının, yolcuların hepsinde az ya da çok oluşan ve niteliği gereği aynen tazmini mümkün olmayan, sadece para ödemesiyle (nakden) telafi edilebilecek, zararı tazmin etmektir. Yolcuların bu rahatsızlığı yaşamasını engellemek ve planlarını uygun zamanda yapmalarını mümkün kılmak için, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, uçuş iptalini, belli bir zaman önce yolculara bildirmesi ve bu tazminattan kurtulması mümkündür (Tüzük m.5/1 Yönetmelik m. 6/2). Fakat uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinden kaynaklanmayan olağanüstü hallerde, böyle önceden uçuş iptali bildirimini yapmak mümkün olmadığından, sorumluluktan kurtuluş imkânı getirilmiştir (Tüzük m.5/3 Yönetmelik m. 6/4).

Uçuşun iptali ile son derece can sıkıcı, nahoş bir durumla karşı karşıya kalan yolculara, hizmet -yani yeme içme, konaklamalarının sağlanması, üçüncü kişilerle iletişimlerini için araç temin edilmesi- hususunda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yükümlülüğünün amacı; uçuşun iptal sebebinden bağımsız olarak, bu durumdaki yolcuların doğrudan ihtiyaçlarını karşılamak ve bu yolcuların menfaatlerinin korunmasını iyileştirmektir. Yeme içme, gerekirse konaklama şeklindeki yardımlar, yolcunun seyahatini memnuniyet duyacağı şartlar altında sürdürmesini mümkün kılar ve seyahat devam edinceye kadar veya bir ikame çözüm bulununcaya kadar yolcunun yüz üstü kalmasını engeller. Olağanüstü halin oluşması nedeniyle havaalanında kalmak zorunda olan yolcular için bu hizmet edimi daha da zorunlu ve önemli hale gelir²³⁹. Birçok üye devletin hava sahasının, birçok gün kapalı kalmasına ve birçok yolcunun evinden uzakta, havaalanında, hava sahası tekrar açılıncaya kadar beklemek zorunda kalmasına neden olan Eyjafjallajökull Volkanı olayındaki gibi uçuş iptallerinde, yolculara yapılan bu hizmetler, özellikle, önemli ve öncelikli olmalıdır²⁴⁰. Bu sebeplerle, olağanüstü hal durumlarının hepsinde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin hizmet yükümlüğü devam eder ve olağanüstü hal savunmasıyla sorumluluktan kurtulamaz²⁴¹.

²³⁹ 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., no 42, (ECLI: EU: C:2013:43); Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un C- 12/11 22.03.2012 tarihli Görüşü, no38-43 (BeckRS 2012 80637).

²⁴⁰ 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., no 42 (ECLI: EU: C:2013:43); Hukuk Sözcüsü Yves Bot'un C-12/11 22.03.2012 tarihli Görüşü, no 44, no 52 (BeckRS 2012 80637).

²⁴¹ **Bosch/Lorz**, s. 106; **Sendmeyer**, s. 811.

Ayrıca, bu hizmet edimi borcunun, olağanüstü hallerde, her hangi bir zaman ya da miktar sınırı olmaksızın geçerli olması da tartışılmıştır²⁴². ABAD, Tüzük'te böyle bir sınır olmadığı noktasında görüş bildirmiştir²⁴³. Böyle bir sınırın konulmamış olması, oranlılık ilkesine de aykırı görülmemiştir. Çünkü yolcuların bekleme zamanında iken zorunlu ihtiyaçlara ve hizmetlere ulaşmasını mümkün kılan hizmet yükümlülüğü, yolcuları koruma amacına uygun olup, basiretli bir tacir olarak uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinden, icabı halde böyle bir hizmet yükümlülüğünü ifası için gereken masrafları yapabilmek için gerekli tedbirleri alması beklenir²⁴⁴.

10.06.2016 tarihli Tüzüğün yorumlanması için ilkeleri belirleyen Kılavuzda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin; tüm makul tedbirleri alsaydı da kaçınamayacağı olağanüstü haller nedeniyle uçuşun iptalinde, hizmet edimini ifa ile yükümlü olduğu belirtilerek, duruma açıklık kazandırılmıştır²⁴⁵. Kılavuzda; Tüzükte madde 5/3'de bu durum uzun sürse de uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin 9. maddede yer alanlar da dâhil tüm yükümlülüklerinden kurtulacağı, özel olağanüstü olaylar şeklinde ayrı bir kategori yer almadığı belirtilmiştir. Bunun nedeni, böyle olaylarda ve böyle şartlar altında kalan yolcuların özellikle korunmaya ihtiyaçları olmasıdır. Tüzüğün amacı, olağanüstü olaylarda özellikle uçuşu bekleyen yolculara, uygun hizmet sağlamaktır. Ancak, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi yükümlülüklerini yerine getirmek için olayın özel şartlarına ve oranlılık ilkesine göre tüm mümkün olanları yaptığını kanıtlayabilirse, bir yaptırımla karşılaşmaz²⁴⁶.

Yönetmelikte de olağanüstü hallerde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin hizmet edimlerini sağlama yükümlülüğünden kurtulmasına dair bir düzenleme yer almamaktadır. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden hemen sonra Yolcu Hakları Uygulama Esaslarını belirleyen 2015 tarihli Genelge'de “d) Uçağın mücbir sebeplerle *divert*²⁴⁷ ettiği durumlarda yolcu seyahatine devam etmeyi seçerse hava taşıma işletmesi hizmet hakkı vermekle yükümlü olduğu gibi alternatif taşıma yollarını da ücretsiz teklif eder.” ve “e) Yönetmelik kapsamındaki başlıklarda mücbir sebeplerle hizmet hakkı sunulmadığı

²⁴² Bu edim yükümlülüğünün zaman ve miktar sınırı olmadan kusursuz sorumluluk olarak getirilmesini ve bunun tüketicinin korunmasıyla gerekçelendirilmesinin eleştirisi için bakınız **Hempel**, s. 44-47.

²⁴³ 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., no 43-50 (ECLI: EU: C:2013:43).

²⁴⁴ 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd., no 49-50 (ECLI: EU: C:2013:43).

²⁴⁵ Kılavuz, (ABl C 214 15.06.2016, s. 13-14).

²⁴⁶ Kılavuz, (ABl C 214 15.06.2016, s. 13-14).

²⁴⁷ Uçağın yönünün değiştirilmesi.

takdirde yolcunun makul ölçüde olan yeme içme ve konaklama faturalarını ibraz etmesi halinde hava taşıma işletmesi fatura tutarını öder.” şeklinde hükümler yer almaktadır. Genelge'deki bu düzenlemelere göre, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, olağanüstü hallerde tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulması, hizmet yükümlülüğünden de kurtulması anlamına gelmeyecektir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, olağanüstü hallerde de yolcuya karşı hizmet edimi yükümü devam edecektir.

- *Uçuşun uzun gecikmesinde de olağanüstü haller bir sorumluluktan kurtuluş nedeni sayılacak mıdır?*

Tüzük ve Yönetmelik'te uçuşun iptalinde yolculara tazminat hakkı tanıyan bir düzenleme yer almakta olup, uçuş gecikmelerinde yolculara bir takım haklar sağlansa da tazminat hakkı sağlayan bir düzenleme yapılmamıştır. 2009 tarihinde, ABAD²⁴⁸; 3 saat ve üzerindeki gecikmelerde de yolcuların uçuşun iptali ile aynı sıkıntıları ve zaman kaybını yaşadığını, bu nedenle, eşit davranma ilkesi gereğince 3 saat ve üzeri uzun gecikmelerde de yolcuların tazminat hakkı bulunduğu karar vermiştir. Bu kararda; kanun koyucunun Tüzüğü düzenlerken, yolcuların ve uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin menfaatlerini dengelemek istediği, bu nedenle de yolcu lehine bazı haklar sağlarken, Tüzüğün 15 nolu gerekçesinde ve Tüzüğün 5. maddesinin 3 fıkrasında uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, gecikme veya iptalin tüm makul tedbirler alsaydı da kaçınamayacağı olağanüstü hallerden kaynaklandığını, ayrıca uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından fiilen hükmedilemeyen haller olduğunu kanıtlayabilirse, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemekle yükümlü olmayacağı ifade edilmiştir²⁴⁹. Bu nedenle, uzun gecikmelerde de uçuşun iptalinde olduğu gibi, olağanüstü hallerde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur²⁵⁰. Bir başka deyişle, olağanüstü haller nedeniyle sorumluluktan kurtulmanın kapsamına uzun gecikmeler de girer.

²⁴⁸ 19.11.2009 C-402/07 Sturgeon vd./Condor (NJW 2010, s. 43 vd.) ve bu kararı takip eden aynı yönde ABAD kararları 23.10.2012 C-581/10 Nelsson u.a./Lufthansa Kararı, C-629/10 TUI Travel u.a./Civil Aviation Authority Kararı (ECLI: EU: C:2012:657); Kuvvetler ayrılığı prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, yargının kanun koyucu yerine geçip kural koyamayacağı noktasında kararın eleştirisi için bakınız **Hempel**, s. 49 ve 53-57; **Dettling-Ott/Hochstrasser**, s. 67-68; aynı yönde **Sirmen**, s. 208.

²⁴⁹ 19.11.2009 C-402/07 Sturgeon vd./Condor no 67, no 69 (NJW 2010, s. 46).

²⁵⁰ 19.11.2009 C-402/07 Sturgeon vd./Condor no 67-69, no 71 (NJW 2010, s. 47); 04.05.2017 C-315/15 Pešková-Peška/Travel Service a.s no. 20 (ECLI: EU: C:2017:342); 31.01.2013, C-12/11 McDonagh/Ryanair Ltd. no 38 (ECLI: EU: C:2013:43); **Bosch/Lorz**, s. 106; **Sendmeyer**, s. 811; **Bartlik**, s. 278; **Führich**, MDR 13/2018, s. 770; **Heinrich**, s. 317.

10.06.2016 tarihli Tüzüğün yorumlanması için ilkeleri belirlediği Kılavuzda da uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tüm makul tedbirleri alsaydı da kaçınmayacağı olağanüstü haller nedeniyle uçuşun uzun gecikmesinin oluştuğunu kanıtlayabilirse, böyle bir gecikmenin yolculara tazminat talep etme hakkı vermeyeceği kabul edilmiştir²⁵¹.

Yönetmeliğimiz 2011 tarihinde yayınlanmış 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, gecikmelerde yolcular için bir tazminat hakkı düzenlenmemiştir. Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden hemen sonra 2015 tarihli Genelge²⁵² ile yapılan düzenlemede uzun gecikmeler iptal sayılmış olup, iptale ilişkin Yönetmeliğin 6/4 hükmü gereğince, Yönetmelik kapsamında uzun gecikmelerde de olağanüstü haller, sorumluluktan kurtulma nedeni sayılacak olsa da; Genelgenin bu hükmü hakkında, Danıştay yürütmeyi durdurma kararı vermiştir²⁵³.

III. SORUMLULUKTAN KURTULMA ŞARTLARININ OLUŞTUĞUNUN İSPATI

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tazminat ödemekten kurtulmak için, -olağanüstü hallerin varlığını, iptal veya gecikme ile illiyet bağı ve tüm makul tedbirleri almasına rağmen iptal veya gecikmeden kaçınmayacağı kanıtlanmalıdır²⁵⁴. İspat yükü, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesindedir²⁵⁵.

İlk olarak, iptal ya da gecikmeye olağanüstü hal nitelikli bir olayın neden olduğunun ispatlanması gerekir. Olağanüstü halin oluşmuş olması gerekir, böyle bir durumun oluşacağına dair şüphe yeterli olmaz²⁵⁶. Sadece olağanüstü hali ispatlamak, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini sorumluluktan kurtarmaz. İkinci olarak, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, olaya uygun ve makul tüm tedbirleri alsın da iptal veya gecikmeden kaçınmayacağını da ispat etmelidir.

²⁵¹ Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 14-15).

²⁵² T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, T. 02.09. 2015, S. 98063956-090.99/E.1234, Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi-2015, Genelge HUD-2015/3, (http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/Yolcu_Haklari_2015.pdf) (E.T.27.03.2019).

²⁵³ Bakımız IV-B-1

²⁵⁴ Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 16).

²⁵⁵ **Blankenburg**, s. 175.

²⁵⁶ **Schmid**, Kn. 32; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, olayla ilgili detaylara ilişkin, zamana, yere ve teknikle ilgili bilgileri vermek zorundadır. Örneğin sadece kötü havanın mevcut olduğuna işaret edilmesi yeterli değildir.

Olağanüstü hallere dayanan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi; sahip olduğu bütün personel, ekipman ve finansal araçlarını kullanarak iptal veya gecikmeden kaçınmayı denediğini ve kapasitesi dikkate alındığında bu araçların kullanımının bunu neden mümkün kılmadığını kanıtlamalıdır²⁵⁷. Bunu kanıtlarken, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, işletme içi delilleri -örneğin seyir raporundan bir özet, olay raporlarını veya uçağın bakım kayıtlarını- ya da işletme dışı belgeleri ve beyanları kullanabilir²⁵⁸.

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, yedek uçak bulundurmuyorsa; bir uçağı operasyon dışı kaldığında hangi tedbirleri almayı planladığını açıklamalıdır. Eğer, olay ile planlanan kalkış saati arasında zaman varsa, makul tedbirler almak için işletme içi veya dışı çok sayıda ihtimâl olması (yolcuların başka uçuşlara -kendisinin veya başka işletmenin- aktarılması, başka bir hava taşıma işletmesinden mürettebatlı ya da mürettebatsız uçak kiralanması gibi) nedeniyle, kural olarak sorumluluktan kurtulma başarılamaz. Böyle bir durumda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, uçak kiralamak için farklı hava taşıma işletmelerine başvurduğunu ifade etmesi yeterli olmaz. Hangi uçak kiralama talebini, ne zaman, hangi hava taşıma işletmesine, hangi zaman aralığı için, hangi uçak²⁵⁹ için yaptığını ve hangi cevabı aldığını kanıtlamalıdır²⁶⁰.

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, somut ve kapsamlı şekilde yolcuları başka uçuşlara aktarsa da, aynı büyüklükte başka bir uçak temin

²⁵⁷ Örneğin sahip olduğu tüm uçakların nerede olduğunu; personelin nasıl kullanıldığını kanıtlamalıdır (**Blankenburg**, s. 175).

²⁵⁸ Söz konusu uçakla ilgili olarak pilot ve mühendis görüşü, meteoroloji bültenleri, pilotların eğitim kayıtları, dava konusu olay zamanında kuleda görevli kişilerin ifadeleri vb (**Woitkewitsch**, s. 195); Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 16).

²⁵⁹ Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi Boeing 747 (470 kişi kapasiteli) uçak kullanıyorsa, sadece aynı büyüklükte uçak kiralamayı mı denemek zorundadır, yoksa yolcuların en azından bir kısmını daha çabuk seyahatlerine devam etmeleri için daha küçük, örneğin Boeing 777 (350 kişi kapasiteli) bir uçak kiralaması da yeterli olur mu? Daha küçük uçak kiralaması makul tedbir olarak kabul edilmektedir. Çünkü bu, Tüzüğün yolcuyu koruma amacına uygundur. Böylece yolcuların hepsi olmasa da en azından büyük kısmı bu sıkıntılı durumdan kurtarılacaktır (**Schmid**, Kn. 157).

²⁶⁰ Uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri böyle durumlarda genellikle, mahkemede, kural olarak hava taşıma makamlarının onay vermesinin 48 saat hatta 1-2 gün sürdüğü için yedek uçağı kiralamayı denemedikleri savunmasında bulunmaktadır. Bu durumlar biliniyor olup, uçağın bozulması, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tipik işletme riski içinde olmasına rağmen, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin hem yedek uçak bulundurmuyup, hem de ihtiyaç durumunda başka işletmeden sağlama tedbirini almayıp, hem de olağanüstü hallere dayanıyor olması, Tüzüğün koruma amacına uymayan, aykırı bir davranış olarak değerlendirilmektedir. Bu durum, özellikle, göreceli olarak eski ve bunun için tamire meyilli uçaklar kullanan hava taşıma işletmeleri için geçerlidir (**Schmid**, Kn. 162a).

etse de, yolcuları, varış yerine fiilen ulaşılan zamandan daha önce ulaştıramayacağını kanıtlarsa, bu, tüm makul tedbirlerinin alınmış olduğunun kanıtı olur. Kalkış ya da iniş pistinin kaygan olduğuna dayanan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, somut olayda emniyetli bir inişin neden mümkün olmadığını kanıtlamalıdır²⁶¹. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, lastiğin patlamasına dayanıyorsa, niçin yedek lastik bulunmadığını veya neden hızlı bir şekilde yedek lastik sağlanamadığını kanıtlaması gereklidir. Söz konusu havaalanı, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin çok sık kullandığı bir havaalanı ise, gerekli yedek parçayı başka hava taşıma işletmesiyle yapılacak sözleşmeyle sağlama imkânı da mevcuttur²⁶².

Kötü hava koşullarına, örneğin; ekstrem karşı rüzgâra dayanılması, tek başına yeterli olmaz, hangi şartlardan bunun kontrol edilemediğinin ve bunun uçuşa hangi etkileri yapabileceğinin (örneğin kalkış pistinin durumu ve fren etkisine tesiri, rüzgârın gücü ve yönü, kullanılan uçak tipinin hangi arka veya yan rüzgârlarla uçabileceğine ilişkin veriler²⁶³, karşı rüzgârın şiddeti vb) somut verilerle ispatlanması gerekir²⁶⁴. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, kötü hava şartları nedeniyle hava alanı işleticisinin veya uçuş emniyet birimlerinin aldığı tedbirlere dayanıyorsa, mümkün olduğunca hızlı şekilde yolculuğa devam etmek için hangi tedbirleri almış olduğunu²⁶⁵ veya bu çeşit tedbirlerin anlamsız kalacağını kanıtlamalıdır.

²⁶¹ Burada kayganlığın derecesinin (az, orta veya yoğun) ya da fren etkinliğinin ve iniş yapılacak olan pistin uzunluğu ve kayganlığın nedeninin ortaya konması gereklidir. Bunun yanında, söz konusu uçağın operasyonel limitleri ve pistin durumunun uçağın operasyonel limitlerine gerçekten aykırı olup olmadığı da önemlidir. Mahkeme, bu bilgileri bilirkişiye başvurarak değerlendirebilir. **Schmid**, Kn. 64.

²⁶² Eğer bu yapılmamışsa, tüm makul tedbirlerin alınmış olup olmadığı sorusu sorulacaktır. Buradaki makul tedbir, uçağın kargosunda bir tane, büyük uçaklarda birden fazla yedek lastiğin bulundurulmasıdır. Bununla birlikte; uçağın ağırlığının yakıt sarfiyatını artırması nedeniyle bunu yapmayan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, uçtuğu havaalanında bakım yeri bulunan bir başka hava taşıma işletmesiyle, yedek parça sağlamaya dair bir anlaşma da yapabilir (**Schmid**, Kn. 151, Kn. 162b.)

²⁶³ Örneğin Almanya’da 30 knot yani saatte 55 km hızındaki yan rüzgârda yolcu uçakları için kalkış yasağı söz konusudur (www.zeit.de, 05.12.2013)

²⁶⁴ **Schmid**, Kn. 63; Ayrıca kötü hava koşulları nedeniyle inişin tehlikeli olduğuna pilot karar vermişse, pilotun kararında ağır kusurlu olup olmadığı mahkeme tarafından araştırılırken, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin de olayla bağlantılı vakıaları ortaya koyması gerekir (**Schmid**, Kn. 65); Pilotun kararının mahkemece sadece sınırlı şekilde sorgulanabileceğine ilişkin **Woitkewitsch**, s. 195; **Marti**, s. 226.

²⁶⁵ Kötü hava şartları durumunda tek bir standart çözüm bulunmamaktadır (**Tonner**, Kn. 31); Kötü hava şartlarında, makul tedbir, yakındaki başka bir havaalanına yönelmek veya uygun hava şartlarını beklemek olabilir. Örneğin; uçuşun yakında bulunan B havaalanına yönlendirilip yönlendirilemeyeceği araştırılmaksızın, uçuş A havaalanı için iptal edilirse, tüm makul tedbirlerin alınmış olduğundan bahsedilemez (**Schmid**, Kn. 33).

Kanunen öngörülen asgari gereklilikleri taşıyan bakım işleminin yapılması, teknik arızanın tüm makul tedbirlerle kaçınılmayacak olduğunun, tek başına kanıtını oluşturmaz²⁶⁶. Yani, uçağın kanunen gerekli bakımının yapılması, Tüzük madde 5/3 anlamında tüm makul tedbirlerin alınmış olduğunu kanıtlamaz²⁶⁷. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi; işletmenin rutin işleyişi içinde olmayan teknik arızanın, hangi sebeplerden meydana geldiğini, arızanın hangi sorumluluk alanında olduğunu, nasıl oluştuğunu ve buna karşı hangi koruma ve kontrol tedbirlerinin alınmış olduğunu kanıtlamalıdır²⁶⁸.

Kalkış ya da iniş yapılacak havaalanında aynı gün başka uçuşların iptal edilmesi, ne ispat yükünü ters çevirir ne de bu şekilde planlanan uçuşun yapılmasını olağanüstü hallerin engellediğinin tek başına kanıtı olur²⁶⁹. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, hangi zaman aralığında, hangi somut hava şartlarında bir uçuşun iptalinin meydana geldiğini kanıtlayabilmelidir. Kullanılan uçak tipinin, hangi parametreler içerisinde emniyetli operasyon yapabileceği, bu kanıtlamanın içine dâhildir²⁷⁰. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, örneğin havaalanın kapatılması veya kapasitesinin sınırlanması nedeniyle kalkışının yasaklandığını ve olası makul tüm imkânları kullansa da bu durumu, uçuşu planlanan şekilde yapılabileceği şekilde değiştiremeyeceğini veya etkileyemeyeceğini kanıtlamalıdır²⁷¹.

Uçuşun iptali veya uzun gecikmesi mürettebatla ilgili ise, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, stand-bydaki mürettebatının, neden hazır ve aktif hale getirilmesinin mümkün olmadığını ispatlamalıdır²⁷². Uçuşu icra eden

²⁶⁶ 22.12.2008 C-549/07 Wallentin-Hermann no 43 (NJW 2009, s. 347-350); Kılavuz, (ABI C 214 15.06.2016, s. 17).

²⁶⁷ Aksi halde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin bu savunması karşısında uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin iç işleyişini ve uçaktaki teknik arızayı, bu hususta uzmanlığı olmadığından, değerlendirebilecek durumda olmayan yolcu, bu savunmayı tartışamayacak ve karşı delil getiremeyecektir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi üzerindeki ispat yükü ters çevrilmiş olacaktır. (Marti, s. 189).

²⁶⁸ Marti, s. 207.

²⁶⁹ Marti, s. 211

²⁷⁰ Marti, s. 211.

²⁷¹ Marti, s. 213.

²⁷² Mürettebatın azami mesai zamanının dolması ve yedek mürettebat bulundurulmadığı veya uygun zamanda temin edilemediği için kısa bir gecikme, uzun gecikmeye ya da iptale dönüşebilmektedir. Bu durumlarda uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, neden yedek mürettebat bulundurmadığını açıklamak zorundadır (Tonner, Kn. 32). Ayrıca bakınız SHGM 12.10.2015 tarihli Uçuş Ve Görev Süresi Sınırlamaları İle Dinlenme Gereklilikleri Talimatı (SHT-FTL) ile düzenlenmiştir (http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/2018/SHT-FLT_Rev02.PDF) (E.T.27.03.2019); yedek mürettebat bulundurma, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma

hava taşıma işletmesi, olağanüstü hal olarak greve dayanıyorsa, grevin etkilerinden (iptal veya gecikme) kaçınmak için hangi tedbirleri (örneğin başka bir hava taşıma işletmesinden mürettebatlı olarak uçak kiralanması; başka bir hava taşıma işletmesinin uçuşuna yolcuların aktarılması; grevde olmayan mürettebatın çağırılması) almış olduğunu kanıtlamalıdır²⁷³.

IV. REVİZYON ÇALIŞMALARINDAKİ DURUM

Tüzük hükümlerindeki düzenlemelerin yeterli açıklıkta olmaması eleştirilere neden olup, bu nedenle hükümlerin yorumu yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi uygulamada sıkça ihtilaflara neden olmaktadır. Bu nedenle, AB’de Tüzüğün değiştirilmesi konusunda çalışmalar yapılmaktadır. Bu yön-deki en son çalışma 13.03.2013 tarihli Avrupa Komisyonu’nun Tüzük değişikliği hakkındaki Teklif’i kapsamında olup, henüz yürürlüğe girmiş değildir. Hukukumuzda da Bakanlık, Yönetmeliğin değiştirilmesi hususunda çalışmaktadır. Bu çalışmalar sonucunda Yönetmelik Taslağı²⁷⁴ hazırlanmış ve 2017 tarihinde yayınlanmıştır.

A. Avrupa Birliğindeki Durum

Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan 13.03.2013 tarihli Teklif²⁷⁵’te olağanüstü hallerin tanımlanması ihtiyacı göz önüne alınarak, yapılacak

işletmesinin kapasitesine bağlı olarak ondan bekleneceği için büyük hava taşıma işletmeleri için yedek mürettebat bulundurmak, küçük hava taşıma işletmelerine nazaran daha kolaydır (**Marti**, s. 216).

²⁷³ Viyana Mahkemesi, bunun için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin şu sorulara cevap vermesini istemiştir; -planlanan grevi ilk ne zaman öğrendi, -hangi uçuşları etkileyeceğini ne zaman öğrendi, -bu bilgiler doğrultusunda somut uçuşun gerçekleştirilmesinde ne zaman ve de personel bakımından hangi imkâna sahipti, - hangi personel hangi kapsamda grevde ve bundan dolayı mı grevden etkilenen uçuşların yapılma imkânına sahip değildi, iptal edilen uçuş için işletme içi veya dışı bir yedek uçuş organize edilmesi onun için neden mümkün değildi vb (naklen **Schmid**, Kn. 160); AG Düsseldorf Mahkemesinin görüşüne göre, yer personelinin işi bırakması durumları için uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin en azından bir uçuşun hazırlığı için kaç personele ihtiyaç olduğunu ve neden en azından gecikmeli hazırlığın mümkün olmadığını açıklaması gerekir (naklen **Staudinger/Krüger**, s. 2857).

²⁷⁴ Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-YOLCU) Taslağı (<http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/seyahat/taaslaklar/SHY-YOLCU.pdf>) (E.T.27.03.2019).

²⁷⁵ Vorschlag für eine Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und der Verordnung (EG) Nr.2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr, COM (2013) 130 final vom 13.3. 2013.

Tüzük değişikliğinde olağanüstü hallerin tanımlanması önerilmiştir. Komisyona göre; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi ve yolcular için hukuk güvenliğini iyileştirmek için ABAD'nın C-549/07 sayılı Wallentin-Hermann Kararı dikkatte alınarak, olağanüstü hallerin tanımlanması gerekmektedir²⁷⁶. Bu yapılacak olan tanım, hangi hallerin olağanüstü olarak kabul edileceği, hangilerinin kabul edilmeyeceğinin açıklığa kavuşturacak tahdidi olmayan bir listenin verilmesi yoluyla desteklenmelidir²⁷⁷.

Komisyon, Teklifi'nin 1. maddesinde²⁷⁸, Tüzüğün 2. maddesine m bendi olarak eklenecek bir olağanüstü haller tanımı yapmıştır. Bu tanıma göre, olağanüstü haller; doğaları veya menşeleri itibariyle ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetinin normal işleyişinin bir kısmını oluşturmayan ve onun tarafından kontrol edilemeyen hallerdir. Bu tanım, uygulamada, özellikle ABAD içtihatlarında gelişen olağanüstü haller tanımına uygun olarak yapılmıştır. Teklif'in Ek-1'indeki listede olağanüstü hallerden sayılacak ve sayılmayacak olan haller tahdidi olmayan şekilde sayılmıştır²⁷⁹:

Avrupa Parlamentosu²⁸⁰, temel olarak 13.03.2013 tarihli Komisyon Teklifinde yer alan olağanüstü hallere ilişkin düzenlemeleri uygun bulmakla birlikte, farklı düşündüğü noktalar da bulunmaktadır.

²⁷⁶ Teklif'in 3 nolu gerekçesi COM (2013) 130 final.

²⁷⁷ Teklif'in 3 nolu gerekçesi COM (2013) 130 final.

²⁷⁸ COM (2013) 130 final.

²⁷⁹ Olağanüstü hallerden kabul edilecek olan olaylar: -uçuşun emniyetli şekilde yapılmasını imkânsız kılan doğal afetler; - uçağın normal şekilde işletilmesi içerisinde olmayan teknik problemler, örneğin ilgili uçuş yapıldığı sırada uçuşa normal olarak devam edilmesini imkânsız kılacak nitelikte bir eksikliğin tespiti veya üretici tarafından veya yetkili bir makam tarafından tespit edilen ve uçuş emniyetini zedeleyen gizli bir fabrika hatası; -uçuşun emniyetli şekilde yapılmasını imkânsız kılan güvenlik riskleri, sabotaj veya terör saldırısı; -ilgili uçuşa ara verilmesine veya başka yere yönelmesini gerekli kılan, hayati tehlike yaratan sağlık riskleri veya tıbbi acil durumlar; -hava trafik yönetimi tarafından yapılan kısıtlamalar, hava sahasının veya havaalanının kapatılması; -uçuş emniyetine uygun olmayan hava şartları; -uçuşu icra eden hava taşıma işletmesindeki veya havaalanı ve uçuş emniyet organizasyonu gibi temel hizmet edimi sağlayıcılarında yaşanan iş uyuşmazlıkları. Olağanüstü hallerden kabul edilmeyecek olan olaylar: - uçağın normal işletilmesi içerisinde yer alan teknik problemler, örneğin rutin şekilde yapılan bakımda veya uçağın uçuş öncesi kontrolünde tespit edilen veya bu bakım veya uçuş öncesi kontrolün gereği gibi yapılmamasından ortaya çıkan problemler; - iş uyuşmazlıkları dışında uçuş personelinin veya kabin personelinin yokluğu (eksikliği).

²⁸⁰ Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 5.Februar 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs-und

Avrupa Parlamentosu, olağanüstü halleri Komisyonun Teklif’inden farklı tanımlamıştır. Parlatentonun tanımına göre, olağanüstü haller; ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin faaliyetini yürütmesinde kontrolü dışında kalan ve uygulaması gereken emniyet kurallarındaki yükümlülükleri dışında olan hallerdir²⁸¹. Ayrıca, Parlamento, Tüzüğün amacı için olağanüstü halleri Ek-1²⁸² de zikredilen hallerle sınırlandırmıştır.

Komisyonun Teklifi’nde; olağanüstü hallerde alınacak makul tedbirlerin iptali önlemeye ilişkin olacağı düzenlenmiştir. Teklif’in 4. maddesiyle, Tüzüğün 5. maddesinin 3. fıkrasının şu şekilde değiştirilmesi önerilmiştir: Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, iptalin olağanüstü hallerden meydana geldiğini ve tüm makul tedbirleri alsaydı da iptalden kaçınamayacağını kanıtlayabilirse, 7. maddeye göre sorumlu olduğu tazminatı ödemekle yükümlü olmaz. Böyle olağanüstü hallerde, eğer ilgili uçuşu veya aynı uçakla yapılan önceki uçuşu etkiliyorsa dayanılabilir.

Parlamento, olağanüstü hallerde iptalden makul tedbirler alınarak kaçınabileceği hususunu dikkate almamış, olağanüstü halleri kanıtlama şeklini belirlemiş ve Tüzüğün 5. maddesinin 3. fıkrasını şu şekilde teklif etmiştir²⁸³:

Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und der Verordnung (EG) Nr.2027/97 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei der Beförderung von Fluggästen und deren Gepäck im Luftverkehr, (ABl C 93 24.03.2017 s. 336).

²⁸¹ ABl C 93 24.03.2017 s. 343; Parlatentoya göre emniyet ve bakım hükümlerine ve yükümlülüklerine uygun davranan ve taşımanın aksamasını engellemek için hâkimiyeti çerçevesinde her şeyi yapan uçuşu icra eden hava taşıma işletmesine tazminat ödeme yükü yüklenmemelidir (Martı, s. 233).

²⁸² Ek-1 de tahdidi olarak olağanüstü hallerden sayılan olaylar: -uçuşun emniyetli şekilde yapılmasını imkânsız kılan doğal afetler; - doğrudan doğruya üretici tarafından veya yetkili bir makam tarafından resmi şekilde tanınan uçuş emniyetini zedeleyen gizli bir fabrika hatasından kaynaklanan ve uçuş öncesi kontrolde veya uçuş için izin alındıktan sonra meydana çıkan uçakla ilgili teknik problemler; -kuş çarpması yoluyla meydana gelen hasarlar; -uçuşun emniyetli şekilde yapılmasını imkânsız kılan savaş, siyasi karışıklıklar, sabotaj veya terör saldırısı; -ilgili uçuşa ara verilmesini veya başka yere yönelmesini gerekli kılan sağlık riskleri veya tıbbi acil durumlar; -hava trafik yönetimi tarafından yapılan öngörülemeden kısıtlamalar veya resmi makamlar yoluyla hava sahasının öngörülemeden şekilde kapatılması, buna dâhil olarak kalkış ve iniş pistlerinin kapatılması; -uçuş emniyetine uygun olmayan hava şartları veya bu şartlar dolayısıyla uçuşta iken veya uçuş izni sonrası pistte uçağın hasar görmesi, bu sebeple uçuşun emniyetli şekilde yapılmasının sağlanamaması; -uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinde veya havaalanı ve uçuş emniyet organizasyonu gibi temel hizmet edimi sağlayıcılarında yaşanan öngörülemeden iş uyuşmazlıkları.

ABl C 93 24.03.2017 s. 363.

²⁸³ ABl C 93 24.03.2017 s. 346.

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, iptalin olağanüstü hallerden meydana geldiğini kanıtlayabilirse, 7. maddeye göre sorumlu olduğu tazminatı ödemekle yükümlü olmaz. Böyle olağanüstü hallere, eğer ilgili uçuşu veya aynı uçakla yapılan önceki uçuşu etkiliyorsa dayanılabilir²⁸⁴. Eğer, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, olağanüstü halleri yazılı olarak kanıtlayamazsa, 7.maddede düzenlenen tazminatı ödemek zorundadır. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, yolculara 5.maddenin 1 fıkrasının b bendi gereğince hizmet sunma yükümlülüğü, bu hükümden (1.cümleden) etkilenmez.

Komisyon Teklif 'inin 5. maddesinde, Tüzüğün 6.maddesi değiştirilerek, 2009 tarih ve sonrasında ABAD kararları ile kabul edilen ve uygulanan uzun gecikmelerde yolculara tanınan tazminat hakkı, düzenlenmiştir. Teklif edilen Tüzüğün 6. maddesinin değiştirilmiş şeklinin başlığı, uzun gecikmeler olup, 2. fıkrasında yolcuların tazminat hakkı hükme bağlanmıştır. Yalnız, uzun gecikmeler, şu anda olduğu gibi 3 saat ve üzeri gecikmeler olarak kabul edilmemiştir²⁸⁵.

Parlamento da uzun gecikmelerde yolculara tazminat hakkının Tüzükte düzenlenmesi gerektiği görüşündedir. Yalnız, Komisyon Teklif'indeki uzun gecikmelere ilişkin süreleri fazla bulmuş ve indirmiştir. Komisyonun 5 saat ve üzeri olarak belirlediği süreyi, Parlamento, 3 saat ve üzeri; Komisyonun 9 saat ve üzeri olarak belirlediği süreyi, Parlamento, 5 saat ve üzeri, Komisyonun 12 saat ve üzeri olarak belirlediği süreyi, Parlamento, 7 saat ve üzeri olarak düzenlemiştir²⁸⁶.

Bir tartışma konusu olmasını önlemek için olağanüstü hallerin, uzun gecikmelerde de sorumluluktan kurtulma nedeni olduğu kabul edilmiştir. Bu noktada, Komisyon Teklif'inde Tüzüğün 6. maddesinin 4. fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir: Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, gecikmenin veya uçuş planı değişikliğinin olağanüstü hallerden meydana geldiğini ve tüm makul tedbirleri alsaydı da gecikmeden veya uçuş planı değişikliğinden kaçınmayacağını kanıtlayabilirse, 7. maddeye göre sorumlu olduğu tazminatı ödemekle yükümlü olmaz. Böyle olağanüstü hallere, eğer ilgili uçuşu veya aynı uçakla yapılan önceki uçuşu etkiliyorsa dayanılabilir.

²⁸⁴ ABAD Finnair Kararından biraz daha genişletilmiş olduğu hususunda bakınız **Marti**, s. 233.

²⁸⁵ Komisyon Teklif'inde; AB içindeki uçuşların tümü ile bir üçüncü ülkeye/ülkeden 3500 km kadar olan uçuşlarda 5 saat ve üzeri; bir üçüncü ülkeye/ülkeden 3500-6000 km arası mesafelerdeki uçuşlarda 9 saat ve üzeri; bir üçüncü ülkeye/ülkeden 6000 km daha fazla mesafelerdeki uçuşlarda 12 saat ve üzeri gecikmelerin, uzun gecikme olarak kabul edilip, tazminat hakkı sağlayacağı düzenlenmiştir.

²⁸⁶ AB C 93 24.03.2017 s. 348.

Parlamento; uzun gecikmelerde de olağanüstü hallerde tazminat sorumluluğundan kurtulmayı kabul etmiş ve Komisyonun iptale ilişkin düzenlemesinde yaptığı değişikliği uzun gecikmeler için de aynı şekilde yapmıştır. Parlatentonun bu yöndeki düzenlemesi şu şekildedir²⁸⁷: Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi gecikmenin olağanüstü hallerden meydana geldiğini kanıtlayabilirse, 7. maddeye göre sorumlu olduğu tazminatı ödemekle yükümlü olmaz. Böyle olağanüstü hallere, eğer ilgili uçuşu veya aynı uçakla yapılan önceki uçuşu etkiliyorsa dayanılabilir. Eğer uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi olağanüstü halleri yazılı olarak kanıtlayamazsa, 7.maddede düzenlenen tazminatı ödemek zorundadır. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yolculara 5.maddenin 1 fıkrasının b bendi gereğince hizmet sunma yükümlülüğü bu hükümden etkilenmez.

Olağanüstü hallerde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sadece tazminat ödemekten mi, yoksa Tüzük'te yer alan diğer edimleri de ifa etmekten kurtulup kurtulamayacağına ilişkin tartışmaları sonlandırmak için, bu konunun Tüzük'te düzenlenmesi Komisyonca gerekli görülmüştür. Uzun süre devam eden olağanüstü hallerde, şu anda, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, yolcuların konaklamasından sınırsız şekilde sorumludur. Komisyon, öngörülebilir bir zamansal sınırın olmaması nedeniyle, bu belirsizliğin, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin finansal durumunu tehlikeye sokabileceğini belirterek, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin hizmet edimlerini, belirli bir zamanla sınırlayabilmesini kabul etmiştir.²⁸⁸.

Komisyon Teklif'inde, Tüzüğün 9. maddesine eklenen 4. fıkra ile bu durum düzenlenmiştir. Buna göre; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, iptalin, gecikmenin veya uçuş planı değişikliğinin olağanüstü hallerden meydana geldiğini ve tüm makul tedbirleri alsaydı da iptalden, gecikmeden veya uçuş planı değişikliğinden kaçınamayacağını kanıtlayabilirse, 9. maddenin 1. fıkrasının b bendindeki konaklama masrafları yolcu başına her gece için 100 EUR ve en fazla üç gece olarak sınırlandırılabilir. Bu sınırlamayı uygulamak isteyen uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, yolcuyu bilgilendirme yükümlülüğüne ek olarak, bu 3 gece sonrasında konaklama imkânları hakkında yolcuları bilgilendirmesi gerekir.

Olağanüstü hallerde, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemek dışında yolculara karşı olan hizmet yükümlülüklerinin devam edeceği hususunda, Parlamento da aynı görüşte olmakla birlikte, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, yolculara karşı olan konaklama yükümlülüğünün

²⁸⁷ ABI C 93 24.03.2017 s. 348.

²⁸⁸ Teklifin 16 nolu gerekçesi COM (2013) 130 final.

sınırlandırılması konusunda farklı düşünmektedir. Parlamento'ya göre²⁸⁹; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, iptalin, gecikmenin veya uçuş planı değişikliğinin olağanüstü hallerden meydana geldiğini ve tüm makul tedbirleri uygun şekilde alsaydı da iptalden, gecikmeden veya uçuş planı değişikliğinden kaçınamayacağını kanıtlayabilirse, 9. maddenin 1 fıkrasının b bendindeki konaklamanın toplam süresini en fazla 5 geceyle sınırlandırabilir. Eğer, yolcu, konaklamayı kendisi bulmak için karar verirse, konaklama masrafları her gece ve her yolcu için 125 EUR olarak sınırlandırılabilir. Bu sınırlamayı uygulamak isteyen uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, yolcuyu bilgilendirme yükümlülüğüne ek olarak, bu 5 gece sonrasında konaklama imkânları hakkında yolcuları bilgilendirmesi gerekir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin konaklama sağlama yükümlülüğü bu sınırlamalardan etkilenmez ve bunun öncelikli olarak ifa edilmesi gerekir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi eğer konaklamayı sağlamazsa, bu sınırlandırmalar geçerli olmaz.

Komisyona göre; engelli, hareket kabiliyeti sınırlı kişiler ve diğer özel ihtiyaçları olan kişiler örneğin, refakatçisiz seyahat eden çocuklar, hamileler ve özel tıbbi ihtiyaçları olan kişiler, durumlarından dolayı, uçuşun sekteye uğradığı hallerde konaklama sağlamada oldukça fazla zorluk çekmektedir. Bu nedenle, bu kategorideki yolcuların, olağanüstü hallerde öngörülen konaklama hakkına ilişkin bu sınırlamalardan muaf tutulmaları gereklidir²⁹⁰. Komisyon Teklif'inin 11. maddesinde, Tüzüğün 11. maddesine eklenen bir fıkra ile planlanmış kalkış saatinden 48 saat önce özel ihtiyaçları hakkında, hava taşıma işletmesi, onun temsilcisi veya acentesi bilgilendirilmişse, hareket kabiliyeti sınırlı kişilere, onların refakatçilerine, refakatçisiz seyahat eden çocuklara, hamileler ile özel tıbbi ihtiyaçları olan kişilere, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin konaklama ile ilgili bu sınırlandırmayı uygulayamayacağı düzenlenmiştir.

Parlamento, özel durumdaki kişiler için bu sınırlamaların geçerli olmayacağına ilişkin Komisyon Teklif'iyle aynı görüştedir. Parlamento'nun, Komisyon Teklif'indeki 11. maddeye eklenen fıkraya ilişkin yaptığı değişiklik, söz konusu hükme, engelli kişileri eklemek ve hava taşıma işletmesi ifadesini uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi olarak değiştirmekten ibaret²⁹¹.

²⁸⁹ ABİ C 93 24.03.2017 s. 352.

²⁹⁰ Teklifin 18 nolu gerekçesi COM (2013) 130 final.

²⁹¹ ABİ C 93 24.03.2017 s. 352.

B. Hukukumuzdaki Durum

1. Genel Olarak

Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik, 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, Yönetmelik, AB Tüzüğü'ne paralel bir düzenleme²⁹² içermesi nedeniyle Tüzüğün anlaşılmasına ve bazı noktaların açıklığa kavuşturulmasına ilişkin ihtiyaç Yönetmelik için de geçerlidir. Yönetmeliğin uygulanmasında yaşanan farklılıklar ve oluşan tereddütler nedeniyle 02.09.2015 tarihli Genelge²⁹³ ile Yönetmeliğin açıklığa kavuşturulması için yolcu hakları uygulama esasları belirlenmiştir.

Genelge-2015'de olağanüstü haller tanımlanmamış olsa da olağanüstü hal niteliği hususunda oldukça tartışma yaşanan teknik arızaların, olağanüstü hal olarak kabul edilemeyeceği düzenlenmiştir. Fakat burada tartışmaları sona erdirecek bir açıklıkta düzenleme yapılmamıştır. Sadece, teknik arıza ve operasyonel nedenler olağanüstü hal olarak kabul edilmez denilmiştir (Genelge-2015 Genel Prensipler 2. madde). Bu şekilde bir ifadenin yer aldığı düzenlemenin yukarıda ayrıntılı şekilde ifade ettiğimiz tartışmaları ortadan kaldırıp, teknik arızaların, olağanüstü hal niteliğinde olmadığına açıklık getireceğini söylemek zordur. En azından teknik arızalara ilişkin tartışmaları bu düzenleme ile sona erdirmek imkân dâhilinde değildir.

Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi tarafından sorumluluktan kurtulma imkânı sağlayan olağanüstü hallerin ispatlanması gerektiği, Yönetmelikte düzenlenmiştir. Genelge-2015 bu ispatın nasıl yapılacağı hususuna açıklık getirmek amacıyla, mücbir sebeplerin resmi bilgi ve belgeyle ispat edileceğini ifade etmektedir (Genelge-2015 Genel Prensipler madde 7). Mücbir sebep²⁹⁴le, olağanüstü halin ifade edilmek istendiğini düşünürsek, olağanüstü hal niteliğinde yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz olayları dik-kate aldığımızda, bu olayların hepsinin, resmi belge ile ispat edilir nitelikte olduğunu söylemek zordur. Burada ifade edilmek istenenin AB Tüzüğündeki değişiklik çalışmaları kapsamında da yer alan, olağanüstü hallerin yazılı

²⁹² Yönetmeliğin 3. maddesinde, Yönetmeliğin, Avrupa Birliğinin 11/2/2004 tarihli ve (EC) 261/2004 sayılı Tüzüğüne paralel olarak hazırlandığı, hükme bağlanmıştır.

²⁹³ T.C. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, T. 02.09. 2015, S.98063956-090.99/E.1234, Yolcu Hakları Uygulama Esasları Genelgesi-2015, Genelge HUD-2015/3, (http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/Yolcu_Haklari_2015.pdf) (E.T.27.03.2019).

²⁹⁴ Yönetmelikte olağanüstü haller kavramı kullanılırken Genelge'de mücbir sebepten bahsedilmesi kanımızca doğru değildir. Mücbir sebep ve olağanüstü hallerin eş kavramlar olmaması ve Yönetmelik Taslağında mücbir sebep kavramının kullanılmasının isabetli olmadığı hususunda bakınız aşağıda dipnot 299'daki açıklamalar.

şekilde ispatlanması olabileceği düşünülebilir. Genelge-2015 Genel Prensipler madde 7'deki bu düzenleme uygulamaya açıklık getirmek bir yana yeni ihtilaf ve tereddütler doğuracak mahiyettedir.

Genelge-2015, -AB'de ABAD içtihatları ile kabul edildiği gibi- uzun gecikmelerde yolculara tazminat hakkı tanımak istemiştir. Yalnız uzun gecikmeleri, AB'deki gibi 3 saat ve üzeri gecikmeler olarak kabul etmek yerine, Tüzüğün değiştirilmesi çalışmalarında izlenen metot kabul edilerek, yapılan uçuşun mesafesine göre, uzun gecikme sayılacak süreyi tayin etmek tercih edilmiştir. Fakat Tüzüğün değiştirilmesi çalışmalarındaki metoddan daha karışık bir hesaplama yöntemi uygulanmıştır²⁹⁵. Genelgedeki bu hükmün amacı, uzun gecikmelerde de iptalde olduğu gibi yolculara tazminat hakkı tanımak ve olağanüstü hallerde iptal durumunda olduğu gibi uçuşu icra eden hava taşıma işletmesini tazminat ödemekle sorumlu tutmamaktır. Bu hüküm, şu anda yürütmeyi durdurma kararı nedeniyle uygulanmasa da gecikmenin, uzun gecikme olması noktasında getirilen kıstasa ilişkin düzenlemenin açık ve yalın nitelikte olmadığını belirtmek gerekir.

Genelgenin bu hükmünün, yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince bu değişikliğin yönetmelikle yapılması gerekçesiyle Danıştay'da iptali dava edilmiştir. 2015/4595 Esas sayılı bu dava kapsamında Danıştay 10. Dairesi, 17.05.2016 tarihinde, Genelgenin Genel Prensipler başlıklı birinci bölümünün 9. maddesi hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Bu karara ilişkin yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 21.12.2016 tarih 2016/1226 sayılı Kararla, yürütmeyi durdurma kararına ilişkin itirazı reddetmiştir²⁹⁶. Bu nedenle, şu an için Yönetmelik kapsamında uzun gecikmelerde yolcuların bir tazminat hakkı bulunmamaktadır.

2. Yönetmelik Taslağı²⁹⁷

Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün hazırladığı 2017 tarihli Yönetmelik Taslağında olağanüstü hallerle ilgili olarak kavramı açıklamak anlamında, Yönetmelikten farklı bir düzenleme yapılmamıştır. Yönetmeliğin

²⁹⁵ Genelge-2015 Genel Prensipler madde 9'a göre "Uçuşların mücbir sebep olmaksızın; 1500 kilometreden (1500 km dâhil) daha kısa uçuşlar için 5 saat veya daha fazla, 1500 ile 3500 kilometre arası uçuşlar için 7,5 saat veya uçuş süresi 4 saat ve fazla uçuşlar için uçuş süresinin 2 katı veya daha fazla, 3500 kilometreden daha uzun (uçuş süresi 5 saat ve fazla) uçuşlar için uçuş süresinin 2 katı veya daha fazla tehir edilmesi halinde, tehir uçuş iptali olarak değerlendirilir."

²⁹⁶ Bu bilgi şifâhen 08.03.2019 tarihinde SHGM Hukuk Müşavirliğinden alınmıştır.

²⁹⁷ Havayolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik (SHY-YOLCU) Taslağı (web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHY-YOLCU.pdf) (E.T.27.03.2019).

4. maddesinin 4. bendinde daha önce belirttiğimiz gibi olağanüstü haller, Tüzüğün 14 nolu gerekçesi paralelinde örnekleyici şekilde sayılmış, tanımlanmamıştır. Taslakta da kavram tanımlanmamış, Yönetmelikteki hüküm aynen 4. maddesinin 4. bendi²⁹⁸’ne alınmıştır. Fakat Taslakta, Yönetmelikten farklı olarak, kavram “olağanüstü haller” değil, “mücbir sebep”²⁹⁹ olarak ifade edilmiştir.

²⁹⁸ “mücbir sebep; uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin çalışmasını etkileyen özellikle siyasi istikrarsızlık, ilgili uçuşun gerçekleştirilmesine uygun olmayan meteorolojik şartlar, doğal afetler, güvenlik riskleri, beklenmedik uçuş emniyeti noksanlıkları ve grev gibi durumları ifade eder.”

²⁹⁹ “Olağanüstü haller” ve “mücbir sebep” eş anlamlı değildir. AB kanun koyucusu, Tüzüğü hazırlama çalışmaları aşamasında sorumluluktan kurtulma imkânını “mücbir sebep”e ve “olağanüstü haller”e bağlamak konusunda karar verirken; iki kavram arasında çok gidip gelse de nihayetinde “olağanüstü haller” kavramında karar kılmıştır. Bunun için de hukuki açıklık ilkesini gerekçe göstermiştir. (Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen (ABl C 71 E 25.03.2003 s. 188 vd); Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr.27/2003 vom Rat festgelegt am 18.03.2003 im Hinblick auf den Erlass der Verordnung (EG) Nr.../2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom... über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr.295/91 (ABl C 125 E 27.05.2003 s. 63, s. 70); Hukuk Sözcüsü Yves Bot’un C-12/11 28.03.2012 tarihli Görüşü, no 33 (BeckRS 2012, 80637); Hukuk Sözcüsü Eleanor Scharpston’un C-396/06 27.09.2007 tarihli Görüşü, no 50 dn 25 (ECLI: EU: C:2007:555)). Bunun sebeplerinden biri, AB üye devletlerin hukuk sistemlerinde yeknesak bir “mücbir sebep” kavramının yer almamasıdır. Mücbir sebep kavramının unsurlarının tanımlanmasında farklılık ve tartışmalar, örneğin haricilik unsuru açısından grev vb olayların çok tartışmalı olması da bunda etkili olmuştur. Birlik kanun koyucusu, mücbir sebepte de dikkate alınan kriterlere benzerlik olsa da hava seyrüseferi ile bağdaşmayan, bilakis kural olarak her zaman dışarıdan gelen, özel haller olarak onun düzgün ve planladığı şekilde yapılmasını etkileyen veya mümkün kılmayan olayları kapsamına almayı hedefleyen bir kavram seçmiştir (Hukuk Sözcüsü Yves Bot’a göre, bu terimin seçimi Birlik kanun koyucusunun hava taşıma işletmelerinin etki edemediği, kontrol altına alamadığı tüm olayları, olağanüstü haller kavramı içine dâhil etmektir. (bakınız Hukuk Sözcüsü Yves Bot’un C-12/11 28.03.2012 tarihli Görüşü, no 32-34 (BeckRS 2012, 80637)). Aslında amaç, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi ile uçuşun iptali/uzun gecikmesi arasındaki illiyet bağının kesilmesine neden olaylardır ve illiyet bağımlı kesen tek sebep mücbir sebep değildir. Tüzük’te tercih edilen “olağanüstü haller” kavramı için örnekleyici olarak sayılan olaylara bakılarak, “olağanüstü halleri”, mücbir sebep olarak niteleyenler ve eş anlamda kullanılanlar bulunsa da “olağanüstü haller kavramı”, mücbir sebep kavramını içine alan, fakat ondan daha geniş bir kavramdır (**Führich**, MDR 7/2007, s. 8). İsviçre’de Medeni Kanununda ve Borçlar Kanununda “olağanüstü haller” kavramı mevcut değildir. İsviçre Hukukunda “olağanüstü haller”, İsviçre Medeni Kanununun 506/1 hükmü ile İsviçre Borçlar Kanununun 373/2 hükmünde yer alan “olağanüstü durumlar” kavramına yakın bulunarak yorumlanmıştır (**Dettling-Ott/Hochstrasser**,

Uçuşun iptali durumunda olağanüstü hallerde uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin tazminat ödemekle yükümlü olmayacağına ilişkin Yönetmeliğin 6. maddesinin 4. fıkrası aynen Taslak'a alınmıştır (Taslak m. 6/4³⁰⁰). Taslakta olağanüstü haller yerine mücbir sebep kavramı kullanılmış olduğu için bu hükümde de farklılık sadece bu yöndedir.

Yönetmelik'te düzenlenmeyen daha sonra Genelge-2015 ile iptal sayılacağı ifade edilerek düzenlenmiş olan uzun gecikmelerde tazminat hakkı,

s. 69-70). Bu hükümlerin bizim Kanunumuzdaki karşılığı TMK 539/1 ile TBK 480/2 hükümleridir. TBK 480/2 deki "olağanüstü durumlar" olarak kabul edilecek olayların mücbir sebeple sınırlı olmadığı, mücbir sebebi de kapsayan daha geniş bir kavram olduğu, Türk Hukukunda kabul edilmektedir. (**Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.2, Ankara 1987 s. 239 vd.; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016, s. 576-577; **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Özel Hukuku Özel Hükümler C.II, İstanbul 2012, s. 86; TBK 480/2 (BK 365/2) hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız **Gürpınar**, Damla: Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 113 vd.) "Olağanüstü haller" kavramının belirlenmesi için çalışmamızda yukarıda belirttiğimiz, uygulama ve doktrinde tespit edilen olağanüstü hallerin unsurlarına bakıldığında; "olağanüstü haller" kavramının, mücbir sebep ve umulmayan haller kavramı arasında yer aldığını söyleyebiliriz. Bu noktada, "olağanüstü haller", haricilik unsuru açısından mücbir sebebe yaklaşırken; nispi kaçınılmazlık (borçludan borcunun ihlalini önleyebilmesi için şahsi ve ekonomik durumu açısından makul haddi aşan fedakârlıklar yapmasının beklenmemesi (**Tandoğan**, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961 s. 462; **Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 145)) bakımından ise, umulmayan hal kavramına yaklaşmaktadır. Çünkü "olağanüstü haller" de olaya uygun makul tedbirler alınsaydı da kaçınılmayacak bir olaydan bahsedilmekte, makul tedbirler belirlenirken kullanılan kriter ise, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin maddi ve teknik kapasitesi olmaktadır. Yani, o an ki teknik imkânlarla herkes tarafından alınmayacak tedbirlerden değil, ilgili uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin teknik ve finansal kapasitesi bakımından alınmayacak tedbirlerden bahsediyorsak, olay, kaçınılmaz bir nitelik almaktadır. Hâlbuki mücbir sebepte, kaçınılmazlık, mutlaklıktır, yani sadece borçlu bakımından değil, aşırı derecede masraflı tedbirler alınmış ve tekniğin tüm imkânları kullanılmış olsa da herkes için geçerlidir (**Tandoğan**, s. 465). Bu noktada "olağanüstü haller", mücbir sebep kavramından farklı bir nitelik almaktadır. "Olağanüstü haller"; olayın işletme dışında bir olay olmasını gerektirdiği için, haricilik unsuru (olayın, borçlunun işletmesine veya faaliyetine yabancı bunların dışında olması (**Tandoğan**, s. 464)) bakımından ise, mücbir sebep kavramına yaklaşmaktadır. Ayrıca mücbir sebep, her zaman illiyet bağı kesip, sorumluluktan kurtuluş sebebi olduğu halde, umulmayan hal her zaman bu niteliğe sahip değildir (**Eren**, s. 177, s. 184 vd.). Bu nedenle, sorumluluktan kurtulma imkânı yaratan "olağanüstü hallerin", içine mücbir sebepleri de alan fakat mücbir sebep kavramından daha geniş bir kavram olduğunu söyleyebiliriz.

³⁰⁰ "Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi, tüm tedbirleri almasına rağmen mücbir sebeplerin iptale neden olduğunu kanıtlayabildiği takdirde 8 inci madde hükümlerine göre tazminat ödemekle yükümlü olmaz".

Taslak'ta 7. maddenin 1. fıkrasında³⁰¹ düzenlenmiştir. Taslak'ta uzun gecikme, Genelge-2015 ve AB Komisyon ve Parlamentosu'nun Tüzük değişikliği hususundaki çalışmalarında olduğu gibi mesafelere göre tayin edilmiştir. Taslak'ta, Genelge-2015'de yer alan düzenlemeden daha açık ve basit hesaplanabilir bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme, AB Tüzük değişikliği ile ilgili çalışmalarda yapılan düzenlemeye daha yakın olmakla birlikte, 3500 km'den daha uzun uçuşlarda bir süre tayin edilmeyip, uçuş süresinin iki katından fazla olarak uzun gecikme sayılacak sürenin tayin edilmesi, uygulamada yeni ihtilaflar ve tereddütler yaratacak niteliktedir. Özellikle, yapılan uçuş, bağlantılı uçuş ise, uçuş süresinin hesaplanmasında tereddütler yaşanacaktır. Ayrıca, Taslak'ta uçuşun iptalinde olduğu gibi, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin, uzun gecikmelerdeki tazminat ödeme borcundan olağanüstü hallerde (Taslak'taki ifadeyle mücbir sebepte) kurtulup kurtulmayacağı düzenlenmemiştir. Bu hususun açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Kanımızca, olağanüstü hallerde uzun gecikmelerdeki tazminat sorumluluğu için de uçuş iptallerine paralel bir sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmalıdır. Şayet, uzun gecikmelerdeki tazminat ödeme borcu için böyle bir sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmak istenmiyorsa, bu durumun da açıkça düzenlenmesi gerekir. Aksi halde, bu husus, yeni tartışmalar yaratacaktır.

Taslak'ta da Yönetmelik'te olduğu gibi olağanüstü hallerde (taslaktaki ifadesiyle mücbir sebeplerde) uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin yolculara karşı diğer yardım edimlerini ifa etmekle yükümlü olup olmadığı açıklığa kavuşturulmamıştır. Yönetmelikte olduğu gibi, uçuş iptallerinde yolculara karşı uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin 9. ve 10. madde hükümlerini yerine getirmek zorunda olduğu hükmü aynen Taslak'ta yer almıştır. Ayrıca, uzun gecikmelerde de gecikmeyi düzenleyen Taslak'ın 7. maddesinin 3. fıkrasında yolculara karşı uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin hizmet edimi ile yükümlü olduğu “10 uncu madde kapsamındaki hizmet hakkı sunulur” şeklinde düzenlenmiştir.

Taslak, hizmet hakkını 10. maddede, Yönetmelikte olduğu şekliyle düzenlemiş, olağanüstü hallerin uzun sürmesi durumunda konaklama hizmetinin zaman ve tutar olarak sınırlandırılmasına ilişkin AB Tüzüğü'nün

³⁰¹ “Uçuşu icra eden hava taşıma işletmesi bir uçuşun planlanan hareket saatinden itibaren a) 1500 kilometreden (1500 km dâhil) daha kısa ve iç hatlardaki uçuşlar için 3 saat veya daha fazla, b) 1500 ile 3500 (3500 km dâhil) kilometre arası uçuşlar için 5 saat veya daha fazla, c) 3500 kilometreden daha uzun uçuşlar için uçuş saatinin iki katından daha fazla sürede yolcuları son varış noktasına ulaştıramadığı takdirde 8 inci madde kapsamında tazminat ödemekle yükümlüdür.”

revizyon çalışmalarındaki düzenlemelerde olduğu gibi bir sınırlama öngörmemiştir.

SONUÇ

Hem Tüzükte hem de Yönetmelikte uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin uçuşun iptali nedeniyle yolculara ödemek zorunda olduğu tazminatı, olağanüstü hallerde ödemekten kurtulma imkânı düzenlenmiştir. Uçuşu icra eden hava taşıma işletmelerinin tazminat ödemekten kurtulmak için olağanüstü hal olarak dayandıkları durumlar, çoğunlukla, teknik arıza ve hava muhalefeti olmaktadır. Olağanüstü hallerin tanımı yapılmamış ve tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmak için tüm makul tedbirlerin alınması düzenlenip, makul tedbirlerden anlaşılması gerekenin ne olacağı da hükme bağlanmamıştır. Bu nedenle, bu hususların yoruma muhtaç olması, hem uygulamanın yeknesaklığını engellemekte hem de uçuşu icra eden hava taşıma işletmeleri tarafından bu durumun kendi lehlerine kullanılmasına zemin yaratmaktadır. Yolcuların en üst düzeyde korunmasını amaçlayan bir düzenlemede, bu şekilde yolcuların tazminat haklarının tehlikeye girmesi, söz konusu amaçla bağdaşmamaktadır.

Hukukumuzda yapılacak yeni düzenlemede³⁰² Tüzükle ilgili AB’de yapılmış olan revizyon çalışmaları, Tüzüğün uygulamasıyla ilgili içtihatlar özellikle ABAD kararları ve doktrindeki görüşlerde dikkate alınarak; uçuşu icra eden hava taşıma işletmelerine tazminat ödemekten kurtulma imkânı sunan olağanüstü hallerin tanımının yapılması ve uygulamaya yardımcı olmak amacıyla olağanüstü hallerin sayımının yapıldığı bir liste ile desteklenmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, uçuşun yapılmamasının yegâne sebebinin söz konusu olağanüstü hal olduğunu belirlemek önem arz etmektedir. Bu noktada, uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin alması beklenen makul tedbirlerden ne anlaşılması gerektiğinin de hüküm altına alınması gereklidir. Bunun yanı sıra, uçuşun uzun gecikmesi durumunda yolcuya tazminat hakkı sağlanması hüküm altına alınarak, bu durumda da uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin -iptalde olduğu gibi- olağanüstü hallerde tazminat ödemekten kurtulacağı açıklığa kavuşturulmalıdır.

Her ne kadar olağanüstü haller uçuşu icra eden hava taşıma işletmesinin sadece tazminat ödemekle ilgili sorumluluğunu ortadan kaldırmakta ise de; uzun süren ve özellikle geniş bir etki alanına sahip olan olağanüstü hallerde uçuşu icra eden hava taşıma işletmelerinin, yolculara karşı olan hizmet ediminin zaman ve miktarla sınırlanmasına imkân veren bir düzenleme yapılması da uygun olacaktır.

³⁰² Bu hususların Yönetmelik ve Genelge ile değil, Kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkurt**, Sinan Sami: Sivil Havayolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2018.
- Bal**, Ali: Uluslararası Hava Hukuku, Ankara 2019.
- Bartlik**, Martin: Der “aussergewöhnliche Umstand” nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Wallentin-Herrmann gegen Alitalia, RRa 6/2009, s. 272-278.
- Blankenburg**, Daniel: 10 Jahre Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 261/2004-bisherige und aktuelle Probleme im Rahmen der aussergewöhnlichen Umstände, RRa 4/2015, s. 162-176.
- Boehe**, Markus: Streikbedingte Umorganisation des Flugplans als aussergewöhnlicher Umstand i.S.d. Art. 5 Abs. 3 der Fluggastrechte-Verordnung!?, RRa 5/2017, s. 210-216.
- Bosch**, Andreas/**Lorz**, Sigrid: Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Haftung von Fluggesellschaften im Rahmen der Fluggastrechteverordnung, NZV 2013, s. 105-111.
- Cengiz**, Ali: Avrupa Birliği ve Türkiye’de Slot (Sıra/Zaman) Tahsisi Uygulaması ve Hukuki Değerlendirme, DEÜHFD, C. 12, Özel Sayı (Burhan Ceyhan’a Armağan) 2010 (Basım Yılı 2012).
- Dettling-Ott**, Regula/**Hochstrasser**, Michael: Vogelschlag als “aussergewöhnlicher Umstand” im Sinne der Verordnung (EG) Nr.261/2004, SVLR-Bulletin 149/2017, s. 58-71.
- Ebinger**, Christoph: Zivilrechtliche Haftung des Luftfrachtführers im Personentransport- unter besonderer Berücksichtigung der Beförderung von Personen durch ferngesteuerte Luftfahrzeuge, Zürich 2012.
- Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.
- Flöthmann**, Marc: EuGH Verbraucherschutz: Ausgleichszahlungen nach Flugausfall trotz “wilden Streiks” des Flugpersonal, EuZW 2018, s. 460-461.
- Führich**, Ernst: Die Fluggastrechte der VO (EG) Nr.261/2004 in der Praxis, MDR 7/2007, s. 6 (MDR 7/2007).
- Führich**, Ernst: Innerbetrieblicher “wilder Streik” als aussergewöhnlicher Umstand der Fluggastrechte-Verordnung, MDR 13/2018, 769-772.

- Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Özel Hukuku Özel Hükümler C. II, İstanbul 2012.
- Günel**, Reşat Volkan: Uluslararası Havacılık Hukuku, İstanbul 2010.
- Gürpınar**, Damla: Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.
- Heinrich**, Ulrike: Verbrauchervertragsrecht der Europäischen Union, Zürich, 2017.
- Hempel**, Heinrich: Passagierrechte und Rechtsstaat: Einige grundsätzliche Gedanken zur Verordnung (EG) Nr. 261/2004 und zu ihrer Anwendung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, SVLR-Bulletin 144/2012, s. 36-59.
- Hoffmann**, Henning/Scheu, Rebeca-Sophia: Fluggastrechte auf dem Prüfstand, VuR 2015, s. 369-377.
- Hoffmann-Grambow**, Jakob: Der Einsatz eines Ersatzflugzeugs als "zumutbare Massnahme" im Sinne von Art. 5 Abs. 3 VO (EG) Nr. 261/2004?, RRa 5/2013, s. 213-218.
- Janköster**, Jans Peter: Fluggastrechte im internationalen Luftverkehr, Verspätung von Fluggästen, Überbuchung und Annullierung von Flügen, Tübingen, 2009.
- Kost**, Albert: Geltungsbereich der Passagierrechtsverordnung (EG) 261/2004 aus Schweizer Sicht, SVLR-Bulletin 144/2012, s. 20-35.
- Marti**, Urs: Fluggastrechte gemäss der Verordnung (EG) Nr.261/2004, Zürich 2017.
- Müller-Rostin**, Wolf: Anmerkungen zu Entscheidungen zur Verordnung (EG) 261/2004, NZV 2008, s. 276-279. (NZV 2008).
- Müller-Rostin**, Wolf: Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes i.S. Wallentin-Hermann gegen Alitali, NZV 2009, s. 430-433. (NZV 2009).
- Müller-Rostin**, Wolf: Rechtliche Unsicherheiten bei der Neuregelung von Fluggastrechten-eine kritische Würdigung der Verordnung (EG) 261/2004 und zugleich eine Erwiderung zu Schmid in NJW 2006, 1841, NZV 2007, s. 221-226.
- Rodegra**, Kay P.: EU-Fluggastrecht-VO-Ausgleichszahlung für Flugpassagiere, MDR 7/2013, s. 373-378.
- Schladebach**, Platek: Schwerpunktbereich-Einführung in das Luftrecht, JuS 2010, s. 499-506.

- Schmid, Ronald/Hopperdietzel, Holger:** Fluggastrechte- eine Momentaufnahme, NJW 2010, s. 1905-1911.
- Schmid, Ronald:** Die „Unvollendete“: Zehn Jahre Fluggastrechte-Verordnung, NJW 2015, s.513-517. (NJW 2015).
- Schmid, Ronald:** Die Bewährung der neuen Fluggastrechte in der Praxis-Ausgewählte Probleme bei der Anwendung der Verordnung (EG) Nr.261/2004, NJW 2006, s. 1841-1845. (NJW 2006).
- Schmid, Ronald:** Fluggastrechte in der Praxis-Ein Überblick über Entscheidungen zur Verordnung (EG) Nr.261/2004 mit Anmerkungen, NJW 2007, s. 261-267. (NJW 2007).
- Schmid, Ronald:** Fluggastrechte-Verordnung Kommentar, 2018.
- Schmid, Ronald:** Irrungen und Wirrungen bei der Anwendung der Fluggastrechte-Verordnung, VuR 2012, s. 461-463. (VuR 2012).
- Schmid, Ronald:** Zumutbare Massnahmen eines Luftfahrtunternehmens bei Flugannullierung und Verspätung, NJW 2014, s. 3279-3281. (NJW 2014).
- Sendmeyer, Stefanie:** Alle Jahre wieder: Europäische Fluggastrechte im Schneechaos, NJW 2011, s. 808-812.
- Sirmen, Kazım Sedat:** Avrupa Parlamentosu Ve Konseyi'nin 11 Şubat 2004 Tarihli ve 261/2004 Sayılı Tüzük'ünün 2(L), 5, 6 ve 7. Maddelerinin Yorumlanmasına İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı Tarafından Verilen Sturgeons V. Condor Flugdienst Gmbh (C-402/07) ve Böck-Lepuschitz V. Air France Sa (C-432/07) Ön Karar Davası Kararı ve Kararın Değerlendirilmesi, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2014, s. 187-209.
- Staudinger, Ansgar/Krüger, Markus:** Die Entwicklung des Reiserechts in den Jahren 2011/2012, NJW 2012, s. 2853-2860.
- Staudinger, Ansgar/Schürmann, Dominik:** Die Entwicklung des Reiserechts in den Jahren 2009/2010, NJW 2010, s. 2771-2776. (NJW 2010).
- Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 2, Ankara 1987. (Özel).
- Tandoğan, Halûk:** Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961.
- Tonner, Klaus:** Münchener Kommentar zum BGB, § 651, 7.Auflage 2017.
- Uslu, Suat:** Türkiye'de Havaalanlarındaki Slot Sorunları ve Çözüm Önerileri, Akademik Bakış Dergisi, Uluslararası Hakemli Sosyal

Bilimler E-Dergisi, Sayı: 50, Temmuz-Ağustos 2015, (<http://www.akademikbakis.org>). (E.T. 27.03.2019).

Wiede, Andreas: Reiserecht Schweizer Handbuch zu den Verträgen über Reiseleistungen, Zürich, 2014.

Wienbracke, Mike: 10 Jahre EuGH-Rechtsprechung im Kontext der Fluggastrechteverordnung, EuZW 2016, s. 51-57.

Wienbracke, Mike: EuGH-Verbraucherrecht; Ausgleichsleistungen bei Flugverspätung nach Kollision des Flugzeugs mit einem Vogel, EuZW 2017, s. 575-576 (EuZW 2017).

Woitkewitsch, Christopher: Rechte des Fluggasts bei Flugannullierung und -verspätung, MDR 4/2012, s. 193-197.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016.

A GENERAL OUTLOOK ON THE ISSUE OF TRADE RESTRICTIONS IN ROMAN LAW*

DOI: 10.33717/deuhfd.567626

*Asst. Prof. Dr. İpek Sevda SÖĞÜT***

Abstract

The legal sources of Roman law, mainly face trade restrictions in the context of the relationship between patron and freedman (libertus). It is no coincidence that, the issue arose in that particular context. Before slaves were set free, they would often acquire special knowledge and skills from working in the masters' businesses. If a slave was set free to administer, the estate of his former master as procurator (a representative in terms of a general power of attorney), his livelihood was secured. In other cases, he had to establish his own occupation to survive after his manumission. His obvious choice would have been the occupation he had learned under his former master and present patron. For example, the freedman of a medical doctor could become a doctor himself and the freedman of a slave-dealer did not begin agitate for the abolition of slavery, but became a slave-dealer himself.

Keywords

Restraints of trade, patronus, libertus, servus, liberae operae

ROMA HUKUKUNDA TİCARET SINIRLANDIRMALARI KONUSUNA GENEL BİR BAKIŞ

Öz

Roma hukuku kaynakları, ticaretin sınırlandırılması meselesi ile, esas olarak efendi ve azatlı (libertus) arasındaki ilişki bağlamında, ilgilenmektedirler.

* Some parts of this article was presented at the LXXIIe Session de la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité, 11-15 Septembre 2018 in Kraków-Poland.

** A Head of Roman Law Department, Kadir Has University, Faculty of Law (e-mail: ipekss@khas.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-3501-6593) (Makalenin Geliş Tarihi: 15.12.2018) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 20.12.2018-17.04.2019/Makale Kabul Tarihleri: 02.01.2019-08.05.2019)

Bu bağlamda sorunun ortaya çıkması tesadüf değildir. Köleler serbest bırakılmadan önce, genellikle, efendilerinin işlerinde çalışarak özel bilgi ve beceri kazanırlardı. Eğer bir köle, idare edilmek üzere serbest bırakılırsa, eski ustasının mülk sahibi (genel bir vekalet açısından bir temsilci) olarak mülkü, geçim sağlandı. Diğer durumlarda, görevinden sonra hayatta kalmak için kendi melseğini kurması gerekiyordu. Onun bariz tercihi, eski ustası ve mevcut patronu tarafından öğrenmiş olduğu meslek olurdu. Örneğin, tıp doktorunun serbest bırakıcısı bir doktor olabilir ve bir köle bayisinin serbest bırakımı köleliğin kaldırılması için harekete geçmemiştir, ancak bir köle satıcısı haline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler

Ticaret sınırlandırmaları, patronus, libertus, servus, liberae operae

Introduction

Roman law had no distinction between civil and commercial law as have the modern systems, so one must extract commercial law from the subject matter of civil law. It was not a separate body of law and was embedded in the basic Roman civil law. As for that, Roman private law supports the making of markets through the laws of property and obligations¹.

The origin of clauses in restraint of trade can be traced to the time of the Romans. This article therefore begins with restraint of trade in the context of state control and afterwards a brief discussion of Roman patrons, freedmen and the relationship between them and it follows as restraint of trade in the context of patrons-slaves relation and finally examined the restraint of trade by the way of servitude. These all, will be followed by an examination of the remaining texts dealing with agreements in restraint of trade in Roman law.

I. Restraints of trade in the context of state control (by public law steps)

The combination of edictal law and jurisprudence, and the occasional adoption of international or local norms, certainly facilitated the development of commerce by providing the business community with adequate legal instruments and protection. However, there is another side to coin, reflecting social and political concerns and fiscal necessities. This is where public law steps in².

The private economic activity of Ancient Rome can only be defined as the *laissez-faire* economy³, which aims to produce only a limited amount of

¹ Roman private law was more congruent because it lacked this separation. The modern *ius mercatorum* developed during the Middle Ages between 500 and 1500 A.D. **Del Granado**, Juan Javier: "The Genius of Roman Law from a Law and Economics Perspective", 13 *San Diego Int'l L.J.* Vol. 301, 2011, p. 338.

² **Aubert**, Jean-Jacques: "Commerce", in *The Cambridge Companion to Roman Law*, (ed. **Johnston**, David), Cambridge University Press, 2015, p. 234.

³ The concept of the Roman economy covers the production, distribution and consumption of scarce goods and services in the Roman Empire during the long classical period. **Koops**, Egbert: "Price Setting and Other Attempts to Control The Economy", in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, (ed. **Du Plessis**, Paul J./**Ando**, Clifford/**Tuori**, Kaius), Oxford University Press, 2016, p. 610.

agricultural and household goods and their distribution in small-scale markets⁴.

The control of the state was guided primarily by two considerations: opening the necessary sources of income to the tax authorities and serving the needs of the people of Rome. State expenses were funded by means of taxes and as well as by a number of domains and monopolies belonging to the state, such as mining⁵. Indeed, the Romans disliked monopolies and for instance; at the end of the fifth century, the Emperor Zeno provided that, no one was to be permitted to monopolise the sale of certain common commodities. The provision also prohibited any agreement in any unlawful assembly that any kind of merchandise that was the object of commerce, would not be sold for less than what was agreed upon by the parties in question. The measure provided that, should anyone practise monopoly, he would be deprived of all his property and sentenced to perpetual exile and that those who ventured to fix the prices of their merchandise or bind themselves by any illegal contracts of that kind would be punished by a fine. Any tribunal that did not enforce the laws as to monopolies was also to be punished by a fine⁶.

The public officials also acted against grain profiteering, particularly in later times, when criminal sanctions were invoked against the *dardanarii*⁷

⁴ **Wacke**, Andreas: "Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law", *Law and History Review*, Vol.11, No:1, Spring 1993, p. 2. The word "market" has multiple meanings. Used in a concrete sense, it refers either to the place at which goods and services are bought and sold or to the commercial activities taking place in such a location. Used abstractly, it may be used to denote the operation of the forces of supply and demand and to the way these forces affect the distribution of goods or services in smaller or larger geographical areas. The geographical areas in which these forces operate may also be called "markets". **De Ligt**, Luuk: "Roman Law, Markets and Market Prices", in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, (ed. **Du Plessis**, Paul J./**Ando**, Clifford/**Tuori**, Kaius), Oxford University Press, 2016, p. 660.

⁵ **Wacke**, p. 2.

⁶ **Emmett**, Arthur R.: "Roman Law, "Private Property and the Public Domain: Lessons of Copyright Policy", in *Copyright Perspectives, Past, Present and Prospect*, (ed. **Fitzgerald**, Brian/**Gilchrist**, John), Springer, Switzerland 2015, p. 22.

⁷ The merchant cartels of the *dardanarii* were characterized by the brevity of their duration; in this respect, they are fundamentally distinct from modern industrial cartels and monopolies. Modern monopolistic enterprises are based on expensive technical plants and equipment, which a prospective competitor cannot set up at the drop of a hat. The merchant cartels of old, on the other hand, could, in practice, prevent a competitor's activities in the market place on a seasonal basis, but not permanently. **Wacke**, p. 3.

and other instances of private monopolies. According to some researches, it was not part of the task of professional bodies or guilds (*collegia*) to regulate competition or price levels⁸.

Starting in the early republican period, a series of *leges fenebres* tended to limit the rate of interest before banning interest altogether, although unsuccessfully. Other public laws bearing on commercial activities regulated the food supply (*leges annonariae/frumentariae*), [The supply of foodstuffs was undertaken by state officials within the framework of the *annona*⁹.] luxury consumption¹⁰ (*leges sumptuariae*), the occupation of agricultural land (*leges agrariae*) and taxation¹¹.

The market-economy principle of free competition remained by and undisturbed by state activities. The general view is that, taxation was not used as an economic control function¹².

There were some prescriptions relating to what had to be cultivated for safeguarding the food supply and as well as export limitations for agricultural products. Export limitations particularly aimed at restraining the

⁸ **Wacke**, p. 3. See for details in **Waltzing**, Jean Pierre: Etude historique sur les corporations professionnelles chez les romains, 4 vols. (1895-1900, repr. Hildesheim, 1970), Vol.1, pp. 181-190.

⁹ *Annona* is the Roman Goddess of the corn supply (the European term for grain, in this case wheat, not the new world maize). She is the personification of the produce grown in the year: Her name, *annona*, was the name of the wheat allotment given to the people of Rome by the government to stave off famine. Originally *annona* could be any food grown or made over the year, for example fruit or wine as well as grain, but in time it came to mean provisions in general, especially wheat. <http://www.thaliatook.com/OGOD/annona.php>, (access date: 06.12.2018).

¹⁰ The sumptuary laws of late Republic reissued several times but rarely enforced. These laws privileged the domestic economy over luxury items. Such rules were not intended to direct economy, even if they incidentally had an economic impact; their purpose was rather to encourage self-regulation by the Roman elite to keep the social peace. **Koops**, p. 610.

¹¹ **Aubert**, p. 235.

¹² In the republican and early imperial periods, trade was subject to all kinds of taxes, above all tolls and custom duties (*portoria*) at both municipal and imperial levels. It is difficult to estimate the impact of taxation on the volume of trade, but it is clear that the burden increased with time: from the reign of Constantine until AD 498, a special tax in gold and silver called *collatio lustralis* or *chrysarguron* was collected on behalf of the imperial treasury from merchants, who therefore had to be registered. By then, the time of *laissez-faire* and promotion of commercial activities on the part of public authorities was long gone. **Aubert**, p. 235.

production of wine, because they were more profitable, and advancing the production of wheat, because they were more important¹³.

The *plebiscitum Claudianum*¹⁴ of 219-218 BC, barred senators and their sons from owning, although not from operating, ships of large capacity (over 300 amphoras), so excluding them from lucrative public contracts, connected with the food supply and hampering the marketing of the produce of ever-growing agricultural estates. The risk of allowing senators to engage in naval commerce was actually greater than the risk posed by financially empowering the equestrian order. These considerations were nevertheless balanced against the financial incentive to participate in naval commerce. The result was the mixed senatorial response to the *plebiscitum Claudianum* championed by Flaminius: neither support nor vehement opposition, but tacit acceptance¹⁵.

State control over economic activities was not limited to shipping and became a general phenomenon in the fourth and fifth centuries. Unsurprisingly, it affected trades connected with the food industry (bakers, meat sellers, and so on), but it also extended to other commercial activities¹⁶.

¹³ Wacke, p. 2.

¹⁴ The *plebiscitum Claudianum* of 219-218 BC banned senators from involvement in commercial shipping, preventing them from participating in the increasingly profitable practice of fitting out ships to exchange goods in overseas trade. The obvious question is why senators would allow themselves to be prohibited from this lucrative form of business. Perhaps they had moral scruples. Looking back from his vantage point in the Augustan period, Livy writes that “every form of profit seeking was thought to be unsuitable for senators”. More significant to Livy, however, is the fact that only one senator, Gaius Flaminius, supported the measure, which passed as a plebiscite, a law formally enacted by the people, though in practice subject to considerable elite influence. Livy concludes that the law was an effort by the lower orders to weaken the power of the Senate, since it empowered the mercantile equestrian order, who were still permitted to amass wealth through shipping. Coffee, Neil: *Gift and Gain-How Money Transformed Ancient Rome*, Oxford University Press, 2017, p. 39.

¹⁵ Coffee, p. 39.

¹⁶ Aubert, p. 235. In the second century, the commerce of Gaul and with the agriculture and industry reached an unprecedented state of prosperity. To realize the brilliant development of commerce and industry in Gaul, it is sufficient to read the inscriptions in the twelfth and thirteenth volumes of the *Corpus Inscriptionum Latinarum* and to study the admirable collection of sculptures and bas-reliefs found in the country. The inscriptions of Lyons, for example, whether engraved on stone monuments or on various items of common use (*instrumenta domestica*) and particularly those which mention the different trade associations, reveal the great importance of the part played by the city in the economic life of Gaul and of the Roman Empire as a whole. Lyons was not only the great clearing house for the commerce in corn, wine, oil and lumber; she was also one of the largest centres in the Empire for the manufacture and distribution of most of the

Various emperors, including Tiberus, Nero and Commodus, are reported to have imposed maximum grain prices in the city of Rome during periods of severe food shortage and these measures were obviously motivated by the fact that keeping the citizen population of the capital city adequately supplied with basic foodstuffs was seen as a political priority¹⁷.

The economic policy of the Roman state, consisted of attempts to influence supply and demand, through government spending and monetary controls as well as selective taxation and production incentives, while accepting the resulting prices as a necessary outcome. In all, price setting was largely absent from the Roman economy: not because the mechanism was unheard of, but because it went against deeply ingrained belief in the primacy of party autonomy¹⁸.

On the other hand, everything in Rome had its price and this price was regularly formed by the operation of free market forces in a process of negotiation. So it means that, the agreement on the price in a given contract was left to the discretion of parties to the contract and they were also allowed to make a bargain (*invicem se circumscribere*¹⁹)

For instance:

D. 19.2.22.3 (Paulus libro 34 ad edictum)²⁰:

*“Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita **invicem se circumscribere**, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.”*

“Just as in a transaction of purchase and sale it is **naturally conceded that the parties can either purchase or buy something more or less, and hence mutually restrain one another**, so the rule is the same in leasing and hiring.”

articles consumed by Gaul, Germany and Britain. **Morley**, Neville: Trade in Classical Antiquity, Cambridge University Press, 2007, p. 3.

¹⁷ **De Ligt**, p. 667.

¹⁸ **Koops**, p. 618.

¹⁹ “*Invicem se circumscribere*” is very difficult to translate: to “overreach” or “outwit” each other would perhaps come closest to what is meant. It would be inappropriate, though, to take this term as implying and thus condoning deceit. **Zimmermann**, Reinhard: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996, p. 256.

²⁰ Paul. D.19.2.22.3 does not contain a carte blanche for foul play, for neither *actio empti* nor *actio venditi* could be granted in case of fraudulent machinations. There was no licence for wangling and knavery. **Zimmermann**, p. 256.

The jurist Paul warns that it is “naturally” allowed to buy what is worth more for less, and sell what is worth less for more, and generally for parties to a transaction to run rings around one another²¹.

Price undercutting by competitors remained permissible, even after Diocletian’s grandiose Maximum Price Edict in 301 A.D.²². Diocletian’s Edict introduced maximum price not only for grain and other food items but for a very wide range of goods and services. One of Diocletian’s aim was put an end to the never-ending price rises of the late third and early fourth centuries²³.

Measures to promote private competition in order to keep prices down, were unknown in antiquity. In Rome, during the Principate, freedom of trade was an accepted and widely practised principle. The question that concerns us is, whether this was also applicable to freedmen who plied the same trade

²¹ **Koops**, p. 612. See also in D.4.4.16.4 (*Ulpianus, On the Edict, Book XI*): “*Idem Pomponius ait in pretio emptiois et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*”, “Pomponius also states with reference to the price in a case of purchase and sale, that the contracting parties are permitted to take advantage of one another in accordance with natural law”.

²² Zimmermann regards the Diocletianic rescripts as interpolated. **Zimmermann**, p. 261. Sirks, suggests that the original versions of Diocletian’s rescripts may have granted the possibility of in integrum restitutio in two cases in which classical requirements for making this remedy available were not met, but this theory can be made to work only by assuming that the substance of both texts was changed as a result of interpolations. **Sirks**, Adriaan Johan Boudewijn: “La laesio enormis en droit romain et byzantin”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Vol. 53, pp. 291-307.

²³ The authenticity of the text of Diocletian’s rescripts has been endlessly debated. It has been pointed out, for instance, that in the rescript of 285 AD the object of sale is first referred to as “a thing” (*res*) but subsequently as “a farm” (*fundus*). These and other linguistic oddities have been taken as proof that the original text must have been tampered with, either during the fourth or fifth centuries or by the Justinianic compilers. The current majority view is that none of these linguistic arguments is decisive. Another reason why many legal historians find it difficult to accept the two rescripts as genuine is that not a single Imperial constitution issued during the fourth or fifth century refers to a sale of a piece of land being rescinded on the grounds that the purchase price was less than half the market value. In assessing the validity of this argument we must, however, consider the likelihood that attempts to determine the “just price” or “true value” of purchased goods must have become increasingly problematic as a result of the galloping inflation of the fourth century. On balance, there are no good reasons to reject Diocletian’s rescript as inauthentic. Of course, that conclusion is perfectly compatible with the view that *laesio enormis* did not become a generally recognised remedy before the publication of the Justinianic Code. **De Ligt**, p. 668.

as their patrons. If there were general rules to limit or exclude competition, it was obvious that they should be included in such cases²⁴.

However, it is clear that, there is an evidence that in Classical Rome, the principle of free competition prevailed²⁵:

D.1.18.6.4 (*Ulpianus libro primo opinionum*)²⁶:

“Neque licita negotiatione aliquos prohiberi neque prohibita exerceri neque innocentibus poenas irrogari ad sollicitudinem suam praeses provinciae revocet.”

“The Governor of a province must make it his especial care that no one shall be prevented from transacting any lawful business, and that nothing prohibited shall be done, and that no punishment shall be inflicted upon the innocent”.

This text serves as a general directive that confirms the fundamental principle that freedom of trade should be protected by the provincial governor. The exposure clearly shows that the prohibition of illicit commercial activities constituted an exception. This prohibition could be based on two grounds: firstly, a defendant could be prevented, due to the imposition of a conviction, from pursuing his occupation. Secondly, in some rare cases, some activities such as gambling, witchcraft or astrology could be limited or even prohibited for reasons of public interest.

This text serves as a general directive confirming the basic principle that freedom of trade, should be protected by the provincial governor²⁷.

Inferior occupations, such as acting or free men recruited as gladiators (*auctorati*) were not formally banned but stigmatized them with the brand of infamy. But all of these were exceptions. The pursuit of occupations in the Roman Republic as well as in the Principate was regulated less actively, therefore everyone could enter into any occupation. The primary task of the provincial governor²⁸ was the protection of freedom of professional activity

²⁴ **Van den Bergh**, Rena: “Patrons, Freedman and Convenants in Restraint of Trade”, 72 THRHR, Vol.74, 2009, p. 79.

²⁵ **Schiller**, A. Arthur: “Restraint of Trade in Classical Roman Law”, (Restraint of Trade), in *Mnemosyna Pappulias*, Athen 1934, p. 235; **Camacho López**, María Elisa: “El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 16, Jun. 2009, pp. 55-56.

²⁶ This text on gubernatorial responsibilities can be attributed, both as far as content and style are concerned, to late-Classical law. **Wacke**, p. 5.

²⁷ **Wacke**, p. 4.

²⁸ An often quoted passage from Ulpian’s treatise “*On the duties of the Provincial Governor*” refers to the existence of Imperial mandata urging provincial governors to

but it did not mean that there was a special office, like modern trade supervisory office, under the provincial governor. The text does not mention which measures were to be taken to ensure professional freedom. These were undoubtedly left to the discretionary coercive powers (*coercitio*) of the governor. The text constitutes a coercive public-law supplement to the private law penalty of invalidity, which is often ineffective in practice²⁹.

II. Restraints of trade in the context of *patronus* and *libertus* relationship

The limited number of Digest texts dealing with restraint of trade after the termination of a contract of employment apparently did not contribute to the development of modern law. The problem of restraint of trade of an employee manifests itself to a greater extent today than it did in Rome³⁰. Restraint of trade was obviously not a serious issue in Rome. Economic structures were fairly simple and there was not much pressure of competition.

The Digest contains but a limited number of texts, mainly in the context of the relationship between patron and freedman, dealing with the problems of restraint of trade³¹. Before slaves were set free, they would often acquire special knowledge and skills from working in the masters' businesses. If a slave was set free to administer the estate of his former master as *procurator*³², his livelihood was secured otherwise he had to establish his own occupation to survive after his manumission³³.

take action against speculators who threaten the urban food supply (D.47.11.6). **De Ligt**, p. 668.

²⁹ **Wacke**, p. 4.

³⁰ **Wacke**, p.7-8.

³¹ **Van den Bergh**, p. 79.

³² *Procurator* (in private law): "One who administers another's affairs under his authorization (mandatu)" (D. 3.3.1, pr). Wealthy people used to have a general manager (administrator) of their property, a procurator omnium bonorum, whose activity for his principal was practically unlimited (alienations were excluded), unless specific restrictions were imposed on him concerning certain kinds of transactions. He was designated as a general agent ad res administrandas datus (=appointed for the administration of the property). Normally such an agent was freedman (sometimes even a slave). **Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, p. 654.

³³ The most important form of release from slavery was manumission, a process in terms of which the master freed his slave who then became free (a *homo liber*) and a Roman citizen (*civis Romanus*). **Van den Bergh**, p. 75.

The economic activity freedom of *libertus* could clash with the duty of loyalty owed to his *patronus*. Whilst, previously, they were working for their masters who were benefiting from hard-working, experienced and successful slaves, there was now a possibility that they would apply their skills in competition³⁴ with the former master. This would naturally lead to a conflict of interests³⁵.

When the slave was set free, as a *libertus*, his duties of respect (that is, of *obsequium* and *reverentia*)³⁶ did not merely have an ethical basis, they also had legal consequences. According to Watson, the rights of a patron fell into three classes, namely the right of succession on the freedman's death, a right to *obsequium* (subservience) and a right to *operae* (a fixed number of days of work)³⁷. As the work performed by freedmen (*operae libertorum*)³⁸

³⁴ There are several legal relationships from which could have derived that obligation of non-competition by the freedman in Roman law, within which are; *obsequium*, *operae iuratae*, *operae stipulatae*, *stipulatio*, *contractus innominati* and *lex mancipii*. See for details in **Camacho López**, p. 64 ff.

³⁵ **Van den Bergh**, p. 79.

³⁶ The relationship between a freedman and his patron was based on fidelity and regulated in detail. The filial respect owed to the patron may be summed up in the terms *obsequium* (including *reverentia* and honor) and *officium*. During the Republic *obsequium* and *officium* had no judicial sanction: it merely constituted a custom every freedman was expected to follow. Although these terms were never defined, they may be regarded as negative in the sense that a number of things were forbidden in terms thereof. One may say that by virtue of *obsequium* the patron was immune from anything that might have detracted from his dignity as a patron. This included that the freedman was not permitted to bring any action involving discredit against his patron or his relatives or, without leave of a magistrate, any action at all. We have apparently no evidence for the penalty which was imposed for a breach of *obsequium*, but at one time the patron and his freedman could make an agreement regulating the penalty. **Van den Bergh**, p. 76; **Watson**, Alan: *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, (Law of Persons), Clarendon Press, 1967, p.228. The positive rights, on the other hand, were embodied in *officium*. In terms of *officium* he was furthermore expected to take care of his patron if he needed anything and to render assistance when necessary. **Karadeniz**, Özcan: *Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 396, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, pp.198-199.

³⁷ **Watson**, Alan: *Roman Slave Law*, (Slave), Johns Hopkins University Press, Baltimore 1937, p.35. The obligations which the freedman owed his patron were contained, first, in the concept of *obsequium* and included respect and loyalty. Secondly, he was obliged to perform duties (*operae*) to a patron who had freed voluntarily and to which he had committed himself. And, thirdly, apart from any obligation to *operae* and *munera*, a *libertus* also had to support his patron in times of need according to his means. **Van den Bergh**, p. 76; **Camacho López**, p. 64.

constituted a major economic factor, it is no coincidence that most of the sources on restraints of trade concerned the patronage relationship³⁹.

The fact that *operae* can only be exacted when the freedman has been given sufficient time to earn money to support himself has a commercial slant; if this is not done the patron must support the freedman during the period of the services. Only *operae* which are in accord with the age, rank, health, requirements, and mode of life of the freedman (or of the patron) are to be performed; the rank of the freedman or the nature of the occasion might affect the business relations of the two parties, though this is not expressly mentioned. So also may commercial activities be concerned in the voluntary release of *operae* by the patron⁴⁰.

Variants from the normal *operae* may have commercial significance; for example, to attend the patron rather than offer him business or professional competition⁴¹:

D. 37.14.2 (*Ulpianus libro primo opinionum*):

“Liberti homines negotiatione licita prohiberi a patronis non debent.”

“Freedmen should not be forbidden by their patrons to transact lawful business.”⁴²,

³⁸ Such commercial factors as may be found in the *operae libertorum*. *Operae* are not due at all if freedom is acquired by fideicommissary manumission” or by purchase of freedom *suis nummis*, nor does an adopting father or husband acquire them; or in the great number of examples it will be noted that there is a definite separation from the person with whom the freedman may previously have had business relations. **Schiller**, A. Arthur: “The Business relations of Patron and Freedman in Classical Roman Law”, (Patron and Freedman) in *Legal Essays in Tribute to Orrin Kip McMurray*, University of California Press, Berkeley 1935, p. 629.

³⁹ In contrast, services performed by freeborn persons or labor contracts were often performed by laborers paid by the day (*mercennarii*). **Wacke**, p. 8-9. Several of the slaves who held places of some responsibility won their freedom as, for instance, Chrysippus, who attended Cicero’s son at Athens; Laurea and *Philotimus*, his own secretaries; Tiro, his reliable private secretary and agent and Dionysius, a *tutor*. Cicero had nine or ten of these liberti. A very large part of the financial business of Rome at this time was carried on by freedmen who had won the trust of their masters while slaves, and both Caesar and Pompey trusted their private business and secret correspondence to ex-slaves, thus inaugurating the baneful custom of using liberti in affairs of state, that had to be broken up after the reign of Claudius. **Frank**, Tenney.(editor): *An economic survey of ancient Rome*, The Johns Hopkins Press, Baltimore 1933-1940, p. 378.

⁴⁰ **Schiller**, *Patron and Freedman*, p. 629.

⁴¹ **Camacho López**, p. 57.

Limiting the principle to a particular status, that of a patron and freedman, an exceptionally important one in commercial matters is the passage of Ulpianus (D.37.14.2)⁴³ and according to this text freedmen may not be impeded by their patrons from pursuing lawful activities⁴⁴.

The same opinion is expressed by Papinianus in the text below:

D. 37.15.11 (Papinianus libro 13 responsorum):

“Liberta ingrata non est, quod arte sua contra patronae voluntatem utitur.”

“A freedwoman is not considered ungrateful because she works at her trade in opposition to the wishes of her patron.”

This text reports that a freedwoman is not classed as ungrateful if she exercised her art contrary to the wishes of her female patron (*patrona*)⁴⁵.

Although these two texts, make no specific mention of competition in the same kind of business, it is possible that this was indeed the case⁴⁶.

Two texts of Scaevola clearly deal with competitive activities:

D. 37.14.18 (Scaevola libro quatro responsorum):

“Quaero, an libertus prohiberi potest a patrono in eadem colonia, in qua ipse negotiatur, idem genus negotii exercere. Scaevola respondit non posse prohiberi.”

“I ask whether a freedman can be prevented by his patron from carrying on the same kind of business which his patron is transacting in the same colony. Scaevola answered that he could not be prevented from doing so.”

D. 38.1.45 (Scaevola libro secundo responsorum):

“Libertus negotiatoris vestiarii an eandem negotiationem in eadem civitate et eodem loco invito patrono exercere possit? Respondit nihil proponi, cur non possit, si nullam laesionem⁴⁷ ex hoc sentiet patronus.”

⁴² “Some authors express their suspicions about the authenticity of this passage, mainly by the use of the expression ‘liberti homines’, which is not used in other fragments. Santalucía thinks that, it is fruit of some interpolation done by the compilers. Again Rotondi points out his doubts about D. 37.14.2 due to the words ‘negotiatione licita’”. Camacho López, p. 57.

⁴³ This text is taken from the same book of Ulpianus from which Digest 1.18.6.4 was taken; it is clearly linked to the latter as far as both content and style are concerned. Wacke, p. 9.

⁴⁴ Schiller, Restraint of trade, p. 235.

⁴⁵ Watson, Slave, p. 40.

⁴⁶ Van den Bergh, p. 80.

“Can the freedman of a merchant who deals in clothing conduct the same business in the same town, and in the same place, if his patron is unwilling for him to do so? The answer was that there is no reason, in the case stated, why he cannot do so, if his patron sustains no injury thereby.”

According to Scaevola there is no rule to prevent him provided his patron will not suffer as result. Scaevola’s first text, however, mentions that, it was the same kind of trade in the same colony, while the second text states that, it is a clothing merchant who is involved, and he is conducting the same business in the same city and in the same area⁴⁸.

In the last sentence of D. 38.1.45 which states that, there is no rule preventing him "provided his patron will not suffer as a result". This seems to contradict the general rule and this clear contradiction suggests an interpolation of the final words of this text⁴⁹.

Generally speaking one may accept that a patron will necessarily suffer some financial prejudice, if his freedman were to practise the same trade in competition with him⁵⁰. The only activities that could possibly be prohibited, would be intentional interference in the patron’s business, for example; if he were to open a shop next door to the patron out of malice or were to lure away clients by unlawful means. This, however, would mean that the

⁴⁷ According to Waldstein, “*si nullam laesionem*” has nothing to do with the duty to perform *operae*. That was an independent agreement, which had been arranged previously. The question here is, merely whether the patron can forbid his freedman to practise the same trade or whether he can practise it against the will of his patron. The text only refers to “unfair competition” and “intentional harm of the patron”, that is where the freedman acted *contra bonos mores*. **Waldstein**, Wolfgang: *Operae libertorum: Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Franz Steiner, Stuttgart 1986, p. 317. On the other hand, Wacke’s discussion of the “competition problem” sets out with the question whether the patron has the right to prevent the freedman from competition, and he thereupon adds that the sources answer this question predominantly negatively. **Wacke**, p. 11.

⁴⁸ **Camacho López**, p. 73. This could quite possibly be in the same street and right next to his patron.

⁴⁹ **Wacke**, p. 10; **Van den Bergh**, p. 80; **Camacho López**, pp. 59-60. We can only conjecture that Justinian permitted these passages to retain their original form, with the possible exception of D.38.1.45, because of the existence of the special relation of patron and freedman presented in the majority of them, a status which was of minor commercial significance in his day. **Schiller**, *Restraint of trade*, p. 236.

⁵⁰ Merely establishing a competitive business which might possibly cause his patron a loss of income was something the patron should have taken into consideration when he decided to set the slave free. The freedman had, after all, to provide for his own livelihood after manumission. **Van den Bergh**, p. 81; **Wacke**, p. 12.

freedman was acting *contra bonos mores*, in which case, he could indeed have been prevented from doing so⁵¹.

If a freedman were to neglect his duty to render services, the patron could use the *actio operarum* for compensation⁵². However, he could not, by means of the latter, prevent the free activities of the freedman. To obtain a prohibition against the exercise of an occupation or expulsion from the city, by means of a judicial order, the activity should consist of a truly reprehensible criminal conduct⁵³.

To sum up; The second text of Scaevola has three implications: first, freedmen can not neglect their duty to make specific services. Secondly, they can not engage in illegal activities when they compete with their clients, only when they are competing with others. Finally, they may not specifically conduct any intentionally prejudicial business to the detriment of their patrons, for example, entice away their clients.

The texts discussed above, seem to confirm that the patron did not have the power to prevent his freedman from conducting any activity in competition with him. A clause specifically directed against such competition would therefore be invalid⁵⁴.

⁵¹ **Van den Bergh**, p. 80.

⁵² In order to ensure freedmen's service, the *manus iniectio fruste*, which was initially given to the *patronus*, was replaced by *actio operarum* in the sources of the Classical Law Era. In spite of his commitment, if a freedman did not perform the requested works at the specified time, *patronus* could bring an *actio operarum* against his freedmen and this *actio* could only be brought after the day of operate. The *actio operarum* aimed not to force freedman to perform his duty to render services, but aimed to force freedman to pay a certain amount of money as a compensation. **Karadeniz**, pp. 207-208. The question of the measure of damages if the freedmen refuse to perform the *operae*, and the decision was that it was the amount of the *fructus ex illorum operis*, not the gain which would have accrued to the patron from prohibition to practise medicine. **Watson**, Law of Persons, p. 230.

⁵³ **Wacke**, p. 11.

⁵⁴ To deny a freedman to practise his skills would be a serious infringement upon his liberty and independence. Furthermore, to set a slave free on condition that he lived and plied his trade somewhere else would be unfair (*contra bonos mores*). It would furthermore encroach upon his personal life since a freedman was entitled to freely choose where to live from the time of Diocletian. **Van den Bergh**, p. 81. See, C. 6.3.12 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*): "*Qui manumittuntur, liberum ubi voluerint commorandi arbitrium habent nec a patronorum filiis, quibus solam reverentiam debent, ad serviendi necessitatem redigi possunt, nisi ingrati probentur, cum neque cum patrono habitare liberos iura compellunt.*". "Persons who have been manumitted are at perfect liberty to reside wherever they choose, nor can they again be reduced to slavery

However, the patron, could extend the service obligations (*operae*) to such an extent that insufficient time would remain for the freedman to establish his own successful business. This matter is discussed by Republican jurist Alfenus Varus in this Digest text⁵⁵:

D. 38.1.26 (Alfenus Varus libro septimo digestorum):

“pr. Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent, multo plures imperantes sibi habiturum, postulabat, ut sequerentur se neque opus facerent: id ius est nec ne? Respondit ius esse, dummodo liberas operas ab eis exigeret, hoc est ut adquiescere eos meridiano tempore et valetudinis et honestatis suae rationem habere sineret.

1. Item rogavi, si has operas liberti dare nollent, quanti oporteret aestimari. Respondit, quantum ex illorum operis fructus, non quantum ex incommodo dando illis, si prohiberet eos medicinam facere, commodi patronus consecuturus esset.”

“Where a physician, who thought that, if his freedmen did not practice medicine⁵⁶ he would have many more patients, demanded that, they should follow him and not practice their profession, the question arose whether he had the right to do this or not. The answer was that, he did have that right, provided he required only honorable services of them; that is to say, that he would permit them to rest at noon, and enable them to preserve their honor and their health.

(1) I also ask, if the freedmen should refuse to render such services, how much the latter should be considered to be worth. The answer was that the amount ought to be determined by the value of their services when employed, and not by the advantage which the patron would secure by

by the children of their patrons, to whom they only owe respect, unless they are proved to be ungrateful; nor do the laws compel freedmen to live with their patrons.”

⁵⁵ At the end of this historical evolution the situation of the freedman ‘*prestans operae*’ (sworn or stipulated) with patron or third, is characterized by a number of constraints, some of which have not been altered by the innovations of Praetorian origin. First of all, the right to *operae* is an imprescriptible right of employers; it is not limited to the provision of positive services, but it even includes the possibility, for the patron, to prevent the exercise, by the *libertus*, of a trade that could compete with his. The *opera* can therefore be conquered in a negative way. This is what comes from a response from Alfenus Varus. **Fabre**, Georges: *Libertus, patrons et affranchis à Rome*, Roma, École Française de Rome, 1981, p. 325.

⁵⁶ The freedman obvious choice would have been the occupation he had learned under his former master and present patron. As in his example, the freedman of medical doctor could become a doctor himself. **Wacke**, p. 8.

causing the freedmen inconvenience through forbidding them to practice medicine.”

Here, *opera* that the patron asks of the freedman implies a positive performance - to follow him, to give him an honorable services- and a negative one is, not to practice the same art of the medicine, since to prevent any loss of clientele⁵⁷.

According to Alfenus, the patron may validly restrict the freedmen to work at their trade "provided that he required nonservile services from his freedmen, that is, so as to let them rest at noon and pay attention to their health and hygiene". It thus follows that the patron's power and the *obsequium* which was due to him enabled him to prevent the freedman from plying his trade, when he feared prejudicial competition. If the freedman was disobedient, it was considered an act of ingratitude⁵⁸. On the other hand, the effectiveness of doctor's restraint of his former assistant's competition depends entirely on the number of days of *operae* owed. It was to his interest to keep them away from practice as long as possible, so we may expect that he had exacted⁵⁹. At any rate, if the freedman followed the patron about for a long enough time, he might forget enough of his medical training to render his competition insignificant, or even be forced to take up another trade⁶⁰.

⁵⁷ **Lavaggi**, Giuseppe: "Nuovi studi sui liberti", in *Studi in Onore di Pietro de Francisci*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1956, p. 80.

⁵⁸ **Van den Bergh**, pp. 81-82. The possible presence in classical Roman law of private restraint of trade presented as like this type: "by an assistant, servant, or agent not to compete with his master or employer after the expiration of his time of service". **Schiller**, *Restraint of trade*, p. 234. On the other hand, Guggisberg and Baum have failed to note D.38.1.26 and yet deplore the absence of any material relative to restraint of competition clause (*konkurrenzklause*) in the Roman sources, see: **Guggisberg**, Paul: *Die Konkurrenzklause*, (*Abhandlungen zum schweizerischen Recht*), Bern 1907, p. 14 ff; **Baum**, Georg: *Das Vertragliche Wettbewerbsverbot*, Guttentagsche, Berlin 1914, p. 115.

⁵⁹ D.38.1.24 (*Iulianus libro 52 digestorum*): "... «Operas tuas pictorias centum hodie dare spondes?» ...", "Do you promise to give me today a hundred pictures which you have painted?". D.38.1.30.pr. (*Celsus, Digest, Book XII*): "...iuraverit dare se, quot operas patronus arbitratus sit...", "... to render all the services that his patron may desire...", that means as many services as his patron has judged fit. In the exercise of Celsus discretion the patron had to take into consideration what was fair and proper and not demand anything excessive. **Wacke**, p. 16.

⁶⁰ A doctor who thought he would have more clients if his freedmen did not practise medicine, exacted from them that they should escort him and not practise. We are not told the number of days on which the freedmen were to provide an escort but the prohibition on practising seems to be total. It can not mean that they were not to practise

In this Digest text there is a significant query: “*id ius est nec ne?*” and to be in doubt about the validity of such a clause. Alfenus recognized the predominant position of the patron but at the same time did not fail to appreciate the possible unfairness to the freedman. Their basic obligations were limited by the jurist, in so far as they had to perform only *liberae operae*⁶¹. In our text, “*liberae operae*” means that the patron could no longer demand servile work from his freedman, but only such tasks as were worthy of a free person. Alfenus’s emphasizing that the patron was not allowed to involve his freedman in completely menial or dirty, subservient jobs which had nothing to do with medicine and which were usually performed by slaves⁶².

Watson, however, regards it as curious that the agreement in restraint of trade was not held void, since this discussion is later than the edict of Rutilius⁶³. It may be that it was not contrary to the edict. He points out that, disobedience of the agreement not to practise was no longer regarded as a breach of *obsequium* in the time of Papinian (D.37.15.11), and that by the time of Scaevola, a patron could apparently no longer exact from his

medicine on the days when they to provide the escort, since the prohibition would then be pointless. Alfenus or his master Servius declared that this agreement was lawful, provided the patron exacted from his freedmen only services befitting free persons. Alfenus holds valid an agreement made *libertatis causa* restricting the rights of the freedmen to work their trade, but does not grant damages for the loss resulting from the breach of it. **Watson**, Law of Persons, p. 230.

⁶¹ In addition to the interrelation of patron and freedman dependent upon the status of the parties, it seems to have been the common practice for the slave to swear, before his manumission, that he would perform a specified number of days’ labor for his master after his manumission. This so-called *operae libertorum* ranged from a few days’ labor to services extending over a considerable period of time; in fact, one passage in the Digest states “as many *operae* as the patron shall decide. In the time of Justinian, the work that the freedman was to perform as *operae* was of two kinds, *officiales* and *fabriles*. The former were those within the *officium*, or duties for which there was a natural obligation on the part of the freedman to perform, such as accompanying the patron about the city or on his travels, taking care of his house, and performing various domestic duties. If, however, the freedman had become skilled in a trade, before or after manumission, he might offer such commercial activities as *operae*; these were termed *fabriles*. **Schiller**, Patron and freedman, pp. 627-628; **Karadeniz**, pp. 202-203.

⁶² **Wacke**, p. 14-15; **Camacho López**, p. 61.

⁶³ A Rutilius who is probably this one introduced a clause in his Edict, that he would not give to the patron more than an *actio operarum et societatis*. The purpose of this was to restrict the burden which a master could impose on his slave in return for the gift of liberty. **Watson**, Alan: “The Development of Praetor’s Edict”, (Praetor), The Journal of Roman Studies, Vol. 60, 1970, p. 108.

freedmen that they should not practise the same trade in the same colony⁶⁴, (D.37.14.18)⁶⁵.

Beside that, Alfenus's text draws a precise distinction for the purpose of calculating the damage payable, due to not to meet the demands of his patron and in this consideration, three possibilities can arise: First, the profit from the independent medical practice of the freedman, which was earned contrary to the agreement, but such acquisition of the profit is totally unacceptable and is not even mentioned. Second, the damages that the patron suffers due to the competitive activity of the freedman to whose practice patients from the patron's existing practice have moved by reason of, (for example, the charging of lesser fees). But this second manner of calculation is also rightly rejected by the jurist, as the patron cannot be guaranteed a fixed clientele for all time. The third possibility is the only applicable basis of calculation -namely the non-fulfilment of the freedman's duties, the extra takings that would have accrued to the patron (or the costs of hiring a possible substitute); in other words, the *fructus*, had there been proper performance of the freedman's duties⁶⁶.

As a conclusion; the restraint of trade on competition was, therefore, not enforceable in a significant sense and it was only enforceable indirectly, by way of the actionable duty to compensate for work not performed. The patron could not insist upon the negative side of the agreement, namely the abstention from competition. He could only rely on the bargain in a positive way, namely that the freedman work for him and with him in an efficient and proper way. The legal penalty attached only to the nonperformance of the obligation to render services and not to the duty to abstain from competition. This instance, accordingly contains no genuine prohibition of competition⁶⁷.

When the issue is approached from the perspective of *contra bonos mores*; structure of obligations and rights between patron and freedman was based on the moral concept of *fides* and the law strove to maintain a balance between the conflicting interests of the parties concerned. For this reason, if such a clause were regarded as being *contra bonos mores*, it would be

⁶⁴ Whether this should be translated as 'colony' or 'colonial town' or 'settlement' is not clear. **Watson**, Law of Persons, p. 231.

⁶⁵ A patron could not prohibit his freedman from operating the same kind of business as his own district in which they both lived. D.37.14.18; see also 37.14.2; D.38.1.45. In the Republic it seems that such a prohibition was valid, but no action was given to a patron for breach: D. 38.1.26. **Watson**, Slave, p. 40, fn.22.

⁶⁶ **Wacke**, p. 16.

⁶⁷ **Wacke**, p. 16.

invalid. It was only if a freedman were to play his trade *mala fide*, knowingly and intentionally harming his patron, that such a clause would be valid. This would explain why restraints placed on the freedman were not valid, why the *Digest* forbids the patron to prevent the freedman from playing his trade, and why the freedman is only forbidden to work in specific circumstances, namely when he acts with malice and works in close proximity to his patron so as to lure away his clients to his own benefit⁶⁸.

III. Restraints of trade in the context of *patronus* and *servus* relationship

In addition to freedman, slaves formed to other large group employees in classical ancient Rome⁶⁹. Therefore we might expect some safeguards against competition or even the divulgence of trade secrets⁷⁰ in the sale of slaves by one businessman to another. There is no clearly defined pact or stipulation providing that a slave so sold shall not engage in competitive practices against his former master, but there is one type of conditional sale that lends itself, at least hypothetically, to the point at hand⁷¹. *Pactum de servis exportandis*, seemingly, was a device of classical times and was regarded as imposed entirely in the interest of the vendor, who could therefore remit it:

D. 18.7.1 (*Ulpianus libro 32 ad edictum*)⁷²:

“*Si fuerit distractus servus, ne aliquo loci moretur, qui vendidit in ea condicione est, ut possit legem remittere, ipse Romae retinere. Quod et*

⁶⁸ Van den Bergh, p. 82.

⁶⁹ It seems unlikely that the balance between servile and free labour on the land was radically altered in the early Roman Empire, although some decline in the numbers and economic importance of slaves can be conceded. However, one may wonder whether too much has been made of the role of slaves in agriculture in the second and the first centuries BC, the hey-day of the slave system, when the total slave population in Italy reached two to three million (out of six to seven and a half million). Garnsey, Peter: Non-slave labour in The Roman World'in Cities, Peasants and Food in Classical Antiquity, Essays in Social and Economic History, Cambridge University Press, 1998, p. 136.

⁷⁰ For details see, Schiller, Arthur A.: “Trade Secrets and the Roman Law; the Actio Servi Corrupti”, (Trade), in American Experience in Roman Law, Göttingen 1971, pp. 1-10.; Türkoğlu Özdemir, Gökçe: “Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti”, AÜHFD, 2005, Vol.54, Issue 4, pp. 213-233.

⁷¹ Schiller, Restraint of trade, p. 239.

⁷² Conjectured interpolations by Beseler, see. Beseler, Gerhard: “Romanistische Studien”, in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, Vol. 50, Issue 1, Aug. 1930, p. 21.

Papinianus libro tertio respondit: propter domini enim, inquit, securitatem custoditur lex, ne periculum subeat.”

“Where a slave is sold under the condition that he is not to remain in a certain place, the party who sold him under this condition can remit that part of the contract, and allow him to remain at Rome. Papinianus says in the Third Book that this condition is to be observed on account of the safety of the master, to prevent his being exposed to danger.”

Such a condition, that a slave be exported, was usually protected by a penalty imposed on the buyer in case of breach⁷³.

Papinianus in his famous reversal of opinion as to existence of an *actio venditi* against a purchaser who had not complied with the condition concludes:

D. 18.7.6.1 (*Papinianus libro 27 quaestionum*):

“... Sed in contrarium me vocat Sabinus sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.”

“... The opinion of Sabinus, however, induces me to hold the contrary, for he thinks that an action can properly be brought, as the slave seems to have been sold for a lower price on account of the condition.”

A difficult passage of Papinianus defines the extent of the proscribed locale:

⁷³ If a penalty was agreed on by stipulation, this was clearly enforceable, but only from the promisor, even though there was a second buyer who allowed him to be in the forbidden place: it was the second sale, which was his act, that made this possible. He could of course impose a similar penalty on the buyer from him, and so protect himself. If the agreement for a penalty had been informal, there was a difficulty. The older lawyers could find no *interesse*. The mere desire to inflict a hardship on the slave was no *interesse*: in enforcing this there was no *rei persecutio*, but a *poena*. This could not figure in an *actio ex vendito*. This is Papinian's earlier views, but in an adjoining text he declares himself converted to the view of Sabinus, i.e. that the lower price at which he was sold was a sufficient *interesse*. The result is convenient but not free from logical difficulty. The reduction in the price is *causa* rather than *interesse*. The real *interesse* is the value to him of the man's absence. If a vendor had himself promised a penalty, this would, on any view, be a sufficient *interesse*, for any agreement for a penalty, with a buyer from him: it would indeed form the measure of its enforceability. One would have expected to find some necessary relation between the amount of the penalty in our case and the reduction in the price. **Buckland**, William Warwick: *The Roman Law of Slavery: The Condition of Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, 1970, pp. 69-70.

D. 18.7.5 (Papinianus libro decimo quaestionum):

“Cui pacto venditoris pomerio cuiuslibet civitatis interdictum est, urbe etiam interdictum esse videtur. Quod quidem alias cum principum mandatis praecipere, etiam naturalem habet intellectum, ne scilicet qui careret minoribus, fruatur maioribus.”

“Where a slave is forbidden by an agreement with the vendor to reside in the suburbs of a certain city, he is also held to be forbidden to reside in the city itself. And, indeed, although this has been prescribed by the Edicts of the Emperors, its meaning is obvious, for he who is deprived of a residence in the less important parts of a city, cannot enjoy one in the more important parts of the same.”

C. 4.55.5 (Imperator Alexander Severus)⁷⁴:

*“Qui exportandus a domino de civitate sua venit, nec in urbe roma morari debet: qui autem de provincia certa, nec in italia. Si itaque contra legem constitutam factum probare potes, utere iure, quod propterea tibi competit * ALEX. A. SEXTIANO SERAPIONI. * <A 225 PP. VII K. FEBR. FUSCO II ET DEXTRO CONSS.>”*

“A slave who has been sold by his master on condition of his removal from a city cannot reside in the City of Rome. Where, however, the condition applies to a certain province, he will be allowed to reside in Italy. Therefore, if you can prove that the condition agreed upon was violated, you can avail yourself of the right to which, for this reason, you are entitled.”

The condition is added for the protection of the vendor, since the lot of a slave is no worse outside than in Rome. The first impression regarding the *periculum venditoris* is that of physical violence, but this is not necessarily. Schiller assumed that, in fact, if a harsh master was concerned, he would perforce have to sell all his slaves by this conditional sale, and thus deprive himself of his means of livelihood. Might it not be that, after having trained a number of workers to be skilled in a particular trade, the master found that economically he was unable to utilize the services of all of them? If he sold the slaves outright, the purchaser would, without question, immediately set them to work in competition with the business of their former master. Schiller’s hypothesis of the purpose of the *pactum de servis exportandis* is offered with the realization that the conditional sale to forestall competition

⁷⁴ Conjectured interpolations by Beseler, see. **Beseler**, p. 25.

is but one of many possible aims, yet nevertheless the point is that the sources permit of this interpretation⁷⁵.

IV. Restraints of trade in the form of a *servitude*

We have next to consider other one of the other type of trade restraint: by the buyer of property not to use the same in competition with the business retained by the seller. This, as well as the remaining cases to be discussed, is represented in Classical Roman law by the very minimum of source material, if at all. Only one passage in the Digest concerns this type of restraint and modern conjectured interpolations might even remove it from consideration⁷⁶.

Our case from Roman law concerns a property near the sea (the *fundus Botrianus*), encumbered at transfer to the advantage of another property situated on the shore (the *fundus Geronianus*). The latter property was encumbered to the effect that no tunny fishing could be undertaken from the subservient property (which form of fishing was well known to be a particularly important part of the fishing industry of old):

D. 8.4.13 pr. (*Ulpianus libro sexto opinionum*)⁷⁷:

“Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.”

“The vendor of the Geronian Estate set out in the contract for the Botrian Estate which he retained, that no tunny-fishery should take place near it. Although a servitude cannot be imposed on the sea by private contract, since by nature it is open to all, still, as the good faith of the contract demands that the conditions of the sale should be observed, the persons in possession or those who succeed to their rights are bound by the provisions of the stipulation or the sale.”

⁷⁵ Schiller, Restraint of trade, pp. 240-241.

⁷⁶ Schiller, Restraint of trade, p. 241.

⁷⁷ Schiller was inclined to believe there has been tampering with this text but on the other hand, he asserted that Ulpian held the restrictive covenant valid. See, Schiller, Restraint of trade, p. 243.

A private servitude could not operate in respect of the sea, which was a *res extra commercium*. No one could be prevented from fishing on the open sea⁷⁸. A prohibition of the public usage of the sea would constitute a personal *iniuria*, by means of *actio iniuriarum* (D. 43.8.2.9). On the other hand, the owners of the subservient property and their successors in title were, therefore, bound by their *bona fide* contractual obligations to honor the undertaking not to fish from the property. The fact that, the successors in title, were also bound by the *lex stipulationis vel venditionis*. We have to presuppose provincial property to which servitudes could be attached by mere private agreement⁷⁹.

Under this explanation we have a clear instance of a successful restraint of competition. The fact that, the covenant is inserted at the wish of the vendor does not affect the situation for the prohibition of fishing by the purchaser of the adjoining seaside plot is clearly for the benefit of the original owner of both plots. Nor does it matter, that factually we are concerned with seashore fishing, which may or not have been a commercial enterprise. The legal rule set forth was general enough to apply to other competitive undertakings⁸⁰.

Conclusion

1. The private economic activity of Ancient Rome can only be defined as the laissez-faire economy, which aims to produce only a limited amount of agricultural and household goods and their distribution in small-scale markets. The control of the state was guided primarily by two considerations: opening the necessary sources of income to the tax authorities and serving the needs of the people of Rome. The economic policy of the Roman state, consisted of attempts to influence supply and demand, through government spending and monetary controls as well as selective taxation and production incentives, while accepting the resulting prices as a necessary outcome. In all, price setting was largely absent from the Roman economy: not because the mechanism was unheard of, but because it

⁷⁸ D. 47.10.13.7 (*Ulpianus libro 57 ad edictum*): "... *quidem mare commune omnium est et litora, sicuti aer, et est saepissime rescriptum non posse quem piscari prohiberi:...*", "...For the sea, as well as the shore and the air, is common to all persons, and it has very frequently been stated in rescripts that no one can be prevented from fishing, ...".

⁷⁹ **Wacke**, p. 18.

⁸⁰ **Schiller**, *Restraint of trade*, p. 242.

went against deeply ingrained belief in the primacy of party autonomy.

2. The Roman jurists recognized the conflict of interests that comes into play in the case of restraint of trade clauses and discussed the conflict in the light of relationship between patron and freedman: For the freedman formed part of the followers (*clientes*) of a patron, and was also bound by an independent duty of loyalty (the breach of which entailed penalties). The freedman often had to earn an independent living and moreover owed the patron *gratis* services. The patronage relationship by itself entailed no legal prohibition against competitive economic activities. In terms of commercial law, a restraint of trade was only possible, according to D. 38.1.26, where the service obligations of freedman was increased until no time remained from him to pursue his own vocation. As far as the law of damages is concerned, such a hidden restraint of trade clause entailed no penalty; only the failure to perform the duty to work for the patron was actionable.
3. Slaves formed to other large group employees in classical ancient Rome. Therefore we might expect some safeguards against competition or even the divulgence of trade secrets in the sale of slaves by one businessman to another. There is no clearly defined pact or stipulation providing that a slave so sold shall not engage in competitive practices against his former master, but there is one type of conditional sale (*Pactum de servis exportandis*) that lends itself, at least hypothetically, to the point at hand.
4. In the case of seller and the buyer of the property in D. 8.4.13 pr., the Roman law was more inclined toward a restraint of trade in the form of a servitude. Another factor in favor of such a restraint, in the sense of an obligation not to do something cast in a permanent servitudinal form which would be reflected in the calculation of the final contract price.

BIBLIYOGRAPHY

- Aubert**, Jean-Jacques: “Commerce”, in *The Cambridge Companion to Roman Law*, (ed. Johnston, David), Cambridge University Press, 2015, pp. 213-246.
- Baum**, Georg: *Das Vertragliche Wettbewerbsverbot*, Guttentagsche, Berlin 1914.
- Berger**, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953.
- Beseler**, Gerhard: “Romanistische Studien”, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, Vol. 50, Issue 1, Aug. 1930, pp. 18-77.
- Buckland**, William Warwick: *The Roman Law of Slavery: The Condition of Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, 1970.
- Camacho López**, María Elisa: “El contrato de agencia comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 16, Jun. 2009, pp. 49-92.
- Coffee**, Neil: *Gift and Gain-How Money Transformed Ancient Rome*, Oxford University Press, 2017.
- De Ligt**, Luuk: “Roman Law, Markets and Market Prices”, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, (ed. **Du Plessis**, Paul J/**Ando**, Clifford/**Tuori**, Kaius), Oxford University Press, 2016, pp. 660-671.
- Del Granado**, Juan Javier: “The Genius of Roman Law from a Law and Economics Perspective”, *13 San Diego Int’l L.J.* Vol. 301, 2011, pp. 301-350.
- Emmett**, Arthur R.: “Roman Law, “Private Property and the Public Domain: Lessons of Copyright Policy”, in *Copyright Perspectives, Past, Present and Prospect*, (ed. **Fitzgerald**, Brian/**Gilchrist**, John), Springer, Switzerland 2015, pp. 17-27.
- Fabre**, Georges: *Libertus, patrons et affranchis à Rome*, Roma, École Française de Rome, 1981.
- Frank**, Tenney (editor): *An economic survey of ancient Rome*, The Johns Hopkins Press, Baltimore 1933-1940.
- Garnsey**, Peter: *Non-slave labour in The Roman World’in Cities, Peasants and Food in Classical Antiquity*, *Essays in Social and Economic History*, Cambridge University Press, 1998.

- Guggisberg**, Paul: Die Konkurrenzklause, (Abhandlungen zum schweizerischen Recht), Bern 1907.
- Karadeniz**, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 396, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.
- Koops**, Egbert: "Price Setting and Other Attempts to Control The Economy", in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, (ed. Du Plessis, Paul J/Ando, Clifford/Tuori, Kaius), Oxford University Press, 2016, pp. 609-621.
- Lavaggi**, Giuseppe: "Nuovi studi sui liberti", in *Studi in Onore di Pietro de Francisci*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1956, pp. 76-110.
- Morley**, Neville: *Trade in Classical Antiquity*, Cambridge University Press, 2007.
- Schiller**, A. Arthur: "Restraint of Trade in Classical Roman Law", (Restraint of Trade), in *Mnemosyna Pappulias*, Athen 1934.
- Schiller**, A. Arthur: "The Business relations of Patron and Freedman in Classical Roman Law", (Patron and Freedman) in *Legal Essays in Tribute to Orrin Kip McMurray*, University of California Press, Berkeley 1935, pp. 598-605.
- Schiller**, Arthur A.: "Trade Secrets and the Roman Law; the Actio Servi Corrupti", (Trade), in *American Experience in Roman Law*, Göttingen 1971, pp.1-10.
- Sirks**, Adriaan Johan Boudewijn: "La laesio enormis en droit romain et byzantin", *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, Vol. 53, pp. 291-307.
- Türkoğlu Özdemir**, Gökçe: "Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti", *AÜHFD*, 2005, Vol.54, Issue 4, pp. 213-233.
- Van den Bergh**, Rena: "Patrons, Freedman and Convenants in Restraint of Trade", *72 THRHR*, Vol.74, 2009, pp. 74-91.
- Wacke**, Andreas: "Freedom of Contract and Restraint of Trade Clauses in Roman and Modern Law", *Law and History Review*, Vol.11, No:1, Spring 1993, pp. 1-19.
- Waldstein**, Wolfgang: *Operae libertorum: Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Franz Steiner, Stuttgart 1986.

Waltzing, Jean Pierre: Etude historique sur les corporations professionnelles chez les romains, 4 vols. (1895-1900, repr. Hildesheim, 1970), Vol.1, pp.181-190.

Watson, Alan: “The Development of Praetor’s Edict”, (Praetor), The Journal of Roman Studies, Vol. 60, 1970, pp. 105-119.

Watson, Alan: Roman Slave Law, (Slave), Johns Hopkins University Press, Baltimore 1937.

Watson, Alan: The Law of Persons in the Later Roman Republic, (Law of Persons), Clarendon Press, 1967.

Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996.

<http://www.thaliatook.com/OGOD/annona.php>, (access date: 06.12.2018).

İNSAN HAKLARININ SAĞLANMASINDA TEMEL BİR SORUNSAK OLARAK DEMOKRASİ

DOI: 10.33717/deuhfd.567625

Dr. Öğr. Üyesi Celal YEŞİLÇAYIR*

Öz

İnsan hakları ile demokrasi arasında vazgeçilmez bir ilişkinin olduğuna dair öteden beri yaygın bir kanaat söz konusudur. Öyle ki kamuoyunda insan hakları ve demokrasinin sıklıkla bir arada kullanılan iki kavram oldukları görülmektedir. Diğer taraftan demokratik ülkelerin insan haklarına aykırı tutumlar içinde buldukları dikkat çekmektedir. Buna göre insan haklarının belirlediği eşitlik anlayışı ile demokrasinin benimsediği eşitlik anlayışı arasında temel bir farklılık olduğu anlaşılmaktadır. Mezkûr farklılığın temellerinin felsefi bağlamda analiz edilmesi sorunun aydınlatılması bakımından önem arz etmektedir. Sorunun temellerinin aydınlatılması ile birlikte insan hakları ile demokrasi ilişkisinde yaşanan sorunların giderilmesi adına bazı çözüm önerilerine ulaşmak mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler

İnsan Hakları, Demokrasi, Doğal Hak, Birey, Kitle Hâkimiyeti, Çoğunluk

DEMOCRACY AS AN ESSENTIAL PROBLEMATIC FOR ENSURING OF HUMAN RIGHTS

Abstract

There has been an opinion that there is an indispensable relationship between human rights and democracy all along. So, it seems that both concepts humand rights and democracy frequently are used together in public opinion.

* Gümüşhane Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü, Sistematik Felsefe ve Mantık Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: cyesilcayir@gumushane.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-3132-920X) (Makalenin Geliş Tarihi: 19.03.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 21.03.2019-15.04.2019/Makale Kabul Tarihleri: 15.05.2019-13.05.2019)

However, attitudes against human rights by democratic countries draw attention. From this point of view, we can infer from understanding of equalities, formed by human rights and democracy that there is a fundamental difference. Analyzing of bases of aforementioned difference in the context of philosophy are significant so as to enlighten the problematic. Through enlightening the bases of the problem, it could be possible to suggest some solution proposals in order to overcoming the problems in the relationship of human rights and democracy.

Keywords

Human Rights, Democracy, Natural Right, Individual, Mass Domination, Majority

GİRİŞ

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (İHEB) ilan edilmesinin üzerinden yetmiş yılı aşkın bir zaman geçmesine rağmen, insan hakları ihlallerinin dünyanın dört bir tarafında eskiden olduğu gibi devam ettiği dikkat çekmektedir¹. XX. Yüzyıl'ın sonlarında Bosna ve Srebrenitsa'da yaşanan soykırımlar yakın tarihte yaşanan insan hakları ihlalinin en bariz örneğidir. Günümüzde ise Akdeniz'de alabora olan sığınmacı tekneleri, kıyılarına vuran ve kaybolan cesetler² adeta İHEB'in yetmişinci yılının sorgulanması gerektiğine işaret etmektedir. Bununla birlikte küresel anlamda yaşanan insan hakları ihlallerini temel bir paradoks olarak nitelendirmek gerekmektedir. Çünkü dünya kamuoyunda bir taraftan insan hakları söylemleri artarken, diğer taraftan da hak ihlalleri hız kesmeden devam etmektedir. Şu halde dünya genelinde insan hakları anlayışı ve bu anlayışın hayata geçirilmesi hususunda belirgin sorunların yaşandığı yadsınamaz bir gerçektir.

İnsan hakları sorunlarının/paradoksunun nedenlerinin anlaşılması bağlamında felsefenin eleştirel ve analitik özelliği önemli katkılar sağlayacak mahiyettedir. Elinizdeki çalışmada yaşanan insan hakları sorunları insan hakları ve demokrasi ilişkisi bağlamında ele alınmaktadır. Bu çerçevede temel olarak demokrasilerin insan haklarının sağlanmasında bozucu bir etki yapıp yapmadığının irdelenmesi amaçlanmaktadır. Araştırmamız kapsamında öncelikle insan haklarının hayata geçmesi bakımından demokrasinin elzem bir anlayış olduğunu savunan görüşler muhtasar olarak serimlenmektedir. İkinci adımda ise insan hakları ile demokrasi arasında vazgeçilmez olduğu düşünülen ilişkinin/bağın mahiyeti farklı örnekleme ve analizlerle tartışmaya açılacaktır. Bu çerçevede insan hakları konusu demokratik yönetim anlayışını benimseyen ülkeler bağlamında ele alınmasının yanında, mezkûr ülkelerin başka ülkelerle olan ilişkileri çerçevesinde de soruşturulacaktır. Son tahlilde ise insan haklarının sağlanmasında demokrasinin hangi sorunlara yol açabileceğine dair bazı tespitler somutlaştırılarak, sorunların giderilmesine yönelik felsefi bağlamda bazı çözüm önerilerine ulaşılmaya çalışılacaktır.

Konu ile ilgili mevcut literatür incelendiğinde insan hakları ve demokrasi ilişkisi bağlamında temel olarak iki türlü tartışmanın yer aldığı görül-

¹ **Gosepath**, Stefan: "Universalität der Menschenrechte – Ein Erklärungsansatz", *Gelten Menschenrechte universal? Begründungen und Infragestellungen*, ed. Günter Nooke, Georg Lohmann, Gerhard Wahlers, Herder, Freiburg 2008, s. 195.

² **Yeşilçayır**, Celal: "Sığınmacılar Hakkındaki Ön Kabulleri Belirleyen Etmenler Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme", *Kutadgubilig Felsefe-Bilim Araştırmaları*, 32, 2016, s. 122.

mektedir. Birinci grupta yer alanlar insan haklarının sağlanması için demokrasinin vazgeçilmez olduğunu savunurken, ikinci gruptakiler daha ziyade demokrasi ile insan haklarının birbirleri ile ilişkilendirilmesinin çok doğru bir anlayış olmadığı görüşündedirler. İnsan haklarının sağlanmasında demokrasilerin vazgeçilmez olduğunu savunan görüşler öteden beri yaygın olarak kabul gören bir anlayıştır. Ancak demokrasilerin insan haklarının sağlanmasında nasıl bozucu bir etkisinin olabileceği akademik/entelektüel açıdan yeteri kadar ele alınmadığı görüldüğünden çalışmamızda ağırlıklı olarak demokrasinin insan haklarının sağlanmasındaki bozucu etkisi irdelenmektedir. Söz konusu düşünceleri tahlil etmeye insan hakları ve demokrasi kavramlarının anlamları üzerinde durarak başlamamız yerinde bir tutum olacaktır:

Felsefenin temel özelliklerinden biri de kavramların temellerine inerek özüne uygun bir biçimde ifade etmektir³. İnsan hakları ve demokrasi kavramlarının özüne uygun olarak aydınlatılması her iki anlayış arasında kurulan ilişkinin anlaşılması bakımından önem arz etmektedir. İnsan hakları her türlü etnik köken, ten rengi, cinsiyet, din ve mezhep gibi farklı özelliklerin ötesinde salt insan olmaya bağlı haklardır. Öyle ki bütün diğer özellikleri öne çıkarılmaksızın, dünyaya insan olarak gelmek, insan haklarına sahip olmak için yeterli bir nedendir⁴. Buna göre insan hakları, pozitif hukuk yasalarının tanıdığı haklar değildirler, bilakis salt insan olmaya bağlı doğal haklardır. Demokrasi ise Yunanca bir kavramdır ve *demos* (halk, çoğunluk) ile *kratos* (güç, iktidar) sözcüklerinin birleştirilmesi suretiyle oluşmuştur⁵. Buna göre demokrasinin genel kabul gören anlamı ise halkın yönetimi ya da halk yönetimi şeklindedir. Buradaki temel ölçüt ise halkın çoğunluğunun belirlediği bir hükümetin ülke yönetiminde yer almasının meşru olarak kabul edilmesidir. Araştırmamız çerçevesinde insan hakları kavramı, belirtildiği gibi, salt insan olmaya dayalı haklar olarak, demokrasi kavramı ise siyasi bir yönetim biçimi olarak ele alınacaktır. Demokrasi konusunda ortaya çıkmış sosyal demokrasi, liberal demokrasi vb. tanımların/anlamların tartışması araştırmamız kapsamında yer almamaktadır.

İnsan hakları ve demokrasi kavramlarının asli anlamlarına değindikten sonra mezkûr kavramlar/anlayışlar arasında kurulan ilişkiyi iki farklı bakış

³ **Kuçuradi**, İoanna: İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2016, s. 1.

⁴ **Yeşilçayır**, Celal: "İnsan Haklarının Aydınlatılmasında Felsefi Bilginin Önemi", Kaygı, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, 31/2, 2018, s. 247.

⁵ **Cüçen**, A. Kadir: İnsan Hakları, Sentez Yay., Ankara, 2013, s. 170.

açısından analiz etmemiz gerekmektedir. İnsan hakları ve demokrasi ilişkisi öncelikle aralarında vazgeçilmez bir bağın olduğunu savunanların görüşlerine yer vererek tartışılmaya girişilecektir. İnsan hakları hususunda küresel anlamda yaşanan sorunlara yer verildikten sonra araştırmamızın da temel konusunu oluşturan insan haklarının sağlanmasında demokrasinin nasıl bir sorun teşkil edebileceği tartışılmaya çalışılacaktır.

I. İNSAN HAKLARININ SAĞLANMASI BAKIMINDAN DEMOKRASİ

Demokrasinin insan haklarının hayata geçmesi bakımından en uygun siyasi rejim olduğuna dair yaygın bir kanaat mevcuttur. Siyasi düşünce tarihi incelendiğinde insan hakları kavramının gelişimi ile modern demokrasilerin gelişimi arasında sıkı bir bağın olduğu ileri sürülmektedir⁶. Benzer biçimde insan hakları ile ilgili kaleme alınan birçok yazıda insan hakları ile demokrasi arasında sıkı bir bağın kurulmaya çalışıldığı dikkat çekmektedir. Söz gelimi Robert Alexy, ulusal devletlerde insan haklarının sağlanmasına en uygun yönetim şeklinin demokrasi olduğunu ileri sürmektedir⁷. Erhan Atiker'e göre insan hakları meselesinin aslında bir demokratikleşme talebinden kaynaklandığı kuşku götürmez bir gerçektir⁸. A. Kadir Çüçen ise insan haklarının en iyi biçimde demokratik yönetim şekline sahip toplumlarda hayata geçtiğini savunmaktadır⁹. Aynı zamanda "demokrasi ve insan hakları" adı altında okul müfredatlarında bazı dersler yer almaktadır. Söz konusu derslerde okutulmak üzere birçok ders kitabının kaleme alındığı görülmektedir¹⁰. Bununla birlikte insan hakları ile demokrasi arasında niçin sıkı bir bağın kurulduğuna dair bir soru akıllara gelmektedir:

Tarihsel olarak insan hakları anlayışının belgelerde yer almasının demokrasi bilincinin gelişmesi ile başladığı görülmektedir¹¹. İnsan hakları ile

⁶ **Can**, Nevzat: *Siyaset Felsefesi Problemleri*, Elis Yay., Ankara 2005, s. 285.

⁷ **Alexy**, Robert: "Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat", *Philosophie der Menschenrechte*, ed. Stefan Gosepath, Georg Lohmann, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, s. 244.

⁸ **Atiker**, Erhan: "İnsan Hakları Üzerine... Bir Yöntem Denemesi", *Sosyoloji Dergisi*, 3/5, 1999, s. 93.

⁹ **Çüçen**, s. 53.

¹⁰ Ders kitaplarına bazı örnekler: **Tüzün**, Günsu: *Ortaöğretim Demokrasi ve İnsan Hakları Ders Kitabı*, Ada Matbaacılık, Ankara 2018; **Üçbaş**, Tefik: *Demokrasi ve İnsan Hakları Liseler İçin Ders Kitabı*, Fil Yayınevi, İstanbul 2010.

¹¹ **Erdoğan Tosun**, Gülgün: "Birleştirici Demokrasi Devlet-Sivil Toplum İlişkisinin Yeniden Yapılandırılması İçin Bir Aracı Olabilir mi?", *Sivil Toplum ve Demokrasi*, ed. Lütfi Sunar, Kaknüs Yayınları, İstanbul 2005, s. 43.

demokrasi arasında kurulan söz konusu sıkı bağın oluşmasında demokrasilerin temel olarak bireylerin/yurttaşların iradesine dayalı bir yönetim anlayışını meşru sayması önemli bir etkidir. Başka bir deyişle günümüz dünyasında insan haklarının sağlanmasının yolunun demokrasiden geçtiği anlayışı demokratik devletlerin bireylerin ve toplumun kanaatlerini dikkate almalarına dayanmaktadır¹². Şu halde demokrasi dışındaki birçok rejimde güçlüler ve siyasal elitlerin hâkimiyeti söz konusuysa, demokratik yönetimlerde yurttaşların yönetimi belirleme hakkı söz konusudur¹³. Dolayısıyla monarşiler ve krallıklardaki gibi tek kişinin yönetim anlayışı karşısında demokratik rejimler, ülkenin yönetilmesi hususunda halkın tercihini meşru olarak gördüklerinden insan hakları ile demokrasi arasında sıkı bir bağın kurulmasının olağan hale geldiği anlaşılmaktadır.

Görebildiğimiz kadarıyla insan haklarının sağlanması için demokratik yönetimlerin elzem olduğu anlayışı yaygındır. Yurttaşların düşüncelerini ve onların oyları ile belirlenen hükümetleri meşru gören demokrasilerin insan haklarının sağlanması bakımından öteki rejimlerle kıyaslandığında çok daha yetkin/uygun bir sistem olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte insan hakları ile demokrasi arasında kurulan ve vazgeçilmez olduğu düşünülen mezkûr rabitanın çok da sağlıklı olmadığını düşünenler de yok değildir. Şu halde demokrasi ile yönetilen ülkeler ilk bakışta insan haklarının sağlanması için en uygun mecra olarak görülebilirler. Ancak her iki anlayışın temelleri ve insan hayatına uygulanışı etraflıca irdelendiğinde aslında iddia edildiği gibi sağlıklı bir demokrasi-insan hakları ilişkisinin olmadığını ileri süren fikirler de ortaya çıkmıştır.

II. İNSAN HAKLARININ SAĞLANMASI BAKIMINDAN DEMOKRASİ SORUNSALI

Evrensel Bildirge'nin (İHEB) ilanının üzerinden yetmiş yıl geçmesine rağmen nerdeyse her gün dünyanın değişik yerlerinden insan haklarının ihlallerine dair haberlere rastlanmaktadır. Bunlardan savaş ve çatışmaların yol açtığı kıtlık, açlık, katliam ve sığınmacılık durumları başlıca hak ihlalleri olarak dikkat çekmektedir. Birçok insan hakları ihlallerinin yaşandığı dünyamızda demokrasi ile insan hakları arasında nasıl bir bağın mevcut olduğu irdelendiğinde oldukça düşündürücü durumların yaşandığı dikkat çekmek-

¹² **Bingöl**, Orhan: "70. Yıldönümünde İnsan Haklarını Yeniden Düşünmek", Mavi Atlas, Çağdaş Felsefe Tartışmaları Özel Sayısı, Aralık 2018, s. 72.

¹³ **Touraine**, Alain: Demokrasi Nedir?, çev. Olcay Kunal, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002, s. 100.

tedir. Bu bağlamda insan hakları ile demokrasi ilişkisini (A. Demokratik Ülkeler Bağlamında İnsan Hakları B. Demokratik Ülkelerin Diğer Ülkelerle İlişkileri Bağlamında İnsan Hakları olmak üzere) iki kategoride analiz etmeye çalışalım.

A. Demokratik Ülkeler Bağlamında İnsan Hakları

Bir Afrika ülkesinde yapılan seçimlerle ilgili anlatılan bir anekdot demokrasi adına önemli bir fikir vermektedir: “Oy verme kulübelerinde demokrasi pupa yelken gidiyordu. Bir adam karılarını getirmediği için azarlanıyor. “Gelmek istemediler” - “Onları dövmeliydin”. Pek çok Dwayo’ya ne konuda oy kullandıklarını sordum. Boş gözlerle baktılar bana. Kimlik cüzdanımızı aldık, orada duran görevliye verdik, o da mühürledi, böylece de oyumuz işaretlendi, diye cevap verdiler. Evet, ama niçin oy kullanıyorlardı? [...] Hiçbiri seçimlerin ne için yapıldığını bilmiyordu”¹⁴. Bu örnek demokratik yönetime geçmiş bir ülkede birden fazla karısı olan ve onları oy kullanmadıkları için dövmesi istenen adamdan söz edilmesinin yanında insanların niçin oy kullandıklarına dair bilinçten oldukça uzak oldukları da anlaşılmaktadır. Ancak politik anlamda demokrasinin sağlanmasına rağmen birçok insan hakları ihlalinin yaşanması mümkündür. Çünkü demokratik yönetimlerde siyasi partiler seçim dönemlerinde yurttaşların daha fazla oyuna alabilmek adına insan hakları ile uyuşmayan çalışmalar ve vaatlerle ortaya çıkabilmektedir.

Almanya’da Nazi Partisinin iktidara gelmesi bu türden demokratik bir anlayışa verilebilecek belirgin bir örnektir. Hitler, seçim dönemlerinde salt Almanlığa dayalı ve refah bir ülke vaat ederek, halkın oyunun önemli bir kısmını alarak iktidarı elde etmiştir. Ancak bu dönemlerde, başta toplama kampları (KZ) olmak üzere, işlenen insan hakları ihlalleri tarihte eşine az rastlanır türdendir. Dolayısıyla siyasi rejimin demokratik olarak işlediği birçok ülkede insan hakları ihlallerinin yaşanmadığını iddia etmek oldukça zor görünmektedir¹⁵. Buna göre siyasi bir rejim olarak demokrasi, yukarıda üzerinde durulduğu gibi, insan haklarını sağlamaya uygun siyasi bir rejim olmakla birlikte, söz konusu haklara zarar verici bir özelliği de içinde barındırmaktadır. Şu halde bazı ülkelerde çoğunluğu memnun edip, onların oylarını almak uğruna, azınlıkların hakları görmezden gelinerek, insan hakları ihlalleri işlenebilmektedir. Ronald Dworkin’e göre sayı olarak çoğunluğu

¹⁴ Tomasevski, Katarina: *Development Aid and Human Rights Revisited*, Pinter, New York 1993, s. 15. Aktaran: Kuçuradi, s. 187.

¹⁵ Kuçuradi, s. 186, 187.

elde etmeyi meşru gören demokratik anlayışlar çoğunluğun istedikleri gerçekleştirilmeye çalışılırken, azınlığın hakları önemszenmeyecektir/ görmezden gelinecektir¹⁶. Buna göre demokratik yönetimlerde esas olan insan haklarının sağlanmasından ziyade demokratik anlayışın hayat bulmasıdır. Başka bir ifadeyle çoğunluğun belirlediği bir partinin iktidara gelmesi ve çoğunluğun aldığı kararların uygulanması demokratik olmakla birlikte insan haklarının gerçekleştiği anlamına gelmemektedir.

Bununla birlikte insan hakları ihlallerinin yalnızca dünyanın geri kalmış bölgelerinde değil, ekonomisini geliştirmiş ve ileri demokratik rejim olarak nitelendirilen bölgelerinde de yaşandığı dikkat çekmektedir. Söz gelimi Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) elli eyaletinin otuz sekizinde verilen idam cezaları bunun en bariz örneklerinden biridir. Özellikle Texas, California ve Florida'da verilen cezaların çoğu siyah tenli erkeklere yönelik olduğu belirlenmiştir. Bunun yanında ABD'de çocuk yaşta olanların ve zihinsel özürlülerin idamının arttığı dikkat çekmektedir. Dolayısıyla dünyanın ileri demokrasisine sahip olduğu düşünülen bir ülkede insan haklarının temelini oluşturan ilkelerden *yaşama hakkının* ihlali oldukça çarpıcı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı zamanda yetmiş yıl önce İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin ilan edilmesine öncülük eden bir ülkede bu derecede insan hakları ihlallerinin yaşanması oldukça düşündürücü bir durumdur¹⁷. Bu noktada demokrasi ile yönetilen ülkelerde insan hakları ihlallerinin yaşanmasının en önemli nedeni nedir? diye bir soru akıllara gelmektedir.

Kanaatimize göre demokratik yönetimlerin çoğulcu katılımcı anlayışı temel bir meşruiyet kaynağı olarak görmesinden kaynaklanan insan hakları ihlalleri ortaya çıkmaktadır. Bu anlayışta devlet haklarının insan haklarının üstünde görülmesi nedeniyle insan hakları hususunda önemli derecede ihtilaller yaşanabilmektedir. Aynı zamanda devlet, siyasi düzenin korunması adına insan haklarının sınırlandırılmasına yönelik kamuoyu oluşturarak, hakları ihlal eden kararlar alabilmektedir¹⁸. Şu halde demokrasi bir ülkede çoğunluğun karar verdiği bir iktidarın yönetimi olarak düşünüldüğünde

¹⁶ **Dworkin**, Ronald: "Freiheit, Selbstregierung und der Wille des Volkes", Philosophie der Menschenrechte, ed. Stefan Gosepath, Georg Lohmann, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, s. 299.

¹⁷ **Hamm**, Brigitte: Menschenrechte, Ein Grundlagenbuch, Springer Verlag, Opladen 2003, s. 11.

¹⁸ **Özek**, Çetin: "İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 60/1-2, 2002, s. 137.

bireysel haklar ve özgürlükler için bir tehdit unsuru haline gelebilmektedir. Çünkü (mutlak) monarşi rejimlerinde tek kişide olan iktidar, demokrasi ile birlikte toplumun belli bir çoğunluğunun eline geçmiş bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle tek kişinin hâkimiyeti belli bir *kitle hâkimiyetine (mass domination)* dönüşmüştür ve bu durumda bireysel haklardan ziyade iktidarı belirleyen kitlenin talepleri önemseneyecektir. Bu durumu halkın hâkimiyeti anlamına gelen demokrasi ile insan hakları arasındaki bir paradoks olarak nitelendirmek yerinde bir tutum olacaktır¹⁹. Mustafa Erdoğan'a göre söz konusu paradoksun nedeni bütün çekiciliğine rağmen demokrasinin içerdiği gerçektir. Çünkü demokrasi çoğunluğun iradesini hedeflemesine karşın ayrılıklar, bölünmeler ve çekişmeler üzerine kurulu bir rejimdir. Bu bağlamda etnik, dinsel ve bölgesel bölünmeler ise demokrasilerde karşılaşılan en büyük sorunlardır²⁰. Dolayısıyla demokratik rejimlerde halkın çoğunluğunun ülkenin yönetimini belirlemesi ile birlikte insan haklarının sağlandığını iddia etmenin oldukça zor olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu sorunsalın temel nedeni ise demokrasilerin çoğunluğun belirlediği hükümetleri meşru olarak kabul etmeleri ve buna bağlı olarak toplumsal anlamda gruplaşmaların/bölünmelerin ortaya çıkmasıdır.

Bununla birlikte demokrasinin mahiyetini oluşturan eşitlik anlayışı ile insan haklarını belirleyen eşitlik anlayışının birbirinden farklı öğeler olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü insan haklarında tek tek bütün bireylerin eşitliği esas alınırken, demokrasiler halkın çoğunluğu tarafından belirlenen bir eşitliği meşru olarak görmektedirler. Dworkin'e göre halkın çoğunluğunu önemseyen demokrasiler insan haklarının sağlanmasının değil, belki de sağlanamamasının temel nedenidirler. Çünkü çoğunluğun iradesinin gerçekleşmesi insan haklarının sağlandığı anlamına gelmemektedir. Bir toplumda iradesi ve hakları görmezden gelinen azınlıklar demokratik anlamda çok fazla sorun teşkil etmemekle birlikte insan haklarının hayata geçmediğinin temel göstergesi olacaktır²¹. Buna göre devletin ortaya çıkmasından/oluşmasından bağımsız olarak salt insan olmaya bağlı hakları demokratik bir anlayışla özdeşleştirmek oldukça tartışmalı bir durum kazanmaktadır. Diğer bir ifadeyle insan haklarının sağlanmasını demokrasinin sağlanmasına bağlamak içinde önemli açmazları barındıran bir tutum olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla demokratik devletlerin halkın çoğunluğunun tercihini ülke yöne-

¹⁹ Menke, Christoph/Pollmann, Arnd: Philosophie der Menschenrechte zur Einführung, Junius Verlag, Hamburg 2007, s. 172-174.

²⁰ Erdoğan, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004, s. 253.

²¹ Dworkin, s. 294-296.

timi olarak meşru olarak görmelerinden kaynaklanan insan hakları ihlalleri yaşandığı anlaşılmaktadır.

Görebildiğimiz kadarıyla insan hakları ve demokrasi mahiyeti gereği birbirinden iki ayrı unsura işaret ettiklerinden, iki anlayışın da kavramsal olarak birbiriyle çok fazla ilişkilendirilmesinden kaynaklanan sorunlar yaşanmaktadır. Ernst-Wolfgang Böckenförde'ye göre demokrasi devletin iradesinin halk oylamasına bağlı olan yönetim sistemleri ile ilgili politik bir düzeni ifade ettiğinden, bu kavramın insan hakları ile birebir uyuştuğunu iddia etmek her şeyden önce bir kavram kargaşasına yol açması kaçınılmazdır. İnsan hakları salt insan olmaya bağlı olan ve meşruiyeti insan onuruna dayalı haklar iken, demokratik sistemde meşruiyet halkın tercihine bağlıdır²². Bununla birlikte insan hakları kavramının özüne uygun bir biçimde aydınlatılamamasından/tanımlanamamasından kaynaklanan birçok insan hakları ihlalleri yaşandığı vakıadır²³. O halde insan hakları tanımlanırken her türlü sosyo-kültürel şartlardan, politik sistemlerden, cinsiyet ve etnik kökenden bağımsız olarak salt insan olmaya bağlı evrensel haklar olduğunu gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Bununla birlikte insan haklarının evrenselliğine karşın, demokrasi bir yönetim şekli olarak, uygulandığı devlete göre geçerliliğe sahip olan hukuk sistemi ile yakından ilişkilidir. Dolayısıyla demokrasiler çoğunluğun iradesini meşru görmesinin yanında uygulandığı devletin politik şartlarına göre de değişiklik içereceğinden dolayı insan haklarının evrenselliği anlayışı ile uyuşmamaktadır. Çünkü politik sistemler kendi önceliklerini gerçekleştirmek çabası içindedirler ve seçimlerde yurttaşların oylarına talip olduklarından halkın çoğunluğunun faydasını gözetmeyi amaçlarlar. Demokrasinin çerçevesi bunu gerçekleştirmek için uygun bir mecradır. Buna göre demokrasi ve insan haklarının birbiriyle sıkı bir ilişki içinde olduğu tezinin açmazları giderek belirgin bir hal almaktadır.

Söz konusu uyumsuzluğu bariz bir biçimde göz önünde seren diğer bir husus ise demokrasilerin evrensel etik ilkelerden ziyade mevcut ülkedeki mutabakatı meşru bir zemin olarak görmeleridir. Öyle ki mahiyeti gereği demokrasiler meşruiyetini konsensüs/uzlaşma üzerinden sağlamaktadır ve seçimler de halkın oyları üzerinden bir konsensüs oluşturmak üzere

²² **Böckenförde**, Ernst-Wolfgang: "Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte?", Philosophie der Menschenrechte, ed. Stefan Gosepath, Georg Lohmann, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, s. 236.

²³ **Tepe**, Harun: "Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan İnsan Hakları Korunabilir mi?", Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Bildiriler, ed. Nergiz Mütevellioğlu, Mehmet Zambak, Belediye-İş, Ankara 2009, s. 97-101.

yapılmaktadır. Albrecht Wellmer'e göre özü itibarıyla adaletsiz/haksız (ungerecht) olan hususlar üzerinde de konsensüs oluşturmak da mümkündür. Dolayısıyla demokratik olup da, hak ihlali olabilecek birçok durumla karşılaşılabilir. Buna göre demokratik sistemler/meclisler Nazi suçlularının ve vergi kaçırانların beraat edeceğine, sığınmacıların sınır dışı edileceğine, kürtaj yaptıran kadınların ve protestocuların cezalandırılacağına dair kararlar alabilirler²⁴. Çünkü mevcut yapı içindeki oy çokluğunu ve mutabakatı meşru/legal bir ölçüt sayan bir anlayıştan genel geçer etik ilkeleri dikkate alması beklenemez. Bu durum aynı zamanda kamuoyunda yaygın olarak kullanılan "Demokrasilerde çare tükenmez" sözünün neden yaygınlaştığına dair bir fikir de vermektedir. Çünkü demokratik anlayışlar evrensel ilkeleri kendi sistemlerine uydurmak maksatlı, yorumlama hakkını meşru olarak görmektedirler.

B. Demokratik Ülkelerin Diğer Ülkelerle İlişkileri Bağlamında İnsan Hakları

İnsan haklarının sağlanması bakımından demokrasinin vazgeçilmez bir rejim olduğunu savunan anlayışların yanında demokrasilerin söz konusu hakların sağlanmasında nasıl bozucu etki yapabileceğini tartışmaya çalıştık. Bununla birlikte insan hakları-demokrasi ilişkisini uluslararası boyutuyla anlayabilmek için demokratik yönetim anlayışını benimseyen ülkelerin diğer ülkelerle ilişkilerini ele almamız yerinde bir tutum olacaktır. Önceki bölümde demokratik bir yönetim anlayışına rağmen ABD'de uygulanan idam cezalarına değindik. Bununla birlikte bu ülkede yaşanan insan hakları ihlallerini yalnızca bir iç mesele olarak sınırlandırılmaması gerekmektedir. ABD'nin dünyanın başka bölgelerine yönelik tutumu da birçok insan hakları ihlaline yol açmaktadır. Söz konusu sorunsalı bazı örneklemelerle serimlemeye çalışalım:

Bu çerçevede öncelikle ABD'nin "demokratikleştirme" adı altında Afganistan ve Irak'ı işgal etmesinin ve binlerce insanın bu süre zarfında hayatını kaybetmesinin insan hakları ile pek uyuşmadığını ifade etmemiz gerekmektedir²⁵. Hatta ABD, 2003 yılında Birleşmiş Milletler insani müdahale ilkesini de çiğnemiştir. O sıralar ABD Başkanı olan George W. Bush,

²⁴ Wellmer, Albrecht: "Menschenrechte und Demokratie", Philosophie der Menschenrechte, ed. Stefan Gosepath, Georg Lohmann, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, s. 272.

²⁵ Geis, Anna: "Diagnose: Doppelbefund - Ursache ungeklärt? Die Kontroverse um den demokratischen Frieden", Politische Vierteljahresschrift, 42 (2), 2001, s. 282-298.

Irak'a yönelik savaş kararı alıp almamaları konusunda Birleşmiş Milletlerin onayına gerek duymadıklarını, karar verdikleri şeyi gerçekleştireceklerini ifade etmiştir²⁶. Söz konusu işgallerle birlikte demokratik olmayan ülkelere demokrasi getirmeyi amaçladıklarını iddia etmektedirler. Ancak belli bir ülkeyi demokratikleştirme maksadıyla başvuru, savaş ve işgaller bariz bir biçimde insan hakları ihlallerine yol açmaktadır²⁷. İşgal ve savaşlar nedeniyle insanların hayatını yitirmesi insan haklarının *yaşama ilkesi* bağlamında düşünüldüğünde kabul edilebilir bir durum değildir. Bununla birlikte işgal ve savaşların yol açtığı sığınmacılık sorunsalı küresel anlamda ciddi boyutlara ulaşmış durumdadır.

Savaş, tecrit ve tehdit gibi insan hayatını doğrudan etkileyen olumsuz şartlar nedeniyle birçok insan doğup büyüdüğü yeri terk etmek zorunda kalmaktadır. Bernd Ladwig'e göre sığınma arayışı içinde olan insanların büyük riskleri göze alarak zorlu yolculuklara çıkmalarının nedeni, yaşadıkları yerlerdeki hayat şartlarının güçlüğüdür. Ancak demokratik yönetimlere sahip batılı ülkeler savaşlar ve işgaller nedeniyle oldukça zor durumda kalmış bu insanlar için vicdanlı davranmaktan oldukça uzaktır²⁸. Sığınmacılara yönelik Alman Havalimanlarında sınır polisleri tarafından uygulanan işkence uygulandığı dikkat çekmektedir²⁹. Sözgelimi geçen yıl Almanya'nın sınır dışı ettiği Afgan bir sığınmacının intihar etmesi³⁰ üzerine insan haklarının temelini oluşturan *yaşama hakkı* ilkesi demokratik ülkeler özelinde tartışılmaya başlanmıştır.

Diğer taraftan demokrasi ile yönetilen ülkelerde de gizli diplomasi ve politikaların yürütüldüğü ortaya çıkmaktadır. Özellikle Julian Assange tarafından 2006 yılında WikiLeaks belgelerinin yayımlanması ile birlikte ABD'nin küresel anlamda tasarladığı birçok gizli plan deşifre edilmeye başlanmıştır³¹. Bununla birlikte Edward Snowden tarafından ABD Ulusal

²⁶ Fox, Gregory H.: *Humanitarian Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge 2008, s. 185.

²⁷ Yeşilçayır, Celal: *Ebedi Barış, Pax Romadana Birleşmiş Milletlere*, Tezkire Yay., İstanbul 2017, s. 81.

²⁸ Ladwig, Bernd: "Offene Grenzen Als Gebot Der Gerechtigkeit?", *Migration Und Ethik*, ed.. Andreas Cassee, Anna Goppel, Mentis Verlag, Münster 2012, s. 68.

²⁹ Hamm, s. 11.

³⁰ Sirleschtov, Antje/Monath, Hans/Woratschka, Rainer: "Seehofer bedauert Suizid von abgeschobenem Afghane": <https://www.tagesspiegel.de/politik/asylpolitik-seehofer-bedauert-suizid-von-abgeschobenem-afghane/22789716.html>, Erişim Tarihi: 01.03.2019.

³¹ Nida-Rümelin, Julian: "Demokratie will Öffentlichkeit", *Die Zeit*, 16.12.2010: <http://www.zeit.de/2010/51/Wikileaks/komplettansicht>, Erişim Tarihi: 01.03.2019.

Güvenlik Dairesi'nin (NSA) dünya genelinde bazı internet sayfaları ve e-postalar vasıtasıyla birçok kişinin özel bilgilerini elde etmesi deşifre edilmiştir³². Dünya kamuoyunda ileri seviyede bir demokrasi ile yönetildiğine inanılan ABD'nin dünyanın başka ülkelerine yönelik yürüttüğü gizli politika³³ açıkçası birçok ülkeyi güvenlik bakımından rahatsız/tedirgin etmektedir. Söz konusu gizli politikaların nelere yol açabileceği hususunda Kant'ın düşüncelerine kulak vermek gerekmektedir. O, özellikle uluslararası diplomasilere/politikalarda şeffaflığın olmamasını bir hak ihlali olarak nitelendirmektedir. Ona göre insanlar ve ülkeler şeffaflık prensibine uyulması etik ve hukuki bakımından elzemdir³⁴. Aynı zamanda o, ülkelerin dünyanın herhangi bir yerinde yaşanan hak ihlalinin (*Rechtsverletzung*) gizli kalmaması için uluslararası politikada şeffaflık prensibine önem vermektedir³⁵. Dolayısıyla Kant'ın düşünceleri bağlamında küresel anlamda yürütülen gizli diplomasi önemli bir savaş nedenidir. Dünya üzerinde savaşların sona ermesi, insan hakları ve barışın gelişebilmesi için gizli diplomasilere uzak durulması ve şeffaflık prensibine uyulması gerekmektedir.

Görebildiğimiz kadarıyla demokrasiyle yönetilen ülkelerin başka ülkelere yönelik tutumlarında insan haklarına riayet ettiklerini ileri sürmek oldukça zor görünmektedir. Dolayısıyla demokrasi ile yönetilen ülkelerin kendi içlerinde insan hakları ile ilgili sorunlar yaşanabildiği gibi, başka ülkelere yönelik insan haklarını ihlal edici tutumlara yöneldikleri de yadsınmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Buraya kadar yapmaya çalıştığımız analizlere göre ilk bakışta insan haklarının sağlanmasında en uygun siyasi rejimin demokrasi olduğu görüşü öne çıkmaktadır. Ancak birçok ülke demokratik bir siyasi anlayışı benimsemesine rağmen insan hakları ile uyumsuz tutumları meşru görebilmektedir. Yapılan analizlere istinaden insan hakları ile demokrasi arasında kurulmaya çalışılan yaygın anlayışın ciddi anlamda tartışmalı bir hal aldığı iddia edebiliriz. Bu durumu, insan hakları ile demokrasi arasındaki bir paradoks, açmaz ya da çelişki olarak nitelendirmemiz mümkündür. Aynı zamanda bu durum Derrida'nın da üzerinde

³² **Greenwald**, Glenn: Saklanacak Yer Yok, çev. Türkan Çolak, Profil Yay., İstanbul 2015, s. 331-338.

³³ ABD'nin söz konusu açığa çıkarılmış gizli politikalarının yanında PKK gibi terör örgütlerine aleni olarak lojistik ve silah desteği vermesi başka bir sorunsal olarak karşımıza çıkmaktadır.

³⁴ **Kant**, Immanuel: Zum ewigen Frieden, Ein philosophischer Entwurf (1795), Kants Werke, Akademie Textausgabe VIII, Walter de Gruyter, Berlin 1968, s. 381.

³⁵ **Kant**, 360.

durduğu iki değerli karşıtlık mantığı sorunsalını akıllara getirmektedir³⁶. Buna göre salt insan olmaya bağlı insan hakları ile çoğunluğun iradesini meşru gören demokrasi arasında ortaya çıkan belirgin bir karşıtlığın görmezden gelinmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla insan hakları ve demokrasi ilişkisi sorunsalını sadece bir yönüyle ele almak yerine çift taraflı düşünmek küresel anlamda yaşanan insan hakları sorunlarının anlaşılması ve düzeltilmesi adına önemli bir adım olacaktır. Son tahlilde buraya kadar yapmaya çalıştığımız analizler bağlamında bazı bulgular elde etmeye ve insan hakları-demokrasi ilişkisi bağlamında yaşanan açmazların giderilmesine yönelik bazı önerilere ulaşmaya çalışalım.

SONUÇ YERİNE

İnsan haklarının sağlanmasında demokrasinin vazgeçilmez bir rejim olduğunu ileri sürenler ile insan haklarının hayata geçmesinde demokrasinin bozucu bir rol oynayabileceğini savunanlar arasında belirgin bir karşıtlık olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte her iki cenahtaki yazarları buzdüğünün görünen ve görünmeyen kısmını yorumlayanlar olarak değerlendirilmek mümkündür. Öyle ki görünüş itibarıyla insan hakları ve demokrasi arasında yurttaşların iradesini önemsemek bakımından bir ilişki olduğunu yadsınmaz bir gerçektir. Diğer taraftan demokrasilerin halkın/yurttaşların iradelerini belirgin bir kitle hâkimiyetine dönüştürme ve bağlamda söz konusu çoğunluğun içinde yer almayanları ihmal etmeleri muhtemel bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Araştırmamız bağlamında yer vermeye çalıştığımız analizler demokrasi ile yönetilen ülkelerde yaşanan insan hakları sorunlarının neden kaynaklandığına dair bir takım fikirler sunmaktadır. Buna göre insan hakları özü itibarıyla herkesin doğuştan getirdiği evrensel haklar iken, demokrasilerin çoğunluğun belirlediği bir siyasi iradeyi meşru olarak görmelerinin temel bir sorunsal teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda temel birey hakları olan insan haklarının, demokrasilerin kitle hâkimiyeti ve çoğunluğun iradesinin meşruiyeti anlayışı ile göz ardı edilmesi durumu ile karşılaşılmaktadır. Dolayısıyla insan hakları ile demokrasi arasında yaşanan temel açmazın çoğunluk/kitle ile birey arasında ortaya çıkan karşıtlığı olduğunu ifade edebiliriz. Buna göre demokrasiler halkın çoğunluğunun iradesi ile bir meşruluk kazanırken, tek tek bireylerin iradeleri çoğunluk içinde görmezden gelinmektedir. Bu noktada çoğunluğun iradesi/kitle hâkimiyeti ile meşruiyet kazanan demokrasilerde insan hakları özüne uygun olarak sağlanabilir mi?

³⁶ **Derrida**, *Jasques: Platon'un Eczanesi*, Çev. Zeynep Direk, Alfa, İstanbul 2016, s. 70.

diye bir soru akıllara gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, buz dağının tamamını göz önünde tutarak, insan hakları ve demokrasi arasındaki mezkûr açmazların giderilmesi mümkün müdür? diye sormak da mümkündür. Son tahlilde insan hakları ve demokrasi arasında olagelen mevcut sorunların/açmazların giderilmesi/iyileştirilmesi bağlamında bazı öneriler sunmaya çalışalım.

Demokrasi ile yönetilen ülkelerde insan haklarının aslına uygun olarak hayata geçirebilmesi için öncelikle demokrasinin yorumladığı ve belirlediği insan hakları anlayışından vazgeçilmesi gerekmektedir. Bunun sağlanabilmesi için de demokrasi ile özdeşleşmiş olan çoğunluğun yönetimi anlayışından vazgeçilmesi, toplumdaki bütün bireylerin ve farklılıkların (etnik, dini, mezhepsel vb.) eşit bir biçimde korunup gözetilmesi gerekmektedir. Demokratik rejimlerin söz konusu dönüşümü gerçekleştirebilmesi ile birlikte insan haklarının sağlanmasında demokrasinin önemli bir rol oynayabileceğini iddia etmek mümkün olacaktır. Bu bağlamda demokrasinin meşru gördüğü kadar uygulanan insan hakları düşüncesi yerine insan haklarını toplumda yaşayan bütün bireyler için eşit bir biçimde hayata geçirmek için demokrasiyi motor bir güç olarak belirlemek yerinde olacaktır. Diğer bir ifadeyle temel amacın demokrasinin işlevselliği olan bir toplum anlayışı yerine insan haklarını gerçekleştirmek ve hayata geçirmenin temel amaç olduğu bir topluma doğru evrilme önemli bir adım olacaktır. Buna göre insan haklarının demokrasi kurumu altında konumlandırılmasından ziyade, demokrasinin en üst değer olan insan hakları altında konumlandırılması anlayışının yaygınlaştırılması gerekmektedir. Söz konusu anlayışın gerçekleştirilebilmesi için temel olarak demokrasiyi asli amaç olan insan haklarının sağlanmasının bir aracı/yolu olacak şekilde belirlemek önem arz etmektedir.

Söz konusu anlayışın hayata geçirilmesi ile birlikte öncelikle siyasi partilerin seçim dönemlerinde halkın oyunu alabilmek adına başvurabileceği insan hakları ihlallerinin önüne geçilebilecektir. Bununla birlikte demokratik yönetimlerin çoğunluğu temsil ederek azınlıkları ve farklılıkları görmezden gelmesi, ya da çoğunluğun faydası için onları baskı altına alması, anlayışının önlenebilmesinin yolu açılmış olacaktır. Böylelikle sadece çok partilik, seçimlerde herkesin oy hakkının olması ve çoğunluğu elde edenin yönetimde söz sahibi olması gibi tutumlar olarak düşünülen demokrasi anlayışı genişleyerek/dönüşerek insan haklarını sağlayıcı bir mekanizmaya evrilmiş olacaktır. Şu halde insan haklarının sağlanması bakımından en fazla oyu alan partinin politik gücü ele geçirdiği ve kendisini iktidara taşıyan kitleyi/grubu memnun edici politikalar icra ettiği anlayışından vazgeçilmesi elzem görünmektedir.

Siyasi partilerin kendilerini iktidara taşıyan kitleye verilen sözleri yerine getirmek ve onları memnun ederek sonraki seçimlerde yine onların kendilerine oy vermelerini sağlamak için girişecekleri politikalar insan haklarına ters düşebilmektedir. Öyle ki insan hakları iktidarı elinde bulunduran siyasi gücün karar verme mekanizmasına dönüştürülemeyecek derecede insanın temel/kadim haklarıdır. Şu halde bu haklar belli bir kitlenin ya da grubun hakları olmanın ötesinde bireyin haklarıdır. Demokrasilerin de o ülkede yaşayan herkesin tek tek insan haklarını sağlayıcı bir mekanizmaya dönüşmesi yerinde olacaktır. Ancak demokrasinin öncelendiği ve insan haklarının demokrasinin meşruiyetine ve karar verme mekanizmasına bırakılması devam ettiği sürece söz konusu sorunların yaşanması kaçınılmaz olarak devam edecektir. Bunun önüne geçebilmek için öncelikle insan hakları demokrasi ilişkilerinde insan haklarının öncelenmesi, demokrasinin; söz konusu hakların prensiplerine göre şekillenmesi gerekmektedir. Böylelikle insan haklarına dayalı demokratik yönetimlerin hakları sağlayıcı birer mekanizmaya dönüşmesi sağlanmış olacaktır.

İnsan hakları ve demokrasi ilişkisi bakımından her iki anlayışın özüne uygun bir tutum benimsenmemesinden kaynaklanan birtakım sorunların yaşandığı anlaşılmaktadır. Küresel anlamda yaşanan insan hakları ihlallerinin temel nedenlerinden birinin de insan haklarının demokratik karar alma uğruna söz ardı edilmesi olduğunu ifade etmemiz mümkündür. Her iki anlayışın/kavramın aralarında daha sağlıklı bir bağın oluşması adına insan hakları ve demokrasi eğitimlerinde bazı iyileştirilmelere gidilmesi önemli bir adım olacaktır. Bu çerçevede demokrasiyi önceleyen ve insan haklarını demokrasinin altında konumlandıran bir eğitim anlayışından vazgeçilerek, insan haklarının temel/çatı değer olduğu hususunda eğitimcilerin bilinçlenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda insan haklarını ikinci planda ele alan, sözgelimi “Demokrasi ve İnsan Hakları” ya da “Vatandaşlık ve İnsan Hakları” gibi, derslerin ve ders kitaplarının yeniden gözden geçirilerek, insan haklarını aslına uygun olarak çocukların/gençlerin eğitilmesi gerekmektedir. Şu halde insan hakları insanlığın en üst değeri olduğundan farklı kavramlarla ilişkilendirilmeden salt İnsan Hakları adı altında eğitiminin icra edilmesi yerinde bir tutum olacaktır. Söz konusu pedagojik tutumun gerçekleştirilmesi ile birlikte demokrasi ve insan hakları arasında kurulan kavram kargaşasının önlenmesinin yolu açılmış olacaktır. Bununla birlikte insan haklarının sağlanmasında demokratik rejimlerin niçin bozucu bir etki yaptığının aydınlatılması ve söz konusu bozucu etkinin önlenmesi adına da önemli bir kazanım sağlayabilecektir.

KAYNAKÇA

- Alexy, R.:** “Die Institutionalisierung der Menschenrechte im demokratischen Verfassungsstaat”, *Philosophie der Menschenrechte*, ed. Stefan Gosepath, Georg Lohmann, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, s. 244-264.
- Atiker, E.:** “İnsan Hakları Üzerine... Bir Yöntem Denemesi”, *Sosyoloji Dergisi*, 3/5, 1999, s. 93-110.
- Bingöl, O.:** “70. Yıldönümünde İnsan Haklarını Yeniden Düşünmek”, *Mavi Atlas, Çağdaş Felsefe Tartışmaları Özel Sayısı*, Aralık 2018, s. 63-76.
- Böckenförde, E.-W.:** “Ist Demokratie eine notwendige Forderung der Menschenrechte?”, *Philosophie der Menschenrechte*, ed. Stefan Gosepath, Georg Lohmann, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, s. 233-243.
- Can, N.:** *Siyaset Felsefesi Problemleri*, Elis Yay., Ankara 2005.
- Çüçen, A. K.:** *İnsan Hakları*, Sentez Yay., Ankara 2013.
- Derrida, J.:** *Platon'un Eczanesi*, (Çev. Zeynep Direk), Alfa, İstanbul 2016.
- Dworkin, R.:** “Freiheit, Selbstregierung und der Wille des Volkes”, *Philosophie der Menschenrechte*, ed. Stefan Gosepath, Georg Lohmann, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, s. 292-309.
- Erdoğan, M.:** *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004.
- Fox, G. H.:** *Humanitarian Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge 2008,
- Geis, A.:** “Diagnose: Doppelbefund - Ursache ungeklärt? Die Kontroverse um den demokratischen Frieden”, *Politische Vierteljahresschrift*, 42 (2), 2001, s. 282-298.
- Gosepath, S.:** “Universalität der Menschenrechte – Ein Erklärungsansatz”. *Gelten Menschenrechte universal? Begründungen und Infragestellungen*, ed. Günter Nooke, Georg Lohmann, Gerhard Wahlers, Herder, Freiburg 2008, s. 195-203.
- Greenwald, G.:** *Saklanacak Yer Yok*, (Çev. Türkan Çolak), Profil Yay., İstanbul 2015.
- Hamm, B.:** *Menschenrechte Ein Grundlagenbuch*, Springer Verlag, Opladen 2003,

- Kant, I.:** Zum ewigen Frieden, Ein philosophischer Entwurf (1795), Kants Werke, Akademie Textausgabe VIII, Walter de Gruyter, Berlin 1968, s. 341-386.
- Kuçuradi, İ.:** İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2016.
- Ladwig, B.:** “Offene Grenzen Als Gebot Der Gerechtigkeit?”, Migration Und Ethik, ed. Andreas Cassee, Anna Goppel, Mentis Verlag, Münster 2012.
- Menke, C./Pollmann, A.:** Philosophie der Menschenrechte zur Einführung, Junius Verlag, Hamburg 2007.
- Nida-Rümelin, J.:** Demokratie will Öffentlichkeit, Die Zeit, 16.12.2010: <http://www.zeit.de/2010/51/Wikileaks/komplettansicht>, Erişim Tarihi: 01.03.2019.
- Özek, Ç.:** “İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış ve Sınırlamalar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 60/1-2, 2002, s. 135-160.
- Sirleschtov, A./ Monath, H./ Woratschka, R.:** “Seehofer bedauert Suizid von abgeschobenem Afghanen”: <https://www.tagesspiegel.de/politik/asylpolitik-seehofer-bedauert-suizid-von-abgeschobenem-afghanen/22789716.html>, Erişim Tarihi: 01.03.2019.
- Tepe, H.:** “Sosyal Haklar ve İnsan Hakları: Sosyal ve Ekonomik Haklar Olmadan İnsan Hakları Korunabilir mi?”, Uluslararası Sosyal Haklar Sempozyumu Bildiriler, ed. Nergiz Mütevellioğlu, Mehmet Zambak, Belediye-İş, Ankara 2009, s. 97-104.
- Tomasevski, K.:** Development Aid and Human Rights Revisited, Pinter, New York 1993.
- Touraine, A.:** Demokrasi Nedir?, (Çev. Olcay Kunal), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2002.
- Tosun, G. E.:** “Birleştirici Demokrasi Devlet-Sivil Toplum İlişkisinin Yeniden Yapılandırılması İçin Bir Aracı Olabilir mi?”, Sivil Toplum ve Demokrasi, ed. Lütfi Sunar, Kaknüs Yayınları, İstanbul 2005, s. 23-54.
- Tüzün, G.:** Ortaöğretim Demokrasi ve İnsan Hakları Ders Kitabı, Ada Matbaacılık, Ankara 2018.
- Üçbaş, T.:** Demokrasi ve İnsan Hakları Liseler İçin Ders Kitabı, Fil Yayınevi, İstanbul 2010.

- Yeşilçayır, C.:** Ebedi Barış, Pax Romanadan Birleşmiş Milletlere, Tezkire Yay., İstanbul 2017.
- Yeşilçayır, C.:** “İnsan Haklarının Aydınlatılmasında Felsefi Bilginin Önemi”, Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, 31/2, 2018, s. 239-261.
- Yeşilçayır, C.:** “Sığınmacılar Hakkındaki Ön Kabulleri Belirleyen Etmenler Üzerine Eleştirel Bir Değerlendirme”, Kutadgubilig Felsefe-Bilim Araştırmaları 32, 2016, s. 121-138.
- Wellmer, A.:** “Menschenrechte und Demokratie”, Philosophie der Menschenrechte, ed. Stefan Gosepath, Georg Lohmann, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, s. 265-291.

ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNDE BAKIM ALACAKLISININ GÜVENCE SAĞLAMAYA YÖNELİK HAKLARI

DOI: 10.33717/deuhfd.567612

Dr. Öğr. Gör. Simge AKSU KAYACAN*

Öz

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi çeşitli sebeplerle kendi kişisel ihtiyaçlarını göremeyen, bakım ve gözetime muhtaç olan, kendisine bakıp ilgilenebilecek kimsesi ise bulunmayan fakat bazı malvarlığı değerleri bulunan, özellikle de yaşlı olan kimselerin bir ivaz karşılığında ölünceye kadar bakılıp gözetilmelerini sağlayan bir sözleşmedir. Sözleşme, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden birisidir. Toplumumuzda yaygın biçimde uygulanan bu sözleşmenin önemi ve uygulaması özellikle bakım ve gözetim işlevini üstlenen kurumların da çoğalmasıyla birlikte giderek artmaktadır. Çalışmamızda bu sözleşmenin bakım alacaklısının güvence sağlamaya yönelik hakları ile hukuki niteliği, türleri, tarafları ve şekli incelenmiş bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım alacaklısı, bakım borçlusu, borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi, miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi

THE RIGHTS OF CARE CREDITOR TO PROVIDE ASSURANCE IN CONTRACT FOR LIFELONG SUPPORT

Abstract

Contract for lifelong support is a contract which ensures persons who are not able to fulfil their needs for various reasons, are in need of care and

* Yaşar Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dr. Öğretim Görevlisi (e-posta: simge.kayacan@yasar.edu.tr) (ORCID: 0000-0001-7233-7719) (Makalenin Geliş Tarihi: 20.03.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 26.03.2019-28.03.2019/Makale Kabul Tarihleri: 03.04.2019-10.04.2019)

supervision, do not have relatives to get involved personally but have certain assets and especially elderly to be looked after in exchange for onerous until they die. The contract is one of the contracts regulated by the Turkish Code of Obligations. The importance and application of this contract which is widely implemented in our society is increasing with the growing number of institutions that undertake the function of care and supervision. In our study, the rights of care creditor to provide assurance and the legal nature, types, parties and form of this contract are examined.

Keywords

Contract for lifelong support, care creditor, care debtor, law of obligations featured contract for lifelong support, law of succession featured contract for lifelong support.

GİRİŞ

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 611-619 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sözleşmenin taraflarını bakım alacaklısı ve bakım borçlusuna oluşturmaktadır. Sözleşme bakım alacaklısının yerine getireceği edime bağlı olarak iki gruba ayrılmakta ve "borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi" ya da "miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi" şeklinde nitelendirilmektedir.

Bakım alacaklısı borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapması halinde, sözleşmenin kurulmasından sonra bakım borçlusuna devretmeyi taahhüt ettiği malvarlığına ilişkin tasarruf işlemi gerçekleştirmek zorundadır. Bunun neticesinde bakım alacaklısı söz konusu malvarlığı değeri üzerindeki haklarını yitirecek ve bakım borçlusuna karşı sadece bakılıp gözetilmesi konusunda bir alacak hakkına sahip olacaktır. Ancak, bakım borçlusuna devrettiği malvarlığı değeri üzerindeki haklarını kaybeden bakım alacaklısı, bakım borçlusuna karşısında hukuken zayıf bir duruma düşecektir. Kanun koyucu borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde bakım alacaklısını hukuken güçlendirmek için, bakım borçlusuna devrettiği taşınmazlar üzerinde kanuni ipotek hakkı tanımıştır. Bakım alacaklısının taşınmaz devretmesi hali dışında ise, kanun koyucu tarafından haklarını güvence altına almasını sağlayan bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle, bakım alacaklısı taşınmaz devri dışında yerine getireceği edimlerde sözleşmeden doğan haklarını ancak sözleşmeye dayanan teminatlar yoluyla güvence altına alabilecektir. Elbette bu tür güvence sağlayan haklar sözleşmeye dayandığından kurulmaları bakım borçlusunun bu yöndeki iradesine bağlıdır.

Çalışmamızda ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının güvence sağlamaya yönelik hakları, bu bağlamda kanuni ipotek hakkı ve sözleşmeden doğan güvence hakları incelenecektir. Ancak konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle sözleşmenin tanımına ve hukuki niteliğine, türlerine, taraflarına ve şekline ilişkin bilgi verilmesinin yararlı olacağı düşünülmüştür.

I. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 611-619 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu sözleşmeyi ifade etmek için öğretide ve uygulamada terminoloji bakımından ölünceye kadar bakma akdi, sağlığınca bakma sözleşmesi, kaydı hayatla bakma mukavelesi gibi çeşitli terim-

ler kullanılmakla birlikte¹, öğretide yerleşmiş olan² ve Türk Borçlar Kanunu'nda tercih edilen terim ölünceye kadar bakma sözleşmesidir. Bu nedenle biz de çalışmamızda ölünceye kadar bakma sözleşmesi terimini kullanacağız.

Türk Borçlar Kanunu'nun 611. maddesinin birinci fıkrasında, “*Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmış, ikinci fıkrasında ise “*Bakım borçlusu, bakım alacaklısı tarafından mirasçı atanmışsa, ölünceye kadar bakma sözleşmesine miras sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır.*” denilmiştir.

Doktrinde, ölünceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin çeşitli tanımlar yapılmıştır. Verilen tanımlara bakıldığında birçoğunun yalnızca borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesini tanımlar nitelikte olduğu³,

¹ Bu konuda bkz. **Tunçomağ**, Kenan: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara, 1959, s. 22 vd., (Bakma); **Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, Cilt V, İstanbul, 2004, s. 1296 vd., (Cilt V); **Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İkinci Cilt, İstanbul, 2002, s. 1265 vd., (İkinci Cilt); **Bilge**, Necip: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s. 417; **Tarhan**, Mümtaz: Ölünceye Kadar Bakma Akdi Hakkında Toplu Bir Tetkik, Ankara, 1949, s. 7; **Erdem**, Nafiz: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Özel Hükümler, Adana, 1990, s. 613 vd.; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul, 1977, (Borçlar), s. 1169 vd.; **Oser**, H./**Schönenberger**, W. (Çev. İsmet Sungurbey): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Eski Kefillik, Yeni Kefillik; Kumar, Bahis; Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri (İsviçre BK. 492/529-Türk BK. 483/519), Ankara, 1964, s. 441 vd.

² Bkz. **Akartepe**, Alpaslan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s. 4; **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 1497 vd.; **Zevkililer**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara, 2016, s. 769 vd.; **Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 547 vd.; **Dündar**, Mustafa: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 4 vd.; **Korkmaz**, Tekin: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 3.

³ **Tunçomağ**'a göre, “Ölünceye kadar bakma akdi, mameleki bir kıymetin devri mukabilinde bir kimsenin hayatı sonuna kadar bakılmasını mutazammın talih ve tesadüfe bağlı bir akitittir.” Bkz. **Tunçomağ**, Bakma, s. 24. **Bilge**'ye göre, “Yaşayanlar arasında yapılan bir akit olarak, ölünceye kadar bakma mukavelesi; taraflardan birinin diğerine ölünceye kadar bakması ve onu görüp gözetmesi taahhüdüne karşılık, diğer tarafın da ona bir mamelek veya bazı mallar temlikini deruhte etmesidir.” Bkz. **Bilge**, s. 426. **Erdem**'e göre, “Kaydıhayat ile bakma mukavelesi, âkitlerden birinin diğerine ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartile mâmelek yahut bazı mallar temlikini iltizam

hem borçlar hukuki nitelikli hem de miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerini kapsar biçimde yapılan tanımların⁴ ise daha az olduğu görülmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 611. maddesinden yola çıkarak ve her iki tür ölünceye kadar bakma sözleşmesini içeren şöyle bir tanım verilebilir: Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, taraflarını bakım alacaklısı ile bakım borçlusunun oluşturduğu, bakım borçlusunun bakım alacaklısına ömür boyu bakmayı üstlendiği, buna karşılık olarak bakım alacaklısının da sözleşmenin türüne göre bakım borçlusuna bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini sağlararası bir tasarruf ile devretmeyi üstlendiği veya bakım borçlusuna ilişkin maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu bir sözleşmedir. Bakım alacaklısının yaşayacağı sürenin ve yaşadığı süre boyunca ortaya çıkacak ihtiyaçlarının kapsamının önceden belirlenmesinin mümkün olmaması sebebiyle ölünceye kadar bakma sözleşmesi sonuçları talih ve tesadüfe bağlı olan sözleşmeler grubunda yer almaktadır⁵. Diğer

etmesinden ibaret olan, bir akiddir.” Bkz. **Erdem**, s. 613. *Karahasan*'a göre, “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi bir malvarlığı ediminin devri karşılığında bir kimsenin hayatı sonuna kadar bakılmasını gerektiren talih ve tesadüfe bağlı bir sözleşmedir.” Bkz. **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1266. *Zevkliler/Gökyayla*'ya göre, “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısına ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir.” Bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 769.

⁴ *Akartepe*'ye göre, “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, taraflardan birisinin diğerinin kendisine yaşamı boyunca bakıp gözetmesine karşılık olarak, bir malvarlığı değerini sağlararası veya ölüme bağlı tasarruf yoluyla karşı edim olarak devretmeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.” Bkz. **Akartepe**, s. 9. *Özkaya*'ya göre, “Ölünceye kadar bakma sözleşmesi taraflardan birinin sağlararası bir tasarrufla mal varlığının tamamının veya bir kısmının mülkiyet veya kullanma hakkını, mal varlığındaki herhangi bir değeri devretmek yahut ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçı atamak, bazı mallarını vasiyet etmek gibi edimine karşılık öteki tarafın da ölünceye kadar bakıp gözetmek edimini yüklediği, talih ve tesadüfe bağlı, resmi vasiyet şeklinde düzenlenen bir sözleşmedir.” Bkz. **Özkaya**, Eraslan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara, 2007, s. 25.

⁵ **Tunçomağ**, Bakma, s. 27, 43, 44; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1498; **Akartepe**, s. 40, 41; **Erdem**, s. 615, 616; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1268; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 548; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1178, 1179; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 759; **Bilge**, s. 414; **Özkaya**, s. 25; **Tarhan**, s. 9; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 814, (Özel Hükümler); **Akipek Öcal**, Şebnem: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2018, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 85; **Korkmaz**, s. 16; **Dündar**, s. 29, 30. Bu yönde bkz. Yargıtay 1. HD. 21.03.2018 t., 2018/341 E., 2018/7976 K.; Yargıtay 8. HD. 19.06.2017 t., 2017/12233 E., 2017/9262 K.; Yargıtay 1. HD. 28.03.2017 t., 2017/537 E., 2017/1520 K.; Yargıtay 1. HD. 25.02.2016 t., 2015/12977 E., 2016/2267 K.; Yargıtay 1. HD. 12.1.2016 t., 2015/16775 E., 2016/145 K. Bkz. www.kazanci.com.tr, (15.02.2019).

yandan, bakım alacaklısı bakım karşılığı olan ivazı bir defada ödemiştir veya ödeyecektir. Buna karşılık, bakım borçlusunu ise bakım alacaklısının yaşamı boyunca borcunu yerine getirmek zorunda olup, borcu sürekli nitelik taşımaktadır⁶.

Öğretide bazı yazarlar⁷, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu görüşünderken; bazı yazarlar⁸ ise ölünceye kadar bakma sözleşmesinin iki türü arasında bir ayırım yaparak alelade ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu, miras hukukuna tâbi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin ise tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmadığı görüşündedir. Bunun sebebi, miras hukukuna tâbi ölünceye kadar bakma sözleşmesinde yalnızca bakım borçlusunun bir borç taahhüt ediyor olması, bakım alacaklısının ise sözleşmenin doğumuyla birlikte borcunu yerine getirmiş olmasıdır. Kanaatimizce, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, gerek borçlar hukuku nitelikli gerekse miras hukuku nitelikli olsun, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Zira, sözleşme kurulduğunda taraflardan her biri diğerinin ediminin karşılığı olarak asli edim yüklenmiştir ve tarafların edimleri arasında karşılıklı ilişki, sebep-amaç ilişkisi bulunmaktadır.

II. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı sözleşmeden doğan haklarını güvence altına alabilir. Hatta Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesinde bakım alacaklısına yasal ipotek hakkı tanınmıştır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesinde bakım alacaklısına tanınan yasal ipotek hakkı, yalnızca borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde bakım borçlusuna bir taşınmazın devredilmesi halinde kullanılabilir. Bakım alacaklısının ediminin konusunu bir taşınmazın devrinin oluşturmadığı hallerde bakım alacaklısı sözleşmeden doğan haklarını güvence altına almak istiyorsa, bunu ancak bakım borçlusunu ile anlaşarak sözleşmesel güvence hakları ile sağlayabilecektir. Dolayısıyla yasal ipotek hakkı sadece borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde, sözleşmesel güvence hakları ise hem borçlar hukuku nitelikli hem de miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde kullanılabilir.

⁶ Zevkililer/Gökyayla, s. 770; Akartepe, s. 42; Özkaya, s. 36; Eren, Özel Hükümler, s. 814; Akipek Öcal, s. 85; Korkmaz, s. 16.

⁷ Akartepe, s. 37, 38; Yavuz/Acar/Özen, s. 1498; Bilge, s. 426; Özkaya, s. 35; Eren, Özel Hükümler, s. 813; Akipek Öcal, s. 85; Korkmaz, s. 12, 13.

⁸ Tunçomağ, Bakma, s. 43, dn. 43; Tunçomağ, Borçlar, s. 1172, 1173, 1184, dn. 32, 1185; Erdem, s. 614; Karahasan, İkinci Cilt, s. 1266, 1267.

mektedir. Bu bağlamda, bakım alacaklısının güvence sağlamaya yönelik haklarını incelemeye geçmeden önce ölünceye kadar bakma sözleşmesinin türlerine ilişkin açıklamalara yer vereceğiz.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bakım alacaklısının edimini ifa etme şekline göre iki türü bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda bu iki türü ifade edecek terimler kullanılmamış olsa da, öğretide ölünceye kadar bakma sözleşmesi ikiye ayrılarak iki tür için farklı terimler kullanılmaktadır⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 611. maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bakım alacaklısının edimini ifa etme tarzına göre ölünceye kadar bakma sözleşmesinin iki türünün bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Hükümden anlaşıldığı üzere, bakım alacaklısı karşı edimini sağlığında bakım borçlusuna ifa edebileceği gibi, bakım borçlusunu mirasçı atayarak ölüme bağlı bir kazandırmayla da taahhüdünü ifa edebilmektedir. Bu çerçevede bakım alacaklısının bakım borçlusuna ivazı sağlığında ödemesi halinde "borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi" veya "alelade ölünceye kadar bakma sözleşmesi"; bakım alacaklısının bakım borçlusunu mirasçı ataması halinde ise "miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi" ile karşılaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, bakım alacaklısının ediminin ölüme bağlı bir tasarruf içinde yer alması halinde "miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi", bakım alacaklısının ediminin onun sağlığında hükümlerini doğuran bir tasarruf için bulunması halinde ise "borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi" kurulmuş olmaktadır¹⁰. Aşağıda A ve B başlıkları altında ölünceye kadar bakma sözleşmesinin türlerine kısaca değineceğiz.

A. Borçlar Hukuku Nitelikli Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım ve gözetim edimlerine karşılık olarak bakım alacaklısının karşı edimi olan malvarlığı değeri devretme borcunu ölüme bağlı bir tasarruf içinde ifa etmeyi sağlararası bir edim olarak ifa ettiği bir sözleşmedir. Bu nedenle, borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleş-

⁹ Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1498; **Akartepe**, s. 25 vd.; **Tunçomağ**, *Bakma*, s. 28 vd.; **Tunçomağ**, *Borçlar*, s. 1179 vd.; **Erdem**, s. 616 vd.; **Karahasan**, *İkinci Cilt*, s. 1268; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 762; **Bilge**, s. 425, 426; **Oser/Schönenberger**, s. 443; **Özkaya**, s. 25; **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 812.

¹⁰ **Tunçomağ**, *Bakma*, s. 42-44; **Tunçomağ**, *Borçlar*, s. 1179-1183; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 770; **Akartepe**, s. 25 vd.; **Akıpek Öcal**, s. 86; **Dündar**, s. 30 vd.; **Korkmaz**, s. 7 vd.; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 548; **Eren**, *Özel Hükümler*, s. 813.

mesi bir borçlar hukuku sözleşmesidir ve sağlararası bir hukuki işlemdir. Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile bakım alacaklısı borçlarını sağlığında yerine getirmeyi taahhüt eder ve bakım borçlusunun kendisine hayatı boyunca bakması karşılığında ona malvarlığının tamamını veya malvarlığından bazı değerleri devreder¹¹. Bakım alacaklısının ediminin ölüme bağlı tasarrufta yer almadığı her ölünceye kadar bakma sözleşmesi bir borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi veya bir diğer adıyla alelade ölünceye kadar bakma sözleşmesidir¹².

Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Tarafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin yerine getirilmesi ve sona ermesi gibi tüm hususlara Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Şekil konusunda ise Türk Borçlar Kanunu'nun 612. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Türk Medeni Kanunu'nun miras sözleşmesine ilişkin ilgili hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bakım borçlusunun bir bakım kurumu olması halinde ise Türk Borçlar Kanunu'nun 612. maddesinin ikinci fıkrasında şekle ilişkin getirilen istisna uyarınca sözleşme tamamen Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tâbi olmaktadır. Diğer yandan, borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinin taraflarının edimleri ölüme bağlı bir tasarruf içinde yer almadığı için, bakım alacaklısının bakım borçlusuna devrettiği her bir malvarlığı değerinin mülkiyetini ona geçirebilmesi için her bir malvarlığı değerinin niteliğinin gerektirdiği tasarruf işlemlerinin de yapılması gerekmektedir¹³.

B. Miras Hukuku Nitelikli Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin ikinci türü de bakım alacaklısının sağlararası bir borç altına girmediği, edimini ölüme bağlı bir tasarruf ile yerine getirdiği miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesidir. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunu-

¹¹ **Akartepe**, s. 25, 26. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 572. maddesi uyarınca malvarlığı miras sözleşmesiyle mirasçı atanan kimseye devredilebildiği için ölünceye kadar bakma sözleşmesinin borçlar hukuku nitelikli mi yoksa miras hukuku nitelikli mi olduğunun tespit edilmesinde bakım alacaklısının malvarlığı değerini sağlığında devretmesinin kıstas olarak alınmaması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir. Çünkü bakım alacaklısının bakım borçlusunu mirasçı olarak ataması ve söz konusu malvarlığı değerini sağlığında ona devretmesi halinde ortada bir borçlar hukuku nitelikli değil miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi bulunacaktır. Bu görüşte bkz. **Tunçomağ**, Bakma, s. 28; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1180.

¹² **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1182; **Tunçomağ**, Bakma, s. 30; **Erdem**, s. 618.

¹³ **Akartepe**, s. 26, 27; **Tunçomağ**, Bakma, s. 30; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1182, 1183, **Özkaya**, s. 26, 27; **Akipek Öcal**, s. 86.

nun bakım alacaklısı tarafından miras sözleşmesi ile mirasçı atanması halinde söz konusu olmaktadır. Bakım alacaklısının bakım borçlusunu mirasçı atamasının miras sözleşmesi şeklinde yapılması zorunlu olup, aksi halde mirasçı atama geçersiz olacaktır. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı bakım borçlusunun ivazına karşılık olarak ölüme bağlı tasarrufta bulunmaktadır. Bu nedenle miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi ivazlı(karşılıklı) miras sözleşmelerindedir. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi öncelikle miras hukukunun ilgili hükümlerine tabidir¹⁴.

Öğretide mirasçı atama ifadesinin dar değil geniş yorumlanması gerektiği, bu şekilde geniş bir yorumun kanun koyucunun iradesine ve miras hukuku ilkelerine uygun düşeceği ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 463. maddesinin ikinci fıkrası (TMK m. 516/2) anlamında bir mirasçı atamasının gerekli olmadığı belirtilmektedir. Buna göre maddedeki mirasçı terimi yalnızca külli halef sıfatıyla terekeyi bütün halinde iktisap eden kimse şeklinde anlaşılmalıdır. Bu bağlamda örneğin bakım alacaklısı bakım borçlusunu mirasçı atamak yerine vasiyet alacaklısı, ön mirasçı, art mirasçı olarak atayabilir. Bütün bu hallerde ortada yine miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi bulunacaktır. Hatta bakım alacaklısı bakım borçlusu yerine bir üçüncü kişiyi de mirasçı olarak atayabilir, ki bu durumda üçüncü kişi yararına yapılmış bir miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi söz konusu olacaktır¹⁵. Kanaatimizce de, mirasçı atama ifadesi dar değil geniş yorumlanmalı, bunun sonucunda miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinin mevcudiyeti için Türk Medeni Kanunu'nun 516. maddesi anlamında bir mirasçı ataması zorunluluğu aranmamalıdır.

¹⁴ **Akartepe**, s. 28. Ayrıca bkz. **Özkaya**, s. 26, 28-30, 32. İvazlı ve ivazsız (karşılıklı ve karşılıksız) miras sözleşmeleri ayrımı, miras sözleşmesi ile ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafın sağlararası bir ivaz borcu altına girip girmediğini göre yapılan bir ayırmadır. İvazsız miras sözleşmesinde taraflardan biri mirasbırakan sıfatıyla ölüme bağlı tasarrufta bulunmakta, karşı taraf ise sadece mirasbırakanın iradesini kabul etmekte ve kendisi herhangi bir sağlararası borç altına girmemektedir. İvazlı miras sözleşmesinde ise, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarruf karşılığında karşı taraf sağlararası bir borç altına girmektedir. İvazlı ve ivazsız miras sözleşmeleri hakkında bkz. **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Onuncu Bası, İstanbul, 2012, s. 99, 100; **İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2015, s. 256.

¹⁵ **Tunçomağ**, Bakma, s. 29; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1181; **Erdem**, s. 617; **Oser/Schönenberger**, s. 445; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1268, 1269; **Akartepe**, s. 29; **Özkaya**, s. 29.

III. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ

Ölünceye kadar bakma sözleşmelerinin geçerliliği Türk Borçlar Kanunu'nun 612. maddesinde kural olarak resmi şekle tâbi kılınmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 612. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, mirasçı atanmasını içermese bile, miras sözleşmesi şeklinde yapılmadıkça geçerli olmaz.*" Hangi tür ölünceye kadar bakma sözleşmesi olursa olsun öngörülen resmi şekle uyulması sözleşmenin geçerliliği için zorunludur. Bununla birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasında resmi şekil kuralına bir istisna getirilmiş ve bu istisnai halde âdi yazılı şekil yeterli görülmüştür. Söz konusu hükme göre, "*Sözleşme, Devletçe tanınmış bir bakım kurumu tarafından yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılmışsa, geçerliliği için yazılı şekil yeterlidir.*" O halde bakım borçlusunun devlet tarafından tanınmış bir bakım kurumu olması ve sözleşmenin yetkili makamların belirlediği koşullara uyularak yapılması halinde geçerlilik şekli âdi yazılı şekildir. Fakat Türk Borçlar Kanunu'nun 612. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen istisna yalnızca borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmeleri için geçerli olup, bakım borçlusunu devlet tarafından tanınmış bir bakım kurumu olsa bile miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinin miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmektedir¹⁶. Ayrıca borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde bakım alacaklısının edimi bakım kurumuna bir taşınmaz devretmekse, bu durumda da sözleşmenin resmî şekilde yapılması zorunludur. Zira, Türk Medeni Kanunu'nun 706. maddesi gereğince taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması resmî şekilde düzenlenmelerine bağlıdır¹⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 612. maddesine göre ölünceye kadar bakma sözleşmesinin miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerekir. Miras sözleşmesinin ise Türk Medeni Kanunu'nun 545. maddesinin birinci fıkrasına göre resmî vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekir. Zira, miras sözleşmesinin şekli konusunda Türk Medeni Kanunu'nun 545. maddesinde resmî vasiyet şekline atıfta bulunulmuştur. Buna göre de miras sözleşmesi, Türk Medeni Kanunu'nun 545. maddesinin yollamada bulunduğu 532-537. maddelerine göre düzenlenecektir. Yalnız bu hükümler uygulanırken miras sözleşmesinin

¹⁶ **Tunçomağ**, Bakma, s. 55, 73, 74; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1197; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1272, 1276; **Bilge**, s. 428-430; **Erdem**, s. 627; **Akartepe**, s. 61, 62, 72, 73; **Özkaya**, s. 55-57, 73, 74; **Korkmaz**, s. 36-38; **Dündar**, s. 55, 56.

¹⁷ **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1197; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1276; **Özkaya**, s. 55, 56, 73, 74.

iki taraflı bir hukuki işlem olduğu göz önünde bulundurulacaktır¹⁸. Türk Medeni Kanunu'nun 532. maddesinin birinci fıkrasında resmî vasiyetname-nin iki tanığın katılmasıyla resmî memur tarafından düzenleneceği, ikinci fıkrasında ise resmî memurun sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevli olabileceği belirtilmiştir. O halde ölünceye kadar bakma sözleşmesini sulh hakimi, noter veya kanunla kendisine yetki verilmiş diğer görevliler düzenleyebilecektir¹⁹. Türk Medeni Kanunu'nun 536. maddesinin birinci fıkrasında sayılan kişiler resmi vasiyetname,

¹⁸ **İnan/Ertas/Albaş**, s. 203; **Antalya/Sağlam**, s. 147, 148; **Akartepe**, s. 62; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1198; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1272; **Korkmaz**, s. 39; **Dündar**, s. 56, 57.

¹⁹ **Akartepe**, s. 62, 63; **Özkaya**, s. 57; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1273, 1274; **Eren**, Özel Hükümler, s. 817; **Akipek Öcal**, s. 88; **Korkmaz**, s. 40, 41; **Dündar**, s. 58. Bakım alacaklısının ediminin bir taşınmazın devri olduğu borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerini tapu memurlarının da Türk Medeni Kanunu'nun 532. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca düzenlemeye yetkili olup olmadıklarına ilişkin öğretilerde farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, bu durumda yalnızca sulh hakimleri ile noterler yetkilidir. Bu görüş için bkz. **Savaşman**, Resai: "Ölünceye Kadar Bakım Gözetme Akdi", Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1954, Sayı: 3, s. 263. Bir başka görüşe göre, bu durumda yalnızca tapu memurları yetkilidir. Bu görüş için bkz. **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet/Esmer**, Galip: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul, 1950, s. 161, 162; **Önder**, Akil : "Ölünceye Kadar Bakma Akdi", Adalet Dergisi, Y. 1949, C. 40, S. 7, s. 999. Her iki görüşü bağdaştırıcı nitelikteki üçüncü bir görüşe göre ise, bu durumda sulh hakimleri ile noterlerin yanı sıra tapu memurları da yetkilidir. Bu görüş için bkz. **Tarhan**, s. 12-20; **Tunçomağ**, Bakma, s. 59; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1199; **Erdem**, s. 628; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1273; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 478, 479; **Akartepe**, s. 66-70; **Özkaya**, s. 58; **Korkmaz**, s. 43; **Dündar**, s. 61. Uygulamada da konuya ilişkin farklı yönde kararlar verilmiş ve görüş ayrılığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 10.12.1952 tarih ve 1952/4 E., 1952/5 K. sayılı kararı ile giderilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu bu kararında, bakım alacaklısının edimini bir taşınmazın devrinin oluşturduğu ölünceye kadar bakma sözleşmelerini sulh hakimlerinin ve noterlerin yanı sıra tapu memurlarının da düzenleyebileceklerine hükmetmiştir. Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr, (30.04.2019). Kanaatimizce de bakım alacaklısının ediminin bir taşınmazın devri olduğu ölünceye kadar bakma sözleşmelerini sulh hakimleri ile noterlerin yanı sıra tapu memurları da düzenlemeye yetkilidir. Tapu memurlarının bu yetkisinin dayanağı Tapu Kanunu'nun 26. maddesi olup, tapu memurları Türk Medeni Kanunu'nun 532. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir görevlidir. Yalnız bakım alacaklısının edimleri arasında taşınmaz mal devrinin yanında başka edimler de bulunuyorsa, tapu memurları ölünceye kadar bakma sözleşmesini düzenlemeye yetkili değildir. Bu tarz ölünceye kadar bakma sözleşmelerini tapu memurunun düzenlemesi halinde, sözleşmenin taşınmaz dışındaki malvarlığı değerlerine ilişkin kısmı geçersiz sayılacak, hatta sözleşmenin bu hükümleri olmaksızın tarafların taşınmaza ilişkin kısmı da yapmayacakları anlaşılırsa sözleşmenin tamamı geçersiz olacaktır. Bkz. **Tunçomağ**, Bakma, s. 59; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1201; **Erdem**, s. 628; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1273, 1274; **Akartepe**, s. 66, 67; **Özkaya**, s. 58; **Dündar**, s. 60, 61.

dolayısıyla miras sözleşmesi ve miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi gereken ölünceye kadar bakma sözleşmesinin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamazlar²⁰. Tarafların irade beyanlarını açıklamaları üzerine resmi memur²¹ sözleşmeyi yazar veya yazdırır ve yazılan sözleşmeyi okumaları için taraflara verir (TMK m. 533/1). Taraflardan biri okuma yazma bilmiyorsa, Türk Medeni Kanunu'nun 535. maddesinde belirtilen prosedür izlenecektir. Sözleşmeyi okuyan taraflar irade açıklamalarına uygun olarak düzenlenen sözleşmeyi resmi memur ve iki tanığın önünde imzalarlar (TMK m. 545/2). Bundan sonra resmi memur sözleşmeyi tarih koyarak imzalar (TMK m. 533/3). Tarih ve imza konulduktan hemen sonra taraflar sözleşmeyi okuduklarını ve sözleşme metninin iradelerine uygun olarak kaleme alındığını resmi memurun huzurunda iki tanığa beyan ederler. Tanıklar da bu beyanın kendi önlerinde yapıldığını ve tarafları tasarrufa ehil gördüklerini sözleşmeye yazarak veya yazdırarak altını imzalarlar. Taraflar okuma yazma

²⁰ Türk Medeni Kanunu'nun 536. maddesinin birinci fıkrasında sayılan ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinin düzenlenmesine memur veya tanık olarak katılamayacak olan kişiler şunlardır: Fiil ehliyeti bulunmayanlar, bir ceza mahkemesi kararıyla kamu hizmetinden yasaklılar, okur yazar olmayanlar, mirasbırakanın eşi, üstsoy ve altsoy kan hısımları, kardeşleri ve bu kişilerin eşleri. Bkz. **Tunçomağ**, Bakma, s. 69-61; **Akartepe**, s. 70, 71; **Özkaya**, s. 69-72; **Akipek Öcal**, s. 88; **Dündar**, s. 69, 70; **Korkmaz**, s. 44, 45. Türk Medeni Kanunu'nun 536. maddesinin ikinci fıkrasında ise resmi vasiyetnamenin düzenlenmesine katılan memura ve tanıklara, bunların üstsoy ve altsoy kan hısımlarına, kardeşlerine ve bu kişilerin eşlerine o vasiyetname ile kazandırmada bulunulamayacağı hükmüne bağlanmıştır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi kural olarak sözleşmenin taraflarına hak ve borçlar yükleyen bir sözleşme olduğundan, bu düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi yalnızca bir üçüncü kişinin bakım alacaklısı olarak kararlaştırıldığı üçüncü kişi yararına yapılan ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde mümkündür. Bkz. **Özkaya**, s. 72; **Korkmaz**, s. 45.

²¹ İrade beyanı sözlü veya yazılı olarak açıklanabilir. İrade beyanının yazılı olarak açıklanması halinde metnin üçüncü bir kişi tarafından kaleme alınması da mümkündür. Bkz. **Akartepe**, s. 73; **Dural/Öz**, s. 67; **Serozan/Engin**, s. 341; **Antalya/Sağlam**, s. 124; **Özkaya**, s. 60; **Tunçomağ**, s. 63; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1204; **Erdem**, s. 628; **Korkmaz**, s. 46. Tarafların iradelerini resmi memura bizzat açıklamalarının gerekip gerekmediği ölünceye kadar bakma sözleşmesinin türüne göre farklılık gösterir. Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde taraflar iradelerini resmi memura bizzat veya temsilci vasıtasıyla açıklayabilirler. Zira, her iki taraf da borçlar hukuku kurallarına tâbi olan sağlararası bir tasarrufta bulunmaktadır. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde ise ölüme bağlı bir tasarrufta bulunduğu için bakım alacaklısının bizzat resmi memura iradesini açıklaması gerekirken, sağlararası bir edim üstlendiğinden bakım borçlusu iradesini resmi memura temsilci vasıtasıyla da açıklayabilir. Bkz. **Akartepe**, s. 72; **Korkmaz**, s. 46. Miras sözleşmeleri açısından bu konuda bkz. **Dural/Öz**, s. 104; **İnan/ Ertas/Albaş**, s. 204; **Özkaya**, s. 59, 60; **Dündar**, s. 64, 65, 67.

biliyorlarsa sözleşme içeriğinin tanıklara bildirilmesi zorunlu değildir (TMK m. 534)²².

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin resmî vasiyetname şeklinde yapılmaması halinde sözleşme geçersizdir. Bununla birlikte, bazı durumlarda şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil edebilir. Özellikle tarafların edimlerin tamamını veya büyük bir kısmını ifa etmelerinden sonra şekil eksikliğinin ileri sürülmesinde durum böyledir. Şekle aykırı olarak yapılan sözleşmenin ifasından sonra bakım alacaklısının ölümü üzerine mirasçılarının şekil eksikliğini ileri sürmeleri de hakkın kötüye kullanımı oluşturabilmektedir²³. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir²⁴.

²² Akartepe, s. 72-77; Tunçomağ, s. 65-71; Tunçomağ, Borçlar, s. 1206-1216; Karahasan, İkinci Cilt, s. 1274, 1275; Erdem, s. 629-633; Özkaya, s. 61-68; Korkmaz, s. 47-52; DüNDAR, s. 66-69;

²³ Bilge, s. 430, 431; Tunçomağ, s. 77-79, 82; Tunçomağ, Borçlar, s. 1224, 1228, 1229, 1237; Karahasan, İkinci Cilt, s. 1277; Akartepe, s. 80-84; Korkmaz, s. 39, 40; DüNDAR, s. 73, 74.

²⁴ Şekle aykırı sözleşmenin geçersiz olduğuna ilişkin olarak bkz. Yargıtay 14. HD. 02.02.2007 t., 2006/15384 E., 2007/823 K.; Yargıtay 2. HD. 5.7.1985 t., 1985/5117 E., 1985/6403 K.; Yargıtay 2. HD. 27.4.1976 t., 1976/3108 E., 1976/3674 K.; Yargıtay 4. HD. 22.4.1976 t. 1975/7535 E., 1976/4243 K. Bu kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr, (02.05.2019). Yargıtay 13. HD. 19.09.1991 t., 6089 E., 8109 K. (Bkz. Özkaya, s. 91, 92); Yargıtay 7. HD. 25.10.1976 t., 721 E., 12188 K. (Bkz. Özkaya, s. 98, 99); Yargıtay 13. HD. 04.06.1976 t., 2605 E., 4575 K. (Bkz. Özkaya, s. 99, 100); Yargıtay 13. HD. 24.10.1974 t., 2036 E., 2590 K. (Bkz. Özkaya, s. 101, 102); Yargıtay 4. HD. 26.06.1972 t., 14984 E., 6164 K. (Bkz. Özkaya, s. 103, 104); Yargıtay 4. HD. 07.09.1965 t., 6576 E. (Bkz. Özkaya, s. 104, 105); Yargıtay 4. HD. 22.06.1965 t., 1936 E., 3313 K. (Bkz. Özkaya, s. 104); Yargıtay 4. HD. 21.05.1959 t., 1542 E., 3962 K. (Bkz. Özkaya, s. 106); Yargıtay 4. HD. 15.09.1958 t., 6794 E., 5627 K. (Bkz. Özkaya, s. 106); Yargıtay 1. HD. 27.09.1952 t., 6101 E., 3638 K. (Bkz. Özkaya, s. 107, 108). Geçersizliği ileri sürmenin hakkın kötüye kullanımı oluşturduğuna ilişkin olarak bkz. YHGK 18.11.1694 t., 1-1261 E., 658 K. Bu karar için bkz. Özkaya, s. 78, 79. İfa edilmiş olan sözleşmenin şekle aykırılığının bakım alacaklısının mirasçıları tarafından ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanımı oluşturduğuna ilişkin olarak YHGK 10.09.1958 t., 62 E., 63 K. (Bkz. Özkaya, s. 81, 82); YHGK 11.03.1953 t., 2 E., 9 K. (Bkz. Özkaya, s. 82); Yargıtay 13. HD. 14.03.1991 t., 9349 E., 3021 K. (Bkz. Özkaya, s. 92); Yargıtay 13. HD. 19.09.1989 t., 2461 E., 5086 K. (Bkz. Özkaya, s. 93); Yargıtay 1. HD. 20.03.1989 t., 605 E., 3189 K. (Bkz. Özkaya, s. 93, 94); Yargıtay 13. HD. 01.10.1981 t., 5650 E., 6248 K. (Bkz. Özkaya, s. 95, 96); Yargıtay 2. HD. 14.03.1955 t., 990 E., 1387 K. (Bkz. Özkaya, s. 106, 107); Yargıtay 2. HD. 05.10.1953 t., 2867 E., 4423 K. (Bkz. Özkaya, s. 107); Yargıtay 1. HD. 12.01.1952 t., 9543 E., 183 K. (Bkz. Özkaya, s. 108); Yargıtay 1. HD. 06.01.1951 t., 2584 E., 55 K. (Bkz. Özkaya, s. 108). Yargıtay 16. HD. 11.05.1992 t., 1991/7828 E., 1992/6695 K. Bkz. www.kazanci.com.tr, (02.05.2019).

IV. ÖLÜNCEYE KADAR BAKMA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin taraflarını bakım alacaklısı ile bakım borçlusunu oluşturmaktadır. Taraflar için bazı durumlar özellik arz etmektedir. Bu bağlamda, bakım alacaklısı ile bakım borçlusunun gerçek kişi olmasının zorunlu olup olmadığı, tüzel kişi olup olamayacakları, küçük veya kısıtlı olmaları halinde ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapıp yapamayacakları, evli olmalarının ölünceye kadar bakma sözleşmesine nasıl bir etkide bulunacağı konularının incelenmesi gerekmektedir. Aşağıda bu konuları önce bakım alacaklısı sonra bakım borçlusunu için olmak üzere ayrı ayrı ele alacağız.

A. Bakım Alacaklısı

1. Bakım Alacaklısının Gerçek Kişi Olması

Türk Borçlar Kanunu'nun 611. maddesinin birinci fıkrasında verilen tanımda geçen "*bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi ... üstlendiği sözleşmedir*" ibaresinden de anlaşılacağı üzere, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin niteliği gereği bakım alacaklısı ancak bir gerçek kişi olabilir²⁵.

2. Bakım Alacaklısının Küçük veya Kısıtlı Olması

Küçük veya kısıtlı olan bir bakım alacaklısının ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapıp yapamayacağını, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin borçlar hukuku nitelikli mi yoksa miras hukuku nitelikli mi olduğuna göre ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

a. Borçlar Hukuku Nitelikli (Alelade) Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde

Her ne kadar bakım alacaklısı sıfatıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesine taraf olanlar çoğunlukla yaşlı kimseler ise ve genç kimselerin ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı olmalarına uygulamada

²⁵ Akartepe, s. 45; Tunçomağ, Bakma, s. 45, 46; Erdem, s. 619, 620; Tunçomağ, Borçlar, s. 1187; Yavuz/Acar/Özen, s. 1499; Zevkliler/Gökyayla, s. 770; Akipek Öcal, s. 87; Korkmaz, s. 28; Dündar, s. 42; Karahasan, İkinci Cilt, s. 1269, 1270; Necip, s. 426; Oser/Schönenberger, s. 446; Özkaya, s. 42. Bu yönde bkz. Yargıtay 1. HD. 21.3.2018 t., 2017/3355 E., 2018/7968 K.; Yargıtay 14. HD. 23.6.2015 t., 2015/4337 E., 2015/6985 K.; Yargıtay 1. HD. 28.3.2011 t., 2011/2749 E., 2011/3572 K.; Yargıtay 1. HD. 4.3.2011 t., 2010/11799 E., 2011/2547 K.; Yargıtay 1. HD. 4.10.2010, 2010/7583 E., 2010/9731 K. Bkz. www.kazanci.com.tr, (15.02.2019). Yargıtay 2. HD. 18.02.1992 t., 1075 E./1876 K. için bkz. Özkaya, s. 90.

pek rastlanılmıyorsa da, buna hukuken bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası (izni veya onayı) ile kendileri borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapabilirler. Onlar adına kanuni temsilcileri de sözleşmeyi yapabilir. Ancak vesayet altında bulunan ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlıların bakım alacaklısı sıfatıyla yaptıkları ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi uyarınca vesayet makamının (sulh mahkemesinin) izni ile bu izinden sonra denetim makamının (asliye hukuk mahkemesinin) onayının alınması gerekmektedir. Ayrıca, vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasisi karar vermeden önce onun görüşünü almakla yükümlüdür (TMK m. 450/1). Vesayet dairelerinin izin ve onay verirken vesayet altındaki küçük veya kısıtlının çıkar ve yararını ön planda tutmaları gerekmektedir²⁶.

b. Miras Hukuku Nitelikli Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinde

Bakım alacaklısının edimini bakım borçlusunu mirasçı atadığı bir ölüme bağlı bir tasarrufla yerine getirmesi halinde ortada miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi bulunur. Miras hukukunda maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan biri olan mirasçı atanması, şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufların her ikisiyle de (yani gerek vasiyetname gerek miras sözleşmesi ile) yapılabilirken, ölünceye kadar bakma sözleşmesi kural olarak

²⁶ **Akartepe**, s. 45-47; **Tunçomağ**, Bakma, s. 48, 49; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1190; **Özkaya**, s. 28, 44; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1270. Yapılan açıklamalar sebebiyle velayet altındaki küçüklerin bakım alacaklısı sıfatıyla (gerek yasal temsilcilerinin rızası ile kendilerinin gerekse onlar adına kanuni temsilcilerinin) yaptıkları borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmeleri bakımından da Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi uyarınca vesayet makamının izninden sonra denetim makamının iznini aradığını düşünmemize yol açan farklı bir görüş için bkz. **Dündar**, s. 43, 44; **Korkmaz**, s. 33. Vesayet altındaki kişinin kendi fikirlerini açıklama ve oluşturma yeteneğine sahipse vasisi tarafından görüşünün alınması gerektiği Yargıtay 2. HD'nin 17.1.1974 tarihli ve 1974/187 E., 1974/213 K. sayılı kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "Medeni Kanun'un 392. maddesi delaletiyle 405/1, 406/4 maddelerinin ışığı altında ve her şeyden önce vesayet altındaki kişinin korunmasının asıl olduğu düşüncesinden hareket edilerek vesayet altındaki kişinin paylı taşınmazının ölünceye kadar bakma karşılığında temlik edilmesi yolunda vasinin izin istemesinin kanuna uygun olamayacağı hususunda izin verilmesinin vesayet altındaki H.K.inin yararına olup olamayacağı hususunda inceleme ve araştırma yapılması ve sonucu uyarınca hüküm verilmesi gerekirken bu yönün gözözetilmemiş olması usul ve kanuna aykırıdır." Bu karar için bkz. **Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt VI, İstanbul, 1992, s. 989, (Cilt VI).

yalnızca miras sözleşmesi şeklinde yapılabilmektedir. Bu nedenle, bakım borçlusunun mirasçı atandığı miras hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının sözleşme ehliyeti bakımından miras sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan şartları sağlaması gerekmektedir²⁷.

Miras sözleşmesi yapabilmek için tam ehliyetli olmak gerekir. Buna göre de, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak ve kısıtlı olmamak gerekir (TMK m. 503). Bu çerçevede bakım alacaklısı olarak miras hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapabilmek için de ayırt etme gücüne sahip ve ergin olmak ve kısıtlı olmamak gerekmektedir. Bu da ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların bakım alacaklısı sıfatıyla ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapamayacakları demektir. Diğer yandan, miras sözleşmesi yapmak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan biridir²⁸. Bu nedenle, miras sözleşmesinin, bu çerçevede miras hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin, (gerek iradi gerek kanuni) temsilci aracılığıyla yapılması da mümkün değildir. Miras sözleşmesi yapabilmek için vesayet makamının izninden sonra denetim makamının iznini arayan Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendi hükmü, mirasbırakan bakımından değil, diğer taraf bakımından getirilmiş bir hüküm olup, hüküm diğer taraf adına yasal veya iradi temsilci tarafından miras sözleşmesinin yapılabileceği şeklinde anlaşılmalıdır²⁹. Dolayısıyla, vesayet altındaki kişiler bakım alacaklısı olarak miras hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapamazlar³⁰.

3. Bakım Alacaklısının Evli Olması

Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesinde, "*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir.*" hükmü yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nda ise ölüncü-

²⁷ Akartepe, s. 47, 48.

²⁸ İnan/Ertay/Albaş, s. 169; Dural/Öz, s. 58; Erdem, s. 620; Antalya, Gökhan/Sağlam, İpek: Miras Hukuku, İstanbul, 2015, s. 174; Dünder, s. 45, 46; Korkmaz, s. 29; Özkaya, s. 45, 46.

²⁹ İnan/Ertay/Albaş, s. 169; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 320, N. 52, 53; Farklı bir görüş için bkz. Antalya/Sağlam, s. 176. Tunçomağ, ölüncüye kadar bakma sözleşmeleri açısından aynı sonuca varmakla birlikte, yaptığı açıklamalarda Türk Kanunu Medenîsi'nin 406. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendini değil dördüncü bendini (Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendini değil dördüncü bendini) esas almıştır. Bkz. Tunçomağ, Bakma, s. 48; Tunçomağ, Borçlar, s. 1190.

³⁰ Tunçomağ, Bakma, s. 48; Tunçomağ, Borçlar, s. 1189, 1190; Akartepe, s. 48; Erdem, s. 620; Dünder, s. 46; Özkaya, s. 30, 31.

ceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin hükümler arasında bakım alacaklısının evli olup olmamasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, eşlerden her biri bakım alacaklısı sıfatıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapabilirler³¹.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı Türk Borçlar Kanunu'nun 614. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kural olarak bakım borçlusunun aile topluluğuna katılmış olduğu için bakım borçlusu ile birlikte oturacağından, bu sözleşmeyi bakım alacaklısı sıfatıyla çoğunlukla bekar ve kimsesiz kişiler yaparlar. Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz üzere bu sözleşmeyi evli olan kişiler de yapabilirler, fakat bu durumda birlikte yaşama olgusundan dolayı bazı sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Zira, Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinin son fıkrasında belirtildiği üzere, eşler birlikte yaşamak zorundadırlar. Bu durumda evli olan bakım alacaklısı eşiyle mi yoksa bakım borçlusuyla mı birlikte yaşayacaktır? Bakım alacaklısının eşi ile değil de bakım borçlusunun aile topluluğu içinde yaşaması evlilik birliğini zedeleyici, birlikte yaşama yükümlülüğünü ihlal edici niteliktedir. Bakım alacaklısı böyle bir sözleşme yapmış olmasına rağmen eşi ile birlikte oturmak zorundadır. Aksi halde bakım alacaklısının eşi Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesi uyarınca hakimin müdahalesini isteyebilecektir. Zira, Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesinin birinci fıkrası hükmü uyarınca, "*Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyumsuzluğa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.*" Hakim bu çerçevede bakım alacaklısını akdi ev ortaklığından vazgeçmeye zorlayabilir³². Ancak ortaya çıkan bu durum bakım alacaklısına ölünceye kadar bakma sözleşmesinden dönme imkanı vermez. Bakım alacaklısı ve bakım borçlusu ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükleriyle bağlı olmaya devam ederler. Yalnızca bakım alacaklısı bakım borçlusundan uygun bir konut talep edebilme hakkından yoksun kalmış olur³³. Evli olan bakım alacaklıları bakımından bu sorunun ortaya çıkmasını engellemek için, eşlerin her ikisinin bakım alacaklısı sıfatıyla sözleşmede yer almaları veya sözleşmede bakım alacaklısının bakım borçlusu ve onun aile topluluğu ile

³¹ Akartepe, s. 49; Tunçomağ, Bakma, s. 49; Tunçomağ, Borçlar, s. 1195; Erdem, s. 623; Dündar, s. 47; Korkmaz, s. 30; Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 207; Özkaya, s. 48.

³² Akartepe, s. 51; Karahasan, İkinci Cilt, s. 1271; Tunçomağ, Bakma, s. 49, 50; Tunçomağ, Borçlar, s. 1191; Erdem, s. 621; Özkaya, s. 48, 49; Dündar, s. 50.

³³ Akartepe, s. 51; Tunçomağ, Bakma, s. 49, 50; Tunçomağ, Borçlar, s. 1191, 1192; Erdem, s. 621, 622; Dündar, s. 50, 51.

birlikte yaşamayacağını kararlaştırılması düşünülebilir³⁴. Kanaatimizce, evlilik birliğinin devamı süresince eşlerden birinin bakım alacaklısı sıfatıyla ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapmaya ihtiyaç duyması uygulamada sık rastlanılabilecek bir durum değilse de, böyle bir durumla karşılaşılması halinde sorunu gidermek adına en uygun çözüm, ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının bakım borçlusunun aile topluluğuna katılması yerine eşyle birlikte bağımsız bir evde yaşamasının kararlaştırılması olacaktır. Ancak bu durum bakım borçlusunun bakım alacaklısına karşı olan edimini gereği gibi yerine getirememesine yol açabilir. Ayrıca bakım alacaklısının eşyle birlikte ayrı bir evde yaşaması açıkça kararlaştırılmasa bile zımnen kararlaştırılmış da sayılabilir. Neticeten bakım alacaklısının eşyle birlikte yaşaması açıkça veya zımnen kararlaştırılmışsa, bakım alacaklısını

³⁴ **Akartepe**, s. 52; **Özkaya**, s. 49. Bakım borçlusunun aksi kararlaştırılmadığı sürece bakım alacaklısını ailesi içine alarak bakıp gözetme yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. Yargıtay 14. HD. 22.10.2018 t., 2018/1908 E., 2018/7003 K.; Yargıtay 14. HD. 11.9.2018 t., 2016/517 E., 2018/5476 K.; Yargıtay 14. HD. 24.4.2018 t., 2017/4228 E., 2018/3232 K.; Yargıtay 1. HD. 21.3.2018 t., 2018/341 E., 2018/7976 K.; Yargıtay 14. HD. 13.3.2018 t., 2017/5918 E., 2018/1871 K. Bkz. www.kazanci.com.tr, (15.02.2019). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 27.12.1939 tarihli ve 1939/26 E., 1939/59 K. sayılı kararında da, **"İki taraf hilafını mukavele etmiş olmadıkça kanunun bu hükmü cereyan eder. Yoksa alacaklı kendisi ayrı bir evde yaşayıp borçluyu o evde kendisini beslemeğe mecbur edemez. Borçluyu böyle bir mecburiyete tabi tutmak, tarafların hususi mukaveleleri icabı değilse, kendisine kanun hükmü haricinde fazla külfet tahmil demek olur. Binaenaleyh borçlu alacaklıyı aile içine davet ettiği halde alacaklı borçlunun kendisine ihtiyarile oturduğu ayrı bir evde yiyecek ve sarie göndermek suretiyle bakmakta kusur ettiğini ileriye sürerek akti feshedemez. Şayet borçlu ile bir arada yaşamakta devamın borçlunun kusuruyla kendisi için çekilmez bir hale geldiği iddiasında ise yapacağı şey kanunun 517. maddesine istinatla aktin feshini yahut hayat kaydı ile irade tahvilini talep ve dava etmekten ibarettir. Fesih dava edilmiş olur ve hakim tahmil olunan mükellefiyete muhalif hareket olunmasından naşi mukavelelerin icrasına devam etmek çekilmez bir hale geldiğine kanaat hasil ederse mukaveleyi dava veçhile fesh veya alacaklıya hayat kaydıyla bir irat tahsis eder."** denilmiştir. Bkz. www.kazanci.com.tr, (15.02.2019). Yargıtay 4. HD.'nin 16.6.1972 tarihli ve 3636 E., 4476 K. sayılı kararına göre de, **"Davalılar ve bir kısım tanıklar davacının yanına gelmediğini söylemişlerdir. 11/5/1940 gün ve 26/59 sayılı içtihadı birleştirme kararı ile kabul edildiği üzere Borçlar Kanunu'nun 514. maddesi hükmünce bakılacak kimsenin yani alacaklının bakacak olan kimsenin yani borçlunun ailesi içinde yaşaması esastır. Bununla beraber bu hüküm emredici hükümden olmadığı cihetle mukavele ile bunun aksi kararlaştırılabilir. Celp olunan akid tablosunda davacının davalılar yanında oturmasını mecburi kılan şart mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Akid yapıldığı sırada davalıların İzmir'de ve davacının Aydın'da ve davalılara temlik ettiği evde oturmakta olduğu ve Aydın'da oturmayı arzuladığı ve İzmir'e gitmek istemediği ve bu suretle aralarında ayrı oturmayı kararlaştırdıkları dosyadaki delillerden anlaşılmaktadır."** Bu karar için bkz. **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1279.

ailesi içine kabul etme onun için bir borç oluşturduğundan bakım borçlusu bu yükümlülüğünden kurtulmuş sayılır.

Diğer yandan, öğretide evli olan bir kimsenin bakım alacaklısı sıfatıyla yaptığı ölünceye kadar bakma sözleşmesi Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi ile sınırlandırılabilir³⁵. Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.*” Söz konusu hüküm eşlerin borçlandırıcı işlemlerine değil tasarruf işlemlerine yönelik bir düzenleme olduğu için, eşlerden

³⁵ Tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin TMK m. 199 ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Beşinci Basıdan Tıpkı Altıncı Bası, İstanbul, 2016, s. 186-189; **Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Bası, İstanbul, 2007, s. 68 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 269-280; **Barlas**, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 132-138; **Akıntürk**, Turgut/**Karaman Ateş**, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış Ondördüncü Baskı, İstanbul, 2012, s. 123, 124; **Öztaş**, s. 381-390; **Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, İzmir, 2011, s. 173; **Doğan**, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004, özellikle s. 99-106, 193-198, 210, 211, 224, 225; **Özğür**, Ali İhsan: Mal Rejimleri, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 167-169; **Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 58, Ankara, 2004, s. 256-268; **Akartepe**, Alpaslan: “Evlilik Birliğinde Eşlerden Birinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, s. 167 vd.; **Baygın**, Cem: “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanununun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, s. 459, 460; **Doğan**, Murat: “Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, Yıl 2003, s. 121-123; **Öktem**, Seda: “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 67, 2006, s. 317 vd.; **Şahinci**, Ayşen: “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59 (2), 2010, s. 309 vd.; **Yılmaz**, Süleyman/**Bayramoğlu**, Necati Şükrü: “Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt I, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 3143 vd.; **Parlak**, Şafak: Eşlerin Hukuksal İşlemleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 181-206; **Ürem**, Merve: Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Hâkim Kararı ile Sınırlanması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 11 vd.

her biri bakım alacaklısı sıfatıyla geçerli bir ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapabilecektir. Fakat diğer eşin mahkemeden Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi çerçevesinde hakimin sınırlandırma kararını alması halinde, bakım alacaklısı olan eş ancak diğer eşin rızasıyla bakım borçlusuna karşı ölüncüye kadar bakma sözleşmesiyle borçlandığı malvarlığıyla ilgili geçerli bir tasarruf işlemi yapabilecektir³⁶. Kanaatimizce Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesinin ölüncüye kadar bakma sözleşmelerinde işletilmesi çok ender karşılaşılabılır. Gerçek bir bakım ihtiyacı yokken eşlerden biri böyle bir sözleşme yaparsa söz konusu olabilir. Aksi halde sözleşme özgürlüğünün gereksiz yere kısıtlanmasını doğuracaktır. Diğer yandan, Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi ancak eşlerden birinin borçlar hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde uygulama alanı bulabilir, sözleşme miras hukuku nitelikli ise uygulama alanı bulamaz³⁷.

B. Bakım Borçlusu

1. Bakım Borçlusunun Gerçek veya Tüzel Kişi Olması

Bakım borçlusunun bakım alacaklısı gibi gerçek kişi olması zorunlu değildir. Bakım borçlusunun bakım ve gözetim edimi gerçek kişiler gibi tüzel kişiler tarafından da yerine getirilebileceğinden, bakım borçlusu bir gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir³⁸. Ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında günümüzde bakım borçlusunun tüzel kişi olmasına sıklıkla rastlanılmaktadır. Hatta sözleşmenin Devletçe tanınmış bir kurum ile yapılması bakımından Kanunda şekil açısından kolaylık getirilmiş, kural olarak ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmekteyken (TBK m. 612/1), burada adı yazılı şekli yeterli görülmüştür (TBK m. 612/2).

2. Bakım Borçlusunun Küçük veya Kısıtlı Olması

Bakım borçlusunun ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olması mümkündür. Fakat bakım borçlusunun yerine getirmesi gereken edimler göz önünde bulundurulduğunda, sınırlı ehliyetsizlerin bakım borçlusu sıfatıyla bu edimleri gereği gibi ifa edemeyecekleri ortadadır. Bu yüzden sınırlı ehliyetsizlerin bakım borçlusu sıfatıyla bir ölüncüye kadar bakma sözleşmesi

³⁶ Akartepe, s. 49, 50; Özkaya, s. 49; Dünder, s. 47, 48; Korkmaz, s. 30, 31.

³⁷ Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesinin eşlerden birinin yalnızca borçlar hukuku nitelikli ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapması halinde uygulanabileceği yönünde bkz. Korkmaz, s. 30.

³⁸ Akartepe, s. 53; Erdem, s. 622, 623; Tunçomağ, Bakma, s. 52; Tunçomağ, Borçlar, s. 1194; Karahasan, İkinci Cilt, s. 1271; Akipek Öcal, s. 87; Korkmaz, s. 32; Dünder, s. 38; Necip, s. 426; Oser/Schönenberger, s. 446; Özkaya, s. 50.

yapmaları uygulamada nadir karşılaşılabilecek bir durumdur. Öğretide nadir de olsa karşılaşılabilecek bu durumda sözleşmenin geçerli olabilmesi için ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yasal temsilcisinin rızası yanında Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi uyarınca vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinin izni ve denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinin onayının şart olduğu ifade edilmektedir³⁹. Bu noktada yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına, borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde sınırlı ehliyetsiz bakım borçlusunun hukuki işlem ehliyeti bakımından, ayırt etme gücüne sahip velayet altındaki küçükler ile ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki küçük ve kısıtlılar arasındaki farklılığı hatırlamak gerekir. Zira, velayet altındaki küçüklerin bakım borçlusu olarak yapacakları borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yasal temsilcinin rızası yeterlidir. Bu durumda, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümlerin velayetteki temsilde de uygulanacağını belirten Türk Medeni Kanunu'nun 342. maddesinin son fıkrası uyarınca, yasal temsilcinin rızasına ilaveten Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izni gerekli değildir. Ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki küçük ve kısıtlıların bakım borçlusu olarak yapacakları borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ise yasal temsilcinin rızası yeterli değildir, buna ilaveten Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi gereğince vesayet makamının ve sonrasında da denetim makamının izni gereklidir. Zira, ölünceye kadar bakma sözleşmesi Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendinde, vesayet altındaki kimselerin yasal temsilcisinin rızasından başka vesayet ve denetim makamlarının izninin arandığı bir hukuki işlem olarak belirtilmiştir.

Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının bakım borçlusu sıfatıyla her iki tür ölünceye kadar bakma sözleşmesini yapması mümkün olup, bu çerçevede sınırlı ehliyetsiz bir bakım alacaklısından farklı olarak sınırlı ehliyetsiz bakım borçlusu miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesi de yapabilir. Bunun için vesayet dairelerinin izin ve onaylarının alınması gerekmektedir. Bunun dayanağını bazı yazarlar⁴⁰ Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü bendi olarak, bazı yazar-

³⁹ **Tunçomağ**, Bakma, s. 53; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1195; **Erdem**, s. 623; **Özkaya**, s. 51; **Akartepe**, s. 54; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1271, 1272; **Dündar**, s. 39, **Korkmaz**, s. 33.

⁴⁰ **Tunçomağ**, Bakma, s. 53; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1195; **Özkaya**, s. 51; **Korkmaz**, s. 33.

lar ise⁴¹ Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendi olarak belirtmişlerdir. Bu noktada borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde olduğu gibi, yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına, miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde sınırlı ehliyetsiz bakım borçlusunun hukuki işlem ehliyeti bakımından da, ayırt etme gücüne sahip velayet altındaki küçükler ile ayırt etme gücüne sahip vesayet altındaki küçük ve kısıtlılar arasındaki farklılığı hatırlamak gerekir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, bakım borçlusu sıfatıyla ayırt etme gücüne sahip velayet altındaki küçüğün yapacağı miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerliliği için yasal temsilcisinin rızası yeterlidir. Yasal temsilcinin rızasına ilaveten vesayet makamı ile denetim makamının izni yalnızca vesayet altındaki küçük veya kısıtlının bakım borçlusu sıfatıyla yapacakları miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde aranacaktır ve bunun dayanağı Türk Medeni Kanunu'nun 463. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendidir.

3. Bakım Borçlusunun Evli Olması

Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesi uyarınca, "*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir.*" Türk Borçlar Kanunu'nda ise ölünceye kadar bakma sözleşmesine ilişkin hükümler arasında bakım borçlusunun evli olup olmamasına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu doğrultuda evli olan bir kimse bakım borçlusu sıfatıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapabilir⁴². Bu durumda da bakım alacaklısının evli olmasında olduğu gibi bazı sorunlarla karşılaşılması ihtimal dahilindedir. Karşılaşılabilecek en önemli sorun, bakım alacaklısının sözleşmenin kurulmasıyla bakım borçlusunun aile topluluğuna katılmış olmasından dolayı (TBK m. 614/1) bakım borçlusunun ailesi içinde yaşaması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Zira bakım alacaklısına karşı bakım borçlusunun eşi veya çocuklarının kötü yaklaşımları ve davranışları olabilir, ki bu da ölünceye kadar bakma sözleşmesini kötü etkileyecektir. Bu durum sözleşmenin devamını çekilmez hale getirirse bakım alacaklısı Türk Borçlar Kanunu'nun 617. maddesi uyarınca önel vermeksizin sözleşmeyi feshedebilecektir⁴³. Kanaatimizce yaşanabilecek

⁴¹ Akartepe, s. 54, 55; Dündar, s. 40.

⁴² Akartepe, s. 55; Tunçomağ, Bakma, s. 53; Tunçomağ, Borçlar, s. 1195; Karahasan, İkinci Cilt, s. 1272; Dündar, s. 40; Özkaya, s. 52.

⁴³ Ölünceye kadar bakma sözleşmesinden Türk Borçlar Kanunu'nun 617. maddesi uyarınca önel vermeksizin dönmeye ilişkin olarak bkz. Aydın, Gülşah Sinem: "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nun 617. Maddesine Dayalı Olarak

sorunların aşılması bakımından bakım alacaklısının evli olmasında olduğu gibi, burada da taraflar sözleşmede bakım alacaklısının ayrı bir evde oturmasını kararlaştırabilirler. Ancak bu durum bakım borçlusunun bakım alacaklısına karşı olan edimini gereği gibi yerine getirememesine yol açabilir. Diğer yandan, her ne kadar evli olan bakım borçlusunun ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparken eşinin rızasını almasına hukuken gerek yoksa da, karşılaşılabilecek sorunların önlenmesi adına bakım borçlusu sıfatıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapacak olan evli kimse eşinin rızasını fiilen almalı ve bakım alacaklısını aile topluluğu içinde bir aile bireyi olarak yaşatamayacağını öngören bakım borçlusu dürüstlük kuralı gereğince sözleşme ilişkisine hiç girmemelidir⁴⁴.

Burada üzerinde durulması gereken bir nokta da, bakım borçlusunun ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapıldıktan sonra evlenmesidir. Bu durumda bakım alacaklısının bundan böyle bakım borçlusu ve onun eşiyle birlikte oturması gerekecektir. Ancak bakım alacaklısından sözleşme yapılırken mevcut olmayan böyle bir durumu kabullenmesi beklenemez ve kendisi bu durumu kabul etmeye zorlanamaz. Bu durumun, yani bakım borçlusunun sonradan evlenmesinin, somut olaydaki şartların değerlendirilmesi sonucu sözleşmenin devamını çekilmez hale getirmişse, bakım alacaklısına Türk Borçlar Kanunu'nun 617. maddesi uyarınca sözleşmeyi önel vermeksizin fesih imkanı veren önemli bir sebep olarak edilmesi yerinde olacaktır. Bakım alacaklısı elbette bu imkanı kullanmak zorunda değildir. Bu durumda bakım alacaklısı sonradan evlenen bakım borçlusu ve onun eşi işe birlikte yaşamak durumundadır⁴⁵.

V. BAKIM ALACAKLISININ GÜVENCE SAĞLAMAYA YÖNELİK HAKLARI

A. Yasal İpotek Hakkı

Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı malvarlığı değerini devretme borcunu sözleşme kurulduktan sonra yerine getirdiğinde, ifa konusu malların mülkiyeti bakım borçlusuna geç-

Sona Ermesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, s. 336 vd.; **Akartepe**, s. 142 vd.; **Tunçomağ**, Bakma, s. 124 vd.; **Bilge**, s. 435 vd.; **Özkaya**, s. 253 vd.; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1286-1297; **Eren**, Özel Hükümler, s. 825, 826; **Akipek Öcal**, s. 90; **Dündar**, s. 107 vd.; **Korkmaz**, s. 90-94 ile s. 100, 101; **Oser/Schönenberger**, s. 456.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. **Akartepe**, s. 55; **Dündar**, s. 40, 41; **Özkaya**, s. 52, 53.

⁴⁵ **Akartepe**, s. 56; **Tunçomağ**, Bakma, s. 53; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1196; **Dündar**, s. 41; **Özkaya**, s. 53; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1272.

mektedir. Bakım alacaklısı bunun karşılığında bakım borçlusuna karşı sadece kendisine hayatı boyunca bakılmasını isteme şeklinde kişisel bir hak kazanmaktadır. Ancak bakım borçlusunun bakım alacaklısına hayatı boyunca bakma borcunu zaman içinde sözleşmeye uygun biçimde yerine getirmeme riski mevcuttur. Böyle bir durumda bakım alacaklısı bakım borçlusuna devrettiği malvarlığı değeri üzerindeki haklarını kaybetmiş olması neticesinde hukuken zayıf bir duruma düşecektir. Görüldüğü üzere bakım alacaklısının borcunu ifa etmesinden sonraki hukuki durumu bakım borçlusu ile karşılaştırıldığında oldukça zayıftır. İşte tarafların hukuki durumları arasındaki bu dengesizliği gidermek için kanun koyucu bakım alacaklısına devrettiği taşınmazlar üzerinde kanuni ipotek hakkı tanımıştır⁴⁶. Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesinde, "*Bakım borçlusuna bir taşınmazını devretmiş olan bakım alacaklısı, haklarını güvence altına almak üzere, bu taşınmaz üzerinde satıcı gibi yasal ipotek hakkına sahiptir.*" şeklinde ifade edilmiştir.

Satıcının yasal ipotek hakkı Türk Medeni Kanunu'nun 893. maddesinde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesi ile bakım alacaklısına sözleşmeden doğan haklarını güvence altına almak üzere, satıcı ile bir benzerlik kurularak satıcı gibi yasal ipotek hakkı tanınmıştır. Bakım alacaklısının malvarlığı devretme borcunu bir taşınmaz ile yerine getirmesi halinde bu taşınmaz üzerinde kanuni ipoteğin kurulması Türk Medeni Kanunu'nun 893. ve 894. maddelerine göre gerçekleştirilecektir. Türk Medeni Kanunu'nun 894. maddesine göre, "*Satıcıların, mirasçuların ve diğer elbirliği ortaklarının kanunî ipotek haklarının, mülkiyetin naklini izleyen üç ay içinde tapu kütüğüne tescil edilmiş olması gerekir.*" Bu hüküm gereğince bakım alacaklısının Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesi hükmü ile kendisine bahsedilen kanuni ipotek hakkını, taşınmazın mülkiyetinin devrini izleyen üç ay içinde tapu kütüğüne tescil ettirmesi zorunludur. Taşınmazın mülkiyetinin bakım borçlusuna devrini izleyen üç ay içinde kanuni ipotek hakkını tapu kütüğüne tescil ettiren bakım alacaklısı, tescil ile doğan ayni hakkını bundan böyle herkese karşı ileri sürebilecektir. Zira, bakım alacaklısına tanınan bu teminat sayesinde, bakım alacaklısı kişisel bir talep hakkından ibaret olan bakım alacağını ayni teminat altına almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 894. maddesinde öngörülen üç aylık süre niteliği itibariyle bir zamanaşımı süresi değil, hak düşürücü süredir. Üç aylık süre, bakım alacaklısının taşınmazının mülkiyetini bakım borçlusuna devrettiği tarihten itibaren başlar.

⁴⁶ Tunçomağ, Bakma, s. 95; Tunçomağ, Borçlar, s. 1253, 1254; Akartepe, s. 93, 94; Dündar, s. 94; Bilge, s. 43; Özkaya, s. 123, 124; Korkmaz, s. 66.

Bakım alacaklısının taşınmazının mülkiyetini bakım borçlusuna geçirmesinden başlayarak üç ay içinde kanuni ipotek hakkının tescil edilmemiş olması halinde bakım borçlusunu söz konusu taşınmaz üzerinde mutlak bir tasarruf hakkına sahip olur ve bakım alacaklısı artık söz konusu taşınmazda herhangi bir hak iddiasında bulunamaz⁴⁷.

Kanuni ipoteğin tescilinden önce üç aylık süre içinde taşınmazın el değiştirmesi halinde kanuni ipoteğin tescilini isteme hakkı taşınmazın yeni malikine karşı ileri sürülebilir mi? Bu sorun tescil isteminde bulunma hakkının niteliği ile ilgili olup, öğretide bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre⁴⁸, kanunun hak sahiplerine tanıdığı tescili talep hakkı kişisel niteliktedir ve taşınmazın yeni malike karşı ileri sürülemez. Bir diğer görüşe göre⁴⁹, talep hakkı kişisel nitelikte olmakla birlikte burada hak sahibinin aynî hak kurulmasını sağlayan yenilik doğuran hakkı vardır ve taşınmazın yeni malikine karşı ileri sürülemez. Bir başka görüşe göre⁵⁰, talep hakkı aynî niteliktedir ve üç aylık süre içinde taşınmazın maliki kim olursa olsun ona karşı ileri sürülebilir. Bir diğer görüşe göre⁵¹, bu hak aynî borç niteliğindedir ve yeni malike karşı da ileri sürülebilir. Nihayet bir görüşe göre de⁵², talep hakkı kişisel niteliktedir, ancak burada eşyaya bağlı borç söz konusu olup bu hak üç ay içinde taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebilir. Yargıtay, bakım alacaklısının kanuni ipotek hakkını temlik tarihinden itibaren üç aylık süre içinde herkese karşı ileri sürebileceği, söz konusu hak düşürücü süre geçtikten sonra ise üçüncü kişilere karşı ipotek hakkını kullanabilmesinin muvazaalı temlikler dışında tapu siciline tescil ettirmesine

⁴⁷ **Tunçomağ**, Bakma, s. 95, 96; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1254; **Akartepe**, s. 94-96; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Özdemir Oktay**, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Göre Uyarlanmış 17. Bası, İstanbul, 2014, s. 966, 969, 970; **Gürsoy**, Kemal Tahir/**Eren**, Fikret/**Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1984, s. 1047, 4049; **Erdem**, s. 635, 636; **Korkmaz**, s. 67, 68; **Dündar**, s. 95; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1501; **Bilge**, s. 432; **Özkaya**, s. 124, 125. Ayrıca bkz. **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1281, 1323; **Tarhan**, s. 21-23; **Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 1982-1983, s. 307.

⁴⁸ **Köprülü/Kaneti**, s. 313-315, özellikle s. 315.

⁴⁹ **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1048, 1049; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir Oktay**, s. 967-969.

⁵⁰ **Tunçomağ**, Bakma, s. 96; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1254; **Özkaya**, s. 124, 125; **Akartepe**, s. 96.

⁵¹ **Akıntürk**, s. 794; **Akıpek**, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Üçüncü Kitap Mahdut Aynî Haklar (Menkul Rehni Hariç), Ankara, 1974, s. 238.

⁵² **Ertas**, s. 555, 556; **Erel**, Şafak N.: Eşyaya Bağlı Borç, Ankara, 1982, s. 220-229; **Sirmen**, s. 691.

bağlı olduğu görüşündedir, ancak kararlarda görüşünün dayanağına yer verilmemiştir⁵³. Kanaatimizce, son görüş yerindedir. Kanuni ipotek hakkının üç aylık süre içinde taşınmazın el değiştirmesi halinde yeni malike karşı ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir. Zira, kanun koyucunun amacına uygun olarak bakım alacaklısı ancak bu şekilde korunabilir. Bakım alacaklısına tanınan yasal ipotek hakkı tescille doğar, dolayısıyla tescilden önce aynı hak niteliği kazanamaz. Kanuni ipotek hakkını tescil talebi kişisel niteliktedir, ancak yeni malike karşı ileri sürülebilecek güçlendirilmiş etkiye sahiptir. Zira, kanuni ipotek hakkının tescilini talep hakkı eşyaya bağlı borç niteliği taşımaktadır. Bakım alacaklısının korunması, kanuni ipoteği tescil talebinin taşınmazı takip etmesini, eşyaya bağlı olmasını gerektirir. Sonuç olarak, kanuni ipoteğin tesisi yükümlülüğünün taşınmazın mülkiyetine bağlı bir borç olduğu ve bakım alacaklısının belirli süre zarfında (taşınmazın bakım borçlu-

⁵³ Yargıtay 1. HD.'nin 24.6.2008 tarihli ve 2008/2122 E., 2008/7908 K. sayılı kararına göre, *“Bilindiği üzere ölüncüye kadar bakıp gözetme sözleşmesi ile bakım borçlusuna devir ve temlik edilen taşınmazın başkasına devredilmesini önleyen bir yasa hükmü yoktur. “Esasen bu husus mülkiyet hakkının bir sonucudur.” Ne var ki ölüncüye kadar bakıp gözetme sözleşmesi ile bakım alacaklısı hayatı boyunca bakılıp gözetilmeyi isteme gibi daha az teminatlı bir kişisel hak karşılığında taşınmazın mülkiyetini devretmektedir. İşte yasa koyucu sözleşmenin yanları arasındaki bu dengesizliği gidermek amacıyla bakım alacaklısı yararına devrettiği taşınmaz üzerinde Medeni Kanununun 807 ve 808. maddeleri yanında Borçlar Kanununun 513. maddesi ile de yasal bir ipotek hakkı bahsetmiştir. Ancak, bakım alacaklısı yasalarla kendisine tanınan bu ipotek hakkını temlik tarihinden itibaren üç aylık süre içerisinde herkese karşı ileri sürebilirse de, söz konusu hak düşürücü süre geçtikten sonra üçüncü kişilere karşı ipotek hakkını kullanabilmesi tapu siciline tescil ettirmesine bağlıdır. Başka bir anlatımla; bakım alacaklısının, değinilen hak düşürücü süre içerisinde tapuyu tescil ettirmede takdirde yasal ipotek hakkını, muvazaalı temlikler dışında üçüncü kişilere karşı kullanmasında yasal bir olanak yoktur. ...”*. Yine Yargıtay 1. HD.'nin 5.5.2005 tarihli ve 2005/4672 E., 2005/5674 K. sayılı kararına göre, *“...ölüncüye kadar bakıp gözetme sözleşmesi ile bakım borçlusuna devir ve temlik edilen taşınmazın başkasına devredilmesini önleyen bir düzenleme olmamakla birlikte, ölüncüye kadar bakıp gözetme sözleşmesi ile bakım alacaklısı hayatı boyunca bakılıp gözetilmeyi isteme gibi daha az teminatlı bir kişisel hak karşılığında taşınmazın mülkiyetini devrettiğinden sözleşmenin yanları arasındaki bu dengesizliği gidermek amacıyla bakım alacaklısı yararına devrettiği taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkı tanınmıştır. Bakım alacaklısı bu ipotek hakkını temlik tarihinden itibaren üç aylık süre içerisinde herkese karşı ileri sürebilirse de, hak düşürücü süre geçtikten sonra üçüncü kişilere karşı ipotek hakkını kullanabilmesi için hakkın tapu siciline tescil ettirilmesi gerekir. Başka bir anlatımla; bakım alacaklısının, değinilen hak düşürücü süre içerisinde tapuya tescil ettirmede takdirde yasal ipotek hakkını, muvazaalı temlikler dışında üçüncü kişilere karşı kullanmasında yasal olanak yoktur. ...”* Aynı yönde bkz. Yargıtay 1. HD. 20.10.2005 t., 2005/10116 E., 2005/11340 K.; Yargıtay 1. HD. 24.6.1999 t., 1999/6483 E., 1999/6882 K. Bkz. <https://www.kazanci.com.tr>, (08.02.2019).

suna devrinden itibaren başlayan üç aylık süre içinde) taşınmazın her malikinden talepte bulunabileceği kabul edilmelidir⁵⁴. Burada Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi uygulanmamalıdır⁵⁵.

1. İpoteğin Kurulması

Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesinde bakım alacaklısına tanınan kanuni ipotek hakkı, tescile tabi bir kanuni ipotek hakkıdır. Zira, Türk Medeni Kanunu'nun 893. maddesinde tescile tabi kanuni ipotek halleri öngörülmüştür. Türk Medeni Kanunu'nun 893. maddesinde "*Aşağıdaki alacaklılar, kanunî ipotek hakkının tescilini isteyebilirler: ...*" denilmektedir. Bakım alacaklısı karşı edim olarak devrettiği taşınmaz üzerinde satıcı gibi kanuni ipotek hakkına sahip olduğuna göre, Türk Medeni Kanunu'nun 893. maddesinin uygulanması sonucunda sahip olduğu kanuni ipotek hakkı tescile tabi kanuni ipotek haklarından birini oluşturmaktadır. Böylelikle bakım alacaklısı da satıcı gibi hakkını tescille elde edecektir. Kanundaki şartlar gerçekleştiğinde, yani bakım alacaklısı bakım borçlusuna söz konusu taşınmazı devrettikten sonra, bakım alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescilini talep yetkisi doğar⁵⁶. Hak sahibi bakım alacaklısının ipoteğin tescilini talep yetkisi kanun hükmü gereğince doğduğundan, (Türk Medeni Kanunu'nun 1013. maddesinin ikinci fıkrası gereğince) tescili bizzat kendisi tek taraflı olarak tapu memurundan yazılı olarak talep eder, malik bakım borçlusunun tescile muvafakati gerekmez. Talebe tescili sağlayacak alacağın varlığını gösterir belgeler eklenir⁵⁷.

⁵⁴ Erel, s. 224-229.

⁵⁵ Aynı yönde bkz. Ertaş, s. 556. Ayrıca bkz. Oğuzman/Seliçi/Özdemir Oktay, s. 967, 968, dn. 327'de yer alan açıklamalar.

⁵⁶ Akartepe, s. 96; Oğuzman/Seliçi/Özdemir Oktay, s. 966, 970; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1049.

⁵⁷ Akartepe, s. 96, 97; Köprülü/Kaneti, s. 307; Akipek, s. 237; Sirmen, s. 692; Oğuzman/Seliçi/Özdemir Oktay, s. 970; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1050. Erel ise, kanuni ipotek hakkının tescili talebinin tapu memuruna değil malike yapılması ve onun ipoteğin kurulması işlemine katılmasını ve tescil talebinde bulunmasını sağlamaya yönelmesi gerektiği görüşüne katılmaktadır. Malikin kanuni ipotek hakkının kurulması işlemine nasıl katılacağı hususu yapı alacaklısı(inşaatçı) ipoteği yönünden Türk Medeni Kanunu'nun 895. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş ve bu maddede tescilin yapılabilmesi için alacağın malik tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olmasının şart olduğu belirtilmiştir. Rehin miktarının malik tarafından kabulü veya mahkeme tarafından belirlenmesi gereği, ölünceye kadar bakma sözleşmeleri için de geçerlidir. O halde, sözleşmeye dayanarak bakım alacaklısı kendiliğinden tescil talebinde bulunamayacak, bunun için ilk önce malikin veya mahkemenin alacağı kabul etmesini sağlamak zorunda kalacaktır. Bu nedenle, bakım alacaklısı ipoteğin kurulma-

Tescil için teminat altına alınmak istenen alacağın doğduğunu gösteren belgelerin tapu memuruna ibrazı gerekir. Bu bağlamda bakım alacaklısının kanuni ipoteğin tescili için tapu memuruna teminat altına almak istediği alacağın doğduğunu gösteren belgeleri ibraz etmesi gerekir. Bakım alacaklısının güvence altına almak istediği bakım alacağının sermaye değerini de belgelemesi gerekmektedir. Zira, bakım alacaklısının bakım alacağını teminat altına almak için kurulacak ipoteğin miktarı, bakım alacağının sermaye değeri miktarında olacaktır ve bu değer belirlenmediği sürece ipoteğin kurulması mümkün değildir. Bakım alacağının sermaye değerini taraflar üç şekilde tespit edilebilirler: Bunlardan ilki, tarafların bakım alacağının sermaye değerini ölünceye kadar bakma sözleşmesinde belirlemeleridir. Bu durumda bakım alacaklısı ölünceye kadar bakma sözleşmesini tapu memuruna ibraz etmek suretiyle sözleşmede belirtilen miktar üzerinden ipoteğin tescil edilmesini talep edebilecektir. İkincisi, tarafların ölünceye kadar bakma sözleşmesi kurulurken bakım alacağının sermaye miktarını tespit etmeyip, daha sonradan yaptıkları bir anlaşmayla bunu belirlemeleridir. Elbette bu anlaşmanın kanuni ipotek hakkını tescil için Türk Medeni Kanunu'nun 894. maddesinde öngörülen üç aylık hak düşürücü süre içinde yapılması gerekmektedir, zira aksi halde bakım alacaklısı kanuni ipoteğin tescili imkanını kaybedecektir. Bakım alacaklısı söz konusu anlaşmayı tapu memuruna ibraz ederek kanuni ipoteğin tescilini talep edebilecektir. Üçüncüsü ise, tarafların bakım alacağının sermaye değerinin belirlenmesinde anlaşamamaları sonucunda, sermaye değerini mahkemenin tespit etmesidir. Bu durumda bakım alacaklısı mahkeme kararını ibraz ederek tapu memurundan kanuni ipoteğin kurulmasını talep edebilecektir. Ayrıca, tarafların sermaye değerinin tespitinde anlaşamamaları ve tespit için mahkemeye başvurmaları halinde, kanuni ipotek hakkının tescilini talep için kanunda öngörülmüş olan üç aylık hak düşürücü sürenin geçirilmesi ihtimaline karşı bu durumu önlemek için bakım alacaklısı Türk Medeni Kanunu'nun 1011. maddesi uyarınca ipoteğin geçici tescilinin şerh verilmesini talep edebilir⁵⁸.

sını tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştiremez, bakım borçlusunun veya mahkemenin aracılığına ihtiyaç duyar. Malik bakım borçlusunun kabulü tescile muvafakati kapsamakta, mahkeme kararı da malik bakım borçlusunun rızası yerine geçmektedir. Ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde çoğunlukla mülkiyetin devri ve rehin birlikte tescil edildiğinden ve gerek alacak gerek rehin miktarında uyumsuzluk bulunmadığından kanun koyucu bunu yapı alacaklısı(inşaatçı) ipoteğinde olduğu gibi özel olarak düzenleme gereği duymamıştır. Bkz. **Erel**, s. 224-226.

⁵⁸ **Akartepe**, s. 97, 98; **Oğuzman/Seliçi/Özdemir Oktay**, s. 970, 971; **Gürsoy/Eren/Cansel**, s. 1050; **Tunçomağ**, Bakma, s. 97, 98; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1256; **Erdem**, s. 636, 637; **Özkaya**, s. 125, 126; **Karahasan**, İkinci Cilt, s. 1323, 1324; **Korkmaz**, s. 68.

2. İpoteğin Terkini

Bakım alacaklısının ölümü ölünceye kadar bakma sözleşmesini ve dolayısıyla bakım alacağını sona erdirdiğinden, kanuni ipotek de hukuki değerini kaybeder. Bakım alacaklısının ölümü ile hukuki değerini kaybeden kanuni ipoteğin sona erdirilmesi sicilden terkin edilmesiyle gerçekleştirilecektir. Nitekim, Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin birinci fıkrasında, "*Bir aynî hakkın sona ermesiyle tescil her türlü hukukî değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki, terkinini isteyebilir.*" denilmiştir. O halde, bakım alacaklısı lehine tescil edilmiş olan kanuni ipotek onun ölümü ile bakım borçlusunun talebi üzerine sicilden terkin edilecektir. Terkin için bakım alacaklısının mirasçılarının muvafakatine gerek bulunmamaktadır. Yalnız bakım borçlusu tarafından yapılacak olan terkin talebinin tapu memuru tarafından yerine getirilebilmesi için bakım alacaklısının öldüğünün hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde ispat edilmiş olması gerekmektedir. Bakım borçlusu bakım alacaklısının öldüğünü ispatlayamazsa, tapu memuru Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin üçüncü fıkrasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak re'sen hakime başvurarak aynı hakkın sona erdiğinin belirlenmesine ilişkin karar verilmesini isteyecek ve hakimın vereceği karara dayanarak terkin işlemini gerçekleştirecektir⁵⁹. Zira, Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "*Tapu memuru, re'sen hâkime başvurarak aynî hakkın sona erdiğinin belirlenmesine ilişkin karar verilmesini istemeye ve hâkimin vereceği karara dayanarak terkin işlemini yapmaya yetkilidir.*"

Bakım alacaklısının ölümünün yanı sıra, hakkında ölüm karinesinin uygulanması veya gaiplik kararı verilmesi de, ölüm ile aynı sonucu doğurur ve ölünceye kadar bakma sözleşmesini sona erdirir⁶⁰. Gaiplik durumunda bakım borçlusu mahkemeye başvurarak bakım alacaklısı hakkında gaiplik kararı verilmesini isteyebilir. Zira, Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında gaiplik kararı verilmesini isteyebilecek olanlar hakları ölüme bağlı olanlar olarak belirtilmiştir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ister borçlar hukuku ister miras hukuku nitelikli olsun, bakım borçlusu bakım alacaklısı hakkında gaiplik kararı verilmesini isteyebilir. Miras hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım borçlusu bakım alacaklısının atanmış mirasçısı veya lehine maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufta bulunan kimse olduğundan, hakları ölüme bağlı olan kişilerden

⁵⁹ Akartepe, s. 98, 99; Tunçomağ, Bakma, s. 98, 99; Tunçomağ, Borçlar, s. 1256, 1257; Erdem, s. 637; Özkaya, s. 126, 127. Ayrıca bkz. Karahasan, İkinci Cilt, s. 1324; Tarhan, s. 44.

⁶⁰ Tokat, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara, 2018, s. 201; Akartepe, s. 176.

biridir. Borçlu hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmesinde de ipoteğin terkinini isteyen bakım borçlusunu hakkı ölüme bağlı olan kimse kapsamındadır. Zira taşınmazı üzerindeki hükmünü yitirmiş olan bakım alacaklısının aynı hakkını sona erdirmek istemektedir. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca, gaiplik kararı mahkemece nüfus müdürlüğüne bildirilir ve nüfus memurlarınca aile kütüğüne tescil edilir. Ölüm karinesinde ise Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasına göre, ölüm karinesi uygulanan bakım alacaklısı hakkında mülki idare amirinin emri ile ölüm tutanağı düzenlenerek sicile ölü kaydı düşülür. Yalnız bunun için Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 32. maddesinin ikinci fıkrası gereğince⁶¹, ölüm karinesi bulunan kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelenmeleri ya da yetkili makamların durumu resmî bir yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri gereklidir. Lafzi yorum yapılacak olursa bu düzenlemede sayılan kişilerden biri olmadığı takdirde bakım borçlusunun bizzat kendisinin bakım alacaklısı hakkında ölüm karinesinin uygulanarak sicile ölü kaydının düşülmesini sağlaması mümkün değildir. Bu sonuç her iki tür ölünceye kadar bakma sözleşmesi için geçerlidir. Ancak esasen uygulama bakımından hayatın olağan akışına uygun olan bakım borçlusunun bizzat bu sonucu sağlayabilmesidir. Bu nedenle lafzi yorum yerine amaca bağlı yorum yapılmalıdır ve gaipliğe göre ölümün daha kesin olduğu bir durum olan ölüm karinesinde de evleviyetle bakım borçlusunu bakım alacaklısı hakkında ölüm karinesinin uygulanarak sicile ölü kaydının düşülmesini sağlayabilmelidir.

Bakım alacaklısının ölümü, hakkında ölüm karinesinin uygulanması veya gaiplik kararı verilmesi nedeniyle kanuni ipoteğin sicilden terkinini isteyen bakım borçlusunun, bakım alacaklısının öldüğünü, hakkında ölüm karinesinin uygulandığını veya gaiplik kararı verildiğini ispat etmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ölüm nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur. Benzer biçimde ölüm karinesinin uygulandığı veya gaiplik kararının verildiği hallerde de bunların ispatı yine nüfus sicilindeki kayıtlarla olacaktır. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 44. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında nüfus kayıt örneğini almaya yetkili olanlar sayılmış, dördüncü fıkrasında da birinci fıkranın g bendinde sayılan kişiler dışında kalan üçüncü şahısların medenî hal bilgisi dışında bir kimsenin nüfus kaydına ilişkin örnek ve bilgi alamayacakları belirtilmiştir. Bu durumda bakım borçlusunu, ister ölmüş olsun isterse hakkında ölüm karinesi uygulanmış

⁶¹ Ayrıca bkz. Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik madde 76 ve 77.

veya gaiplik kararı verilmiş olsun bakım alacaklısının nüfus kayıt örneğine ancak kanunda belirtilen kişilerden biri ise bizzat ulaşabilir, aksi halde ise ancak onun mirasçıları vasıtasıyla bu belgeyi edinebilir. Uygulamada bakım borçlusunun bakım alacaklısının öldüğünü, onun mirasçılarından mirasçılık belgesini edinerek de ispatlaması mümkündür. Ne var ki, uygulamada aralarında menfaat çatışması bulunması kuvvetle muhtemel olduğundan bakım borçlusunun mirasçılık belgesine veya bakım alacaklısının nüfus kayıt örneğine onun mirasçıları vasıtasıyla ulaşması mümkün olmayabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada tapu memuru Kimlik Paylaşım Sisteminden nüfus kayıt örneğine ulaşmak suretiyle bakım alacaklısının ölü olup olmadığını kolaylıkla kontrol edebilir. Hatta Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 45. maddesinin yedinci fıkrasına göre, Kimlik Paylaşım Sistemi üzerinden nüfus kayıt örneğine erişebilen kurum ve tüzel kişiler bu belgeleri ilgisinden ve nüfus müdürlüğünden talep etmeksizin Kimlik Paylaşım Sisteminden temin ederler.

Son olarak Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin ikinci fıkrasının⁶² kanuni ipoteğin terkinin işlemi bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı ve bakım alacaklısının mirasçılarına terkin işleminin tebliğ edilmesine gerek olup olmadığına değinmek gerekir. Bazı yazarlar⁶³, bakım borçlusunun terkin talebini yerine getiren tapu memurunun ilgililere, özellikle bakım alacaklısının mirasçılarına, Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca itiraz edebilmeleri için Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesi⁶⁴ gereğince yaptığı işlemleri tebliğ etmesi gerektiğini, itiraz etmek isteyen hak sahiplerinin mahkemede aynî hakkın hala mevcut olması sebebiyle terkinin haksız olduğunu ispat etmek zorunda olduğunu belirtmişlerdir. Bir başka yazar ise⁶⁵, Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin ikinci fıkrasının bakım alacaklısının kanuni ipotek hakkının terkinin işleminde uygulama yeri olmadığını, terkin işleminin bakım alacaklısının mirasçılarına tebliğ edilmesine de gerek bulunmadığını ifade etmiştir. Zira, terkin işleminin tek sebebini bakım alacaklısının ölmüş olması oluşturmaktadır ve bu durumda yapılacak itirazın yalnızca bakım alacaklısının sağ olduğuna ilişkin olması gerekmektedir. Ancak bakım alacaklısının

⁶² Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: "*Tapu memuru bu istemi yerine getirirse, her ilgili, bu işlemin kendisine tebliği tarihinden başlayarak otuz gün içinde terkine karşı dava açabilir.*"

⁶³ Akartepe, s.99; Tunçomağ, Bakma, s. 99; Tunçomağ, Borçlar, s. 1257; Erdem, s. 637.

⁶⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesi şöyledir: "*Tapu memuru, ilgililerin bilgisi dışında yaptığı işlemleri onlara tebliğ etmekle yükümlüdür.*"

⁶⁵ Özkaya, s. 127.

sağ olduğu yönünde mirasçılarının onun adına bir itiraz hakkı bulunduğu düşünülemez. Bakım alacaklısı sağ ise kendisi ipoteğin terkinini istemelidir. Çünkü, ipoteğin dayanağı bakım alacağı ve onun güvencesi olan kanuni ipotek hakkı bakım alacaklısının kendi kişiliğine bağlı ve mirasçılara intikal etmeyen bir haktır. Kanaatimizce son yazarın açıklamaları yerindedir.

B. Sözleşmesel Güvence Hakları

Bakım alacaklısı, bakım borçlusunu ile anlaşarak bakım alacağını aynı veya kişisel teminatlar yoluyla da güvence altına alabilir. Ancak bu tür güvence sağlayan haklar sözleşmeye dayandığı için bunların kurulması bakım borçlusunun bu yöndeki iradesine bağlı olacaktır. Hatta bakım alacaklısının malvarlığı devretme borcunu bir taşınmaz ile yerine getirmemesi halinde ona güvence sağlayacak tek yol sözleşmeye dayanan teminatlar olacaktır. Zira, Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesinde öngörülen kanuni ipotek hakkı, yalnızca borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde bakım alacaklısının bakım borçlusuna tapulu taşınmaz devretmesi hali için tanınmıştır. Bakım alacaklısının edimi tapulu taşınmaz devri değilse, bakım alacağını güvence altına alan kanunla getirilmiş bir güvence zaten bulunmamaktadır. Diğer yandan, sözleşmeye dayanan teminatların kanuni ipotek hakkının yanında kararlaştırılması da mümkündür. Tarafların kararlaştıracakları bu haklar ölünceye kadar bakma sözleşmesinin niteliği ile uyduğu ölçüde ipotek, kefalet, cezai şart gibi aynı veya şahsi teminat sağlamaya yönelik haklar olabilecektir⁶⁶.

- **İpotek:** Türk Medeni Kanunu'nun 881. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Hâlen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir.*" Bu hüküm gereğince ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacağı da bir taşınmaz rehni türü olan ipotek ile güvence altına alınabilecektir. İpoteğin kurulması için bakım alacaklısının karşı ediminin taşınmaz veya taşınmaz olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu bağlamda bakım alacaklısı karşı edim olarak taşınmaz devretmişse ve bu taşınmaz üzerinde kurduğu kanuni ipoteği yeterli görmemişse veya taşınmaz dışında başka bir edimde bulunmuşsa, bakım borçlusunu ile anlaşarak bakım alacağını güvence altına almak için ipotek kurabilecektir. Diğer yandan, ipoteğin bakım borçlusunun taşınmazı üzerinde kurulması şart olmayıp, bir

⁶⁶ Akartepe, s. 99, 100. Ayrıca bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 1501; Tunçomağ, Bakma s. 99; Tunçomağ, Borçlar, s. 1257; Erdem, s. 637; Bilge, s. 432; Özkaya, s. 128; Karahasan, İkinci Cilt, s. 1282; Dündar, s. 96.

üçüncü kişinin taşınmazı üzerinde de bakım alacağını güvence altına almak için ipotek kurulabilir⁶⁷.

- **Taşınır rehni:** Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacağı taşınır rehni ile de güvence altına alınabilir. Öğretide⁶⁸, belirli bazı istisnalar dışında taşınır rehni “teslime bağlı taşınır rehni” şeklinde kurulabileceğinden dolayı ölünceye kadar bakma sözleşmesinde taşınır rehninden yararlanma imkanının çok sınırlı olduğu, zira teslime bağlı taşınır rehni rehnedilenin alacaklıya teslimi yoluyla kurulabilen bir rehin türü olduğundan bakım borçlusunun kendisine devrolunan taşınırlar üzerinde taşınır rehni kurulabilmesi için onları tekrar bakım alacaklısına devretmesi gerektiği, oysa bakım borçlusunun çoğunlukla söz konusu taşınırlardan yararlanarak bakım borcunu ifa edeceği. Bu nedenle taşınır rehninden ancak bakım borçlusu zengin bir kişi ise yararlanılabileceği belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu açıklamalardan sanki taşınır rehni konusunun mutlaka rehin alacaklısına ait olması gerektiği ve sözleşme çerçevesinde bakım borçlusuna devredilen bir taşınır olması gerektiği izlenimi doğmaktadır. Oysa, bakım borçlusu sahip olduğu bir taşınır üzerinde (mesela değerli bir tablosunu, saatini vb.) bakım alacaklısına rehnedebilir. Bakım borçlusu için bir üçüncü kişi de kendine ait bir taşınırı bakım alacaklısına rehnedebilir. Zira, teslime bağlı rehin konusu olan taşınırın mutlaka borçlunun mülkiyetinde olması gerekmemektedir. Bir kimse kendi mülkiyetinde bulunan bir taşınırı başkasının borcu için rehnedebilir. Alacağı güvence altına alan taşınırın borçlunun mülkiyetinde olması ile bir üçüncü kişinin mülkiyetinde olması arasında rehin hakkının doğumu bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır⁶⁹.

Belirli bazı istisnalar dışında taşınır rehni “teslime bağlı taşınır rehni” şeklinde kurulabileceğinden, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde taşınır rehninden yararlanma imkanı çok sınırlıdır. Zira, teslime bağlı taşınır rehni rehnedilenin alacaklıya teslimi yoluyla kurulabilen bir rehin türü olduğundan, bakım borçlusunun kendisine devrolunan taşınırlar üzerinde taşınır

⁶⁷ Akartepe, s. 100, 101; Tunçomağ, Bakma, s. 100; Tunçomağ, Borçlar, s. 1258, 1259; Erdem, s. 638; Özkaya, s. 128, 129.

⁶⁸ Bkz. Tunçomağ, Bakma, s. 100,101; Tunçomağ, Borçlar, s. 125.

⁶⁹ Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 843; Aybay, Aydın/Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul, 2012, s. 299; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 1099; Sirmen, A. Lâle: Eşya Hukuku, Ankara, 2013, s. 716; Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Aynî Haklar, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya, 2012, s. 247; Oğuzman/Seliçi/Özdemir Oktay, s. 1011, 1012; Tekinay, Selâhattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul, 1994, s. 137; Serozan, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2007, s. 342; Ertaş, s. 575;

rehni kurabilmesi için onları tekrar bakım alacaklısına devretmesi gerekmektedir. Oysa bakım borçlusu çoğunlukla söz konusu taşınırlardan yararlanarak bakım borcunu ifa edecektir. Bu sebeple, taşınır rehninden ancak bakım borçlusu zengin bir kişi ise yararlanılabileceği belirtilmektedir⁷⁰.

- **Kefalet:** Türk Borçlar Kanunu'nun 581. maddesinde verilen tanıma göre, "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*" Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılan kişisel teminat sözleşmelerinden biridir. Kefalet güvencesine bağlanabilecek borçlar içerik olarak sınırlanmamıştır. Dolayısıyla geçerli olarak ortaya çıkmış ve devam eden her türlü borç kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınabilir. Kefalet sözleşmesiyle ödenmesi güvence altına alınan borcun parayla ölçülebilir olması yeterlidir⁷¹. Borçlunun yerine getirmesi gereken edim kişiliğine bağlı ve yalnızca onun tarafından yerine getirilebilecek bir edim olsa bile, söz konusu edime ilişkin borç için kefil olunabilmektedir. Kefil esas borçlunun edimini yerine getirmeyi değil, bu edimin yerine getirilmemesi yüzünden alacaklının uğradığı zararı gidermeyi taahhüt ettiği için esas borçlunun ediminin onun kişiliğine bağlı olup olmaması kefalet sözleşmesi bakımından önem taşımamaktadır⁷². Kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre, "*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz.*" Bu hükümde aranan şekil, bir ispat değil geçerlilik şeklidir⁷³. Türk Borçlar Kanunu'nun 582. maddesinin birinci fıkrasında, "*Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de, bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.*" denilmektedir. Görüldüğü üzere yalnızca mevcut borçların değil, gelecekte doğacak borçların da kefalet ile güvence altına alınması mümkündür⁷⁴. Bu açıklamalarımız

⁷⁰ Bkz. **Tunçomağ**, Bakma, s. 100,101; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 125.

⁷¹ **Özen**, Burak: Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 149; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 699; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1397.

⁷² **Özen**, s. 149.

⁷³ **Özen**, s. 150; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 711; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1421; **Gümüş**, Mustafa Alper: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, (Eser, Vekalet, Sımsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti), İstanbul, 2012, s. 313; **Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara, 2015, s. 477.

⁷⁴ **Özen**, s. 150; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 707; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1409; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 290; **Aral/Ayrancı**, s. 477.

çerçevesinde belirtilmelidir ki, ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacağının kefalet ile kişisel teminat altına alınması mümkündür. Burada üçüncü bir kişi bakım alacaklısına bakım borçlusunun taahhüt ettiği edimlerin ifasını sağlamayı taahhüt etmektedir. Ancak burada kefilin borcu bakım borçlusunun ifa etmediği edimleri yerine getirmek değildir, kefil yalnızca bu ifa etmeme dolayısıyla bakım alacaklısının uğradığı zararları taahhüt ettiği miktar oranında tazmin etmekle yükümlüdür⁷⁵.

- **Ceza Koşulu:** Türk Borçlar Kanunu'nun 179-182 maddeleri arasında düzenlenen ceza koşulu, borçlunun edimini hiç veya gereği gibi ifa etmeme ihtimaline karşılık alacaklının rehin ve kefalet gibi teminat sözleşmelerinin yanı sıra alacağını güvence altına alma ve onu kuvvetlendirme yollarından birisidir. Ceza koşulu, borçlunun mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi taahhüt ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş, ekonomik değeri olan bir edimdir⁷⁶. Ceza koşulu zararı tazmin amacı değil, sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlama amacı güder⁷⁷. Ceza koşulu ekonomik değer taşıyan bir edim olup, bu edim genellikle para olsa da, para dışındaki mameleki edimler de ceza koşulunun konusu olabilmektedir⁷⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun 180. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*" Ceza koşulunun ödenmesinde borçlunun kusurunun aranıp aranmayacağı konusunda ise öğretide görüş birliği bulunmamaktadır⁷⁹. Türk Borçlar

⁷⁵ **Akartepe**, s. 102; **Tunçomağ**, Bakma, s. 101, 102; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 1260; **Özkaya**, s. 130.

⁷⁶ **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara, 2016, s. 1205; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, 1963, (Ceza), s. 6; **Günay**, Cevdet İlhan: Cezaî Şart, Ankara, 2002, s. 8; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 1993, s. 341; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 11. Bası, Cilt 2, İstanbul, 2014, s. 518; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 18. Bası, Ankara, 2014, s. 780, 781; **İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu'na göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 564; **Akartepe**, s. 102, 103.

⁷⁷ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1205; **Oğuzman/Öz**, s. 519; **Kılıçoğlu**, s. 780; **Akartepe**, s. 103.

⁷⁸ **Eren**, Genel Hükümler, s. 1206; **Kılıçoğlu**, s. 780, 781; **Oğuzman/Öz**, s. 522; **Tunçomağ**, Ceza, s. 65.

⁷⁹ Ceza koşulunun ödenmesi için borçlunun kusurunun aranmayacağı yönünde bkz. **Eren**, Genel Hükümler, s. 1210, 1211. Ceza koşulunun ödenmesi için borçlunun kusurunun aranacağı yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, s. 791; **Oğuzman/Öz**, s. 532; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 359, 360.

Kanunu'nda ceza koşulunun tabi olacağı şekil hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ceza koşulunun asıl borca bağlı fer'i nitelikte bir borç doğurmasından dolayı asıl borcun kaynaklandığı sözleşme bir geçerlilik şekline tabi ise ceza koşulunun da aynı şekle uyularak kararlaştırılması gerekmektedir⁸⁰. Geçerli olmak koşuluyla her türlü borç için ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi mümkündür⁸¹. Bu nedenle, geçerli olarak kurulmuş bir ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısının alacağı da ceza koşulu ile güvence altına alınabilir. Dolayısıyla taraflar ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde veya daha sonra yapacakları bir anlaşma ile bakım borçlusunun edimlerini gereği gibi ifa etmesini sağlamak üzere ceza koşulu kararlaştırabilirler. Kararlaştırılan bu cezai şart, ya seçimlik ceza koşulu ya da ifaya eklenen ceza koşulu olacaktır⁸². Seçimlik ceza koşulu Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, *“Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.”* Seçimlik ceza koşulunda alacaklı seçimlik

⁸⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 1207; Akartepe, s. 103, 104; Kılıçoğlu, s. 783; Oğuzman/Öz, s. 524; Günay, s. 87; Tunçomağ, Ceza, s. 61.

⁸¹ Tunçomağ, Bakma, s. 102; Tunçomağ, Borçlar, s. 1260; Oğuzman/Öz, s. 520.

⁸² Tunçomağ, Bakma, s. 102; Tunçomağ, Borçlar, s. 1260; Akartepe, s. 104; Özkaya, s. 131. Aslında ceza koşulu üçe ayrılmaktadır ve seçimlik ceza koşulu ile ifaya eklenen ceza koşulu yanında ifayı engelleyen ceza koşulu ve bir diğer adıyla dönme cezası da bulunmaktadır. İfayı engelleyen ceza koşulu Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, *“Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.”* Bu tür ceza koşulunda borçlu kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir. Alacaklı da sadece cezanın ödenmesini isteyebilir, borçludan aslı edimini ifa etmesini isteyemez. İfayı engelleyen ceza koşulu aslında gerçek anlamda bir ceza koşulu değildir. Zira, ifayı engelleyen ceza koşulunda borcun kuvvetlendirilmesi ve güvence altına alınarak ifasının sağlanması ve böylelikle alacaklının hukuki durumunun güçlendirilmesi değil, tersine borçluya isterse cezayı ödeme ve sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetme imkanı tanınması suretiyle borçlunun hukuki durumunun kolaylaştırılması söz konusudur. Bir başka ifadeyle, seçimlik ceza koşulu ile ifaya eklenen ceza koşulunun sözleşmenin borçlu tarafından ihlali halinde alacaklı tarafından istenmesi mümkün olduğu için, bu tür cezai şartlar alacaklının durumunu kuvvetlendirmektedir. İfayı engelleyen ceza koşulu veya bir diğer adıyla dönme cezasında ise borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesine gerek olmayıp, borçlu ifa zamanında veya daha önce ceza koşulunu ödeyerek asıl edimi ifa yükümünden kurtulabilmektedir. Bu nedenle de bu tür ceza koşulu alacaklının değil borçlunun lehinedir. Bu konuda bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 1210; Oğuzman/Öz, s. 530; Tunçomağ, Ceza, s. 31, 32, 47; Günay, s. 85; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 353; Kılıçoğlu, s. 788, 789.

bir yetkiye sahip olup, borçlunun asıl edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde alacaklı ya asıl edimin ifasını ister ya da bundan vazgeçerek ceza koşulunun ödenmesini ister. Tarafların ölünceye kadar bakma sözleşmesinde seçimlik ceza koşulu kararlaştırmaları halinde bakım borçlusunun bakım edimlerini hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde bakım alacaklısı ya bakma edimlerinin ifasını ya da kararlaştırılmış olan ceza koşulunun ifasını isteyebilecektir. İfaya eklenen ceza koşulu ise Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir." Buna göre, asıl borcun ifa zamanı veya ifa yeri belirlenmiş olup da borçlu borcunu bu zamanda veya yerde ifa etmezse, alacaklı haklarından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, hem ifayı hem de cezayı talep edebilir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bu tür bir ceza koşulunun kararlaştırılması halinde, bakım borçlusu bakım edimlerini sözleşmede belirlenen zaman veya yerde ifa etmezse, bakım alacaklısı hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz kabul etmiş olmadıkça, hem edimlerin ifasını hem de ceza koşulunu talep edebilecektir⁸³. Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ifaya eklenen ceza koşulunun, yani zamanında veya yerinde ifa etmeme hali için öngörülen ceza koşulunun taraflarca kararlaştırılması, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin niteliğine daha uygun düşmektedir⁸⁴.

SONUÇ

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 611-619 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bakım alacaklısının edimini ifa etme şekline göre, borçlar hukuku nitelikli ve miras hukuku nitelikli olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Sözleşmenin geçerliliği Türk Borçlar Kanunu'nun 612. maddesinde kural olarak resmi şekle tâbi kılınmıştır. Sözleşmenin niteliği gereği bakım alacaklısı ancak bir gerçek kişi olabilir. Bakım borçlusunun ise bakım alacaklısı gibi gerçek kişi olması zorunlu değildir, bakım borçlusu bir gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir.

⁸³ Akartepe, s. 104, 105; Eren, Genel Hükümler, s. 1208, 1209; Kılıçoğlu, s. 784-787; İnan/Yücel, s. 568; Oğuzman/Öz, 527-530; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 348-351.

⁸⁴ Aynı yönde bkz. Akartepe, s. 105; Tunçomağ, Bakma, s. 102; Tunçomağ, Borçlar, s. 1260, 1261; Özkaya, s. 132.

Bakım alacaklısı bakım alacağını bakım borçlusu ile anlaşarak aynı veya kişisel teminatlar yoluyla güvence altına alabilir. Ancak bu tür güvence sağlayan haklar sözleşmeye dayandığı için bunların kurulması bakım borçlusunun bu yöndeki iradesine bağlıdır. Borçlar hukuku nitelikli ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde ise tarafların hukuki durumları arasındaki dengesizliği gidermek ve bakım alacaklısının korunmasını sağlamak için kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesinde, karşı edim olarak bir taşınmaz devreden bakım alacaklısına devrettiği taşınmazlar üzerinde kanuni ipotek hakkı tanımıştır. Bu sayede bakım alacaklısı kişisel bir talepten ibaret olan bakım alacağını aynı teminat altına almış olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesinde bakım alacaklısına satıcı ile bir benzerlik kurularak satıcı gibi yasal ipotek hakkı tanınmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 894. maddesi gereğince satıcının kanuni ipotek hakkının mülkiyetin naklini izleyen üç ay içinde tapu kütüğüne tescil edilmesi gerekmektedir. Bu hüküm ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı bakımından da uygulanacak, böylece bakım alacaklısı da hakkını satıcı gibi tescille elde edecektir. Bu nedenle bakım alacaklısının Türk Borçlar Kanunu'nun 613. maddesi hükmü ile kendisine bahşedilen kanuni ipotek hakkını, taşınmazın mülkiyetinin devrini izleyen üç ay içinde tapu kütüğüne tescil ettirmesi zorunludur. Türk Medeni Kanunu'nun 894. maddesinde öngörülen üç aylık hak düşürücü süre, bakım alacaklısının taşınmazının mülkiyetini bakım borçlusuna devrettiği tarihten itibaren başlamaktadır. Bakım alacaklısı taşınmazın mülkiyetinin bakım borçlusuna devrini izleyen üç ay içinde kanuni ipotek hakkını tapu kütüğüne tescil ettirse, tescil ile doğan aynı hakkını bundan böyle herkese karşı ileri sürebilecektir. Kanun koyucunun amacına uygun olarak bakım alacaklısını korumak adına, bakım alacaklısının taşınmazın el değiştirmesi halinde üç aylık süre geçmediği sürece kanuni ipotek hakkının yeni malike karşı da ileri sürülebileceğini, burada eşyaya bağlı borcun söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir. Burada Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi uygulanmamalıdır. Bakım alacaklısının kanuni ipotek hakkının tescilini talep yetkisi, bakım borçlusuna taşınmazını devrettikten sonra doğmaktadır. Bakım alacaklısının ipoteğin tescilini talep yetkisi kanun hükmü gereğince doğduğundan, bizzat kendisinin tapu memuruna yönelteceği tek taraflı yazılı talebiyle tescil mümkün olduğu, taşınmaz maliki olan bakım borçlusunun tescile muvafakati gerekli bulunmadığı belirtilmelidir. Bakım alacaklısı tescil talebine, tescili sağlayacak alacağın varlığını gösterir belgeyi ekleyecektir.

Bakım alacaklısının ölümü, hakkında ölüm karinesinin uygulanması veya gaiplik kararı verilmesi ölünceye kadar bakma sözleşmesini ve dolayısıyla

sıyla bakım alacağını sona erdirdiğinden kanuni ipotek de hukuki değerini kaybeder. Hukuki değerini kaybeden kanuni ipoteğin sona erdirilmesi sicil-den terkin edilmesiyle gerçekleştirilecektir. Terkin için bakım alacaklısının mirasçılarının muvafakatine gerek bulunmamaktadır. Yalnız bakım borçlusu tarafından yapılacak olan terkin talebinin tapu memuru tarafından yerine getirilebilmesi için bakım alacaklısının öldüğünün, hakkında ölüm karinesinin uygulandığının veya gaiplik kararı verildiğın bakım borçlusu tarafından ispat edilmiş olması gerekmektedir. Bakım borçlusunun terkin talebini yerine getiren tapu memurunun terkine Türk Medeni Kanunu'nun 1026. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca itiraz edebilmeleri için Türk Medeni Kanunu'nun 1019. maddesi uyarınca terkin işlemini onlara tebliğ etmesinin gerekmediğı, söz konusu iki maddenin de kanuni ipotek hakkının terkinde uygulanma imkanı bulunmadığı söylenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akartepe**, Alpaslan: Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, İstanbul, 2010.
- Akartepe**, Alpaslan: “Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, ss. 167-192.
- Akıntürk**, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.
- Akıntürk**, Turgut/**Karaman Ateş**, Derya: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yeni Yasal Düzenlemelere Uyarlanmış Ondördüncü Baskı, İstanbul, 2012.
- Akipek**, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar) Üçüncü Kitap Mahdut Aynî Haklar (Menkul Rehni Hariç), Ankara, 1974.
- Akipek Öcal**, Şebnem: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2018, Cilt: 6, Sayı: 1, ss. 83-91.
- Antalya**, Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, İstanbul, 2015.
- Aral**, Fahrettin/**Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara, 2015.
- Ayan**, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 58, Ankara, 2004.
- Ayan**, Mehmet: Eşya Hukuku III Sınırlı Aynî Haklar, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Konya, 2012.
- Aybay**, Aydın/**Hatemi**, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul, 2012.
- Aydın**, Gülşah Sinem: “Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu’nun 617. Maddesine Dayalı Olarak Sona Ermesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, ss. 336-373.
- Barlas**, Nami: “Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, ss. 115-143.
- Baygın**, Cem: “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, ss. 437-461.
- Doğan**, Murat: Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Ankara, 2004.

- Doğan**, Murat: “Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı, 4, Yıl 2003, ss. 93-129.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, Onuncu Bası, İstanbul, 2012.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Beşinci Basıdan Tıpkı Altınca Bası, İstanbul, 2016.
- Dündar**, Mustafa: Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- Erdem**, Nafiz: Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Özel Hükümler, Adana, 1990.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara, 2016, (Genel Hükümler).
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2018, (Özel Hükümler).
- Ertaş**, Şeref: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, İzmir, 2011.
- Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Birinci Basıdan Tıpkı İkinci Bası, İstanbul, 2007.
- Gümüş**, Mustafa Alper: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, (Eser, Vekalet, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti), İstanbul, 2012, (Özel Hükümler).
- Günay**, Cevdet İlhan: Cezai Şart, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Gürsoy**, Kemal Tahir/**Eren**, Fikret/**Cansel**, Erol: Türk Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara, 1984.
- Hatemi**, Hüseyin/**Serozan**, Rona/**Arpacı**, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
- İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2015.
- İnan**, Ali Naim/**Yücel**, Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu’na göre Güncellenip, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, 2014.

- Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları, Cilt V, İstanbul, 2004, (Cilt V).
- Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İkinci Cilt, İstanbul, 2002, (İkinci Cilt).
- Karahasan**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt VI, İstanbul, 1992, (Cilt VI).
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 18. Bası, Ankara, 2014.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara, 2015.
- Korkmaz**, Tekin: Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- Köprülü**, Bülent/**Kaneti**, Selim: Sınırlı Aynî Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul, 1982-1983.
- Necip**, Bilge: Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Özdemir Oktay**, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Göre Uyarlanmış 17. Bası, İstanbul, 2014.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 11. Bası, Cilt II, İstanbul, 2014.
- Oser**, H./**Schönenberger**, W. (Çev. İsmet Sungurbey): İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Eski Kefillik, Yeni Kefillik; Kumar, Bahis; Sağlığınca Gelir, Sağlığınca Bakma Sözleşmeleri (İsviçre BK. 492/529-Türk BK. 483/519), Ankara, 1964.
- Öktem**, Seda: "Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 67, 2006, ss. 317-338.
- Önder**, Akil: "Ölüncüye Kadar Bakma Akdi", Adalet Dergisi, Y. 1949, C. 40, S. 7, s. 995-1022.
- Özen**, Burak: Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Özkaya**, Eraslan: Ölüncüye Kadar Bakma Sözleşmesi, Ankara, 2007.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2015.
- Özüğür**, Ali İhsan: Mal Rejimleri, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, 2004.
- Parlak**, Şafak: Eşlerin Hukuksal İşlemleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

- Savaşman**, Resai: “Ölünceye Kadar Bakıp Gözetme Akdi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 1954, Sayı: 3, s. 261-268.
- Serozan**, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2007.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkey: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2014.
- Sirmen**, A. Lâle: Eşya Hukuku, Ankara, 2013.
- Şahinci**, Ayşen: “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 59 (2), 2010, ss. 309-334.
- Tarhan**, Mümtaz: Ölünceye Kadar Bakma Akdi Hakkında Toplu Bir Tetkik, Ankara, 1949.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul, 1994.
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, 1993.
- Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara, 2018.
- Tunçomağ**, Kenan: Ölünceye Kadar Bakma Akdi, Ankara, 1959, (Bakma).
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul, 1977, (Borçlar).
- Tunçomağ**, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, 1963, (Ceza).
- Ürem**, Merve: Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Hâkim Kararı ile Sınırlanması, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet/**Esmer**, Galip: Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı, İstanbul, 1950.
- Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.
- Yılmaz**, Süleyman/**Bayramoğlu**, Necati Şükrü: “Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt I, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, ss. 3143-3162.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara, 2016.

İCRAİ VEYA İHMALİ OLARAK SOMUT OLAYDA DAVRANIŞIN GERÇEKLEŞTİRİLİŞ BİÇİMİNİN TESPİTİ MESELESİ

DOI: 10.33717/deuhfd.567632

Dr. Rahime ERBAŞ*

Öz

İcrai davranışla meydana getirilebilecek netice, “garantörlük” olarak kavramsallaştırılan belirli statülere sahip kimseler tarafından ihmali davranışla da meydana getirilebilir. Kişinin, garantör olduğu kimsenin yaşam veya vücut bütünlüğüne zarar veren veya tehlikeye düşüren icrai davranışın da olduğu olaylarla davranışın nitelendirilmesi meselesi ile karşılaşılmaktadır. Örneğin bir annenin bebeğini تنها bir yere bırakması ve bebeğin ölmesi yahut da hekimin hastanın bağlı olduğu solunum cihazını kapatması ve hastanın ölmesi bu hallere örnektir. Bu durumda somut olayda hem icrai hem de ihmali olmak üzere iki davranış şeklinin bir arada olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır. Her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu bu tür olaylarda mesele, cezalandırmanın hangi kanun hükmüne dayandırılması gerektiğine ilişkindir. Bu tür olaylar için, Alman ceza hukuku uygulaması ve öğretisi tarafından çeşitli ölçütlere başvurulmuştur. Bunlara bu çalışmada, “gerçeklik” ve “değerlendirme” teorileri olarak tasnif edilmek suretiyle yer verilmiştir.

Temel fikir olarak bu çalışmada ise, çözüm için sadece gerçekliğe dayanılması değil; gerçekliğin tespitinden sonra ayrıca bir değerlendirme yapılması gerektiğinden hareket edilmiştir. Bu ise normlar arasında yorum yapılması; kavramsal ifadesi ile görünüşte içtima kurallarına başvurulmasıdır. Çünkü bu tür olaylarda her iki davranış şekli, normlar karşısında eşit mesafede durmaktadır. Buradan hareketle, hareket tekliği - çokluğu, taksirli suçlar ile ihmali davranışın bir arada olması, cezalandırılmayan önceki - sonraki hareket ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış ilişkisi ve terk suçu eksenlerinde konu irdelenmiştir.

Tüm bu incelememiz geliştirilecek tek bir ölçütün, her halde her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları çözemeyeceğini, meselenin arka planından

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Doktor (e-posta: rerb@istanbul.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-6257-4312) (Makalenin Geliş Tarihi: 03.04.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 03.04.2019-09.04.2019/Makale Kabul Tarihleri: 28.04.2019-01.05.2019)

hareketle her münferit olaya göre çözüm ortaya konulabileceğini göstermiştir. Bunun nedeni, bu olayların her birinin suç teorisinin muhtelif meselelerini barındırmakta olduğu gerçeğidir. Sadece bu meseleler, icra ve ihmâl şeklinde doğal anlamda iki farklı davranış normu söz konusu olunca arka planda kalmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İhmâl, icra, davranış, taksir, içtima, bebek terki

THE CHALLENGES IN QUALIFYING THE CONDUCT IN CONCRETE CASES AS COMMISSION OR OMISSION

Abstract

The harm that are occurred by active conduct may be also brought out by passive conduct, omission, of those who have legal duty to act. In some cases, these two forms of conduct exist simultaneously. This is the case where a mother leaves her newborn to a secluded place and the baby dies or the physician shuts off the reanimator and the patient dies. Both mother and physician have a legal duty to act and both performed the active conduct as well. In such cases, two forms of conduct are come into being and lead to death. Consequently, the question on which form of conduct criminal liability should be based upon arises. That is to say, mother or physician should be punished due to the killing by commission or omission remains debatable. For such cases, various criteria have been applied by the case law and doctrine of German criminal law. In this study, these are put across by classifying as “reality” and “assessment” theories.

The main approach of this study is not only relying on reality for the solution; but after the retaining of the reality, it is necessary to make an assessment, which refers to the interpretation of norms. Because, in such cases, both forms of conduct stand at an equal distance to the norms. Starting from this point of view, the uniformity of conduct, the coexistence of recklessness crimes with omission, the relationship of the previous and the next action with the preexisting dangerous behavior and the crime of abandonment are discussed.

All of our analysis has shown that a single criterion to be developed cannot solve the cases in which both forms of conduct occur, and that the solution can be put forward according to the background of the case. Because, each of these cases contains various issues of the crime theory. Only these issues remain in the background when two forms of conduct as commission and omission appears in the natural sense.

Keywords

Omission, commission, conduct, recklessness, concurrence, expositio infantum

A. GENEL OLARAK

Kişi, dünyaya yeni getirdiği bebeğini bir beze sarılı ve sağ olarak boş bir arsaya bırakır. Bir süre sonra bebek bulunduğu anda bebeğin yaşamını yitirdiği tespit edilir¹. Bu olayda anne, garantör olması sebebiyle ihmali (annenin bebeğin hayati ihtiyaçlarını yerine getirmemesi) nedeniyle mi yoksa icrai davranışı (bebeği boş bir arsaya bırakması) nedeniyle mi sorumlu tutulacaktır? Hekim H, hastanede kalmaya ihtiyacı olmasına rağmen hastasını hastanedeki yatak azlığı sebebiyle taburcu eder. Hekim H'nin sorumluluğu, hastası için garantör olması nedeniyle ihmali davranışına (hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapmaması) mı yoksa icrai davranışına (hastayı hastaneden taburcu etmesi) mi dayandırılacaktır?². Yine sağlık alanında; solunum cihazına bağlı komada yaşatılan hastanın solunum cihazını hekimin kapatır. Bu halde hekimin sorumluluğu, hastanın tedavisine solunum cihazıyla devam etmemesi olarak ihmali davranışından mı yoksa solunum cihazını kapatması nedeniyle icrai davranışından dolayı mı olacaktır?³. Benzer tartışmaya, ötenazi konusunda da rastlanılmaktadır⁴. Bundan başka ilginç bir örnek de şöyledir: HIV taşıdığı öğrenen A, eşi B'ye böyle bir virüs taşıdığını söylemez ve eşi ile korunmasız şekilde cinsel ilişkiye girer. Aynı tartışma burada da A'nın sorumluluğunun ihmali davranışı (korunmaması) nedeniyle

¹ **Yargıtay, CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

² **Engisch**, Karl: "Tun und Unterlassen", Festschrift Für Wilhelm Gallas, Yay. Haz. Karl Lackner/Heinz Lefrenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst A. Wolff, Berlin/New York, De Gruyter, 1973, s. 168.

³ **Engisch**, "Tun und Unterlassen", s. 168 ve ayrıca s. 177. *Hakeri* belirttiğimiz minvalde, Alman ceza hukukundaki "keçi kılı", "bisiklet sürücüsü", "eczacı", "kokain", "sağlıkçı" ve "reanimatör" olarak anılan temel örneklere yer vermiştir. Bkz.: **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, Ankara, Seçkin, 2003, s. 68-69. *Eczacı örneğine* daha önce Türk hukukunda *Yüce* yer vermiştir. Bkz.: **Yüce**, Turhan Tüfan: Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: I, 1. bs., Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s. 207. Yine "keçi kılı", "bisiklet sürücüsü", "eczacı", "kamyon" ve "AIDS" olayları için bkz.: **Roxin**, Claus: Strafrecht AT II, Münih, Verlag C. H. Beck, 2003, § 31, kn.74. Ayrıca bkz.: **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 239-240.

⁴ Örneğin Türk öğretisinde bir görüş, hekimin yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşamını devam ettirebilen bir hastanın bu destek ünitesi ile bağımlı kesmesinde; hekimin tam anlamıyla pasif olmadığı, ölümden etkin rol oynadığı gerekçesiyle aktif ötenaziden bahsedilebileceği sonucuna varmaktadır. Bkz.: **Artuk**, M. Emin/**Yenidünya**, A. Caner: "Ötenazi", in Hukuki ve Etik Boyutuyla Ötenazi, Yay. Haz. Nur Centel, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 117. Bu da bu görüş sahiplerinin, hekimin bu tür durumlardaki davranışını, ihmali değil; icrai olarak kabul ettiklerini göstermektedir.

mi yoksa icrai davranışı (eşi ile cinsel ilişkiye girmesi) nedeniyle mi söz konusu olacağı sorusu üzerinde cereyan etmektedir⁵.

Bu örnekler bir hukuki değer ihlal edildiği olayda, icrai ve ihmali davranışı bir arada (iç içe geçmiş olarak) karşımıza çıktığı durumları ifade etmektedir. Öğretide bu örnekler, “iki anlamlı davranış şekillerinin”⁶ veya “iki şekilde de kabul edilebilecek (iki anlamlı hareketler) hareketlerin”⁷ söz konusu olduğu olaylar olarak anılmaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce “her iki davranış şeklinin (bir arada) bulunduğu durumlar” biçiminde kavramsallaştırılması daha isabetlidir. Çünkü burada “anlam” sözcüğü kullanıldığı takdirde davranışın hangi anlamda ikilik arz ettiği anlaşılamamaktadır⁸. Keza davranış iki anlama da gelmemekte; davranışın iki gerçekleştiriliş şeklinin -icra ve ihmali olarak bir arada- mevcudiyeti söz konusudur. İşte bu halde karşımıza, bu tür durumlarda suç teşkil eden fiilin -icrai veya ihmali davranış olarak- “nitelendirilmesi”⁹, diğer bir anlatımla, “hangi davranışın hukuk sahasında önem arz ettiğinin tespit edilebilmesi”¹⁰ bir sorun olarak çıkmaktadır.

Bu ve benzeri örneklerin ele alınması amaçlandığı için bu çalışmanın başlığı, icrai davranış ile ihmali davranış arasında ayırım meselesi¹¹ olarak değil; “icrai veya ihmali olarak somut olayda davranışın gerçekleştiriliş biçiminin tespiti meselesi” olarak belirlenmiştir. Zira icra-ihmal ayırımı şeklinde bir ayırım, icrai ve ihmali davranış kavramlarının tek tek ortaya konul-

⁵ **LG Kiel**, 10 KLS 1/10, T: 28.06.2010, BeckRS, 2010, s.26831, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de>, (Erişim Tarihi: 21. 12. 2018). Ayrıca bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.74.

⁶ Söz gelimi **Roxin**, iki anlamlı davranış şekilleri anlamında “zweideutigen Verhaltensformen” ifadesini kullanmaktadır. Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.73-74.

⁷ **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 88-89.

⁸ Bu nedenle “farklı anlamlara gelen davranış” olarak ifade edilmesi de hatalıdır. Çünkü hangi anlamda davranışın farklı olduğu anlaşılamamaktadır. Bu ifadenin geçtiği çalışma için bkz.: **Heinrich**, Bern: Ceza Hukuku Genel Kısım-II, Bölüm Çevireni: Yener Ünver, Yay. Haz.: Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, § 26, kn.883.

⁹ “...bir oluşun ihmali mi, yoksa icra mı olduğu konusunda duraksamaya yol açan hallerle karşılaşmak mümkündür. Bunun sebebi bir oluşta, ihmali davranışla icra eyleminin bir arada bulunabilmesidir. Böyle ise eylemi nasıl nitelenecek gereği bir sorundur” (**Yüce**, s. 207). Keza bugün Yargıtay da her iki davranış şeklinin bulunduğu durumlarda çözülmesi gereken hukuki meselenin “saniğin eyleminin nitelendirilmesine ilişkin” olduğunu belirtmiştir. Bkz.: **Yargıtay, CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013.

¹⁰ Ranft, Otfried: “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, JuS, Sayı: 9, 1963, s. 341.

¹¹ Karş. **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 68 vd.

masını ve birbirlerinden kavramsal olarak tüm hallerinin ayırt edilmesini gerektirmektedir¹². Bu da hareketin dogmatik gelişimi kapsamında ihmali davranışın açıklanmasını ve icradan kavramsal olarak ayrılmasına matuf olması gereken ayrıca bir çalışma konusudur. Bu çalışmada ise icradan ihmalin sadece bir türünün -görünüşte ihmali suçun- ayrılması hedeflenmektedir. Bu inceleme de her ikisinin bir arada bulunduğu izlenimi verdiği durumlarda fiilin nitelendirilmesinin icrai davranış mı ihmali davranış mı olduğu meselesi ile sınırlandırılmak suretiyle yapılacaktır. Nitekim *Engisch'e* göre icra ve ihmal şeklinde iki türü olan insan davranışının bir üst kavram olarak açıklanabilmesi, temel bir meseledir. Buna ilave olarak aynı şekilde, hem icrai ve hem de ihmali davranışın bulunduğu bir olayda ceza sorumluluğunu gerektiren davranışın nitelendirilebilmesi de temel bir meseledir. Ancak bu ikincisi, icra-ihmal ayrımında hareket kavramını açıklamaya yönelik yoğun teorilerden farklı olarak ayrıca uygulama açısından da önemi olan bir konudur¹³. Gerçekten Türk hukukunda da Yargıtay kararlarında bilhassa bebek terki (*expositio infantum*) olarak anılan kararlarda görülmektedir ki, TCK'nın 83., 88., ve 97. maddelerinde düzenlenen görünüşte ihmali suçlarla ilgili içtima meseleleri söz konusudur. Gerçekten bu tür durumlarda sorumluluğun icraya mı yoksa ihmale mi dayandırılması gerektiğinin tespit edilmesi ve bunun ölçütlerinin ortaya konulması, bu suçların uygulama alanını göstermek adına temel bir zorunluluktur.

Davranışın gerçekleştiriliş biçiminin nitelendirilmesi güçlüğünün temel nedenlerinden biri, görünüşte ihmali suçlardaki ihmali davranışın arz ettiği çeşitliliğidir¹⁴. Bu bağlamda özellikle modern teknolojik gelişmelerin bu çeşitliliği daha da zenginleştirmesi karşısında günümüzde bu gelişmeler nedeniyle bu ayrımın yapılması zorlaştığı tespiti¹⁵, esaslı bir tespittir. Bu gerçeklik karşısında, her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda davranış nitelendirilmesinin isabetli biçimde yapılabilmesi, ceza hukukunun

¹² Hareket teorileri için bkz.: **Kunter**, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket- Netice- Sebepiyet Alakası), İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 609, 1954, s. 20 vd. İhmal kavramı ekseninde hareket teorileri için bkz.: **Erbaş**, Rahime: Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 16 vd.

¹³ **Engisch**, "Tun und Unterlassen", s. 163.

¹⁴ **Gültekin**, Galip: "Ceza Hukukunda İhmal Suçları ve Nevileri", İstanbul Barosu Mecmuası, Cilt:12, 1938, s. 200.

¹⁵ **Maiwald**, Manfred: "İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek", Çev. Cumhuriyet Şahin, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s. 171.

Latince, “*ne bis in idem*”; Türkçe ifadesiyle “*aynı fiilden iki kez yargılama olmaz*” ilkesinin¹⁶ de bir gereğidir.

B. YARGITAY İÇTİHAHLARINDA ORTAYA ÇIKAN PROBLEMLER

Gerçek ihmali suçların aksine görünüşte ihmali suçların neticesinin icrai davranış ile de meydana getirilebilir olması nedeniyle, Türk hukukunda da uygulamada ceza sorumluluğunun icrai ve ihmali davranışlar arasında hangisine dayandırılması gerektiğinin tartışıldığı olaylar mevcuttur. Bu tür olaylara hem 765 sayılı TCK hem de 5237 sayılı TCK döneminde karşılanılmaktadır. 765 sayılı TCK döneminden bir örnek olay şöyledir: “*Samimi kabul edilen ve aksi kanıtlanamayan savunmasında sanık ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta olan ‘ölene fırının kapısını kapatayım mı’ dedikten sonra onun olumlu cevabı üzerine fırının kapısını kapatmış, bu arada şeytanlık edip öleni korkutmak amacıyla çalıştırma ve stop düğmelerine basmış, ölenden kan çıktığını görünce, girdiği psikolojik ortam (panik reaksiyon) içerisinde olay yerinden uzaklaşırken fırın kapısını açmayı düşünememiş, bu durumu ilk karşılaştığı kişilere anlatmıştır. Ölümün havasızlıktan oluşması da bu durumu doğrulamıştır*”¹⁷.

5237 sayılı TCK döneminden bir örnek ise şöyledir; Yargıtay’ın önüne gelen bilhassa bebek terkinin konu olduğu azımsanmayacak sayıda ilginç kararları bulunmaktadır¹⁸. Bu kararlarda iki önemli nokta göz çarpmaktadır.

¹⁶ Bu noktada dikkat çekilmelidir ki; Türk ceza muhakemesi hukukunda kesin hükmün bulunmaması, *muhakeme şartıdır*. Bkz.: CMK md. 172/2: “*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz*”. Md. 223/7: “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*”.

¹⁷ Yargıtay, CGK., 1-60/108, T: 09.04.1990, aktaran: **Hakeri**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83), Ankara, Seçkin, 2006, s. 128.

¹⁸ **Yargıtay**, CGK., 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013. Bebeğin çöp konteynırına bırakılmasını konu alan bir karar için bkz.: **Yargıtay**, 1.CD., 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 02.10.2016). Dere yatağına bırakılmasının söz konusu olduğu bir karar için bkz.: **Yargıtay** 1. CD., 2016/1572 E. , 2016/2536 K., T: 23.05.2016, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2016). Bebeğin poşet ile evin bahçesinde bulunan odunluğa bırakıldığı karar için bkz.: **Yargıtay** 1. CD., 2016/5501 E., 2017/185 K., T: 30.01.2017, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018). Bebeğin yolda dünyaya getirilerek buraya bırakıldığı olay için bkz.: **Yargıtay**, 1. CD., 2016/3338 E., 2017/655 K., T:

Birincisi; belirttiğimiz üzere bu çalışmanın konusunu teşkil eden, hukuki açıdan Yargıtay'ın bu tür vakılarda icrai ve ihmali davranış nitelendirilmesinin nasıl yapılacağına yönelik bir anlayışı henüz ortaya koymamış olmasıdır. İkincisi ise; 2012, 2013, 2016 ve 2017 gibi yeni tarihli Yargıtay kararları, kriminolojik açıdan Türkiye'de bebeğini kendi kendine doğurup, arsa, dere yatağı veya çöp konteyneri gibi yerlere atma vakıaların çokluğunu göstermektedir. 765 sayılı TCK'da yeni doğanın annesi tarafından "*şerefini kurtarmak saiki*" ile öldürülmesi, daha az ceza gerektiren bir hal idi¹⁹. TCK'da böyle bir hal kabul edilmemiş olsa da bebek terki, sosyolojik bir mesele olarak varlığını hala muhafaza etmektedir ve hatta bugün 83. maddenin önemli uygulama alanlarından birini oluşturduğu görülmektedir.

Söz gelimi, 2013 tarihli karara konu olan bir olay şöyledir: Bir anne, dünyaya yeni getirdiği bebeğini bir beze sarılı ve sağ olarak boş bir arsaya bırakır. Bir süre sonra bulunan bebeğin yaşamını yitirdiği tespit edilir²⁰. Benzer şekilde 2017 yılına ait Yargıtay kararına konu olan bir başka olay da şöyledir. "*Oluşa, mevcut deliller ve dosya kapsamına göre, sanığın çocuğunu sağ doğurduktan sonra göbek kordonunu bağlamaksızın önce montu sarıp sonrasında bu montu poşete koyup poşetin ağzını bağlayarak evin bahçesinde bulunan odunluğa koyduğu ve iki gün sonra çocuğun bulunduğu yerde ölü olarak bulunduğu olayda, maktulün bırakıldığı yer, koşullar ve olayın oluşumuna göre ölümün beklenilir bir sonuç olup mutlak ve kaçınılmaz olduğu anlaşılmalı, sanık hakkında TCK'nun 83. maddesinin uygulanması..., bozmayı gerektirmiştir*"²¹. Bu tür olaylarla yerel mahkeme ile Yargıtay arasında ceza sorumluluğu gerektiren hareketin icrai mi yoksa ihmal mi nitelikte olduğu hususunda fikir ayrılıkları olduğu, açıkça görülmektedir.

2005 sonrası bu tartışmanın şöyle bir önemi bulunmaktadır: Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun düzenlendiği TCK'nın 83. maddesine göre temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş

06.03.2017, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.08.2017).

¹⁹ 765 Sayılı TCK: **Md. 453**: "*Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir*".

²⁰ **Yargıtay, CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013. Bu kararı analiz eden bir çalışma için bkz.: **Avcı, Mustafa/Yerdelen, Erdal**: "Karar İncelemesi- Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayırımı", GÜHFD, Cilt: 19, Sayı: 1, 2015, s. 63-190.

²¹ **Yargıtay 1.CD.**, 2016/5501 E., 2017/185 K., T: 30.01.2017.

yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir. Aynı şekilde kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunun düzenlendiği TCK'nın 83. maddesine göre kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilecektir. Böyle bir ceza indirimi imkânı karşısında; her iki davranış şeklinin bulunduğu durumlarda icra ve ihmalin ayırt edilmesi önem taşımaktadır.

C. DAVRANIŞ NİTELENDİRİLMESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK ÖLÇÜTLER

1. Genel Olarak

Alman öğretisinde “keçi kılı”, “bisiklet sürücüsü”, “eczacı”, “kokain”, “sağlıkçı”, “reanimatör”, “kamyon” ve “AIDS” olarak adlandırılan olaylar her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu izlenimi vermesi ile davranış nitelendirilebilmesi zorluğunu gün yüzüne çıkarmıştır. Bu zorluğu aşmak için mahkeme kararlarında ve öğretide çeşitli ölçütler geliştirilmiştir²². Bu ölçütlerin tasnifi, şu ana kadar temel olarak *doğal - ontolojik* ve *normatif* teoriler olarak yapılmıştır²³. Bu çalışmada ise şöyle bir yol izlenecektir:

İlk olarak, kendi içinde *vücut hareketi görüşü*, *nedensellik görüşü* ve enerji kullanımı görüşü ile nedensellik görüşünü birleştiren *karma görüş* olarak *doğal teoriler* altında tasnif edilen ölçütler²⁴, “*gerçeklik teorileri*” altında tasnif edilecektir.

İkinci olarak, *sosyal mana görüşü*, *ithamın ağırlık noktası görüşü*, *karma görüş* ve *icraya ağırlık veren görüş* olarak *normatif teoriler* üst başlığında sıralanan ölçütler²⁵ “*değerlendirme teorileri*” şeklinde tasnif edilecektir. Her ne kadar normatif unsurlar, (bir açıdan) değerlendirme gerektiren unsurları ifade etmekte iseler de bu ölçütlerin dayandıkları bir norma ilişkin herhangi standart veya ölçüt mevcut değildir. Çünkü burada bir

²² Bu ölçütler, *Hakeri* tarafından 2003 tarihli eserinde tasnif ederek etraflıca ele alınmıştır. Bunlar için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 68-98.

²³ Bu tasnifler için ayrıca bkz.: **Brammsen**, Joerg: “Tun und Unterlassen? Die Bestimmung der Strafrechtlichen Verhaltensformen”, GA, Cilt: 149, Sayı: 4, 2002, s. 194-195.

²⁴ **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 70-79.

²⁵ **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 80-85. Ayrıca bkz.: **Gössel**, Karl Heinz “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, ZStW, Cilt: 96, Sayı: 2, 1984, s. 325.

normatif ölçütten ziyade, hukuki bir değerlendirme yapılmaktadır. Gerçekten Alman ceza hukukunun tarihi gelişimine bakıldığında da icra-ihmal ayrımında yürütülen tartışmaların çıkış noktasının, “gerçeklik-değerlendirme” ekseninde ilerlemiş olduğu görülür²⁶. Keza *ithamın ağırlık noktası görüşünün*²⁷ yanı sıra Alman öğretisinde bağımsız bir *normatif görüş*²⁸ de ayrıca sıralanmaktadır.

2. Değerlendirme Teorileri

a. “Sosyal Mana”²⁹ Görüşü

Sosyal hareket teorisinin savunucularından *Eberhard Schmidt* 1939 yılında yayınladığı bir eserinde hareketi, “sosyal anlam içeren davranış” olarak tanımlamış ve sonrasında “sosyal anlam bizim icradan mı yoksa ihmalden mi bahsetmemiz gerektiğine karar verir” şeklindeki görüşü ile icra-ihmal ayrımında sosyal anlamı bir ölçüt olarak kabul etmiştir³⁰. Bunu şöyle bir örnekle açıklamıştır: Hekimin hastayı iyileştirmek amacıyla yaptığı tıbbi müdahale nedeniyle bir zararın meydana gelmesi ile aynı zararın tıbbi meslek hatası nedeniyle meydana gelmesi arasında hukuki açıdan hiçbir farklılık bulunmamaktadır³¹. Her iki olayda da hekimin hareketi olmasaydı

²⁶ 1957 tarihli kamyon sürücüsü olayı olarak anılan, kamyon sürücüsünün önündeki araç (bisiklet sürücüsü) ile zorunlu mesafeyi bırakmadığı ve bisiklet sürücüsüne çarptığı olayda *Mezger*, gerçeklik meselesi- değerlendirme meselesi ekseninden konuyu ele almıştır. Bkz.: *Mezger*, Edmund: “Straf- und Strafprozessrecht”, JZ, Cilt: 13, Sayı: 9, 1958, s. 281.

²⁷ *Stoffers*, Kristian F.: Die Formel ‘Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit’ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, s. 28 vd.

²⁸ *Stoffers*, s. 81 vd.

²⁹ Almanca kaynaklarda geçen “*der soziale Sinn*” olarak ifade edilen bu kavram, ilk kez *Hakeri* tarafından “*sosyal mana*” olarak isabetli biçimde Türkçe’de ifade edilmiştir. Bkz. *Hakeri*, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 80. Bu çalışmada da *Hakeri*’nin çevirdiği şekilde “*sosyal mana*” ifadesi kullanılacaktır.

³⁰ *Schmidt*, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht, Leibziger rechtswissenschaftliche Studien, No: 116, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939, s. 80.

³¹ *Schmidt*, s. 80. Bu örneği *Ranft* şöyle biraz daha ileriye götürmektedir: “*Hekim A, hastası B’yi ameliyata alıp, ameliyat sırasında B’nin vücudundan kan gelirken bırakması durumunda hekimin icra nedeniyle mi yoksa ihmal nedeniyle sorumlu olacağı, hekimin kastına bağlıdır. Buna göre hekim A, ameliyatın hastasını vücudundan kan gelirken bırakmayı en başta amaçlamış ise bu durumda hastasının yaşamına yönelik hekimin davranışının sosyal anlamı nedeniyle hekim icra suretiyle insan öldürmeden sorumlu olacaktır. Ancak hekim ameliyatı sırasında hastasının vücudundan kan gelirken bırakmayı amaçlamış ise bu durumda ameliyatının kurallarına uygun şekilde yapılmasının ihmali nedeniyle hekim, ihmal suretiyle insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır*” (*Ranft*, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, s. 345).

netice gerçekleşmeyecekti³². Bu şekilde ne netice ne de nedensellik bağı, esasında birer ayırım ölçütü olabilmektedir. Diğer bir anlatımla bu iki olay arasındaki ayırım, “davranışın dış dünyadaki resmine göre değil; davranışın sosyal manasına göre yapılabilir”³³. Schmidt’e göre bu iki olay arasındaki farklılık, bir neticeyi engellemek ile bir neticeye neden olmak arasındaki hukuki değerlendirmede yatmaktadır ki; bu da sosyal anlamının değerlendirilmesini ifade eder³⁴. Hatta bu olayı bir annenin evi temizlerken kullandığı içerisinde sinek öldürücü zehir bulunan şişeyi yere bırakması ve iki yaşındaki çocuğunun da bunu bulup içmesi sonucunda ağır yaralanması örneği ile açıklar. Burada annenin şişeyi yere bırakması anını dikkate alınarak annenin icrai davranışından sorumluluğuna gidilemeyeceğini; zira bu olayda sosyal açıdan anlamı olanın, annenin çocuğunun başına gelebilecek neticeyi engellememesi olduğunu savunur³⁵.

Bu görüşe göre bir kimse neticeyi engellememiş ise, bu durumda belirleyici olan bu kimsenin bu neticeyi engellemeye yönelik yükümlülüğünün mevcut olup olmadığıdır. Eğer mevcut ise kişi, bu hukuki yükümlülüğü nedeniyle ilgili görünüşte ihmali suçtan sorumlu olmalıdır³⁶. Ancak bu kabul, icrai davranışla birlikte neticeyi önlemeye yönelik hukuki yükümlülüğün olduğu ve kişinin pasif kaldığı tüm olaylarda istisnasız biçimde ihmali suçun tercih edilmesi ile sonuçlanır. Bu doğrultuda, bebeğini boş bir arsaya bırakıp giden anne, neticeyi önleme yükümlülüğü olduğu için kasten öldürmenin ihmal suretiyle gerçekleştirilmesinden sorumlu olacaktır. Keza hekim suni solunum cihazına bağlı hastanın solunum cihazı ile bağlantısını keser ya

³² Schmidt, s. 80.

³³ Schmidt, s. 79.

³⁴ Schmidt, s. 80. Schmidt’in bu değerlendirmelerini ele alan bir çalışma için ayrıca bkz.: Stoffers, s. 144-145.

³⁵ Schmidt, s. 79. Schmidt’in verdiği bu örneği değerlendiren bir çalışma için bkz.: Spindel, Günter: “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, Festschrift Für Eberhard Schmidt, Yay. Haz. Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas, 2. bs., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, s. 188-189.

³⁶ Schmidt, s. 80. Bununla birlikte tıbbi müdahalelere ilişkin sınırlandırma, her iki davranış şeklinin biraradalığı meselesinin önemli bir parçasını oluştursa da esasında Schmidt, sosyal mana görüşünü hekimin cezai sorumluluğu bağlamında tartışmıştır. Buna göre hekimin neticeyi engelleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile neden olduğu netice ile meslek hatası ile neden olduğu aynı netice arasında ayırım yapmak istemiştir. Kanaatimizce, Schmidt aslında her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar açısından geçerli bir ölçüt geliştirmeyi en azından başlangıçta amaçlamamıştır. Nitekim Geilen, tıbbi müdahalelere ilişkin sınırlandırma probleminde Schmidt’in geliştirdiği bu ölçüte başvurmuştur. Bkz.: Geilen, Gerd: “Neue juristisch- medizinische Grenzprobleme”, JZ, Cilt: 23, No: 5-6, 1968, s. 151.

da hastanın yaşam fonksiyonunu devam ettirici iğnelerin yapılmasını tekrarlamaktan vazgeçer ise bu durumda, davranışının sosyal manasına göre değerlendirdiğinde hekimin ihmal nedeniyle sorumlu tutulması gerekmektedir³⁷.

Sosyal mana ölçütü, birçok açıdan eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin başında ölçütün değerlendirmeye dayanan bir ölçüt olarak, aşırı şekli ve sınırsız oluşu gelmektedir³⁸. Keza sosyal hareket teorilerinin savunucularından olan *Jescheck* de konu icra-görünüşte ihmal ayrımı olduğunda bu ölçütün tam anlamıyla faydalı bir ölçüt olamayacağını belirtmiştir³⁹. *Brammsen*, bu ölçüte göre icra ya da ihmal hangisinin seçilirse seçilsin bu seçimin “*ispat edilemez*” nitelikte olduğunu savunmuştur⁴⁰. *Hakeri* de ölçütün belirsizliği nedeniyle hukuk güvenliği açısından kullanılamayacağı kanaatinde⁴¹. Nitekim *Gössel*'e göre de bu belirsizlik nedeniyle aslında teorisinin uygulanabilirliği bulunmamaktadır⁴².

b. İthamın Ağırlık Noktası Görüşü

Davranışın sosyal manasına göre öğretide yapılan bu çözümün Almanya'da uygulamacılar tarafından benimsenmediği, 1954 yılında *Yüksek Mahkeme (BGH)* önüne gelen bir olayla anlaşılmıştır. Çünkü bu tarihli karar ile Mahkeme, “*ithamın ağırlık noktası*”⁴³ olarak adlandırılan yeni bir ölçüt ortaya koymuştur. Bu açıklamalarımıza geçmeden, Türk ceza hukuku açısından bu konuyla ilgili birkaç noktaya dikkat çekilmesinde yarar vardır. Buna göre, Türk ceza hukuku öğretisinde “*ithamın ağırlık noktası*”⁴⁴ görü-

³⁷ **Geilen**, s. 151.

³⁸ **Ranft**, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, s. 344. Ayrıca *Sieber*'e göre bu ölçüt sınırsız olmanın ötesinde, “*temelden yoksun*” bir ölçüttür. Bkz.: **Sieber**, Ulrich: “Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der “passiven” Gesprächsteilnahme”, JZ, Cilt: 38, Sayı: 11-12, 1983, s. 436.

³⁹ **Jescheck**, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1988, s. 546. Ayrıca bkz.: **Sieber**, s. 433.

⁴⁰ **Brammsen**, s. 197.

⁴¹ Bu eleştiri ve bu görüşe yöneltilen başkaca eleştiriler için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 80.

⁴² **Gössel**, s. 325.

⁴³ İthamın ağırlık noktası ölçütü, daha önce şu sorularla somutlaştırılmıştır: “*Somut olayda duruma göre kinama, neye, hangi davranışa yönelmektedir? Başka deyişle hukuk hangi davranışı kinamaktadır? İhmali davranışı mı, yoksa icra hareketini mi?*” (**Yüce**, s. 208).

⁴⁴ Esasında teorisinin adı konusunda bile tam bir fikir birliği bulunmamakta idi. Örneğin “*ithamın ağırlığı*”, “*failin davranışının ağırlığı*” ve “*failin ağırlık noktası*” gibi teoriye Alman hukuku uygulamalarında çeşitlili adlar verilmiştir (**Stoffers**, s. 59). Ayrıca bkz.:

şüne çeşitli yazarlar tarafından değişik yıllarda yer verilmiştir⁴⁵. Bu doğrultuda ölçütün Türk ceza hukuku öğretisinde bilinen bir ölçüt olduğu söylenebilir. Bununla birlikte en başta bu ölçütün Türk ceza hukuku sistematüğinde icra-görünüşte ihmali suç ayırımında hiç başvurulmamış, yeri olmayan bir ölçüt olduğunun da belirtilmesi gerekir. Bunun en temel nedeni, teorinin suç ve yaptırım teorilerinin sistematüğinden değil; doğrudan Alman hukuku uygulamacılarının somut olaya dayanan değerlendirmelerinden doğmuş olmasıdır. Uygulamanın geliştirdiği bu ölçüt⁴⁶, başta *Mezger*⁴⁷ olmak üzere Alman öğretisinde bir kısım yazarlar tarafından da desteklenmiştir⁴⁸. Bunun yanı sıra *Roxin* de bugün hala Alman mahkeme kararlarında “*ağırlık noktası*” ölçütünün, baskın olarak uygulama alanı bulduğunu ifade etmektedir⁴⁹. Ayrıca ölçütün, icra- görünüşte ihmal ayırımı için geliştirilen eski ölçütlerden biri olması da dikkate alındığında ölçüte kısaca çalışmamızda yer verilmesinde biz de fayda görüyoruz.

Almanya’da 1954 tarihli bir karara konu olay şöyledir: Dört çocuk sahibi bir kadın, savaş nedeniyle eşini kaybetmiştir. Yanında ikamet eden kızı, başkasıyla evli olan 29 yaşındaki bir tacirle ilişki yaşamaya başlamıştır. Bu tacir sıklıkla bu kişinin evine gelip onu ziyaret etmektedir. Anne de bu tacirin, kızı ile ilişki yaşamak için ara ara evlerine gelmesine göz yummak-

Brammsen, s. 198; **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 81.

⁴⁵ Buna göre, ilk olarak 1938 yılında *Gültekin* tarafından icra ve ihmalin karıştığı durumlar için ayırım olarak ithamın ağırlığını esas aldığı gösteren tespitlere yer verilmiştir. Buna göre, “...failin istisnaî ihmâl hududunu, başlı başına cezayı müstelzim bir fiil ile aşmamış olmasıdır. Aksi takdirde istisnaen icra suretile irtikâp edilmiş gayri hakikî ihmâl suçundan bahsedilemez” (**Gültekin**, s.202). Bu açıklamalar şu anlama gelmektedir: Bir olayda ihmâl ve icra iç içe ve icra tek başına suç oluşturacak kadar baskın ise icrai suç hükümleri uygulanır, çünkü itham icrada daha yoğun halde karşımıza çıkmış olmaktadır. Yine *Yüce*’nin 1982 tarihli eserinde “Somut olayda duruma göre knama, neye, hangi davranışa yönelmektedir?” sorusu ile kavramı ile karşımıza çıkmaktadır. Bkz.: **Yüce**, s. 208. Nihayet *Hakeri* tarafından 2003 tarihli eserinde nispeten detaylı olarak Türk hukukunda yer verilmiştir. Bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 81-83. Dikkat çekmek gerekir ki; ölçüt Türk hukuk literatüründe, Alman hukuku literatüründen de yararlanılan eserlerde karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁶ **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 81.

⁴⁷ **Mezger**, s. 281-282.

⁴⁸ Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.76, dn.112.

⁴⁹ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.76. Alman hukukunda kabahatlerde de ithamın ağırlık noktasına işaret edildiği görülmektedir. Bkz.: **Valerius**, Brian: Beck’scher Online Kommentar OWiG, Yay. Haz. Jürgen-Peter Graf, 20. bs., Münih, Verlag C.H. Beck, 2018, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 25.12.2018), § 8, kn.3.

tadır. Daha sonrada bu kişinin sekiz aylık hamile olduğu anlaşılır. Bu olayda annenin, kızı ile hâlihazırda başkasıyla evli birisi ile ilişki yaşamasına müdahale etmeyerek mi yoksa böyle bir ilişkiye izin vermesi nedeniyle mi *zinaya teşvik suçundan*⁵⁰ cezalandırılması gerektiği tartışılmıştır. Bu olayda Yüksek Mahkeme, ilk kez “*ithamın ağırlık noktası*” ölçütüne yer vermiş ve şöyle bir uyarı yapmıştır: “*bir olayda cezalandırılması gereken davranışın icra mı ihmal mi şeklinde bir tartışma yapılması, her bir davranışa aşırı önem verme daha doğrusu abartılı vurgu yapılması anlamına gelir*”⁵¹.

Benzer şekilde 1957 yılına ait bir başka Yüksek Mahkeme kararında da aynı ölçüt kullanılmıştır. Buna göre önündeki bisiklet sürücüsü ile arasındaki zorunlu mesafeyi tutmayıp onu sollayarak ölümüne neden olan kamyon sürücüsü bu mesafeyi 1-1,5 metre arasında tutması gerekirken 75 cm tutması şeklindeki ihmali nedeniyle değil; bisiklet sürücüsünü sollamak suretiyle çarpması ve ölümüne neden olması şeklindeki icrai davranışı nedeniyle sorumlu olacağını kabul edilmiştir⁵². *Mezger*'e göre burada ağır basan -önlendeki olay, aradaki mesafeyi tutmamak değil, pozitif bir davranışla -sollayarak sürücüye çarpması- bisiklet sürücüsünün ölümüne neden olmasıdır⁵³. *Mezger*, bu olay için şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “*İcra-ihmal arasındaki ayırım, aslında olayların dış dünyadaki oluşumuna [gerçekliğine] değil; hukuki ithamın neye yönelik olduğuna bağlıdır. Buna göre bu ayırım meselesi, dış dünyadaki bir gerçeklik değil, bir değerlendirme meselesidir*”⁵⁴. Bu değerlendirmeleri nedeniyle “*ithamın ağırlık noktası*” görüşü, *Mezger*'e dayandırılmaktadır⁵⁵. Bu ölçütü tanımlamak isteyen eserler de *Mezger*'in bu açıklamalarına atıf yapmakta, “*itham*”, “*ithamın neye yönelik olduğu*” ve “*değerlendirme*” şeklindeki dayanak noktaları ile ölçütü ortaya koymaya ve yargı kararları ile desteklemeye çalışmaktadır⁵⁶. Çünkü bu ölçütün esasında tam bir tanımını vermek, neredeyse imkânsızdır. Öyle ki *Roxin* de ithamın ağırlık noktasına göre yapılan ayırımı, “*duygulara dayanan bir*

⁵⁰ Bu suç (*Almanca: Kuppelei*), Alm. CK'da 181. maddesinde düzenlenmekteydi. Bu madde 1973 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵¹ **BGH**, GSt 3/53, T: 17.02.1954, **NJW**, Cilt: 7, Sayı: 20, 1954, s. 768, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi:21. 12. 2018).

⁵² **BGH**, 4 StR 354/57, T: 25.09.1957, **NJW**, Cilt:11, Sayı: 4, 1958, s. 149, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018). Ayrıca bkz.: **Mezger**, s. 280.

⁵³ **Mezger**, s. 282. Ayrıca bkz.: **Stoffers**, s.33.

⁵⁴ **Mezger**, s. 281.

⁵⁵ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.75.

⁵⁶ **Stoffers**, s. 20-21 ve ayrıca s. 39-40.

karar (Gefühlsurteil)” olarak nitelendirmiştir⁵⁷. Buna göre keçi kollarını arındırmadan işçilere vererek işçilerin ölümüne neden olan işveren⁵⁸, bunları işçilere verme hareketi değil; arındırmama şeklindeki ihmali davranışı nedeniyle sorumlu olmalıdır⁵⁹. Yahut ta reçete sormadan hastaya ilaç veren ve sonrasında hastanın öldüğü olayda⁶⁰ eczacı, ilaç verdiği için değil; reçeteyi sormama şeklindeki ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulacaktır⁶¹.

İthamın ağırlık noktası ölçütü, birçok açıdan eleştirilmiştir⁶². Esasında bu teori için problem, ilk olarak terminoloji (“*itham*” ve “*ağırlık*”) ile başlamaktadır. Öyle ki itham kavramından hukuki olarak ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır⁶³. Bununla birlikte Alman öğretisinde yazarlar ithamın “*kusur*” ile ilgili olduğu görüşündedir. Suçlar da kişinin kusuruna göre ayırt edilemeyeceğine göre bu görüşün, herhangi bir ölçüt sunmadığı⁶⁴ ve mantıki bir temel içermediği eleştirisi yaygın olarak dile getirilmektedir⁶⁵. Ayrıca ölçütün belirsiz ve hatta duygulara dayanan bir yargıyla sonuçlandığı ifade edilmektedir⁶⁶. Keza *Jescheck/Weigend* de bunu “*kontrol edilemez bir formül*”

⁵⁷ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.80.

⁵⁸ Keçi kılı olayı (*Ziegenhaar-Fall*) olarak anılan bu karar için bkz.: **RGSt**, I 1265/28, T: 23.04.1929, (çevrimiçi) <https://opiniojuris.de/sites/default/files/RG,%2023.04.1929%20-%20I%20126528%20-%20RGSt%2063,%20211.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.04.2019).

⁵⁹ **Stoffers**, s. 31-32. Ayrıca bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.75.

⁶⁰ **RGSt** 15, 151, aktaran: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.74.

⁶¹ Kişi, ihmal suretiyle taksirle öldürme nedeniyle sorumlu tutulacaktır (**Stoffers**, s. 30-31). Ayrıca bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.75. Türk hukukunda bu örneği ele alan *Yüce*, ithamın ağırlık noktası görüşünü benimsemiştir. Buna göre, “*hukuk hangi davranışı kınamaktadır?*” sorusunu sorarak şu sonuca ulaşmıştır: “*...eczacı olayında kınanması gereken veya daha doğrusu daha çok kınanması gereken davranış, zehirli ilâcın birkaç kez eski reçete ile verilmesidir. Bununla birlikte sorun bir değerlendirme sorunu olduğu için bu eylemi ihmal (yani reçete istememek) saymak olanağı vardır*” (**Yüce**, s. 208).

⁶² Türk hukukunda bu eleştirilere yer veren bir çalışma için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 82-83.

⁶³ **Stoffers**, s. 3 ve s. 59.

⁶⁴ **Stoffers**, s. 20. Bu bağlamda kusur öğretisindeki bir yargı ile suçun maddi unsurları nasıl belirleneceği, bir muamma olarak görülmektedir. Bkz.: **Spendel**, s. 191. Hatta *Roxin*, ithamın ağırlık noktası görüşünü *çözümstüz kısır bir döngüye* benzetmektedir. Çünkü ona göre doğal olarak icrai suçlarda icraya yönelik; ihmali suçlarda ihmale yönelik hukuki itham mevcuttur (**Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.79).

⁶⁵ Bkz.: **Stoffers**, s. 58. Ayrıca bkz.: **Brammsen**, s. 199.

⁶⁶ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.80. Buna göre ithamın hangisine yönelik olacağına karar vermek için kişinin ilk olarak olayda icra mı ihmal mi hangisinin söz konusu olduğuna karar vermesi zorunludur (**Gössel**, s. 325; **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.79).

olarak nitelendirmiş⁶⁷ ve bu noktada yargı kararlarının “belirsizlik” ortaya koyduğunu ifade etmiştir⁶⁸. Önemli bir diğer eleştiri ise şayet her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bir icrayla bağlantılı ise bu durumda taksir ve ihmal ayrımının yapılamayacağına ilişkindir⁶⁹. Bu eleştirinin gerekçesi ise teorik olarak tüm taksirli suçlarda hâlihazırda bir ihmalin mevcut olduğudur. Buna göre taksirin icra ve ihmali her iki şekli bakımından ithamın ağırlığının hangisinde olması gerektiği, belirsiz kalmaktadır⁷⁰. Bu noktada garantörlüğün söz konusu olmadığı hallerde aktif bir enerji harcamasıyla (icrai davranışla) meydana getirilen taksirli suçların ayrımının yapılması da zorlaşacaktır⁷¹.

c. Şüphe Halinde İcraya Ağırlık Veren Görüş

Davranışın hem icrai hem de ihmali şekli ile birlikte gözüktüğü ve bu nedenle ceza sorumluluğunun hangisine dayandırılacağı belirlenemediği olaylarda icraya ağırlık verilmesinin, her zaman için en basit çözüm olacağı ifade edilmektedir⁷². Bu bağlamda örneğin *Jescheck/Weigend*, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bakımından icrai davranışın meydana gelen netice bakımından nedenselliğinin bulunduğu hallerde *icranın önceliği (içtima) kuralı* gereğince uygulama yapılması gerektiği görüşündedir. Şayet,

⁶⁷ **Jescheck**, Hans- Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil., 5. bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, s. 604.

⁶⁸ **Jescheck/Weigend**, s. 605. Aynı eleştiriler için ayrıca bkz.: **Ranft**, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, s. 344.

⁶⁹ **Spendel**, s. 193; **Stoffers**, s. 61; **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.81.

⁷⁰ Taksirli suçların gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmamasında da ihmali davranışın gizli biçimde bulunduğu *Engisch* tarafından dikkat çekilmiştir. Bkz.: **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 187-188. Ayrıca bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.81.

⁷¹ Hatta kanuna aykırı bir şekilde söz konusu olacaktır. Nitekim Alm. CK'nın 222. maddesi sadece bir başkasının ölümüne taksirli olarak neden olmaktan bahsetmektedir. Bu durumda örneğin bir eczacının reçetesiz bir kimseye ölüme neden olabilecek bir ilaç vermesi halinde, eczacının reçeteyi talep etmeyi ihmal etmesini ağırlık noktasına koyarak eczacının ceza sorumluluğunun tartışılmaması söz konusu olamaz. Çünkü 222. madde sadece aktif hareketle işlenen taksirle öldürme suçunu cezalandırmaktadır (**Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.82). Keza geçmişte görünüşte ihmali suçları açıklayan görüşlerden biri de görünüşte ihmali suçları taksirle işlenen suçlar grubunda telakki etmekteydi. Bu görüşe yer veren bir çalışma için bkz.: **Dönmezer**, Sulhi: “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İÜHF, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 1944, s. 478-480.

⁷² **Kaufmann**, Arthur: “Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”, Festschrift Für Wilhelm Gallas, Yay. Haz. Karl Lackner/Heinz Lefrenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst A. Wolff, Berlin/New York, De Gruyter, 1973, s. 212. Bununla birlikte *Arth. Kaufmann* da taksirli suçlarda sıklıkla icranın arkasında ihmalin yer aldığına dikkat çekmiştir. Bkz.: **Arth. Kaufmann**, s. 212.

icrai davranışın suç oluşturmadığı ya da failin kusurunun bulunmadığı hallerde ihmalin araştırılması gerektiğine işaret etmiştir⁷³. Bu görüşe göre, keçi kılı olayında işçilere keçi kıllarını arındırmaksızın veren işveren, arındırılmamış kılları işçilere verme hareketi nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Çünkü burada en başta icrai bir suçun tipik olarak mevcudiyeti söz konusudur⁷⁴. Ancak A, B'yi kusuru olmaksızın bıçakla yaralamış sonra da B'yi vücudundan kan gelmesine rağmen bulunduğu yerde bırakıp gitmiş ise A'nın kusurunun yokluğu sebebiyle bu icrai davranışı nedeniyle cezalandırılması söz konusu olamayacaktır. Ancak B'yi bırakıp gitmesi şeklindeki ihmali davranışından sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁵.

Bu ölçüt de eleştirilerle karşılaşmıştır⁷⁶. En temelde her iki davranış şeklinin bulunduğu her olayda çözümün bu kadar basit olmadığına, dikkat çekilmiştir⁷⁷. Benzer şekilde *Jescheck/Weigend* de kural olarak bu görüşün savunulabileceğini, fakat bu görüşün her durumda bir çözüm getirmediğine de dikkat çekmiştir⁷⁸. Bu görüş, içtima öğretisinde ihmalin icra karşısında geri çekilmesi prensibi ile bağdaşan bir görünüm arz etse kanaatimizce bazı hallerde problem teşkil etmektedir. Örneğin bir kimse trafik kurallarına uymayarak taksirle bir kimsenin yaralanmasına neden olur ve sonrasında hastane götürmemesi sonucu yaralı ölür ise bu görüşe göre icranın üstünlüğü sebebiyle taksirle öldürmeden sorumlu tutulması gerekir. Oysaki bu sonuç, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan kaynaklanan kasten ihmali davranışla öldürme suçunun uygulanabilme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir anlatımla ihmali suçun unsurunda icranın yer aldığı hallerde, sadece unsurun cezalandırılması ile yetinilmiş olmaktadır. Bu da söz konusu

⁷³ **Jescheck/Weigend**, s. 603. Aynı görüşte bkz.: **Spendel**, s. 194; **Gropp**, Walter: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. bs., Berlin- Heidelberg, Springer, 2015, § 11, kn.134-135.

⁷⁴ Bu görüşe göre; kılların arındırılmaması bir tehlike olarak karşımıza çıksa da bu tehlike, tipiklik olarak meydana getirmemektedir (**Gropp**, § 11, kn.133). Aynı şekilde *Gropp*'a göre tedavisi mümkün olmayan ve ağır acılar içerisindeki hastanın solunum cihazını hekimin kapatması durumunda, hastanın bir süre daha yaşayabilme imkânı ortadan kaldırıldığından icrai bir davranış söz konusudur. bkz.: **Gropp**, § 11, kn.155. Aynı şekilde bu görüşü savunan *Jescheck/Weigend*'e göre reçete sormaksızın hastanın yakınına ilaç verip ölümüne neden olan kişi ile bisiklet sürücüsü ile arasındaki zorunlu mesafeyi tutmayıp ve sollayarak onu yaralayan kamyon şoförü icrai davranışı nedeniyle cezalandırılacaktır. Bkz.: **Jescheck/Weigend**, s. 604.

⁷⁵ Örnek için bkz.: **Gropp**, § 11, kn.136.

⁷⁶ Bu eleştiriler için bkz.: **Hakeri**, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri*, s. 84.

⁷⁷ Bkz.: **Arth. Kaufmann**, s. 213.

⁷⁸ **Jescheck/Weigend**, s. 605.

ihmali suçun ihdas edilmesini anlamsızlaştırmakta ve *ratio legis* ile bağdaşmamaktadır.

3. Gerçeklik Teorileri

Yukarıda “*değerlendirme teorisi*” olarak sıraladığımız *sosyal mana görüşü*, *ağırlık noktası görüşü* ve *icraya ağırlık veren görüşün*, “*normatif teoriler*” olarak da anıldığını belirtmiştik. Buna göre her iki davranış şeklinin bulunduğu durumlarda her iki davranış şekli, normlar karşısında eşittir. Diğer bir anlatımla normlar, böyle bir tabloya eşit mesafede durmaktadır. Bu nedenle normatif bakış açısından ontolojik dünyada çeşitlilik arz eden bu durum, bir özellik arz etmemekte; iki farklı normun da içeriğini doldurabilmektedir. Bu nedenle çözüm, yine ontolojik evrede yatmaktadır⁷⁹.

Buradan hareketle, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda icrai suç ve görünüşte ihmal ayrımının yapılabilmesi için gerçeklik teorileri olarak tasnif ettiğimiz *vücut hareketi*, *enerji kullanımı*, *nedensellik bağı* ve enerji kullanımı ile nedensellik bağının bir arada değerlendirildiği *karma teori* olarak bir takım ölçütler ortaya konulmuştur. Bunlar sıralanmadan en başta belirtilmesi gerekir ki gerçeklik teorilerinin en önemli özelliği, hareket kavramını açıklamaya yönelik görüşlerin daha sonra icra- ihmal ayrımına da uyarlanmasının sonucu olmalarıdır. Bunlar Türk ceza hukuku öğretisinde daha önce ele alınmıştır⁸⁰. Bu nedenle bu çalışmada bu teorilere kısaca yer vermekle yetinilerek, esas itibarıyla bugün kabul edilen görüşlere ve kendi çözümümüze yer vereceğiz.

a. *Vücut Hareketi Görüşü*

Hareket kavramını ve bağlantılı olarak ihmal kavramını ontolojik olarak açıklamak için *v. Liszt*, bir anlayış ortaya koymuştu⁸¹. Kısaca ifade etmek gerekirse bu görüşe göre hareket, iradi olarak dış dünyada bir değişikliğe (insanlar veya eşyalar üzerinde) neden olmak veya böyle bir değişikliği engellemektir. Buna göre hareket, öncelikle *iradi insan davranışını* gerektirir⁸². İradi insan davranışı, kişinin hareket ettirici sinirlerinin mekanik

⁷⁹ İcra- ihmal ayrımının normatif bakış açısına dayanan teorilerle çözülemeyeceğini; çözümün hukuk öncesi (ontolojik) bakış açısında olduğunu savunan bir görüş için bkz.: **Gössel**, s. 325.

⁸⁰ Bu teorilere ilişkin detaylı açıklamalar için **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s.72-79.

⁸¹ Ayrıca bkz.: **Stoffers**, s. 70.

⁸² **von Liszt**, Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. yeniden çalışılmış, Berlin, J. Guttenberg, Verlagsbuchhandlung, 1900, s.102. *v.Liszt'in* görüşlerini Türk hukukunda

ya da psikolojik baskı olmaksızın sınırlardan alınan uyarılarla beslenerek kişinin tasavvuru ile oluşmasını ifade eder. Bu şekilde bu görüşe göre icra ve ihmal, hareketin birer şeklidir⁸³.

v. *Liszt'in* bu temel kabulleri, daha sonra her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu izlenimi veren olaylarda icra ve ihmali ayırmak için de başvurulan bir ölçüt olmuştur. Buna göre örneğin hekimin, hastasının eşinin verdiği bilgilere dayanarak hastaya uzaktan yanlış teşhis koyması ve daha sonra hastanın vücudundan kan gelmesi üzerine hastanın evine gidip tedavi etmeyi ihmal etmesi olayında⁸⁴ hekim, icra sebebiyle sorumlu tutulmalıdır. Zira hekim, hastanın eşine uzaktan tedavi talimatları vererek aktif bir davranışla ölüm neticesine yol açmıştır⁸⁵. Ancak bu olayda v. *Liszt'in* iradi olarak dış dünyada bir değişikliğe neden olma veya böyle bir değişikliği engellememe şeklinde yaptığı tanımında, davranışın her iki şekli de mevcuttur. Keza örnekte de hekim neticeye, daha sonra hastanın vücudundan kan geldiğinde gitmeyerek de neticeyi engellememiştir. Bu nedenle belirtilmesi gerekir ki; bu görüş her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda icra ve ihmali ayırmak için elverişli bir ölçüt değildir. Sadece, hareket kavramının ve şekillerinin varlığını açıklamak için geliştirilmiştir. Somut olayda davranışın nitelendirilmesi güçlüğüne ilişkin bu görüşün herhangi bir çözümlü bulunmamaktadır⁸⁶.

b. Enerji Kullanımı

Vücut hareketi görüşü, büyük ölçüde *Engisch* tarafından geliştirilerek enerji kullanımı teorisi ortaya konulmuştur⁸⁷. Buna göre 1931 yayınladığı eserinde *Engisch*, davranış kavramını ortaya koyarken icrai davranışı anlatmak için belli bir yönde (kanunda belirtildiği şekilde) *enerji harcaması*; ihmali davranışı anlatmak için de belli bir yönde (kanunda belirtildiği

dile getiren temel bir eser için bkz.: **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket- Netice- Sebepiyet Alakası), s. 36-37. Ayrıca bkz.: **Erbaş**, s. 21-23.

⁸³ **von Liszt**, s. 102 ve s. 105. Ayrıca bkz.: **Gössel**, s. 325.

⁸⁴ Örnek için bkz.: **Gössel**, s. 324.

⁸⁵ **Gössel**, s. 327.

⁸⁶ Bunun dışında teori, vücut hareketini esas aldığı için herhangi bir baskı olmaksızın gerçekleşen diğer irade dışı haller örneğin epilepsi hastasının hareketi gibi haller dikkate alındığında en baştan problemlili bir ölçüt olmaktadır. Bu görüş ve eleştiriler için bkz.: **Brammsen**, s. 200. Başkaca eleştirilere bir arada Türk hukukunda yer veren bir çalışma için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 72.

⁸⁷ **Sieber**, s. 432. Nitekim **Gössel** de belli bir yönde enerji harcama görüşünün v. *Liszt'in* ortaya koyduğu iradi bedeni hareket görüşüne benzediğini dile getirmiştir. Bkz.: **Gössel**, s. 325.

şekilde) *enerji harcamaması* olarak tanımlamıştır⁸⁸. Daha sonra *Engisch*, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda icra ve ihmal ayrımını yapabilmek için de enerji harcamasının olup olmamasını bir ölçüt almıştır⁸⁹. Bu görüşe göre kişi, bir davranışı ihmal etmekte iken başka yönlerde enerji harcamakta olabilir. Bu nedenle burada dikkate alınan “*belli bir yönde*” enerji kullanılmasıdır⁹⁰. Bu belirli yön, suçun tipikliğinde geçen neticenin yönüdür⁹¹. Bu bağlamda vurgulanması gereken bu enerji kullanımı teorisinin doğal bakış açısını değil; kanunun belirttiği şekilde bir enerji kullanımı şeklinde normatif bir çıkış noktasını kabul ettiği⁹². Bu normatif bakış açısının enerji kullanımı ile bağlantısı da yazara göre şöyledir: “*Kanunun bir harekette bulunmayı emrettiği yerde bunun ihmali (gerçek ya da görünüşte) özel bir çabayı (nihayetinde özel bir beceriyi) gerektirirken; kanunun bir hareketin yapılmasını yasakladığı yerde sosyal anlama göre tespit edilen bir çaba yahut bir beceri gerekmemektedir.*”⁹³.

Bu görüşün somut olay çözümlerine örnek vermek gerekirse, örneğin keçi kılı olayını şöyle çözmektedir. Keçi kılılarını arındırmadan işçilere vererek işveren bir enerji harcamıştır. Bu enerji harcaması, yaşam hakkına yönelik tehlike (kanundaki “*ölüm neticesi*”) açısından, uçaktan yerdeki insanların üzerine bomba atma hareketiyle eşdeğerdir⁹⁴. Burada kişi, keçi kılılarını arındırmayarak her taksirli suçta söz konusu olan gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiştir. Bu noktadan bakıldığında her taksirli suçun bünyesinde bir ihmal mevcuttur⁹⁵. Benzer şekilde bu görüşe göre bisiklet sürücüsü ile arasında tutması gereken mesafeyi tutmayarak onu sollarken ona çarpan kamyon şoförünün icrai davranış nedeniyle sorumlu tutulması gerekir. Kişi gerekli mesafeyi tutmayarak bir ihmalde bulunmak-

⁸⁸ **Engisch**, Karl: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr, 1931, s. 29. Ayrıca bkz.: **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 174.

⁸⁹ *Engisch*, icra- ihmal ayrımı için ortaya koyduğu enerji harcaması görüşünün daima (*perpetuum*) var olacağı kanaatinde idi. Bkz.: **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s.196.

⁹⁰ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 174.

⁹¹ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 182.

⁹² *Engisch'in* bu açıklamalarına rağmen *Hakeri*'ye göre enerji kullanımı görüşü, doğal bakış açısını esas alan bir görüştür. Bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 75. Keza *Brammsen* de *Engisch'in* ilk başlarda doğal bakış açısına dayalı bir enerji kullanımı anlayışına sahip iken; bunu zamanla değiştirerek normatif bakış açısına dayandırdığına dikkat çekmektedir. Bkz.: **Brammsen**, s. 201.

⁹³ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 173.

⁹⁴ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 187.

⁹⁵ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 187-188. Aynı görüşte bkz.: **Gropp**, § 11, kn.133.

tadır, ancak enerji harcayarak bisiklet sürücüne doğru yönelmekte ve onu sollamaktadır. Bu şekilde şoförün enerji harcaması, suç tipinde belirtilen (yaralama ya da öldürme) neticeleri gerçekleştirmeye yönelmiştir⁹⁶. Bununla birlikte *Engisch'in* ilginç bir şekilde bazı durumlarda sosyal mana kavramından hareket edilerek ihmali davranışı üstün tuttuğu da görülmektedir. Örneğin tedaviye ihtiyacı olan kişinin hastaneden başhekim tarafından taburcu edilmesinde her ne kadar taburcu etmek bir enerji harcaması ise de taburcu ettikten sonra yapılması gereken işlemlerin ihmali söz konusu olduğundan burada ihmali suçlar nedeniyle sorumluluk söz konusu olmalıdır. Çünkü burada bir yükümlülüğe (neticeyi önlemeye yönelik) aykırılık söz konusudur ve bunun da sosyal anlamı inkâr edilemez⁹⁷.

İşte *Engisch'in* bu hastane olayında diğer olaylardan farklı olarak “sosyal manaya” atıfla bir değerlendirme yaparak olayı çözmesinin ilginçliğinin yanı sıra, Alman öğretisinde ölçüt, “belirli bir yönde” olma kavramının belirsizliği nedeniyle eleştirilmiştir⁹⁸. Buna göre köpeğini tutan bir kişinin, köpeğin başkasına zarar vermesini mi yoksa başkasını kurtarmasını mı engellediğinin bilinemeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşün icrai suç-ihmalî suç ayrımı bakımından yeni bir katkı sunmadığı belirtilmektedir⁹⁹. Esasında enerji kullanımı ölçütüne yöneltilen eleştirilerin esas, hareket kavramını açıklamaya yönelik geliştirilmiş olan enerji kullanımı görüşünün daha sonra icrai suç-ihmalî suç ayrımına da uyarlanmakla yetinilmesine dayanmaktadır¹⁰⁰. Bu nedenle bu ölçüt de nitelendirme meselesini çözmekte yetersiz kalmaktadır.

c. Nedensellik Bağı Görüşü

Vücut hareketi ve enerji kullanımı görüşlerinde olduğu gibi nedensellik görüşü de hareketi ve onun iki türü olan icra ve ihmali, ontolojik olarak açıklanması için geliştirilmiş bir ölçüttür. *Arm. Kaufmann*, icra ve ihmalde nedenselliğin aynı olmadığına ilişkin temel tespitler yapmıştır. Buna göre icradaki nedenselliğin aksine ihmalde nedensellik, potansiyel olarak bulunmaktadır¹⁰¹. Keza *Welzel* de icra ve ihmal arasındaki ayrımın davranışın

⁹⁶ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 191.

⁹⁷ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 178.

⁹⁸ **Ranft**, Otfried: “Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten-Teil 1”, **JZ**, Cilt: 42, Sayı: 18, 1987, s. 860; **Brammsen**, s. 205.

⁹⁹ **Ranft**, “Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten-Teil 1”, s. 860. Ayrıca bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 75.

¹⁰⁰ Bkz.: **Ranft**, “Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten-Teil 1”, s. 860.

¹⁰¹ **Kaufmann**, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2.bs. (tıpkı), Göttingen, Verlag Otto Schwarz & CO., 1988, s. 61.

nedensel olmasına ve nedensel olmamasına dayandığı görüşündedir. Kişinin kasten veya taksirle kanunda belirtilen tipik neticeye neden olduğu hallerde icra söz konusu iken; suç teşkil eden davranış bakımından nedenselliğin olmadığı hallerde ihmal söz konusudur¹⁰². Ancak bu iki yazarın nedensellik ile ilgili görüşleri, her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları çözmek için değil; ceza hukuku dogmatikinde hareket kavramının gelişim sürecinde genel olarak icra-ihmal kavramlarını açıklamak için ortaya koydukları görüşleridir.

*Welzel'in ve Arm. Kaufmann'in*¹⁰³ her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda icrai veya ihmali davranış nitelendirmesinde (ayrımında) bir ölçüt olarak nedensellik ölçütünün kurucuları olarak anlaşılmasına yol açan ise, onların nedensellik bağının kalitesini (yeterlilik düzeyini) ortaya koymak için istisnai bir duruma şu örnekle dikkat çekmeleridir. Buna göre, fail yardıma ihtiyacı olan biri için kendisinin hazırladığı kurtarma gereçlerini tekrar kendisi ortadan kaldırarak kişinin kurtulma imkânını ortadan kaldırırca, icrai bir davranışla suç işlemiş olmamaktadır. Örneğin fail, kuyuya düşmüş bir kimseye önce kurtulması için kuyunun içine ip salar ve daha sonra saldığı ipi kişi kurtulmadan geri çekerse, bu durumda icrai davranışla bir suç işlemiş olmamaktadır¹⁰⁴. Buna karşılık üçüncü bir kişi, bu kişinin hazırladığı kurtarma gereçlerini ortadan kaldırırca, bu durumda üçüncü kişi icrai davranışı nedeniyle sorumlu olacaktır¹⁰⁵. Verdikleri bu

¹⁰² **Welzel**, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. bs., Berlin, Walter de Gruyter, 1969, s. 203.

¹⁰³ *Arm. Kaufmann'in* tespitlerini değerlendiren bir çalışma için bkz.: **Samson**, Erich: "Begehung und Unterlassung", Festschrift Für Hans Welzel, Yay. Haz. Günter Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans Joachim Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakobs/Fritz Loos, Berlin, New York, De Gruyter, 1974, s. 588-589.

¹⁰⁴ *Arm. Kaufmann'in* örneği tarafımızca kısmen değiştirilmiştir. Bkz.: **Arm. Kaufmann**, s. 108; Aynı görüşte bkz.: **Welzel**, s. 203-204.

¹⁰⁵ **Welzel**, s. 204. Benzer şekilde *Roxin* de şu örnekleri vermektedir. Öldürme suçunun işlenmesinin planlandığını öğrenen bir kimse, yetkili makamlara haber vermek için (Alm. CK. 138) bir mektup yazar ve posta kutusuna atar. Ancak sonra vazgeçip posta kutusundan mektubu geri alır. Yahut ta boğulmakta olduğunu gördüğü kişiye önce kurtarma ipi gönderir, ancak sonra vazgeçip ipi geri çeker. Bu durumlarda dış görünüş itibarıyla icrai fiiller mevcuttur. Birincisinde insan öldürmeye yardım, ikincisinde insan öldürme şeklinde suçların olduğu iddia edilebilir. Ancak bu iki örnekte de kişiler kurtarma fiillerini durdurmakla ölüm neticesi bakımından nedensel olan bir süreci meydana getirmemişlerdir. Bu durdurma fiilleri, sadece bu kişilerin kendi başlattıkları kurtarma fiillerini durması açısından nedenseldir. Bu nedenle her iki örnekte de ihmali suç nedeniyle cezai sorumluluk söz konusudur. Bkz.: **Roxin**, Claus: "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", Festschrift Für Karl Engisch, Yay. Haz. Karl Engisch/Paul Bockelmann/Frankfurt, Klostermann, 1969, s. 382. Aynı görüşte *Gropp*, bkz.: **Gropp**, § 11, kn.142. Ancak öğretilde belirtilen örneklerde geçen problemin özellikle teşebbüs

örneklerin özü ve amacı ise şudur: Failin ihmali suçlardaki emir normunu yerine getirmeye başladıktan sonra icrai bir hareketle söz konusu faaliyetine son vermektedir. Bu halde failin emir normunu yerine getirmek için başlattığı harekete icra ile son vermesi ile icrai suçun neticesi arasında nedensellik bağı söz konusu olmadığından ihmali suç nedeniyle ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır. İşte bu örnekler, esasında onların genel olarak nedensellik bağına açıklarken nedenselliğin yeterlilik düzeyini ortaya koymak için işaret ettikleri istisnai bir durumdan ibarettir¹⁰⁶.

Benzer yanılı, *Jescheck/Weigend*'in görüşlerine yönelik de yapılmıştır. *Jescheck/Weigend*, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bakımından kişi suç tipinde belirtilen neticeye kasten ya da taksirle neden olmuş ise öncelikle burada netice bakımından failin hareketinin nedensel olup olmadığı araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Eğer failin hareketi bakımından bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu ise ya da failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir neden mevcut ise o zaman ihmal nedeniyle cezai sorumluluk gündeme geleceğini eklemiştir¹⁰⁷. Kanaatimizce açıkça nedenselliği vurguladığı için *Jescheck/Weigend*'in bu görüşü, nedensellik görüşü olarak ele alınmaktadır¹⁰⁸. Oysaki *Jescheck/Weigend*, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bakımından görüşünün icrai davranışın meydana gelen netice

kapsamında yeterince tartışılmadığı ve *Roxin*'in çözümünün de yetersiz olduğu ifade edilmektedir. Bkz.: **Samson**, s. 582.

¹⁰⁶ Bu noktada nedensellik görüşünün temsilcileri olarak *Arm. Kaufmann*'a ve onun bu tespitini kabul eden *Welzel*'e yer verilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; bu yazarlar hareket kavramının (icra ve ihmalin) açıklanmasında nedenselliği bu şekilde kabul etmekle beraber konu, her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylara geldiğinde örneğin *Welzel* şöyle bir çözümü kabul etmiştir. Buna göre bu tür olaylarda sorun icra-ihmal ayrımı değil; sorun, icranın mı ihmalin mi önce olduğuna ve bu bağlamda garantörlüğün belirlenmesine ilişkindir. Buna göre çözüm, ne ağırlık noktası ne şüphe halinde icraya öncelik verme anlayışında ne de başkaca değerlendirici görüşlerde yer almaktadır. Bkz.: **Welzel**, s. 203. Karş. **Hakeri**, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri*, s.76. Keza *Jakobs* da icra ve ihmali açıklarken ve ayrımlarını yaparken icra için nedensellik; ihmal için nedensel olmama şeklinde nedenselliğe dayanan kendi ölçütlerini ortaya koymuştur. Bkz.: **Jakobs**, Günther: *Strafrecht, Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. bs., Berlin, De Gruyter, 1991, § 28, kn.3. Ancak konu bir olayda ikisinin de bulunduğu örneklere geldiğinde meselenin bir içtima problemi olduğuna işaret etmiştir. Bkz.: **Jakobs**, § 28, kn. 4. Ancak buna rağmen *Jakobs*'un çözümünü nedensellik bağı teorileri içerisinde değerlendiren bir çalışma için bkz.: **Stoffers**, s. 93.

¹⁰⁷ **Jescheck/Weigend**, s. 603. Ayrıca bkz.: **Hakeri**, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri*, s. 77-78.

¹⁰⁸ *Jescheck/Weigend*'in bu görüşünü nedensellik görüşü altında tasnif eden bir çalışma için bkz.: **Hakeri**, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri*, s. 77-78.

bakımından nedenselliğinin bulunduğu hallerde icranın önceliği (içtima) kuralı gereğince uygulama yapılmasına işaret etmektedir. Keza, icrai davranışın suç oluşturmadığı ya da failin kusurunun bulunmadığı hallerde ihmalin araştırılmasına işaret etmiştir¹⁰⁹. Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, nedenselliğin her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bakımından tek başına bir ölçüt olduğundan bahsedilemez¹¹⁰.

Nihayetinde vurgulanmalıdır ki; bu görüş de başlangıçta hareketi açıklamaya yönelik geliştirilmiş, fakat daha sonra her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları açıklamak için modifiye edilerek oluşturulmuş bir ölçütür¹¹¹. Bu bağlamda örneğin *Samson*'un nedensellik ölçütünü bu tür olaylar için modifiyesi şu şekildedir: Dış dünyadaki nedensellik süreçlerinin bir sonucu olarak insanın yaşam süresi belirlenir ve bazen de bu yaşam süresi bir başka insan tarafından (belirli motivasyonlarla) neden olunan bir nedensellik süreci ile kısaltılır ya da uzatılır¹¹². Buna göre yaşam süresinin kısaltılması, icrai bir davranış; uzatılmaması ise ihmali bir davranış olarak karşımıza çıkar¹¹³. Bu şekilde her iki davranış türünde de netice bakımından nedensellik söz konusudur¹¹⁴. Buna göre hekim hastanın bağlı olduğu solunum cihazını kapatırsa, hastanın yaşam süresini kısaltmış olur. Bu nedenle hekim burada icrai davranışla insan öldürmeden sorumlu tutulmalıdır¹¹⁵. Ancak görüleceği üzere *Samson* da nedenselliğin yanı sıra ayırım için yaşam süresinin kısaltılması ve uzatılmaması gibi başkaca kavramlar geliştirmiştir. Bu da çözümün nedensellik bağı konusu ile çözümlenemediğini teyit eder niteliktedir.

d. Karma Görüş: Enerji Kullanımı ve Nedensellik Bağı

Yöneltilen tüm eleştirilere rağmen enerji kullanımı ölçütü, *Engisch*'ten sonra savunulmaya ve geliştirilmeye devam etmiştir¹¹⁶. Buna göre sonraki aşamalarda nedensellik bağı ile birleştirilerek ele alınmaya başlanmış¹¹⁷ ve

¹⁰⁹ **Jescheck/Weigend**, s. 603.

¹¹⁰ Başkaca eleştiriler için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 78-79.

¹¹¹ Bkz.: **Brammsen**, s. 203.

¹¹² **Samson**, s. 591.

¹¹³ **Samson**, s. 592-593.

¹¹⁴ **Samson**, s. 592. *Samson*'un bu görüşlerini değerlendiren bir çalışma için bkz.: **Stoffers**, s. 89-92.

¹¹⁵ **Samson**, s. 601.

¹¹⁶ **Stoffers**, s. 75-81.

¹¹⁷ Bkz.: **Stoffers**, s. 76.

hatta Alman Yüksek Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında da bu şekilde kullanılmıştır¹¹⁸. Keza buradan hareketle de “nedensellik ve enerji ölçütlerinin kümülatif kombinasyonu”¹¹⁹ olarak ifade edilen karma ölçüt ortaya konulmuştur¹²⁰. Buna göre fail tarafından enerji ya da güç harcanması suç tipindeki neticenin ya da hukuki değeri zarar görmesi için nedensel ise bu durumda olayda icranın varlığı kabul edilmelidir¹²¹. Ölçüt, nihayetinde; “enerji kullanımı, suçun kanuni tipinde belirtilen zarar neticesini meydana getirmeye elverişli olması şartıyla kişi eğer bununla bir nedensellik sürecini başlatır, devam ettirir ya da güçlendirir ve bu durumda somut olayda her zaman icrai bir davranışın olduğu anlamına gelir”¹²² şeklinde tanımlanmıştır. Benzer şekilde Kühl de 2014 tarihli bir çalışmasında her iki davranış şeklinin bulunduğu olayların çözümünde, nedensellik görüşünü ve enerji kullanımı görüşünü¹²³ kabul ederek bir çözüm sunmaktadır. Kühl, bu konuda Ebert'in iki temel ölçütünü benimseyerek konuyu şöyle ele almaktadır:

“1- Her kim gidişatta enerji kullanmak suretiyle nedensellik bağıni meydana getirmekte ya da belli bir tarafa yönlendirmekte ise bu kişi bir şeyi ‘icra’ etmektedir”¹²⁴.

Örnek olarak; anarşistler bir hakimi öldürmek amacıyla arabasına zaman ayarlı bomba yerleştirirler. Oradan geçmekte olan bu anarşistlerin bir

¹¹⁸ Alman Yüksek Temyiz Mahkemesi (3. Ceza Dairesi), bir araç sürücüsünün aracını sürmeye devam etmesini; kişinin gaz pedalına mütemadiyen enerji harcayarak basması ve aracın direksiyonunun farklı taraflara yönlendirmesini dış dünyada algılanabilen ve hukuki değere zarar veren bir enerji harcaması olması nedeniyle “icrai davranış” olarak değerlendirmiştir, BGH, DAR, 1981, 226, aktaran: Sieber, s. 433.

¹¹⁹ Sieber, s. 435.

¹²⁰ Sieber'i bu ölçütü ele almaya yönelten, bazı somut olaylarda “düşük seviyede enerji harcamasının olduğu davranış şekillerinin” mevcudiyetidir. Örneğin araç yağması suçunda fail, ayağını gaz pedalında tutmak dışında hiçbir şey yapmamakta ya da bir bahçıvanın havuz başında elindeki hortumu tutması sonucunda akan su nedeniyle bir çocuğun kaza yapıp havuza düşüp boğulması olayında, bahçıvan elindeki hortumu tutmak dışında hiçbir şey yapmamaktadır. Bkz.: Sieber, s. 432. Tamamlanamamış veya düşük seviyede enerji harcamasının olduğu davranış şekilleri ile ilgili olarak ayrıca bkz.: Roxin, Strafrecht AT II, § 31, kn.92-95.

¹²¹ Sieber, s. 436. Karma görüş için ayrıca bkz.: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçun Çeşitleri, s. 79.

¹²² Brammsen, s. 206; Brammsen'in bu tanımına yer veren bir çalışma için ayrıca bkz.: Roxin, Strafrecht AT II, § 31, kn.78.

¹²³ Hakeri'nin karma görüş olarak tasnif ettiği bir görüştür. Bkz.: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçun Çeşitleri, s. 79.

¹²⁴ Ebert, Udo: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. tamamıyla yeniden çalışılmış bs., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2001, 173; Kühl, Kristian: “Das Unterlassungsdelikt”, JA, Sayı: 7, 2014, s. 509.

sempatizanı da olan hakimın ona düşman olan oğlu, arabadaki düzeneğin hakimi öldürmeye elverişli şekilde konumlanmadığını fark eder ve düzeneği patladığında hakim babasını öldürecek şekilde düzeltir. Burada bomba düzeneğini değiştiren kişi nedensellik bağıını belli bir tarafa enerji kullanımı ile değiştirmiştir. Bu nedenle burada icrai bir suç -insan öldürme- söz konusudur¹²⁵.

2- *Buna karşılık her kim şeyleri akışına bırakmakta (enerji kullanmakta) ise ve müdahale etme imkânını kullanmamakta ise bu kişi bir şeyi 'ihmal' etmektedir*¹²⁶.

Örnek olarak; anarşistlerin sempatizanı olan hakimın ona düşman oğlu, bombanın babasının aracında doğru şekilde konumlandığını fark eder, fakat hiçbir şey yapmaz. Hakim babasının beklenen ölümünden memnuniyet duyarak yoluna devam eder. Burada anarşistlerin sempatizanı oğul, bomba düzeneğini akışına bırakmış ve müdahale etme imkânını kullanmamıştır. Bu nedenle bir ihmali suç söz konusudur. Sempatizan, hakimın oğlu olduğundan burada sempatizan, babası bakımından garantördür. Bu nedenle kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi söz konusudur¹²⁷.

Bugün Alman ceza hukukunda her iki davranış şeklinin bulunduğu bu tür olayların çözümü için yavaş yavaş ağırlık kazanan görüşün, icrai davranışın nedenselliğine dayalı bir çözümün benimsenmesi şeklinde olduğunu belirtilmektedir¹²⁸. Bununla birlikte *Roxin*'e göre aktif bir enerji harcamasıyla netice arasında kanuni bağlantı mevcut değil ise o zaman burada ihmali suç incelenebilir. Buna karşılık, enerji harcaması görüşü kabul edildiğinde her zaman istisnasız olarak icrai suç kabul edilmiş olur. Oysaki ithamın ağırlık teorisi ve diğer teoriler, icra dışında farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Ayrıca bu teoriye her şüphe halinde icranın varlığı kabul edilecek olması da teorinin belirsizliğini göstermektedir¹²⁹.

D. DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak

Sıralamış olduğumuz ölçütlerin bir kısmı, şu noktayı gözden kaçırmaktadır: *“Her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda cevabı aranması gere-*

¹²⁵ *Kühl*'e ait olan bu örnek (**Kühl**, s. 509) tarafımızca kısmen değiştirilmiştir.

¹²⁶ **Ebert**, s. 173; **Kühl**, s. 509.

¹²⁷ *Kühl*'e ait olan bu olay kısmen tarafımızdan değiştirilmiştir. Bkz.: **Kühl**, s. 509.

¹²⁸ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.77.

¹²⁹ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.78.

ken soru, icranın mı yoksa ihmalin mi söz konusu olduğu sorusu değildir. Sorulması gereken temel soru, ikisinin de varlığı ile bir hukuki değerın zarar gördüğü ya da tehlikeye düşürüldüğü hallerde failin ceza hukuku sorumluluğunun icrai davranışına mı yoksa ihmali davranışına mı dayandırılacağı sorusudur¹³⁰. Bu temel tespit, şunu düşündürmelidir: Esasında bu tür olaylarda her iki davranış şekli, normlar karşısında eşittir. Örneğin bebeğini arsaya bırakarak ölümüne neden olan anne için kanun hükümleri hem icra suretiyle hem de ihmali suretiyle öldürme olarak aynı mesafede durmaktadır. Bu nedenle gerçeklik teorileri olarak tasnif edilen vücut hareketi, enerji kullanımı, nedensellik bağı ve karma görüş (enerji kullanımı ile nedensellik bağının bir arada ele alan) bu noktada herhangi bir çözüm sunamamaktadır. Çünkü gerçeklik teorileri, icrai ve ihmali davranışın her ikisinin de suç oluşturduğu bu olaylarda her halde icrai davranışın kabul edilmesine yol açmaktadır¹³¹. Oysaki buradaki sorun, hem icranın hem de ihmalin suç oluşturduğu bu olaylarda cezalandırmanın hangi kanun hükmüne dayandırılması gerektiği- suç teşkil eden fiilin- icrai veya ihmali davranış olarak-“nitelendirilmesi”¹³² meselesidir. Bu nedenle bizim çözümümüz, sadece gerçekliğe dayanmak değil; gerçekliğin tespitinden sonra bir değerlendirme yapmaktır. Bu ise normlar arasında yorum yapılması; kavramsal ifadesi ile görünüşte içtima kurallarına başvurulmasıdır¹³³.

Bu çözüme geçmeden, öncelikle hem icrai hem de ihmali suçun oluşup oluşmadığının tespit edilmesi gerektiğinin belirtilmesi gerekir. Bu noktada hem icrai hem de ihmali davranış açısından netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağı ile neticenin faile objektif olarak isnat edilebilirliği tetkik edilmesi gerekmektedir¹³⁴. Cezalandırılabilirlik açısından kusurun ve diğer cezalandırılabilirlik koşullarının var olup olmadığı incelenmelidir. Bunlardan herhangi birinin ilgili icrai veya ihmali suçta eksik olması, icrai veya ihmali davranıştan herhangi birinin elenmesini sağlayacaktır. Çünkü birçok olayda

¹³⁰ **Röhl**, Klaus F.: “Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen”, **JA**, Sayı:11, 1999, s. 898.

¹³¹ Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.77.

¹³² **Yüce**, s. 207.

¹³³ Bu çözümümüz, ithamın ağırlık noktası görüşüne benzetilerek eleştirilebilir. Ancak ağırlık noktası görüşünde ayırım yaparken herhangi somut standart bulunmamaktadır. Deyimi yerindeyse somut olay hakimi kendisine hangisini yakın hissediyorsa onu seçmesini ifade etmekteydi. Bu nedenledir ki, *Roxin* de ithamın ağırlık noktasına göre yapılan ayırımı, “duygulara dayanan bir karar” olarak nitelendirmiştir. Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.80.

¹³⁴ Bkz.: **Jescheck/Weigend**, s. 603.

esasında icra veya ihmalden birinin unsurları eksik olmasına rağmen her biri yeterince tetkik edilmeden dış görünüş itibariyle davranışın icra ve ihmal olarak iki anlamlı olduğu sonucuna varılmaktadır. Aslında tam olarak gerçeklik teorileri bu netliğin olmadığı olaylarda işlev görmektedir. İşte bu olaylarda her iki davranış şeklinin bulunmasından değil; icra ve ihmalin hangisinin tam olduğunun belirsizliğinden bahsedilebilir. Bu nedenle bu grup olayların çözümü, mesele teşkil etmemektedir.

Asıl mesele teşkil eden ve bu nedenle de konumuzu oluşturan, her iki davranış şeklinin tüm unsurları ile bulunduğu veya en azından bulunduğu izlenimi veren olaylar grubudur. Buna göre hem icra hem de ihmalin mevcudiyetine ilişkin belirlemeler yapıldıktan sonra normlar arasındaki ilişkinin cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareket bağlamında görünüşte içtima kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu koşullar icra ve ihmalin ikisinde de tam ise bir olayın, iki farklı normun da içini doldurması söz konusu olacaktır. Buna göre, değerlendirme teorilerinden “*şüphe halinde icraya ağırlık veren*” görüş de görünüşte içtima kuralının bir sonucu olarak icranın ihmali tükettiği düşüncesinin bir sonucudur¹³⁵. Biz de esasında bu görüşü biraz daha ileri götürerek çözüme ulaşmayı hedeflemekteyiz. Çünkü bu görüş kural olarak doğru olsa da bazı hallerde, ihmali suçun uygulanmasının reddedilmesi ile sonuçlanmaktadır. Örnek olarak ihmali suçun, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış gibi icrai bir davranışı unsuru (garantörlük kaynağı) olarak barındırdığı olaylar gösterilebilir. Bu amaçla konunun, tüketen tüketilen norm ilişkisi cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareket bağlamında etraflıca ele alınması bir zorunluluk arz etmektedir. Bu bağlamda icra ve ihmal arasında hangisinin tüketen hangisinin tüketilen olduğunun isabetli bir biçimde ele alınabilmesi için de öncelikle her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda hareket teklifi ve çokluğunun tespit edilmesi gerekmektedir¹³⁶.

¹³⁵ Bununla birlikte, *Jescheck/Weigend*'in öncelikle icrai davranışın incelenerek şayet icrai davranış tespit edilemez ya da hukuka uygunluk sebebi mevcut ise yahut da kusur eksikliği nedeniyle failin cezalandırılmayacağı belirlenir ise bu durumda ihmali davranışın incelenmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız. Keza böyle bir kabul, hem icranın hem de ihmali suçun olduğu hallerde her durumda icrai suçun cezalandırılmaya esas alınması ile sonuçlanır. *Jescheck/Weigend*'in görüşleri için ise bkz.: **Jescheck/Weigend**, s. 603.

¹³⁶ **Honig**, Richard: *Straflose Vor- und Nachtat*, (1927 Leipzig basısının tıpkı basımı), Aalen, Scientia-Verlag, 1978, s. 11. Ayrıca, görünüşte içtima bağlamında fiil teklifi ve çokluğuna ilişkin ayrıma gerek olup olmadığına ilişkin tartışma için bkz.: **İçel**, Kayıhan: *Suçların İçtimai*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1762, İstanbul, Servet Matbaası, 1972, s. 168.

2. İcra ve İhmal Arasında Hareket Tekliği ve Çokluğu Meselesi

Görünüşte içtima kurallarının uygulanabilmesi için öncelikle her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu bu olaylarda *hareket tekliği-çokluğu* meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna göre A'nın, B'nin vücuduna öldürmek kastıyla art arda bıçak saplaması veya art arda dövülmesi durumunda doğal anlamda hareketin çok olduğu fakat hukuki anlamda tek bir hareket olduğu şeklindeki örnek, klasik bir örnektir¹³⁷. Buna karşılık suçun konusunun, hem icrai hem de ihmali davranış ile zarar gördüğü ya da tehlikeye düşürüldüğü hallerde de hukuki anlamda tek bir hareketin olduğundan bahsedilebilecek midir? Örneğin bebeğini poşet ile evin bahçesinde bulunan odunluğa bırakan ve daha sonra da ilgilenmeyen anne¹³⁸, bebeğin ölümü bakımından art arda önce icrai sonra ihmali davranışta bulunduğu ve hukuki anlamda tek bir hareketin olduğu sonucuna varılabilecek midir? Benzer şekilde kişinin evinin banyosunda doğum yaptıktan sonra bebeğini, çöp konteynırına bırakıp işine gittiği ve bebeğin yaşamını yitirdiği olayda¹³⁹ çöp konteynırına bırakmak şeklindeki icrai davranışı nedeniyle mi sorumlu tutulacaktır?

Doğal anlamda art ardına takip eden icrai davranışların çokluğu kadar dikkat çekmese de esasında hukuki anlamda nihayetinde icrai ya da ihmali suç olarak addedilen birçok olayın gelişim sürecinde icrai ve ihmali davranışın bir arada bulunabildiği görülmektedir. Örneğin A, B'yi dağ evine kilitler (icra) ve onu oradan çıkarmaz (ihmal). A, aracına biner ve gaz pedalına basar (icra) ve yoldan B'nin geçtiğini görmesine rağmen frene basmaz (ihmal)¹⁴⁰. Ancak *İçel*, ihmali suçlar ile icrai suçların aynı fiil tarafından meydana getirilmelerine imkân olmadığından bunlar arasında hareket tekliğinden ve buna bağlı olarak fikri içtimadan bahsedilemeyeceği görüşündedir¹⁴¹. Keza *Jescheck/Weigend'e* göre de kural olarak ihmal ve icra iç içe

¹³⁷ Mahmut **Koca**, "Fikri İçtima", **CHD**, Yıl: 2, No: 4, Ağustos 2007, s. 207; **Koca**, Mahmut/**Üzülmüş**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 516. Konuyla ilgili detaylı açıklamaları için bkz.: **Kunter**, Nurullah: "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", **İÜHFM**, C. XIV, No: 1-2, 1948, s. 365; **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 10. bs., İstanbul, Beta, 1994, kn.1130.

¹³⁸ **Yargıtay 1. CD.**, 2016/5501 E., 2017/185 K., T: 30.01.2017.

¹³⁹ **Yargıtay, 1.CD.**, 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013.

¹⁴⁰ **Jakobs**, § 32, kn.33.

¹⁴¹ **İçel**, s. 70. Dikkat çekilmesi gerekir ki, 765 sayılı TCK döneminde bilhassa başlangıçta ihmali suçtan, yalnızca gerçek ihmali suçlar anlaşılmalı idi. Görünüşte ihmali suçlar ise ihmal suretiyle icra suçları olarak anılmakta idi. Bkz.: **Taner**, M. Tahir: Ceza

bulunamayacağından sadece bunların zamansal birlikteliğinden bahsedilebilir. Dolayısıyla fikri içtimadan bahsedilemez. Örneğin alkolün etkisiyle trafik kazasına neden olan sürücü, yaralıya yardım etmez, olay yerinden uzaklaşırsa ve yaralı ölür ise ihmali davranışla öldürme, alkollü araç sürme davranışını gizleme (Alm. CK. md. 315 c ve 316), taksirle öldürme (Alm. CK. md. 222) ve olay yerinden uzaklaşma (Alm. CK. 142) suçları tartışılır ve kişi için müebbet hapis cezası söz konusu olur¹⁴².

Kural olarak ihmal ve icra arasında hareketin tekliği kabul edilmemekle birlikte, *Jescheck/Weigend'e* göre ihmali suçun belirli bir süre devam ettiği hallerde icrai davranışın, ihmali suçun işlenmesine hizmet etmekte ise bu durumda hareket tekliği ve buna bağlı olarak fikri içtima söz konusu olabilir. Örneğin nafakasını ödemekle yükümlü olduğu çocuğuna karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin nafakanın icrasını gerçekleştiren kamu görevlisini engellemesi durumu böyledir. Burada kişinin nafakanın icrasını engellemesi, çocuğuna karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü mütemediyen ihmal etmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle burada icra ile ihmal arasında hareket tekliğinden bahsedilebilecektir¹⁴³. Bu örnekte esasında art ardına bıçaklama örneğinde olduğu gibi failin iradesi emir normunu yerine getirmemeye; ihmali suç meydana getirmeye, yöneliktir¹⁴⁴. *Jescheck/Weigend'in* bu örneği, *Arm. Kaufmann* ve *Welzel'in* nedensellik bağının niteliğini anlatırken ortaya koydukları gibi kişinin kuyuya düşmüş kişiyi kurtarmak için önce ip gönderip sonra ipi, kullanmaması için geri çekmesi örneğine benzemektedir. Belli bir süre devam eden kurtarmama fiiline kurtarma ipinin çekilmesi katkı sunmaktadır. İpin çekilmesi şeklindeki icrai davranış ile kişiyi kurtarmama şeklindeki ihmali davranış bir hareket tekliği içerisinde bulunmaktadır¹⁴⁵.

Jescheck/Weigend'in ihmali suçun belirli bir süre devam ettiği hallerde icrai suçun ihmali suçun işlenmesine hizmet ettiğinin tespit edildiği durumda icra ve ihmal arasında hareket tekliği olabileceği görüşünü benimsemekteyiz.

Hukuku Umumi Kısım, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953, s. 259-260; **Dönmezer**, s. 473. Aynı şekilde bkz.: **Alacakaptan**, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, 1975, s. 48. Terminolojik açıklamalar için ayrıca bkz.: **Erbaş**, s. 12.

¹⁴² **Kühl**, s. 508. Ayrıca bkz.: **Jescheck/Weigend**, s. 723.

¹⁴³ **Jescheck/Weigend**, s. 723.

¹⁴⁴ Hareket tekliğinin ilk unsuru, aynı suç işleme kararıdır (sübjektif ayniyet). *Welzel* bunu doğal anlamda birden fazla olan hareketin fail tarafından belirlenen gai irade ile bir bütün haline geldiğini belirterek açıklamaktadır. Bkz. **Welzel**, s. 224.

¹⁴⁵ Bkz.: **Arm. Kaufmann**, s. 108; **Welzel**, s. 203-204.

Buradan hareketle örneğin bir hekimin hastasını hastanede kalmaya ihtiyacı olmasına rağmen hastanedeki yatak azlığından taburcu etmesi örneğinde; hekimin hastayı hastaneden taburcu etmesi, neticeyi önleme yükümlülüğü olan bir kimse olarak hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapmamasına hizmet ettiğiinden hekim ihmal nedeniyle sorumlu olmalıdır. Çünkü burada taburcu etme, hastanın ölmemesi veya yaralanmaması için hekimin neticeyi önleme yükümlülüğünün gerektirdiği davranışları yerine getirmemesinin bir parçasıdır¹⁴⁶.

Buna karşılık, hekimin solunum cihazına bağlı komada yaşatılan bir hastanın solunum cihazını kapatması durumunda hekimin solunum cihazını kapatma davranışı, hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapmamasına hizmet etmesinin ötesine geçmektedir. Bu halde netice ile doğrudan nedensellik bağı olan icrai bir davranış söz konusudur. Benzer sonuca ötenazi kapsamında da ulaşılabilir. Tedavisi mümkün olmayan hastalık nedeniyle dayatılmaz acılar içinde olan bir hastaya hekim uyguladığı ilaç tedavisine hastanın isteğine uyarak son verirse hekimin, icrai davranışı nedeniyle ceza sorumluluğunun tartışılması gerekmektedir. Zira hekim ilaç tedavilerini kesmesi ile hastanın yaşam hakkı için garantör olarak gerekli davranışları yerine getirmeyi reddetmiş olması bir tarafa, icrai davranışlarla doğrudan öldürmeme yasağını ihlal etmektedir¹⁴⁷. Bu örneklerde nedensellik bağı bakı-

¹⁴⁶ Sosyal mana kavramına dayanarak hastasını taburcu eden hekimin, ihmali davranıştan sorumlu tutulması gerektiği görüşünü savunan *Engisch* için bkz.:dn. 96.

¹⁴⁷ Tedaviye son verme şeklindeki davranışın icra mı yoksa ihmal mi olarak nitelendirileceğine ilişkin Alman öğretisinde yoğun tartışmalar olsa da Alman Yüksek Mahkemesi, bu tür olaylarda böyle bir ayrımın önemi olmadığı, zira her ikisinin de aynı ağırlıkta olduğu görüşündedir. Bkz: **BGH**, 2 StR 454/09, T: 18.08.2010, Parg: 28-29, (çevrimiçi) www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenBGH/entscheidungenBGH_node.html, (Erişim Tarihi: 15.06.2017). Bu kararın konu olduğu olayda, bir hasta geçirdiği beyin kanaması sonucunda bitkisel hayata girmiş ve nefes alması karnından geçirilen boru ile sağlanmak durumunda kalmıştır. Kişi bu olaydan önce geçirdiği daha hafif bir beyin kanaması sonrasında çocuklarına, tekrar beyin kanaması geçirir ve bilincini kaybeder ise, borulara bağlı yaşamak istemediğinden bu tür aletlerle yaşamının devam ettirilmemesini belirtmiştir. Bunun üzerine hastanın çocukları, hastane yetkililerine annelerinin bu dileğini iletmiş fakat ret yanıtını almışlardır. Bunun üzerine çocuklar, tıp hukuku alanında uzmanlaşmış avukat ile görüştiklerinde avukat onlara hastanın borulara bağlı yaşamayı istememesi karşısında hiçbir sağlık kurumunun, böyle bir tedaviye yetkili olamayacağını belirtmiştir. Bu öneriyi dikkate alan hasta yakını, hastanın bağlı olduğu boruyu bizzat kendisi keserek çıkarmıştır. Birkaç dakika sonra durumu fark eden hastane çalışanları derhal hastaya müdahale etmiştir. Bu olayda yerel mahkeme boruyu kesen çocuk ile avukat hakkında icrai davranışla öldürmeye teşebbüsten mahkûmiyet kararı vermiştir. Bkz.: **BGH**, 2 StR 454/09, T: 18.08.2010, Parg:5-10. Yüksek Mahkeme, tedaviye son vermeye yönelik gerçekleştirilen davranışların hem icrai hem de

mından hasta için garantör olan kişi ile olmayan kişinin sorumluluğun dayandırıldığı davranışlarının nitelendirilmesi arasında fark bulunmamaktadır. Öğretide haklı olarak eleştirildiği üzere, hekimin davranışı bu halde ihmali olarak nitelendirilir ise failinin sıfatından kaynaklanan farklılık nedeniyle aynı davranış farklı uygulamalara tabi tutulmuş olacaktır¹⁴⁸.

2013 tarihli Yargıtay kararına¹⁴⁹ konu olan olay bakımından, bebeğin bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmek istemeyen annenin, bir günlük bebeğini boş arsaya bırakması durumunda boş arsaya bırakma davranışının, bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirmemesine hizmet edeceğine şüphe bulunmamaktadır¹⁵⁰. Ancak burada somut olayın şartlarına göre incelenmesi gereken, annenin çocuğu arsaya bırakması ile bebeğin ölmesi arasındaki nedensellik ilişkisidir. İlginçtir ki; Alman öğretisinde savunulan “*şüphe halinde icraya ağırlık veren*” ölçütünün aksine Yargıtay, “*şüphe halinde ihmale ağırlık veren*” bir anlayışı benimsemiştir¹⁵¹. Keza yine aynı yıla ait bir başka kararında da *Yargıtay*, bir hemşirenin evinin

ihmali olarak değerlendirilebileceğini, bu ayrımın önemli olmadığını belirtmiştir. Nihayetinde de hastanın rızasının varlığı kabul ederek çocuğun ve avukatın beraat etmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz.: **BGH**, 2 StR 454/09, T: 18.08.2010, Parg:32.

¹⁴⁸ Bu eleştiri için bkz.: **Yıldız**, Ali Kemal: “Ötenazi ve Hekim Yardımlı İntihar Eylemleri”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: II, Yay. Haz. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul, 2014, s. 2076.

¹⁴⁹ **Yargıtay**, **CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013.

¹⁵⁰ Aksi görüşü savunan *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*’a göre “*kişi salt ihmali dışında icrai birtakım hareketler yapmış ise artık ihmalden bahsedilmemelidir*”. Bu nedenle Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin TCK’nın 83. maddesine dayanılarak hüküm kurulmasını bozması isabetlidir (**Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. bs., Ankara, Adalet, 2017, s. 119).

¹⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, annenin arsaya bırakmak şeklindeki icrai davranışı ile ölüm neticesi arasındaki nedensellik bağının tespit edilememesi nedeniyle “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*” ilkesi gereğince icrai davranışı elemiş ve annenin garantörlüğü sebebiyle ihmali davranıştan hüküm kurulmasına isabetsizlik bulmamıştır. Buna göre, “*Ceza mahkûmiyeti; herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı gözardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı ve hiçbir şüphe veya başka türlü oluşa imkân vermeyecek açıklıkta olmalıdır*”, “... sanığın, evlilik dışı ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini evinde doğurduktan hemen sonra, 4721 sayılı *Medeni Kanun hükümleri uyarınca hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın, bir beze sararak boş bir arsaya bıraktığı ve hayatını korumaya yönelik icrai bir davranışta bulunmadığı, böylece kanundan kaynaklanan garantörlük görevini kasten ihmal ederek ölüm neticesinin meydana gelmesine icrai davranışla eşdeğer olan bir ihmali davranışla neden olduğunun kabulü gerektiğinden, eyleminin TCK’nun 83. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır*” (**Yargıtay**, **CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013).

banyosunda doğum yaptıktan sonra bebeğini, göbek kordonunu kesmeden plasenta ile birlikte yüzü açık kalacak şekilde bir havluya sarıp, evlerinin karşısında bulunan çöp konteynırına bırakıp ailesinin durumu fark etmemesi için hazırlanıp çalıştığı hastaneye gittiği ve daha sonra temizlik görevlilerinin çöp konteynırını çöp arabasına boşalttıkları ve çöpleri presledikleri sırada yere dökülen kan damlalarını görünce yetkililere haber verdiği olayda, *sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirilmemesi nedeniyle*, kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediği sonucuna varmıştır¹⁵². Bu karşılık, devamlılığın söz konusu olmadığı

¹⁵² Kararın tamamı şöyledir: “Sağlık meslek lisesi mezunu olup bir hastanede hemşire olarak görev yapan sanık A’nın, B isimli kişi ile yaşadığı cinsel ilişki sonucu hamile kaldığı, hamile olduğunu ailesinden ve çevresinden gizlediği, 27.10.2008 günü sabah saatlerinde ailesi ile birlikte oturduğu evin banyosunda doğum yaptığı, bir süre dinlendikten sonra bebeğini, göbek kordonunu kesmeden plasenta ile birlikte yüzü açık kalacak şekilde bir havluya sardığı, evlerinin karşısında bulunan çöp konteynırına saat: 06.30 civarında bırakıp ikametine döndüğü, balkona çıkıp baktığında bebeğin halen kıpırdadığını gördüğü, ailesinin durumu fark etmemesi için hazırlanıp çalıştığı hastaneye gittiği, gece saat: 24.00 civarında temizlik görevlilerinin çöp konteynırını çöp arabasına boşalttıkları ve çöpleri presledikleri sırada yere dökülen kan damlalarını görünce durumu kolluk kuvvetlerine bildirdikleri, Adli Tıp Genel Kurulu 21.10.2010 gün ve 431 sayılı raporuna göre, canlı doğan bebeğin ölümünün intrauterin anaoksiye bağlı amnion ve mukenyum aspirasyonu ile terk edilme sonucu bebeğin sağlığı açısından oluşan olumsuz koşulların ortak etkisi sonucu meydana geldiği olayda, Sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirilmemesi nedeniyle, kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediği anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK’nun 83. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulması, Yasaya aykırı olup, sanık müdafinin ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenle tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA, 08/11/2013 gününde oybirliği ile karar verildi” (Yargıtay, 1.CD., 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013). Yargıtay aynı şekilde 2017 yılında da karar vermiştir. Bu karar da şöyledir: “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık ...’nin, nişanlısı ... ile cinsel ilişkiye girmesi sonucu hamile kaldığı, hamile olduğunu ailesinden ve çevresinden gizlediği, 24.08.2008 günü gece vakti doğum sancılarının başlaması üzerine annesi...’ye tuvaletini yapamadığını, kasıklarının ağrıdığını söylediği, annesinin bu durumu babası ...’ye anlattığı, sanığın sancılarının artması nedeniyle gece yarısından sonra sanığın babası ...’nin kullandığı araçla hastaneye gitmek üzere yola çıktıkları, yolda bir süre gittikten sonra sanığın tuvaleti geldiğini söyleyerek aracı durdurup, aşağıya indiği ve yolun karşısına geçerek burada doğum yaptığı, canlı olarak doğurduğu bebeğin göbek kordonunu koparttıktan sonra olduğu yerde bırakıp tekrar araca bindiği, bir süre daha araçla gittikten sonra tekrar aracı durdurduğu ve araçtan inerek iç çamaşırı içerisinde bulunan kanlı bezi yol kenarına attığı ve tekrar araca bindiği, hastaneye gittiklerinde kendisini muayene eden doktorun sanığa hamile olup olmadığını sorduğu, sanığın hamile olmadığını, her ay adet gördüğünü söyleyip doğum yaptığını gizlediği, durumunun ağırlaşması nedeniyle il merkezinde bulunan hastaneye ambulansla sevk edildiği, burada doktorun, sanığın doğum

kanalında bebeğin kordonunun sarktığını görünce, sanığa gerekli müdahaleyi yaptıktan sonra sanığa doğurduğu bebeğin nerede olduğunu sorduğu, sanığın ısrarla doğum yapmadığını söylediği, doktorun polise haber vermesi üzerine, polisin sanığın ifadesine başvurduğu, sanığın polise doğurduğu bebeği köyden hastaneye geldikleri sırada yol kenarına bıraktığını söylemesi üzerine yapılan araştırma sonrasında saat 05.10 sıralarında bebeğin canlı olarak, çıplak, göbek bağı üzerinde ve yüzüstü yatar vaziyette jandarma görevlileri tarafından bulunduğu hemen hastaneye götürüldüğü sırada öldüğü, Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesinin 21.11.2008 gün ve 2908 sayılı raporuna göre miyadında gelişim gösteren bebeğin yaşama yeteneğinin bulunduğu, ilerlemiş çürüme nedeniyle bebeğin canlı doğup doğmadığının ve canlı doğduysa ölüm nedeninin tespit edilemediğinin bildirdiği; sanığın Cumhuriyet Savcılığında müdafii huzurunda alınan ifadesinde “çocuğun öleceğini biliyordum, ölmesi amacıyla almadım, çocuğun ölmesini istedim”, sanığın babası ...’ın sanık sıfatıyla müdafii huzurunda Cumhuriyet Savcılığında alınan ifadesinde “jandarma ile birlikte çocuğu bulduk, ilk bulduğumuzda sağ idi, ben hareket ettiğini gördüm”, Sulh Ceza Mahkemesinde yapılan sorgusunda “ben bebeği gördüm, bebeği gördüğümde sağ idi, kolunu kıpırdatıyordu, jandarma bebeği sararak hastaneye getirdi”, jandarma uzman çavuş ...’ın kovuşturma aşamasında mahkemede alınan ifadesinde “bebek yüzüstü yatıyordu ve kollarını kıpırdatarak irkilme hareketi yaptı, hastaneye gelirken bebek işaret parmağımı sıkımişti” şeklindeki beyanları birlikte değerlendirildiğinde, canlı olarak doğan ve yaşama kabiliyeti bulunan bebeğin, sanki tarafından öleceği bilindiği halde ölüm sonucunun gerçekleşmesi amacıyla doğduğu şekilde bırakıldığı ve ölümün bebeğin sağlığı açısından oluşan olumsuz koşullar nedeniyle gerçekleştiği olayda; Sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirmemesi nedeniyle, öldürme suçunu ihmali davranışla işlediği anlaşılmalı, 5237sayılı TCK’nun 83. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği” gerekçesiyle bozulmasına”, **Yargıtay 1. CD.**, 2016/3338 E., 2017/655 K., T: 06.03.2017. Ancak Yargıtay, benzer bir olayda icrai surette işlendiğinden hareketle terk suçunu kabul etmiştir. Buna göre Yargıtay, doğumdan hemen sonra bebeğini dere yatağına bırakan anne fail bakımından yerel mahkemenin ihmali davranışla bebeğini kasten öldürmeye teşebbüs şeklinde değerlendirmesini reddederek, “sanığın, koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan yeni doğan ve yaşı itibarıyla kendisini savunamayacak durumda bulunan mağdura karşı herhangi bir şiddet uygulamaksızın ıssız bir yere kendi haline bıraktığının tespit edilmesi halinde eyleminin TCK’nun 97. maddesinde düzenlenen terk suçunu oluşturup oluşturmayacağına karar yerinde tartışılması suretiyle sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması,... bozmayı gerektirmiş olup” şeklinde karar vermiş, böylelikle icrai surette işlenmesine ağırlık vererek terk suçunu kabul etmiş olmaktadır. (**Yargıtay 1. CD.**, 2016/1572 E., 2016/2536 K., T: 23.05.2016). Yine birinci Yargıtay kararındaki çöp konteynırına bebek bırakmaya çok benzeyen bir kararında da tam aksi yönde fiilin icrai olduğu sonucuna varmıştır. Karara konu olan bir başka olay şöyledir: “...Evlili olan ve bir başka erkekle ilişkisinden hamile kalan sanığın, bu durumunu çevresinden gizlediği, olay günü akşam saatlerinde banyoda kendi başına doğum yaptığı, bebeğin kordonunu bıçakla kesip göbek kordonunu bağlamadan çamaşır sepetinin içerisine bıraktığı, eşinin aniden eve gelmesi nedeni ile bebeğin üzerini çamaşırlerle kapattığı, kanamasının devam etmesi üzerine eşi tarafından götürüldüğü hastanede yeni doğum yaptığının tespit edildiği, durumun polise bildirildiği, daha sonra bebeğin çamaşır sepeti içerisinde üzeri çamaşırlerle örtülü şekilde bulunmuştur”. Daha sonra “yaşama kabiliyeti bulunan

ilk icrai davranışın doğrudan neticenin temel etkeni olduğu olaylarda ceza sorumluluğunun icrai davranışa dayandırılması gerekir. Zira bu nedenle de bu olaylarda her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğundan da bahsedilemez. Örneğin bir annenin bebeğini denize atması sonucunda bebeğin boğulması olayında annenin bebeği denize atması, ölüm neticesinin doğrudan nedenidir. Bu nedenle anne bakımından icrai davranışla insan öldürme suçunun tartışılması gerekecektir¹⁵³.

3. Cezalandırılmayan Önceki - Sonraki Hareket ve Önceden Gerçekleştirilen Tehlikeli Davranış

Yukarıda belirtilen istisnalar dışında her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda hareket çokluğu söz konusudur. Bu halde mesele, artık hareket tekliğine göre değil; bir yorum yöntemi olan görünüşte içtima ilkeleri - cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareket kavramları (*tüketen-tüketilen norm ilişkisinin bir türü olarak*)¹⁵⁴ - ile bir çözüme varılabileceği kanaatindeyiz¹⁵⁵. Kısaca belirtmek gerekir ise bir hukuki değeri koruyan birden fazla norm mevcut ise ortak korumayı sağlayan normun uygulanması ile diğer normlar da ortak normun içinde tükenmiş olur¹⁵⁶. Cezalandırılmayan önceki

ve canlı olarak doğan bebeğin ölümünün, göbek kordonunun bağlanmaması nedeni ile hipovolemik şoka bağlı gelişen solunum ve dolaşım yetmezliği sonucu meydana geldiğinin bildirildiği anlaşılmıştır". Bu olayda Yargıtay, "...Yeni doğan, göbek kordonu bağlanmayan bebeğin, ölebileceğini öngörebilecek konumda bulunan sanığın, sonucu kabullenerek eylemini gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, olası kasıtlı nitelikli öldürme suçundan, TCK'nun 82/1-d-e, 21/2. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanlıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayini" nedeniyle kararı bozmuştur (**Yargıtay 1. CD.**, 2016/836 E., 2016/1801 K., T: 07.04.2016, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2016)).

¹⁵³ Bu örnek, şu haberden uyarlanmıştır: "*İstanbul Eminönü'nde bir kadın 40 günlük bebeğini denize attı. Kadın gözaltına alınırken, deniz polisi bebeğin denize atıldığı bölgede arama çalışması başlattı*", **NTV**, "40 günlük bebeğini denize attı", Anadolu Ajansı, 25 Ocak 2017 Çarşamba, (çevrimiçi) <http://www.ntv.com.tr/turkiye/40-gunluk-bebegini-denize-atti,xJdv6bdvFE2DrZ55YXqfQ>, (Erişim Tarihi: 25.01.2017).

¹⁵⁴ **Honig**, s. 11. Ayrıca bu ilke, "*lex consumens derogat legi consumtae*" olarak Latince ifade edilmektedir (Bkz.: **Honig**, s. 2).

¹⁵⁵ *Honig'in* de belirttiği üzere cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareketin ele alınabilmesi için, öncelikle hareket çokluğunun (doğal anlamda) söz konusu olması gerekir. Bkz.: **Honig**, s. 11.

¹⁵⁶ **Honig**, s. 66; **İçel**, Suçların İçtimaı, s. 174. Ayrıca bkz.: **İçel**, Kayıhan: "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı:14, Güz 2008, s. 38.

ve sonraki hareket de bunun bir türüdür. Buna göre cezalandırılmayan önceki hareket, sonraki hareketin cezalandırılması ile önceki hareketin de cezalandırılmış sayılmasını ifade ederken; cezalandırılmayan sonraki hareket, önceki hareketin cezalandırılması ile sonraki hareketin de cezalandırılmış sayılmasını ifade etmektedir¹⁵⁷. Söz gelimi, kişi kasten hasmına ateş eder ve yaralanan hasmını hastaneye götürmez ve ölüm neticesi meydana gelir ise bu durumda fail, her ne kadar ateş etmesi ile bir tehlike meydana getirmiş olsa da sadece icra suretiyle insan öldürmeden cezalandırılır¹⁵⁸. Failin tehlike meydana getiren önceki davranışı ile yaraladığı kişiyi hastane götürmemesi, ihmal suretiyle icra suçunu da oluştursa da ilk hareketinin cezalandırılmasıyla ikinci hareketi de cezalandırılmış olur¹⁵⁹. Zira icrai davranışla kasten insan öldürme, ihmali davranışla kasten öldürme suçunu tüketir¹⁶⁰.

Kural olarak cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareket kavramları, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda cezalandırılması gereken

¹⁵⁷ **Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang**: Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11. bs., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, § 36, kn.12; **İçel, Suçların İctimai**, s. 179.

¹⁵⁸ Keza **Dönmezer** de insan öldürme kastı mevcut ise ihmal suretiyle icranın değil; icrai suçun söz konusu olduğunu vurgulamıştır. Bkz.: **Dönmezer**, s. 486.

¹⁵⁹ Detlev Sternberg- Lieben/Nikolous Bosch, **Schönke/Schröder Strafrechtsgesetzbuch Kommentar**, Albin Eser/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben/Jörg Eisele/Nikolaus Bosch/Bernd Hecker/Jörg Kinzig/Frank Schuster/Bettina Weißer (Yay. Haz.), 29. bs., Münih, Verlag C.H. Beck, 2014, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de>, (Erişim Tarihi: 12.06.2017), Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff., kn.119). Bu şerhe atf yapılarak **Puppe**, Alman öğretisi ve uygulamasında failin taksirle neden olduğu neticenin, şu iki durumda hüviyetini kaybettiğinin ağırlıklı olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Buna göre: (1) Failin bu netice sonrasında başkaca bir neticeyi meydana getirmeye yönelik kasten hareket etmiş ise, (2) Failin taksirli neden olduğu netice sonrasında, (başkaca) neticeleri önleme yükümlülüğü mevcut ise (**Puppe**, Ingeborg: “Was ist Gesetzeskonkurrenz?”, JuS, Sayı: 11, 2016, s. 965, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 02.03.2019)).

¹⁶⁰ Önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış, TCK’da neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynaklarında biri olarak kabul edilse de **Schünemann**, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın kanun ve sözleşmenin yanında üçüncü bir garantörlük kaynağı olarak sıralanmasını eleştirmişti. Çünkü önceki davranış, nedensellik düşüncesinin bir sonucu olan ve aynı zamanda içtima meselesi bağlamında ele alınması gereken bir durumdu. Bu nedenle de kanun ve sözleşmeye göre daha farklı bir yapısı vardı. Bkz.: **Schünemann**, Bernd: “Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen”, ZStW, Cilt: 96, Sayı: 2, 1984, s. 291-292. Bu nedenle **Schünemann** önceki davranıştan kaynaklanan haller için yardımcı ihmal suçuna (Alm. CK 323 c) ölüm ve yaralama hallerini daha fazla cezayı gerektiren haller olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmişti. Bkz.: **Schünemann**, Bernd: Grund und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & CO, 1971, s. 381. Türk hukukunda bu görüşü benimseyen çalışma için bkz.: **Erbaş**, s. 489-490.

suçun tespit edilmesini sağlayıcı nitelikte bir ölçüttür. Ancak görünüşte ihmali suçlarda bir garantörlük kaynağı olan önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın olduğu ve bu nedenle ihmali suçun meydana geldiği olayların ayırt edilmesi önemlidir. Örneğin taksici yolda seyir halinde iken kırmızı ışıkta durmaz ve karşıdan karşıya geçmekte olan yayaya çarpar. Çarptıktan sonra da hızlıca olay mahallinden uzaklaşır. Yahut ta hekim hasta yakınını ona telefonda verdiği bilgilere dayanarak telefonda hastaya teşhis koyar ve tedavi direktifleri verir. Direktifler yüzünden hasta kötüleştiğinde de hastayı kurtarmaya yönelik herhangi bir girişimde bulunmaz¹⁶¹. Kişi, ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta olan arkadaşına “fırının kapısını kapatayım mı” dedikten sonra onun olumlu cevabı üzerine fırının kapısını kapatmış ve bu arada arkadaşını korkutmak amacıyla çalıştırma ve stop düğmelerine basmıştır. Arkadaşından kan çıktığını görünce, paniğe kapılıp fırın kapısını açmayı düşünememiş ve oradan uzaklaşmıştır. Havasızlık nedeniyle ölüm neticesi meydana gelmiştir. Tüm bu hallerde kişiler bir tehlikeli durum meydana getirmeleri nedeniyle, garantör sıfatına sahip olmuşlardır. Bu nedenle bu hallerde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun içerisinde taksirle yaralama suçu tükenir.

4. Taksirli İcrai Suç - Kastan İşlenen Görünüşte İhmali Suç Ayrımı

İşveren Çin’den getirttiği keçi kollarını arındırmadan işçilere fırça yapımı için verir. Arındırılmamış keçi kılı ile fırça yapmakla meşgul olan dört işçi yaşamını yitirir¹⁶². Kamyon şoförü, seyir halinde bulunduğu yolda bisiklet sürücüsü ile arasında zorunlu mesafeyi tutmaz ve onu sollar. Sollaması sırasında bisiklet sürücüsü başından yaralandıktan sonra yaşamını yitirir¹⁶³. HIV taşıdığı öğrenen A, eşi B’ye böyle bir virüs taşıdığını söylemez ve eşi ile korunmasız olarak cinsel ilişkiye girer¹⁶⁴. Eczacı hasta yakınına reçetesi olup olmadığını sormaksızın istediği ilacı verir. İlacı içen hasta, yaşamını yitirir¹⁶⁵.

Bu örneklerde tehlikeliliğe neden olan örneğin güvenlik tedbirlerinin alınmaması gibi önce ihmali davranış olduğu izlenimi veren, ancak deva-

¹⁶¹ Benzer şekilde hastaya yanlış tedavi uygulayan hekimin sorumluluğu da önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olduğuna sonucuna varan bir çalışma için bkz.: **Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 994. Ayrıca bkz.: **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: II, 2. bs., Ankara, Adalet, 2014, s. 2807.

¹⁶² **RGSt**, I 1265/28, T: 23.04.1929.

¹⁶³ **BGH**, 4 StR 354/57, T: 25.09.1957, **NJW**, Cilt: 11, Sayı: 4, 1958, s. 149.

¹⁶⁴ **LG Kiel**, 10 KLS 1/10, T: 28.06.2010, BeckRS, 2010, s. 26831.

¹⁶⁵ **RGSt** 15, 151, aktaran: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.74.

mında icrai bir davranış takip eden ve böylece ceza sorumluluğunun icrai davranışa mı yoksa ihmali davranışa mı dayandırılması gerektiği tartışmalı hale gelen bir durum karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁶. Diğer bir anlatımla tüm bu örneklerde, bir yükümlülük ve bu yükümlülüğün aksi yönünde davranılması (aykırılık -*icra* veya yerine getirmeme- *ihmal*) söz konusudur. Bu hallerde taksirli icrai suç ile kasten işlenen görünüşte ihmali suç nasıl ayırt edilecektir? Görünüşte ihmali suçun kanuni temellendirilmesi meselesinde, 765 sayılı TCK uygulamasında (bazen)¹⁶⁷ ve genel olarak Türk hukukunda etkili olmuş Fransız hukuku uygulamasında (genellikle)¹⁶⁸ taksirli icrai suç ile kasten görünüşte ihmali suçlar arasındaki ayrımın yapılamadığı görülmektedir. Ancak bugün Türk ceza hukuku öğretisinin haksızlık anlayışının geldiği nokta, bu ayrımı zorunlu kılmaktadır¹⁶⁹.

Buna göre ihmal, hareketin bir şekli ve bu nedenle hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Taksir de manevi unsuru ifade etmekte, hem ihmal hem de icra taksirle işlenebilir. Ancak bu iki farklı ceza hukuku kurumu, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünün bilhassa tehlikeli işlerde *güvenlik tedbirleri alma yükümlülüğü* olarak tezahür ettiği hallerde ayrıştırılamamaktadır. Bunun nedeni, “yükümlülük” ve “yükümlülüğe aykırılık” kavramlarının ihmalin ve taksirin haksızlığının ortak hammaddesini teşkil etmesidir. Bu noktada *icra-ihmal ayrımı* da âdete doğal biçimde kendiliğinden ortadan kalkmakta; ikisi arasında ayrım yapılması güçleşmektedir. Keza 2014 yılında Yargıtay’ın kararına konu olan maden kazası ile ilgili bir olayda yerel mahkeme, yaşamını yitiren işçiler nedeniyle işletme sahiplerini *taksirle öldürme suçundan* mahkûm etmiştir. Bu olaya ilişkin Yargıtay, failer hakkında olası kastları sebebiyle kasten insan öldürme suçundan (TCK md.81) hüküm kurulması gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur¹⁷⁰. Yargıtay’ın taksiri reddetme

¹⁶⁶ Ayrıca bkz.: **Sieber**, s. 431.

¹⁶⁷ 765 sayılı TCK uygulamasında bu ayrımın yapılamadığını gösteren kararlar için bkz.: **Erbaş**, s. 127-128.

¹⁶⁸ Fransız uygulaması için bkz.: **Erbaş**, s. 145-146.

¹⁶⁹ Ancak **Zafer**, bu ayrımın yapılamadığı buna göre dikkat ve özen yükümlülüğü ile garantörlüğe ilişkin yükümlülüğün karıştığı gerekçesi ile görünüşte ihmali suçların taksirle işlenemeyeceğini, yalnızca kasten işlenebileceğini kabul ettiğini belirtmektedir. Bkz.: **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75) Ders Kitabı, 6. bs., İstanbul, Beta, 2016, s. 285.

¹⁷⁰ Yargıtay’ın gerekçesi: “...bu iş kolunda deneyimli olan sanıkların 2006 yılından beri işletmede metan gazı olduğunu bilmelerine rağmen bunu gözardı ederek, defterlerde bile bu hususa yer vermeyerek önceki denetimlerde defalarca istenmiş olan ocak gaz ölçümünün otomatik olarak yapacak erken uyarı sistemini kurmayarak, yeterli sayıda gaz ölçüm cihazı bulundurmuyup düzenli olarak kullanılmasını sağlamayarak, hatta basit ve

gerekçesi, “defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı-mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle olursa olsun düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettiklerinden olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu” şeklindedir. Yargıtay da kendi ifadesiyle “hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettiklerinden” ihmali hiç tartışmamış, icrai davranış sebebiyle insan öldürme suçundan -TCK 81. md.- sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmıştır. Yerel mahkeme ile arasındaki hukuki uyumsuzluk sadece davranışın manevi unsurunun tartışılması düzeyinde kalmıştır.

Taksir kavramını ele alacak olursak, geleneksel taksir anlayışında taksirin haksızlığının unsurları şöyle sıralanmaktadır: Failin “dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi”¹⁷¹ ile “kanunun yasakladığı bir neticenin

ucuz olan vakvak tabir edilen uyarı aletini dahi temin edip kullanılmayarak, işletmede Küldesak (havalandırma bakımından kör ve acil durumda kaçış imkanı bulunmayan) ayak çalıştırılarak, ocak üretim mahalline yeterli temiz hava akımını sağlayacak sistemi kurmayarak, ocak içindeki kirli ve temiz havanın karışmasını ve ısının yükselmesini göz ardı edip; 10-15 cm çapında hava borularıyla havalandırma yapılması dolayısıyla yeterli ve uygun düzeyde havalandırma sağlanamaması nedenleriyle grizu birikmesine neden oldukları, ocakta grizu olduğunu bilmelerine rağmen bunu gizledikleri bu nedenle idarenin denetimini de önledikleri gibi ocak içinde her vardiyada her atım öncesi ve sonrası gaz ölçümü yaptırıp kayıt altına aldırılmayarak, ocak içinde kullanılan tesisat ve ekipmanların anti-grizulu olarak tesis ettirmeyip ocak içine işçilerin sigara sokmasını ve içilmesini engellemeyerek, çalışan işçilere işe başlarken ve devamında tamamına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verdirip belgelettirmeyerek, fiziki şartları kötü, üretim, nakliyat ve havalandırma bakımından emniyet tedbirlerine uyulmayan ocak işleterek meydana gelen sonuca kayıtsız kalıp kabullendikleri, böyle bir olayda öngörülmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmeyeceği, defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı, eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı, bu şekildeki çalışma ile grizu patlaması olabileceğini öngörmelerine rağmen, patlamayı gerçek anlamda engelleyici nitelikte bir çalışma yapmadıkları, aksine mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle, “olursa olsun” düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettikleri; bu nedenle gerçekleşen bu neticeden olası kast hükümleri uyarınca sorumlu tutulmaları gerektiği ve olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı olup, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi gereğince sonuç cezanın süresi itibarıyla sanıkların kazanılmış hakkı saklı tutularak isteme uygun olarak BOZULMASINA, 14.11.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi”, Yargıtay, 12. CD., 2012/21104 E., 2013/25712 K., T: 14.11.2013, KAZANCI, (çevrimiçi) <http://kazanci.com.tr/gunluk/12cd-2012-21104.htm>, (Erişim Tarihi:07.11.2016).

¹⁷¹ İçel’e göre taksirin cezalandırılmasının temeli, toplumun yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Bkz.: İÇEL, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan

meydana gelmesi” ve “*failin bu yükümlülük ihlali olmasaydı bu neticenin de meydana gelmeyecek olmasıdır*”¹⁷². Bununla birlikte bu tanım, taksir ve ihmal arasındaki sınırın çizilmesi için Alman öğretisinde yeni bir yaklaşım olarak şu şekilde ifade edilmeye başlamıştır: “*Taksirli suçları düzenleyen normlar, en azından norm düzeyinde teorik olarak kişiden dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirmesini talep etmemektedir. Bu nedenle kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Burada bulunan yükümlülük, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmayı ihmal etme -dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmama yükümlülüğüdür*”¹⁷³. Buna göre, örneğin sürücünün trafikte önündeki araçla zorunlu mesafeyi tutmaması şeklindeki yükümlülüğe aykırılığı, ihmal etmesi gerekir. Kişi bu yükümlülük nedeniyle, yoldan geçmekte olan kişilerin yaşam hakkı için garantör olmaz. Oysa ihmalde; kişinin yükümlülüğü, bir başka kişinin “*yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik zarar ve tehlikeleri önleme*” yükümlülüğünü “*yerine getirmemesi*” şeklinde tezahür eder. Bu yükümlülüğü yerine getirmeme (ihmal etme), dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmama yükümlülüğünü uyulmaması ile de söz konusu olabilir ki bu durumda taksirle işlenen görünüşte ihmali suçtan bahsedilir.

Taksirin bazı hallerde ihmal ile tezahür ettiğini göstermesi açısından, taksirin günlük yaşamda varlık kazanma şekillerinin örneği olarak nitelendirilebileceğimiz “*bilgilendirme ve ihmal yükümlülüğü*” şeklinde, *Roxin* kısaca şöyle bir formülasyon yapmıştır: “*Bilgisi olmayan, kendini bilgilendirmek; yapamayacak durumda [fiziksel veya pratik eksiklik nedeniyle] olan kişi de, ihmal etmek zorundadır*”¹⁷⁴ şeklinde ifade etmektedir¹⁷⁵. Örneğin hekim bilgisiz ise araştırıp öğrenecek¹⁷⁶ ya da kolu kırık ise hastayı ameliyat etmeye girişmeyi ihmal edecektir¹⁷⁷. Her iki durum da taksire işaret eder. Bu esasında yeni bir kavramsallaştırma değildir; bunlar, kişinin bilgisizliği ve

Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1256, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 104 ve ayrıca s. 105.

¹⁷² **Gropp**, § 12, kn.116 ayrıca s. 536, kn.117; **Roxin**, Claus: Strafrecht AT I, 4. bs., Münih, Verlag C. H. Beck, 2006, § 24, kn.8; **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 234-235.

¹⁷³ **Gropp**, § 12, kn.117.

¹⁷⁴ “...*yapamayacak durumda olan kişi de, ihmal etmek zorundadır*” kavramsallaştırmasını *Gropp*, etkileyici bir ifade olarak nitelendirmiştir. Bkz.: **Gropp**, § 12, kn.117.

¹⁷⁵ **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.36.

¹⁷⁶ **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.37.

¹⁷⁷ Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.36.

acemiliği gibi çeşitli taksir şekillerinin yeniden tasnif edilerek bilgilendirme ve ihmâl yükümlülüğüne vurgu yapılmasıdır¹⁷⁸.

Belirtilen yazar, taksirin “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık*” şeklindeki kurucu unsurunu reddetmektedir. Çünkü bazı hallerde dikkat ve özen yükümlülüğü, şekli kalmakta ve gerçek durumla örtüşmemektedir. Örneğin atların başıboş dolaşmasının normal karşılandığı bir köyde, kişinin bağlamadığı atının köpek tarafından ürkütülmesi ile koşması ve bu sırada bir kimseyi yaralaması durumunda atın başıboş bırakılması herhangi bir dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmemektedir. Burada at sahibinin sorumluluğunun olmadığı, izin verilen riski aşan bir tehlikeyi meydana getirmemesi nedeniyle daha somut olarak temellendirilmiş olmaktadır¹⁷⁹. Bu şekilde dikkat ve özen yükümlülüğü yerine, “*normun koruma alanı kapsamında fail tarafından izin verilen riski aşan bir tehlikeliliğin meydana getirilmesi*” unsurunun ikame edilmesi gerektiği kanaatindedir. Bu yeni unsuru kısaca “*izin verilen riski aşan bir tehlikeliliğin meydana getirilmesi*” olarak ifade edilmektedir¹⁸⁰. Ancak buna da “*izin verilen*” unsuru nedeniyle suçunun hukuka aykırılık unsurunun öne çekildiği gerekçesiyle itiraz edilmektedir¹⁸¹.

Dikkat çekmek gerekir ki; Alman öğretisinde bu şekilde taksiri açıklamaya yönelik farklı şekillerde hem geleneksel kabuldeki gibi hem de bu yeni tespitte olduğu gibi değerlendirmelerin yapılabilmesinin nedeni, Alm. CK’da taksirin kanunda tanımlanmamış olmasıdır. Alm. CK’nın aksine TCK’da md. 22/2’de taksir tanımlanmıştır. Bununla birlikte TCK’nın tanımı, Alman öğretisindeki taksirin bu yeni yorumunun benimsenmemesini gerektirecek nitelikte değildir. Buna göre “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*”. Burada Kanun, *dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığa dikkat çekmekte ve bunu esas almaktadır. Bunun*

¹⁷⁸ Taksir şekilleri için bkz.: **İçel**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 197-213.

¹⁷⁹ **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.11.

¹⁸⁰ **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.14. Belirtmek gerekir ki, *Roxin*’in bu görüşü de yeni bir görüş değildir. Buna göre *İçel*, 1967 tarihli eserinde “*taksirin hukuki esasını*” ortaya koymak üzere “*müessir sebep*”, “*hata*”, “*önleyebilme*”, “*öngörebilme*” ve “*tehlike (hareketin ve failin tehlikeliliği)*” teorileri şeklindeki çeşitli görüşlere yer vermiştir. Belirtilen bu görüş de, bu görüşlerden hareketin tehlikeliliği görüşü ile benzerlik göstermektedir. Bkz.: **İçel**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 54 vd. Bu da göstermektedir ki; taksirin esasının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olduğu bugün de ağırlıklı görüş olsa da, taksirin esasının sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olduğu şeklinde yeknesaklık geçmişte de mevcut değildi.

¹⁸¹ **Gropp**, § 12, kn.122.

anlamı da kişiler dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmamakla (davranmayı ihmal etmekle -öldürmemek-öldürmeyi ihmal etmek- gibi) yükümlüdür. Hatta bu tanımın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığa doğrudan değil, neticenin nedeni olarak ifade etmesi sebebiyle, yeni taksir yorumunu destekler nitelikte dahi olduğu söylenebilir.

Biz taksir-ihmal ayrımı meselesini, “*yükümlülüğün niteliği*”, “*yükümlülüğün neye hizmet ettiği*” ve “*onun nasıl ihlal edildiğinden*” hareketle çözmekteyiz. Çünkü ihmal, haksızlığın hareket unsuruna; taksir ise haksızlığın manevi unsuruna denk gelmektedir. Buna göre, taksirdeki yükümlülükler aykırılık, bizatihi ceza hukuku haksızlığı teşkil etmez; ancak uyulmaması ile ceza mevzuatında düzenlenen başka netice meydana gelirse kişi cezalandırılır. Örneğin trafik sürücüsünün kırmızı ışıktaki durma yükümlülüğü, trafik düzenini sağlamaya yönelik bir yükümlülüktür. Sürücü, bu trafik kuralı nedeniyle trafikteki diğer araç sahiplerinin ve yayaların yaşam ve vücut bütünlüğü bakımından trafiğe dâhil olduğu sürece garantör olmaz. Taksirde yükümlülükler “*uymamak (aykırılık)*” söz konusudur. İhmalde ise kişinin yükümlülüğü, bir başka kişinin “*yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik zarar ve tehlikeleri önleme*” yükümlülüğünü “*yerine getirmemesi*” söz konusudur. “*Aykırı hareket etmek (uymamak)*” ile “*yerine getirmemek*” aynı nitelikte davranış normunu ifade etmez. Bu yönüyle aynı zamanda ihmaldeki yükümlülük, taksirdeki yükümlülükten daha fazlasını ifade eder. Bu nedenle, taksirdekine göre daha yoğun ve başka bir yöndeki (neticeyi engelleme) yükümlülüğü ifade eder. Yükümlülük sahibi kişi, diğer kişinin hukuki değerlerinin korunması için garantör olur.

Jescheck/Weigend’in örneği ile bunu somutlaştırmak gerekirse; okul bahçesinde tırmanma oyunu oynayan öğrencilerden birisi hayati tehlikesi olacak derece bir kaza geçirir. Bahçede bu oyunu oynayan öğrencilerin kendi öğrencileri olup olmadığını denetlemeyip onlara bu oyunu yasaklamayan sadece onları oyun oynarken sınıf camından seyreden öğretmen, taksirle ihmal suretiyle insan öldürme suçunu işlemiş olur¹⁸². Burada öğretmenin öğrencilerin kendi öğrencisi olup olmadığını tetkik etmemesi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık; öğrencilerinin yaşam ve vücut bütünlüğünü korumaya yönelik hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün ihmal edilmesidir. Benzer şekilde örneğin maden işletmecisinin çalışma şartları ile ilgili yükümlülükler uyararak gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü gösterme zorunluluğu, başka bir şeyi (taksiri); maden işletmecisinin çalışma şartları ile ilgili yükümlülükler uyararak çalışan-

¹⁸² Jescheck/Weigend, s. 634.

larının yaşamını ve vücut bütünlüğünü koruma zorunluluğu, başka bir şeyi (ihmalî) ifade eder. Bu nedenle ihmaldeki yükümlülük (neticeyi engelleme), herkese yüklenmemiştir; istisnai olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu istisnai halleri de TCK'nın 83. maddesinde “kanun”, “sözleşme” ve “önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış”¹⁸³ olarak sıralanmıştır. İşveren bakımından 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 4. maddede “işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup” dedikten sonra bu kapsamda alınması gereken tedbirleri sıralamıştır. Bu şekilde Kanun, sadece işyerinde uyulması gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayı zorunlu kılmakla yetinmemiş, işle ilgili -iş kapsamında- çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamakla da yükümlü kılmıştır. Bu nedenle işverenler, çalışanlar bakımından garantördürler¹⁸⁴. Yargıtay'ın yukarıda belirtilen 2014 tarihli kararını bu anlatılanlar ışığında ele alırsak maden işletmecisi, maden işçilerinin sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirmedikleri -pasif kaldıkları- için görünüşte ihmalî suç söz konusu olacaktır. Aynı sonuç, işverenin keçi kıllarını arındırmayarak bu haliyle işçilere verme davranışı için de geçerlidir.

Bununla birlikte taksirle gerçekleştirilen ihmalî davranışlar da söz konusu olabilir. Kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyebilir. Örneğin anne, dikkat ve özenli davranmayarak çocuğunun vücut bütünlüğünün tehlikeye düştüğünü fark etmez ve anne onu korumak için hiçbir şey yapmaz. Bir başka örnek ise şöyledir: Anne, küçük çocuğunun sağlığının tehlikeye düşebileceğini düşünmez ve çocuğu ile yirmi dört saat ilgilenmez¹⁸⁵.

Bu başlığın ilk paragrafında sıralanmış; trafikte zorunlu mesafenin tutulmaması ile öndeki sürücünün yaralanması, hasta yakınına ilaç reçetesinin sorulmaması ile ilgili ilacın verilmesi ve HIV taşıdığı için cinsel ilişkiye girdiği eşe söylenmemesi ile eşle cinsel ilişkiye girilmesi örnekleri ise taksirle gerçekleştirilen icrai davranışı gündeme getirmektedir. Diğer bir anlatımla, kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak icrai davranışlar sergilemekte ve böylece suç tipinde belirtilen netice meydana gelmektedir¹⁸⁶.

¹⁸³ Bu üçüncü garantörlük kaynağı, TCK md. 83'ün 2. fıkrasının (b) bendinde “önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu garantörlük kaynağının terminolojik ifadesi için “önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış” ibaresini tercih etmemizdeki gerekçeler için bkz.: **Erbaş**, s.420-422.

¹⁸⁴ **Erbaş**, s. 383-384.

¹⁸⁵ Bu hallerde netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç gündeme gelir (**Jescheck/Weigend**, s. 634).

¹⁸⁶ Taksir kavramı için bkz.: **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 258-261.

Bu nedenle belirtilen tüm bu örneklerde failer bakımından *taksirli icrai davranış* sebebiyle taksirle öldürme (TCK md. 85) ve yaralama (TCK md. 89) suçlarının tartışılması gerekir.

5. Terk Suçu (İcrai) Bağlamında İhmali Davranışla Öldürme ve Yaralama İlişkisi

Terk suçunun (TCK md. 97), terk etmek şeklindeki suçun fiil unsurunun gerçekleştiriliş biçimi ile ilgili öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. Ancak ağırlıklı savunulan görüşe göre, terk suçu hem icrai davranış hem de ihmali davranış ile işlenebilir¹⁸⁷. Söz gelimi kişinin evde bebeği aç iken yerinden kalkarak onu emzirmemesi ihmali davranışla terk; annenin bebeğini alıp ıssız bir yere bırakması icrai davranışla terk olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁸. İşte terk suçunun icrai davranışla örneğin aktif bir davranışla korunmasız kalacağı bir yere bırakılmak suretiyle işlendiğinde ve kendisine karşı yükümlülük taşıyan kişi öldüğünde veya yaralandığında terk suçu ile ihmali davranışla öldürme ve yaralama suçları arasında suçun nitelendirme meselesi ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay kararları incelendiğinde de garantör sıfatına sahip olan kimse- nin koruma ve gözetim yükümlülüğü olduğu kişiyi icrai davranışla terk etmesi halinde söz konusu davranışın nitelendirilmesinde farklı görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Diğer bir anlatımla, yerel mahkemeler ile Yargıtay arasında terk suçu ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlen- mesi suçları ekseninde fikir ayrılıklarına rastlanılmaktadır. Bunun nedeni, terk suçunda, temel düzeyde kişinin, koruma ve gözetim yükümlülüğü nede- niyle garantör olduğu bir kimseyi kendi haline terk etmesi cezalandırılma- sından sonra, ikinci bir hal olarak bu suçta mağdurun bir *hastalığa yakalan- mış, yaralanmış veya ölmüş olması; yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda da kişinin ölmesi* şeklinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin de öngörülmüş olmasıdır.

Söz gelimi Yargıtay, doğumdan hemen sonra bebeğini dere yatağına bırakan annenin davranışını ihmali davranışla bebeğini kasten öldürmeye

¹⁸⁷ Terk suçunun hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebileceği görüşü için bkz.: **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. bs., Ankara, Yetkin, 2010, s. 217; **Yenerer Çakmut**, Özlem: “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)”, İÜHFİM, Cilt: 65, Sayı: 2, 2007, s. 63. Aynı görüşte bkz.: **Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. bs., Ankara, Adalet, 2018, s. 149. Terk fiilinin sadece icrai davranışla gerçekleştirilebileceği görüşü için bkz.: **Özbek**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Cilt: II, Ankara, Seçkin, 2008, s. 568.

¹⁸⁸ Karş. **Yenerer Çakmut**, s. 63.

teşebbüs şeklinde değerlendiren yerel mahkemenin görüşüne katılmayarak, terk suçunun oluşup oluşmadığının incelenmesi gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur¹⁸⁹. Buna karşılık, bir başka kararında kişinin evinin banyosunda doğum yaptıktan sonra bebeğini, evlerinin karşısında bulunan çöp konteynırına bırakıp işine gittiği ve bebeğin yaşamını yitirdiği olayda annenin bebeğini çöp konteynırına bırakmasını ihmali davranışla insan öldürme (TCK 83 md.) olarak nitelendirmiştir¹⁹⁰.

Terk suçu ile ihmali davranışla öldürme ve yaralama suçu arasındaki ilişki bağlamındaki çözümümüz, temel olarak şöyledir: Terk suçunda “*kendi haline terk etmek*” ibaresi, kişinin *kendini idare edemediği bu durumun içinde kalmasının devam ettirilmesi* anlamına gelir. Bu devam ettirme, doğal anlamda icrai davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir. Her iki davranış şekli de kişinin koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesine hizmet etmektedir¹⁹¹. Bu nedenle davranış şekli açısından ağırlıklı görüşü benimseyerek biz terk suçunun işlenişinde davranışın icrai veya ihmali şekilde gerçekleştirilmiş olmasının önemi olmadığı görüşündeyiz. Ancak söz konusu yükümlülük nedeniyle farklı olarak, terk suçunun görünüşte ihmali suç olarak nitelendirmektedir¹⁹². Bu sonucu, terk suçunun hem kendisinin ortaya çıkışı hem de 765 sayılı TCK dönemindeki tarihi gelişimi de teyit etmektedir¹⁹³.

¹⁸⁹ **Yargıtay 1. CD.**, 2016/1572 E., 2016/2536 K., T: 23.05.2016.

¹⁹⁰ **Yargıtay, 1.CD.**, 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013. Benzer şekilde Yargıtay, bebeğin bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmek istemeyen annenin, bir günlük bebeğini boş arsaya bırakması durumunda boş arsaya bırakmasını da ihmali suretiyle insan öldürme olarak nitelendirmiştir. Bkz.: **Yargıtay, CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013. Yine 2007 yılında da Yargıtay benzer şekilde karar vermiştir. Buna göre, “*Sakat ve beş yaşında olan maktülün bakımıyla görevli annesi sanığın, kalorifer ve soba bulunmayan, tutanaklara göre normal ev eşyası olmayan evde kış mevsiminde kendi başına terk etmek suretiyle kasten ölümüne neden olduğu anlaşıldığından 765 sayılı TCK.nun 450/1 maddesi ile 5237 sayılı Yasanın 83/2. maddesinin somut olarak karşılaştırmak suretiyle cezalandırılması yerine yazılı şekilde karar vermesi*”, Yargıtay 1. CD., 13.02.2007, 2274-382, aktaran: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: II, s. 2813.

¹⁹¹ **Erbaş**, s. 101-102. Karş. **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 149-150.

¹⁹² Bu çözümümüz, yukarıda değindiğimiz *Jescheck/Weigend*'in görüşüne dayanmaktadır. Bkz.: **Jescheck/Weigend**, s.723. Bu görüşümüzü savunduğumuz daha önceki çalışmamız için bkz.:**Erbaş**, s.101-102, ayrıca s. 134.

¹⁹³ Terk suçunun, icrai- ihmali suç nitelendirmesi tartışması eksenindeki tarihi gelişimi incelemesi için bkz.: **Erbaş**, s.130-134, ayrıca s.103.

Somut olayları değerlendirdiğimizde; annelerin bebekleri dere yatağına, arsaya veya çöp konteynırına bırakması ve sonucunda bebeklerin öldüğü olaylarda, bu hallerde icrai davranışın ölüm neticesi ile nedensellik ilişkisi dışlanabilmiş olması şartıyla, hem terk suçunun (TCK md. 97) hem de kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun (TCK md. 83) oluştuğu sonucuna varmaktayız. Ancak terk suçu, tali norm olduğundan geri çekilecektir¹⁹⁴. Buna göre, terk suçunun ölüm ve yaralama şeklindeki netice sebebiyle ağırlaşmış hali, faillerin taksirinin olduğu hallerle sınırlı uygulanacaktır¹⁹⁵. Diğer bir anlatımla, annenin dünyaya yeni getirdiği bebeğini ıssız bir yere kendi haline bıraktığı ve bebeğin beş gün sonra sağ olarak bulunduğu olayda¹⁹⁶ anne, ölüm neticesi bakımından en azından olası kast ile hareket etmiş ise kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçun (TCK md. 83) nedeniyle sorumluluğunun tartışılması gerekmektedir.

E. SONUÇ

Her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda mesele, hem icranın hem de ihmalin suç oluşturması sebebiyle cezalandırmanın hangi kanun hükmüne dayandırılması gerektiğine ilişkindir. Yargıtay kararlarında da bilhassa bebek terki vakaları ile dikkat ve özen yükümlüğünün de bir arada bulunduğu olaylarda sıklıkla bu mesele ile karşılaşıldığı görülmektedir. Bu konuda Alman ceza hukukunun uygulaması ve öğretisi tarafından temelde gerçeklik ve değerlendirme olarak tasnif ettiğimiz çeşitli ölçütlere başvurulmuştur. Bunlara çalışmamızda kısaca yer verdikten ve Türk hukuku uygulamasındaki durumu tespit ettikten sonra çözümde şu temel fikirden hareket edilmelidir: Sadece gerçekliğe dayanılmamalı; ayrıca gerçekliğin tespitinden sonra bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Bu ise normlar arasında yorum yapılması; kavramsal ifadesi ile görünüşte içtima kurallarına başvurulmasıdır. Zira bu tür olaylarda her iki dav-

¹⁹⁴ **Doğan**, Koray: “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtima Sorunu”, TAAD, Cilt: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 205; **Erbaş**, s. 102. Madde 97/2'nin asli, 83. maddenin tali norm olduğu görüşü için bkz.: **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 149.

¹⁹⁵ **Erbaş**, s. 102. Dikkat çekmek gerekir ki; 97. maddenin gerekçesinde ağırlaşan neticeler bakımından failin en az taksirle hareket etmesi gerektiği belirtilmekle beraber, failin çoğu zaman olası kastla hareket ettiğinin de dikkate alınması gerektiğine işaret edilmiştir. Bkz.: TCK md. 97 gerekçesi (**TBMM**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)”, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, (çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, (Erişim Tarihi:05.05.2019)).

¹⁹⁶ **Yargıtay 1. CD.**, 2016/1572 E. , 2016/2536 K., T: 23.05.2016.

ranış şekli, normlar karşısında eşit mesafede durmaktadır. Buradan hareketle, hareket tekliği-çokluğu, taksirli suçlar ile ihmalin bir arada olması, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın nitelendirilmesi ve terk suçu eksenlerinde konu irdelenmiştir. Bu inceleme de bize konunun somut olaydaki tüm meseleleri etrafında ele alınması gerektiğini göstermiştir. Nitekim *Brammsen*, sorunun çözümünün suç tipinin özelliğine göre mevcut olan hareket şekillerine bağlı olduğunu bu nedenle geliştirilen her ölçüt her olayda çözümü sağlayamadığını belirtmiştir¹⁹⁷. Esasında bu şekilde somut olay çözümüne işaret etmektedir. Ancak kanaatimizce somut olaya bağlı olmak demek burada somut olayın kendine mahsus özelliklerini dikkate alarak her bir olay için özel bir çözüm sunmak değildir. Bizce de her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları çözmek için bu konuya özgü ölçütler geliştirilmesi, tam anlamıyla fayda sağlayamaz. Zira bu olayların her biri, suç teorisinin çeşitli problemlerini barındırmaktadır.

Bu çeşitli problemlere örnek vermek suretiyle nihai çözümümüzü somutlaştırmak gerekir ise; ilk olarak hareket tekliğinin-çokluğunun belirlenmesi, önemli bir adım olacaktır. Bu bağlamda Alman Yüksek Mahkemesi'nin bir olaydaki her oluş (icra-ihmal) şeklinde abartıldığı vurgusu¹⁹⁸, isabetlidir. Zira icrai davranışla işlendiği açık olan olaylarda ihmali olarak nitelendirebileceğimiz davranışlar mevcuttur. Örneğin önündeki bisiklet sürücüsü ile arasındaki zorunlu mesafeyi tutmayıp onu sollayarak ölümüne neden olan kamyon sürücüsü örneğinde¹⁹⁹, sürücünün zorunlu mesafeyi tutmamasını da dikkate almak olaydaki her oluşa aşırı vurgu yapılması anlamına gelecektir. Aksi yorum, kişinin aracına binip, gaz pedalına basarak yoldan geçmekte olan yayayı görmesine rağmen frene basmaması örneğindeki²⁰⁰ pedala basmama şeklindeki ihmali davranışın da dikkate alınması gerektiği sonucunu doğuracaktır.

İhmali suçun belirli bir süre devam ettiği hallerde icrai davranışın ihmali suçun işlenmesine hizmet ettiği örnekler de bu kapsamda ele alınabilir. Buna göre nafakasını ödemekle yükümlü olduğu çocuğuna karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin nafakanın icrasını gerçekleştiren kamu görevlisini engellemesi şeklindeki icrai davranış, çocuğuna karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü mütemediyen ihmal etmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle burada icra ile ihmal arasında hareket tekli-

¹⁹⁷ **Brammsen**, s. 195.

¹⁹⁸ **BGH**, GStt 3/53, T: 17.02.1954, **NJW**, Cilt:7, Sayı:20, 1954, s. 768.

¹⁹⁹ **BGH**, 4 StR 354/57, T: 25.09.1957, **NJW**, Cilt:11, Sayı:4, 1958, s. 149.

²⁰⁰ **Jakobs**, § 32, kn.33.

ğinden bahsedilebilecektir²⁰¹. Bu sonuca varılmasını sağlayan en temeldeki dayanak ise esasında kişinin *yasak normunu* mu yoksa *emir normunu* mu ihlal ettiğinin tespitidir. Yasak ve emir normunu ihlal etme ve edebilme noktasında da kişinin ihlal ettiği yükümlülüğünün niteliğinin belirlenmesi, çözüme götüren esaslı bir yöntemdir. Söz gelimi, Alman hukukundaki keçi kıllarını arındırmadan işçilere vererek işçilerin ölümüne neden olan işveren örneğinde²⁰², işverenin ihlal ettiği yükümlülüğünün niteliği incelendiğinde; ihlal edilen yükümlülüğün dikkat ve özen değil; işçiler bakımından neticeyi engelleme (garantörlük) yükümlülüğü olduğu görülecektir. Burada taksirdeki dikkat ve özen yükümlülüğünün haksızlığı meydana getirmedeki işlevi ile garantörlüğün haksızlığı meydana getirmedeki işlevinin ayırt edilebilmesi, önem arz etmektedir.

Görünüşte içtima kuralları bağlamında çözülmesi gereken bir başka grup da bilhassa bebek terki vakalarıdır. Bu halde netice sebebiyle ağırlaşan terk suçu (TCK md. 97/2) ile kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu (TCK md. 83) ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu (TCK md. 88) arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre md. 97, md. 83 ve 88 karşısında tali norm olduğundan geri çekilecektir. Bu doğrultuda annelerin bebekleri dere yatağına, arsaya veya çöp konteynırına bırakması ve sonucunda bebeklerin öldüğü olaylarda hem terk suçunun (TCK md. 97) hem de kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun (TCK md. 83) oluştuğu sonucuna varmaktayız. Ancak, terk suçunun ölüm ve yaralama şeklindeki netice sebebiyle ağırlaşmış hali, failerin taksirinin olduğu hallerle sınırlı uygulanacaktır

Her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar, bize göre hem suç teorisindeki birçok basamak ile ilgili hem de normlar arası ilişkinin belirlenmesi noktasında çeşitli problemleri içermektedir. Sadece bu meseleler, icra ve ihmal şeklinde iki farklı davranış normu söz konusu olunca arka planda kalmaktadır. Durum böyle iken, somut olaydaki davranışın iki farklı şekilde görünmesine dayanarak sadece davranış şekline odaklanmak, kısır bir döngüde kalınması ile sonuçlanmaktadır. Oysaki burada çözüm işte bu arka planı kavramakta ve problemleri tespit etmekte yatmaktadır. Bu nedenle *Brammsen* tarafından tespit edildiği üzere²⁰³ biz de geliştirilecek bir ölçütün, her halde her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları çözemeyeceği, meselelerin arka planından hareketle her münferit olaya göre çözüm ortaya konulabileceği fikrindeyiz.

²⁰¹ Jescheck/Weigend, s. 723.

²⁰² RGSt, I 1265/28, T: 23.04.1929.

²⁰³ Brammsen, s. 195.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan**, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, 1975.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Adalet, 2017.
- Artuk**, M. Emin/**Yenidünya**, A. Caner: “Ötenazi”, in Hukuki ve Etik Boyutuyla Ötenazi, Yay. Haz. Nur Centel, İstanbul, On İki Levha, 2011, s. 107-140.
- Avcı**, Mustafa/**Yerdelen**, Erdal: “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmal Suçta İhmal ve İcrai Davranış Ayırımı”, GÜHFD, Cilt: 19, Sayı: 1, 2015, s.163-190.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11. bs., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003.
- Brammsen**, Joerg: “Tun und Unterlassen? Die Bestimmung der Strafrechtlichen Verhaltensformen”, GA, Cilt: 149, Sayı: 4, 2002, s. 193-213.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- Doğan**, Koray, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, TAAD, Cilt: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 179-208.
- Dönmezer**, Sulhi: “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İÜHFM, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 1944, s.473-494.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, Cilt: II, 10. bs., İstanbul, Beta, 1994.
- Ebert**, Udo: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. tamamıyla yeniden çalışılmış bs., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2001.
- Erbaş**, Rahime: Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmal Suçlarda Garantörlük, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Eser**, Albin/**Perron**, Walter/**Sternberg-Lieben**, Detlev/**Eisele**, Jörg/**Bosch**, Nikolaus/**Hecker**, Bernd/**Kinzig**, Jörg/**Schuster**, Frank/**Weißer**, Bettina (Yay. Haz.): Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. bs., Münih, Verlag C.H. Beck, 2014, (çevrimiçi) <https://beck->

online.beck.de/, (Erişim Tarihi: 12.06.2017), (Atıf şekli: **Yazar adı**, S/S (29), bölüm, kn.).

Engisch, Karl: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr, 1931.

Engisch, Karl: “Tun und Unterlassen”, Festschrift Für Wilhelm Gallas, Yay. Haz. Karl Lackner/Heinz Lefferenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst A. Wolff, Berlin/New York, De Gruyter, 1973, s. 163-196.

Geilen, Gerd: “Neue juristisch- medizinische Grenzprobleme”, JZ, Cilt: 23, No: 5-6, 1968, s. 145-152.

Gössel, Karl Heinz “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, ZStW, Cilt:96, Sayı:2, 1984, s. 321-335.

Graf, Jürgen-Peter (Yay. Haz.), Beck'scher Online Kommentar OWiG, 20. bs., Münih, Verlag C.H. Beck, 2018, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 25.12.2018).

Gropp, Walter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. bs., Berlin- Heidelberg, Springer, 2015.

Gültekin, Galip: “Ceza Hukukunda İhmal Suçları ve Nevileri”, İstanbul Barosu Mecmuası, Cilt: 12, 1938, s. 198-202.

Hakeri, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçun Çeşitleri, Ankara, Seçkin, 2003.

Hakeri, Hakan: Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83), Ankara, Seçkin, 2006.

Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2018.

Honig, Richard: Strafloze Vor- und Nachtat, (1927 Leipzig basısının tıpkı basımı), Aalen, Scientia-Verlag, 1978.

İçel, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1256, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967.

İçel, Kayıhan Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1762, İstanbul, Servet Matbaası, 1972.

İçel, Kayıhan: “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 14, Güz 2008, s. 35-49.

Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Yeniden Çalışılmış ve Genişletilmiş 2. bs., Berlin, New York, Walter De Gruyter, 1991.

- Jescheck**, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1988.
- Jescheck**, Hans- Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- Kaufmann**, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. bs. (tıpkı), Göttingen, Verlag Otto Schwarz & CO., 1988.
- Kaufmann**, Arthur: “Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”, Festschrift Für Wilhelm Gallas, Yay. Haz. Karl Lackner/Heinz Lefferenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst A. Wolff, Berlin/New York, De Gruyter, 1973, s. 200-231.
- Koca**, Mahmut: “Fikri İçtima”, CHD, Yıl:2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 197-221.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. bs., Ankara, Adalet, 2018.
- Kunter**, Nurullah: “Fikrî İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi”, İÜHF, C. XIV, No: 1-2, 1948, s. 359-379.
- Kunter**, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket- Netice-Sebebiyet Alakası), İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 609, 1954.
- Kühl**, Kristian: “Das Unterlassungsdelikt”, JA, Sayı: 7, 2014, s. 507-512.
- Maiwald**, Manfred: “İcraî ve İhmalî Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Çev. Cumhur Şahin, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s. 159-174.
- Mezger**, Edmund: “Straf- und Strafprozessrecht”, JZ, Cilt: 13, Sayı: 9, 1958, s. 280-282.
- NTV**: “40 günlük bebeğini denize attı”, Anadolu Ajansı, 25 Ocak 2017 Çarşamba, (çevrimiçi) <http://www.ntv.com.tr/turkiye/40-gunluk-bebegini-denize-atti,xJdv6bdvFE2DrZ55YXqfqQ>, (Erişim Tarihi: 25.01.2017).
- Özbek**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Cilt: II, Ankara, Seçkin, 2008.
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2018.

- Puppe**, Ingeborg: “Was ist Gesetzeskonkurrenz?”, JuS, Sayı: 11, 2016, s. 961-966, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 02.03.2019).
- Ranft**, Otfried: “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, JuS, Sayı: 9, 1963, s. 340-345.
- Ranft**, Otfried: “Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten-Teil 1”, JZ, Cilt:42, Sayı: 18, 1987, s. 859-866.
- Roxin**, Claus: “An der Grenze von Begehung und Unterlassung”, Festschrift Für Karl Engisch, Yay. Haz. Karl Engisch/Paul Bockelmann/Frankfurt, Klostermann, 1969, s. 380-405.
- Roxin**, Claus: Strafrecht AT II, Münih, Verlag C. H. Beck, 2003.
- Roxin**, Claus: Strafrecht AT I, 4. bs., Münih, Verlag C. H. Beck, 2006.
- Röhl**, Klaus F.: “Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen”, JA, Sayı: 11, 1999, s.895-901.
- Samson**, Erich: “Begehung und Unterlassung”, Festschrift Für Hans Welzel, Yay. Haz. Günter Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans Joachim Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakobs/Fritz Loos, Berlin/New York, De Gruyter, 1974, s. 579-603.
- Schmidt**, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht, Leibziger rechtswissenschaftliche Studien, No: 116, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939.
- Schünemann**, Bernd: Grund und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & CO, 1971.
- Schünemann**, Bernd: “Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen”, ZStW, Cilt: 96, Sayı: 2, 1984, s. 287-320.
- Sieber**, Ulrich: “Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der “passiven” Gesprächsteilnahme”, JZ, Cilt: 38, Sayı: 11-12, 1983, s. 431-437.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. bs., Ankara, Yetkin, 2010.
- Spendel**, Günter: “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, Festschrift Für Eberhard Schmidt, Yay. Haz. Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas, 2. bs., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, s. 183-199.

- Stoffers**, Kristian F.: Die Formel ‘Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit’ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.
- Taner**, M. Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- TBMM**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)”, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, (çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, (Erişim Tarihi:05.05.2019).
- von Liszt**, Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. yeniden çalışılmış, Berlin, J. Guttenberg, Verlagsbuchhandlung, 1900.
- Welzel**, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. bs., Berlin, Walter de Gruyter, 1969.
- Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: II, 2. bs., Ankara, Adalet, 2014.
- Yenerer Çakmut**, Özlem: “Türk Ceza Yasası'nda Terk Suçu (TCK m. 97)”, İÜHFİM, Cilt:65, Sayı: 2, 2007, s. 49-76.
- Yıldız**, Ali Kemal: “Ötenazi ve Hekim Yardımlı İntihar Eylemleri”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: II, Yay. Haz. Ayşe Nuhoglu, İstanbul, 2014, s. 2043-2090.
- Yüce**, Turhan Tüfan: Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: I, 1. bs., Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.
- Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75) Ders Kitabı, 6. bs., İstanbul, Beta, 2016.

YARGITAY KARARLARI

- Yargıtay**, **1.CD**, 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 02.10.2016).
- Yargıtay**, **CGK**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.12.2018).
- Yargıtay 1. CD**, 2016/836 E., 2016/1801 K., T: 07.04.2016, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2016).

Yargıtay 1. CD, 2016/1572 E. , 2016/2536 K., T: 23.05.2016, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2016).

Yargıtay, 1. CD, 2016/3338 E., 2017/655 K., T: 06.03.2017, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.08.2017).

Yargıtay 1. CD, 2016/5501 E., 2017/185 K., T: 30.01.2017, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

Yargıtay, 12. CD, 2012/21104 E., 2013/25712 K., T: 14.11.2013, **KAZANCI**, (çevrimiçi) <http://kazanci.com.tr/gunluk/12cd-2012-21104.htm>, (Erişim Tarihi:07.11.2016).

ALMAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

BGH, 2 StR 454/09, T: 18.08.2010, (çevrimiçi) www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenBGH/entscheidungenBGH_node.htm, (Erişim Tarihi: 15.06.2017).

BGH, 4 StR 354/57, T: 25.09.1957, **NJW**, Cilt:11, Sayı:4, 1958, s. 149-151, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

BGH, GSSt 3/53, T: 17.02.1954, **NJW**, Cilt:7, Sayı:20, 1954, s. 766-768, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

LG Kiel, 10 KLS 1/10, T: 28.06.2010, BeckRS, 2010, s. 26831, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

RGSt, I 1265/28, T: 23.04.1929, (çevrimiçi) <https://opinioius.de/sites/default/files/RG,%2023.04.1929%20-%20I%20126528%20-%20RGSt%2063,%20211.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.04 2019).

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah.(ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayıter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2)(İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri. (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (Ankara-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koşuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER
20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU
25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr.Nevzat KOÇ

26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç. Dr.Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANK.-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANK.-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANK.-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993)	Prof.Dr. S.EDİS-/ B.ÖZTAN/F.ÖZTAN
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANK.-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millî Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANK.-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANK.1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK. 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44-	Millîlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANK.-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım) - (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANK.-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANK.-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım) -(ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M.Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANK.-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr.Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ-Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA -1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR -1995)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR -1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR - 1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR -1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN

63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR -1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR -1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür.(İZMİR -1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR -1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR -1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR -1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Saniğin Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72 -	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR -1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
73-	Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR -1996)	Doç.Dr. Ziya AKINCI
74-	Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR -1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
75-	İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR -1997)	Dr. Meltem KUTLU
76-	Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve İslah (İZMİR -1997)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
77-	Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR -1997)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
78-	Çevre Hukuku (İZMİR-1997)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
79-	Hukuk Başlangıcı (ANKARA - 1997)	Prof.Dr. Bilge UMAR
80-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım)-(İZMİR 1997)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
81-	Fakülte Der.Şükrü POSTACIOĞLU'na Armağan (İZMİR-1997)	
82-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas.(İZMİR -1997)	Doç.Dr. H.PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
83-	Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
84-	Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR - 1998)	Arş.Gör. M.Beşir ACABEY
86-	Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
87-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım)-(İZMİR 1998)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
88-	Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR -1998)	Prof.Dr. Zafer GÖREN
89-	Genel İktisat (3.Basım) -(İZMİR-1998)	Prof.Dr. Sadık ACAR
90-	İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU Dr. Oğuz SANCAKDAR Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
91-	İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
92-	4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998)	Arş.Gör. Murat AYDOĞDU
93-	Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998)	Doç. Dr. Huriye KUBİLAY
94-	İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999)	Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK

- 95- 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR 2001) Doç. Dr. Nevzat KOÇ/
Arş. Gör. Murat AYDOĞDU
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR 2001) Doç. Dr. Oğuz ATALAY
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tevfik BİRSEL'e Armağan (İZMİR 2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR 2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 1 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı: 2 2002) İzmir
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Arş.Gör. Murat ÖNOK
Arş.Gör. Behiye EKER
Arş.Gör. Sesim SOYER
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 1 2003) İzmir
- 111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı: 2, 2003) İzmir
- 112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
- 113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
- 114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
- 115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan- DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S. 2005) İzmir

-
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:9, Özel S. 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010) Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel Sayı, 2009) (Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel Sayı, 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel Sayı, 2013) (Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014) (Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Anabilim Dalları Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

-
- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel Sayı, 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir
- 152- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 2, 2018) İzmir