

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
28

Sayı
Number
1

Yıl
Year
2020

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law
Dekan | Dean
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
sustun@selcuk.edu.tr

Editörler | Editors

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AKÇAAL
mehmetakcaal@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN
kemalerdogan007@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU
pasaogluozge@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT
bessir@live.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK
af_kaynak@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Zeynep TANYERİ
zeynep-tanyeri@outlook.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

☎ +90 332 241 00 45 ☎ +90 332 241 01 05

📄 selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

✉ hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

☎ +90 332 241 18 47 ✉ selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Nisan 2020

Publication Date: April 2020

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay
Faculty of Law, Antalya Bilim University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin
Faculty of Law, Ufuk University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cemal Şanlı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir
Personal Data Protection Authority
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Doç. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan Uluşan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Doç. Dr. Abdurrahman Savaş
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Doç. Dr. A. Kürşat Ersöz
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda üç kez (Nisan, Temmuz ve Aralık) elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan, hakemli bir uluslararası dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed international review which is scanned by ULAKBİM TR Index in terms of the Academic Incentive Allowance, published in electronic media and printed three times a year in April, July and December. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBIAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri,

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article

yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

Name" (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short name of article and page numbers may be used.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, "DergiPark" üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar "DergiPark" sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali haklarının Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20'un üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahibinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmezsizin eseri reddetme hakkına sahiptir.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DergiPark". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DergiPark" system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 40 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayınlama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 40 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue.

ÖNSÖZ

Değerli okuyucular;

Mezunu olmakla gurur duyduğum Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültemiz, ülkemizin en köklü hukuk fakülteleri arasında yer almaktadır.

Fakültemizin tarihi kökenini Konya Hukuk Mektebine kadar dayandırmak mümkündür. 1908 yılında kurulan Konya Hukuk Mektebi o dönemki İstanbul, Selânik ve Beyrut ile birlikte kurulan dört hukuk mektebi arasında yer almaktaydı. Cumhuriyet döneminde de İstanbul, Ankara, Ege (Dokuz Eylül) Hukuk Fakültelerinin ardından 20.07.1982 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 41 sayılı KHK ile Dicle ve Marmara Hukuk Fakülteleri ile birlikte kurulan Fakültemiz, kuruluş itibariyle yine ilk dört sıra içinde yer almaktadır.

Fakültemiz aynı zamanda bilimsel faaliyetler alanında da öncü role sahiptir. 1988 yılında yayın hayatına başlayan fakülte dergimizin, bu sene 28. Cildini çıkarıyor olmanın haklı gururunu yaşamaktayız. Yine fakültemize bağlı Adalet Meslek Yüksek Okulu bünyesinde de 2018 yılında çıkarmaya başladığımız bilimsel dergi ile hukuk camiasına katkı sağlamayı hedefliyoruz.

Uzun yıllar editörlüğünü de yürütme şerefine ulaştığım dergimizde, çitayı her geçen gün yükseltmeyi ve dünyanın sayılı hukuk fakülteleri dergileri arasına girmeyi hedefliyoruz. Bu itibarla 2010 yılında girdiğimiz TR-DİZİN'e (Hukuk Veri Tabanına) ilaveten birçok veri tabanlarına girmiş bulunmaktayız. En son e-SSCI başvurmuz da değerlendirme sürecinde bulunmaktadır.

Fakülte amblemimizi bu yıl yenileyip üniversitemizin kurumsal kimliği ile uyumlu hale getirmiş ve Selçuklu Kartalı ile adalet simgelerini ön plana çıkarmış bulunmaktayız. Dergimizde de yeni kapak ve sayfa dizgi tasarımıyla birlikte yeni bir döneme adım attık.

Bu dönemdeki en büyük yeniliğimiz ise dergi yayımının hızlandırılması olmuştur. Yazarların en büyük sorunu olan yayın gecikmesinin önüne etkili bir şekilde geçiyoruz. Dergipark üzerinden online olarak işleyen makale süreci tamamlanınca, ilgili makale yine sistem üzerinden doi numarası ile birlikte ön yayıma alınmaktadır. Bu sayede gerek yazarlarımızın yayınlarındaki gecikme önlenmekte, gerekse de dergimizdeki yayım aşamaları çok daha hızlı bir şekilde tamamlanmış olmaktadır. Dergimiz yine senede üç sayı halinde yazılı olarak basımına da devam etmekte ve ülkemizin köklü kütüphanelerinde yerini almaktadır.

Fakültemizin başarısının temel sacayaklarından birisini de fakülte dergimiz oluşturmaktadır. Bu itibarla dergimize destek veren tüm yazarlarımızın yanı sıra, dergimizi yayına hazırlayan editörlerimize de en içten teşekkürlerimi sunarım.

Sadece ülkemize değil, tüm dünya hukuk literatüre katkı sağlayabilmek hedefiyle çalışmalarımıza ara vermeden devam ediyoruz.

Hukuka gönül veren herkese en içten selam ve saygılarımızı sunarız.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına

Dekan

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

Research Articles

- MÜLTECİ HUKUKUNDA ULUSLARARASI KORUMA
DIŞINDA BIRAKMA VE ÇOCUK ASKERLERİN DURUMU** 1-36
The Exclusion Clauses Under International Refugee Protection
in International Refugee Law and The Status of Child Soldiers
Sibel SAFİ
- İLK VE ORTA DERECELİ OKULLARDA ÖĞRENCİLERİN
BİRBİRLERİNE VERDİKLERİ ZARARDAN
KAYNAKLANAN SORUMLULUK ESASLARI** 37-74
Principles of Responsibility Arising from Damages Caused by
Students To Each Other in Primary and Secondary Schools
Agâh Kürşat KARAUZ
Yakup ÇOKKAŞ
- SON YASAL DEĞİŞİKLİKLER BAĞLAMINDA İDARİ
YARGIDA “ISRAR” KARARI** 75-125
The Insistence Decision in Administrative Justice Within the
Last Legal Amendment
Hüseyin BİLGİN
- ULUSLARARASI HUKUKTA DEĞİŞEN GÜVENLİK ALGISI
VE SALDIRI SUÇU BAĞLAMINDA SİBER SALDIRILAR** 127-160
Changing Perception of Security in International Law and
Cyber Attacks Regarding Crime of Aggression
Erdi ŞAFAK

- ÖZEL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİNDE GEREKLİ ŞARTLARA SAHİP ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİSİ GÖREVLENDİRME BORCU VE BU BAĞLAMDA ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİSİNDE BULUNMASI GEREKEN NİTELİKLER** 161-185
Obligations of Employment of Private Security Officer Who Bears Requirements in the Private Security Contract and Qualifications of the Private Security Officer in This Regards
Süheyla ZORLU
Süleyman Emre ZORLU
- ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN ATAMA USUL VE ESASLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME** 187-208
A Study on The Assignment Procedures and Principles of High-Stage Public Administrators
Mehmet Rauf KARSLI
- OSMANLI HUKUKUNDA BİNA VEYA YAPI ESERİ MALİKİNİN SORUMLULUĞU** 209-236
The Liability of Building or Construction Owner in Ottoman Law
Mehmet AYKANAT
Melikşah AYDIN
- HUKUKİ TEMELDE TÜRKİYE'DE ZORUNLU DİN DERSİ** 237-263
Compulsory Religion Course in Turkey on Legal Basis
Baki ERKEN
- BITCOİNİN SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN BEDEL UNSURU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ** 265-294
The Analysis of Bitcoin in Terms of Charge Element of Sales Contracts
Adem YELMEN
- İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇU (TCK m. 84)** 295-347
Directing to Suicide (Turkish Criminal Code Art. 84)
Zafer İÇER

**TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMANIN
ŞARTLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME**

349-387

An Analyse About the Conditions of Divorce by Consent in
Turkish Law
Elif SARGIN

Araştırma Makaleleri
Research Articles



MÜLTECİ HUKUKUNDA ULUSLARARASI KORUMA DIŞINDA BIRAKMA VE ÇOCUK ASKERLERİN DURUMU

Doç. Dr. Sibel SAFİ*

Öz

1951 Cenevre Konvansiyonu, ülkesinde haklı nedenlere dayanan zulüm görme iddiasında olan kişilere, devletin kendisini korumaya istekli olmadığı veya korumaya muktedir olmadığı durumlarda mülteci statüsü verileceğine ilişkin tanımı yaparken, aynı zamanda en ağır suçları işleyen kişilerin bu statünün dışında kalmasına ilişkin de hükümler düzenlemiştir. Bu, gerek suçluların cezasız bırakılmamaları gerekse iltica ülkesinde kamu güvenliğinin korunması açısından anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte, sığınma talebinde ibulunan çocuk askerler için kritik olan şey, mülteci tanımına uyan koşulları taşıyabilir bile korumaya erişemeyecekleri ve özellikle Konvansiyon'un 'ağır suçların varlığı nedeniyle' korumayı reddettiği gerçeğidir. Ayrıca Konvansiyon'un 1(F). maddesinde uluslararası korumanın dışında bırakma koşullarına ilişkin hükümler olmakla birlikte, hangi koşulların bunu karşıladığı hakkında ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir, dolayısıyla bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1(F). maddesi hükmünde sayılan uluslararası koruma dışında bırakma koşulları analiz edilecek ve aynı zamanda bu madde hükmü ile ayrı bir düzenlemeye tâbi olmayan çocuk askerlerin durumu mülteci hukuku bağlamında değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Korumanın Dışında Bırakılma • Çocuk Askerler • Uluslararası Mülteci Hukuku • 1(F). Maddesi • İnsanlığa Karşı Suçlar

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İzmir, Türkiye
| Assoc. Prof., Dokuz Eylül University, Faculty of Law, İzmir, Turkey.

✉ ikbalsibel.safi@deu.edu.tr • ORCID 0000-0002-6689-4639

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: SAFİ Sibel, "Mülteci Hukukunda Uluslararası Koruma Dışında Bırakma ve Çocuk Askerlerin Durumu", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 1-36.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE EXCLUSION CLAUSES UNDER INTERNATIONAL REFUGEE PROTECTION IN INTERNATIONAL REFUGEE LAW AND THE STATUS OF CHILD SOLDIERS

Abstract

The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees provides provisions for the well-founded fear of persecution of refugees in their countries to grant refugee status in cases where the state is unwilling or unable to protect him/her, while also stipulating that those who commit the most serious offenses are excluded. This is understandable both in terms of not being left unpunished and for the protection of public security in the country of asylum. However, what is critical to child soldiers applying for asylum is the fact that even if they meet conditions that are provided in the definition of refugees, they will not be able to access protection, and in particular the Refugee Convention refuses to protect it 'due to the existence of grave breaches'. Furthermore, although there are provisions in Article 1 (F) of the Convention on the conditions of exclusion from international protection, there is no detailed regulation as to which conditions meet this, and the interpretation and application of these provisions raises certain problems. In this study, the conditions of exclusion from international protection referred to in Article 1 (F) of the Geneva Convention of 1951 will be analyzed and at the same time the situation of child soldiers who are not subject to a separate regulation under this article will be evaluated in the context of refugee law.

Key Words

International Refugee Law • Excluding Circumstances • Article 1(F) • Child Soldiers • Crimes Against Humanity

Giriş

Türkiye'nin de taraf olduğu 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1(A).maddesi ve 6458 sayılı Türkiye Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 61-63.maddelerinde mülteci tanımı şu şekilde yapılmıştır: *'Ülkesinde meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba aidiyeti ve siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağımdan haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da sözkonusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya sözkonusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında*

mülteci statüsü verilir.' Tanımdan da anlaşılacağı üzere kişinin bu başvuruyu yapabilmesi için ülkesi dışında olması ve vatansız ise ikamet ülkesi dışında bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle maddedeki tanımdan hareketle, baskı ve zulmün oluşturduğu haklı nedenlere dayalı olarak korku içinde yabancı bir ülkeye kaçan ve *yabancılık (alienage)* koşulunu gerçekleştiren kişilere iltica hakkı tanınmaktadır.

İltica başvurusunun kabul edilebilmesi için diğer bir koşul da, ait olunan devletin pozitif ve negatif koruma yükümlülüklerini yerine getirmemesi, yerine getirmeye istekli olmaması ve/veya yerine getirmeye muktedir olmamasıdır. Devlet, gereken yasal rejimi getirerek, kolluk tedbirlerini alarak ve gerekli soruşturmayı yapıp adil yargılama prensiplerini uygulayarak pozitif yükümlülüklerini yerine getirir.

Geri göndermeme (non-refoulement) prensibi ise haklı nedenlere dayanan zulüm sebebiyle ülkesinden kaçan kişiyi zulüm gördüğü menşei ülkesine göndermeme yasağını kapsayan uluslararası teamül hukuku kuralıdır. Temel hukuk kuralları ve uluslararası teamül hukuku açık bir biçimde, direk veya dolaylı geri göndermeden kaçınma ödevini öngörür. Öncülüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *T1* davasındaki belirleyici kararı tarafından yapılmıştır¹. *Soering v. Birleşik Krallık* davasında verilen kararda 'devletler, ulusal mahkemelerin suçluların iadesine izin vermesinde oluşabilecek her türlü öngörülebilir sonucundan² sorumludur' ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 14.maddesinde; '*Herkes zulüm karşısında başka memleketlere iltica etmek ve bu memleketler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkına haizdir*' hükmü yer almaktadır.

Konvansiyon'un 1(F). maddesinde uluslararası korumanın dışında bırakma koşullarına ilişkin hükümler olmakla birlikte, hangi koşulların bunu karşıladığı hakkında ayrıntılı bir düzenleme mevcut değildir, dolayısıyla bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Ayrıca çocuk askerlere ilişkin açık ve istisnai hükümler mevcut değildir ve uluslararası hukukta bu konuda bir görüş birliği de yoktur. Bu makale, uluslararası korumanın dışında bı-

¹ *TI v. United Kingdom* (2000) INLR 211 (ECtHR, Mar. 7, 2000).

² *Soering v. United Kingdom* (1989) 11 EHRR 439 (ECtHR, Jul. 7, 1989) at (86).

rakmanın hangi koşullarda gerçekleşeceğine ve uygulamada çıkan sorunlara ilişkin konularda Konvansiyon'un 1(F). maddesinin yorumlanmasına açıklık getirme amacını taşımaktadır. Bunu yaparken, uluslararası mahkeme kararlarını referans alacak ve uluslararası içtihadın ne yönde olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapacaktır. Aynı zamanda bu madde hükmü ile ayrı bir düzenlemeye tâbi olmayan çocuk askerlerin durumu mülteci hukuku bağlamında analiz edilecektir.

I. MÜLTECİ DURUMUNDA OLANLARI MÜLTECİ STATÜSÜ DIŞINDA BIRAKAN HÜKÜMLER

Devletler ülke sınırlarına girmek isteyen yabancılar konusunda koşulları kendileri belirlerler. Mülteci hukukunda iltica başvurusunda bulunan kişinin ülke sınırlarına illegal bir şekilde girmesi, kişinin başvurusunu red veya değerlendirmeme ya da sınırdışı etme sebebi sayılmaz, zira mülteci konumundaki kişinin ülkesinden zorlayıcı koşullar altında kaçmak zorunda olduğu varsayımından hareket edilir. Ancak devlet, kamu güvenliği gerekçesi ile bazı kişilere mülteci statüsü vermeme hakkına sahiptir, bu hakkın dayanağı da Konvansiyon'un '*mülteci durumunda olan ve mülteci statüsü dışında bırakan*' hükümlerinde sayılmıştır.

Bu kimseler üç gruba ayrılırlar:

1-Konvansiyon'un 1(D). maddesi uyarınca halihazırda Birleşmiş Milletler'in (BM) koruma ve yardımından yararlanmakta olan kişiler;

2-Konvansiyon'un 1(E). maddesi uyarınca, uluslararası korumaya ihtiyacı olmadığı düşünülen kişiler;

3-Konvansiyon'un 1(F). maddesi uyarınca, uluslararası korumaya layık görülmeyen kişiler yer almaktadır.

Konvansiyon'un 1(D)(1). maddesi, 1(A).maddesindeki *haklı nedenlere dayanan zulüm sebeplerini* taşımakla birlikte, statü dışında bırakılan kişilere ilişkin koşulları düzenlemiştir. BM'in organları ve kuruluşları tarafından koruma ve yardım alan kişiler bu statüye erişim noktasında dışarıda bırakılmışlardır.³ Hüküm uyarınca 1948 ve/veya 1967 İsrail-

³ http://www.madde14.org/index.php?title=BMMYK_-_M%C3%BCltecilerin_Stat%C3%BCs%C3%BCne_%C4%B0li%C5%9Fkin_1951_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi_1D_Maddesinin_Filistinli_M%C3%BCltecilere_Uygulanabilirli%C4%9Fi_Hakk_%C4%B1nda_Bilgi_Notu (son erişim tarihi: 12-10-2019).

Filistin savaşında mağdur olan Filistinliler, BM Yardım ve İmar Kuruluşunun (UNWRA) sağladığı yardımdan faydalandıkları için mülteci koruma kapsamı dışında tutulmuşlardır. Buradaki hükmün amacı, aslında UNWRA tarafından korunan kişileri güvence altına almaktır.⁴ Bu korumadan yararlanan ve aslında mülteci olma koşullarını taşıyan Filistinlilerin BM koruması sebebiyle mülteci statüsüne erişememeleri öğretiler O'nlara mağdur oldukları düşüncesine binaen tartışma konusu olmuştur.⁵

Konvansiyon'un 1(E). maddesi; *"ikamet ettiği ülkenin yetkili makamlarınca o ülke vatandaşlığına sahip olanların hak ve yükümlülüklerine sahip sayılan bir kişi"* nin korumaya ihtiyacı olmadığını düzenler. Hükümden anlaşılabilir; kişinin ikamet ettiği ülkede vatandaşlar ile aynı haklara sahip olması, vatandaş ile mutlak eşit haklara sahip olmasa da, en azından sınırdışı edilmeye karşı bir güvencenin aranmasıdır. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'nin 2019 tarihli El Kitabına göre; *"bir ülkede ikamet eden, bu ülke vatandaşlığını resmi olarak kazanmasa da vatandaşların haklarının büyük bölümünden yararlanan, ancak bu ülkede sağlanan haklar sağlanmamış olsalar da mülteci kriterleri taşıyan kişilere milli mülteciler adı verilir ve bu kişilerin ayrıca mülteci korumasına ihtiyacı olmadığı düşünülür."*⁶

Yukarıda sayılan üçüncü gruptaki kişiler ise mülteci statüsüne layık olmadığı düşünülen kimselerdir ve Sözleşme'nin 1(F). maddesi, uluslararası himayeye layık olmadığı düşünülen kişileri şu şekilde saymıştır: *"Bu sözleşme hükümleri:*

a) *uluslararası belgelerin ilgili maddelerinde belirtildiği anlamda, barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediği;*

b) *mülteci sıfatıyla kabul edildiği ülkeye sığınmadan önce, sığınma ülkesi dışında ağır adi bir suç işlediği;*

c) *Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerden suçlu oldu-*

⁴ <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa66404> (son erişim tarihi-7-10-2019) .

⁵ Strawson, John., Law After ground Zero, Glasshouse,(edit), 2002, s.123.

⁶ <https://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>, para.144-146, s.34, (son erişim tarihi. 13-10-2019).

*ğu; hususunda ciddi kanaat bulunan kimse hakkında uygulanmaz.*⁷

Konvansiyon, İkinci Dünya Savaşı sonrası ve Soğuk Savaş döneminde hazırlanmıştır. Bu sebeple, uluslararası ceza hukuku hükümleri ve savaş suçlarından dolayı kurulan ad hoc mahkemelerin ceza yargılamaları bu maddelerin hazırlanmasında etkili olmuştur. Sözleşme hazırlanırken, devletler, aynı zamanda, güvenlik ve kamu düzeni için tehlike yaratabilecek suçluların ülkelerine girmelerini önlemeyi istemişler, savaşta aktif rol oynayan kimseleri statü dışında tutmak niyetinde olmuşlardır.

A. Barışa Karşı Suç, İnsanlığa Karşı Suç ve Savaş Suçu İşlemesi Halinde

1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ile hüküm altına alınan soykırım suçu insanlığa karşı suç olup, bu suça karışmış olmak bu kişilerin mülteci statüsü dışında bırakılmasına yol açar. Uluslararası koruma sisteminin bütünlüğü içerisinde Konvansiyon'un 1(F). maddesinin uygun ve özenli bir şekilde yorumlanması ve uygulanması önemlidir. Örneğin; 1990 yılında Ruanda'da meydana gelen soykırımdan kaçan ve iltica talebinde bulunan kişilerin aynı zamanda soykırım suçu fiiline iştirak etmiş olma ihtimallerinin varlığı, değerlendirmede güçlükler sebeple olmuştur.

BMMYK, Statü Dışında Bırakma İlkeleri uyarınca, mülteci statüsü almış bir kişide statü dışında bırakmaya ilişkin olguların varlığı sonradan ortaya çıkarsa, bu durumda kişinin mülteci statüsü iptal edilir.⁸ Ayrıca, mülteci statüsü dışında bırakmayı gerektiren olgularda şüpheye düşülmesi, mülteci statüsünün yeniden değerlendirilmesini haklı kılar. Mülteci statüsü dışında bırakma kararı veren devlet, ilgili kişi hakkında belirli bir işlem yapmak zorunda olmadığı gibi, bu kişiye başka bir temelde koruma sağlamaya devam edebilir.⁹ Örneğin, mülteci statüsü dışında bırakılan kişi kötü, aşağılayıcı insanlık dışı muamele görme,

⁷ 1951 Cenevre Mültecilerin Hukukki Durumuna ilişkin Sözleşme, <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/1951-Cenevre-Sozlesmesi-1.pdf>.

⁸ BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri), paragraf 4.

⁹ BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 8-9.

idam cezası riski olan bir ülkeye geri gönderilmeme ilkesinin koruma kapsamına girebilir.¹⁰ (tamamlayıcı koruma)

Uluslararası belgelerde tanımlandığı anlamda barışa karşı suç, savaş suçu soykırım suçu ya da insanlığa karşı suç işlediğine dair hakkında ciddi kanaat olanlar mülteci statüsü dışında bırakılacaktır. 1(F)(a). maddesi¹¹ bu suçların ne zaman ve nerede işlenirse işlensin mülteci statüsü dışında bırakmaya neden olabileceğine işaret etmiştir.¹² Söz konusu suçlara ilişkin uluslararası belgelere atıf yapılır. Bu belgeler arasında; 1948 tarihli 'Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi', 1949 tarihli 'Savaş Mağdurlarının Korunması Hakkında Cenevre Sözleşmeleri' ile 1977 tarihli iki Ek Protokol, Eski Yugoslavya ve Ruanda Uluslararası Ceza Divanı Tüzükleri, 1945 Londra Şartı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Tüzüğü yer almaktadır. Londra Şartına göre; barışa karşı suç; *'bir saldırı savaşının ya da uluslararası antlaşmaları, sözleşmeleri ya da güvenceleri ihlal eden bir savaşın planlanması, hazırlanması, başlatılması ya da ilan edilmesini veya bunlardan birinin gerçekleştirilmesi için ortak bir plan ya da komploya katılma eylemlerini'* kapsamaktadır.¹³ Suçun niteliği bu tür bir suçun ancak devlet veya devlet benzeri bir otoritenin yetkisini temsil eden kişiler tarafından işlenebileceğini göstermektedir. Nürnberg Şartı'nın 6.maddesi barışa karşı işlenen suçları şu şekilde tarif eder; *'savaş saldırısı planlamak, savaşa hazırlık yapmak, savaşı yürütmek veya savaşta uluslararası antlaşma, sözleşme ve teminatları ihlal etmek veya herhangi birinin yerine getirilmesi için bir komploya ya da ortak plana katılmak.'*¹⁴

Mülteci hukukunda ağır ihlalleri kapsayan savaş suçunu işlemek statü dışında bırakmak gerekçeleri arasındadır ve bu alanda temel düzenlemeler şu şekildedir; 1907 Lahey toplantıları, Londra Tüzüğü 6(b). maddesi, 1949 Dört Cenevre Sözleşmeleri ve iki Ek Protokolü, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü 8.madde, Eski Yugoslavya Uluslararası

¹⁰ Çiçekli, B. (2009) Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin yayınevi, s. 67.

¹¹ BMMYK, 1998, paragraf 150.

¹² BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 5.

¹³ BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 5.

¹⁴ Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Under Control Council Law No. 10, Volume IV; (Washington D.C.: U.S.Government Printing Office).

Ceza Mahkemesi (EYUCM) Tüzüğü 2. ve 3.madde, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) Tüzüğü 4.maddesi.

İç savaş sözkonusu ise; Cenevre Sözleşmelerinin 3.maddesindeki ağır ihlallerin (grave breaches) işlenmiş olması durumunda savaş suçu olarak değerlendirilme yapılacağı görüşü hakimdir.¹⁵

B. Birleşmiş Milletlerin Amaç ve İlkelerine Aykırı Eylemlerden Suçlu Olmak

Kişinin mülteci statüsü dışında bırakılmasına yol açan bu hüküm geniş kapsamlıdır, Konvansiyon'un 1(F)(a) hükmüyle de kısmen kesişme halinde olduğu görülecektir. Nitekim, barışa karşı işlenen suçların, savaş suçlarının, soykırım suçunun ve insanlığa karşı suçların, BM amaç ve ilkelerine aykırı eylemler olduğu açıktır. 1(F)(c). maddesi aslında, BM amaç ve ilkelerine aykırı olan suçlar ile aynı içeriği taşımaktadır.

Rikhof'a göre; '1951 Cenevre Konvansiyonu içerisinde kimi insanların, her ne kadar devlet ya da devlet-dışı aktörler tarafından zulüm görme ihtimallerinin gerçekleri yadsınamayacak durumda olsa da, uluslararası düzeyde bir korumayı hak etmediklerini belirten kararlar hüküm yorumlanmasıyla alakalıdır.'¹⁶ Evrensel İnsan Hakları Beyanname-si'nden esinlenilmiş¹⁷ ve Uluslararası Mülteci Organizasyonu'nun konu hakkındaki yapılandırmalarını ve terkiplerini devam ettirecek¹⁸ bir şekilde işlenmiş ciddi suçlar sebebiyle çıkabilecek yargılamalardan kaçabilmek için mülteci sıfatına sahip olmak isteyen¹⁹, uluslararası alanlarda ciddi suçlar işlemiş olanlar²⁰ ve Birleşmiş Milletlerin prensip ve amaçlarına aykırı hareketleri ve düşünceleri takip eden²¹ kimseler; içlerinde

¹⁵ Öztürk, N.Ö. Mültecilerin hukuki statüsünün belirlenmesi, Ekim 2015, Ankara, Seçkin, s. 330.

¹⁶ J. Rikhof, (2012) The Criminal Refugee: The Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Background in International and Domestic Law.

¹⁷ UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Corrigendum to Proposal for a Draft Convention submitted by France, UN Doc. E/AC.32/L.3/Corr.1 9 (Jan.18, 1950).

¹⁸ Universal Declaration of Human Rights, UNGA Res. 217 A (III), UN Doc. A/ 810 (Dec.10, 1948) 14/2. madde.

¹⁹ Convention relating to the Status of Refugees, 1951, 189 UNTS 137, Art. 1(F) (b) .

²⁰ Ibid Art. (F)(a).

²¹ Ibid., Art. (F) (c).

buldukları durum ne olursa olsun mülteci kimliğinden mahrum bırakılmak zorundadır.

Bu üç kategori ile sınırlandırılmış olan kişiler topluluğuna dair “dışarıda bırakma” ve mülteci sıfatından mahrum bırakma kararı²², zulüm görmelerine dair ciddi bir tehlike olması halinde bile²³, kendileri ciddi suçlar işlemiş olan bireylerin “mülteci” sıfatını sahiplenip sığınma sayesinde işledikleri suçlardan dolayı gelebilecek yargılamalardan kaçınmalarına engel olma amacıyla ortaya konulmuştur.²⁴

1(F).maddesinin hükmü altında yaratılan “dışarıda bırakılma hali”, belirlenmiş ve özele yönelik bir taban yaratmaktansa, kategorik bir çerçeve ve terimlendirme ile gerçekleştirilmiştir.²⁵ Hüküm, söz konusu suçları işlediği bilinen; yargılanmış ya da cezalandırılmış olan herkesi mülteci sınıflandırması dışında bırakır.²⁶ BMMYK, kişinin karakterine yönelik karar verme ve ahlaki yönelimler üstünde bir yargılama yapmanın doğru olmadığını ifade eder ve bahsi geçen suçların herhangi birini işlemiş olan kişilerin herhangi birisine mülteci sıfatının tanınmasının, sistemin sağlamlığı ve doğruluğuna, bütünlüğüne geri dönüşü olmayacak bir darbe olacağını kabul etmiştir.²⁷

C. İltica Talebinde Bulunan Kişinin Mülteci Sıfatıyla Sığınma Talebinde Bulunduğu Ülke Dışında Ağır Adi Bir Suç İşlemesi

Bu hükmün amacı, mülteci kabul eden ülke halkını, ağır adi bir suç işlemiş mültecinin bu ülkeye giriş tehlikesine karşı korumaktır. Madde hükmünden incelenmesi gereken dört durum ortaya çıkmaktadır; suçun işlenme yeri, suçun işlenme zamanı, işlenen suçun siyasi olmaması ve suçun ciddi bir suç olmasıdır. Kanada yüksek mahkemesi,

²² Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)(2003) 3FC 761 (Can. FCA, April 7, 2003) at 812 (108).

²³ Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mehmet, (1992) 2 FC 598 (Can. FCA, April 1, 1992) at 606.

²⁴ Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2002) 1 SCR 3 (Can. SC, Jan. 11, 2002) at 57 (102).

²⁵ Ezokola v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2013) SCC 40 (Can.SC, Jul. 19, 2013) at 36.

²⁶ Negusie v. Holder, Attorney General, (2009) 555 US 511 (USSC, Mar. 3, 2009) at 527.

²⁷ UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5, at 2(2).

(Judgment of the Supreme Court of Canada) 1998 tarihli kararında suçun ciddi ve siyasi niteliğinin ölçülmesinde birtakım kriterler belirlemiştir. Buna göre; bireyin başka bir ülkede suç işlediğini düşündürecek ciddi emarelerin olması gerektiği, suçun ciddi olması, siyasi olmayan bir suç olması ve eylemin sığınma ülkesi dışında gerçekleşmiş olmasıdır.²⁸

Madde hükmüne göre, iltica başvurusunda bulunan kişi, sığındığı ülkeye gelmeden önce ağır adi bir suç işlediğinde mülteci statüsünü haketmez. Bir suçun siyasi ya da adi suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda, suç eyleminin siyasi saiklerle mi yoksa kişisel nedenlerle mi işlendiğinin tespiti önemlidir. Burada suça sebebiyet veren eylemin nitelik ve amacının belirlenmesi önemlidir, işlenen suç ile, varlığı iddia olunan siyasi amaç arasında yakın ve doğrudan bir nedensellik (illiyet) bağı bulunmalıdır. Siyasi amaçla işlenen bir suç vahşet ölçüsünde ise, siyasi suç olarak kabul edilmesi mümkün olmaz. Konvansiyon'un İngilizce metninde 'adi suç terimi, siyasal nitelikli olmayan ağır suç' biçiminde ifade edilmiştir. 1(F)(b). maddesindeki 'suç' tabiri, kastedilen anlamın tespiti açısından her ülkede farklılıklar gösterebilir. Hathaway'e göre; "burada kullanılan anlamdaki ağır adi suç, cinayet veya yasaların çok ağır bir cezaya çarptırdığı suç olarak kabul edilmelidir".²⁹ Kişi, zulüm gördüğü ülkesinden korku içerisinde kaçarken bu suçu işlemişse burada işlediği suç ve kaçabilmek için bundan başka çaresinin olmayışı arasındaki denge/orantı gözetilmelidir.³⁰ Ancak duyulan korku ile işlenen suç arasında bir orantı yoksa, yani kişi aslında adaletten kaçan birisi ise iltica başvurusunda iyiniyet aranmaz.³¹ Daha önce ağır adi bir suç işlemiş ve genel aften yararlanmışsa ya da cezasını çekmiş ise kişi hakkında kriminal bir karakter iddiasına dayalı bir ispat olmadığı sürece, mülteci statüsü dışında bırakılmaz. Eğer kişi, bu suçu zulüm gördüğü ülkeden kaçabilmek için başka çaresi kalmadığı için işlemek zorunda kalmışsa, bu durumda işlediği suçun bir orantısının olup olmadığına bakılır.

²⁸ Menekşe, T., İltica Hukukunda Hariçte bırakma Değerlendirmesi, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt.4, Sayı.1, Ocak-Haziran 2018, s. 88.

²⁹ Hathaway, The Law of Refugee Status, Cambridge University Press, 2014, s. 270.

³⁰ Safi, Sibel., Mülteci Hukuku, Legal Yayınevi, 2017.

³¹ İbid.

Örneğin; kişinin kaçarken bir araç çalmak zorunda kalması ile kaçabilmek için bir yolcu uçağını silah kullanarak kaçırmayı ve uçuşu yönlendirmesi fiilleri arasında eylemin mahiyeti açısından farklılıklar vardır. Yasalara aykırı olarak uçak kaçırma eylemi, birkaç kez BM çerçevesinde ve konuyla ilgili bazı uluslararası sözleşmeler dahilinde ele alınmıştır, ancak bu konuda mültecilerle ilgili bir hüküm mevcut değildir.³² Eğer kişi uçak kaçırma eyleminden dolayı tutuklanmış ve iltica talebinde bulunduğu ülkede yargılanmış, cezalandırılmış ise sığınma ülkesinin iltica talebini zımnen kabul ettiği düşünülür. Her olayın doğası farklı olduğundan kendisi içerisinde ayrıca değerlendirmek gerekir.

Konvansiyon'un 1(F)(b). maddesi, adaletten kaçan kimselerin mülteci statüsünün dışında tutulmaları gerekliliğini ortaya koyar. *Ovcharuk* davasında da belirtildiği üzere, kişinin ciddi ve cezai sorumluluk getiren bir suçta yurtdışında işlemesi halinde mülteci statüsünün verilmemesi gerekmektedir.³³ Bu dışarıda bırakma kuralının arkasındaki mantık açıktır: eğer mülteci yasaları bireyleri işledikleri ciddi suçlar sebebiyle karşılaşılabilecekleri ciddi zulümlere karşı korumaya devam ediyor olsaydı, bu koruyucu sistem oldukça kısa süreli bir mekanizma olurdu. Sıradan suçlara dair bu alt sınır, tam da bu yüzden, 1(F). maddesinin vazgeçilemez bir kısmıdır ve yukarıda da analiz edildiği üzere, uluslararası koruyucu sistemlerin bir bütün olarak sürdürülebilirliği ve yeterliliğine dair bir güvenlik kilidi olarak işlev görür.

Sonuç olarak, söz konusu madde içerisinde belirtilen tüm tanımlar ve hükümler adaletten kaçmaya çalışmakta olan insanlara yönelik olarak hazırlanmıştır. Bir örnek vermek gerekirse, Uluslararası Mülteci Organizasyonu, "çatışma sonrası ateşkesler üzerinden iade edilebilir olan sıradan suçluları" tanımların dışında tutmuştur.³⁴ BMMYK da kendi tüzüğü içerisinde, ki kendisi Mülteci Konvansiyon ile birebir tasarı haline getirilmiştir, "çatışmaların sona ermesi durumunda suçlu iadesi gerektiren ilgili hükümleri altında ciddi bir suç işlediğine dair şüphelenil-

³² 2645 (XXV) sayılı BM Genel Kurulu 6. Komite raporları (A/8716, 2551/XXIV ve A/7845 sayılı BM belgeleri).

³³ *Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (1998) 88 FCR 173 (Aus. FFC, Oct. 16, 1998) as. 186.

³⁴ IRO Constitution, Part II, at (3).

mesi için *ciddi emareler olan*” kişilerin mülteci statüsü dışında bırakılmamasından bahseder.³⁵

a. Ciddi Sebepler

Her ne kadar 1(F). maddesinin tanımlamalarına uyan kimselerin mülteci sıfatının dışında bırakılmaları zorunlu olsa da, bu sığınmaya ve uluslararası korumaya sahip olmak için başvuruda bulunan kişilerin bahsedilen tanımın kapsamına girip girmediğine karar vermek imzacı devletlerin her birine düşen bir karardır.³⁶ Ancak, sığınmacıyı kabul edecek olan devletin uluslararası düzeyde bir kural olan; 1(F). maddesi içinde belirtilen üç tanımlamadan herhangi birisine uyması olasılığını “*dikkate almak için ciddi emarelere*” sahip olma haline riayet etmesi de gerekli olan bir durumdur.

Anglo-Sakson hukuk sistemi içinde yer alan mahkemeler, çoğunlukla bu “*dikkate almak için ciddi emare*” zorunluluğunu, kanıtların yeterliliği olarak yorumlamış ve bu; “*dikkate almak için ciddi emareler*” alt sınırının “*sorumluluklar dengesi*” adı altında kamu standartlarına uygun şekilde hareket edilmesi gerekliliğine referans olarak göstermişlerdir.³⁷ Kanada Yüksek mahkemesi *Sumaida* davasında kişinin mülteci koruması haklarının dışında tutulmasını “*bir şüphe ya da olasılığın*” ötesine taşıyacak kanıtların var olduğu durumlarda değerlendirilmesi gerektiğine işaret eder.³⁸

Burada “*dikkate almak için ciddi emareler*” standardı çoğunlukla sığınmacıyı kabul edecek devletin, iltica başvurusunda bulunan kişinin dışarıda bırakılması için gerekli kanıtları ortaya koyması gerektiğini öngören bir hukuksal normun sınırları içerisinde işlemektedir. BMMYK’nın açıkladığı şekilde;

"Sığınma prosedürleri içerisinde genel olarak, kanıt gösterme sorumluluğu çoğunlukla başvurunun yöneltildiği devlet ve başvuruyu

³⁵ Universal Declaration, Art 14 (2).

³⁶ Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166 (Aug. 22, 1950) at 7.

³⁷ Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1992) 2 FC 306 (Can. FCA, Feb. 7, 1992).

³⁸ Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000) 3 FC 66 (Can. FCA, Jan. 7, 2000).

yapan kişi arasında paylaşılmıştır ve kişinin bu bağlam içerisindeki bireysel hasar görebilirliğini azaltmayı amaçlamaktadır. Öte yandan, çoğu ülkelerin açıkça tanıdığı üzere, 1(F). maddesi söz konusu olduğunda bu kanıt sağlama yükümlülüğü tamamen başvurunun yapıldığı devlete düşer ve başvuranın omuzlarından kalkar. Bu, dışarıda bırakım bentlerinin doğal yapısına ve “bir durumu ortaya koymak ve kayıtlara geçirmek isteyen kişinin veya kişilerin o durumu kanıtlama sorumluluğunu yüklenmesi gerektiğine” dair genel yasal prensiplerin varlığına da uygun olan bir yaklaşımdır.”³⁹

Bu sorumluluğun yerine getirilmesi sırasında, başvurunun yöneltildiği devletin karar vericileri *kollektif suçluluk* ya da *masumiyet karinesi* üstüne kurulu tahminlerin ötesinde⁴⁰, kişiye özel ve kişiyle alakalı kanıtlar sunmalıdır.⁴¹ Burada söz konusu olan kanıtlar, aynı zamanda karar vericiler için dışarıda bırakım kararının beraberinde getireceği tüm yasal sorunları ve koşulları gözden geçirmeye ve onlara dair de bir karar vermeye yeterli olacak anlamlılığa ve de yeterliliğe de sahip olmalıdır.⁴²

İkinci ve daha da az anlaşılan bir durum, ele alınan kanıtların aynı zamanda *sağlam* ve *sürekli*; dışarıda bırakım kararını destekleyecek ve adil gösterecek uygun bir yeterliliğe sahip olması gerektiğidir. *Ezokola* davasında, Kanada yüksek mahkemesi tarafından gözlemlendiği üzere:

“Bu eşi benzeri bulunmayan kanıt standardı... ceza yasalarının içinde bulunan temel prensiplerinin rahat ve sorunsuz bir uygulanışı halini meşrulaştırmamaktadır.”⁴³

Sunulan kanıtların kişinin suçluluğuna ya da masumiyetine dair verecekleri kesin bir cevap zorunluluğu olmasa dahi, bundan bağımsız bir halde (a), (b) ve (c) paragrafları içerisinde şart koşulan üç farklı bireysel cezai sorumluluk koşulunun “göz önünde bulundurulması” için yeterli ve doğru bilgiyi kişilere sunması gerekmektedir. Söz konusu tar-

³⁹ Tamil X (NZCA, 2009) at (92).

⁴⁰ WAKN v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, (2004) 138 FCR 579 (Aus. FC. Sept. 23, 2004) at 592-93(52).

⁴¹ UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35 (96).

⁴² WAKN v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs, (2004) 138 FCR 579 (Aus. FC. Sept. 23, 2004) at 592-93(52).

⁴³ Ibid.

tışma içerisindeki ilgili soru; bahsedilen bireyin “ciddi bir suç işlediği”⁴⁴ ya da işlemediği; veya “fiilleri sebebiyle suçlu olduğu”⁴⁵ ya da olmadığı ikileminin incelenmesi için ciddi emareler bulunup bulunmadığıdır.⁴⁶ Dolayısıyla, öncelikli olan söz konusu başvuru içerisinde yer alan ve başvuran kişi tarafından işlenmiş olduğu iddia edilen davranışların ve fiillerin ilgili yasal standartlar altında cezai sorumluluk altına girip girmediğine karar verilmesi gerekliliğidir.⁴⁷ Burada actus reus⁴⁸ (suçu oluşturan eylem) ve mens rea’nın (suçu oluşturan eylem için niyet) da⁴⁹ göz önünde bulundurulduğu bir yasal değerlendirme olmalıdır.

Başka bir deyişle, kişinin mülteci sıfatı dışında tutulması söz konusu olduğunda, ortaya konulan bilgilerin ve kanıtların bir şekilde 1(F). maddesi altında belirtilen ve koşullandırılan üç tür tanıma uygunluk ve bağlılık göstermesi gerekmektedir.

b. Yargılanabilir, Sorguya Çekilebilir Suçlar

1(F)(b). maddesinin amacı adaletten kaçmakta olan kişilerin iltica başvurularının reddi olduğundan, kişinin uluslararası koruma dışında bırakılmasına sebep olan, ortaya konulan suçun işlendiği ülke sınırları içerisinde yargılanabilir bir suç olması gerekmektedir.⁵⁰ Başvuruda bulunan kişi suçu sebebiyle cezasını çektiği sürece⁵¹, suçsuz bulunduğu sürece (beraat), genel af ile serbest bırakıldığı⁵² veya başka yollar aracılı-

⁴⁴ Refugee Convention, Art. 1 (F) (a).

⁴⁵ Refugee Convention, Art. 1 (F) (c).

⁴⁶ W.A.Schabas and N. Bernaz (eds) Routledge Handbook of International Criminal Law (2011) s. 231.

⁴⁷ UNHCR Guidelines on International Protection No. 5, at 8 (28).

⁴⁸ action or conduct which is a constituent element of a crime, as opposed to the mental state of the accused.

⁴⁹ the intention or knowledge of wrongdoing that constitutes part of a crime, as opposed to the action or conduct of the accused.

⁵⁰ Grahl-Madsen, Division of International Protection (DIP), UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37), October 1997, available at: <http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html> [accessed 13 March 2017], Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37) Written by Professor Atle Grahl-Madsen in 1963; re-published by the Department of International Protection in October 1997.

⁵¹ Swiss Office federal des refugées, Manuel de procédures D’asile (1996) at 144.

⁵² ST, 509322 (FR. CRR (French Refugee Commission Appeals) Jul. 21, 2006) .

ğıyla ceza hukuku altında kendisine verilen cezai sorumlulukları yerine getirmiş olduğu sürece, maddenin anlam boyutu içinde adaletten kaçan birisi olarak sayılamaz ve mülteci statüsünde dışarıda bırakım riski altında da tutulamaz. Aynı zamanda kendisinin başvurusunun 1(F)(b). maddesi altında da reddedilmemesi gerekmektedir. Kanada yüksek mahkemesinin *Chan* davasında ifade ettiği üzere; “İltica başvurusundan önce, kendi ülkesi içinde ciddi suçlar işlemiş ve bu suçlardan dolayı cezasını da çekmiş olan birisinin, mülteci statüsünden sonsuza kadar mahrum bırakılmasına sebep olacak koşulların var olduğunu söylemek yanlış olur. Böylesi bir kural, zaten kendi içinde de işlediği suç yüzünden ceza çekmiş olan kişinin cezasını çektiği suç sebebiyle, cezasını çektikten sonra önyargı ve zulüm görmemesi gerektiği bilincini taşıyan ceza hukukuna ters düşmektedir.”⁵³ Gerçekten de, Bölgesel Af Konferansı’nda da cezasını çekmiş kimselerin hala statü dışında kalmamaları gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁵⁴ Kanada federal mahkemesinin erken dönem içtihatlarında bunu destekler mahiyette verdiği kararda; “1(F)(b).maddesinin Kanada’ya gelişinden önce suç işlediği ülke içerisinde yargılandığı ve ceza gördüğü durumlarda kişilere uygulanamayacağı... açıkça ortadadır”⁵⁵ sonucuna ulaşmıştır. Ancak, 1(F)(b). maddesinin amacına aykırı şekilde, *Tamil* davasında, kişinin cezasını çekmiş olması dikkate alınmamış, sığınmacı uluslararası koruma dışında bırakılmıştır.⁵⁶

c. Yurtdışında İşlenmiş Olan Suçlar

Buradaki lisan, sadece sığınmacıyı kabul edecek devletin sınırları dışında işlenmiş suçları,⁵⁷ bu ülke kişinin geldiği ülke ya da başka bir

⁵³ P. Weis, (1960) The Concept of the Refugee in International Law, 87 J. du droit international 928, at 984-86.

⁵⁴ Articles Considered by the Committee of the Whole United Nations Conference on Territorial Asylum, UN Doc. A/CONF.78/12 (Feb. 4, 1977) at Art. 2(2) aktaran A. Grahl-Madsen, Territorial Asylum (1980), s. 209.

⁵⁵ Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000) 4 FC 390 (Can. FCA, Jul.24, 2000) s. 394 (4).

⁵⁶ Tamil X (NZSC, 2010).

⁵⁷ Accord Statements of Mr. Petren of Sweden, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) s. 16.

üçüncü ülke olabilir,⁵⁸ bu minvalde değerlendiriyor olmasıdır. Madde hükmü, sığınmacıyı kabul edecek devletin yargılama yetkisinin bulunmadığı yerleri tanımlamaktadır. Buna rağmen, bazı mahkeme kararları, bir suç sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülkenin içinde işlenmiş olsa bile,⁵⁹ yine aynı suçun “sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülkenin” dışında işlenmiş olabileceği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁰ Avustralya yüksek mahkemesi, *Dhayakpa* kararında olduğu gibi dışarıda bırakım işleminin, hala devam etmekte olan bir ihlal durumunda (suç, kısmen sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülkenin içinde ve kısmen sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülkenin dışında işlenmiş ise) mümkün olabileceği sonucuna varmıştır.⁶¹ Sığınmacıyı kabul eden ev sahibi ülke tarafından yargılanması gereken suç fiilleri zaten gerektiği şekilde hukuki süreçlerden geçerek bir karara bağlanacak,⁶² ve beraberinde de eğer kişinin güvenlik riski ifade ettiği buna bağlı bir şekilde ortaya çıkartılırsa kişinin geri iadesi ya da ülkeden çıkarımına dair ihtimaller de masaya yatırılmış olacaktır.⁶³

d. Ciddi Suçlar

1(F)(b). maddesinin sadece ve sadece ortada ciddi bir kanıtın var olduğu, zamanaşımına uğramamış ya da cezası çekilmemiş ve yurtdışında işlenmiş suçlar için dışarıda bırakım öngörmüş olduğu düşünülürse, peki bir suç ne zaman “ciddi” olarak kabul edilecektir?⁶⁴

Anglo-Sakson hukuku çoğu zaman kendi yerel hukuklarını karar verici olarak görmüş, ciddi bir suçu kendi yasal standartları altında belirli bir süre boyunca sürecek hapis cezasıyla karşılık verilecek hareket-

⁵⁸ Statement of Baron van Boetzelaer of the Netherlands, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) s. 22.

⁵⁹ UK Border Agency, Exclusion: Articles 1(F) and 33(2) of the Refugee Convention (Apr. 2008) at (2.3.3).

⁶⁰ Refugee Convention Art. 1(F)(b).

⁶¹ *Dhayakpa v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, (1995) 62 FCR 556, (Aus. FC, Nov. 9, 1995) at 565.

⁶² UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5, at 5(16).

⁶³ Statement of Mr. Hoare of the United Kingdom, UN Doc. A/CONF.2/SR.3 (Jul.3, 1951) at 15.

⁶⁴ Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul. 19, 1951) s. 18.

ler olarak tanımlamayı uygun bulmuşlardır.⁶⁵Yakın zamanda İngiliz temyiz mahkemesi tarafından *AH Algeria* davasında gözlemlenmiş olduğu üzere;

“Konvansiyon belirli bir suçun, herhangi bir dava içinde “siyasi olmayan” adi bir ciddi suç olduğuna karar verilmesini imzacı devletlerin yerel mahkemelerine bırakırken; bu kararın temeline, kişiyi mülteci işlemlerinin dışında bırakacak ciddiyette suçlarla ilgili bir alt sınır eklenmesi ve bu ortak başlangıç noktasına göre ilerlenmesi gerekmektedir.”⁶⁶ Ciddi suçların tespitinde, kimi zaman ev sahibi devletin sosyal ve hukuki normlarının esas alınması ciddi problemler de doğurabilir. Bu problemlerden belki de en görünür olanını ele alacak olursak, eğer kişinin işlediği iddia edilmekte olan suç, işlendiği ülkenin sınırları içerisinde suçtan sayılmıyorsa ne yapılmalıdır?⁶⁷ Ya da eğer suç, işlendiği ülke içerisinde hafif bir suç olarak kabul ediliyorsa ama sığınmacıyı kabul eden devlet içinde daha ağır cezalara denk düşüyorsa bu durum mülteciyi dışarıda bırakma sonucunu doğuracak mıdır? Gerçekten de, eğer sığınmacıyı kabul edecek olan devletin sahip olduğu yasal yükümlülükler bir suçun ne kadar ciddi olduğunun belirlenmesi noktasında nadiren kullanılıyorsa, ya da başvuruda bulunan kişinin koşullarına uygulanması beklenilmeyecek bir durumda ise bu durumda ne olacaktır?

Bu seçeneğe karşı sunulan ve diğer bazı devletler⁶⁸ ile BMMYK tarafından savunulan çözüm; işlendiği söylenen suçların ciddiyetinin belirlenmesinde alınan referansların kaynağının *uluslararası yasalar* olmasıdır. Ancak bu da, imzacı tüm devletleri bağlayacak ortak bir noktanın varlığı ihtiyacının giderilmesini sağlayacak olsa da, imzacı olmayan devletler açısından yine de problemlerle doludur. En açık şekilde, uluslararası suçlar 1(F) (a). maddesinin konusu olduğundan⁶⁹ ve daha geniş

⁶⁵ I.A.Macdonald and R. Toal, (8th edition 2010) *Immigration Law and Practice in the United Kingdom*, at (12.97).

⁶⁶ *AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department*, (2012) 1 WLR 3469 (Eng. CA, Apr. 2, 2012) at 3481-82 (31).

⁶⁷ *Rudyak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006) FC 1141 (Can. FC, Sept. 29, 2006).

⁶⁸ 10 C 7.09 (Ger. BverwG (German Federal Administrative Court), Feb. 16, 2010) s. (47).

⁶⁹ UNHCR Guidelines on International Protection No. 5, at 5(14).

bir çerçevede uluslararası hükümler tarafından tanımlanan fiiller sebebiyle dışarıda bırakımlar 1(F)(c). maddesinin konusu olduğundan; bu perspektif nihai bir çözüm üretmeyecektir. Daha da temel bir açıdan bakıldığında, zaten 1(F)(b). maddesi içinde yazılı ya da yoruma dayalı bulunan hiçbir ifade bizleri uluslararası yasalara yöneltmemektedir.

Bu noktada bulunacak bir orta yol “ciddi” yerel suçların ve cezai sorumluluğun ölçüsünün belirlenmesine dair standartlar konusunda, geçişli bir sistem yardımıyla hazırlanacak bir rehber üzerinden genel olarak “ciddi” olarak görülen adi suçlar hakkında bir katalog hazırlanmasıdır⁷⁰. 1(F)(b). maddesinin yaklaşımı olan “hukukun genel prensipleri”⁷¹ tanımının da efektif bir şekilde kullanımıyla birlikte bu rehberin hazırlanması gerekli ve önemlidir. Bu konuda Kanada yüksek mahkemesi şu şekilde çözüm getirmiştir ve bize göre bu yol göstericidir; mahkeme *T v. Canada* davasında⁷² “*iade edilebilir suçları*” (1)(F)(b). maddesi altında dışarıda bırakılabilir suçların başlangıç noktası olarak düşüneceğimiz bir standart olarak kullanmıştır.⁷³ *Gavrila* davasında Kanada yüksek mahkemesi tarafından belirtilmiş olduğu üzere: “1(F)(b) maddesinin anlaşmalar aracılığıyla iade edilebilen suçluların mülteci statüsü altında adaletten kaçmaya çalışanlara bir engel olarak konulduğu oldukça ortada olan bir gerçektir.”⁷⁴

Dolayısıyla bizim görüşümüz de 1(F)(b). maddesinin açıklanması konusunda yapılacak bir suç “ciddiyeti” analizinin üç adımlı olması gerektiği yönündedir.⁷⁵

1-Birinci olarak sorulması gereken soru şudur: karşımıza konulan bilgiler ve kanıtlar bizim suçun işlendiği yerde ciddi sayılacak bir adi suç işlendiği manasına gelmekte midir? Eğer cevap hayırsa, 1(F) (b). maddesi altında mülteci statüsü dışında bırakım gerekmemektedir.

⁷⁰ UNHCR Guidelines on International Protection No. 5, at 5(14).

⁷¹ B. Simma and P. Alston, “The Sources of Human Rights Law Custom, Jus Cogens and General Principles,” (1988-89) 12 Aust. Y.B.I.L.82.

⁷² *T v. Immigration Officer (UKHL, 1996)* s. 759.

⁷³ Pushpanathan (Can. SC, 1998).

⁷⁴ *Gavrila v. Canada (Minister of Justice)* (2010) 3SCR 342 (Can. SC., Nov. 25, 2010) s. 348(12).

⁷⁵ Safi, S., *Mülteci Hukuku*, Legal Yayınevi, 2017, ss. 321-840.

2-İkinci olarak, ortada ülke sınırları içerisinde ciddi sayılacak bir suçun işlenmiş olduğunu varsayarsak, bu aynı zamanda mülteciyi kabul edecek ülkenin sınırları içerisinde de ciddi sayılan bir adi suç mudur? Eğer değilse, 1(F)(b). maddesine uygun statü dışında bırakım adil değildir.

3-Üçüncü ve sonuncu olarak da, kanıtların ve bilgilerin hem suçun işlendiği hem de mülteciyi kabul edecek devletin sınırları içinde ciddi sayılacak düzeyde olduklarını varsayalım, bu noktada bahsi geçen suç uluslararası yasaların standartlarına referans yapacak şekilde iade edim gerektiren bir suç mudur? Eğer bu kriterlerin hepsi karşılanmışsa, işte o zaman soruda yer alan suçun 1(F)(b). maddesinin amaçlarına uygun şekilde “ciddi” bir suç olduğundan bahsedilebilir. Burada siyasi suçlardan dolayı iade mümkün olmadığından adi suçlu ayırımına gitmek lazımdır.⁷⁶

Başka bir deyişle, işlendikleri yer, zaman ve bağlam içerisinde ciddi bir suça denk düşmeyen eylemlerin mülteci kanunlarının sistematik bütünlüğüne gerçekten bir tehdit olacağını söylemek doğru değildir. Gerçekten de, geçmişe dönük ve artık yürürlükte olmayan ceza kanunları ve bunun zaman içerisinde değiştirilmesine ilişkin uygulamalar göz önüne alınırsa, işlendikleri yerde sonraki tarihte kanundışı görülmeyen hareketler üstünden kişilerin cezalandırılmasının yanlış olduğu düşünülmektedir.⁷⁷ Buna benzer bir şekilde, mülteci yasalarının sistematik bütünlüğüne dair bir tehdidin işlediği suçlar bakımından ciddi kabul edilmeyen ve o anda ciddi tehlike altında bulunan birisinin mülteci başvurusundan kaynaklanabileceği durumlar olabilir. Aksine, Birleşik Devletler *Cullinane* davasında belirtildiği gibi, iade edim yasalarının klasik anlayışı “İşlenen suçun işlendiği devlet sınırları içerisinde yasaları ihlal ettiği bahsi geçmezse ve eğer bahsi geçse bile durum kanıtlanamazsa kişinin, yani firarının, içinde bulunduğu ülkeden koruma talebini devletin karşılamaya zorunlu”⁷⁸ olduğundan bahsedilir.

⁷⁶ İbid.

⁷⁷ *Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998) 4 FC 525 (Can. FCTD, Jul. 9, 1998) s. 540.

⁷⁸ *United States of America v. Cullinane*, 2003, 2NZLR 1 (NZCA, Dec. 18, 2001) s. 13-17 (49)-(70)

Bir suçun ağır adi suç olarak tanımında Belçika mahkemesinin *Xie* davasında da belirttiği gibi iade edim kurallarını uygularken yine de evrensel hukuk normları dikkate alınmalıdır⁷⁹; “anlaşmaların iade edim hükümlerinde yer alan” suçlardan bahsedilmesi için... Bu tanıma uygun bazı suçlar, işleyenin iade edilebilmesi söz konusu olsa bile üç aylık hapis cezasıyla da karşılık olabilecek bir suç, elbette ki de ciddi suçlar olarak sayılmamalıdır.”⁸⁰

"Her ne kadar kendisi günlük hayatta da çokça kullanılan bir kelime olsa da, "ciddi"nin konuşmalar içerisinde kullanılacak birçok anlamsal tonu bulunmaktadır. Bir amaç içerisinde ciddi olan bir şey başka bir amaç için o özelliği taşımayabilir. Buradaki bağlam, mültecinin işlediği suçun ciddiyeti ve bu ciddiyetin onu başka olasılıklar altında kazanabileceği ve kendisini gerçek bir korkuya ve zulme karşı savunacak olan uluslararası koruma hakkından mahrum bırakacak derecede olup olmadığıdır".⁸¹

Ortada bulunan kanıtların ve bilgilerin ışığında suçluluğun ciddi olup olmadığına karar verilmesi işlemi sırasında⁸², elbette ki kanunların kapsayıcı "durumun göz önünde bulundurulması için ciddi emareler bulunması" standardı uygulanmalıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere,⁸³ bu sadece niceliğe bağlı bir yeterliliğin sağlanması için gerekli olan minimal bir standart değildir; onun yerine, karar alınabilmesi için, içinde ikna edici kanıtların bulunmasını da talep etmektedir. Ancak bu konuyu destekleyecek ikna edici ve yeterli kanıtların bulunması halinde kişinin mülteci işlemlerinin dışında bırakılmasını gerektirecek bir suçun ciddiyetinden "şüphe duyulmasına yetecek ciddiyette emarelerin" bulunduğu bahsetmek mümkün olacaktır.⁸⁴ Burada söz edilen açık ve ikna edici kanıtların "ciddi emareler" olarak ele alınması için kişinin dışarıda

⁷⁹ Statement of Mr. Herment of Belgium, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) s.24.

⁸⁰ *Xie v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) (2005) 1 FCR 304 (Can. FCA, Jun. 30, 2004).

⁸¹ Hathaway, *Refugee Status.*, s. 224.

⁸² *AH (Algeria)*(Eng. CA, 2012) at 3486 (52).

⁸³ *Bundesrepublik* (CJEU, 2010) at (109).

⁸⁴ *S v. Refugee Status Appeals Authority* (NZCA, 1998) s. 297

bırakılmasına neden olacak ilgili suçun *actus reus* (suçu işleme niyeti)⁸⁵ ve *mens rea* (niyeti de kapsayan suç işleme fiili)⁸⁶ halleriyle alakalı tespitin yapılması gerekir.

İşlenen suçun işlendiği yer ve zamanda olduğu gibi kendisinin iltica başvurusunda bulunduğu ülkenin sınırları içinde de ciddi bir suç olduğunu ortaya koyan kanıtların kesinliğinden bahsedebilmek için suçlu iade kriterlerinin kullanılmasında sorulması gereken son soru bu suçun her şeye rağmen yine de temel uluslararası yasaların buyruğu altında iade edilebilir olup olmadığına dair olacaktır. Suçluların iadesi ve reddi için gereken kurallar, BM'nin Suçlu İadesi Hakkında Model Anlaşmalarında⁸⁷ düzenlenmiştir.

e. Siyasi Olmayan Suçlar (Adi suçlar)

Madde hükmünden anlaşılan, dışarıda bırakıma sebep olacak suçun aynı zamanda, bir de “siyasi olmayan bir suç” olması gerekliliğidir. Konvansiyon Soğuk Savaş döneminin iki kutuplu koşulları içerisinde gerçekleştirilmiş ve hiç kuşkusuz o dönemin koşulları bu hükümlerin oluşmasında etkili olmuştur. Eğer yurtdışında kişiyi beklemekte olan “yargılama” ya da “cezalandırma” temel, evrensel ceza hukuku normlarının doğru ve dürüst bir uygulaması değil de, sahip olunan erkin engellemek için kötüye kullanılmasının sonucunda ortaya çıkan bir durumsa, ortada bireyin uluslararası korumanın dışında bırakılması için hiçbir sebep bulunmamaktadır.⁸⁸ ABD yüksek mahkemesi *Aquirre* davasında evrensel hukuka saygılı ve adil yargılama sistemine sahip hukuk düzenleri üzerinden *iade edim hukuku* tespitinin yapılması gerektiğine işaret etmiştir.⁸⁹ Mahkeme adi suçluların iade edileceği, siyasi suçluların iade edilemeyeceği teamülüne dayanan bir çözüm yolu öngörmüş ve hukuk

⁸⁵ [action or conduct which is a constituent element of a crime, as opposed to the mental state of the accused]

⁸⁶ [the intention or knowledge of wrongdoing that constitutes part of a crime, as opposed to the action or conduct of the accused]

⁸⁷ Convention for the Suppression of Financing Terrorism, 2002, 2178 UNTS 197., at Art. 15

⁸⁸ T v. Immigration Officer (UKHL, 1996) s. 764.

⁸⁹ United States Supreme Court in Immigration and Naturalization Service v. Aguirre-Aguirre, (1999) 526 US 415 (USSC, May 3, 1999) s.428-29.

devleti (Rule of Law) prensipleri üzerinden değerlendirme yapılmasına karar vermiştir.

Konvansiyon'un 33(1). maddesinde hüküm altına alınan, *geri göndermeme (non-refoulement)* kuralına göre ülkesine döndüğünde işkence veya insanlık dışı muamele görme ihtimali olan kişiler menşei ülkelerine gönderilmezler ve bu uluslararası teamül hukuku kuralı olduğundan Konvansiyon'a taraf olsun ya da olmasın bütün devletler için bağlayıcıdır. Ülkesinde işlediği bir suçtan dolayı aranan kişinin böyle bir koşulda iade edilmesi talebi karşısında durumu ne olacaktır? Bu durum devletlerin iade ve yabancılar mevzuatının düzenlenme şekline göre farklılıklar göstermektedir. Bazı ülkelerde sığınmacıların iade edilmesi açık bir biçimde yasaklanırken, bazı ülkelerde geri-göndermeme hükümleri sığınmacıları da kapsamına alacak şekilde geniş tutulmuştur. Örneğin; Bosna-Hersek Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 415(1)(b).maddesi, Slovak Cumhuriyeti'nin Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 501(b).maddesi işkence riski olan ülkelere iadeyi yasaklayan hükümler içerir.⁹⁰ BMMYK ulusal mevzuatlarında farklı hükümler mevcut olsa da ülkesinde işkence, insanlık dışı muamele görme riski bulunan kişilerin geri göndermeme yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.⁹¹ Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi Madde 3(2).maddesinde,⁹² "*kendisinden talepte bulunulan Tarafın sıradan bir suç için yapılan iade talebinin bir kişinin ırkı, dini, tabiiyeti, siyasi görüşü nedeniyle zulme maruz bırakılması veya cezalandırılması amacı taşıdığına ya da bu kişinin bu nedenlerden herhangi birinden dolayı önyargıya maruz kalacağına inanmak için geçerli sebebi varsa iadenin gerçekleşmeyeceği*" ifade edilmiştir. Yine aynı şekilde iadesi durumunda ülkesinde idam cezası ile karşılaşacak sığınmacının iadesi, siyasi suç ve adi suç bağlamında değerlendirilmemeli, adaletli bir yaklaşımla her olay kendi özneline analiz edilmelidir.

⁹⁰ <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa5e334>, ss.18-20 (son erişim tarihi: 12-10-2019).

⁹¹ İbid.

⁹² <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b36b0> (son erişim tarihi: 12-10-2019)

T davasında Birleşik Krallık mahkemesi tarafından da çerçevelendiği şekilde, bir eylemin siyasi suç sayılması için o eylemin “politik bir amaçla ortaya konulması ve bu politik amacın, hükümeti ya da devleti devirmek; değiştirmek, veya en azından hükümet politikalarını etkilemek niyetini taşıması gerekmektedir.”⁹³ Ancak ulusal mahkeme kararlarında siyasi suç ve adi suç ayırımı arasında yeknesaklık bulunmamaktadır. *Aguirre* davasında bir Guatemalalı’nın otobüs ücretlerinin yüksekliğini protesto etmekte olan yürüyüşler sırasında iddia edilene göre işlediği suçların, ABD yüksek mahkemesi tarafından politik amaçların sürdürülebilmesi sebebiyle işlendiği kararna varılmıştır, çünkü “bahsedilen miktarda... otobüs ücretleri birçok Guatemalalı’nın yıllık gelirinin büyük bir kısmını kapsamaktadır, ve onlar üstünde yapılacak olan bir zam ciddi ölçüde ekonomik zorluklara yol açabilir”⁹⁴ İkinci soru ise söz konusu politik amaçların yerine getirilmesi için ne tür araçların ve yöntemlerin kullanıldığı olmalıdır. Böyle bir bağlantının var olup olmadığına karar verilmesi sürecinde, kararda belirtildiği üzere, ‘mahkeme geçmişte politik amaçlara ulaşmak için kullanılmış yöntemleri akıllarında bulunduracak ve özellikle de, bir yanda, suçun hedefinin politik ya da askeri bir odağı olup olmadığına, öte yanda da, sivil bir odağı olup olmadığına; ve bu vakanın toplumun sivil yapıları içinde nasıl bir miktarda zarara sebep olduğuna odaklanılması gerekecektir.’⁹⁵

Kanada yüksek mahkemesi, *Shamiou* davasında, hedefin kim ya da ne olmasının yanında, ‘mahkemeler araçlar ve yöntemler üstüne yapılacak bir soruşturmanın aynı zamanda hedeflenen amaçla işlenen suçun doğurduğu zarar arasındaki oranın belirlenmesi ve bunun ne kadar “uygun” olup olmadığına karar vermesini de gerektirdiği konusunu’ ifade etmiştir.⁹⁶

Ciddi bir suçun, örneğin cinayet suçunun, bulunduğu rejimin ciddi anlamda baskıcı olması durumunda işlenmesinde siyasi nitelik taşıdığı kabul edilebilir. Öte yandan, eğer söz konusu suçun işlendiği rejim

⁹³ T v. Immigration Officer (UKHL, 1996) s. 749-50.

⁹⁴ *Aguirre-Aguirre* (USSC, 1999) s. 421.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Shamlou v. Canada* (Minister of Citizenship and Immigration) (1995) FCJ 1537 (Can. FCTD, Nov. 15, 1995).

bir liberal demokrasiye ve bürokratik bütünlüğü içinde anayasal haklar olarak konuşma ve ifade özgürlüğü hakkını barındırmaktaysa... değil cinayet kadar ciddi bir suçun, herhangi bir suçun dahi politik bir harekete metod olarak kabul edilebileceğini düşünmek uygun olmayacaktır. Örn; Adolf Hitler'e suikast girişiminde bulunanlar mülteci statüsünü kazanmayı talep edebilirlerdi, ancak John F. Kennedy'nin suikastçisinin elinde böyle bir hak bulunması söz konusu olamazdı.

Sonuç olarak, siyasi bir amacı sağlamak için kullanılacak olan yöntem ayrımcılık yapmamak üzerine olmak yerine bir hedef taşımalı ve taşıdığı hedef olan politik baskı değişiminin sınırları dışında bir zarar vermemelidir. Yoksa, onun siyasi bir suç olduğundan bahsedilemez.

Bir devletin, hukuk kurallarının ihlali sebebiyle yargılanan ya da cezalandırılmak istenen ve bundan da kaçan kişi ya da kişilere karşı göstermekten yana olduğu hoşgörü seviyesi ne olursa olsun, bu uluslararası suçları işlemiş ya da BM prensiplerine ve amaçlarına uygun olmayacak suçlara dahil olmuş kişiyi ya da kişileri Konvansiyon statüsü dışında bırakır.⁹⁷ Elbette ki, bu durumda bile kimi sınırları içerisine alıp koruyacağı o devletin inhisarında bir karar olacaktır, ancak sınırları içine alıp koruma vermeleri halinde bile bahsi geçen kişiye uluslararası kurallar ve kanunlar yüzünden mülteci koruması verilmeyecek olması bazı durumlarda tartışmaları da beraberinde getirmektedir.⁹⁸

1(F). maddesinin doğasının gereği içinde bu noktada gerekli olan iki önemli konunun tartışılması gerektiğini düşünüyoruz;⁹⁹

1-Bunlardan ilki, öncelikli olarak Uluslararası Çocuk Hakları Anlaşması'nın sunduğu gereklilikler ve öngörüler sebebiyle kişinin bahsi geçen ağır suçu reşit olmadan önce işlemiş olması halinde, kişinin 1(F). maddesi hükümleri ile uluslararası mülteci koruması dışında tutulabileceği anlamına gelebilecek olmasıdır.

2-Listedeki ikinci, hukuki işlemlerin askıya alınmasına sebep olabilecek sebep ise, 1(F). maddesi ağır suçlar işlemiş kişilerin yine ağır suçlar işleyebileceği ihtimalinden veya yasalardan kaçmak istemeleri

⁹⁷ UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35(96).

⁹⁸ Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166 (Aug. 22, 1950) at 4.

⁹⁹ Safi, S. Mülteci Hukuku, Legal yayınevi, 2017, ss. 213-321.

durumundan doğan sistematik risklere karşı geliştirilmiş olduğundan, o bahsi geçen kişinin aile üyelerine veya kişiye başka şekillerde bağımlı olan bireylerin mülteci başvurusunda bulunması halinde önyargıya ve ayrımcılığa maruz kalmamaları zorunluluğudur. Bu ceza hukukunda suçun şahsiliği prensibi ile açıklanır.¹⁰⁰ Elbette ki bu kişilerin başvurularının sadece bahsi geçen suçluyla olan ilişkileri sebebiyle kabul edilmesi halinde uygulanamaz ve bundan bağımsız bir şekilde ortaya konulmuş olan her türlü mülteci hakkı gereklilikleri de kişinin yine bahsi geçen suçluyla olan ilişkilerinden bağımsız bir şekilde incelemeye alınmalı ve o şekilde karar verilmelidir. Eğer ki kişinin mülteci hakkını kazanmasını sağlayacak sebepleri, yani devlet tarafından korunmadığı ya da korunmadığı bir zulüm görme hali varsa, Konvansiyon'un diğer herkese sunduğu sınırlar altında koruma işlemleri onlar için de işleme geçirilmeli ve uygulamaya konulmalıdır.¹⁰¹

II. ÇOCUK ASKERLER

Bugün kimi ülkelerde çocuklar; zorla (forced), zorunlu askerlik yoluyla (compulsory) veya gönüllü (voluntary) olarak silahlı kuvvetlere katılmaktadırlar.¹⁰² Çocuğun *zorla* silahlı kuvvetlere ya da gruplara katılması genellikle çocuğun kaçırılması veya çocuğa ve/veya aile üyeleri-

¹⁰⁰ Çağdaş maddi ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri suç ve cezanın şahsiliği ilkesidir. Bu kural gereğince, kişi ancak kendisinin işlediği fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilir, başkasının işlediği fillere iştirak etmedikçe sorumlu tutulamaz. Ceza usul hukuku açısından da kural olarak bir ülkenin egemenlik alanı içerisinde bulunan herkesin o ülkenin ceza yargılaması kurallarına tabi olduğu kabul edilmektedir. Maddi ceza hukuku ve ceza usul hukukunda kabul edilen bu ilkeler, devletin kişilerin yaşam alanına keyfi bir şekilde müdahale etmesini engeller. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, failin kendi fiilinden sorumlu olmasının sonucu olarak kişisel bir güvence sağlar. Diğer taraftan “kusursuz ceza olmaz” ilkesi, yani failin işlediği fiilin kendi kusurlu hareketinden kaynaklanması, kişinin özgür iradesiyle meydana getirdiği yapıp-etmelerine hukuk düzenince sonuç bağlanmasını sağlayarak bu kişisel güvenceyi sağlamlaştırır. Devletler uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmaları, hak ve borçlar edinebilmeleri nedeniyle, uluslararası devletler hukuku gereği sorumluluk altındadır. Fakat devletlerin cezai sorumluluğu kabul edilmemektedir. Suç teşkil eden fiil hangi devlet görevlisi tarafından işlenmişse cezai sorumluluk da o şahsa ait olmaktadır.

¹⁰¹ UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35(94)-(95).

¹⁰² Akar, Emine., İnsancıl Hukuk Çerçevesinde Çocuk Askerler Sorunu, 2019, Astana yayınları, s. 68.

ne karşı şiddet veya tehdit edilmesi gibi yollarla sağlanır.¹⁰³ Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (ÇHS) 19. maddesi; çocukların bu yolla silah altına alınmasını yasaklamış, bedensel veya zihinsel saldırıdan, şiddet ve istismardan korunması ilişkin hükümler getirmiştir. ÇHS'ne Ek Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmamaları ile İlgili İhtiyari Protokol'e göre 18 yaşın altındaki çocukların zorunlu askerlik hizmetine alınmaları yasaklanmıştır.¹⁰⁴ Adı geçen İhtiyari Ek Protokole (DCAF) göre çocukların silahlı kuvvetlere gönüllü katılımını zorlayan bazı sebepler şunlardır:

1-Devletin bir başka devletle veya devlet dışı örgütlerle çatışması veya istilaya, işgale uğraması gibi durumlarda ortaya çıkan ülke güvenliği kaygısı,

2-Ailesini veya evini kaybedenlerin gereksinim duyduğu güvenlik ihtiyacı,

3-Ekonomik yıkım, yoksulluk, işsizlik, eğitimden mahrumiyeti, aile içi şiddet veya istismar gibi durumların neden olduğu ekonomik ve sosyal sebepler,

4- Askeri hayatı yücelten değerler sistemi, akran baskısı gibi kültürel sebepler,

5-İnanılan bir dava uğruna mücadele etmek için haklı gerekçenin varlığına ikna eden ideolojik sebepler,

6-Askeri ayrıcalıklardan yararlanmak, eğitim, para ve prestij kazanmak gibi kişisel sebepler.¹⁰⁵

Kimi bölgelerde ise devletler mevcut ihtiyaçlarını karşılamak için zorunlu askerlik görevini kanunla düzenlemektedirler.¹⁰⁶

1997 tarihli UNICEF Cape Town Prensipleri'nde çocuk askerinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: *'18 yaşın altında olan, herhangi bir düzenli veya düzensiz silahlı kuvvetlerde veya silahlı gruplarda, olanlarla sınırlı olmamak kaydıyla ve aile üyeleri dışında aşçı, hamal, ulak ve bunlara eşlik edenler çocuk*

¹⁰³ İbid, s.69.

¹⁰⁴ https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/60F64A1AF972330DC12577B90033FADB-DCAF_Oct2006.pdf (son erişim tarihi. 05-10-2019).

¹⁰⁵ İbid, 2006, 3.

¹⁰⁶ İbid.

*askerdir. Bu tanıma, cinsel amaçlarla alınan ve evliliğe zorlanan kız çocukları da dahildir. Dolayısıyla bu kavram sadece silah taşıyan çocuğa işaret etmez.*¹⁰⁷

Çocukların askere alınmasına ilişkin Cenevre sözleşmelerinin Ek I No.lu Protokolünün 77. maddesi çocukların silahlı kuvvetlere alınmayacağına ilişkin hükmünü şu şekilde ifade etmiştir;

'Çatışma tarafları 15 yaşına ulaşmamış çocukların düşmanca davranışlara doğrudan katılmamaları için her türlü önlemi alacaklardır; özellikle bu çocukların silahlı kuvvetlerde görev almalarından sakınacaklardır.15 yaşını dolduran ancak 18 yaşını doldurmamayan kişilerin asker olarak görevlendirmesinde, çatışma tarafları yaşı büyük olanlara öncelik tanımak için gerekli tüm önlemleri almaya gayret göstermelidirler.'

Madde hükmünden de anlaşıldığı üzere, 15 yaşın altındaki çocuklar silahlı çatışmadan uzak tutulmak istenmiş, korumaya alınmaya çalışılmıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünün 8/2(b)(26). maddesi hükmü de çocukların korunmasına ilişkin hüküm getirmiş ve; *15 yaşından küçük çocukların ulusal silahlı kuvvetlere gönüllü yazılması, askere zorunlu alınması veya düşmanlıklarda aktif olarak kullanılması yasaklanmıştır, demıştır.*

8/2(e)(7). maddesinde ise; 15 yaşından küçük çocukların silahlı kuvvetlere veya gruplara gönüllü yazılması, askere zorunlu alınması veya düşmanlıklara aktif olarak katılmasını yasaklamıştır.

Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması hakkında Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)'nın 4. maddesi çocukların davranışlarının sonuçlarını öngöremeyecek olmalarını şu şekilde ifade etmiştir;

'Ceza sorumluluğunun alt sınırını belirleyen sistemler açısından, bu sınır çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel açılardan olgunluğa eriştiği yaşın

¹⁰⁷ UNICEF, Cape Town Principles and Best practices, adopted at the Symposium on the Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and Demobilization and Social Reintegration of Child Soldiers in Africa, Cape Town. 27-30 April 1997.

*altında tutulmamalıdır.*¹⁰⁸ Çocuğun cezai sorumluluğunun belli bir yaş sınırının altında tutulması gerekliliği ve buna gerekçe olarak da çocuğun henüz yeterli zihinsel, duygusal, psikolojik olgunluğa erişmemiş olduğu, davranışlarının sonucunu öngöremeyecek olması ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 31(1).*'maddesine göre; Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir'.*

Yukarıda ifade edilen düzenlemelerde, bu yaştaki çocukların kendi bireysel iradeleri ile eylemlerinin hukuki sonucunu algılayamayacak durumda olmaları cihetiyle cezalandırma yerine koruma tedbirleri ile topluma entegre edilmeleri öne çıkan yaklaşım olmuştur.

1951 Cenevre Konvansiyonu, ülkesinde haklı nedenlere dayanan zulüm görme iddiasında olan kişilere, devletin kendisini korumaya istekli olmadığı veya korumaya muktedir olmadığı durumlarda mülteci statüsü verileceğine ilişkin tanımı yaparken aynı zamanda en ağır suçları işleyen kişilerin bu statünün dışında bırakılmasına ilişkin de hükümler düzenlemiştir. Bu, gerek suçluların cezasız bırakılmamaları gerekse iltica ülkesinde kamu güvenliğinin korunması açısından anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte, sığınma talebinde bulunan çocuk askerler için kritik olan şey, mülteci tanımına uyan koşulları taşıyabilir bile uluslararası korumaya erişemeyecekleri ve özellikle de Konvansiyon'un 'ağır suçların varlığı nedeniyle' korumayı reddettiği gerçeğidir. Bu Konvansiyon'un genel amacı, sığınma sisteminin bütünlüğünü, hak etmeyenlerin istismar etmesini önleyerek korumaktır ve çekirdek uluslararası suçları işleyenlerin kovuşturmadan kaçamadıklarını garanti altına almaktır. Buradaki amaç, ilgili hükmün zorunlu dili, 1(F)(a). maddesinde *her mülteci* tamlaması ile bu suçlara dahil olma potansiyeli olanları mülteci koruması dışında bırakmaktır dolayısıyla da çocuk askerler ile ilgili bir ayırma gitmez.

İltica başvurusunda bulunan kişiler mülteci korumasından yararlandıkları vakit, başka bir devlet toprağında yaşamakla zulümden kur-

¹⁰⁸ http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocuk_adaletsis-temininuygulanmasi.pdf (son erişim tarihi-05-11-2019).

tulacaklardır. Oysa çocuk askerler söz konusu olduğunda, iltica talebinde bulunan çocukların sadece gördükleri zulümden kurtulmaları değil aynı zamanda rehabilite olup topluma entegre olmaları, insanlığa faydalı bir birey olarak yetişmeleri de söz konusu olmaktadır. Bu suçlara dahil oldukları yaşlarda yaptıkları eylemlerin sonuçlarını öngöremeyecek bir irade düzeyinde olmaları dikkate alınmalıdır. Birçok ulusal hukuk sistemlerinde, cezalandırma yerine, çocukları rehabilite etmek maksatlı tedbir kararları uygulanmaktadır ve mülteci statüsü reddedilen çocuk, 'savaş suçlusu' olarak etiketlenmenin ve dışlanmanın neticesinde daha kötüleşme, radikalleşme eğilimi gösterebilecektir. Mülteci tanımında aslında, savaşın şiddetine maruz kalan insanların korunması gayesi bulunur. Yaşı küçük çocukları rehabilite etmek de aynı zamanda savaşın şiddetinden korumak anlamında değerlendirilmelidir. Burada vurgulanması gereken konu, çocuk askerleri çevreleyen zorlu koşulların varlığının Konvansiyon'un insani amacı ile bir paradoks içermemesidir.

Bu kaygılar ışığında, Konvansiyon'un 1(F)(a). maddesinin çocuklar (veya herhangi bir diğer iltica kategorisi) için özel bir istisna içermediğine dikkat çekmek gerekir. Aksine, hükmün metni, başvurunun her durumda zorunlu olduğudur: Konvansiyon, barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suçlar işleyen herkesi kapsayarak çocuklar için yaş küçüklüğüne binaen bir ceza indirimi gibi bir ayırıma gitmemiştir.

Buna göre, hükümde bir değişikliğe gidilmedikçe, mülteci statüsüne karar veren merciiler ve mahkemelerin, yaşa bağlı ya da çocuk askerlik statüsü de dahil olmak üzere herhangi bir başka koşuldan bağımsız olarak, 1(F)(a). maddesinde listelenen suçlarla ilgili olup olmadığına ilişkin takdir yetkisi olmayacaktır.

1F(a)'nın zorunlu niteliği ve bunun çocuk askerlerin mülteci iddialarını değerlendirmek için ortaya koydukları karmaşıklık, BMMYK'nın bu kişilerin özel durumlarına ilişkin çok sayıda ifade içeren Etkili Dışlama Yönergeleri ve Beraberindeki Arka Plan Notuna yansıtılmıştır, ancak uluslararası korumadan yararlanmalarına ilişkin bir düzenlemeye gidilmesine de sebep olmamıştır. Örneğin, her iki belge de çocuk askerlerin dahil olduğu vakalarda ilgili tüm savunmaların dikkatli bir şekilde

değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁰⁹ Arka Plan Notu, bu durumlarda göz önünde bulundurulması gereken bir takım spesifik faktörleri listelemektedir; silahlı gruba ilk müdahale anındaki yaş; katılımın gönüllü mü yoksa zorla mı olduğu; üye olarak sürenin uzunluğu; kaçma ve suç eylemlerine katılma olasılığı; uyuşturucu ya da alkolün zorunlu kullanımı; eğitim düzeyi ve söz konusu olayların anlaşılması; ve herhangi bir travma, kötüye kullanım veya kötü muamele.¹¹⁰

Diğer taraftan, çocuk askerler, “iltica sürecinde özel olarak hazırlanmış temel ve usule uygun farklı bir düzenlemeye ilişkin bir muamele” ile özel dikkat gerektiren bir grup olarak devletlerin rehber mevzuatlarında geniş çapta kabul görmüştür.¹¹¹

1(F)(a). maddesi uluslararası ceza hukuku temelli ilkelere dayanmaktadır. Öte yandan UCM 18 yaşından küçük çocukları yargılama yetkisi içerisine almadığı gibi 8. maddede çocuk yaştakilerin asker olarak çatışmalarda kullanılmasını da yasaklamıştır. Eğer uluslararası toplum gelecekte, bir noktada çocuk askerlerin uluslararası suçlara katılımlarından cezai olarak sorumlu tutulması gerektiğine karar verirse, 1(F)(a). maddesi uyarınca uluslararası korumanın dışında bırakılması da meşru bir olasılık haline gelecektir. Ancak bugün için UCM’de cezai sorumlulukları olan bir grup olarak kabul edilmemektedirler ve bize göre uluslararası koruma konusunda ayrı bir düzenlemeye sahip olmaları gerekir.

Sonuç

Uluslararası hukuk bir kimsenin işkence görmesi tehlikesi altındayken ülkesine geri gönderilmemesi ya da insancıl olmayan, aşağılayıcı bir muameleye teslim edilmemesi ve temel insan haklarının korunmasına ilişkin temel sözleşmeleri kodifiye etmiştir. Mülteci hukukunun temel varlık amacı, ülkesinde zulüm gören insanların ait oldukları devlet tarafından korunmaması/korunamaması durumunda uluslararası

¹⁰⁹ UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html>. (son erişim tarihi-10-09-2019).

¹¹⁰ İbid, para. 91-2.

¹¹¹ Joshua Dankof, ‘Advocating Duress and Infancy Exceptions to the Persecutor Bar to Asylum for Former Child Soldiers’, Children’s Legal Rights Journal 31 (2011).

koruma mekanizmasını harekete geçirmek, palyatif çözümler yerine kalıcı, insan hakları temelli çareler üretmektir. Mülteci hukuku, bireyin korunamayan temel insan hakkının korunmasına ilişkin uluslararası hukukun getirdiği vekil koruma sistemidir. Devletlerin kamu güvenliği kaygısıyla ülkesine alacağı mültecinin ülkesi için potansiyel suç riski taşıyıp taşımayacağını tayin etmesi anlaşılır bir durumdur. Çünkü birinin insan hakkını korumaya çalışırken kendi vatandaşının insan hakkının ihlal edilmemesi arasındaki dengeyi kurmak zorundadır.

Ancak bunu yaparken 1951 Cenevre Konvansiyonu hükümlerinin 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve uluslararası teamül hukuku kuralları uyarınca *bona fide*, iyiniyetli yorumlanması önemlidir.

Ayrıca iç hukuk sistemlerinde yaş küçüklüğünün cezai sorumluluk konusunda dikkate alınması ve mülteci hukuku bağlamında değer görmemesi ve böyle bir ayırımı gidilmemesi eksiklidir. Çünkü çocuk işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya yönlendirme yeteneği yeterince gelişmemiş olduğu düşünülen, korunması gereken bireydir.

KAYNAKLAR

- Akar, Emine., İnsancıl Hukuk Çerçevesinde Çocuk Askerler Sorunu, 2019, Astana yayınları.
- B. Simma and P.Alston, "The Sources of Human Rights Law Custom, Jus Cogens and General Principles, " (1988-89) 12 Aust. Y.B.I.L.82.
- Çiçekli, B. (2009) Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin yayınevi.
- Grahl-Madsen, Division of International Protection (DIP), UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37), October 1997, available at: <http://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html> [accessed 13 March 2017], Commentary of the Refugee Convention 1951 (Articles 2-11, 13-37).
- Hathaway, J. 2014, The Law of Refugee Status, Cambridge Press.
- I.A.Macdonald and R. Toal, (8th edition 2010) Immigration Law and Practice in the United Kingdom, at (12.97).
- J. Rikhof, (2012) The Criminal Refugee: The Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Background in International and Domestic Law.
- Joshua Dankof, 'Advocating Duress and Infancy Exceptions to the Persecutor Bar to Asylum for Former Child Soldiers', Children's Legal Rights Journal 31 (2011).
- Menekşe, T., İltica Hukukunda Hariçte bırakma Değerlendirmesi, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt.4, Sayı.1, Ocak-Haziran 2018.
- Öztürk, N.Ö. Mültecilerin hukuki statüsünün belirlenmesi, Ekim 2015, Ankara, Seçkin.
- Safi, S. Mülteci Hukuku, Legal yayınevi, 2017.
- Strawson, John., Law After ground Zero, Glasshouse,(edit), 2002.
- Terrorism Versus Human Rights, 19 Isr. Y.B.H. Rts. 297.
- P. Weis, (1960) The Concept of the Refugee in International Law, 87 J. du droit international 928.
- W.A.Schabas and N. Bernaz (eds) Routledge Handbook of International Criminal Law (2011) .

BELGELER

- Articles Considered bu the Committee of the Whole United Nations Conference on -Territorial Asylum, UN Doc. A/CONF.78/ 12 (Feb. 4, 1977) at Art. 2(2) aktaran A. Grahl-Madsen.
- Accord Statements of Mr. Petren of Sweden, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) s.16.
- BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri), paragraf 4.
- BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 8-9.
- BMMYK, 1998, paragraf 150.
- BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 5.
- BMMYK, 2003, (Statü Dışında Bırakma İlkeleri) paragraf 5.
- Bundesrepublik (CJEU, 2010) s. (101).
- 2645 (XXV) sayılı BM Genel Kurulu 6. Komite raporları (A/8716, 2551/XXIV ve A/7845 sayılı BM belgeleri.
- Convention relating to the Status of Refugees, 1951, 189 UNTS 137, Art. 1(F) (b).
- Convention relating to the Status of Refugees, 1951, 189 UNTS 137, Art. 1(F) (b).
- Convention for the Suppression of Financing Terrorism, 2002, 2178 UNTS 197., at Art. 15.
- Council Directive 2011/95/EU of 13 December 2011.
- IRO Constitution, Part II, at (3).
- Re YYMT and FRFJ, (2010) 115 ALD 590 (Aus. AAT, jun.16, 2010) s. 636-37 (124).
- Reintegration of Child Soldiers in Africa, Cape Town. 27-30 April 1997. http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocu kadaletsisteminiuygulanmasi.pdf (son erişim tarihi-05-11-2019).
- Model Treaty on Extradition, Art. 3(b).
- Swiss Office federal des refugeies, Manuel de procedures D'asile (1996) at 144.
- ST, 509322 (FR. CRR (French Refugee Commission Appeals) Jul. 21, 2006).
- Statement of Mr. Hoare of the United Kingdom, UN Doc. A/CONF.2/SR.3 (Jul.3, 1951) at 15.

-Statement of Mr. Robinson of Israel, UN Doc. E/AC.32/SR.5 (Jan.18, 1950) at 11 (45).

-Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166 (Aug. 22, 1950) at 4.

-Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. E/AC.7/SR.166 (Aug. 22, 1950) at 7.

-Statement of Baron van Boetzelaer of the Netherlands, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951).

-Statement of Mr. Cjance of Canada, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951) at 26.

-Statement of Mr. Rochefort of France, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul. 19, 1951).

-10 C 7.09 (Ger. BverwG (German Federal Administrative Court) , Feb. 16, 2010).

-Statement of Mr. Herment of Belgium, UN Doc. A/CONF.2/SR.29 (Jul.19, 1951).

https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/60F64A1AF972330DC12577B90033FADB-DCAF_Oct2006.pdf (son erişim tarihi. 05-10-2019).

<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa66404> (son erişim tarihi-7-10-2019).

- Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Under Control Council Law No. 10, Volume IV; (Washington D.C.: U.S.Government Printing Office).

-UK Border Agency, Exclusion: Articles 1(F) and 33(2) of the Refugee Convention (Apr. 2008) at (2.3.3).

-UNICEF, Cape Town Principles and Best practices, adopted at the Symposium on the -Prevention of Recruitment of Children into the Armed Forces and Demobilization and Social

-UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, 4 September 2003, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f5857d24.html>. (son erişim tarihi-10-09-2019).

-UNHCR Guidelines on International Protection No. 5, at 5(14).

- UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5, at 2(2).
- UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35(94)-(95).
- UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under, 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees., Handbook at (151).
- UNHCR Guidelines on International Protection, No.5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, UN Doc.HCR/GIP/03/05.
- UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5, at 5(16).
- UNHCR, Background Note on Exclusion Clauses, at 35(96).
- UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Corrigendum to Proposal for a Draft Convention submitted by France, UN Doc. E/AC.32/L.3/Corr.1 9 (Jan.18, 1950).
- Universal Declaration of Human Rights, UNGA Res. 217 A (III), UN Doc. A/ 810 (Dec.10, 1948) 14/2. Madde.
- Universal Declaration, Art 14 (2).

DAVALAR

- Aguirre-Aguirre (USSC, 1999).
- AH (Algeria) v. Secretary of State for the Home Department, (2012) 1 WLR 3469 (Eng. CA, Apr. 2, 2012) at 3481-82 (31).
- Attorney General (Minister of Immigration) v. Tamil X, (2011) 1 NZLR 721 (NZSC, Aug. 27, 2010) at 737.
- Brzezinski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998) 4 FC 525 (Can. FCTD, Jul. 9, 1998) s.540.
- Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mehmet.
- Chan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000) 4 FC 390 (Can. FCA, Jul.24, 2000) s.394 (4).
- Dhayakpa v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs, (1995) 62 FCR 556, (Aus. FC, Nov. 9, 1995) at 565.
- Ezokola v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2013) SCC 40 (Can.SC, Jul. 19, 2013) at 36.
- FCTD, Feb. 4 Ovcharuk v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, (1998) 88.

- Gavrila v. Canada (Minister of Justice) (2010) 3SCR 342 (Can. SC., Nov. 25, 2010) s.348(12).
- Negusie v. Holder, Attorney Attorney General, (2009) 555 US 511 (USSC, Mar. 3, 2009) at 527.
- Ovcharuk (Aus. FFC, 1998) (1992) 2 FC 598 (Can. FCA, April 1, 1992) at 606.
- Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1992) 2 FC 306 (Can. FCA, Feb. 7, 1992).
- Shamlou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1995) FCJ 1537 (Can. FCTD, Nov. 15, 1995).
- Soering v. United Kingdom (1989) 11 EHRR 439 (ECtHR, Jul. 7, 1989) at (86).
- S v. Refugee Status Appeals Authority (NZCA, 1998) s. 297.
- Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2002) 1 SCR 3 (Can. SC, Jan. 11, 2002) at 57 (102).
- Sumaida v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000) 3 FC 66 (Can. FCA, Jan. 7, 2000)
- TI v. United Kingdom (2000) INLR 211 (ECtHR, Mar. 7, 2000).
- Pushpanathan, Supreme Court of Canada (Can. SC, 1998), 1024.
- Rudyak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2006) FC 1141 (Can. FC, Sept. 29, 2006).
- United States of America v. Cullinane, 2003, 2NZLR 1 (NZCA, Dec. 18, 2001) s. 13-17 (49)-(70).
- Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2005) 1 FCR 304 (Can. FCA, Jun. 30, 2004).
- Tamil X (NZSC, 2010) at 733(13).
- Zrig v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)n(2003) 3FC 761 (Can. FCA, April 7, 2003) at 812 (108)



İLK VE ORTA DERECELİ OKULLARDA ÖĞRENCİLERİN BİRBİRLERİNE VERDİKLERİ ZARARDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK ESASLARI

Dr. Öğr. Üyesi Ağâh Kürşat KARAUZ* Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ**

Öz

İlk ve orta dereceli okullarda öğrencilerin birbirlerine karşı zarar vermesi halinde, zarara kimin hangi esaslara göre katlanacağı olgusu belirsizdir. Bu konuda, idari sorumluluk bulunduğu gibi, aynı zamanda özel hukuktan kaynaklanan sorumluluklar da bulunmaktadır. Bu kapsamda, ayırt etme gücüne sahip küçükün haksız fiillerinden dolayı sorumluluğu ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m.369 kapsamında ev başkanının sorumluluğu bulunabilir. Ayrıca özel okullar açısından çocuğun korunması yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan akdî sorumluluk da gündeme gelebilir.

Anahtar Kelimeler

Öğrenci • İdarî Sorumluluk • Ev Başkanının Sorumluluğu • Kusursuz Sorumluluk • Özel Okul Sözleşmesi

* Dr, Öğr. Üyesi, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye | Asst. Prof., Akdeniz University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Antalya, Turkey.

✉ agahkursatkarauz@gmail.com • ORCID 0000-0003-1253-7430

** Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye | Asst., Akdeniz University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Antalya, Turkey.

✉ yakupccks@gmail.com • ORCID 0000-0003-2881-6303

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KARAUZ Ağâh Kürşat / ÇOKKAŞ Yakup, "İlk ve Orta Dereceli Okullarda Öğrencilerin Birbirlerine Verdikleri Zarardan Kaynaklanan Sorumluluk Esasları", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 37-74.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

PRINCIPLES OF RESPONSIBILITY ARISING FROM DAMAGES CAUSED BY STUDENTS TO EACH OTHER IN PRIMARY AND SECONDARY SCHOOLS

Abstract

In primary and secondary schools, if the students harm each other, it is unclear who will bear the harm. In this regard, as well as administrative responsibility, there are also responsibilities arising from private law. In this context, the minor who has the power of appeal may have the responsibility for tort and article 369 of the Turkish Civil Code (Law No.: 4721) may have the responsibility of the head of the household. In addition, in private schools, contractual liability arising from a violation of the obligation to protect the child may also be raised.

Key Words

Student • Administrative Responsibility • Responsibility of The Head of Family • Strict Liability • Private School Contract

I. GİRİŞ

Eğitim ve öğrenim hakkına ilişkin olarak Anayasa'nın 42. maddesi, birtakım amaçları ve sınırları ortaya koymaktadır. Buna göre, kimse'nin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı, öğrenim hakkının kapsamının kanunla düzenleneceği, Atatürk ilke ve inkılabları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı ve buna aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmayacağı, özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenleneceği gibi muhtelif hükümlere yer verilmektedir (Ana, m.42). Bu cümleden olarak, Millî Eğitim Bakanlığı'nın sunduğu eğitim-öğretim faaliyetine ilişkin sorumluluk bahsi incelenmeden önce, bakanlığa bağlı okul kavramı ile konumuz bağlamında bu okullardaki eğitim sisteminin ifade edilmesi gerekir. Bu bakımdan bakılacak başat mevzuat 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu (METK) ile 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu (ÖÖKK)'dur.

1739 sayılı Kanun'un 18 ilâ 33. maddelerinde "Türk Millî Eğitim Sisteminin Genel Yapısı" başlıklı ikinci kısmı, üç bölümden oluşmakta olup, örgün ve yaygın eğitimin ana hatları çizilmektedir. Kanun'un 18. maddesi, "(1) Türk millî eğitim sistemi, örgün eğitim ve yaygın eğitim olmak

üzere, iki anabölümden kurulur. (2) Örgün eğitim, okul öncesi eğitimi, ilköğretim, ortaöğretim ve yükseköğretim kurumlarını kapsar. (3) Yaygın eğitim, örgün eğitim yanında veya dışında düzenlenen eğitim faaliyetlerinin tümünü kapsar.” hükmünü içermektedir. Buna göre çalışmamızın kapsamı, yükseköğretim haricinde kalan, okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim sahaları olup, ilgili hükümlerden kısaca bahsedilmelidir.

Okul öncesi eğitim, mecburî ilköğrenim çağına gelmemiş çocukların eğitimini kapsar, bu eğitim isteğe bağlıdır (METK, m.19). Okul öncesi eğitim kurumları, bağımsız anaokulu, ilköğretim okuluna bağlı anasınıfları veya ilgili diğer öğretim kurumlarına bağlı uygulama sınıfları olarak açılabilir. (METK, m.21/1). İlköğretim ise, 6-13 yaş grubundaki çocukları kapsamakta olup, bu çağ çocuğun 5 yaşını bitirdiği yılın eylül ayı sonunda başlar, 13 yaşını bitirip 14 yaşına girdiği yılın öğretim yılı sonunda biter (METK, m.22). Devamında, ilköğretim kurumlarının ilkokul ve ortaokul olarak bağımsız şekilde kurulacağı, imkân ve şartlara göre ortaokulların ise, ilkokullarla veya liselerle birlikte kurulabileceği hüküm altına alınmıştır (METK, m.24). Nitekim devam eden maddede, ilköğretim kurumlarının ilkokullar ile -imam-hatip okulları dahil- ortaokulları ihtiva ettiği belirtilmiş olup, ikinci fıkrasında nüfusun az ve dağınık olduğu yerlerde, köylerin gruplaştırılarak, merkez köylerde ilköğretim bölge okulları ve bunlara bağlı pansiyonlar, gruplaştırmanın mümkün olmadığı yerlerde ise yatılı ilköğretim bölge okulları (YİBO) kurulacağı ifade edilmiştir (METK, m.25). Ortaöğretim ise, çeşitli programlar uygulayan liseler ile mesleki eğitim merkezleri şeklinde belirtilmektedir (METK, m.29/1).

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu (ÖÖKK), özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin İdarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü altında, eğitim-öğretim kamu hizmetinin ruhsat usulüyle görülmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektedir. 5580 sayılı Kanun’da okul, “özel eğitim, okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve ortaöğretim ile Bakanlıkça dönüşüm programına alınan kurumlardan 2018-2019 eğitim-öğretim yılının sonuna kadar faaliyetleri devam eden ortaöğretim özel okulları” şeklinde ifade edilmiştir (ÖÖKK, m.2/1c). Özel eğitim okulu, “Özel eğitim gerektiren bireylere hizmet veren, özel olarak yetiştirilmiş personelin bulunduğu, geliştirilmiş eğitim programlarının uygulandığı özel öğretim kurumunu” (ÖÖKK, m.2/1h)

ifade eder. Kanun'da kurumlar ve bu kurumlarda görevli personelin MEB'in denetim ve gözetimi altında olduğu belirtilmektedir (ÖÖKK, m.11/1).

Görülüyor ki, bakanlık eğitim-öğretim hizmetini bizatihi sunabileceği gibi, özel hukuk kişileri eliyle de yerine getirebilir. Tekel niteliği taşımayan kamu hizmetlerinin idarece verilecek izin yoluyla, özel hukuk kişilerin de yerine getirilmesi ruhsat (izin) usulü olarak bilinir.¹ Bu açıdan idarenin mezkûr faaliyet konusu hizmetten kaynaklanan zararlardan dolayı sorumluluk durumu, kurum açma izni verilen yerler bakımından "gözetim ve denetim yükümlülüğü" bağlamında değerlendirilmelidir.²

II. SORUMLULUK ESASLARI

Yukarıda bahsedilen eğitim kurumlarında öğrencilerin birbirlerine verdikleri zararlarda kimin ne tür sorumluluğunun bulunduğu ortaya konulması gerekir. Örneğin, bir çocuk³ okulda üçüncü bir kişiyi yaralarsa, ev başkanı, TMK m. 369 (ZGB Art. 333) uyarınca, kamu sorumluluğu altındaki kurumlar kamu hukuku kapsamında ve öğrenci ise

¹ AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş, Ankara, 2019, s.565-566. Aksi yönde bkz.: KARAHANOĞULLARI, Onur: Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan, Ankara, 2015, s.324-326.

² AYM, MEB'in gözetim ve denetimi altındaki özel öğretim kurumlarını şöyle nitelendirmektedir: "...Devlet, bir kamu hizmetini, bizzat kendi personeli, araç ve gereciyle yapabileceği gibi, bu hizmeti özel kişilere de yaptırabilir. Ancak bu durum, hizmeti yapmakla yükümlü kılınan kamu kurumunu hizmetten yararlananlara ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluktan kurtarmaz. Bu sebeple, özel okulları, iç yönetimlerinde ve dış etkinliklerinde Devlet okullarında olduğu gibi hizmetin kurallarına uygun ciddiyet ve güvenilir biçimde yürütülmesini sağlamak Devletin görevidir. O halde, bir yanda genel kamu yararı amaçlayan bir kamu hizmeti, öte yanda da yararını düşünen özel kişiler vardır ve işte bu yarar çatışmasının dengelenmesi söz konusudur. Bunu sağlayabilmek için de yürütülecek hizmet üzerinde kamu kurumuna etkin yetki ve sorumluluk tanımak gerekir. Nitekim, Anayasa'nın 42. maddesinin altıncı fıkrasında "özel ... okulların bağlı olduğu esaslar... kanunla düzenlenir." hükmü, kanun koyucunun bu konudaki yetkisini saklı tutmuştur...". AYM, E.1990/4, K.1990/6, T.12.4.1990, RG.: 17.6.1990-20551.

³ Çocuk, kelime anlamı itibariyle "insan yavrusu" demektir. Konu hakkında geniş bilgi için bkz.: SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 2005, s.3 vd; İNAN, Ali Naim, Çocuk Hukuku, İstanbul, 1968, s.10.

TBK m. 49'a göre (OR Art. 41.), yaralanan öğrenciye karşı sorumludur.⁴ Esasen hukukî sorumluluk, kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi başlıkları altında incelenmektedir.⁵ Çalışma kapsamında kusur ve kusursuz sorumluluk bahisleri üzerinde durulacak olup bu bağlamda fiil, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılığa değinilecektir. Kusur ise, gözetim veya objektif özen ödevinin ihlâli, tehlikeli bir işletme veya nesneye sahip olma gibi durumlarda aranmamakta olup, böyle hallerde kanunî düzenleme ile kusursuz sorumluluk (sebeb sorumluluğu) gündeme gelmektedir.⁶

Öğrencilerin birbirlerine karşı verdikleri zararlarda sorumluluğun kime ve hangi esaslara göre isnat ettirileceği konusunda, ilk olarak, idarenin sorumluluğu incelenecek olup, ardından özel hukuk bakımından sorumluluğun kaynakları irdelenecektir.

A. İdarenin Sorumluluğu

Hukuk düzeninde esasen bir sorumluluktan bahsedilebilmesi için bir fiilin bulunması, bu fiilin kusurlu olması ve bununla illiyet bağı kurulabilen bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir. İdarenin sorumluluğu noktasında, ortada bir idari işlem ve eylemin varlığı, bununla bir zararın doğması ve bunlar arasında illiyet bağı (sebeb-sonuç bağlantısı) bulunması gerekmekte olup, kusurun varlığı ise idarenin kusur sorumluluğunda gündeme gelebilen bir olgudur.⁷

İdarenin sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı za-

⁴ JEAN-PIERRE Heller/ PASCAL Oberson. Die Haftung des Familienhauptes nach Art. 333 Abs. 1 ZGB sowie die Billigkeitshaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR, s. 14.

⁵ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 23. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018, s. 513.

⁶ EREN, s. 515.

⁷ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin, Bursa, 2019, s. 1294-1372; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, 1. Baskı, Savaş, Ankara, 2019, s. 1276-1277; ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, adalet, Ankara, 2019, s. 655; SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 751; ULUSOY, Ali Dursun, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2019, s. 557-558.

rarın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurum olup, kamusal faaliyetler sebebiyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.⁸ Bu yönüyle, “*İdarenin hukukî sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur*”.⁹

Bakanlığın sunduğu eğitim-öğretim faaliyetinin yürütülmesinden kaynaklanan aksaklık veya bozukluk durumu, idarenin hizmet kusurunu akla getirmekte olup, hizmetin “*kötü işlemesi*”¹⁰, “*geç işlemesi*”¹¹ veya “*hiç işlememesi*”¹² halinde gündeme gelecektir. Uyuşmazlık Mahkemesi, okulun sınıf kapısının çok sert şekilde kapanması sonucunda öğrencinin

⁸ D15D, E.2013/5356, K.2016/3705, KT.:23.5.2016, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019).

⁹ D15D, E.2013/3961, K.2014/2433, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019).

¹⁰ Hizmetin kötü işlemesi, hizmetin gereği gibi yürütülmemesi ya da idarenin kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak hizmeti ifa etmesi gereği gibi yapmamasını ifade eder. Hizmetin kötü işleyip işlemediği somut olaya göre değerlendirilmesi gereken bir olgu olup kullanılan araç-gereç ve olanaklar gibi birçok unsurun birlikte düşünülmesi gerektiği için mutlak bir kural koymak güçtür. Detaylı bilgi için bkz.: SANCAKDAR Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 752-753.

¹¹ Hizmetin olağan sayılamayacak bir gecikme ile yerine getirilmesi veya zamanında yapılamamasıdır. Hizmetin ne süre ile yapılacağı mevzuatta belirlenmişse buna bakılacak olup, bu yönde düzenleme mevcut değilse halin icabına göre idarenin makul bir süre tayin etmesi gerekir. SANCAKDAR Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 753-754.

¹² Kamu hizmetinin hiç sunulmaması olup, burada idarenin bağlı yetki ile mi takdir yetkisi ile mi hareket ettiği hususu önem taşımaktadır. Bağlı yetkinin bulunduğu bir sahada hizmetin hiç işlememesi sorumluluğu doğurabilecek nitelikte iken, takdir yetkisinin bulunduğu durumda hareketsiz kalmanın, somut olaya bakılarak karar verilmesi gerekecektir. SANCAKDAR Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s. 754-756.

parmağını sıkıştırarak kopardığı olayda, meydana gelen zarardan dolayı açılan davada idare mahkemelerini görevli görmüştür.¹³

Danıştay, öğrencilerin fiilleriyle birbirlerine zarar vermesi olaylarıyla ilgili uyuşmazlıklarda ilk olarak, idarenin denetim ve gözetim sorumluluklarını özenle yerine getirip getirmediğini incelemektedir. Bu inceleme esnasında, bu yükümlülüğü yerine getirmiş olsa engellenebilecek bir zarar olduğu kanaatine varırsa, bu zararın hizmet kusuru kapsamında kaldığına karar vermektedir. Ancak, idarenin gözetim yükümlülüğünü yerine getirse dahi engelleyemediği zararlar da, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nasafet ilkeleri gereği olarak kusura sorumluğunun bulunduğu karar vermektedir. Nitekim, bir lise öğrencisinin teneffüs esnasında mukavva parçasını rastgele fırlatması sonucu arkadaşının gözüne isabet ederek görme kaybına sebep olmasında idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklı olarak hizmet kusuru bulunmaktadır.¹⁴ Diğer bir

¹³ UYM, E.2013/616, K.2013/732, T.13.5.2013, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): *“...Kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin; kamu yararına uygun şekilde işletilip işletilmediğinin; hizmet kusuru ya da başka bir nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının yargısal denetiminin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde “idari dava türleri” arasında sayılan “idari işlem ve eylemlerden dolayı zarara uğrayanlar tarafından açılacak tam yargı davası” kapsamında, idari yargı yerlerince yapılacağı açıktır...”*.

¹⁴ D8D, E.2014/7466, K.2015/1717, KT.: 11.3.2015, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): *“...Uyuşmazlık konusu olayda, lise öğrencisi olan davacının okul bahçesinde teneffüsü esnasında başka bir öğrencinin elindeki ajanda kapağı olarak tanımlanan mukavva parçasını rastgele fırlatması sonucu gözüne isabet etmesi neticesinde bir gözünde görme kaybı oluştuğu, davacının bir gözünde görme kaybına yol açan olayda mukavva fırlatan öğrencinin mukavva parçasını olay meydana gelmeden önce de birkaç kez rastgele fırlattığı; nöbetçi öğretmenin nöbet süresince görev yerinde bulunması halinde fark edilip önlenemeyecek bir olay iken, görev yerinde bulunmaması nedeniyle önlenemediği, olay sonrasında da ne nöbetçi öğretmenin olaya müdahale ettiğine ne de okul idaresinin olaydan haberdar edildiğine ilişkin tutulmuş bir tutanak olmadığı, okul idaresinin de bu durumu 20-25 gün sonra öğrendiğini belirttiği, olayın idarenin denetim ve gözetim görevinden kaynaklanan yükümlülüklerini tam anlamıyla yerine getirmemesi sonucu meydana geldiği, gözetim ve denetim görevini yerine getirmiş olsaydı olayın engellenebileceği anlaşılmaktadır. / Bu durumda, idarenin faaliyet alanı ile ilgili olarak önlemekle yükümlü olduğu halde önleyememesi nedeniyle oluştuğu anlaşılan mevcut zararın, hizmet kusuru kapsamında gerekli araştırmalar yapılarak davacıda oluşan görme kaybının oranının tespiti için adli tıbbı gönderilmesi ve sonrasında tazminat miktarlarının belirlenmesi adına bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle maddi ve manevi zararın mahkemece tazmin edilmesi gerekirken, idarenin hizmet ku-*

olayda ise, yine bir lise öğrencisinin sınıf arkadaşının gözüne kalem fırlatmasıyla bir gözde görme kaybı meydana gelmesinde idarenin üzerine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirmesine rağmen; kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nasafet kuralları gereği kusursuz sorumluluğu bulunduğu değerlendirilmesini yapmaktadır.¹⁵

Görülüyor ki, idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde, somut olayın özelliği önem arz etmekte olup, bu duruma göre sorumluluk esaslı değişiklik gösterebilmektedir. Yine, idarenin kamu hizmetinin sunumunda kusuru bulunmasa dahi, okulda meydana gelebilecek zararlardan dolayı, fiile ilişkin olarak öğretmen veya öğrenciden südür etme şeklinde bir ayrıma gidilmeksizin idarenin sorumlu tutulması hukukun genel ilkeleri ile nesafet kuralları kapsamında değerlendirilen bir hususiyettir.¹⁶

suru ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu olmadığı gerekçesiyle davayı reddetmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır...".

¹⁵ D8D, E.2014/4787, K.2015/1716, KT.:11.3.2015, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): "...Bakılan davada, dava konusu olaya ait bilgi ve belgelerin bir bütün olarak değerlendirilmesinden, gözüne isabet eden kalemle yaralanan davacıya ilk müdehalenin müdür yardımcısı tarafından yapıldığı ve annesine haber verildiği, acilen hastaneye seokinin sağlandığı görüldüğünden, tazminat istemine konu olan olaya ilişkin olarak davalı idarenin üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiği ve buna bağlı olarak hizmet kusurunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. / Ancak, idarenin gözetim sorumluluğu gereği, kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile öğrenci velisinin öğrenciyi okul idaresinin gözetim ve denetimine bıraktığı andan itibaren okulda ders saati içerisinde meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması ve meydana gelen zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmin edilmesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik, hakkaniyet ve nesafet ilkeleri gereğidir. / Bakılan davada, Ağrı İli X1 Lisesi 10/E sınıfı öğrencisi olan davacının, gözüne sınıf arkadaşının kalem atması sonucunda yaralandığı açık olup idarenin bu zararın oluşumunda doğrudan etkisi bulunmamakla birlikte, öğrencinin okul idaresinin gözetim ve denetiminde bulunduğu süre zarfında gerekli gözetim ve denetim görevini yapmaması nedeniyle meydana gelen olayda davalı idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararın tazmin sorumluluğu bulunmaktadır...".

¹⁶ D8D, E.2015/14517, K.2017/896, KT.: 16.2.2017, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): "...İdari hizmetlerin kuruluş ve işleyişindeki mevcut kusurlarından dolayı meydana gelen zararların idarece tazmini gerekeceği açıktır. Ayrıca, kamu hizmetlerinin görülmesi sırasında genel külfetler dışında fertlere ve ferdi mülkiyete verilen zararların, eylem ile doğan zarar arasında nedensellik bağının bulunması halinde, kusursuz sorumluluk esasına göre idarenin kusuru aranmaksızın idarelerce oluşan zararın karşılanması hukukun genel ilkeleri ve nesafet kuralları gereğidir. / ... / İdarenin kamu hizmetinin yerine getirilmesinde kusuru olmasa bile okulda meydana gelebilecek olan zararlardan sorumlu tutulması hukukun genel ilkeleri ile hak ve nesafet kuralları gereğidir. / Bu durumda, okul bahçesinde

Bu başlıkta üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, idarenin söz konusu zararlardan kaynaklı kusurlu veya kusursuz sorumluluğu bulunmasının yanında, bu sorumluluğunu kaldıran veya azaltan bir etkenin olayda mevcut olup olmadığı konusudur. Ebeveynlerin çocuğun himayesi, bakımı ve gözetimi, okula devamı gibi konulardaki yükümlülüğünü yerine getirmemesi meydana gelen zararda, Danıştay tarafından “müterafik kusur” olarak değerlendirilmekle, idarenin sorumluluğunu azaltan bir etkisinin olduğu kabul edilmektedir¹⁷. Bu yönüyle anne ve babanın da sorumlulukları oranında zarara katlanması gerekir.¹⁸

basketbol oynayan öğretmenin geri geri gitmek suretiyle davacı öğrenci ile çarpışması sonucu meydana gelen olay nedeniyle idarenin kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca zararı tazmin sorumluluğu olduğundan, maddi ve manevi tazminat isteminin reddine ilişkin Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir...”.

- ¹⁷ D10D, E.2013/3299, K.2016/1403, KT.: 15.3.2016, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): “...Okulda olması gereken saatte girilmesi yasak olan alana giren ve vagonun üzerine çıkmak suretiyle olaya sebebiyet veren K2 ile bulunan anne ve babanın idare mahkemesince alınan bilirkişi raporunda belirtildiği üzere olayda % 50 oranında müterafik kusuru bulunduğu kabul edilmektedir. Müterafik kusur (ortak kusur), zarara uğrayanın, zararın doğumuna veya zararın artmasına yardım (etki) etmesidir. Böyle bir durumda, zarara uğrayana ödenecek tazminat miktarları müterafik kusur oranında orantısız olarak azaltılmalıdır. / Buna göre, İdare Mahkemesince, meydana gelen maddi zararda kazazede ve ebeveynlerinin de davalı idare yanında % 50 oranında müterafik kusuru bulunduğu gözetilerek bir karar verilmesi ve maddi tazminat hesabının da bu durum nazara alınarak yapılması gerekirken, olayda tamamen idarenin kusuru olduğu kabul edilmek suretiyle maddi tazminat miktarının belirlenmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır...”. Aynı yönde bir başka karar için bkz.: D10D, E.2010/2573 K.2014/198, KT.:21.1.2014, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): “...İlköğretim 8. sınıf öğrencisi olan davacılarından olay tarihi itibarıyla 14 yaşındaki K2’in, ders saatinde arkadaşları K5 ve K6 ile birlikte okulun yakınında bulunan askeri güvenlik bölgesine girerek, burdan bazı askeri malzemeleri aldıkları, boş bir arazide sakladıkları, ertesi gün, bu hurda malzemeleri K5’in bidon ve torba içinde okula getirdiği, orada top oynayan davacılarından K2 ve diğer arkadaşlarıyla birlikte hurda malzemeleri satmak amacıyla hurdacıya götürdükleri, hurdacının kabul etmemesi üzerine anılan davacının çuvalın içinden çıkarttığı demir boruyu kaldırma vurduğu, lav roketinin motor parçası olan bu borunun patlaması sonucunda sağ bacağı ve sağ gözünü kaybettiği, bu olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle.../ Olay tarihi itibarıyla 14 yaşında olan, davacılarından K2’in, söz konusu hurda malzeme ile oynayarak patlamasına neden olduğu anlaşıldığından, olayın meydana gelmesinde gözetim ve denetim sorumluluğunu gereğince yerine getirmeyen anne ve babasının da kusuru bulunmaktadır. Bu nedenle, maddi tazminata hükmedilirken bilirkişi incelemesi sonucu hesaplanan maddi zarar üzerinden anne ve babanın müterafik kusurunun da dikkate alınması, gerekirse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gerekmektedir...”.

- ¹⁸ Anne ve babanın bakım ve gözetim yükümlülüğü, aile başkanının sorumluluğu bahsinde detaylı olarak izah edilmektedir.

Meydana gelen zarara salt üçüncü kişinin davranışı neden olmuşsa, bu zarardan idarenin sorumluluğunun kalktığı ve fakat ortaya çıkan zararda idare ile birlikte üçüncü kişinin davranışı iç içe geçmişse, bu durumda idare ile üçüncü kişi arasında sorumluluğun paylaşılması gerektiği değerlendirilmektedir.¹⁹ Bu sebepten ötürü, sorumluluğun nasıl paylaşılacağı belirsizdir. Bu anlamda, üçüncü kişilerin kusuru çok farklı biçimlerde meydana gelebildiği için bu hususta mutlak ölçüt koymanın yanı sıra, idari yargı içtihatlarını takip etmenin daha isabetli olacağı yönünde yaklaşım bulunmaktadır.²⁰ Nitekim, idare hukukunda müteselsilen sorumluluğun bulunmaması, idarenin ve üçüncü kişinin davranışı bakımından sorumluluk derecesinin tespit ve tayini konusunda hangi yargı yolunun görevli ve yetkili olduğu veya üçüncü kişinin idareye rücu etmesi gibi birtakım sorunlara da sebep olmaktadır.²¹

Öğretide zarar görenin, sorumlulukları oranında idare ve üçüncü kişi aleyhine dava açması, idareye açılan davanın idarî yargıda; üçüncü kişiye açılan davanın da adlî yargıda açılması gerektiği belirtilmekte olup, idare aleyhine açılan davada, idarenin belirli bir oranda sorumluluğa mahkûm edilmesi hâlinde, zarar görenin bakiye zararının tazmini için adlî yargıda üçüncü kişi aleyhine dava açması gerekeceği, bu durumda, adlî yargıda üçüncü kişinin kusursuz görülebileceği veya daha az kusurlu görülebileceği, hatta daha az veya hiç tazminata mahkûm edilmeyebileceği, sonuç olarak zarar görenin uğradığı zararı tazmin edememesi gibi adaletsiz bir neticenin ortaya çıkabileceği değerlendirilmesi bulunmaktadır.²² Nitekim, Danıştay'ın yukarıda belirttiğimiz “müterafık kusur” a ilişkin kararlarında, idare yanında anne babanın da yüzde elli oranında kusurlu olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, idarenin kusura dayanan sorumluluğunda üçüncü kişinin kusuru, idarenin sorumluluğunu azaltan “üçüncü kişinin kusuru” olarak değerlendirilmektedir.

¹⁹ GÖZLER, s. 1366-1367; ÖZAY, İl Han, *Günışığında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 877; ÇAĞLAYAN, s. 681-682. Aksi yönde bkz.: ULUSOY, s. 565.

²⁰ ÖZAY, s. 877.

²¹ ÇAĞLAYAN, s. 682-683.

²² VEDEL, Georges/DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, Cilt I, Paris, Presses universitaires de France, 1992, s. 619-620, (Nakleden: GÖZLER, s. 1367-1368).

Gözler, zarar görenin üçüncü kişi aleyhine adli yargıda tazminat davası açabileceğini, üçüncü kişinin zararını tazmin ettikten sonra idareye müracaat etmek suretiyle idarenin açıkça veya zımnen reddetmesi durumunda, tam yargı davası açarak rücu imkânının bulunduğu işaret etmektedir.²³

Kanaatimize göre, idarî yargıda idare aleyhine dava açılarak zararın tazmin gerçekleştirilmelidir. Bunun üzerine idare mahkemesi kararında belirtilen hususlarla birlikte varsa üçüncü kişinin kusuru bağlamında idare, üçüncü kişiye rücu edebilir. İdarenin açacağı rücu davası, adli yargıda özel hukuk hükümlerine göre (*örnek olarak TMK m.369, aile başkanının kusursuz sorumluluğu gibi*) gerçekleştirilecek olup, bu husus zarar görenin menfaatleri bakımından daha isabetlidir. Kaldı ki, üçüncü kişinin kusuru, idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemeyeceği için koşulların varlığı hâlinde, idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilerek idareden tazmin ettirilebileceği ve daha sonra üçüncü kişinin kusuru oranında idare tarafından adli yargıda özel hukuk hükümlerine dayanılarak rücu davası açılacaktır.²⁴ Aynı değerlendirmeyi idare hukukunda müteselsil sorumluluk kabul edilmediğinden idarenin kusur sorumluluğunda ne yazık ki yapabilmemiz olanaklı değildir. Ancak yukarıda belirtilen içtihatlar çerçevesinde idare pratiklerinde görüldüğü üzere, idare –kusurlu veya kusursuz olarak- sorumluluğu zarar gören lehine tazmin ettikten sonra, üçüncü kişinin zararın meydana gelmesinde bir etkisi varsa (*örneğin ev başkanının koruma, gözetme yükümlülüğünün ihlâli gibi*) rücu davası açabilecektir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, yatılı eğitim kurumlarında eğitim gören öğrencilerle ilgili uyuşmazlıklardaki içtihat farklılığıdır. Burada Yargıtay, öğrencinin verdiği zararlardan dolayı halihazırda ev başkanının sorumluluğunun da bulunduğu içtihadından saparak, yalnızca okul idaresinin sorumlu olduğuna işaret etmektedir.²⁵ Ev başkanı-

²³ GÖZLER, s. 1368.

²⁴ SANCAKDAR vd., s. 777.

²⁵ Yargıtay 4.HD, E. 2003/4678, K. 2003/10280, T. 18.9.2003, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): “Çocukların yatılı okumaları durumunda gözetim ve denetimin tamamen okul idaresine geçtiği durumlarda, aile başkanlığı görevinin okul idaresine geçtiği düşünülmelidir. Çünkü bu halde aile başkanının bakıp gözetmesi, devamlılık taşıyacak biçimde ortadan

nın sorumluluğu ile Yargıtay'ın uygulamasına ileriki başlıklarda detaylıca değinilmektedir.

B. Özel Hukuk Bakımından Sorumluluğun Kaynakları

Öğrencilerin birbirlerini yaralamaları durumunda idare hukuku haricinde özel hukuktan doğan tazminat sorumluluğu da gündeme gelmektedir. Özel hukuktan doğan sorumluluğun birden fazla sebebi olabilecektir. Genellikle bu tür öğrenciler reşit olmadıkları için ehliyetleri tam da değildir. Bu öğrencileri tam ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz olarak sınıflandırmak mümkündür. Türk-İsviçre hukukunda tam ehliyetsizlik açısından herhangi bir yaş sınırı öngörülmemiş olup; her bir somut olay açısından ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir²⁶. Ancak ister tam ehliyetsiz ister sınırlı ehliyetsiz olsun küçüğün davranışlarından özel hukuk anlamında sorumlulardan ilki TMK m. 369 kapsamında aile başkanıdır. Bunun haricinde, sınırlı ehliyetsiz statüsündeki küçüğün haksız

kalkmaktadır. Hâlbuki somut olayda, günün belirli saatlerinde okula giden çocuğun yetiştirilmesi, gözetilip denetlenmesi okul idaresine ait olmayıp, aile başkanının görevi içindedir. Diğer bir anlatımla bu gibi durumlarda, aile başkanlığı görevi kesintiye uğramamaktadır. Çocuğun günlük olarak yetiştirilmesi sürdürülmektedir. Böylece aile başkanlığı görevi yine babaya ait bulunmaktadır."

²⁶ AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt*, 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2016, s. 304; BGB § 104'e göre, yedi yaşını doldurmamayan küçüklerin mutlak bir şekilde fiil ehliyetinden yoksun olduğu düzenlenmiştir.

Çocuklarda ayırt etme gücüne ilişkin sabit yaş sınırı yoktur; tüm durumları (kararın göreceliği) dikkate alarak bireysel duruma bağlıdır. Örneğin, bazen, çocuğun gelişimine bağlı olarak, kibritlerle oynamak veya arabaları çizmek gibi basit hareketlerden sorumlu tutmak mümkün olabilir. Ancak karayollarında bir sorumluluk için daha yüksek yaş beklenmektedir. Ancak, sorumluluğa ilişkin kararın onanması tazminat için tam sorumluluk anlamına gelmez. Bazen olayda mevcut olan hafif ihmal gibi sebepler tazminatta indirim sebebi olabilir. Ayırt etme gücünden yoksun çocukların davranışları sonucunda hakkaniyet sorumluluğu (OR 54); ve ayrıca ev başkanının sorumluluğu gündeme (ZGB 333) gelebilir. Örneğin; 7 yaşında çocuğun yamaçtan taşları yuvarlaması; 6 yaşındaki çocuğun arkadaşının saçına dart atmak isterken gözüne gelmesi (ZR 56 Nr. 93); 7 yaşında çocuğun silâhla oynarken yaralaması gibi (BGE 43 II 205, 208) gibi olaylarda çocuk sorumlu tutulmamıştır. Ancak 9 yaşında bir çocuğun yoğun bir ana yoldan bisikletle durmadan geçmesi ve çarpması (BGE 111 II 89, 91); 9 yaşında çocukların Bengal kibriti ile oynaması sonucu ahır ateşe vermesi (BGE 100 II 332, 337); 12 yaşında bir öğrencinin henüz bağlanmamış ve bir fırtınada devrilmiş olan yüksek voltajlı bir direk somununu sökmesi (BGE 90 II 9, 12) hallerinde çocuk sorumlu tutulmuştur. Bkz. HEINRICH Honsel/BERNHARD Isenring/ MARTİN A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Auflage, 2013, s. 78.

fiil niteliğindeki bu tür yaralama fiillerinden sorumluluğu da tamdır. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler tam ehliyetsiz oldukları için bu tür haksız fiillerden sorumlu değildirler. Fakat bu tür durumlarda, TBK m. 65 kapsamında hakkaniyet sorumluluğu gündeme gelebilir²⁷. Ayrıca özel okul denilen kurumların özel okul sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinden birisi de öğrencilerin korunup kollanmasıdır. Bu sebeple, bir öğrencinin okulda yaralanması aynı zamanda sözleşmenin ihlâli niteliği taşımaktadır. İşte bu durumda ise yaralanma sonucunda ortaya çıkan zarardan özel okul sözleşmesel olarak sorumlu olacaktır.

1. Ev Başkanının (Kanundan Doğan) Sorumluluğu

a. Ev Başkanı Kavramı

Aile, bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında birlikte yaşayan kimselerden oluşmuş insan topluluğunu ifade eder.²⁸ Aile terimi, Türk Medeni Kanunu'nda üç farklı türde kullanılmaktadır:²⁹ Dar aile (evlilik birliği) (TMK m.185), geniş aile (soybağı birliği) (TMK m.282) ve büyük aile (ev düzeni birliği) (TMK m.367). TMK'nin 367 ilâ 371. maddelerinde "*ev düzeni*"ne ilişkin hükümler bulunmakta olup, burada büyük aile düzenlenmektedir.³⁰ Dar aile düzeninde yalnızca eşlerden oluşan birlik anlatıldığı için ev başkanı burada bulunmaz.³¹

Ev başkanı kavramı kanunkoyucu tarafından tanımlanmamış olup; ancak kanundaki düzenlemeden bir sınırlama çıkarılması mümkündür³². TMK m.367/1 gereğince, "*aile hâlinde yaşayan birden çok kimse- nin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfe göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur*". Buna göre ev başkanı sıfatı, kanundan, sözleşmeden veya örf ve âdet kurallarından kaynaklanabil-

²⁷ TANDOĞAN, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961, s. 59; EREN, s. 636.

²⁸ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s. 454.

²⁹ ÜNAL, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:450, Ankara, 1979, s. 40-41.

³⁰ GENÇCAN, Ömer Uğur, *Aile Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2011, s. 1668; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 454.

³¹ GENÇCAN, s. 1669.

³² JEAN-PIERRE ve PASCAL., s. 43.

mektedir. Ayrıca evlilik devam ettiği sürece kural olarak ev başkanlığı sıfatı, anne ve babaya birlikte aittir.³³ Nitekim, bu anlamda ev başkanlarının müteselsil sorumluluğu gündeme gelmektedir.³⁴

Devam eden hükümlerde ev başkanının haiz olduğu hak, yükümlülükler ve sorumluluğu bulunduğu gibi, ev düzenine tâbi olanların da birtakım hak ve yükümlülükleri mevcuttur. Nitekim ev başkanının evin düzen ve disiplinini sağlamak üzere gerekli gördüğü emir ve buyruklarda bulunma hakkı vardır. TMK m.368 gereği ev başkanının “evin düzenini sağlama”³⁵, “eşyasını koruma”³⁶, “gözetimini yapma”³⁷ ve “ödemeleri yapma”³⁸ gibi görevleri söz konusudur. Ayrıca TMK m.369/1 gereği, “ev başkanı, ev halkından olan küçüğün, kısıtlının akıl hastalığı veya akıl zayıflığı

³³ Yargıtay 4.HD, E. 2009/8959, K. 2010/4588, T. 19.4.2010, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): “...Evlilik devam ettiği sürece velayet hakkını birlikte kullanacakları Medeni Yasa'nın 336/1. maddesinde belirtilen ana ve baba; aynı Yasa'nın 342/1. maddesi gereğince, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisi olduklarından, küçüğün başkalarına verdiği zarardan dolayı yine aynı Yasa'nın 369. maddesi gereğince aile başkanı olarak sorumludurlar.”

Ev başkanı gerçek veya tüzel kişi olabilir. Ev başkanının talimatı altındaki dadı, bebek bakıcısı gibi yardımcı kişilerden de ev başkanı sorumlu olabilir. Bkz. ISABELLE WILDHABER, Kommentierung zu Art. 331-333 ZGB, in: Heinrich Hon-sell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB I, Art. 1 456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, s. 1883.

³⁴ JEAN-PIERRE ve PASCAL., s. 43; RODOSLU, Emine Koçano, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, AÜHFD, 63(4), 2014, s. 896.

³⁵ JEAN-PIERRE ve PASCAL., s. 43; WILDHABER, s. 1878; Evin düzenini sağlama konusunda ev başkanının sahip olduğu yetkilere yemek, uyku, çalışma, eve geliş, arkadaş toplantısı ve gezinti saatleri belirleme gibi örnekler verilebilir. Bu noktada ev halkından her bir kimsenin yararının âdil biçimde gözetilmesi esastır. GENÇCAN, s. 1673.

³⁶ JEAN-PIERRE ve PASCAL., s. 43; Ev başkanı, evde birlikte yaşayanların eşyasını özenle korumak ve güvenlik altında bulundurmakla yükümlüdür. GENÇCAN, s. 1672.

³⁷ JEAN-PIERRE ve PASCAL., s. 44; Ev başkanı, ev halkından küçüğün, kısıtlının, akıl hastasının ve akıl zayıflığı olanın verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe sorumlu olduğundan bu konuda gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. GENÇCAN, s. 1672-1674.

³⁸ Ev başkanı, ev halkından küçüğün, kısıtlının, akıl hastasının ve akıl zayıflığı olanın verdiği zarardan esasen sorumlu olup, oluşan zarara karşılık uygun bir bedel ödemekle yükümlüdür. GENÇCAN, s. 1674.

bulunan kişinin verdiği zarardan... sorumludur". Bu durum, ev başkanının kanundan kaynaklanan kusursuz sorumluluğu şeklinde ifade edilmekte olup³⁹, çalışma bağlamındaki ilgisi Yargıtay uygulaması ile ortaya konulacaktır. Bu itibarla ev başkanının sorumluluğunda kanunda öngörülen kişi tarafından gerçekleştirilen davranış ile başkasına zarar verilmeli ve bu zararlar davranış arasında illiyet bağı bulunması ve son olarak da kurtuluş beyyinesine yer verilmemiş olması gerekmektedir.⁴⁰

Yargıtay'ın bir kararında aile başkanlığı kavramı, aile halinde birlikte yaşayanların idaresi, aile üyeleri arasında bir düzenin kurulması ve bunların yararına olarak birliğin korunması gibi anlamları taşımakta olup, müessese ile getirilen asıl amacın, gözetime muhtaç aile üyelerine karşı zarara uğramış olan üçüncü kişileri de korumak olduğu belirtilmektedir.⁴¹

Kamu makamları, özel hukuka tâbi bir faaliyette bulunursa ev başkanının sorumluluğuna gidilir. Ancak cezaevleri, devlet hastaneleri ve devlet okullarında kamu hukuku yükümlülüğünden başka faaliyet yoktur. Bu sebeple, yükümlülük ev başkanları olan ebeveynler üzerinde kalır⁴².

b. Ev Başkanı Kavramının Velâyet ve Vesayetten Farkı

Veli, vasi ve ev başkanlığı aynı şeyler değildir. Velâyete, velinin sadece küçük çocukları tâbidir. Vesayete ise velisi olmayan küçükler ile kısıtlama altına alınan erginler tâbidir. Ancak ev başkanlığına, ister küçük veya ergin olsun ister henüz kısıtlama altına alınmamış akıl hastası

³⁹ JEAN-PIERRE ve PASCAL., s. 43; WILDHABER, 1878; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 456; KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 670-671.

⁴⁰ GENÇCAN, s. 1674; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 456-457; RODOSLU, s. 882.

⁴¹ Yargıtay 3.HD, 16.04.2015, E.2014/13740, K.2015/6426, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019). İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında ev başkanının, ev halkı üzerinde otoritesi ile üzerinde iradesine üstünlük tanınan kimsenin bu pozisyonundan dolayı ev halkından gözetime ihtiyacı olan kimselerin davranışlarından ZGB Art. 333e göre sorumlu olan kimse olduğu belirtilmiştir. BGE 71 II 63 E. 1. Bkz. JEAN-PIERRE ve PASCAL., s. 43.

⁴² JEAN-PIERRE ve PASCAL., s. 40. İsviçre Medeni Kanununda (ZGB Art. 333), ev başkanının üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı kamunun sorumluluğu hariç tutulmuştur. Ancak kamu hukukuna göre devletin sorumluluğu ölçütlerine dayalı olarak ayrıca bir sorumluluk hali de oluşabilir.

veya zayıfı kimseler olsun isterse de hısım veya yabancı olsun aile halinde bir arada yaşayan kimselerin tamamı tâbidir. Bu itibarla ev başkanlığına tabi olanların çevresi, velayet veya vesayete oranla daha geniştir.

Bu yönüyle velâyet, anne-baba ile çocuk arasındaki ilişki çerçevesinde kanunî temeli bulunan bir hak olup vesayet ise, mahkeme kararı neticesinde talep edene tanınan hukukî bir yetkidir. Vesayet altına alınanla ilgili bu yetki, kimi hususlarda hâkimin onayına bağlı olup kimi hususlarda ise vasinin takdirindedir. Ev başkanlığı, TMK m.367 gereği kanundan, sözleşmeden veya örf ve âdet kurallarından kaynaklanabilmektedir.

Görüldüğü üzere velâyet ve vesayet ile ev başkanının sahip olduğu hak ve yetkilerin süjesi konumundaki kişilerin kapsamına yönelik olarak farklar bulunmaktadır. Velâyetin kapsamı, velâyet altında olan küçükler ile kısıtlanan erginler iken; vesayet genellikle kısıtlanan erginler ile istisnâen küçükler üzerinde olup, ev başkanına tâbi olan kişiler bakımından ise daha geniştir.⁴³

Ev başkanı, denetim ve gözetim altında bulundurmakla yükümlü olduğu ev halkından olan küçüğün, kısıtlının akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişinin üçüncü kişilere verdiği zararlardan kusursuz olarak sorumludur. Ancak veli ve vasinin hukukî sorumluluğu, kusur sorumluluğudur.⁴⁴ Nitekim velâyet, vesayet ve ev başkanlığında kanunî bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan sözleşme dışı sorumluluk bulunmakta olup vasinin sorumluluğu, diğerlerine göre daha özeldir.⁴⁵

c. Ev Başkanının Sorumluluğu ve Yargıtay Uygulaması

aa. Ev Başkanının Sorumluluğu

İlk ve orta dereceli okullarda öğrencilerin birbirlerine verdikleri zararlarda sorumluluk esaslarından birisi de, ev başkanının kusursuz sorumluluğudur. Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımından bahsetme-

⁴³ İBİŞ, Funda, *Ev Başkanının Hukuki Sorumluluğu*, Yayınlanmamış YL Tezi, DEÜSBE, 2016, s. 55.

⁴⁴ ÜNAL, Aile Başkanı, s. 26; İBİŞ, s. 57-58; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 456-457.

⁴⁵ JEAN-PIERRE/PASCAL., s. 39; ÜNAL, Aile Başkanı, s. 26.

den evvel, kısaca bu sorumluluğa değinilmek gerekir. TMK m.369'a göre ev başkanı, ev düzenine tâbi olan küçüğün, kısıtlının, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunanın başkalarına verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmektedir. Buradaki sorumluluk, kanuna dayanan kusursuz sorumluluk hali olup, çoğunlukla sebep sorumluluğu veya objektif sorumluluk olarak da nitelendirilmektedir.⁴⁶

Aile başkanının, gözetimi altındaki kişilerin üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluğu düzenlemesi adam çalıştıranın veya hayvan tutucusunun sorumluluğuna benzemektedir.⁴⁷ TMK. m. 369'a göre aile başkanının sorumlu olabilmesi için hakimiyeti altındaki kişinin hukuka aykırı bir davranışla üçüncü kişiye zarar vermesi gerekmektedir. Yani ev başkanı, sorumlu olduğu kişilerin üçüncü kişilere karşı haksız fiilinden mesuldür.⁴⁸ Üçüncü kişilere karşı sözleşmeden doğan zararlardan ev başkanı sorumlu tutulmaz.⁴⁹

Ev başkanının sorumluluğunun genel ve özel şartları vardır. Buna göre, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık, ev başkanının sorumluluğunun genel şartıdır.⁵⁰ Ev başkanlığı ilişkisi, gözetime muhtaç kim-
senin fiili ve kurtuluş beyyinesi getirilememesi ise, sorumluluğunun özel şartıdır.⁵¹

⁴⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 456.

⁴⁷ JEAN-PIERRE/ PASCAL., s. 41, EREN, s. 662; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 456-457.

⁴⁸ Yargıtay'ın aşağıdaki kararı, hukuka aykırı davranışa örnek oluşturması bakımından ilgi çekicidir: "Ev başkanının sorumluluğunun ilk şartı, gözetime muhtaç bir aile üyesinin zararlı bir davranışta bulunmasıdır. Zararlı davranış olumlu hareketlerle olabileceği gibi olumsuz hareketlerle de yaratılır. Olumsuz davranış, başkasını zarardan korumak için bir harekette bulunmak yükümlülüğünün mevcut olmasına rağmen böyle bir davranışta bulunulmadığı zaman söz konusu olur. Bununla birlikte, zararlı davranışlar içinde en çok görüleni olumsuz davranışlardır. Bunlara uygulamada çok çeşitli örnekler verilebilir. Örneğin, oyun sırasında sopa veya dikenli dalla arkadaşına vurmak, taş, kartopu, kağıttan uçak, silgi, ok ve cam gibi cisimler atmak, bıçakla yaralamak, ateşli silahlarla veya oyuncak tabanca ile oynamak, tüfek veya tabanca ile ateş etmek, bir araçla çarpmak, yangın çıkarmak, ırza geçmek ve hırsızlık yapmak gibi eylemlerde durum böyledir." Yargıtay 4HD, 9.12.2003, E.2003/4661, K.2003/14392, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019).

⁴⁹ ÖZTAN, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 1228.

⁵⁰ JEAN-PIERRE/ PASCAL., s. 43 vd; EREN, s. 663-664.

⁵¹ JEAN-PIERRE/ PASCAL., s. 41 vd.; EREN, s. 664.

Ev başkanlığı ilişkisinin varlığı için sosyal unsur ile bağımlılık unsuru birlikte yer almalıdır. Sosyal unsur, iki veya daha çok kişinin ortak bir ev yönetimi içinde birlikte yaşamasını ifade etmektedir. Ancak, bağımlılık unsuru, aynı ev içinde yaşayan kişiler arasında bir altlık-üstlük ilişkisi bulunmasıdır.⁵² Aynı ev içinde bireyler arasında bir altlık-üstlük ilişkisi yoksa, burada bağımlılık unsuru bulunmadığından ev başkanlığından söz edilmesi mümkün olmamaktadır. Nitekim, üç öğrencinin bir ev içinde bir arada yaşaması örneğinde ev başkanı bulunmamaktadır.⁵³

Özel şartlardan ikincisi, zarara küçüğün, kısıtlının, akıl hastasının veya akıl zayıflığı bulunanın fiili sebep olmalıdır. Bu noktada, anılan kişilerin fiilinin kusurlu veya kusursuz olmasının herhangi bir önemi bulunmamakta olup, bu şartın gerçekleşmesi için hukuka aykırı bir davranış yeterlidir.⁵⁴

Son özel şart ise, kurtuluş beyyinesi getirilememesidir. Yukarıdaki şartlar mevcut ise esasen ev başkanının sorumluluğu bulunmaktadır. Bu durumda Kanun, özen (gözetim) yükümlülüğünün ihlâl edildiğini varsaymakta olup, ev başkanının sorumluluktan kurtulabilmesi için bir kurtuluş kanıtı getirmesini öngörmektedir. Buna göre, ev başkanı, TMK m.369/1'e göre alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği özen ve gözetim ödevini yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir.⁵⁵ Ev başkanının göstermekle yükümlü olduğu özen ve gözetim yükümlülüğü objektif olarak değerlendirilerek, aynı çevre ve kategorideki makul ve dürüst kişilerin aynı şartlarda gösterecekleri özen ve gözetim ölçüsü esas alınmalıdır.⁵⁶ Ancak kurtuluş beyyinesine ilişkin konu ve şahıs sınırlaması bulunmaktadır. Buna göre,

⁵² JEAN-PIERRE/ PASCAL., s. 43; ÜNAL, Aile Başkanı, s. 106, 109; EREN, s. 664-665; RODOSLU, s. 889; KILIÇOĞLU, s. 671; ÖZTAN, s. 1221-1222; ARBEK, Ömer, *Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk, Yetkin*, Ankara, 2007, s. 63-65.

⁵³ JEAN-PIERRE/ PASCAL., s. 41; EREN, s. 665; ARBEK, s. 63-65.

⁵⁴ ÜNAL, Aile Başkanı, s. 109-112; KILIÇOĞLU, s. 672-673; ÖZTAN, s. 1230; ARBEK, 65-66.

⁵⁵ JEAN-PIERRE/ PASCAL., s. 42; ÜNAL, Aile Başkanı, s. 119-120; EREN, s. 667; RODOSLU, s. 892-894; KILIÇOĞLU, s. 673-675; ÖZTAN, s. 1230-1232; ARBEK, s. 66-70.

⁵⁶ JEAN-PIERRE/ PASCAL., s. 41; EREN, s. 667.

- *Konu bakımından sınırlama*: TMK m. 369'daki sorumluluğun konusu, aile üyesinin üçüncü kişilere sözleşme dışında verdiği zararlardan oluşur. Sözleşmeden doğan zararlar bu maddeye dâhil değildir.⁵⁷

- *Şahıs bakımından sınırlama*: Aile başkanının sorumluluğu şahıs bakımından da sınırlıdır. Çünkü aile başkanı tüm aile üyelerinin üçüncü kişilere verdiği zararlardan değil, sadece küçük, akıl hastası ya da zayıf ve kısıtlılardan sorumludur⁵⁸.

Tüm bunlardan da anlaşıldığı üzere aile başkanının sorumluluğu, şahıs ve konu bakımından sınırlı bir olağan sebep sorumluluğu olup, kusurun varlığı önemli değildir.⁵⁹ Kusurun varlığı salt olarak kurtuluş beyyinesinin ortaya çıkarılıp çıkarılmamasında gündeme gelen bir durumdur. Ev başkanı, somut olay karşısında kurtuluş beyyinesine dayanarak sorumluluktan kurtulabilmektedir. Örnek olarak, velâyete tâbi küçüğün okul arkadaşına zarar vermesi durumunda zararın, küçüğün arkadaşının kendisine karşı ağır tahrik oluşturan haksız bir eylemi sebebiyle oluşması durumunda, ev başkanının bu durumu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmesi olanaklıdır.⁶⁰

bb. Yargıtay Uygulaması

Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımını verdiği kararlar ışığında irdelemek gerekmektedir:

→ İlk olayda, on dört yaşındaki küçük, babasına ait olan ruhsatsız tabanca ile arkadaşını ayağından yaraladığından yerel mahkeme, babanın kusurunun bulunmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Yargıtay ise, kusursuz sorumluluğun bulunduğunu ifade ederek kararı bozmuş-

⁵⁷ ÖZTAN, s. 1228.

⁵⁸ JEAN-PIERRE/ PASCAL., s. 40; KILIÇOĞLU, s. 672; ÖZTAN, s. 1229.

⁵⁹ KILIÇOĞLU, s. 670.

⁶⁰ KILIÇOĞLU, s. 675. Yazarın konuya ilişkin olarak verdiği benzer örneği şu şekildedir: Psikolojik rahatsızlığı bulunan küçüğü tedavi amaçlı olarak tedavi kurumuna götüren baba, bu kurumun gerekli tedavileri yapmadığını veya yanlış tıbbi tedavi uyguladığını ve bunun sonucunda küçüğün sorunlarının arttığını ve zarar gördüğünü ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

tur. Reşit olmayan bir kişinin eğitim ve yetiştirilmesi kural olarak aileye aittir.⁶¹

→ Zarar verenin eylemli olarak evin mensubu olmaktan çıktığı, aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği durumlarda, ev başkanının sorumluluğunun sona erdiği ve zarar verenin tekrar evin mensubu haline geldiği ana kadar ortadan kalkacağı ve bağımlılık ilişkisinin hangi hallerde kesileceği, uyuşmazlığı doğuran her somut olayın kendi özellikleri çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Örneğin, akıl zayıflığı taşıyan birinin sağlık kurumuna yatırıldığı veya bir öğrencinin yatılı okula alındığı hallerde, ev başkanı ile aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesilmiş sayılması gerektiğinde öğreti ve Yargıtay kararlarında görüş birliği vardır. Buna karşılık, somut olayda olduğu gibi yatılı olmayan, öğrencilerin sadece günün belirli saatlerinde öğrenim gördükleri eğitim kurumlarında geçen süre bakımından, ev başkanını ile zarar veren arasındaki bağımlılık ilişkisinin kesilip kesilmeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu nitelikteki bir eğitim kurumunda, ev başkanı ve baba durumundaki davalının, teneffüs dahil, okul saatleri içerisinde fiilen küçüğün yanında olmasına hem eğitim ilkeleri açısından ve hem de eylemli olarak olanak bulunmaması karşısında, bağımlılık ilişkisinin kesildiği ve küçüğün, öğrencilik sıfatıyla tamamen okul idaresinin gözetimi altına girdiği, ona bağımlı halde bulunduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla, somut olayda, davalı ile küçük kızı arasında, olayın meydana geldiği yer ve zaman itibarıyla, bir bağımlılık ilişkisinden söz edilemez; davalının böylesi bir ilişkiden kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olamaz. Ne var ki, ev başkanı salt bu sıfatından dolayı, eğer somut olayın özellikleri onu gerektiriyorsa, küçüğün kendisiyle aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kesildiği yer ve zamanlardaki davranışlarının sonuçlarından dahi sorumlu tutulabilir.

⁶¹ Yargıtay 4HD, 24.6.2003, E.2003/3597, K.2003/8285, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019).: "...Bu konu MK.nun 369. maddesinde düzenlenmiş olup aile başkanının bu konudaki sorumluluğu belirtilmiştir. **Bu sorumluluk için ana ilke; aile başkanının özen ve gözetim ödevini yapmamasıdır.** Somut olayda davalı küçüğün gerçekleştirdiği eylem onun aile başkanı tarafından tehlikeli ve hukuka aykırı şeyler yapmaktan uzak tutulmadığını kendisine bu konuda gerekli bilgi verilip aydınlatılmamış olduğunu göstermektedir. Mahkemece aile başkanı sıfatıyla davalı babanın sorumlu tutulması gerekir...".

Nitekim bu duruma örnek kabilinden verilebilecek bir olayda, ilköğretim 4. sınıf öğrencisi olan küçük, sınıf arkadaşının gözüne cam kırığı atmak suretiyle gözünün zarar görmesine neden olmuştur. Zarar gören küçüğün babası, idare mahkemesinde okul aleyhine açtığı tam yargı davasını kazanmıştır. Bunun üzerine Millî Eğitim Bakanlığı, zarar veren küçüğün babasına rücuhan tahsil amacıyla dava açmıştır. Davalı baba cevap dilekçesinde, okula kızını göndermekle onun üzerindeki gözetim ilişkisinin sona ereceğini, bu ilişkinin okul idaresine geçeceğini ve okul idaresinin de zaten sorumlu kişi olarak tazminatı ödemesi gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkeme, olayın okulların açık olduğu bir zamanda, Millî Eğitim Bakanlığı'nın sorumluluğu altındaki bir yerde meydana geldiği; çocuğunu okula gönderip idareye teslim eden davalının okul saatleri içinde başka bir tedbir almasının mümkün bulunmadığı, Medeni Kanun'un 369/1. maddesi gereğince alışılmış şekilde çocuğunu gözetim altında tuttuğu açıkça anlaşılan ev başkanı davalının bir kusurundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Ancak, Yargıtay söz konusu kararında bağımlılık ilişkisi kesilse bile aile başkanının sırf çocuğun yaşı itibarıyla bazı şeyleri zaten öğretmesi gerektiğini düşünmüş ve babayı haksız görmüştür.⁶²

→ Yatılı okulda eğitim gören öğrencilerle ilgili olarak ise, Yargıtay'ın içtihadı oldukça farklıdır. Bu durumda, öğrencinin verdiği zarardan dolayı ev başkanının sorumluluğu bulunmamakta olup yalnızca okul idaresinin sorumlu olduğuna işaret edilmektedir.⁶³ Nitekim, bu

⁶² YHGK, 8.12.2004, E.2004/4-642, K.2004/648, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019). İsviçre Hukukunda OR Art. 61 kapsamında kamu görevlilerinin veya çalışanların resmî görevlerini yerine getirdikleri sırada neden oldukları zararlara ilişkin çalışanların sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre çalışanlar koşulların gerektirdiği ölçüde özen ve denetim yükümlülüğünü ihlâl etmeleri halinde sorumludurlar. Ancak öğretmenler, ZGB Art. 33 maddesi kapsamında aile başkanının hükümlerine göre sorumlu tutulamaz. Öğretmenler kendi çocuklarının ev başkanı olup; öğrencilerin aile başkanı değildir. Bkz. Kuoni, A., Über die Haftung der Bündner Lehrer und ihr Versicherungsbedürfnis, Jahresbericht des Bündnerischen Lehrervereins, 31 (1913), s. 24, <http://doi.org/10.5169/seals-146257>.

⁶³ Yargıtay 4.HD, E. 2003/4678, K. 2003/10280, T. 18.9.2003, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019).: "Çocukların yatılı okumaları durumunda gözetim ve denetimin tamamen okul idaresine geçtiği durumlarda, aile başkanlığı görevinin okul idaresine geçtiği düşünülmelidir. Çünkü bu halde aile başkanının bakıp gözetmesi, devamlılık taşıyacak biçimde ortadan kalkmaktadır. Halbuki somut olayda, günün belirli saatlerinde okula giden çocuğun yetişti-

hususla ev başkanlığı otoritesinin tespiti için yatılı okula teslim anının her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.⁶⁴

→ Yargıtay, ev başkanının hukukî sorumluluğuna ilişkin olarak açılan tazminat davalarında, görüm ve çözüm yerinin aile mahkemesi olduğu konusunda istikrarlı kararlar vermektedir.⁶⁵

2. Öğrencinin (Haksız Fiilden) Şahsi Sorumluluğu

Özel hukuktan kaynaklanan sorumluluk kaynakları bakımından öğrencilerin (sınırlı ehliyetliler ile tam ehliyetlilerin) haksız fiil sorumluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu yönüyle, öğrenci terimini hatırlamakta fayda bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere bu çalışmanın konusu ilk ve orta derece okullardaki öğrencileri kapsamaktadır. Buna göre, ilk ve orta dereceli okullar, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 18. maddesinden hareketle, genel

rilmesi, gözetilip denetlenmesi okul idaresine ait olmayıp, aile başkanının görevi içindedir. Diğer bir anlatımla bu gibi durumlarda, aile başkanlığı görevi kesintiye uğramamaktadır. Çocuğun günlük olarak yetiştirilmesi sürdürülmektedir. Böylece aile başkanlığı görevi yine babaya ait bulunmaktadır."

⁶⁴ RODOSLU, s. 887. Yazara göre, yatılı okula teslim edilen öğrenci ile okul müdürü arasındaki ev başkanlığı ilişkisi öğrencinin okula bırakıldığı anda başlar. Yatılı okulda iken, küçüğün bir zararın meydana gelmesine sebebiyet vermesi halinde okul müdürü ev başkanı olarak sorumlu tutulmalıdır.

⁶⁵ Yargıtay 3HD, 13.3.2017, E.2015/17779, K.2017/2977, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): "...Uyuşmazlık, velayet altındaki küçüğün, üçüncü kişilere zarar vermesi halinde bu zararın tazmini için açılan maddi ve manevi tazminat davasında hangi mahkemenin görevli olduğu noktasında toplanmaktadır... / ...Ev başkanının sorumluluğu yasal dayanağını Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukukunu düzenleyen ikinci kitabında yer alan 369. maddeden almakta; aynı zamanda hukuksal nitelikçe de aile hukuku hükümleriyle sıkı sıkıya bağlantılı bulunmaktadır... / ...Hal böyle olunca mahkemece, yukarıda ifade edilen yasa hükümleri ve açıklamalar dikkate alınmak suretiyle davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılıp sonuçlandırılması gerektiğinin gözetilmesi bu kapsamda öncelikle ayrı Aile Mahkemesi varsa dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine, yoksa, davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakılması gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir...". Aynı yönde karar için bkz.: Yargıtay 4HD, 24.5.2011, E.2010/6405, K.2011/5864, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019). YHGK, 20.2.2008, E. 2008/4-153, K. 2008/139, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019); Yargıtay 4. HD, 26.10.2007, E. 2006/13162, K. 2007/13037, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019); Yargıtay 4.HD, 18.9.2008, E.2008/3880, K.2008/10515, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019); Yargıtay 4. HD, 18.9.2008, E.2008/3880, K.2008/10515, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019); Yargıtay 19.10.2009, 3HD, E. 2009/14239, K. 2009/16080, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019); Yargıtay 4.HD, 28.9.2009, E.2008/14387, K.2009/10221, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019).

olarak yükseköğretim dışında kalan okul öncesi öğretim, ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarıdır. Bahsedilen kurumlardaki öğrenciler inceleneceğine göre, bu kurumlara kayıt, bu kurumlardan faydalanma hakkı ve yaş şartının belirlenmesi, öğrencilerin fiil ehliyeti⁶⁶ yönünden farklı haksız fiil sorumluluklarının kapsamına dahil edileceğini ortaya koyacaktır.

Bu bakımdan METK m.19'a göre okul öncesi eğitim, "*mecburi ilköğrenim çağı*"⁶⁷na gelmemiş çocukların eğitimini kapsamakta olup, isteğe bağlıdır. İlköğretimdeki öğrencilerin ise, METK m.22 ve 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca, ilköğretim çağı 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsamı altına aldığı görülmektedir. Ortaöğretime tâbi öğrencilerde ise, asgari veya azami bir yaş koşulu bulunmamakla birlikte, METK m.27 uyarınca ortaöğretimden yararlanma hakkı, "*İlköğretimini tamamlayan ve ortaöğretime girmeye hak kazanmış olan her öğrenci, ortaöğretime devam etmek ve ortaöğretim imkanlarından ilgi, istidat ve kabiliyetleri ölçüsünde yararlanmak hakkına sahiptir.*" şeklinde ifade edilmektedir. Burada da yine çalışmamız kapsamında değerlendirmeye aldığımız kişiler, erginliğini henüz elde etmemiş olan öğrencilerdir. Zira, bunların fiil ehliyeti yönünden tabi oldukları birtakım özellikler nedeniyle verecekleri zarardan kimin ve ne ölçüde sorumlu olacağının belirlenmesi önem arz etmektedir.

İlk olarak kısaca haksız fiil sorumluluğunu inceleyelim. TBK m.49'a göre, "*(1) Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. (2) Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*". Haksız fiil sorumluluğunun bu hükümden ha-

⁶⁶ Türk medeni hukukunda fiil ehliyeti, kişinin özel hukuktan doğan hakları bizzat kullanmak ve kendi fiilleriyle kendi leh veya aleyhine özel hukuk tarafından düzenlenen hak ve borçları yaratma iktidarı olarak tarif edilmektedir. Bkz, AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, s. 282; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, 20. Baskı, s. 47.

⁶⁷ Mecburi ilköğretim çağı, **222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 3. maddesi ile 1789 sayılı METK'nin 22. maddesine göre**, "*Mecburi ilköğretim çağı, 6-14 yaş grubundaki çocukları kapsar. İlkokulların birinci sınıflarına o yılın 31 Aralık tarihinde 72 ayını dolduran çocukların kaydı yapılır. Ancak çocuğun gelişim durumuna bağlı olarak okula erken başlaması veya kaydının ertelenmesi ile ilgili hususlar yönetmelikle düzenlenir.*".

rekette unsurları, hukuka aykırı bir davranış, zarar, uygun illiyet bağı ve kusur olarak ortaya konulabilir. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğu, bir kusur sorumluluğu olduğu için TBK m.49'a göre bir kişinin hukuka aykırı olan eylemlerinden sorumluluğunda esas, kusur şartıdır. Kusur için ayırt etme gücünün mevcudiyetine bakılması gerekir.

Çocuklar akit dışı vermiş oldukları zararlardan dolayı kendileri de sorumlu tutulabilir. Nitekim, belirli bir bilinç seviyesini haiz olan veya haksız fiil ehliyeti bulunan küçüklerin, kusurlu davranışlarından sorumlu tutulmaları kusur sorumluluğunun gereğidir⁶⁸.

Tam ehliyetsizler bakımından haksız fiil sorumluluğunda, tam ehliyetsizlerin ayırt etme gücü bulunmadığı için kusurlarından bahsedilebilmesi esasen mümkün olmayıp, tam ehliyetsizlerin haksız fiil sorumluluğunun bulunmadığı değerlendirilmektedir.⁶⁹ Ancak bu ana kuralın birtakım istisnaları bulunmakta olup, bunlardan biri kusursuz sorumluluk hâlleri⁷⁰, bir diğeri hakkaniyet sorumluluğu ve son olarak da kişinin kendi kusuruyla geçici veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlidir⁷¹.

Sınırlı ehliyetsizlerin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin açık düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, TMK m.16/2'ye göre, "*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar.*". Bu yönüyle, sınırlı ehliyetsizler ayırt etme gücüne sahip olduğundan dolayı hukuka aykırı eyleminden kaynaklanan zararlardan sorumlu olacaktır. Nitekim, sınırlı ehliyetsizlerin haksız fiillerinden sorumluluğu, ayırt etme gücüne sahip olmalarının doğal ve hukukî sonucu olarak değerlendirilmektedir.⁷²

Sonuç olarak, öğrenciler açısından ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları konusunda sabit bir yaş sınırı bulunmamaktadır. Türk-

⁶⁸ ARBEK, s. 45.

⁶⁹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 75; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 305.

⁷⁰ Öğretilde tam ehliyetsizlerin haksız fiil sorumluluğunun bulunmadığını belirtmekle birlikte, üçüncü kişilere karşı verilen zararların TMK m.369'daki koşulların sağlanmasıyla, ev başkanının sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 305.

⁷¹ HEİNRİCH / BERNHARD/ MARTİN, s. 78; DURAL ve ÖĞÜZ, s. 75-76.

⁷² AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 333.

İsviçre Hukukunda kanunkoyucu yaş küçüklüğünü ayırt etme gücünden yoksunluk sebeplerinden biri olarak saymıştır (TMK m. 14); ancak bir yaş belirtmemiştir. Somut olayın özelliklerine göre, ilkokul öğrencisi de ayırt etme gücüne sahip küçük olarak haksız fiillerinden dolayı sorumlu olabilir. Şüphesiz ki; lise öğrencileri yaşları göz önüne alındığında ayırt etme gücüne sahip küçükler olarak sınırlı ehliyetsiz kategorisinde olup; haksız fiillerinden dolayı sorumludurlar. Bu sebeple, onsekiz yaşını doldurmamış küçükler geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Doğduğu andan kreş, ilkokul, orta okul, lise ve dengi okullar boyunca hukuken küçük olarak adlandırılan bu kimseler açısından ayırt etme gücüne sahip olup olmadıkları her bir olay açısından ayrı ayrı tespit edilmelidir⁷³.

3. Özel Okulların (Sözleşmeden Kaynaklanan) Sorumluluğu

İlk ve orta dereceli okullarda öğrencilerin birbirlerine verdikleri zararlarda özel okulların sözleşmesel sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir. Özel okul sözleşmesinin konusu öğretim faaliyeti olup, esasen karşılıklı birtakım hak ve borçlar içeren bir isimsiz sözleşmedir.⁷⁴ Bu yönüyle, gerçekten özel okul veya özel öğretim kurumlarında öğrencilerin birbirlerine karşı zarar vermeleri oldukça muhtemeldir. İşte buradaki sorumluluğun özel okul bünyesinde olmayan Millî Eğitim Bakanlığı'nın kendi bünyesindeki okullardan nisbeten farklı esaslara tâbi olabileceğini düşünmekteyiz.

Özel okul sözleşmesinin tarafları, okul işletmesi ile öğrencidir. Okul sözleşmesinin tarafı olarak tabir edilen okul işletmesi, 5580 sayılı ÖÖKK m.1'e göre, gerçek ve tüzel kişi olabilmektedir. Burada dikkat edilmesi gerekli olan husus; eğitim öğretim faaliyetinin kamu hizmeti niteliği dolayısıyla okul işletmesinin ilgili idareden ruhsat alarak faaliyetlerini yerine getirebileceğinin açık olduğudur. Bahsi geçen ruhsat, idare hukukunun konusu olan kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri eliyle görülebilmesinin araçlarından birisi olup, bu hususa yukarıda değinilmektedir. Dolayısıyla özel okul sözleşmesinden kaynaklanan

⁷³ HEINRICH / BERNHARD, s. 78. Bkz. dn. 26.

⁷⁴ TİFTİK, Mustafa, *Türk Hukukunda Özel Okul Sözleşmesi*, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 21.

sözleşmesel sorumluluk incelenirken yine, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünün devam ettiği konusunda tereddüt bulunmamalıdır.

Sözleşmenin diğer tarafı olan öğrenci, sözleşmeye ister kendisi taraf olsun; isterse de ana babanın küçük lehine olarak okul işletmesi ile üçüncü kişi lehine sözleşme yapması bakımından pratik bir fark bulunmamaktadır.⁷⁵

Okul sözleşmesinden kaynaklı olarak okul işletmesinin ve öğrencinin sahip olduğu karşılıklı hak ve borçlar bulunmaktadır. Okul işletmesinin öğretim yaptırma borcu, özenle ifa borcu ve sadakat borcu bulunmaktadır. Çalışmamız bağlamında özenle ifa borcunun incelenmesi gerekmektedir. Bu noktada okul sözleşmesinde dar anlamda özen borcu, öğrenciye gereği gibi eğitim hizmeti sunulması ve belirli bir eğitim konusu ile mesleki becerinin kazandırılmasına yönelik olarak yetiştirilmesini ifade etmektedir.⁷⁶ Okul sözleşmesinde geniş anlamda özen borcu, sözleşmesel anlamda bir öğrenciye karşı gösterilmekle yükümlü olunan özen borcunun yanı sıra, okul topluluğuna ilişkin hususlarda da sözleşmenin özenle ifa edilmesini ifade etmekte olup, bu bakımdan okulun öğrenciye ilişkin olarak ruhsat ve zihinsel zararlar ile sağlığının ve vücut bütünlüğünün tehlikeye girmesi gibi fiziksel zararlara uğramaması konusunda gerekli tedbiri alması gerekmektedir.⁷⁷ Nitekim, özel okul sözleşmesinin aslî unsurlarından birisi, bağımlılık (tâbiyet) ilişkisinin mevcudiyetidir. Diğer bir anlatımla, okul toplu hâlde öğretimin öğrencilere bir zarar vermemesini, herhangi bir öğrencinin özellikle diğer öğrencilerden rahatsızlık ve bir zarar görmemesini sağlamakla yükümlüdür.⁷⁸

Bununla birlikte okul, eğitim öğretim hizmetinin sunumu esnasında öğrencilerin birbirlerine karşı zarar vermemesini sağlamaya yönelik önleyici tedbirler almakla yükümlü olup, bu konuda gerekli düzenlemeleri gerçekleştirmelidir. Okul işletmesi ile öğrenciler arasındaki özel okul sözleşmesi gereği, okulun sunduğu eğitim öğretim hizmetini bir

⁷⁵ TİFTİK, s. 36-37.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: TİFTİK, s. 138-139.

⁷⁷ TİFTİK, s. 139-140.

⁷⁸ TİFTİK, s. 25.

edim karşılığı olarak yaptığı görülmekte olup, öğrencinin okulda bulunması, korunması, bakımı, beslenmesi, eğitilmesi, özen ve gözetimi bir edimdir (sözleşmenin konusudur).⁷⁹ Bu sözleşme genel hükümlerde düzenlenmediğinden isimsiz sözleşme olarak anılmakta olup, sözleşmede düzenlenmeyen hususlar için genel kuralların uygulanacağı açıktır. Özel okuldaki öğrencilerin birbirlerine karşı verdiği zararlarda sorumluluğa ilişkin olarak haksız fiilin yanında, bir de mezkûr sözleşmesel sorumluluğun da anılması gerekmektedir. Böylece haksız fiille sözleşmeden doğan sorumluluk arasında bir yarışma (telâhuk) bulunmaktadır.⁸⁰ Bu bakımdan sorumluluk sebeplerinin yarışması bahsini ayrı bir başlık altında incelemenin daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

4. Sorumluk Kaynaklarının Yarışması

Çalışma konumuzda olduğu gibi, birden fazla kişinin tek bir zarardan ancak farklı hukuki sebeplerden dolayı sorumlu olması söz konusu olabilir. Öğrencilerin birbirlerini yaralamaları halinde idarenin kusursuz sorumluluğu, ev başkanının gözetim yükümlülüğünü ihlâlinden kaynaklanan sorumluluğu, özel okulunun sözleşme yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan sorumluluğu veya zarar veren öğrencinin bizatihi sorumluluğu bulunabilir.

Ayırt etme gücünü sahip olan küçük haksız fiili ile sebep olduğu yaralamadan sorumludur. Ancak küçüğün yaşı dikkate alındığında mali bir güce sahip olmayacağı bilinmektedir. Böyle bir durumda zararı kusursuz sorumlu olan kimselere yani idareye veya ev başkanına yöneltmek daha doğru olacaktır. Kaldı ki; bu tür zarar için açılacak tazminat taleplerinin ev başkanı yerine doğrudan idareye yöneltmesi mali açıdan düşünüldüğünde daha da uygundur. Ayrıca haksız fiili ile sorumlu olan küçük yerine kusursuz sorumlulara bu davanın açılması ispat açısından daha kolaydır. Şöyle ki; haksız fiil nedeniyle açılan davada kusurun ispat edilmesi gerekirken; ev başkanına açılacak davada bu kimse, kusursuz sorumlu olduğu için kusurun ispatına gerek yoktur.

Özel okulun sözleşmenin ihlâlinden dolayı sorumlu olması hâlinde, TBK m. 112 gereği özel okul kusursuzluğunu ispat etmekle yüküm-

⁷⁹ ÜNAL, Mehmet, *Karar Tahlili*, AHFD, 1979, S.1-4, s. 303.

⁸⁰ ÜNAL, *Karar Tahlili*, s. 303.

lüdür. Çünkü TBK m. 112’de ispat yükü terse çevrildiği için özel okul açısından zorlayıcı bir durum bulunmaktadır. Ancak ev başkanının sorumluluktan kurtulması için kurtuluş beyyinesi getirmesi gerekmektedir. Kurtuluş beyyinesi getirmek söz konusu sorumluluk açısından kusursuzluğunu ispat etmekten daha kolay olabilir. Zira ev başkanının alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat etmedikçe kurtulması söz konusu değildir⁸¹.

6098 sayılı TBK m. 62 ile birlikte 818 sayılı BK m. 50 ve 51’de yer alan tam teselsül- eksik teselsül ayrımı kaldırılmıştır. Buna göre, bir çocuğun başka bir çocuğu yaralaması halinde zarardan farklı sebeplerle sorumlu olan birden fazla kişiye TBK m. 61 ve 62 hükümleri uygulanacaktır.⁸² Bu hükümlerin uygulanmasında sorumluların kusurlu veya kusursuz sorumlu olmaları önemli değildir. BK m. 51’de yer alan eksik teselsülde, rücu edilirken kural olarak önce haksız fiili işleyenin yani çocuğun, sonra sözleşme uyarınca sorumlu olan özel okulun, en son da kanunen kusursuz sorumlu tutulananın (ev başkanının) söz konusu zararı ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmişti. 6098 sayılı TBK m. 62 ile eksik teselsül kaldırıldığı için, iç ilişkideki sorumluluk sırası kaldırılmıştır. Bu durumda rücu miktarı durumun, kusurun, yaratılan tehlikenin derecesi ve özelliklerine göre tamamen hâkimin takdir yetkisindedir. Böyle bir durumda, hâkim, her bir olay açısından kusurun söz konusu olduğu durumlarda kusurun ağırlığına, ev başkanının sorumluluğunda gözetim ve denetim yükümlüğünün ihlâlinin etkisine ve zarara sebep olma oranına ve tehlikenin ağırlığına bakacaktır. Bu durumda sorumluluk kusurlu davranışı ile zarar veren çocukta kalmayacak; diğerlerine de rücu edilebilecektir⁸³.

⁸¹ KIZILKAYA, Delal, Ev Başkanının Hukuki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 80; Bkz. Roma hukukunda olduğu gibi, “*culpam autem esse, cum quod a diligente provideri potuerit, non esset provisum*” yani özenli bir insanın gösterebileceği dikkati göstermemek ihmaldir. HEINRICH / BERNHARD/ MARTIN, s. 79.

⁸² KILIÇOĞLU, s. 675.

⁸³ KIRCA, Çiğdem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler. Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler, İstanbul 2013, s. 36.

Birden fazla çocuğun zarar veren fiile sebebiyet vermesi halinde her bir ev başkanı müteselsilen borcun tamamından sorumlu olurlar⁸⁴. Ayrıca zarar görenin kusuru somut olayın özelliklerine göre TBK m. 52 kapsamında bir indirim sebebi olabilir. Ancak zarar gören çocuğun veya başka bir üçüncü kişinin ağır kusuru gibi illiyet bağını kesen sebepler var ise zarar veren çocuğun kusuru ortadan kalkacağından, ev başkanının da bu hallerde sorumlu olması beklenemez⁸⁵.

Ayrıca ev başkanın ödediği tazminatı ayırt etme gücüne sahip küçüğe rücu edip edemeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak hakim görüşe göre, ev başkanının ödediği tazminatı haksız fiillerinden sorumlu olan ayırt etme gücüne sahip küçüğe rücu edebileceği kabul edilmektedir⁸⁶. Hatta ev başkanının şartları oluşmuş ise ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe bile hakkaniyet sorumluluğu hükümlerine istinaden rücu etme imkanı olduğu değerlendirilebilir. Keza ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük de hakkaniyet sorumluluğu kapsamında ödediği tazminatı ev başkanının sorumluluğu hükümlerine göre rücu edebilecektir⁸⁷.

III. İDARENİN ÖZEL HUKUK HÜKÜMLERİNE GÖRE ADLİ YARGIDA RÜCU DAVASI AÇMASI

Öğrencilerin birbirlerine karşı verdikleri zararlardan dolayı idarenin ödediği tazminat hakkında, sorumluluğu bulunanlara sorumlulukları oranında rücu davası açılabilmesi olanaklıdır. Burada bahsedilen rücu davası, kamu görevlilerinin görevi sırasında veya görevlerinden dolayı işledikleri, ama kendilerine kanunî düzenlemelerle verilen yetkilerin kullanımıyla ilgisi bulunmayan kusurlardan ötürü uğranılan zararlara ilişkin adli yargıda açılması öngörülen (DMK m.12-13) rücu davasından tamamen bağımsız ve farklı bir süreçtir.⁸⁸

⁸⁴ ÜNAL, Aile Başkanı, s. 146; KIZILKAYA, s. 84.

⁸⁵ ÖZTAN, s. 1232; KIZILKAYA, s. 74; NARTER, Sami, *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara, 2016, s. 248.

⁸⁶ ÜNAL, Aile Başkanı, s. 147.

⁸⁷ ÜNAL, Aile Başkanı, s. 148.

⁸⁸ İdarenin kamu görevlilerine karşı adli yargıda açacağı rücu davasına ilişkin detaylı izah için bkz.: GÖZLER, s.1182-1187; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *açıklamalı-çtihtatlı*, s. 1227-1238.

Ebeveynlerin çocuğun himayesi, bakım ve gözetimi, okula devam ettirilmesi gibi konularda yükümlülüğüne yerine getirmemesi, Danıştay'a göre "müterafik kusur" olarak değerlendirilip, idarenin sorumluluğunu azaltan bir etkisinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır.⁸⁹ Bu noktada zarara yalnızca idarenin değil; aynı zamanda sorumlulukları oranında anne ve babanın da katlanması gerekmektedir.

Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bir öğrencinin bir başka öğrencinin gözüne cam fırlatması sonucu meydana gelen yaralanma sebebiyle zarar görenin velisi tarafından idareye karşı açılan tam yargı davasında idarenin hizmet kusurunun bulunduğu tespiti sonucunda hükmedilen tazminatın, zarar verenin velisine karşı aile başkanının sorumluluğu hükümlerine dayanılarak rücuun tazmini için dava açılmıştır. Bu uyuşmazlıkta yerel mahkeme, okul saatleri içinde ve okulda

⁸⁹ D10D, E.2013/3299, K.2016/1403, KT.: 15.3.2016, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): "...Okulda olması gereken saatte girilmesi yasak olan alana giren ve vagonun üzerine çıkmak suretiyle olaya sebebiyet veren K2 ile bulunan anne ve babanın idare mahkemesince alınan bilirkişi raporunda belirtildiği üzere olayda % 50 oranında müterafik kusuru bulunduğu kabulü gerekmektedir. Müterafik kusur (ortak kusur), zarara uğrayanın, zararın doğumuna veya zararın artmasına yardım (etki) etmesidir. Böyle bir durumda, zarara uğrayana ödenecek tazminat miktarları müterafik kusur oranında orantısız olarak azaltılmalıdır. / Buna göre, İdare Mahkemesince, meydana gelen maddi zararda kazazede ve ebeveynlerinin de davalı idare yanında % 50 oranında müterafik kusuru bulunduğu gözetilerek bir karar verilmesi ve maddi tazminat hesabının da bu durum nazara alınarak yapılması gerekirken, olayda tamamen idarenin kusuru olduğu kabul edilmek suretiyle maddi tazminat miktarının belirlenmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır...". Aynı yönde bir başka karar için bkz.: D10D, E.2010/2573 K.2014/198, KT.:21.1.2014, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019): "...İlköğretim 8. sınıf öğrencisi olan davacılarından olay tarihi itibarıyla 14 yaşındaki K2'in, ders saatinde arkadaşları K5 ve K6 ile birlikte okulun yakınında bulunan askeri güvenlik bölgesine girerek, burdan bazı askeri malzemeleri aldıkları, boş bir arazide sakladıkları, ertesi gün, bu hurda malzemeleri K5'in bidon ve torba içinde okula getirdiği, orada top oynayan davacılarından K2 ve diğer arkadaşlarıyla birlikte hurda malzemeleri satmak amacıyla hurdacıya götürdükleri, hurdacının kabul etmemesi üzerine anılan davacının çuvalın içinden çıkarttığı demir boruyu kaldırma vurduğu, lav roketinin motor parçası olan bu borunun patlaması sonucunda sağ bacağına ve sağ gözüne kaybettiği, bu olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu bahisle.../ Olay tarihi itibarıyla 14 yaşında olan, davacılarından K2'in, söz konusu hurda malzeme ile oynayarak patlamasına neden olduğu anlaşıldığından, olayın meydana gelmesinde gözetim ve denetim sorumluluğunu gereğince yerine getirmeyen anne ve babasının da kusuru bulunmaktadır. Bu nedenle, maddi tazminata hükmedilirken bilirkişi incelemesi sonucu hesaplanan maddi zarar üzerinden anne ve babanın müterafik kusurunun da dikkate alınması, gerekirse yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gerekmektedir...".

meydana gelen olayda aile başkanının sorumluluğunun bulunmadığına karar vermiştir. Yargıtay ise, küçüğün tehlikeli davranışlar konusunda aile başkanı tarafından yeterince eğitilmediğinden TMK m.369/1 gereği sorumluluğunun bulunduğunu ve somut olayın özellikleri ile fiziksel ve çevresel faktörlerin, sosyo-ekonomik durumun gözetilerek aile başkanı aleyhine tazminata hükmedilmesi gerekirken bu hususlar atlanarak, yerel mahkemece idarenin açtığı rücu davasının reddi kararını bozmuştur.⁹⁰ Kanaatimizce öğrencilerin birbirlerine zarar verdiği bu tür durumlarda somut olayın nitelikleri göz önüne alınmakla birlikte, yerel mahkemenin kararında değindiği salt okul saatleri ve okul içinde bulunma kriteri yetersiz olup, hakkaniyete aykırı durumlar meydana getirebilecektir. Zira, Yargıtay'ın da isabetle belirttiği üzere, zarar konusu haksız fiilin meydana gelmesi olgusu yalnızca idarenin sunduğu hizmete dayalı organizasyon eksikliğinden kaynaklanmamaktadır. Bunun meydana gelmesinde, aile başkanının küçüğü, tehlikeli davranışlar konusunda yeterince eğitmemesi de yatmaktadır.

Yargıtay ile Danıştay'ın kararlarına bakıldığında, okullarda öğrencilerin birbirlerine karşı verdikleri zararlarda idarenin sorumluluğunun bulunduğu belirtilmiştir. Aynı zamanda kararlarda ailenin, TMK m.369/1 kapsamında aile başkanının kusursuz sorumluluğunun da yer aldığı görülmektedir. Bu bakımdan, idareye karşı idari yargıda açılacak olan tam yargı davası ile zararın tazmin edilme imkanı mevcuttur. İdare, fazladan olarak karşıladığı miktar bakımından aileye karşı adli yargı yerlerinde rücu davası açabilmelidir.

İdarenin ödediği tazminata ilişkin olarak açacağı rücu davasında görevli mahkemenin tespiti de önemli noktalardan biridir. Görev, belirli bir davaya o yerdeki mahkemelerden hangisi tarafından bakılacağı ile ilgili olup, kanunla düzenlenir.⁹¹ Görev kuralları kamu düzenindedir ve mahkemenin görevli olması dava şartıdır. Bu sebeptendir ki, mahkeme davanın her aşamasında re'sen görevsizlik kararı verebilir ve mahkeme-

⁹⁰ Yargıtay 4.HD, 9.12.2003, E.2003/4661, K. 2003/14392, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019).

⁹¹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2016, s.191.

nin görevine ilişkin olarak “görev sözleşmesi” yapılamaz.⁹² Buna göre, 4787 sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un 4. maddesine göre, Medenî Kanun’un vesayete ilişkin Üçüncü Kısım hükümleri (TMK m.396-494) hariç olmak üzere, aile hukuku başlığını taşıyan İkinci Kitabı hükümleri (TMK m.118-395) ile Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki 4722 sayılı Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler aile mahkemesinin görevlerindedir.

Ev başkanının sorumluluğu kapsamında açılan tazminat davalarında görevli mahkeme, aile mahkemesidir.⁹³ Nitekim Yargıtay’ın içtihadı da bu yöndedir. Bu yönüyle idarenin zarar verenin aile başkanına karşı açacağı rücu davasında ev başkanının sorumluluğu (TMK m.369) hükümlerine dayanılacağından, davanın adli yargıdaki asliye hukuk mahkemeleri yerine, aile mahkemelerinde açılması görev kurallarının bir gereğidir. Rücu davasında bu hususun gözden kaçırılması, davanın her aşamasında davaya bakan mahkeme tarafından tespit edilmesi hâlinde, görevsizlik kararı verilerek dosyanın usulen reddini gerektirecek bir olgudur.

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Eğitim kurumlarında öğrencilerin birbirlerine verdikleri zararlardan doğan hukukî ve idarî sorumluluğun kime ve hangi esaslara göre isnat ettirileceği konusunda bir belirsizlik bulunduğu görülmektedir. Çalışma kapsamında, zararın eğitim kurumunda meydana gelmiş olması ve verilen eğitim hizmetinin niteliği gereği, ilk olarak idarenin sorumluluğu incelenmiştir. İdarenin sorumluluğu, esasen kamusal faaliyetlerle idare ile yönetilenler arasında yönetilenler aleyhine bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasına ve bu anlamda bireylerin uğradığı zararın idarece tazminine ilişkin uygulamaları yeknesak hale getiren kural ve ilkelerdir.

Bilindiği üzere ülkemizde eğitim-öğretim faaliyeti, mezkûr kanunlar çerçevesinde devletin bizatihi yürüttüğü veya denetimi ve gözetimi

⁹² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 196.

⁹³ ÖZTAN, s. 1233. Nitekim Yargıtay içtihadı da bu yöndedir. Bkz.: Yargıtay 3HD, E.2016/18552, k.2018/5668, KT.23.5.2018, www.lexpera.com.tr, (E.T.: 4.12.2019).

altında yürütülen bir kamu hizmeti olarak tezahür etmektedir. Öğrencilerin okulda birbirine zarar vermesi olgusu ise, eğitim-öğretim faaliyetinin yürütülmesi esnasında gerçekleşmekte olup, idarenin bu noktada gerçekleşen zarardan sorumlu tutulması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak somut olayın niteliğine göre Danıştay'ın kimi kararlarında idare, hizmet kusuru gereği sorumlu tutulmuş ve fakat kimi kararlarında ise, kusursuz sorumluluk esaslarına tâbi tutulmuştur. Bu bakımdan her somut olayın ayrı değerlendirilmesi esnasından hareket edildiği açıkça anlaşılmaktadır.

Çalışma kapsamında idarenin sorumluluğu, özel hukuktan kaynaklanan sorumluluk esasları ve bunların yarışmasından bahsedilmektedir. Özel hukuktan kaynaklanan sorumluluk, hem zarar görenin hukuki olarak zararı tazmin edeceği kişilerin ve sebeplerin belirlenmesi, hem de idarenin açacağı rücu davası açısından önem taşımaktadır. Özel hukuk bakımından bu tür davranışlarda sorumluluk esasları birden fazla hukuki sebebe dayanabilmektedir. Bu sebepler; ayırt etme gücüne sahip küçüğün haksız fiillerinden dolayı sorumluluğu olabileceği gibi; ev düzeni içerisinde iradesine üstünlük tanınan ev başkanının gözetimindeki çocuğun davranışından kusursuz sorumluluğu da olabilir. Ayrıca özel okullar açısından okula göndermekle birlikte zarar gören çocuğun korunması yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklan akdi sorumluluk da gündeme gelebilir. Bu sebeple, birden fazla sorumluluk sebebine dayanarak söz konusu kişilerin müteselsil sorumluluğundan da bahsedilir.

Öğrencilerin birbirlerini yaralamaları halinde açılan hukuki sorumluluk davalarında, ev başkanının kim olduğu ve ev başkanının okula gönderdiği çocuk üzerinde otoritesinin devam edip etmediği konusunda tartışma bulunmaktadır. Ancak Yargıtay uygulamasında, ev başkanının çocuğu okula göndermekle çocuk üzerindeki hiyerarşisinin devam ettiği; bu sebeple okul zamanında da meydana gelen olaylardan aile başkanının sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bu konuda yargı kararlarında çocuğun ancak yatılı okula gönderilmesi ile birlikte ev başkanının tedbir alma yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bu sorumluluğun süjesi ev başkanıdır. Ev başkanı, ev halkı içerisinde iradesine üstünlük tanınan kişidir. Bu kişileri, geleneksel aile (bir baba bir anne ve çocuklar) kavramı içerisinde her zaman velâyet altındaki kişiler

için ev başkanı=anne, baba (yani veliler) şeklinde formüle etmek doğru değildir. Somut olayın özelliklerine göre, aile yapısı, sosyal çevre vb. durumlarda aile başkanı velilerden biri olabileceği gibi, veliler dışında bir kimse de olabilir.

Görüldüğü üzere öğrencilerin birbirine verdiği zararda iç içe geçmiş pek çok hukuk dalı ve sorumluluk esası mevcuttur. Kanaatimize göre, zarar görenin menfaatleri bakımından öncelikli olarak idari yargıda idare aleyhine tam yargı davası açılması ve zararın idare tarafından tazmininin ardından, idare mahkemesi kararında belirtilen hususlarla birlikte varsa üçüncü kişinin kusuru bağlamında idarenin üçüncü kişiye özel hukuk hükümlerine göre (*örnek olarak TMK m.369, aile başkanının kusursuz sorumluluğu gibi*), adli yargıda (*örnek olarak aile mahkemesi*) rücu davası açması daha isabetli olacaktır. Kaldı ki, üçüncü kişinin kusuru, idarenin kusursuz sorumluluğunu etkilemeyeceği için koşulların varlığı hâlinde, idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilerek idare tarafından tazmin ettirilebileceği ve daha sonra idare tarafından adli yargıda özel hukuk hükümlerine dayanılarak rücu davası açlabileceği değerlendirilmektedir⁹⁴. Aynı değerlendirmeyi idare hukukunda müteselsil sorumluluk kabul edilmediğinden idarenin kusur sorumluluğunda ne yazık ki yapabilmemiz olanaklı değildir. Ancak yukarıda belirtilen içtihatlar çerçevesinde idare pratiklerinde görüldüğü üzere, idare –kusurlu veya kusursuz olarak- sorumluluğu zarar gören lehine tazmin ettikten sonra, üçüncü kişinin zararın meydana gelmesinde bir etkisi varsa (*örneğin ev başkanının koruma, gözetme yükümlülüğünün ihlâli gibi*) rücu davası açabilecektir.

⁹⁴ SANCAKDAR vd., s. 777.

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz	Bakınız
DİDDK	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DXD	Danıştay İlgili Dairesi
E	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
K	Karar
KİBB	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KT	Karar Tarihi
m.	Madde
METK	1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu
ÖÖKK	5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu
s.	sayfa
TMK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd	ve devamı
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YXHD	Yargıtay İlgili Dairesi
YİBO	Yatılı İlköğretim Bölge Okulu

KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 21. Bası, Beta, İstanbul, 2019.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, *Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt*, 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, 1. Baskı, Savaş, Ankara, 2019.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 10. Baskı, Savaş, Ankara, 2019.
- ARBEB, Ömer, *Çocukların Akit Dışı Vermiş Oldukları Maddi Zararlardan Sorumluluk*, Yetkin, Ankara, 2007.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, *Medenî Usul Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2016.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.
- KIZILKAYA, Delal, *Ev Başkanının Hukuki Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 20. Baskı, İstanbul, 2019.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 23. Baskı, Yetkin, Ankara, 2018.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, *Aile Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2011.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin, Bursa, 2019.
- HEINRICH Honsel/ BERNHARD Isenring/ MARTİN A. Kessler, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Auflage, 2013.
- HELLER, Jean – Pierre / OBERSON, Pascal, *Die Haftung des Familienhauptes nach Art. 333 Abs. 1 ZGB sowie die Billigkeithaftung nach Art. 54 Abs. 1 OR. Personen- Schaden- Forum 2014 Kind als Täter und Opfer. 15.10.2019 tarihinde <https://www.swisslex.ch/AssetDetail.mvc/Show?source=hitlist&setOrigin=True&assetGuid=d2655c17-c0d9-4d14-ac39-06e3d16b3652&SP=6%7Ccqehuk> adresinden erişildi.*

- İBİŞ, Funda, *Ev Başkanının Hukuki Sorumluluğu*, Yayınlanmamış YL Tezi, DEÜSBE, İzmir, 2016.
- İNAN, Ali Naim, *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 1968.
- KARAHANOGULLARI, Onur, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, Turhan, Ankara, 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KIRCA, Çiğdem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler. Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu Makaleler Tebliğler, İstanbul 2013.
- KUONI, A., Über die Haftung der Bündner Lehrer und ihr Versicherungsbedürfnis, Jahresbericht des Bündnerischen Lehrervereins, 31 (1913), s. 24, <http://doi.org/10.5169/seals-146257>.
- NARTER, Sami, *Kusursuz Sorumluluk, Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara, 2016.
- ÖZAY, İl Han, *Günüşiğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ÖZTAN, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- SEROZAN, Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, 2005.
- RODOSLU, Emine Koçano, "Ev Başkanının Sorumluluğu", AÜHFD, 63(4), 2014, ss.879-899.
- TANDOĞAN, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1961.
- TİFTİK, Mustafa, *Türk Hukukunda Özel Okul Sözleşmesi*, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005.
- ULUSOY, Ali Dursun, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2019.
- ÜNAL, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:450, Ankara, 1979. (Aile Başkanı)
- ÜNAL, Mehmet, *Karar Tahli*, AHFD, 1979, S.1-4, s.295-304. (Karar Tahli)

VEDEL, Georges/ DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, Cilt I, Paris, Presses universitaires de France, 1992.

WILDHABER Isabelle, Kommentierung zu Art. 331-333 ZGB, in: Heinrich, Honsell/ Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar ZGB I*, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel, 2014.



SON YASAL DEĞİŞİKLİKLER BAĞLAMINDA İDARİ YARGIDA “ISRAR” KARARI

Dr. Hüseyin BİLGİN*

Öz

İdari yargı yerlerinde istinaf başvuru yolunun kabulü ile birlikte iki dereceli yargılama sisteminden üç dereceli yargılama sistemine geçilmiştir. Bununla birlikte itiraz ve temyiz yargı mercileri yerine istinaf ve temyiz yargı mercileri getirilmiştir. Değişiklik öncesinde kural olarak ilk derece mahkemesi kararlarının büyük çoğunluğuna karşı temyiz yoluna gidilmekte iken değişiklik sonrasında sınırlı sayıda karara karşı temyiz yoluna gidilebilmektedir. Önceki sistemde kararların temyizi üzerine Danıştay tarafından bu kararların bozulması halinde ilk derece mahkemesi bu kararda ısrar edebilmekte iken, yeni sistemde gerek ısrar edilebilen kararların sayısında gerekse ısrara başvuracak olan yargı yeri (bölge idare mahkemesi) konusunda değişiklikler olmuştur. Çalışmada idari yargı sisteminde yapılan değişiklikler bağlamında ısrar müessesesi bütün yönleriyle ele alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

İsrar • İdari Dava Daireleri Kurulu, Vergi Dava Daireleri Kurulu • Temyiz, İstinaf • Bölge İdare Mahkemeleri • Danıştay

THE INSISTENCE DECISION IN ADMINISTRATIVE JUSTICE WITHIN THE LAST LEGAL AMENDMENT

* Dr., Konya Bölge İdare Mahkemesi, 2. İdari Dava Dairesi Üyesi, Konya, Türkiye | Dr., District Administrative Court, 2th Administrative Law Chamber Affiliation, Konya, Turkey.

✉ huseyinbilgin22@hotmail.com • ORCID 0000-0003-1887-792X

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BİLGİN Hüseyin, “Son Yasal Değişiklikler Bağlamında İdari Yargıda “İsrar” Kararı”, *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 75-125.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Abstract

By the entry into force of first-degree appeal system in administrative justice, it's proceeded from two-level jurisdiction to three-level system. Besides, by this amendment, the first-degree appeal (by district administrative courts) and second-degree appeal (by Council of State) procedure is substituted of the former objection and appeal systems. Before the amendment, as a rule, it's applied to Council of State for the great majority of decisions given by the first instance courts, after this amendment it can be applied to second-degree appeal (by Council of State) procedure only in limited cases. In former system, in the case of reversal decision given by Council of State, first instance court could give insistence decision, but in the new second-degree appeal system, the cases that can be given insistence decisions are limited and also the courts (District Administrative Courts) which can give these decisions are amended. In this study, within the context of this legal amendment, the "insistence decision" is examined by every aspect.

Key Words

Insistence • Council of State • District Administrative Courts • First-Degree Appeal (by District Administrative Courts) and Second - Degree Appeal (by Council of State) • Plenary Session of Administrative - Tax Law Divisions.

GİRİŞ

İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluk yönünden yargısal denetimi 1982 Anayasasının kabulünden önce sadece Danıştay tarafından yapılmakta iken, 1982 yılında kabul edilen 2575, 2576 ve 2577 sayılı Kanunlarla birlikte idari yargı alanında iki dereceli bir yargılama sistemine geçilmiş ve Danıştay'la birlikte ilk derece mahkemeleri olan idare mahkemeleri ile vergi mahkemeleri tarafından idari faaliyetlerin yargısal denetimi yapılmaya başlanmıştır. İki dereceli yargı sistemine geçilmesiyle birlikte ilk derece mahkemesince verilen kararların temyiz incelemesi Danıştay tarafından yapılmakta ve Danıştay tarafından ilk derece mahkemesi kararının onanması üzerine bu karar kesinleşmekte iken ilk derece mahkemesi kararının bozulması halinde ise ilk derece mahkemesi önünde iki seçenek bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi Danıştay'ın bozma kararına uyabileceği gibi kendi kararının yerinde olduğuna inanması durumunda ilk kararında ısrar da edebilecektir.

Türk idari yargı sisteminde yukarıda aktarılan iki dereceli yargılama sistemine geçişle birlikte ısrar müessesesi uygulanmaya başlanıl-

miş iken 6545 sayılı Kanunun kabulüyle istinaf başvuru yolunun yargılama sistemimize dahil edilmesiyle birlikte ısrar müessesesinde de önemli değişiklikler olmuştur. İstinaf başvuru yolunun uygulanmaya başlanmasıyla birlikte ısrar edilebilecek karar türlerinde değişikliğe gidildiği gibi ısrar kararı verecek yargı mercilerinde de değişiklikler olmuştur.

Öte yandan, idari yargıdaki iş yükü ve buna bağlı olarak idari yargı yerlerinde görülen dava türlerinin görüm ve çözüm süresi ile dava sayısının azaltılması amacıyla çok sayıda yargı paketi hazırlanmıştır¹. Bu paketlerde de ısrar kararlarını temyizen inceleyecek kurul yapıları üzerinde de bir takım değişikliklere gidilmiştir².

İsrar müessesesinde bir çok değişikliğe gidilmiş olmakla birlikte, ısrar konusu gerek uygulayıcılar gerekse doktrin tarafından bütün yönleriyle ayrıntılı olarak ele alınıp incelenmemiştir³. İsrar ile ilgili çalışmalar, bu konuda yazılan makalelerde müessesenin bazı yönleri ele alınmış iken tüm unsurları ile birlikte işlenilmemiştir. Bu çalışmamızda, ısrar müessesesi bütün yönleriyle ele alınmış olup ısrar kavramının tanımı, özellikleri, son değişiklikler sonrasında ısrar yoluna başvurulabilecek karar türleri, hangi kararların ısrara konu edilebileceği, ilk derece mahkemesinin ilk kararını aynen kabul etme zorunluluğu bulunup bulunmadığı, ısrar üzerine davaların görüm ve çözümünde görevli kurulların yapısı, oluşumu ve ısrar kararını inceleyen kurullarda ne tür kararlar verilebileceği ve verilen bu kararların özellikleri, ısrara ilişkin değişiklik-

¹ BİLGİN, Hüseyin; "Üçüncü Yargı Paketinde İdari Yargıda Yargılamanın Hızlandırılmasına İlişkin Getirilen Yenilikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103, s. 307-350; BİLGİN, Hüseyin; "Beşinci Yargı Paketiyle İdari Yargıdaki Son Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, s.149-186.

² BİLGİN, Üçüncü Yargı Paketi, s. 335-336.

³ İdari Yargıda ısrar hakkında bkz. ÖZDEMİR, Halit Eyüp; "İdari Yargıda 'İsrar' (Direnme) Kararının Şekil ve İçerik Bakımından Niteliği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 95-96, s. 27-36; HONDU, Selçuk; "İdari Yargılama Usulünde İsrar", *Danıştay Dergisi*, S. 60-61, s. 48-53; YILMAZOĞLU, Yunus Emre; "İsrar Kararı ve Dava Daireleri Kurulunca Bozulması Üzerine Verilen Kararın Temyizen İncelenmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14, s. 911-938.

lerin iş yükü üzerindeki etkileri ele alınarak bu konulardaki sonuç ve önerilere yer verilmiştir.

I. ISRAR KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELENDİRMESİ

A. Tanımı

Danıştay dairesi, ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesi kararını hukuka ve usule uygun bulursa onama kararı verecektir (m.49/1-a). Danıştay önüne gelen başvuruyu inceler ve ilk derece mahkemesi veya istinaf dairesi kararını hukuka uygun bulursa temyiz başvurusunu reddederek istinaf dairesi veya ilk derece mahkemesi kararını onayacaktır. Onama kararı ile birlikte artık ilk derece mahkemesi ve/veya (temyize tabi olan) istinaf dairesi kararı da kesinleşecektir⁴.

Danıştay dairesince bölge idare mahkemesi veya idare/vergi mahkemeleri kararında çeşitli durumlarda bozma kararı verilebilmektedir. Buna göre; görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olunması halinde temyize konu karar bozulacaktır (m.49/2-a). İşin esasında hukuka aykırı olarak karar verilmiş olması halinde de temyize konu karar bozulacaktır (m.49/2-b). Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması halinde temyize konu karar bozulacaktır (m.49/2-c). Danıştay Dairesi temyize konu kararı kısmen onayıp kısmen bozabilir. Kararın kısmen onanması ve kısmen bozulması halinde onanarak kesinleşen kısmın Danıştay kararında belirtilmesi gerekmektedir (m.49/3). Böylece mahkemece artık bu kısım hakkında bir hüküm kurulmayacaktır. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davaların temyiz incelemesinde de 2577 sayılı Kanunun 49. maddesi ile ısrar müessesesi hariç olmak üzere 50. madde hükümleri kıyasen uygulanacaktır. Danıştay'ın bozma kararı üzerine kendi kararının daha isabetli ve yerinde olduğunu düşünen ilk derece mahkemesin-

⁴ Danıştay kararda yeniden yargılamayı gerektirmeyen maddi hatalar ile düzeltilmesi mümkün olan eksiklik veya yanlışlıklar varsa kararı düzelterek onayabilir (m.49/1-b). Özellikle Danıştay'ın düzelterek onama usulünün getirilmesi uygulamada bozma yoluyla gelen ve yeni esas numarası olan dosya sayısını azaltacaktır. İlk derece mahkemesi ya da istinaf dairesi kararının hüküm fıkrasında belirtilen kanuni faizin başlangıcı, avukatlık ücreti miktarı, hesap hataları, yazım hataları nedeniyle kararların bozulmasının önüne geçilmiş olacaktır. BİLGİN, Hüseyin; *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.703.

ce önceki kararında ısrar edebilir⁵. Israr müessesesi, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesinde düzenlenmiş iken 6545 sayılı Kanun değişikliğinden sonra artık 2577 sayılı Kanunun 50/3 maddesinde düzenlenmiştir⁶.

Israr müessesesi idari yargılama usulünde 1982 yılında ilk derece idari yargı mercilerinin kurulmasına ilişkin 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu yürürlüğe girdikten sonra uygulanmaya başlanmıştır⁷. 1982 tarihinden önce uygulanan 521 sayılı mülga Danıştay Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ise Danıştay'ın bozma kararına uyma zorunluluğu vardı⁸.

Israr kavramı kelime anlamı olarak direnme, ayak direme, üsteleme, üstünde durma anlamlarına gelmektedir⁹.

Israr kavramı Ejder Yılmaz tarafından kaleme alınan hukuk sözlüğünde, "Direnme, ilk derece mahkemesinin kararına karşı temyiz yoluna gidilmesi durumunda, Yargıtay ilk derece mahkemesi kararını bozarsa, ilk derece mahkemesinin, bu bozma kararına uymayarak kendi kararında (bozma kararının değil, kendi kararının doğru olduğu hususunda) direnme hakkı vardır; bu takdirde direnme üzerine Hukuk veya Ceza

⁵ ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)*, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 96.

⁶ 2577 sayılı Kanun Mülga 49/4: Mahkeme bozmaya uymayarak eski kararında ısrar edebilir. Israr kararının ilgili tarafından temyizi halinde, dava, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenir. Danıştay'ın ilgili dava dairesinin kararı uygun görülürse mahkemenin kararı bozulur; aksi halde onanır. Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulması zorunludur. 2577 sayılı Kanun 50/3: Bölge idare mahkemesi, Danıştay'ca verilen bozma kararına uyabileceği gibi kararında ısrar da edebilir. 50/5: Bölge idare mahkemesi, bozmaya uymayarak kararında ısrar ederse, ısrar kararının temyizi hâlinde, talep, konusuna göre Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelenir ve karara bağlanır. Danıştay İdari ve Vergi Dava Daireleri Kurulları kararlarına uyulması zorunludur.

⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. KAPLAN, Gürsel; "İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 76, s. 231-287.

⁸ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; *Yönetmelik Yargı*, Güncelleştirilmiş 34. Bası, Ankara 2015, s. 521; ÇAĞLAYAN, Ramazan; *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa - Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 415, dp. 449.

⁹ www.tdk.gov.tr

Genel Kurulunca inceleme yapar." şeklinde tanımlanmış ve ısrar etmek direnmek olarak ifade edilmiştir¹⁰.

Ramazan Yıldırım tarafından idare hukuku kavramlarına ilişkin çalışmasında ise, ısrar kavramı "ilk derece yargı yerinin Danıştay'ın bozma kararına uymayarak eski kararında direnmesi" şeklinde tanımlanmaktadır¹¹.

Turgut Candan'a göre ise ısrar yetkisi, "kendi kararının doğruluğuna inanan ilk derece idari yargı yerinin, ilk kararını yeniden verebilmesi ve böylece çözümünü bir kez de Danıştay'ın bir başka oluşumuna inceletme olanağı sağlayan müessese olup, ısrar yetkisi hukukun ve hakimnin kendini gelişimine katkı sağlamaktadır" şeklinde tanımlanmıştır¹².

Anılan tanımlardan hareketle biz de ısrar kavramını; *ivedi yargılama usulü uygulanmayan, temyiz yolu açık olan ve ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesi tarafından istinaf başvurusu sonucu verilen ve temyiz yolu açık olan kararlarının, karar aleyhine olan tarafça temyiz edilmesi ve Danıştay dairesi tarafından bu kararın bozulması üzerine ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesince önceki kararının doğru ve yerinde olduğu düşüncesiyle bozma kararına uyulmayarak ilk kararında direnilmesi ve önceki kararının aynısının verilmesi (halinde bu kararın, karar aleyhine olan tarafça temyiz edilmesi üzerine ilgisine göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından incelenmesi) olarak tanımlayabiliriz.*

B. İsrar Kararının Özellikleri

Yukarıda yer verdiğimiz tanımdan hareketle ısrar kararının beş temel unsuru olduğunu ifade edebiliriz. Buna göre;

¹⁰ YILMAZ, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 500-501; Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanununda ısrar hakkında geniş bilgi için bkz. ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ AYVAZ, Sema Taşpınar; *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Hukuk Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2016, s. 637-639; GÖRGÜN, L.Şanal; *Medeni Usul Hukuku*, 4 Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 469-470; PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 373-374; KURU, Bakı; *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 540-544.

¹¹ YILDIRIM, Ramazan; *Açıklamalı ve Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü*, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s. 256.

¹² CANDAN, Turgut; *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 1043.

1. İlk derece idari yargı yerleri tarafından verilen bir karar olmalıdır. İsrara konu olacak bu karar dava konusu işlemin iptaline veya esastan veya usulden davanın reddine ilişkin kararlar olabilir. Kararın mahkemenin dosyadan el çektiğine dair esastan karar olması gerekmektedir. Ara kararı niteliğindeki kararlar ısrara konu edilemez.

Öte yandan ilk derece mahkemesince verilen kararlarda davacının dava açma ehliyetinin bulunup bulunmadığı¹³ veya idari davaya konu kesin ve yürütülebilir bir işlem bulunup bulunmadığı¹⁴, davanın doğru hasımla görülüp görülmediğine¹⁵ yönelik usule ilişkin kararlar ısrara konu olabileceği gibi¹⁶, hükmedilen yasal faizin başlangıç zamanı, davanın yasal süresi içinde açılıp açılmadığı¹⁷, davanın idari yargı yerleri görevine girip girmediği¹⁸, idari davayı görmeye hangi idare mahkemesinin yetkili olduğu¹⁹ veya taraflar lehine/aleyhine vekalet ücretine hükmedilip hükmedilemeyeceğine²⁰ ilişkin kısımları da ısrar başvurusuna konu olabilir.

2. Kararın temyize tabi olan kararlardan olması gerekmektedir. İlk derece mahkemesince verilen kısmen iptal, kısmen davanın reddi gibi kararlarda taraflardan birisi tarafından bu kararın aleyhine olan kısmına iliş-

¹³ DİDDK, 11.06.2018, E. 2016/1963, K. 2018/3118 sayılı kararı; DİDDK, 08.06.2017, E. 2015/4626, K. 2017/2481 sayılı kararı.

¹⁴ DİDDK, 25.04.2018, E. 2016/1639, K. 2018/1962 sayılı kararı; DİDDK, 21.03.2018, E. 2017/2949, K. 2018/1156 sayılı kararı; DİDDK, 25.04.2018, E. 2016/1429, K. 2018/1958 sayılı kararı; İncelenmeksizin ret kararı hakkında geniş bilgi için bkz. ERASLAN, Yunus / BOZ, Selman Sacit; " İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları", *Türk İdare Dergisi*, Y. 91, S. 488, s. 203-243.

¹⁵ DİDDK, 06.06.2018, E. 2016/4824, K. 2018/3024 sayılı kararı; DİDDK, 12.04.2018, E. 2017/2820, K. 2018/1717 sayılı kararı.

¹⁶ DİDDK, 06.06.2018, E. 2016/5440, K. 2018/3068 sayılı kararı.

¹⁷ DİDDK, 27.06.2018, E. 2016/5169, K. 2018/3617 sayılı kararı; DİDDK, 19.06.2018, E. 2016/2112, K. 2018/3232 sayılı kararı; DİDDK, 21/06/2018, E. 2016/1025, K. 2018/3395 sayılı kararı; DİDDK, 02.05.2018, E. 2016/1427, K. 2018/2089 sayılı kararı.

¹⁸ DİDDK, 11.10.2018, E. 2016/5368, K. 2018/4083 sayılı kararı; DİDDK, 26.06.2018, E. 2017/1341, K. 2018/3500 sayılı kararı; DİDDK, 22.03.2018, E. 2016/4688, K. 2018/1162 sayılı kararı.

¹⁹ DİDDK, 07.06.2018, E. 2016/867, K. 2018/3075 sayılı kararı; DİDDK, 14.05.2018, E. 2016/2649, K. 2018/2372 sayılı kararı.

²⁰ DİDDK, 19.06.2018, E. 2016/2364, K. 2018/3343 sayılı kararı; DİDDK, 19.06.2018, E. 2016/582, K. 2018/3346 sayılı kararı.

kin olarak temyiz yoluna başvurulmaması halinde kararın o kısmı kesinleşecek olup artık bu kısım hakkında ısrar yoluna da başvurulamayacaktır²¹. Aynı şekilde kesin olarak ilk derece mahkemesince verilen kararlar ile 2577 sayılı Yasanın 46. maddesinde sayılmış olan temyize tabi olan kararlar dışındaki kararlarda ısrar yoluna başvurulamayacaktır. Öte yandan kısmen temyiz yoluna gidilen ve bozulan kısma yönelik olarak ilk derece mahkemesince önceki kararında ısrar edebilecektir. Ancak bu ısrar kararı ilk kararının tamamı hakkında olmayıp sadece temyiz edilen kısmına ilişkin olacaktır.

3. *Temyiz yeri tarafından ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesi kararı bozulmalıdır.* İsrar kararı ancak Danıştay'ın bozma kararı verilen dava dosyalarında başvurulabilen bir müessesedir²². Burada Danıştay'ın kısmen bozma kararı üzerine onanarak kesinleşmiş bir kısım olması halinde kesinleşen kısım hakkında mahkemece artık ısrar hükmü kurulamayacaktır²³. Öte yandan ivedi yargılama usulüne tabi olan dava-

²¹ DİDDK, 27.06.2018, E. 2016/310, K. 2018/3642 sayılı kararı.

²² HONDU, s. 51.

²³ CANDAN, s. 1043; *Mahkemece, Danıştay Yedinci Dairesinin ilk bozma kararına uyulmak suretiyle verilen kararın, işlemin, eşyanın gözetim uygulaması sonucu saptanan kıymeti esas alınarak hesaplanan gümrük ve katma değer vergileri, dampa karşı vergi ve bu verginin matraha dahil edilmesi suretiyle hesaplanan katma değer vergisi, ek mali yükümlülük ve eşyanın yurt dışı edildiğinin kabulü gereken kısmına isabet eden vergiler yönünden iptaline ilişkin hüküm fıkraları kesinleşmiş olup temyiz istemine konu kısım; kararın, işlemin yurt içinde kaldığı sabit olan eşyaya ait faturada yer alan kıymete göre hesaplanan gümrük ve katma değer vergilerine isabet eden bölümünün iptaline ilişkin hüküm fıkrası olduğundan giriş gümrük müdürlüğüne ibraz edilen fatura ile çıkış gümrüğüne ibraz edilen faturanın karşılaştırılmasından; iki kalem halinde TIR karnesi kapsamında yurda giren eşyanın bir bölümünün, dört kalem içeren fatura ibrazı suretiyle yurt dışı edildiği, Cilvegözü Gümrük Müdürlüğüne ibraz edilen faturada yer alıp da Derince Gümrük Müdürlüğüne ibraz edilen faturada yer almayan yurt içinde bırakıldığı Mahkeme tarafından da kabul edilen eşyaya isabet eden ve yukarıda kesinleştiği saptanan kısımlarla ilgisi bulunmayan vergiler yönünden davanın reddi gerekirken, anılan kısım yönünden işlemin iptali yolunda verilen ısrar kararında hukuka uyarlık görülmediği hakkında DVDDK, 17.1.2018, E. 2017/616, K. 2018/8 sayılı kararı; Vergi mahkemesince verilen ilk kararın diğer hüküm fıkralarının bozulmasından sonra verilen ısrar kararının varlığı, ilk kararın kesinleşen hüküm fıkrasının yeniden temyizden incelenmesini olanaklı kılmayacağından, vergi idaresinin, özel usulsüzlük cezasına yönelttiği temyiz iddialarının incelenmesine olanak bulunmadığı ve davalı idarenin temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği hakkında DVDDK, 05.12.2018, E. 2018/628, K. 2018/971 sayılı kararı; İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin davaya ilişkin olarak vermiş olduğu dava konusu işlemin kısmen iptali, kısmen reddi yolundaki 26.05.2006 gün-*

larda, Danıştay ilgili dairesince verilen kararlar kesin olduğu için, ilk derece mahkemesince verilen kararlar bozulsa dahi ısrar başvurusuna konu edilemeyecektir.

İlk derece mahkemesi veya istinaf dairesi kararının Danıştay tarafından bozulması üzerine ilk derece mahkemesi ya bozma kararına uyarak bozmaya uyma kararı verecek ya da ilk kararında ısrar edecek olup bunun dışında bir seçeneği de bulunmamaktadır²⁴.

4. *Temyize tabi olan kararda ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesi direnmelidir*²⁵. Buna göre ilk derece mahkemesi veya istinaf dairesi temyiz incelemesi üzerine Danıştay tarafından bozulan kararının temyiz merci kararından daha isabetli ve yerinde olduğunu veya 2577 sayılı Kanunun 49. maddesinde sayılan bozma nedenlerinden birinin varlığının bulunmadığını düşünüyorsa, bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar edebilir²⁶. Ancak karar düzeltme yolu açık olan davalarda

lü, E:2004/1604, K:2006/1377 sayılı ilk karara karşı temyiz yoluna taraflarca başvurulduğu; Danıştay Onuncu Dairesi'nin 19.10.2012 günlü, E:2011/6909, K:2012/5130 sayılı kararıyla, kararın iptale yönelik kısmının değişik gerekçeyle onandığı, davanın reddine yönelik kısmının ise bozulduğu; dolayısıyla kararın, iptale yönelik kısmının kesinleştiği açık olup; bu aşama da davalı idarenin temyiz isteminin incelenmesine olanak bulunmadığı hakkında davalı idarenin temyiz isteminin incelenmeksizin reddine; davacının temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 4. İdare Mahkemesi ısrar kararının bozulması hakkında DİDDK, 18.05.2016, E. 2014/1127, K. 2016/2104 sayılı kararı.

²⁴ ÇAĞLAYAN, Kanun Yolları, s. 97.

²⁵ *Vergi mahkemesi kararı, davada idari merci tecavüzü bulunduğu, dilekçe ve eklerinin şikayet merciine tevdiine karar verilmesi gerekirken davanın esası hakkında karar verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulduğundan ve uyuşmazlığın esasına ilişkin temyiz incelemesi yapılmadığından, bu incelemenin Kurulumuzca değil, ilk derece yargı yerince verilen kararları temyizen incelemekle görevli vergi dava dairesince yapılması gerektiğinden temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddine, kararın, iptale ilişkin hüküm fıkrası temyizen incelenmek üzere dosyanın Danıştay Dördüncü Dairesine gönderilmesi hakkında DVDDK, 14.12.2016, E. 2016/1326, K. 2016/1267 sayılı kararı.*

²⁶ YILDIRIM, Ramazan; *Türk İdari Rejimi Dersleri (İdari Yargılama Hukuku) C.3*, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s. 351; ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 807; YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI Serkan; *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 298.

davanın taraflarınca karar düzeltme talep edilmişse, bu istemin görüşülmesinden sonra ısrar yoluna gidilebilir²⁷.

İlk derece mahkemesi veya istinaf dairesi Danıştay kararına uymayarak ilk kararında direnecekse bu kararında Danıştay bozma kararındaki hususları da karşılamalıdır. Nitekim konuya ilişkin olarak İdari Dava Daireleri bir kararında bu hususu; "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 24. maddesinin (e) fıkrasında, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesinin belirtileceği hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından temyiz incelemesi yapılabilmesi için, idare mahkemelerinin ısrar kararlarında, Danıştay bozma kararlarına neden ısrar edildiğinin açıkça anlaşılması gerektiğinden, Danıştay 17. Dairesince, dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle İstanbul 9. İdare Mahkemesinin esastan yaptığı inceleme sonucu verdiği karar bozulmuş olmasına rağmen, Mahkemece, yetki ile ilgili konuda bir değerlendirme yapılmadan ve bu hususa ilişkin bir gerekçeye dahi yer verilmeden işin esası hakkında yeniden aynı yönde verilen "ve mahkeme tarafından hiç bir gerekçe taşımamasına rağmen" ısrar olarak nitelendirilen kararda, bu yönüyle de hukuki isabet bulunmadığı" şeklinde ifade etmiştir²⁸.

İlk derece mahkemesi veya istinaf dairesince Danıştay tarafından bozulan karara karşı ısrar ederken neden ısrar edildiği de açıklanmalıdır. Danıştay İdari Dava Daireleri bir kararında, ilk derece mahkemesince davanın esası hakkında verilen kararın Danıştay dairesince süre aşımı nedeniyle bozulması üzerine ilk derece mahkemesince ilk kararında

²⁷ Davacı adına, ihtirazi kayıtla verilen katma değer vergisi düzeltme beyannameleri üzerine 2011 yılının Ocak ilâ Eylül, Kasım, Aralık dönemleri için tahakkuk eden katma değer vergisi, damga vergisi ve hesaplanan gecikme faizi ile %50 oranında kesilen vergi ziyayı cezalarını kaldıran vergi mahkemesi kararının, Danıştay 3. Dairesince bozulması üzerine, dosyanın ilk derece Mahkemesince 22.6.2018 tarihinde esas kaydına alınmasından sonra, 26.7.2018 tarihinde Mahkeme kaydına giren dilekçe ile karar düzeltme isteminde bulunan davacının bu istemi hakkında karar verilmeksizin, vergilendirmenin kaldırılması yolunda ısrar kararı verilmesi, yargılama usûlü kurallarına aykırı olduğundan, ısrar kararının bozulması gerektiği hakkında DVDDK, 26.12.2018, E. 2018/1149, K. 2018/1030 sayılı kararı; DİDDK, 26.01.2017, E. 2014/5530, K. 2017/246 sayılı kararı.

²⁸ DİDDK, 04.06.2018, E. 2016/635, K. 2018/2889 sayılı kararı.

ısrar edilirken neden süre aşımı bulunmadığının kararda ifade edilmesini hukuka aykırı bulmuştur²⁹.

Kanaatimizce de, ısrar kararı verilirken bu kararda önceki kararın aynısını yazılması zorunda olmayıp yeni kararda önceki karardan farklı gerekçelere yer verilebilir. Bu kararda özellikle Danıştay ilgili Dairesinin bozma gerekçelerinde yer alan hususları çürütecek nitelikte ilave gerekçelere yer verilmelidir.

İsrar eden mahkemenin yetki değişikliği nedeniyle değişmesi durumunda da yeni yetkili kılınan Mahkeme de kendisinden önce yetkili olan Mahkeme kararında ısrar edebilecektir³⁰.

Öte yandan, Danıştay'ın bozma kararı üzerine dosya kendisine gelen ilk derece mahkemesi veya istinaf dairesince bozma kararında belirtilen bozma sebepleri doğrultusunda gerekli inceleme ve araştırma yapıldıktan sonra önceki (bozulan) kararının aynısını vermiş olması da ısrar kararı olarak kabul edilemez³¹. Ancak, Danıştay ilgili Kurulları bu

²⁹ "davacının, hazırlık sınıfının okutulmaması istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile tazminat istemiyle açılan davada mahkemece verilen iptal ve kabul kararı verilmesi üzerine Danıştay Dairesince davanın süre aşımı nedeniyle reddi gerektiğinden bozulması üzerine ilk derece mahkemesi tarafından ısrar edilmişse de, Danıştay İDDK dava açma süresi geçtikten sonra dava açıldığını belirttikten sonra mahkemece verilen ısrar kararının, Dairece davada süre aşımı bulunduğu bahisle bozulmuş olmasına rağmen, mahkemece Dairenin usule yönelik bu bozma kararına neden uyulmadığını gerekçelendirilmeksizin verilen ısrar kararında bu yönüyle de hukuka aykırılık bulunmadığı" hakkında DİDDK, 21.06.2018, E. 2016/1893, K. 2018/3402 sayılı kararı.

³⁰ Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 13.01.2012 tarih ve 06 sayılı kararıyla Tunceli ilinin Malatya İdare Mahkemesi yargı çevresinden çıkartılarak, Elazığ İdare Mahkemesi yargı çevresine bağlanması nedeniyle Malatya İdare Mahkemesi'nin 12.09.2014 günlü, E:2014/985, K:2014/807 sayılı yetki ret kararıyla dosyanın Elazığ 1. İdare Mahkemesi'ne gönderilmesinden sonra, adı geçen Mahkemece bozma kararına uyulmayarak, dosyasında yapılan keşif neticesinde hazırlanan bilirkişi raporunda ortaya konulduğu sonucuna varıldığından, anılan raporun hükme esas alınabilecek nitelikte olduğu gerekçesi eklenmek suretiyle dava konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararda ısrar edilmesi üzerine anılan kararın onanması hakkında DİDDK, 12.02.2018, E. 2015/1478, K.2018/388 sayılı kararı.

³¹ CANDAN, s. 1044; Yazar'a göre, kararı bozulan ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesince, araştırma ve incelemede eksiklik olmadığı, maddi uyuşmazlığın saptanmasında ve hukuki nitelimesinde hata yapılmadığı, uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk kuralının tespiti ve yorumu doğru yapıldığı, ilk inceleme sırasında verilen kararlarda herhangi bir yanlışlığın bulunmadığı, ilgili usul kurlarının doğru uygulandığı, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk hallerinin bu

başvuruyu ısrar olarak kabul edebileceği gibi ısrar olarak kabul etmemesi durumunda ise dava dosyasını ilgili Daireye temyiz incelemesi için gönderecektir. Aksi durum bozma üzerine verilen kararın, bozma kararına uygun bir karar olmadığı ve ısrar niteliğinde olduğu gerekçesiyle Daire tarafından dosya ilgili Kurula gönderilmesi şeklinde de gerçekleşebilir³².

5. *İlk derece mahkemesi veya istinaf dairesi tarafından direnilen bu karara karşı karar aleyhine olan tarafça yeniden temyiz yoluna başvurulmalıdır*³³. Danıştay tarafından verilen bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesince verilen ısrar kararının ilgili Kurul önüne gelmesi ancak kararın temyiz edilmesi halinde mümkündür³⁴. Mahkeme kendiliğinden dosyayı ilgili kurula gönderemeyeceği gibi temyiz yeri olarak ilgili Kurullar kendiliğinden temyiz incelemesi de yapamaz³⁵. Burada kararı temyiz etme yetkisi ise aleyhine karar verilmiş olan tarafa aittir³⁶.

lunduğu veya bulunmadığı, tazminat hesabının ve takdirin doğru olduğu gibi konularda ısrar edilebilir (CANDAN, s.1045).

³² D.9.D, 29.12.2016, E. 2016/15943, K. 2016/11747 sayılı gönderme kararı.

³³ *Davalı idare tarafından temyiz istemine konu yapılan vergi mahkemesi kararı, davanın reddine ilişkin olup söz konusu kararın temyiz edilmesinde davalı durumundaki vergi dairesi müdürlüğünün hukuksal yararı ve menfaati bulunmadığı hakkında DVDDK, 23.10.2018, E. 2018/817, K. 2018/759 sayılı kararı; Bozma kararı üzerine verilen vergi mahkeme kararının varlığı ısrar kararının kesinleşen hüküm fıkrasının yeniden temyizen incelenmesini olanaklı kılmayacağından, davalı idarenin temyiz iddialarının incelenmesini olanak bulunmadığından, temyiz isteminin incelenmeksizin reddi hakkında, DVDDK, 14.11.2018, E. 2018/966, K. 2018/927 sayılı kararı; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 28.12.2017 günlü, E. 2017/3666, K.2017/4846 sayılı kararı ile davacının temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına 'kesin' olarak karar verilmesi üzerine harç ve giderlerin ödenmemiş olduğundan bahisle temyiz incelemesi üzerine verilen temyiz isteminde bulunulmamış sayılmasına ilişkin kararların kesin olduğu kurala bağlandığından, davacı tarafından temyiz isteminde bulunulmasına yasal olanak bulunmadığından temyiz isteminin incelenmeksizin reddi hakkında DİDDK, 26.06.2018, E. 2018/1938, K. 2018/3584 sayılı kararı.*

³⁴ YILMAZOĞLU, s. 915.

³⁵ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 807; ÇAĞLAYAN, Kanun Yolları, s. 96.

³⁶ YILDIRIM / ÇINARLI, s. 298; CANDAN, s. 1045; YILMAZOĞLU, s. 920; İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin 24.9.2014 günlü, E:2014/1871, K:2014/1678 sayılı kararıyla; davacının görevine son verilmesine ilişkin herhangi bir idari işlemin bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verildiği, anılan kararın Danıştay İkinci Dairesinin 16.4.2015 günlü, E:2015/104, K:2015/4483 sayılı kararıyla; davacının yöneticilik görevinin, 6528 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin icrası amacıyla sona erdirildiği, söz konusu uygula-

C. İsrar Kararının İçeriği Bozulan Kararla Aynı Olması Gerekip Gerekmediği

İlk derece mahkemesince verilen kararın Danıştay tarafından bozulması üzerine ilk derece mahkemesince ilk kararında ısrar edilmesi durumunda ilk kararın gerekçesine aynen yer verilip verilmeyeceği konusunda mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır³⁷. Aynı şekilde ısrar kararının niteliği ve özellikleri konusunda da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde de ısrar kararının içeriğinin ne şekilde olacağı ve önceki kararın aynı içeriği taşıyıp taşımayacağı, özellikle ısrar kararı veren mahkemenin önceki kararından farklı gerekçelere yer verip vermeyeceği hususları tartışma konusu yapılmıştır³⁸. Bu konudaki görüşlerden ilkinde göre, ilk derece mahkemesi ısrar ettiği kararda aynı kararı vermeli ve bu kararında herhangi bir değişikliğe gitmemelidir³⁹. Bu görüşün aksini savunanlara göre ise, ilk kararında direnecek olan mahkeme tarafından özellikle bozma kararındaki gerekçeler de dikkate alınarak ısrar kararı genişletilebilir ve ek gerekçeler ilave edilebilir ancak mahkemece ilk kararın ana gerekçesinde bir değişikliğe gidilmemeli-

manun, Milli Eğitim Bakanlığınca fiili olarak yerine getirilen bir "icrai işlem" olduğu, buna göre, İdare Mahkemesi'nce işin esasına girilmek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, yönetimde kurulmuş idari davaya konu olabilecek bir işlemin varlığından söz edilemeyeceğinden bahisle davanın incelenmeksizin reddedilmesinde hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesince, bozma kararına uyulmayarak ilk kararda ısrar edilmesi ve davalı idarece anılan kararın temyizinde konu kararın, davalı idarenin aleyhine hüküm içeren bir karar olmadığı anlaşıldığından, söz konusu kararı temyiz etmekte davalı idarenin hukuki bir yararı bulunmamakta olup, bu nedenle idarenin temyiz isteminin incelenmesine olanak bulunmadığından, davalı idarenin temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği hakkında DİDDK, 18/05/2016, E.2016/1975, K.2016/2096 sayılı kararı; "temyizle konu İstanbul 1. İdare Mahkemesinin davanın reddi yolundaki ısrar kararının davalı idarenin aleyhine bir karar olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği" hakkında DİDDK, 26.01.2017, E. 2015/4313, K. 2017/247 sayılı kararı.

³⁷ ÖZDEMİR, s. 29.

³⁸ ÖZDEMİR, s. 30; YILMAZOĞLU, s. 912.

³⁹ ÇAĞLAYAN, Kanun Yolları, s. 96; YILDIRIM, Türk İdari Rejimi, s. 351; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 807; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil; Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 872-873; YILDIRIM / ÇINARLI, s. 298; ÇAĞLAYAN, Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme, s. 415.

dir⁴⁰. Ayrıca kimi yazarlar ise, mahkemenin bozma kararı üzerine gerekli inceleme ve araştırmayı yaptıktan sonra ilk kararındaki hukuki sebebe dayalı olarak ilk kararında ısrar edebileceğini de savunmaktadır⁴¹.

İsrar edilen kararın içeriği ve gerekçesi konusunda Danıştay kararlarında konu farklı şekillerde ele alınmıştır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelen bir uyuşmazlıkta; "İstanbul 9. İdare Mahkemesince, davacının iddialarının 6183 sayılı Yasanın 55. maddesi anlamında böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı iddialarını karşılayacak nitelikte olmadığı ve ancak tahakkuk işlemine karşı açılacak davada incelenebileceği gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen, 25/11/2010 günlü, E:2010/170, K:2010/1595 sayılı kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, Danıştay 17. Dairesinin 30/09/2015 günlü, E:2015/401, K:2015/3649 kararıyla, davacının iddialarının, ödeme emrine konu edilecek kamu alacağı olmadığı, borcu olmadığı iddiası olarak nitelenip incelenmesinin zorunlu bulunduğu gerekçesiyle bozulduğu; anılan bozma kararı üzerine İstanbul 9. İdare Mahkemesinin 07/11/2017 günlü, E:2017/786, K:2017/2069 sayılı kararıyla (her ne kadar kararda, bozma kararına uyulmayıp, kısmen ısrar edilerek denilmişse de) dava konusu ödeme emrinin iptaline karar verildiği, temyize konu kararda, davanın reddi yolundaki ilk kararda ısrar edilmediği; dava konusu işlemin iptaline karar verildiği ve verilen kararın ısrar kararı niteliğinde bulunmadığı, dolayısıyla, temyiz incelemesinin Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nca yapılamayacağı sonucuna varıldığından esas kaydının kapatılarak, dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Danıştay Onuncu Dairesine gönderilmesi" şeklinde karar verilmiştir⁴².

⁴⁰ TOPUZ, İbrahim/ ÖZKAYA, Kadir; *Açıklamalı- İçtihatlı İdari Yargılama Usul Kanunu*, Ankara 2002, s. 933; HONDU, s. 51; CANDAN, s. 1043-1044; ÖZDEMİR, s. 36.

⁴¹ ODYAKMAZ, Zehra; *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul 1993, s. 87.

⁴² DİDDK, 17.12.2018, E. 2018/4264, K. 2018/5568 sayılı kararı; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu ise özel usulsüzlük cezasına karşı açılan davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin kararın Danıştay tarafından bozulması üzerine vergi mahkemesince Vergi Dava Daireleri Kurulunun, 21.3.2018 gün ve E. 2018/117, K. 2018/140 sayılı kararının da bu yönde olduğu ek gerekçesiyle aynı kararında ısrar edilmesi üzerine ısrar kararının onanmasına karar verdikten sonra *Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun görevi, sözü edilen kararlara karşı yapılan temyiz başvurularının incelenmesini kapsadığından, kararın, ısrar niteliği taşımayan vekalet ücretine ilişkin hüküm fıkrasına yönelik temyiz incelemesinin Kurulumuzca değil, Danıştay Dördüncü Dairesi tarafın-*

İlk derece mahkemesi kararının kısmen onanıp kısmen bozulması durumunda, ilk derece mahkemesince kararında ısrar edilirse temyiz merciinin onadığı kısım kesinleşmiş iken sadece bozulan kısım ilgili Kurul tarafından ısrar yoluyla incelenecektir⁴³.

Danıştay'ın bozma kararı üzerine mahkemenin yeniden ilk kararında ısrar etmesinden önce davanın taraflarından bozulan karar lehine olan tarafın bozma kararına uyulması yönünde karar verilmesini istemesi halinde mahkeme artık ısrar kararı veremeyecektir⁴⁴.

Kanaatimizce, yukarıda da belirttiğimiz üzere ısrar kararı verilirken bu kararda önceki kararın aynısını yazılması zorunda olmayıp yeni kararda önceki karardan farklı gerekçelere yer verilebilir. Bu kararda özellikle Danıştay ilgili Dairesinin bozma gerekçelerinde yer alan hususları çürütecek nitelikte ilave gerekçelere yer verilmelidir.

II. ISRAR YOLUNA BAŞVURABİLECEK OLAN İDARİ YARGI MERCİİLERİ

Ülkemizde 20 Temmuz 2016 tarihinde istinaf makamları ve daireleri fiilen göreve başlamışlardır. Anılan tarihten önce verilen ilk derece idare ve vergi mahkemesi kararları için ısrar yoluna başvuracak olan mahkeme ile anılan tarihten sonra verilen ilk derece idare ve vergi mahkemesi kararları için ısrar yoluna başvuracak olan makamlarda farklılık bulunmaktadır.

20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilen ve temyiz yoluna başvuru kararların Danıştay ilgili dairesince bozulması üzerine ilk derece mahkemesi olan idare ve vergi mahkemeleri ilk kararlarında ısrar edebilirler.

dan yapılması gerektiği gerekçesiyle davacının temyiz isteminin reddine; kararın, ısrar niteliği taşımayan vekalet ücretine ilişkin hüküm fıkrasına davalı idare tarafından yöneltilen temyiz incelemesi sonuçlandırılmak üzere dosyanın Danıştay Dördüncü Dairesine gönderilmesine, karar vermiştir. DVDDK, 05.12.2018, E. 2018/685, K. 2018/972 sayılı kararı.

⁴³ YILDIRIM, Türk İdari Rejimi, s. 351; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 808; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, İdari Yargılama, s. 873.

⁴⁴ ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 808; YENİCE, Kazım/ESİN, Yüksel; Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara 1983, s. 731; ÇAĞLAYAN, Fransa-Türkiye Mukayeseli Bir Deneme, s. 416.

20 Temmuz 2016 tarihinden sonra verilen bütün kararlarda istinaf yoluna başvurulması⁴⁵ mümkündür. Ancak Danıştay'ca verilen bozma kararlarının aksine istinaf dairesince ilk derece mahkemesi kararlarının kaldırılması halinde bu karara karşı ilk derece mahkemesinin ısrar hakkı bulunmamaktadır. 2577 sayılı Kanunun 46. maddesinde sayılan ve temyiz yolu açık olan davalar haricinde istinaf dairesince verilen kararlar kesin nitelikte olup, 46 maddede sayılan davalarda taraflar temyiz yoluna gidebilecektir. Temyiz yoluna başvurulabilen bölge idare mahkemesi kararlarından Danıştay'ın ilgili dairesince bu kararların bozulması halinde ise bu bozma kararına karşı ısrar hakkı sadece ilgili bölge idare mahkemesi dairesine aittir. İlk derece mahkemesinin bu kararlara karşı ısrar hakkı bulunmamaktadır.

⁴⁵ İstinaf müessesesi hakkında geniş bilgi için bkz. HASBUTCU, Sebahattin Taha; *İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; BİLGİN, Hüseyin; *99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; AVCI Mustafa; *İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017; ÇINARLI Serkan; *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018; SEZGİNER, Murat; "İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları", *TC Danıştay Başkanlığı*, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2018, Ankara, s. 111-134; TOKLU, Esat; "Türk İdari Yargısının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *TC Danıştay Başkanlığı*, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 10-11 Mayıs 2018, Ankara, s. 135-145; GÜLAN, Aydın; "Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanunuyolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek", *TC Danıştay Başkanlığı*, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 10 Mayıs 2016, Ankara, s. 19-28; SANCAKTAR, Oğuz; "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri" *TC Danıştay Başkanlığı*, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 10 Mayıs 2016, Ankara, s. 29-114; DEMİRKOL, Selami; "İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi" *TC Danıştay Başkanlığı*, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 10 Mayıs 2016, Ankara, s. 115-140; AKYILDIZ, Ali; "İstinafa İlkesel Bakmak" *TC Danıştay Başkanlığı*, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 12 Mayıs 2015, Ankara, s. 11-32; YILDIRIM, Ramazan; "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", *TC Danıştay Başkanlığı*, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 12 Mayıs 2015, Ankara, s. 33-54; KOÇ, Halil; "İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş", *TC Danıştay Başkanlığı*, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 12 Mayıs 2015, Ankara, s. 55-62; AVCI, Mustafa; "6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 152, s. 35-106; AVCI, Mustafa; "İdari Yargıda İstinaf", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 96, s. 179-204.

III. ISRAR EDİLEBİLECEK KARAR TÜRLERİ

A. İlk Derece İdare ve Vergi Mahkemelerinin Kararları

İsrar yoluna başvurulabilen ilk derece mahkemesi kararları sadece 20 Temmuz 2016 tarihinden önce bu mahkemelerce verilen nihai kararlardır. Bu tarihten sonra verilen kararlara karşı doğrudan temyiz yolu bulunmadığından, ısrar yetkisi de yoktur. Bu kararlara karşı istinaf yoluna başvurulacaktır.

Anılan kararların verildiği tarih itibarıyla 20 Temmuz 2016 tarihinden önce olanlar için Danıştay İdari / Vergi Daireleri Kurulları tarafından verilen kararlar için kararın verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde karar aleyhine olan tarafın karar düzeltme hakkı bulunmakta iken⁴⁶, 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren verilen kararlarda karar düzeltme kanun yolu kaldırıldığı için artık bu yola başvurulamayacaktır⁴⁷.

B. Bölge İdare Mahkemelerinin Kararları

20 Temmuz 2016 tarihinden sonra istinaf dava dairesi olarak bakılan davalarda bölge idare mahkemesi (ilgili istinaf dairesi) kararlarından 46. maddede 14 bent halinde sayılan kararlarına karşı temyiz yolu öngörülmüştür. Temyize tabi olan dava türleri şunlardır;

- a) Düzenleyici işlemlere karşı açılan iptal davaları (m.46/1-a).
- b) Konusu yüzbin TL'yi aşan vergi davaları, tam yargı davaları⁴⁸

⁴⁶ Sakarya Vergi Mahkemesi, 31.5.2016, E:2016/101, K:2016/524 sayılı kararının Danıştay 3. Dairesince bozulması ve bu karara karşı ilk derece mahkemesince ısrar kararı verilmesi üzerine, Vergi Dava Dairelerince ısrar istemi hakkında verilen kararın tebliğ tarihini izleyen on beş (15) gün içinde Danıştay nezdinde kararın düzeltilmesi yolu açık olduğu hakkında, DVDDK, 26.12.2018, E. 2018/708, K. 2018/1053 sayılı kararı; Benzer yönde DİDDK, 27.06.2018, E. 2016/2339, K. 2018/3718 sayılı kararı; DİDDK, 21.06.2018, E. 2016/355, K. 2018/3400 sayılı kararı.

⁴⁷ 2577 sayılı Kanununun 54. maddesi 6545 sayılı Kanununun 103/b maddesiyle yürürlükten kaldırılarak karar düzeltme yolu idari yargıda bir kanun yolu olmaktan çıkarılmıştır.

⁴⁸ Tam yargı davaları konusunda geniş bilgi için bkz. ATAY Ethem E. / ODABAŞI Hasan / GÖKCAN Hasan Tahsin; *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Ankara 2010; ÇAĞLAYAN Ramazan; "İdari Eylemlerden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, S. 3-4, s. 17-33; ARMAĞAN Tuncay; *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara 1997; ONAR Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, III. C. 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1797; GÖZLER Kemal, / KAPLAN Gürsel; *İdare Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş ve Dü-

ve idari işlemler hakkında açılan davalar (m.46/1-b).

c) Belli bir meslekten, kamu görevinden veya öğrencilik statüsünden çıkarılma sonucunu doğuran işlemlere karşı açılan iptal davaları⁴⁹ (m.46/1-c).

d) Belli bir ticari faaliyeti süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan iptal davaları⁵⁰ (m.46/1-d)⁵¹.

e) Müşterek kararname ile yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemlerine karşı açılan davalar da temyiz yoluna gidilecek kararlardır⁵² (m.46/1-e).

f) İmar planları ve parselasyon işlemlerinden kaynaklanan davalar⁵³ (m.46/1-f).

g) Tabiat Varlıklarını Koruma Merkez Komisyonu ve Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar ile 2960 sayılı Boğaziçi Kanunun uygulanmasından doğan davalar (m.46/1-

zeldilmiş 19. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2017, s. 738-802, 837-843; SANCARTAR Oğuz / US Eser / TURHAN Mine Kasapoğlu / ÖNÜT Lale Burcu / SEYHAN Serkan; *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s. 743-775.

⁴⁹ ... davacının, aylıksız izin onayının iptaline ilişkin işlem hakkında temyiz isteminin incelenmeksizin reddi hakkında D.2.D, 25.09.2018, E. 2018/2032, K. 2018/5029 sayılı kararı; öğretim üyesi olarak görev yapmakta olan davacının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile tecziyesine ilişkin işleminin iptali istemiyle açılan davada, temyiz isteminin incelenmeksizin reddi hakkında D.8.D. 27.06.2018, E. 2018/3450, K. 2018/3686 sayılı kararı.

⁵⁰ ... kamu ihalelerinden yasaklanma, belli bir ticari faaliyetin icrasını tümüyle engelleyecek nitelikte bir işlem olarak ve 2577 sayılı Kanununun 46/d maddesi kapsamında değerlendirilmeyeceği hakkında D.13.D, 04.02.2019, E. 2019/160, K. 2019/191 sayılı kararı.

⁵¹ Belli bir ticari faaliyetin icrasını süresiz veya otuz gün yahut daha uzun süreyle engelleyen işlemlere karşı açılan bir dava niteliğinde bulunmaması bakımından Bölge İdare Mahkemesi'nce istinaf başvurusu üzerine verilen kararın kesin olduğu hakkında D.15.D, 15.01.2019, E. 2018/687, K. 2019/93 sayılı kararı.

⁵² ... kadro yetersizliği nedeniyle atamasının yapılmamasına ilişkin işlemin iptali isteminde ... temyiz isteminin incelenmesine yasal olanak bulunmadığı hakkında D.2.D, 08.01.2019, E. 2018/4458, K. 2019/128 sayılı kararı.

⁵³ ... tescil harici alanların belediye adına tescil edilmesi isteminin reddine dair işlemin iptali isteminden kaynaklandığından Danıştay'da temyiz edilebilecek tutarı aşan tam yargı ve idari işlemler hakkında açılan davalar kapsamında mümkün olmadığı hakkında, D.6.D, 14.01.2019, E. 2019/21, K. 2019/193 sayılı kararı; ...3194 sayılı İmar Kanununun 15. ve 16. maddelerine dayanılarak yoldan ihdas ve ... ada, ... parsel sayılı taşınmazla tevhid edilmesi işleminin temyiz edilmesi mümkün olmadığı hakkında D.6.D, 28.12.2018, E. 2018/9512, K. 2018/10787 sayılı kararı.

g).

h) Maden, taş ocakları, orman, jeotermal kaynaklar ve doğal mineralli sular ile ilgili mevzuatın uygulanmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davalar (m.46/1-h).

ı) Ülke çapında uygulanan öğrenim ya da meslek veya sanatın icrası veyahut kamu hizmetine giriş amacıyla yapılan sınavlar hakkında açılan davalar (m.46/1-ı).

i) Liman, kruvaziyer limanı, yat limanı, marina, iskele, rıhtım, akaryakıt ve sıvılaştırılmış petrol gazı, boru hattı gibi kıyı tesislerine işletme izne verilmesine ilişkin mevzuatın uygulanmasından doğan davalar (m.46/1-i).

j) 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun ve 4283 sayılı Yap-İşlet Modeli İle Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun uygulanmasından doğan davalar (m.46/1-j).

k) 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun uygulanmasından doğan davalar (m.46/1-k).

l) 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun uygulanmasından doğan davalar (m.46/1-l).

m) Düzenleyici ve denetleyici kurullar tarafından görevli oldukları piyasa veya sektörle ilgili olarak alınan kararlara karşı açılan davalar (m.46/1-m)

Bu sayılan davalarda ilk derece mahkemesince verilen kararlara karşı önce bölge idare mahkemelerine istinaf başvurusu yapılacaktır. İstinaf dairesinin kararına karşı da Danıştay'a temyiz yoluna gidilebilecektir. İşte bu davalarda verilen bölge idare mahkemesi kararlarının Danıştay ilgili dairesince bozulması halinde bölge idare mahkemesince bu kararlara karşı ısrar yoluna başvurulabilecektir. Bu kararlar dışında kalan davalarda bölge idare mahkemesi kararları kesin olup artık ısrar yoluna gidilemeyecektir⁵⁴.

⁵⁴ 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesinde sayılan davalar arasında yer almayan davacıya Sinema Filmlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik uyarınca yapılan 15.000,00 TL'nin geri ödenmesinin istenilmesine ilişkin işlemin ... temyizden incelenmesine hukuki olanak bulunmadığı hakkında D.10.D, 07.01.2019, E. 2018/5527, K. 2019/48 sayılı kararı; ... isti-

IV. ISRAR EDİLEMEYECEK KARARLAR

A. Kesin Kararlar

20 Temmuz 2016 tarihinden sonra ilk derece mahkemelerince verilen ve konusu altı bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz. Dolayısıyla konusu 7.000,00 TL nin altında kalan bu uyuşmazlıklarda verilen kararlara karşı istinaf yoluna akabinde ise temyize başvurulmadığı için bu kararlara ısrar edilmesi de söz konusu olmayacaktır⁵⁵.

B. Bölge İdare Mahkemelerine İtiraz Yolu Açık Olan Kararlar

20 Temmuz 2016 tarihinden sonra kural olarak idare ve vergi mahkemelerince verilen bütün kararlara karşı istinaf yoluna başvurulacaktır. Ancak 20 Temmuz 2016 tarihinden önce ilk derece mahkemele-rince verilen ve 2577 sayılı Kanununun 45. maddesi uyarınca itiraz yolu açık olan kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacak olup dolayısıyla ısrar kararı da verilemeyecektir⁵⁶.

C. Temyiz Yolu Kapalı Olanlar

İstinaf daireleri kararlarının büyük çoğunluğu kesin nitelikte kararlardır. Bu kararlara karşı herhangi bir başvuru yolu bulunmamaktadır. Bu durumun istisnası olan karar ve dava türleri ise 2577 sayılı Kanununun 46. maddesinde tek tek sayılmış ve 2577 sayılı Kanunda bölge

kametinde yolcu taşıma amacıyla D1 yetki belgesi bulunan davacının, güzergahının değiştirilmesi işleminde temyizden incelenme olanağı bulunmadığı hakkında D.15.D, 16.01.2019, E .2018/5130, K. 2019/139 sayılı kararı.

⁵⁵ *dava konusu uyuşmazlık konusu tutarın toplam 1.000,00 TL olduğu dikkate alındığında istinaf ve temyiz istemine konu edilen mahkeme kararı kesin olup, söz konusu karara karşı idari yargı hukuk düzeni içerisinde herhangi bir kanun yoluna gidilemeyeceğinden, davalı idarenin temyiz talebinin incelenmesine hukuken imkân bulunmadığından temyiz isteminin incelenmesinin reddi hakkında D.10.D, 20.12.2018, E. 2018/5257, K. 2018/4153 sayılı kararı.*

⁵⁶ Tek hakimle verilen nihai kararların bölge idare mahkemesince bozulması üzerine bu kararlara karşı ilk derece mahkemesince ısrar edilemeyeceği ve bunun fayda sağlamayacağı hakkında HONDU, s. 49-50.

idare mahkemesi kararlarının 46. madde uyarınca temyizle açık olmayanları haricinde kesin olduğu açıkça ifade edilmiştir (m. 45/5,6)⁵⁷.

D. İvedi Yargılama Usulüne Tabi Kararlar

İvedi yargılama usulüne tabi olan davalarda istinaf yoluna başvurulamayacaktır (m.45/8). Bu davalarda doğrudan doğruya Danıştay'a temyiz yolu öngörülmüştür (m. 20A/2-g- m.20B/1-f). Bunun nedeni ise, uyumsuzluk konusu edilen hususta bir an evvel kesin karara ulaşılmak istenilmesidir⁵⁸.

İlk derece mahkemesinde ivedi yargılama usulü yoluyla görülen davalarda temyiz üzerine Danıştay'ca verilecek bozma kararına karşı ilk derece mahkemesinin ısrar hakkı bulunmamaktadır. Zira, Kanun hükmü gereği ivedi yargılama usulünde Danıştay'a istinaf mahkemesi niteliği verilmektedir. Danıştay'ın temyiz incelemesi sonucunda verdiği

⁵⁷ 2577 sayılı Kanununun 45. maddesinin 5. fıkrası kapsamında, bu fıkra uyarınca verilen kararlar kesin olduğu hakkında D.4.D, 24.12.2018, E. 2018/7015, K. 2018/14508 sayılı kararı; davanın incelenmeksizin reddine karar verildiği, karara karşı yapılan istinaf başvurusu üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. Vergi Dava Dairesinin 26.09.2018 gün ve E. 2018/171, K. 2018/1175 sayılı kararı ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve belirtilen hususlar gözetilerek yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının Mahkemesine iadesine karar verildiği, ancak bu karara karşı temyiz isteminin incelenmesine olanak bulunmadığından, temyiz isteminin incelenmeksizin reddi hakkında D.4.D, 03/12/2018, E. 2018/8996, K. 2018/12388 sayılı kararı.

⁵⁸ İvedi yargılama usulü uygulanacak olan dava türleri 2577 sayılı Kanununun 20/A maddesinin 1. fıkrasında 6 bent halinde ve 20/B maddesinde de iki ayrı sınav türü olarak sayılmıştır. Buna göre; 1. İhaleden yasaklama işlemleri hariç ihale işlemlerine karşı açılan davalar. (m. 20A/1-a) 2. Acele kamulaştırma işlemlerine ilişkin davalarda ivedi yargılama usulü uygulanacaktır (m.20A/1-b) 3. Özelleştirme Yüksek Kurulu (ÖYK) tarafından alınan kararlara karşı açılan davalarda yine ivedi yargılama usulü uygulanacaktır (m. 20A/1-c) 4.2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu uyarınca yapılan satış, tahsis ve kiralama işlemleri de ivedi yargılama usulü uygulanacak davalardandır (m. 20A/1-d) 5. 2872 sayılı Çevre Kanunu uyarınca verilen idari yaptırım kararları (idari para cezaları ve faaliyetten men kararları) hariç olmak üzere çevresel etki değerlendirilmesi sonucunda alınan kararlar ivedi yargılama kapsamına alınmıştır. (m.20A/1-e) 6. Kentsel Dönüşüm davaları diye de bilinen 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun uyarınca alınan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı açılan davalarda ivedi yargılama usulü uygulanacaktır (m.20A/1-f) 7. Millî Eğitim Bakanlığı (MEB) ile Ölçme, Seçme, Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılan merkezi ve ortak sınavlar, bu sınavlara ilişkin iş ve işlemler ile sınav sonuçları hakkında açılan davalardır (m.20/B). BİLGİN, Hüseyin / ERARSLAN, Yunus; "6552 Sayılı Kanunla 2577 sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, s. 122-132.

kararlar kesindir (m.20A/2-j; 20/B-1/h).

Ancak ilk derece mahkemesinin ivedi yargılama usulünde gördüğü bir davada bu usul uygulanarak verilen kararın temyiz edilmesi üzerine, ilgili Danıştay Dairesinin bu kararı ivedi yargılama kapsamında görmemesi ve bu nedenle bu kararı bozması halinde, ilk derece mahkemesince kararının ivedi yargılama usulüne tabi olduğu yönündeki görüşü ile önceki kararında ısrar edebilir. Burada ısrar edilen konu ivedi yargılama usulüne tabi davanın esası olmayıp dava hakkında ivedi yargılama usulü uygulanıp uygulanmayacağıdır⁵⁹.

E. İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla Danıştay'da Açılan Davalar

Danıştay dava dairelerinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen davalara⁶⁰ karşı temyiz yoluna başvurulabilir (m.46/1). Bu davalara karşı doğrudan ilgili (vergi veya idari) dava daireleri kurullarına temyiz başvurusu yapılacaktır. Bu davalarda idari/vergi dava daireleri kurullarının vermiş olduğu kararlar da kesin kararlardır. Bu nedenle ilgili Kurullarca kararın bozulması halinde de ilk derece olarak davaya bakan Danıştay dairesince ilk kararında ısrar edilemeyecektir⁶¹. Bu kararlara karşı ilgili Danıştay Dairesinin direnme hakkı bulunmadığı için uyuşmazlığın bozma kararı doğrultusunda çözümlenmesi gerekmektedir⁶².

⁵⁹ DİDDK, 11/04/2016, E. 2016/1436, K. 2016/1499 sayılı kararı; Milli Eğitim Bakanlığı Taşra Teşkilatı Şube Müdürlüğü Görevde Yükselme Sözlü Sınavının iptali istemiyle açtığı bu davanın ise, madde hükmünde öngörülen "merkezi ve ortak sınav" kapsamında değerlendirilemeyeceği hakkında DİDDK, 04/02/2016 E. 2016/90, K. 2016/156 sayılı kararı.

⁶⁰ Danıştay'ın ilk derece sıfatıyla baktığı davalar; **a)** Cumhurbaşkanı kararları, **b)** Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemler, **c)** Bakanlıklar ve kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler, **d)** Danıştay İdari Dairesince veya İdari İşler Kurulunca verilen kararlar üzerine uygulanan eylem ve işlemler, **e)** Birden çok idare veya vergi mahkemesinin yetki alanına giren işler, **f)** Danıştay Yüksek Disiplin Kurulu kararları ile bu Kurulun görev alanı ile ilgili Danıştay Başkanlığı işlemlerine, karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ile tahkim yolu öngörülme-yen kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan idari davalardır. (2575 S.K. m. 24).

⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, s. 522; CANDAN, s. 1043.

⁶² ÖZTÜRK, s. 1032; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil; *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 870.

VI. ISRAR KARARININ GÖRÜŞÜLECEĞİ DAVA DAİRELERİ KURULLARI

İsrar kararına karşı temyiz incelemesi yapacak olan Kurullar davanın türüne göre farklılık göstermektedir. Buna göre, dava konusu edilen uyuşmazlığın idare mahkemesi ve bölge idare mahkemesinin idari dava dairesi görevine giren bir konuya ilişkin olması halinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca, vergi mahkemeleri ve bölge idare mahkemesinin vergi dava dairesi görevine giren bir konuya ilişkin olması halinde ise Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca çözümlenecektir.

A. İdari Dava Daireleri Kurulu

İdari dava daireleri kurullarının görevleri 2575 sayılı Kanununun 38. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre, İdari Dava Daireleri Kurulu idare mahkemelerince verilen ısrar kararlarını ve Danıştay İdari Dava Dairelerinde ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen incelemektedir⁶³ (m.38/1-a,b). Burada ilk derece mahkemesi kararları denilmesine rağmen yukarıda da izah ettiğimiz üzere, istinaf başvuru yolunun getirilmiş olmasıyla birlikte artık İdari Dava Daireleri Kurulu idare mahkemelerince verilen ısrar kararları yanında Bölge İdare Mahkemeleri İdari Dava Dairelerinin temyiz yolu açık olan kararlarında vermiş oldukları ısrar kararını temyizen inceleyecektir. Yasa metninde değişiklik yapılarak Bölge İdare Mahkemelerinin idari dava daireleri ibaresi de madde metnine eklenmelidir.

Danıştay İdari Dava Dairelerinin oluşumunu iki ayrı başlık altında incelemek mümkündür. Zira, 6352 sayılı Kanunla getirilen geçici hükümle birlikte getirilen ve daha sonra 6372 sayılı Kanunla ve 696 sayılı KHK (7079 sayılı aynen kabul edilen Kanun) ile uzatılan süre ile 2022 yılına kadar idari dava daireleri sabitlenmiş ve artık uyuşmazlıklar bu Kurul tarafından çözümlenecektir⁶⁴. 2022 tarihinden sonra ise 2575 sayılı Kanunun 17. maddesi uygulanmaya başlayacaktır⁶⁵.

⁶³ ... dava dairesi olmayan Danıştay Birinci Dairesi kararının temyiz ya da itiraz yoluyla Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca incelenmesine olanak bulunmadığı hakkında DİDDK, 25/12/2017, E. 2017/3743, K. 2017/4541 sayılı kararı.

⁶⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri her idari dava dairesinden en az bir üye olması kaydıyla 14 sabit üyeden oluşacaktır. Bu üyeler Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilecektir (Geçici madde 24/1-a). İdari Dava Dairelerinde görevlendirilen bu üye-

İdari Dava Daireleri Kurulundaki birikimleri eritme adına yapılan değişikliklerin iş yükünde azalmaya katkı sağlayıp sağlamadığını iş cetvellerine bakarak anlamak mümkündür. Mevcut iş yükü ile birlikte özellikle ısrar edilen kararların yıllara göre durumu aşağıda verilmiştir.

*** İdari Dava Daireleri Kurulunun 2012-2018 Yılları Arası Açılan, Karara Bağlanan ve Devreden Toplam Başvuru ile İsrar Edilen Dosyalarının Dağılımı⁶⁶**

ler Kurulda sürekli olarak görev yapacaklardır. Danıştay Genel Kurulu iş durumunu nazara alarak bu üyelerin kendi Dairelerindeki çalışmalara da katılmasına karar verebilir (Geçici madde 24/1-b). Hali hazırda Kurulun toplantı ve görüşme yeter sayısı da 11 olarak belirlenmiştir. Toplantıya katılan üyelerin oy çokluğu ile de karar alınacaktır (Geçici madde 24/1-c).

⁶⁵ İdari Dava Daireleri Kurulu, idari dava dairelerinin başkanları ile her idari dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen iki asıl ve iki yedek üyeden oluşacaktır (m. 17/1). İki yıllık süre sonunda Başkanlık Kurulunca idari dava daireleri kurulundaki üyelerin yarısı iki yıl süreyle yeniden görevlendirilirken, diğer yarısı kurulda daha önce görevlendirilmeyen üyeler arasından yenilenir (m.17/1). Asıl üyenin görevini geçici olarak yerine getirememesi durumunda ilgili daireden, zorunlu hallerde diğer dairelerden görevlendirilen yedek üye kurul toplantılarına katılır. Kurulların asıl veya yedek üyeliklerinde boşalma olması hâlinde Başkanlık Kurulu tarafından yedi gün içinde, kalan süreyi tamamlamak üzere yeni üye görevlendirilir (m.17/1). İdari Dava Daireleri Kurullarına Danıştay Başkanı başkanlık edebileceği gibi Başkan vekillerinden birisi de başkanlık edebilir. Danıştay Başkanı veya başkan vekillerinden birisinin bulunmaması halinde ise, Daire Başkanlarından en kıdemlisi kurula başkanlık edecektir (m. 17/2). İdari Dava Daireleri Kurulu için toplantı ve görüşme yeter sayısı on beştir (m. 17/3). Toplantılarda hazır bulunanların çift sayıda olması yani 16 kişinin tamamının katılması halinde en kıdemsiz üye Kurul toplantısına katılamayacaktır (m.17/4). Kurulda kararlar oy çokluğu ile alınacaktır (m. 17/5).

⁶⁶ Danıştay internet sitesi ve UYAP kayıtları esas alınarak hazırlanmıştır.

YIL	TÜRÜ	YENİ GELEN	KARARA BAĞLANAN	ERTESİ YILA DEVREDEN
2018	Toplam Dava ⁶⁷	7011	5889
	<i>İsrar Edilen</i>	284	915	559
2017	Toplam Dava		6500	7176
	<i>İsrar Edilen</i>	360	1189	893
2016	Toplam Dava		5470	8327
	<i>İsrar Edilen</i>	1027	902	1723
2015	Toplam Dava		5710	6334
	<i>İsrar Edilen</i>	1249	1444	1598
2014	Toplam Dava		5332	6893
	<i>İsrar Edilen</i>	1397	1494	1793
2013	Toplam Dava		4771	6361
	<i>İsrar Edilen</i>	1231	1206	1890
2012	Toplam Dava		4669	6386

Yukarıda yer verilen tablo incelendiğinde, İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelen davaların önemli bir kısmını ısrar kararları oluşturmaktadır. İsrar dışında görüşülen davalar ise, ilk derece yargılama yeri olarak Danıştay'da görülen davaların temyiz ve Danıştay'da 20.07.2016 tarihinden önce karara bağlanan davalardaki karar düzeltme istemleridir. İdari Dava Dairelerinin yapısındaki değişikliklere paralel olarak Kurulda karara bağlanan dosya sayısında bir artış ve devreden dosya sayısında azalma olduğu görülmektedir.

⁶⁷ Toplam dava sayısı ile kast edilen husus, o yıl içinde İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından önüne gelen uyuşmazlıklar toplamı olup bu uyuşmazlıklar içerisinde ısrar edilen kararlarla birlikte ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da açılan davalarda verilen kararlara karşı yapılan temyiz başvuruları da bulunmaktadır.

Öte yandan istinaf yargılama sistemine geçildikten sonra ise ısrar edilen karar sayısında düşüş yaşandığı ve daha önceki (istinaf uygulamasına geçilmeden önceki) yıllara göre yaklaşık yüzde 80'ine kadar azaldığı görülmektedir. İstinaf uygulamasına bağlı olarak temyize giden dosya sayısının azalmasına bağlı olarak ısrar edilen dosya sayısı da azalmıştır. Özellikle ısrar edilen dosyaların karara bağlanması süresinde oldukça olumlu bir sonuç ortaya çıkmış ve devreden ısrar edilen dosya sayısı oldukça azalmıştır.

B. Vergi Dava Daire Kurulu

2575 sayılı Kanununun 38. maddesinde Vergi Dava Daireleri Kurulunun görevlerinin neler olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, Vergi Dava Daireleri Kurulu vergi mahkemelerince verilen ısrar kararlarını ve Danıştay Vergi dava Dairelerinde ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen incelemektedir⁶⁸ (m.38/2-a,b). Burada ilk derece mahkemesi kararları denilmesine rağmen yukarıda da izah ettiğimiz üzere, istinaf başvuru yolunun getirilmiş olmasıyla birlikte artık Vergi Dava Daireleri Kurulu vergi mahkemelerince verilen ısrar kararları yanında Bölge İdare Mahkemeleri Vergi Dava Dairelerinin temyiz yolu açık olan kararlarında vermiş oldukları ısrar kararını temyizen inceleyecektir. Yasa metninde değişiklik yapılarak Bölge İdare Mahkemelerinin vergi dava daireleri ibaresi de madde metnine eklenmelidir.

⁶⁸ Vergi Dava Daireleri Kurulu ise vergi dava dairelerinin başkanları ile her vergi dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen üç asıl ve üç yedek üyeden oluşur. İki yıllık süre sonunda Başkanlık Kurulunca, bu üyelerin yarısı iki yıl süreyle yeniden görevlendirilirken diğer yarısı Kurulda daha önce görevlendirilmeyen üyeler arasından seçilir. Kurullarda görevlendirilen asıl üyeler, üst üste en fazla iki dönem görevlendirilebilir. Asıl üyenin görevini geçici olarak yerine getirememesi durumunda ilgili daireden, zorunlu hallerde diğer dairelerden görevlendirilen yedek üye kurul toplantılarına katılır. Kurulların asıl veya yedek üyeliklerinde boşalma olması hâlinde Başkanlık Kurulu tarafından yedi gün içinde, kalan süreyi tamamlamak üzere yeni üye görevlendirilir (m. 17/1). Vergi Dava Daireleri Kuruluna da Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri; bunların yokluğunda daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık edecektir (m. 17/2). Vergi Dava Daireleri Kurulu için toplanma ve karar alma yeter sayısı on birdir (m.17/3). Kurul toplantıya katılanların yarısından bir fazlasının aynı yönde oy kullanması halinde (oy çokluğu ile) karar alır (m. 17/5). Kurul toplantısı için on bir kişinin varlığı yeterli olmakla birlikte toplantıya katılan üyelerin sayısının çift sayıda olması durumunda ise en kıdemsiz üye kurul toplantısına katılmayacaktır (m.17/4).

Vergi Dava Daireleri Kurulundaki birikimleri eritme adına yapılan değişikliklerin iş yükünde azalmaya katkı sağlayıp sağlamadığını iş cetvellerine bakarak anlamak mümkündür⁶⁹. Mevcut iş yükü ile birlikte özellikle ısrar edilen kararların yıllara göre durumuna bu başlık altında ele alınmıştır.

*** Vergi Dava Daireleri Kurulunun 2012-2018 Yılları Arası Açılan, Karara Bağlanan ve Devreden Toplam Başvuru ile İsrar Edilen Dosyalarının Dağılımı⁷⁰**

YIL	TÜRÜ	YENİ GELEN	KARARA BAĞLANAN	ERTESİ YILA DEVREDEN
2018	Toplam Dava	1239	1082	286
	<i>İsrar Edilen</i>	846	713	236
2017	Toplam Dava	714	643	129
	<i>İsrar Edilen</i>	504	448	103
2016	Toplam Dava	1371	643	58
	İsrar Edilen	791	812	47
2015	Toplam Dava	1087	1064	75
	İsrar Edilen	676	647	68
2014	Toplam Dava	1257	1430	52
	İsrar Edilen	794	964	39
2013	Toplam Dava		1004	223
	İsrar Edilen		225	209
2012	Toplam Dava		656	314

⁶⁹ Vergi Davalarının dağılımı ve Danıştay Dava Daireleri ile Vergi Dava Daireleri Kurulunun iş yükü ve bu konudaki istatistik ve tespitler için bkz. ÜSTÜN, Ümit Süleyman; *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı*, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 128 vd.

⁷⁰ Danıştay internet sitesi ve UYAP kayıtları esas alınarak hazırlanmıştır.

Yukarıda yer verilen tablo incelendiğinde, Vergi Dava Daireleri Kurulu önüne gelen davaların çok önemli bir kısmını ısrar kararlarının oluşturduğu, ısrar kararları dışında görüşülen davaların ise, ilk derece olarak Danıştay'da görülen davaların temyiz ve ilk derece olarak Danıştay'da 20.07.2016 tarihinden önce karara bağlanan davalardaki karar düzeltme istemleri olduğu, Vergi Dava Dairelerinin yapısındaki değişikliklere paralel olarak Kurulda karara bağlanan dosya sayısında bir artış devreden dosya sayısında azalma olduğu görülmektedir.

Öte yandan istinaf kanun yolu uygulanmaya başladıktan sonra ise ısrar edilen karar sayısı oldukça azalmış ve daha önceki (istinaf uygulamasına geçilmeden önceki) yıllara göre benzer sayılarda kalmıştır. Özellikle ısrar edilen dosyaların karara bağlanma süresi kısalmış ve devreden ısrar edilen dosya sayısı oldukça azalmıştır. Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından ısrar kararları İdari Dava Daireleri Kuruluna göre daha hızlı süre içerisinde karara bağlanmakta olup, adil yargılanma kapsamında makul sürede yargılanma hakkı korunmaktadır.

VII. ISRAR KARARLARI HAKKINDAKİ TEMYİZ İNCELEMESİ, KURULLARCA VERİLECEK OLAN KARAR TÜRLERİ VE BU KARARLARA UYMA MECBURİYETİ

A. Israr Kararının Temyiz İncelemesi Sonucu Verilecek Kararlar

İlk derece mahkemeleri ve bölge idare mahkemesi ısrar kararlarının temyizi üzerine verilebilecek olan kararlar da 2577 sayılı Kanununun 49. maddesinde⁷¹ düzenlenmiştir. Israr kararlarına karşı yapılan temyiz

⁷¹ *Temyiz incelemesi üzerine verilecek kararlar:* – 1. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay; a) Kararı hukuka uygun bulursa onar. Kararın sonucu hukuka uygun olmakla birlikte gösterilen gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa, kararı, gerekçesini değiştirerek onar. b) Kararda yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayan maddi hatalar ile düzeltilmesi mümkün eksiklik veya yanlışlıklar varsa kararı düzelterek onar. 2. Temyiz incelemesi sonunda Danıştay; a) Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması, b) Hukuka aykırı karar verilmesi, c) Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması, sebeplerinden dolayı incelenen kararı bozar. 3. Kararların kısmen onanması ve kısmen bozulması hâllerinde kesinleşen kısım Danıştay kararında belirtilir. 4. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davaların temyizen incelenmesinde bu madde ile ısrar hariç 50 nci madde hükümleri kıyasen uygulanır. 5. Temyize konu edilen kararı veren ya da karara katılan hâkim aynı davanın temyiz incelemesinde görev alamaz.

başvurusu üzerine yapılan inceleme sonucunda ilgili Kurullar tarafından onama, gerekçe değiştirilerek onama, düzelterek onama, bozma veya kısmen onama, kısmen bozma kararları verebilecektir⁷². İsrar kararının temyizi üzerine ilgili kurullar tarafından verilen kararlar aslında ilk derece mahkemesi ile Danıştay ilgili Dairesi arasında bir nevi hakemlik yapılmakta ve ilk derece mahkemesi ile Danıştay dairesinin verdiği kararların hangisinde hukuki isabet olduğunun tespiti yapılmaktadır⁷³. İsrar hakkında ilgili Kurul tarafından temyiz incelemesinde verilen karar (ısrar eden mahkeme bakımından) kesin nitelikte olup aynı zamanda bağlayıcıdır⁷⁴. Bu karara karşı yeniden bir ısrar yoluna da başvurulamaz⁷⁵.

1. Onama Kararı

Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları bölge idare mahkemesi veya ilk derece mahkemeleri kararını hukuka ve usule uygun bulması halinde onama kararı verecektir (m.49/1-a). Kurullar önüne gelen başvuruyu inceler ve istinaf dairesi/ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulursa temyiz başvurusunu reddederek istinaf dairesi/ilk derece mahkemesi kararını onayacaktır. Onama kararı ile birlikte artık ilk derece mahkeme ve/veya istinaf dairesi kararı da kesinleşecektir⁷⁶. Bu karara karşı başkaca herhangi bir başvuru yolu kalmayacaktır.

⁷² ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 807.

⁷³ CANDAN, s. 1046; İdari Dava Daireleri Kurulunun önüne gelen ısrar kararına karşı yapılan temyiz başvurusunda ilk derece mahkemesi ile ilgili Danıştay Dairesi arasında hakem vazifesi görmeyeceği ve işin esası hakkında kendisinin bir karar vermesi gerektiği, Kanunen bir temyiz merci olarak öngörüldüğü için normal bir temyiz incelemesi gibi bütün hususları ile dosyanın incelenmesi gerektiği yönünde Üye Ali Ulusoy tarafından yazılan azlık oyu için bkz. DİDDK, E. 2010/780, K. 2013/4266 sayılı kararı.

⁷⁴ HONDU, s. 52; ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama, s. 807; AKYILMAZ / SEZGİNLER / KAYA, İdari Yargılama, s. 873; YILDIRIM / ÇINARLI, s. 298.

⁷⁵ ÖZTÜRK, İlhami; "İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulü Kazanılmış Haklar Bakımından Sınırlandırılması" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, s. 1031.

⁷⁶ *İdare Mahkemesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarelerin temyiz isteminin reddine, Muğla 2. İdare Mahkemesi'nin 27.04.2018, E. 2017/1532, K. 2018/948 sayılı ısrar kararının onanması hakkında DİDDK, 14.11.2018, E. 2018/2140, K. 2018/4780 sayılı kararı; DİDDK, 26.06.2018, E. 2018/1913, K. 2018/3581*

Ancak 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilen kararlar için karar düzeltme yolu devam edeceği için bu tarihten önce verilen dosyalar için karar aleyhine olan tarafın karar düzeltme yoluna başvuru hakkı bulunmaktadır⁷⁷. Karar aleyhine olan taraf bu karara karşı ancak temel insan haklarından biri ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine ve sonrasında AİHM bireysel başvuru yapabilir.

Kurulların onama kararı ile birlikte istinaf dairesince veya ilk derece mahkemesince verilen kararın hukuka ve usule uygun olduğu ortaya konulmuş olmaktadır. İstinaf dairesi veya ilk derece mahkemesi kararı dava konusu işlemin iptali yönünde ise, onama kararı ile dava konusu işlemin hukuka aykırılığı bir kere daha vurgulanmış olmakta iken istinaf dairesi veya ilk derece mahkemesi kararı davanın reddi yönünde ise, onama kararı ile dava konusu işlemin hukuka uygunluğu da vurgulanmış olmaktadır.

Kurullar kararda yeniden yargılamayı gerektirmeyen maddi hatalar ile düzeltilmesi mümkün olan eksiklik veya yanlışlıklar varsa kararı düzelterek onayabilir (m.49/1-b). Özellikle Danıştay yönünden düzelterek onama usulünün getirilmesi uygulamada bozma yoluyla gelen ve yeni esas numarası olan dosya sayısını azaltacaktır. İlk derece mahkemesi ya da istinaf dairesi kararının hüküm fıkrasında belirtilen kanuni faizin başlangıcı, avukatlık ücreti miktarı, hesap hataları, yazım hataları nedeniyle kararların bozulmasının önüne geçilmiş olacaktır.

Kurul, önüne gelen ısrar kararının sonucunu hukuka uygun bulunmakla birlikte gösterilen gerekçeyi doğru bulmaz veya eksik bulursa gerekçe değiştirerek kararı onayabilir⁷⁸. Bu kararlar istinaf dairesi veya

sayılı kararı; DVDDK, 26.12.2018, E. 2018/1165, K. 2018/1070 sayılı kararı; DVDDK, 26.12.2018, E. 2018/1124, K. 2018/1068 sayılı kararı; DVDDK, 14.11.2018, E. 2018/1034, K. 2018/939 sayılı kararı; DVDDK, 5.12.2018, E. 2018/755, K. 2018/987 sayılı kararı; DVDDK, 21.6.2018, E. 2018/477, K.2018/417 sayılı kararı; DİDDK, 17.10.2018, E. 2017/3694, K. 2018/4237 sayılı kararı; DİDDK, 06.04.2017, E. 2014/276, K. 2017/1574 sayılı kararı.

⁷⁷ ... davacının temyiz isteminin reddine, Afyonkarahisar İdare Mahkemesi'nin 22.08.2017, E. 2017/735, K. 2017/882 sayılı ısrar kararının onanması kararın tebliğ tarihini izleyen 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olduğu hakkında, DİDDK, 01.11.2018, E. 2017/3817, K. 2018/4439 sayılı kararı.

⁷⁸ YILDIRIM / ÇINARLI, s. 298; Tasfiyesi tamamlanmış şirket adına düzenlenen ödeme emrine karşı, şirket ortağı olan davacı tarafından, kendi adına yetki verdiği avukat olan vekil

ilk derece mahkemesi kararının sonucu değişmemektedir. Ancak incelenen ısrar kararının sadece gerekçesi değişmektedir. Kurul tarafından ısrar kararındaki gerekçeye bağlı kalınmaksızın sonucu itibarıyla karar doğru bulunarak temyiz isteminin (gerekçe değiştirilerek) reddine de karar verilebilmektedir⁷⁹.

aracılığıyla açılan davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen vergi mahkemesi ısrar kararı, davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Münfesih şirket adına düzenlenen ödeme emrinin sırf kendisine tebliğ edilmiş olması davacıyı, söz konusu ödeme emrinin muhatabı yapmayacağı gibi ödeme emri içeriği amme alacağının kendisinden tahsili sonucunu doğurmayacağından ve şirket adına düzenlenen ödeme emrine karşı davacının dava açma ehliyeti bulunmadığından, ehliyet yönünden reddi gereken davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen ısrar kararında, sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmemiş ve temyiz isteminin reddi hakkında DVDDK, 21.6.2018, E. 2018/343, K. 2018/413 sayılı kararı.

⁷⁹ İstanbul 3. Vergi Mahkemesi, 19.12.2014, E. 2013/2528, K. 2014/2817 sayılı kararıyla; tarhiyatın dayanağı takdir komisyonunun atıfta bulunduğu vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekil hatası olduğu ve davacının savunma hakkını kısıtladığı gerekçesiyle vergilendirmeyi kaldırıldığı davalı idarenin temyiz istemini inceleyen Danıştay 3. Dairesi, 11.10.2017, E. 2016/5119, K. 2017/6947 sayılı kararıyla; vergi tekniği raporu ihbarnameye bağlanarak davacıya tebliğ edilmemiş ise de ihbarnamenin tebellüğünden itibaren dava açma süresi içinde vergilendirme işlemine karşı dava açılıp uyumsuzluk yargı mercine taşınarak idarenin bütün iddia ve işlemlerine karşı itiraz etme imkanı elde edilmesi ve vergi yargılamasında dava açma süresine eşit olan savunma süresinde davacının idarece öne sürülen iddialara karşı savunmada bulunması imkanının varlığı karşısında, silahların eşitsizliği nedeniyle hak arama hürriyeti bağlamında savunma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle, uyumsuzluğun esası incelenerek karar verilmek üzere kararı bozduğu ancak İstanbul 3. Vergi Mahkemesi, 21.6.2018, E. 2018/798, K. 2018/1845 sayılı kararıyla; aynı hukuksal nedenler ve gerekçeyle ilk kararında ısrar etmesi üzerine olayda, 2007 vergilendirme dönemi matrahının tespiti için zamanaşımının dolmasına çok kısa süre kala 17.12.2012 tarihinde takdir komisyonuna sevk edilen davacı adına, 20.5.2010 tarihli vergi tekniği raporunu dayanak alan takdir komisyonunun 24.6.2013 tarihli kararı uyarınca tarhiyat yapılmış olup cezalı tarhiyatın esas itibarıyla, tanzim edilen rapora dayandığı açık olup matrah takdiri amacı dışında, zamanaşımını durdurma saikiyle takdir komisyonuna başvurulduğundan, ortada bir takdir komisyonu kararının bulunması, tarhiyatın, söz konusu rapora göre yapıldığı gerçeğini değiştirmedeğinden, 20.5.2010 tarihli rapora dayanılarak 2007 yılı için yapılan tarhiyata ilişkin vergi ve ceza ihbarnamelerinin 23.8.2013 tarihinde tebliğ edilmiş olması karşısında, tarhiyatı kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmediğinden temyiz isteminin reddine karar verildiği hakkında DVDDK, 26.12.2018, E. 2018/1167, K. 2018/1074 sayılı kararı; bir kısım yükümlülüklerin yerine getirilmediği ve olayda, dönem matrahının re'sen takdirini gerektiren re'sen tarh sebeplerinin gerçekleştiği sonucuna ulaşılmakla birlikte, sahte belge düzenleyerek komisyon geliri elde edildiğini ortaya koyacak yeterlilikte somut tespit bulunmadığından, tarhiyatın kaldırılması yolundaki vergi mahkemesi ısrar kararında sonucu itibarıyla hukuka aykırılık görülmediğinden temyiz isteminin reddi hakkında DVDDK, 05.12.2018, E. 2018/1077, K. 2018/967 sayılı kararı.

2. Bozma Kararı

Danıştay İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından bölge idare mahkemesi veya idare/vergi mahkemelerinin ısrar kararı hakkında çeşitli durumlarda bozma kararı verilmektedir. Buna göre; görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olunması halinde temyize konu karar bozulacaktır (m.49/2-a). İşin esasında hukuka aykırı olarak karar verilmiş olması halinde de temyize konu karar bozulacaktır (m.49/2-b). Usul hükümlerinin uygulanmasında kararı etkileyebilecek nitelikte hata veya eksikliklerin bulunması halinde temyize konu karar bozulacaktır (m.49/2-c). Kurullar temyize konu kararı kısmen onayıp kısmen bozabilir. Kararın kısmen onanması ve kısmen bozulması halinde onanarak kesinleşen kısmın Danıştay kararında belirtilmesi gerekmektedir (m.49/3). Böylece mahkemece artık onanan kısım hakkında bir hüküm kurulmayacaktır. Mahkeme kararının, Danıştay ilgili dairesince kısmen bozulması, kısmen onanması halinde, onanan kısım yönünden ikinci defa hüküm kurulması mümkün değildir⁸⁰.

Danıştay Dairesinin bozma kararına karşı ısrar kararı verilmesi halinde İlgili Kurullarca Danıştay Dairesinin bozma gerekçesine katılması halinde ilk derece mahkemesince verilen ısrar kararının bozulmasına karar verecek ve kendisi ayrıca bir gerekçe yazmayacaktır⁸¹. İlgili Kurul

⁸⁰ D.2.D, 27.9.2011, E. 2008/1417, K. 2011/3818, DD, S. 130,s. 349-351; *İdare mahkemele-rince verilen nihai kararların temyizen incelenmesi sonucu Danıştay'ca verilen bozma kararındaki hüküm fıkrası, mahkeme kararının bozulmasına yönelik olup, dava konusu işlemin iptali veya davanın reddi sonucunu doğurmadığından, verilen bozma kararının idarece uygulanacak bir karar niteliğinde olmadığı* hakkında D.5.D, 22.5.2011, E. 2010/3275, K. 2011/2757, DD, S. 129, s. 370-372; *İdare Mahkemesi'nin 24.06.2011 günlü, E. 2009//904, K. 2011/855 sayılı kararının Danıştay 10. Dairesi'nin 30.04.2015 günlü, E. 2011/8988, K. 2015/2187 sayılı kararı ile bozulması üzerine, yalnızca maddi tazminat isteminin kabulüne ilişkin kısımda ısrar edilmiş ise de, davalı idarenin temyiz isteminin ısrar kararıyla birlikte İdare Mahkemesi kararının manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne ilişkin kısmına karşı da olduğu dikkate alındığında, davanın süresi içerisinde açılıp açılmadığına ilişkin usule yönelik değerlendirme davacıların her iki (maddi ve manevi) tazminat istemi için de yapılması gerektiğinden, DİDDK'ca verilen bozma kararının, kararın bütününe yönelik olması nedeniyle, bozma kararı üzerine İdare Mahkemesi'nce, yukarıda belirtilen gerekçeler doğrultusunda davacıların maddi ve manevi tazminata konu her iki istemi yönünden yeniden karar verilmesi gerektiği* hakkında DİDDK, 24.05.2018, E. 2016/2597, K. 2018/2513 sayılı kararı.

⁸¹ *Danıştay 3.Dairesinin kararının dayandığı aynı hukuksal nedenler ve gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 18.9.2018 gün ve E.*

ilk derece mahkemesi kararını bozarken ilgili Daire kararına katılmayarak kendisi yeni bir gerekçe ile de kararı bozabilir⁸². Nitekim İdari Dava Dairesi bir kararında; "İdare mahkemesince açılan tazminat davasında kısmen kabul kısmen davanın reddine karar verilmiş ve bu kararın temyizi üzerine de Danıştay İlgili Dairesince uyuşmazlık konusu olayda bilirkişi incelemesi yaptırılarak kusur durumu tespit edilerek karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle dosyanın bozulması üzerine, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu ısrar kararı üzerine, Kurul, gerek ilk derece mahkemesi gerekçesine gerekse Danıştay Dairesinin bozma gerekçesine katılmayarak, dava dilekçesinin reddi gerektiği" gerekçesiyle ilk

2018/1332, K. 2018/2240 sayılı ısrar kararının bozulmasına ilişkin DVDDK, 26.12.2018, E. 2018/1163, K. 2018/1028 sayılı kararı; Benzer şekilde DİDDK, 11.10.2018, E. 2016/5368, K. 2018/4083 sayılı kararı; DİDDK, 17.10.2018, E. 2016/5291, K. 2018/4164 sayılı kararı; DİDDK, 28.06.2018, E. 2016/2974, K. 2018/3783 sayılı kararı; DİDDK, 11.06.2018, E. 2016/860, K. 2018/3131 sayılı kararı; DVDDK, 24.5.2017, E. 2017/219, K. 2017/271 sayılı kararı.

- ⁸² YILDIRIM, Türk İdari Rejimi, s. 351; *silahların eşitsizliği nedeniyle hak arama hürriyeti bağlamında savunma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyeceği gerekçesiyle, işin esası incelenerek yeniden karar verilmek üzere kararın bozulması ve anılan kararda ilk derece mahkemesince dayanağı takdir komisyonunun atıfta bulunduğu vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmemesinin esasa etkili bir şekil hatası olduğu ve davacının savunma hakkını kısıtladığı gerekçesiyle ısrar edilmesi üzerine Vergi Dava Daireleri Kurulu 3. Dairenin gerekçesine de katılmayarak dava konusu tarhiyat, takdir komisyonu kararına dayandığından, uyuşmazlık hakkında karar verilebilmesi için öncelikli olarak davacı hakkında, dönem matrahının re'sen takdirini gerektiren hukuki sebeplerin bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Re'sen tarh sebebinin varlığının tespiti halinde ise vergilendirmeye esas alınan tarh matrahının hukuka uygun olup olmadığı yönünden yapılacak inceleme ve değerlendirmede varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken; savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması yolunda verilen kararın bozulması gerektiği hakkında DVDDK, 26.12.2018, E.2018/1100, K.2018/1078 sayılı kararı; DVDDK, 26.12.2018, E.2018/203, K.2018/1059 sayılı kararı; İlk derece mahkemesince davacı ve davalı Üniversite arasında imzalanmış olan taahhüt ve kefalet senedinin, özel hukuk alanında tesis edilmiş bir sözleşme olması nedeniyle, davanın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine" karar verilmesi ve bu kararın temyizi üzerine Danıştay Dairesince uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu" gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak ilk kararında ısrar edildiği, bunun üzerine Kurul tarafından da, davanın idari yargı görev alanı içinde kaldığı kabul edilmekte birlikte, davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı ve ilgili hakkında hukuki bir sonuç doğurmadığının anlaşılması sebebiyle, 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca davanın esasının incelenmesinin hukukten mümkün olmadığına" hükmedilmiştir. DİDDK, 04.04.2018, E. 2015/2456, K. 2018/1519 sayılı kararı; DVDDK, 28.2.2018, E. 2018/9, K. 2018/100 sayılı kararı.*

derece mahkemesi kararını bozmuş ve dosyayı ilk derece mahkemesine iade etmiştir⁸³. Yine davacının vefat etmiş olması nedeniyle 2577 sayılı Kanununun 26. maddesi uyarınca dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilmesi⁸⁴ amacıyla ısrar kararı bozulmaktadır⁸⁵.

Israr kararının davalı idare tarafından temyiz edilmesinden önce davacının davasından feragat etmesi halinde de bu gerekçe ile ısrar kararının bozulmasına karar verilmektedir⁸⁶. Aynı şekilde ısrar kararına konu davanın tarafı olmayan kişilerin hak ve menfaatlerini ihlal edeceği durumlarda bu kişilere davanın ihbar edilmesi gerektiği gerekçesiyle (Danıştay ilgili Dairesi bozma kararındaki görüşünden de farklı gerekçe ile) ilk derece mahkemesi kararı da bozulabilmektedir⁸⁷.

⁸³ "Mahkemesince, davacıların uğrandığını ileri sürdükleri zararın neye ilişkin olduğu, hangi zararın tazmininin istenildiği ve bu zararı ortaya koyan bilgi ve belgelerin bulunup bulunmadığı belirlenerek davanın konusu açıklığa kavuşturulmak suretiyle bir karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesindeki talebe göre mevcut durumda hükme esas alınabilecek nitelikte olmayan rapor esas alınarak verilen kararda hukuki isabet görülmediği" hakkında DİDDK, 24.05.2018, E. 2017/524, K. 2018/2510 sayılı kararı.

⁸⁴ Aile hekimine verilen ihtar cezası idarece ortadan kaldırıldığı gerekçesiyle verilen KVYO kararının temyizi üzerine idarece cezanın kaldırıldığı kabul edilmemesi nedeniyle Danıştay Dairesince bu kararın bozulması üzerine ilk derece mahkemesince ilk kararında ısrar edilmesi üzerine, ısrar karardan önce davacının da vefat ettiğinin anlaşılması nedeniyle Kurul tarafından ilk derece ve Danıştay dairesi kararına uyulmayarak her iki gerekçeden farklı olarak Mahkemece 2577 sayılı Yasanın 26. maddesi uyarınca işlem yapılması gerekirken, bu husus gözardı edilerek esastan karar verilmesinde hukuka uygunluk görülmediği hakkında DİDDK, 30.05.2018, E.2016/1391, K.2018/2736 sayılı kararı; İşlemden kaldırma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİN, Hüseyin; "İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasına" *Adalet Dergisi*, S. 35, s. 86-106; ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya; *İdari Yargıda Tarafların Değişmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 7.

⁸⁵ DİDDK, 04.12.2017, E. 2015/2729, K.. 2017/4130 sayılı kararı.

⁸⁶ ... davadan feragat edildiği bildirildiğinden, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 74'üncü maddesi uyarınca davadan feragat konusunda vekile açıkça yetki verilip verilmediği araştırılarak, feragatin şartları da değerlendirilmek suretiyle davacının talebi hakkında karar verilmek üzere, ısrar kararının bozulması hakkında DVDDK, 23.10.2018, E. 2018/325, K. 2018/762 sayılı kararı; ... davadan feragat edildiği anlaşıldığından, taraflar arasında uyuşmazlığı sona erdiren bu beyanın dikkate alınarak, feragat nedeniyle Mahkemece yeniden bir karar verilmesi gerektiği hakkında DİDDK, 30.05.2018, E. 2017/2397, K. 2018/2761 sayılı kararı; DVDDK, 11.4.2018, E. 2018/133, K. 2018/226 sayılı kararı.

⁸⁷ YILMAZOĞLU, s. 925; ... eğitim programına alınmayarak yerine Binbaşı ... ve Yüzbaşı ..'nın katılmasına ilişkin olarak tesis edilen Maliye Bakanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davanın sonucunda eğitim programına kabul edilen kişilerin menfaatlerinin etkileneyeceği açık olduğundan, İdare Mahkemesince, davanın, bu davanın sonucundan doğrudan etkile-

İdari Dava Daireleri Kurulu konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde, bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda ...bilirkişi, keşif, delillerin tespiti... hallerinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçiminin Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen yapılacağı hükme bağlandığından davanın sonucunda verilecek bir iptal kararının, üçüncü kişilerin menfaatini etkileyeceği açık olduğundan, İdare Mahkemesince, davanın adı geçene ihbarı yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerektiği ifade edildiği halde; bazı davalarda verilen ret kararı usul ve hukuka uygun bulunarak Kurulca onandığından, bu aşamada ihbar yapılmamasının bozma nedeni olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılarak temyiz istemi reddedilmiştir⁸⁸.

İsrara konu kararın görüşme tutanağındaki imza sahibi kişiler ile karardaki ismi yazılı olan kişilerin farklı kişiler olması da bozma sebepleri arasında yer almaktadır⁸⁹. Aynı şekilde ısrara konu edilen kararın hüküm fıkrası ile görüşme tutanağı arasında farklılık bulunması da bozma nedeni olarak görülmüştür⁹⁰. Yine dilekçe ret kararı üzerine süre-

necek olan ... ve ..'ya ihbarı yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerektiği hakkında DİDDK, 16.05.2018, E. 2016/2127, K. 2018/2428 sayılı kararı; Av. ... hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin işlemin iptalinin istenildiği ve davanın sonucundan Av. ... ve Av. ... isimli kişilerin menfaatinin etkileneneği açık olduğundan, davanın, bu davanın sonucundan doğrudan etkilenen kişilerle ihbarı yapıldıktan sonra bir karar verilmesi gerekirken, adı geçen şahıslara davanın ihbarı yapılmadan uyuşmazlığın esasına girilerek karar verilmesinde hukuka uyarlık görülmediği hakkında DİDDK, 18.04.2018, E. 2016/1980, K. 2018/1909 sayılı kararı; DİDDK, 12.04.2018, E. 2016/638, K. 2018/1783 sayılı kararı; ... yerine yapılan atamanın iptali istemiyle açılan davada atanan kişiye ihbar yapıldıktan sonra karar verilmesi gerektiği hakkında DİDDK, 02.05.2018, E. 2016/2865, K. 2018/2121 sayılı kararı; Konuya ilişkin diğer örnekler için bkz. YILMAZOĞLU, s. 925-930.

⁸⁸ DİDDK, 29.01.2018, E. 2015/2811, K. 2018/128 sayılı kararı.

⁸⁹ İsrar kararındaki görüşme tutanağındaki imzalar ile karardaki imzaların aynı kişilere ait olması gerektiği hakkında DİDDK, 12.04/2018, E. 2016/4095, K. 2018/1926 sayılı kararı; ... üyelerden birisinin ıslak veya güvenli elektronik imzası bulunmaksızın düzenlenen görüşme tutanağına dayanılarak verilen ısrar kararının, usule uygun olarak oluşmadığı hakkında DVDDK, 05.7.2017, E. 2017/188, K. 2017/370 sayılı kararı; DVDDK, 30.11.2016, E. 2016/1303, K. 2016/1100 sayılı kararı.

⁹⁰ ... görüşme tutanağında kararın sonucu "İsrar-Kabul" olarak yazıldığı halde, kararın hüküm fıkrasında vergi ziyat cezalı gelir vergisi ve geçici vergi üzerinden kesilen vergi ziyat cezası yönünden davanın reddedildiği ve geçici verginin kaldırıldığı belirtildiğinden, kararın hüküm fıkrası ile görüşme tutanağında belirtilen kararın sonucu arasında çelişki bulun-

si içinde yenileme dilekçesinin verilememiş olması nedeniyle davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesi durumunda Kurul dilekçe ret nedeninin yerinde olup olmadığı konusunda bir inceleme yaparak bu nedenle de bozma kararı verebilmektedir⁹¹.

İlk derece mahkemesince işin esasına girilerek (dava konusu işlemin iptali veya davanın reddine şeklinde) karar verilmesi ve bu kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay Dairesince kararın süre aşımı, ehliyet gibi usulden nedenlerle davanın reddi gerektiği gerekçesiyle bozulması gerektiğine hükmedilmesi ve ilk derece mahkemesince ilk kararında ısrar edilmesi halinde Danıştay Dava Daireleri Kurullarınca davanın süresi içinde veya ehliyetli kişiler tarafından açılıp açılmadığı değerlendirilmekte, davanın süresi içinde veya ehliyetli kişilerce açıldığına hükmedilmesi halinde bu durum belirtilerek işin esasına girilmeden işin esasları (iptal veya davanın reddi kararı) hakkında temyiz incelemesi yapılarak karar verilmesi için dava dosyası ilgili Dairesine gönderilmektedir⁹².

duğundan, ... mahkeme kararının bozulması gerektiği hakkında DVDDK, 22.11.2017, E. 2017/369, K. 2017/562 sayılı kararı.

⁹¹ *... bizzat davacı şirket adına tesis edilen işleme karşı açılacak davada vekalet vermeye yetkili olmadığını anlaşıldığı, ... davanın 2577 sayılı Kanununun 15'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (d) bendi uyarınca reddedildiği, süresinde yenilenmediği gerekçesiyle de davanın süre aşımı yönünden reddine karar verildiği, dilekçe ret kararına dayanak alınan hususların 2577 sayılı Kanununun 3'üncü maddesinde sayılanlardan hiçbirine uymayan eksiklik ve ara kararıyla sonradan giderilebilecek nitelikte olduğu, yenileme dilekçesine eklenen belgelerden de bu eksikliğin giderildiği ve, uyumsuzluğun esasını incelemek suretiyle bir karar verilmesi gerekirken şartları oluşmadığı halde verilen dilekçe ret kararı üzerine davanın süresinde yenilenmediği gerekçesiyle verilen ısrar kararında isabet görülmediği hakkında DVDDK, 05.12.2018, E. 2018/961, K. 2018/979 sayılı kararı.*

⁹² YILMAZOĞLU, s. 921; *"İsrar hükmü içermeyen sözü edilen hükmün hukuka uygunluğu konusundaki yargısal denetimin, ilk derece yargı yerince verilen kararları temyizen incelemekle görevli vergi dava dairesince yapılması gerektiğinden bahisle temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddine, kararın, işlemin iptali yolunda verilen hükmün fıkrası temyizen incelenmek üzere dosyanın, Danıştay Dairesine gönderilmesi" hakkında DVDDK, 05.12.2018, E. 2018/890, K. 2018/982 sayılı kararı; "... davalı idarenin savunma dilekçesinden, araç üzerindeki haczin kaldırıldığını anlaşıldığı gerekçesiyle konusu kalmayan davanın esasları hakkında karar verilmesine yer olmadığına kararının Danıştay Dairesince süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle bozulması ve ilk derece mahkemesinin kararında ısrar etmesi üzerine Vergi mahkemesi kararı, davanın süre aşımından reddi gerektiği gerekçesiyle bozulduğundan ve uyumsuzluğun esasına ilişkin temyiz incelemesi yapılmadığından, bu incelemenin Kurulumuzca değil, ilk derece yargı yerince verilen kararları temyizen incelemekle*

Nitekim, İdare Mahkemesince verilen dava konusu işlemin iptali kararı Danıştay 14. Dairesinin 07.10.2015, E. 2015/943, K. 2015/7251 sayılı kararıyla; davacı ile iptali istenilen idari işlem arasında meşru, kişisel ve güncel menfaat ilişkisinin olmadığı ve buna bağlı olarak da davacının işbu davayı açma ehliyetinin bulunmadığı sonucuna varıldığından, davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği gerekçesiyle bozulması üzerine İlk derece mahkemesince "*Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 05.02.2015 günlü, E.2014/1614, K.2015/216 sayılı kararında da belirtildiği üzere, çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konularda dava açma hakkının daha geniş bir kapsamda ele alınması gerektiği ve bu gibi hallerde belde sakini olmanın dava açma ehliyeti için yeterli olduğu, öte yandan, yine beldede oturanların semt sakini sıfatıyla semtlerinde kamuya tahsisli alanlara (yeşil alan, park, spor alanı gibi) ilişkin imar planı değişiklikleri ve bu alanlara yapılan yapılarla ilgili dava açabilecekleri dikkate alındığında, ilçe sınırları içerisinde oturan davacının dava konusu işlemle menfaat bağı ve dolayısıyla dava açma ehliyeti bulunduğu*" ilave gerekçesi de eklenmek suretiyle, ilk kararında ısrar ettiği, Danıştay İdari Dava Dairelerince "*İdare Mahkemesince verilen kararın ısrar hükmü yönünden usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddine, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin 21/01/2016 günlü, E:2016/214, K:2016/151 sayılı ısrar kararının onanmasına, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmek üzere dosyanın Danıştay 14. Dairesine gönderilmesine*", karar verildiği görülmüştür⁹³.

görevli vergi dava dairesince yapılması gerektiği" hakkında DVDDK, 14.11.2018, E. 2018/732, K. 2018/933 sayılı kararı.

⁹³ DİDDK, 28.06.2018, E. 2016/1298, K. 2018/3752 sayılı kararı; Benzer yönde, DİDDK, 30.05.2018, E. 2016/1431, K. 2018/2777 sayılı kararı; İmar plan değişikliğine karşı açılan davada ilk derece mahkemesince işin esasına girilerek karar verilmesi üzerine Danıştay 6. Dairesinin 20.06.2012, E. 2009/15006, K. 2012/3662 sayılı kararıyla; nazım imar planının ise süre aşımı nedeniyle esasının incelenme olanağı bulunmadığı göz önüne alındığında, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmediği gerekçesiyle anılan karar bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi, bozma kararına uymayarak dava konusu işlemlerin iptali yolundaki kararında ısrar ettiği davada, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca "*..açılan davada süre aşımı bulunmadığından davalı idarelerin temyiz isteminin ısrar hükmü yönünden reddine, İstanbul 4. İdare Mahkemesi ısrar kararının onanmasına, Dairesince işin esasına yönelik temyiz incelemesi yapılmadığından, işin esası hakkında inceleme yapılarak ka-*

İlk derece mahkemesi tarafından ısrar edilen kararda, ilk kararına ilave gerekçe konularak ısrar edilebileceği gibi Danıştay İdari Dava Dairelerinin bu ısrar kararını bozması halinde Danıştay'ın ilgili Dairesinin bozma kararında belirttiği gerekçelere ilave gerekçeler getirebilecektir⁹⁴.

İsrar üzerine verilen kararlar ile idari yargı yerleri arasındaki içtihat birliğine katkı sağlandığı gibi tarafların dava konusu edilen uyuşmazlıklarla ilgili olarak hakkı beklentilerinin⁹⁵ de karşılanması sağlanmış olmaktadır.

C. İsrar Kararının Kanun Yolu İncelemesi Sırasında Yapılacak İşlemler

İsrar kararına karşı yapılan kanun yolu başvurularında, Danıştay'ca temyiz incelemesi sırasında yapılacak işlemler gibi 2577 sayılı Kanunun 50. maddesinde⁹⁶ düzenlenmiş bulunmaktadır. Zira, İdare ve Vergi Dava Daireleri Kurulları da aslında ısrar kararına yapılan kanun yolu başvurusu sırasında birer temyiz incelemesi yapmaktadır. 6545 sayılı Kanunun 23. maddesiyle 50. madde hükmü tamamen değiştirilmiştir. Buna göre; temyiz incelemesi sonucunda verilen karar, dosyayla birlikte kararı veren mercie gönderilir. Dosyanın geldiği tarihten itibaren 7 gün içinde bu karar taraflara tebliğe çıkarılır (m. 50/1). Uygulamada kararın tebligata çıkartılmasından sonra, ilk derece mahkemesinde gö-

rar verilmek üzere dosyanın Danıştay Altıncı Dairesine gönderilmesi” gerektiği ifade edilmiştir. DİDDK, 22.11.2018, E. 2017/2223, K. 2018/5149 sayılı kararı.

⁹⁴ İlk derece mahkemesince verilen davanın süre aşımı nedeniyle reddi kararının temyizi üzerine Danıştay 15. Dairesi'nin 12.11.2014, E.2013/11841, K.2014/8141 sayılı kararıyla; başvurunun reddi üzerinde açılan dava süresinde olduğundan aksi yöndeki mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de; İdare Mahkemesi'nce, bozma kararına uyulmayarak, gerekçe eklenmek suretiyle ilk kararda ısrar edildiği, Danıştay İdari Dava Dairelerin Kurulunca ise, " *davacının başvurusunun 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında yapılan bir başvuru olarak kabul edilmesi gerektiğinden, açılan dava süresinde olduğu ve aksi yöndeki mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmadığı ifade edilerek*" ilave gerekçe ile ısrar kararı bozulmuştur. DİDDK, 01.03.2018, E. 2015/3955, K. 2018/719 sayılı kararı.

⁹⁵ BOZ, Selman Sacit; *İdare Hukukunda Hakkı Beklentinin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018,

⁹⁶ 2577 sayılı Kanunun 50. maddesinin değişiklik öncesi hali; "Temyiz incelemesi sonucunda verilen karar, dosyayla birlikte kararı veren mahkeme veya Danıştay dairesine gönderilir. Bu karar, dosyanın mahkeme veya Danıştay dairesine geldiği tarihten itibaren yedi gün içinde taraflara tebliğ edilir." şeklindedir.

rev yapan hakimlerin görmesi için karar tek tek hakimlere gösterilmekte ve hakimler kararı okuduklarını imza altına almaktadır.

Temyiz incelemesinde, Kurullarca ısrar kararı hakkında bozma kararı verilmişse, bozma kararını alan ilgili merci (ilgili istinaf dairesi, ilk derece idare veya vergi mahkemesi) dosyayı öncelikle inceler ve gerekiyorsa gerekli tahkik işlemlerini (bilirkişi incelemesi, keşif, ara kararı ile taraflardan bilgi ve belge istenilmesi v.s. gibi) tamamlayarak dosya hakkında yeni bir karar verir (m. 50/2).

Bozma kararları bölge idare mahkemesinin ilgili istinaf dairesinde veya ilk derece mahkemesinde yeniden esas numarası alınarak kaydedilir. Normal temyiz incelemelerinde mahkeme yeni davada bozma kararına uyarak karar verebileceği gibi, Danıştay’ın bozma kararına uymayarak önceki kararında da ısrar edebilir (m. 50/3). İsrar yetkisi bölge idare mahkemesine (ve ilgili istinaf dairesine) veya 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilen kararlarda ilk derece mahkemelerine verilmiştir. 20 Temmuz 2016 sonrasında verilen kararlar bakımından ilk derece mercii artık sadece dosyayı hazırlayan ve geçici karar veren makam haline gelmiştir. Bu düzenleme sonrasında temyiz olunan işlerde ısrar edilse dahi Danıştay Dairesi (veya Danıştay Dava Daireleri Kurulu) temyiz olunmayan kararlarda ise ilgili istinaf dairesi son karar mercii olmuştur.

Öte yandan ilk derece mahkemesince verilen ilk incelemeye ilişkin (süre aşımı nedeniyle davanın reddi, ehliyet ret, incelenmeksizin ret gibi) kararların istinaf başvurusu üzerine istinaf makamınca onanması üzerine, bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde, Danıştay’ca bu kararın bozulması durumunda dava dosyasının hangi makama gönderileceği hususunda kanunda açıklık bulunmamaktadır. Dosya bölge idare mahkemesine mi gidecektir ve bölge idare mahkemesi ısrar yoluna mı gidecektir. Yoksa ilk derece mahkemesi artık işin esasına girerek dosya hakkında bir karar mı verecektir. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

İstinaf Dairesince bozma kararına uyularak karar verilmesi halinde ise bu kararın temyiz incelemesi bozma kararına uygun verilip verilmeyeceğiyle sınırlı olarak yapılacaktır (m. 50/4). Artık yeni bozma se-

bepleri bulunarak bu dosyada bozma kararı verilemez (usul yönünden verilen bozma kararları dışında).

D. Israr Kararının Bozulması Halinde Bu Karara Uyuma Zorunluluğu

Bölge idare mahkemesince (ilgili istinaf dairesince) ısrar kararı verilmesi ve bu kararın temyiz edilmesi halinde, ısrar dosyası Danıştay Dava Daireleri Kurulunca incelenip karara bağlanacaktır. İdari dava dosyaları Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda, vergi dava dosyaları ise Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunda incelenerek karara bağlanacaktır. Danıştay Dava Daireleri Kurulunun ısrar üzerine verdiği kararlar kesin ve bağlayıcı niteliktedir ve ilk derece merci ve temyiz mahkemesinin bu karara uyması zorunludur⁹⁷ (m. 50/5). Israr üzerine verilen kararlarla birlikte artık idari dava kesin olarak karara bağlanmış ve çözüme kavuşmuş olacaktır⁹⁸. Bu kararlara karşı başka bir başvuru yolu, idari yargı mevzuatında yer almamaktadır. Öte yandan bu kararlarla temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen kişilerin bu kararlara karşı AYM'ne bireysel başvuru hakkı ve AİHM'ne başvuru hakkı olduğu gözden kaçırılmaması gereken bir husustur.

Israra ilişkin olarak uygulamada çeşitli tartışmalar bulunmaktadır⁹⁹. Nitekim, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, ısrar kararının bozulması üzerine ilk derece veya istinaf dairesince verilen yeni kararların temyiz incelemesinin yine Kurullarınca yapılacağını kabul etmekle birlikte ilk derece mahkemesinde bulunan ve ısrara konu kararda hüküm kurulmayan hususlardaki temyiz incelemesinin ise ilk derece mahkemesi kararının temyiz incelemesine bakan Dairece bakılacağını ifade etmektedir¹⁰⁰.

⁹⁷ YILDIRIM, Türk İdari Rejimi, s. 351; YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, İstanbul 2009, s. 472; CANDAN, s. 1047; YILMAZOĞLU, s. 930.

⁹⁸ KAPLAN, İdari Yargılama, s. 510.

⁹⁹ YAYLA, s. 472; CANDAN, s. 1047-1048.

¹⁰⁰ YAYLA, s. 472; CANDAN, s. 1045-1046; *Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun bozma kararı üzerine vergi mahkemelerince verilen kararlar, bozma esaslarına uygunluk yönünden temyizden incelenebileceği ve temyiz edilen kararın Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun bozma kararındaki esaslara uygun olduğu anlaşıldığından, temyiz isteminin reddi hakkında* DVDDK, 14.11.2018, E. 2018/1006, K. 2018/944 sayılı kararı; DVDDK, 21.6.2018, E. 2018/497, K. 2018/405 sayılı kararı; DVDDK, 26.12.2018, E. 2018/1109, K.

Bu konuda Kurul önüne gelen bir uyuşmazlıkta; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 31'inci maddesi uyarınca sakatlık indiriminden faydalanmak için yaptığı başvurunun, Merkez Sağlık Kurulunca çalışma gücü kaybının %32 olarak tespit edildiğinden bahisle reddine ilişkin işleme karşı açılan davada, Ankara 6. Vergi Mahkemesinin önceki kararında ısrar etmesi üzerine, *vergi mahkemesince, hakem hastanelerden birinde davacının muayenesinin sağlanarak çalışma gücü kayıp oranının başvuru tarihinde yürürlükte olan ilgili Yönetmelik hükümlerine göre belirlenmesi ve tespit edilen bu orana göre sakatlık indiriminden faydalanıp faydalanılamayacağına karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozan Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararının gereğinin yerine getirildiği ve Mahkemelerince hakem hastane konumundaki ... Hastanesinde muayenesi sağlanan ve düzenlenen rapora göre çalışma gücü kayıp oranı %32 olarak belirlenen davacının, sakatlık indiriminden yararlanamayacağı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davayı reddedilmesi ve davacı tarafından anılan kararın temyiz edilmesi üzerine; Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca; "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında, davanın incelendiği ilk derece yargı yeri kararının temyiz incelemesi sonunda bozulmasından sonra bozmaya uyulmayarak ilk kararda ısrar edilmesi halinde, bu karara karşı yapılan temyiz isteminin İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları tarafından inceleneceği ve Kurulların kararlarına uyulmasının zorunlu olduğu öngörülmekle; yargılamanın bu aşamasında, ne bozulmakla kaldırılan ilk karar ve ne de ısrar edilmekle hükmüne uyulmayan bozma kararına göre temyiz incelemesi yapılamayacağı için ısrar kararı, Vergi Dava Daireleri Kurulu kararıyla bozulan vergi mahkemesi tarafından yeniden verilen karara karşı yapılan temyiz başvurusunun, uyulması yasadan dolayı zorunlu olan Kurulun bozma kararına uygunlukla sınırlı olarak incelenebileceğine ve bu incelemenin, uyulması zorunlu*

2018/1065 sayılı kararı; ...Kararın, faize ilişkin hüküm fıkrasına yöneltilen temyiz iddiasının, evvelce bu konuda yapılmış bir temyiz incelemesi ve verilmiş bir ısrar hükmü bulunmadığından Kurulumuzca değil, ilk derece yargı yerlerince verilen kararları temyizen incelemekle görevli vergi dava dairesince incelenmesi gerektiğinden, temyiz isteminin, bozma kararına uygunluk yönünden reddine, kararın, faize ilişkin hüküm fıkrasının hukuka uygunluğu konusunda yapılması gereken temyiz incelemesinin sonuçlandırılması için dosyanın, Danıştay Yedinci Dairesine gönderilmesine, hakkında DVDDK, 26.12.2018, E. 2018/1130, K. 2018/1061 sayılı kararı.

bozma kararını veren Kurul tarafından yapılabileceği gerekçesiyle, ... temyiz isteminin reddine" karar vermiştir¹⁰¹.

Israr üzerine ilgili Kurul tarafından verilen bozma kararına mahkemesi tarafından uyulması halinde bu karar artık ilgili Dairesince bozulamaz, kaldırılamaz¹⁰². Israr kararı üzerine ilk derece mahkemesince veya istinaf dairesince bozma kararına uyma zorunludur. Bozmaya uyma kararı nihai ve temyiz yoluna başvurulabilecek kararlardan olduğu için bu kararın temyiz incelemesinin Kurul tarafından mı yoksa ilgili Daire tarafından mı yapılacağı konusu tartışmalıdır¹⁰³. Bu konuda ilgili Dairenin görevli olduğu yönündeki görüş bulunmakla birlikte¹⁰⁴ Vergi Dava Daireleri Kurulu yukarıda da ifade edildiği üzere aksi yönde düşünmektedir. İdari Dava Daireleri Kurulunca bozulan kararlar üzerine ilk derece mahkemesince verilen kararın temyiz incelemesi ise İdari Dava Daireleri Kurulu yerine doğrudan ilgili Danıştay dava dairesine yapılmaktadır¹⁰⁵. İlgili Kurullar tarafından bozulan ve ilk derece mahkemesince bozma kararına uyularak verilen yeni kararın temyizi üzerine, bu karar üzerindeki inceleme sadece kararın bozma kararına uygun olup olmadığı ile sınırlı kalacaktır¹⁰⁶.

¹⁰¹ DVDDK, 03.05.2018, E. 2018/235, K. 2018/321 sayılı kararı. Vergi Dava Daireleri Kurulunun bu yöndeki kararlarında iyi üye tarafından azlık oyu yazılmakta olup anılan azlık oyu, " Vergi Mahkemesinin ısrar kararının Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca bozulması üzerine, bozma üzerine verilen vergi mahkemesi kararının temyizi halinde, temyiz incelemesinin Vergi Dava Daireleri Kurulu değil ilk bozma kararını veren dava dairesince yapılacağı ve bu nedenle, ısrar niteliğinde bulunmayan kararın temyizen incelemek üzere dosyanın ilgili dava dairesine gönderilmesi gerektiği..." şeklindedir. DVDDK, 11.04.2018, E. 2018/170, K. 2018/236 sayılı kararı. CANDAN tarafından da azlık oyundakine benzer görüş savunulmaktadır. Yazara göre, Dava Daireleri Kurullarının sadece ısrar kararlarına bakabileceği, oysa temyiz edilen kararın bozmaya uyma kararı olduğu aynı zamanda Kurulun ilk derece mahkemesi ile Danıştay dairesi arsında hakem sıfatı taşıdığı için ısrar üzerine bozma kararına uyma yönünde verilen kararların temyiz incelemesini ilgili Kurullarca yapılamayacağı ifade edilmektedir. CANDAN, s. 1047-1048; Azlık oyundaki bu görüşün yerinde olduğu hakkında YILMAZOĞLU, s. 935.

¹⁰² YILMAZOĞLU, s. 930.

¹⁰³ YILMAZOĞLU, s. 930.

¹⁰⁴ YILMAZOĞLU, s. 930; CANDAN, s. 1046.

¹⁰⁵ YILMAZOĞLU, s. 930-931.

¹⁰⁶ YILMAZOĞLU, s. 935.

İsrar kararı üzerine ilgili Kurullarca verilen kararlar kesin nitelikte kararlar olduğu Kanun Koyucu tarafından açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu kararlar hem ilgili Danıştay Dairesini hem de ısrar kararı veren ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesi istinaf dairesini de bağlamaktadır. Kesin nitelikteki bu kararlara ilgili mahkemeler uymak zorunda olduğu için bu kararlara uyularak verilecek olan kararların yargısal denetiminde sadece bozma kararı gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin denetimi yapılacaktır. Bu denetimin ise ilgili Kurul yerine Danıştay'ın Dairesi tarafından yapılması gerekmektedir. Zira ısrar üzerine verilen bozma kararına uyulması üzerine verilen yeni bir ısrar kararı bulunmamaktadır. İsrar üzerine verilen bozma kararı gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin denetimi ilgili Dairesince yapılabilecektir.

SONUÇ

İdari yargıda son yıllarda başta Danıştay'daki daire ve üye sayısı ile birlikte Danıştay'da yer alan Kurullarda da çeşitli değişiklikler yapılmıştır. İdari yargı yerlerine ilişkin bu değişiklikler yanı sıra idari yargılama usulüne ilişkin de bir çok değişiklik yapılmıştır. İvedi yargılama usulü gibi yeni bir yargılama usulü getirilirken "istinaf kanun yolu" şeklinde yeni bir kanun yolu da getirilmiştir. İstinaf kanun yolunun getirilmesiyle birlikte yargılama usulündeki değişikliklerle paralel olarak Danıştay'a temyiz yoluna başvurulabilen idari dava türü sayısı oldukça azalırken, Danıştay ilgili kurullarına ısrar edilebilecek dava türü ve sayısı da azalmıştır.

Çalışmamızda son değişikliklerden sonra ısrar müessesesi bütün yönleriyle ele alınarak hangi mahkemelerce hangi aşamada verilen hangi kararlara karşı ısrar müessesesine başvurulabileceği, ısrar edilmesi durumunda bu ısrar istemlerine bakacak olan Kurullarca ne şekilde kararlar verilebileceği ve son değişikliklerin iş yükü üzerindeki etkileri de ele alınmıştır.

Özellikle ısrar üzerine ilgili Kurullarca verilen güncel kararlar esas alınmak suretiyle çalışma oluşturulmuş olup uygulamadaki son durumda ısrar müessesesinin uygulanmasının tam olarak anlaşılması amaç

edilmiştir. Çok sayıda ısrar üzerine verilen karar incelenerek makale çalışması içerisinde yer verilmiştir.

Öncelikle İdari ve vergi dava daireleri kurullarının görevleri 2575 sayılı Kanunun 38. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre, ilgili kurullar idare ve vergi mahkemelerince verilen ısrar kararlarını ve İdari veya Vergi Dava Dairelerinde ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen incelemektedir. Yasa metninde açıkça ilk derece mahkemesi kararları denilmesine rağmen istinaf başvuru yolunun getirilmiş olmasıyla birlikte artık İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları idare mahkemelerince verilen ısrar kararları yanında Bölge İdare Mahkemeleri İdari veya Vergi Dava Dairelerinin temyiz yolu açık olan kararlarında vermiş oldukları ısrar kararını da temyizen inceleyecektir. Yasa metninde değişiklik yapılarak Bölge İdare Mahkemelerinin idari veya vergi dava daireleri ibaresi de madde metnine eklenmelidir.

İlgili Kurullar tarafından verilen kararların kesin olmasına ve bu kararlara karşı artık başvuru yolu bulunmamasına rağmen Vergi Dava Daireleri Kurullarınca bu kararlara karşı yapılan temyiz başvurularının kendi kurullarınca çözümlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Oysa ki bu kararlar kesin nitelikte kararlar olup bu kararların temyiz isteminin reddi daha yerinde olacaktır. Nitekim, ısrar kararı üzerine ilgili Kurullarca verilen kararlar kesin nitelikte kararlar olduğu Kanun Koyucu tarafından açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu kararlar hem ilgili Danıştay Dairesini hem de ısrar kararı veren ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemesi istinaf dairesini de bağlamaktadır. Kesin nitelikteki bu kararlara ilgili mahkemeler uymak zorunda olduğu için bu kararlara uyularak verilecek olan kararların yargısal denetiminde sadece bozma kararı gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin denetimi yapılacaktır. Bu denetimin ise ilgili Kurul yerine Danıştay'ın Dairesi tarafından yapılması gerekmektedir. Zira ısrar üzerine verilen bozma kararına uyulması üzerine verilen yeni bir ısrar kararı bulunmamaktadır. İsrar üzerine verilen bozma kararı gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin denetimi ilgili Dairesince yapılabilecektir.

İlk derece mahkemesince verilen kısmen iptal, kısmen davanın reddi gibi kararlarda taraflardan birisi tarafından bu kararın aleyhine olan kısmına ilişkin olarak temyiz yoluna başvurulmaması halinde kara-

rın o kısmı kesinleşecektir. Daha temyiz yoluna başvuru için Danıştay ilgili Dairesince bozma kararı verilmesi halinde artık ilk derece mahkemesi kararının temyiz yoluna başvurulmayan kısmı yönünden karar kesinleşmiş olacaktır. Kararın bu kısmı kesinleştiği için ilk derece mahkemesince kararının bu kısmına yönelik olarak ısrar kararı verilemeyecektir.

Öte yandan, ısrar kararı verilirken bu kararda önceki kararın aynı-sını yazılması zorunda olmayıp yeni kararda önceki karardan farklı gerekçelere yer verilebilir. Bu kararda özellikle Danıştay ilgili Dairesinin bozma gerekçelerinde yer alan hususları çürütecek nitelikte ilave gerekçelere yer verilmelidir. Zira kendi kararının doğru olduğunu ileri süren ilk derece mahkemesi veya istinaf dairesi bu kararının neden doğru olduğunu net olarak ortaya koyabilmelidir. Aynı şekilde kararını bozan Danıştay Dairesi kararının gerekçesinin hangi yönüne neden katılmadığını ifade edebilmelidir. Ancak burada göz önünde bulundurulması gereken husus temyiz edilen ilk karar ile ısrar edilen kararların birbirinden farklı nitelikte olmamasıdır. İlk derece mahkemesi veya istinaf dairesi ilk verdiği ve temyiz olunup bozulan karardan farklı nitelikte bir karar vermesi halinde bu karar artık yeni bir karar olup ısrar kararı niteliği taşımayacaktır.

İstinaf başvuru yolunun getirilmesine bağlı olarak gerek bölge idare mahkemelerinin kendi içindeki daireleri arasında gerekse farklı bölge idare mahkemelerinin aynı işe bakan daireleri arasında birbirinden farklı kararlar verildiği görülmektedir. Bu farklılıkların giderilmesi ve içtihadın birleştirilmesi amacıyla Danıştay'ın içtihadı birleştirme kuruluna gidilmesi yolu getirilmiştir. Ancak uygulamada bu kurulun çalışması ve toplanması oldukça zor gerçekleşmekte olup içtihadın birleştirilmesi için karar alınması sürecini oldukça uzatmaktadır. Bu nedenle bölge idare mahkemeleri arasında gerçekleşen içtihat farklılıklarını birleştirme konusunda İdare veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna müracaat imkanı getirilerek içtihat birliği bu Kurullar aracılığıyla yerine getirilebilecektir.

Temyiz yoluna başvuru ve 2577 sayılı Kanununun 46. maddesinde sayılan davalar yönünden üç dereceli yargılama usulü getirilmesi yerine bu davaların istinaf başvurusuna tabi tutulmadan doğrudan Danıştay'a temyize başvurma imkanı getirilebilirdi. Bu sayede hem ilk de-

rece yargı yerleri olan idare ve vergi mahkemelerinin önemi korunmuş, hem de zaten Danıştay'ın temyiz incelemesine tabi olan işlerin istinaf önünde de bekletilerek yargılamanın uzamasının önüne geçilmiş olabirdi. Üç dereceli yargılama yolu bu uyuşmazlıkların kesinleşme sürecini uzatabilecektir. O nedenle Danıştay ilgili Dairelerince bölge idare mahkemelerinden gelen dosyaların temyiz incelemesine öncelik verilmesi bu davaların görüm ve çözüm sürecini uzatmama adına adil yargılanma hakkının gereğidir. Bu şekilde istinaf yargılama sisteminin üç dereceli yargılamasından vazgeçilmiş olursa da ilk derece mahkemelerinin kendi kararlarında ısrar edebilme yoluna yeniden kavuşmalarının önü açılmış olacaktır.

İdari yargılama usulü kanununda yapılacak olan değişikliklerle birlikte kanun yolları konusu yeniden düzenlenerek kanun yollarına ilişkin düzenlemeler daha ayrıntılı bir hale getirilebilir. Aynı düzenleme kapsamında ısrar konusu da bütün yönleriyle yeniden ele alınarak her iki Kurul arasındaki içtihat farklılıkları da önlenebilecektir.

KAYNAKLAR

- AKYILDIZ, Ali; "İstinafa İlkesel Bakmak" *TC Danıştay Başkanlığı*, 147. *Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.11-32.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil; *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- ARMAĞAN Tuncay; *İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları*, Ankara 1997;
- ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ AYVAZ, Sema Taşpınar; *Medeni Usul Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2016
- ATAY, Ethem E. / ODABAŞI Hasan / GÖKCAN Hasan Tahsin; *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, 2. Baskı Ankara 2010
- AVCI Mustafa; *İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- AVCI, Mustafa; "6545 ve 6552 sayılı Kanunlar ile İdari Yargıya İlişkin Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme", *Legal Hukuk Dergisi*, C.13, S.152, s.35-106.
- AVCI, Mustafa; "İdari Yargıda İstinaf", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:96, s.179-204.
- BİLGİN, Hüseyin/ Eraslan, Yunus; 6552 Sayılı Kanunla 2577 sayılı Kanunda Yapılan Değişiklikler, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2, s.121-148.
- BİLGİN, Hüseyin; " Beşinci Yargı Paketiyle İdari Yargıdaki Son Değişiklikler Hakkında Bir İnceleme", *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2, s.149-186.
- BİLGİN, Hüseyin; "İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasına" *Adalet Dergisi*, Sayı:35, s.86-106.
- BİLGİN, Hüseyin; *99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- BİLGİN, Hüseyin; *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

- BİLGİN, Hüseyin; Üçüncü Yargı Paketinde İdari Yargıda Yargılamanın Hızlandırılmasına İlişkin Getirilen Yenilikler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:103, s.307-350.
- BOZ, Selman Sacit; *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018,
- CANDAN, Turgut; *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- ÇAĞLAYAN Ramazan; " İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.IX, S.3-4, s.17-33;
- ÇAĞLAYAN Ramazan; *İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş 10.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- ÇAĞLAYAN Ramazan; *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa -Türkiye Mukayeseli Bir Deneme)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 415, dp.449.
- ÇAĞLAYAN Ramazan; *İdari Yargıda Kanun Yolları (Kararlara Karşı Başvuru Yolları)*, 2. Baskı, Ankara 2002.
- ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya; *İdari Yargıda Tarafların Değişmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.7
- ÇINARLI Serkan; *İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleeri*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- DEMİRKOL, Selami; "İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü – Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Güçlendirilmesi " *TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.115-140;
- ERASLAN, Yunus / BOZ, Selman Sacit; " İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları", *Türk İdare Dergisi*, Y. 91, S. 488, s. 203-243.
- GÖRGÜN, L.Şanal; *Medeni Usul Hukuku*, 4 Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

- GÖZLER Kemal, / KAPLAN Gürsel; *İdare Hukuku Dersleri*, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 19. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2017.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref; Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 34. Bası, Ankara, 2015.
- GÜLAN, Aydın; "Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanunuyolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek", *TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.19-28
- HASBUTCU, Sebahattin Taha; *İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- HONDU, Selçuk; İdari Yargılama Usulünde Israr, *Danıştay Dergisi*, Sayı:60-61, s.48-53.
- KAPLAN, Gürsel; "İdari Yargılama Hukukunda Usulü Kazanılmış Hak", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 76, s. 231-287 (2008).
- KAPLAN, Gürsel; *İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş İkinci Baskı, Bursa 2017.
- KOÇ, Halil; "İdari Yargıda İstinaf Sistemine Geçiş", *TC Danıştay Başkanlığı, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.55-62.
- KURU, Baki; *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2018.
- ODYAKMAZ, Zehra; *Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul 1993.
- ONAR Sıddık Sami; *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, III. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖZDEMİR, Halit Eyüp; "İdari Yargıda 'Israr' (Direnme) Kararının Şekil ve İçerik Bakımından Niteliği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C.8, S.95-96, s.27-36.
- ÖZTÜRK, İlhami; "İdari Yargıda Temyiz İncelemesinin Usulü Kazanılmış Haklar Bakımından Sınırlandırılması" *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:XII, Yıl:2008, s.1031.

- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler*, 9. Baskı, Yetkin yayınları, Ankara 2015.
- SANCAKTAR Oğuz / US Eser / TURHAN Mine Kasapoğlu / ÖNÜT Lale Burcu / SEYHAN Serkan; *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, s.743-775.
- SANCAKTAR, Oğuz; "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri" *TC Danıştay Başkanlığı, 148. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 10 Mayıs 2016, Ankara, s.29-114;
- SEZGİNER, Murat; "İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları", *TC Danıştay Başkanlığı, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 10-11 Mayıs 2018, Ankara, s.111-134;
- TOKLU, Esat; "Türk İdari Yargısının İstinaf Deneyimi, Karşılaştığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *TC Danıştay Başkanlığı, 150. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 10-11 Mayıs 2018, Ankara, s.135-145;
- TOPUZ, İbrahim/ ÖZKAYA, Kadir; *Açıklamalı - İçtihatlı İdari Yargılama Usul Kanunu*, Ankara 2002, s.933
- ÜSTÜN, Ümit Süleyman; *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı*, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, İstanbul 2009.
- YENİCE, Kazım/ ESİN, Yüksel; *Açıklamalı Notlu İdari Yargılama Usulü*, Ankara 1983.
- YILDIRIM Ramazan; *Türk İdari Rejimi Dersleri*, C.2, Konya 2014.
- YILDIRIM, Ramazan / ÇINARLI Serkan; *Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri*, Astana Yayınları, Ankara 2018.
- YILDIRIM, Ramazan; "Türkiye'de İstinaf Uygulamasının İdari Yargıya Etkileri", *TC Danıştay Başkanlığı, 147. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, 12 Mayıs 2015, Ankara, s.33-54.

YILDIRIM, Ramazan; *Açıklamalı ve Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü*, Mimoza Yayınları, Konya 2006.

YILDIRIM, Ramazan; *Türk İdari Rejimi Dersleri (İdari Yargılama Hukuku)* Cilt 3, Mimoza Yayınları, Konya 2015.

YILMAZ, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, Genişletilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

www.uyap.gov.tr (Bu çalışmadaki tüm kararlar bu siteden temin edilmiştir).



ULUSLARARASI HUKUKTA DEĞİŞEN GÜVENLİK ALGISI VE SALDIRI SUÇU BAĞLAMINDA SİBER SALDIRILAR

Arş. Gör. Erdi ŞAFAK*

Öz

Günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte kolaylaşan hayatımız, beraberinde bazı sorunları da gündeme getirmiştir. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte uluslararası hukukun çalışma alanı ve buna bağlı olarak var olan kurallar bir takım güncellemeler ihtiyacı doğurmuştur. Özellikle silahlı çatışmalar hukukunda var olan mevcut durumda önemli değişikliklerin yaşandığını söyleyebiliriz. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, kara, deniz ve hava kuvvetleri komutanlıklarına, siber savunma komutanlıkları da eklenmiş ve ordular siber saldırı ve siber savaş gibi kavramlar üzerinde senaryolar üretmeye başlamıştır. Devletler açısından güvenlik kavramının önem kazanması ile birlikte savaş algısında yaşanan gelişmeler ve siber saldırı suçunun doğuşu çalışmanın inceleme alanını oluşturacaktır.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk • Güvenli • Savaş • Siber Saldırı • Siber Savaş.

* Arş. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Lefkoşa, KKTC | Asst., Near East University, Faculty of Law, Department of Public Law, Nicosia, TRNC.

✉ erdi.safak@neu.edu.tr • ORCID 0000-0003-4000-2468

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ŞAFAK Erdi, "Uluslararası Hukukta Değişen Güvenlik Algısı ve Saldırı Suçu Bağlamında Siber Saldırılar", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 127-160.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

CHANGING PERCEPTION OF SECURITY IN INTERNATIONAL LAW AND CYBER ATTACKS REGARDING CRIME OF AGGRESSION

Abstract

While improving daily lives, rapid advances in technology have also placed a number of issues on the global agenda. More specifically, with rapid technological change, international law and its principles are now in need of revision. This also applies to the law of armed conflicts which has witnessed a number of important changes. As a result of technological advancement, cyber command is now part of the unified commands alongside naval, air and land components and the armed forces have begun to work on scenarios focusing on cyber attacks and cyber warfare. This article provides a review of the recent developments related to the concept of cyber crime in the context of changes to our understanding of security and of war.

Key Words

International Law • Security • War • Cyber Attacks • Cyber War.

GİRİŞ

Uluslararası ilişkilerin temel çalışma alanlarından olan “Güvenlik” kavramı, uluslararası hukukun da inceleme alanında yer almaktadır. Uluslararası hukukun bir diğer inceleme alanı olan silahlı çatışmalar hukuku kapsamında da, çatışma ya da savaş kuralları belirlenmeye çalışılmıştır. Devlet kavramının ortaya çıktığı 1648 Westphalia düzeninden bu yana, dünyamız birçok savaşa tanıklık etmiş ve bu savaşlar genellikle, kara, hava ve deniz unsurları ile icra edilmiştir. Ancak, günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte belirtilen bu üç unsura yakın gelecekte siber alanın da dâhil edileceği ve devletlerin bu alanda da savaşacakları ön görülmektedir. Bu nedenle siber alan ve siber savaş gibi kavramlar, uluslararası hukuk bağlamında incelenmesi ve kurallarının belirlenmesi ihtiyacı her geçen gün artmaktadır.

Siber alan en genel tabiri ile dünyadaki tüm bilgisayar ağları ve onların bağlı olduğu ve kontrol ettiği her şeydir. Bu alanda devletlerin ya da bireylerin birbirlerine karşı gerçekleştirmiş olduğu yasa dışı faaliyetler ise siber saldırı olarak değerlendirilmektedir. Siber savaş ise, yine siber alanda devletlerin birbirlerine karşı yürüttüğü askeri faaliyetler ile aynı etkiye sahip, çatışma biçimidir denilebilir. Güvenliğin insanlık için esas alındığı temel noktadan, savaş kavramının tanımı ve savaşın yeni-

den şekillenmesi süreci aşamasında siber savaş çalışmamızın ana temasını oluşturacaktır.

Savaş olgusunda yeni düşünceleri gündeme getiren siber saldırı ve siber savaş çalışmanın temel inceleme konusu olacaktır. Bu noktadan hareketle, çalışmamız genel olarak 3 bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde güvenlik ve savaş kavramları açıklanmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde savaş olgusunda yaşanan değişime paralel olarak siber saldırı ve siber savaş kavramları üzerinde durulacaktır. Son bölümde ise, siber saldırı ve siber savaş durumlarında uluslararası hukuk mekanizmasının ne şekilde işleyebileceği irdelenecektir.

I.Genel Olarak Güvenlik ve Savaş Kavramlarının Tanımları

A. Güvenlik Kavramı Tanımı

Güvenlik kavramı Latince *se* (olmaksızın) ve *cura* (endişe) kelimelerinin birleşmesinden oluşan *securites* kelimesinden türemiştir. Kavram dikkatli bir biçimde tercüme edildiğinde, *securitas*, “endişeden uzak olma ve sükûnet” anlamına gelmektedir¹. “

Güvenlik terimini uluslararası ilişkiler literatüründe farklı şekillerde açıklamak mümkündür. Bu tanımlardan hareketle güvenlik kavramı devletlerin, toplumların, grupların ve bireylerin varlıklarını koruma ve sürdürme yolundaki faaliyetleri ile bunları tehdit eden unsurların bertaraf edilmesine yönelik algıları, araçları, uygulamaları ve politikaları kapsamaktadır. Ayrıca güvenlik, değişen ve gelişen dinamiklere göre de her seferinde yeniden şekillenmektedir².

Güvenlik, sosyal bilimlerde genel çerçeve ve boyutlara tekabül eden bireylere, konulara, toplumsal adetler ile değişen tarihsel şartlara ve durumlara uyarlanan temel bir kavramdır. Güvenlik kavramı barış ile yakından ilgilidir ve ulus-devlet³, devlet-üstü ve devlet-dışı aktörler için olağanüstü önlemler gerektiren bir değer ve hareket amacıdır⁴.

¹ ARENDS J. Frederik, “Homeros’dan Hobbes ve Ötekine: Avrupa Geleneğinde ‘Güvenlik’ Kavramı”, *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler: AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.199.

² DEDEOĞLU Beril, “Yeniden Güvenlik Topluluğu: Benzerliklerin Karşılıklı Bağımlılığından Farklılıkların Birlikteliğine”, *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler: AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.369.

³ Ulus düşüncesi, ilk olarak 1689’da İngiltere’de vatandaşlık haklarının kabulü ile ulusal egemenliğe dayalı ve ulus-devletin ortaya çıkmasında zemin oluşturan ana-

Güvenlik tanımlarında kullanılan en önemli kavram tehdit kavramıdır. Güvenlik daha çok güvensizlik ihtimallerinin ortadan kaldırılması durumu olarak değerlendirildiğinde, güvensizlik durumlarının kaynağının tehdit olduğu görülmektedir. Bir güvenlik olgusundan bahsedebilmek için varlığın korunması ve sürdürülmesi açısından bir tehdidin bulunması gerekmektedir. Söz konusu tehdit içsel ya da dışsal olmak üzere bir veya birden fazla olabilir. Tehdidin gerçekten var olmasının yanında, tehdidin varlığına yönelik algılamalar da yeterlidir. Bu yönüyle tehdit, bir taraftan da algı ve tahminlere dayanmaktadır⁵.

21. Yüzyılda savaşın bir uluslararası politika seçeneği olarak ortadan kalktığını iddia etmek olası gözükmemektedir. Ancak, saldırı belirgin bir biçimde şekil değiştirmiştir. Günümüzde barışın temel tehdit kaynakları uluslararası çatışmalar değildir. Tehditler ulusların kontrol edemedikleri veya tam anlamıyla kontrol edemedikleri diğer önemli sorunlardır. Bunların başında terörizm, etnik çatışmalar, uluslararası hukuk ihlalleri, kitle imha silahlarının yaygınlaşması, şiddeti artan ekonomik rekabet, siber saldırılar ve siber terörizm gelmektedir. Geleceğin nasıl bir dünya getireceği, yeniden büyük çaplı çatışmaların yaşanıp yaşanmayacağı, ulusların “modern savaşlar”la etkin mücadele edebilme kapasitesine bağlı olacaktır⁶.

Güvenlik söylemlerinde güvenlik tehlikeleri için farklı kavramlar kullanılmaya başlanmıştır. Hem sert (askeri) güvenlik, hem de yumuşak (uyuşturucu, insan ticareti, göç) güvenlik konularına ilişkin olarak tehditler, hassasiyetler, çatışma alanları, belirsizlikler ve riskler önem taşımaktadır. Sınırların ortadan kalkması, topluluklaşan diğer konuların

yasal monarşinin oluşma süreciyle ortaya çıkmıştır. Daha sonra, Fransız ve Amerikan devrimleriyle ulus düşüncesi, siyasal ve toplumsal örgütlenmede evrensel bir konuma gelmiştir. Detaylı bilgi için bakınız: **ZABUNOĞLU H. Gökçe**, “Günümüzde Ulus Devlet”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. XIII, 2018, s.1.

⁴ **BRAUCH, Hans Gunter**, “Güvenliğin Yeniden Kavramsallaştırılması: Barış, Güvenlik, Kalkınma ve Çevre Dörtlüsü, *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler: AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s.168.

⁵ **DEDEOĞLU, Beril**, *Uluslararası Güvenlik ve Strateji*, 3. Basım, YeniYüzyıl Yayınevi, İstanbul, 2008, s.22. / **BAYRAKTAR, Gökhan**, *Siber Savaş ve Ulusal Güvenlik Stratejisi*, YeniYüzyıl Yayınevi, İstanbul, 2015, s.27.

⁶ **YILMAZ Muzaffer Ercan**, “Westphalia’dan Günümüze Savaş”, *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler: AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.87.

aksine hükümetler – arası yapılara dayanan iki güvenikleştirme stratejisiyle tanımlanmıştır. Uluslararası örgütler bağlamında da artık çevresel güvenlik, gıda güvenliği, siber güvenlik, enerji güvenliği ve geçim güvenliği gibi sektöre özel güvenlik kavramları yaygın olarak kullanılmaktadır⁷.

Güvenlik kavramı yukarıda da açıkladığımız üzere, genellikle askeri bir kavram olarak düşünülmüş ve güç unsuru ile birlikte değerlendirilmiştir. Güvenliğin olmadığı durumlarda ise çatışma ya da savaş durumlarından bahsedilebilir. Biz de bu noktadan hareketle konumuz ile ilgili olarak savaş kavramını ve tarihsel süreç içerisinde savaş olgusunda yaşanan değişimi açıklamaya çalışacağız.

B. Güvenlik ve Barış Kavramlarının Karşılığı Savaş Kavramı

Savaş bir zamanlar pragmatik bir eylem olduğu kadar, bir ritüel olarak da tasvir edilmiştir. Avlanma, insan öldürme ve kendini feda etme, yani savaşın ataları başlangıçta tamamen dinsel etkinliklerdi. Bu pratiklerin çoğu olan savaş, bu mantığın bir ürünü olarak maddi ve manevi etkinlikle etkili ve kutsal gösteriyi bağdaştırmaktaydı. Savaş, sivilleşmeye başladıkça, şov artık giderek daha az kader, Tanrılar ve Tanrıçalar için ve daha çok iki tarafın da savaşçılarının morali için yapılar olmuştur⁸.

Uluslararası hukuk belgelerinde savaşın genel bir tanımı yapılmamaktadır. Uluslararası Sürekli Hakemlik Mahkemesi “Osmanlı Savaş Zarar – Giderimi Davası”⁹ndaki 11.11.1912 tarihli kararında savaşı “uluslararası bir olay” olarak tanımlamak suretiyle savaşın yalnızca devletler arasında gerçekleşen silahlı çatışma yanını vurgulamıştır¹⁰.

Kuvvet kullanmayı ve şiddeti içeren bir çatı kavram olan savaş, genellikle devletler tarafından icra edilmektedir¹¹. Muharebe veya çar-

⁷ BRAUCH, s.177.

⁸ GRAY Chris Hables, Postmodern Savaş – Yeni Çatışma Politikası, (Çeviren: Derya Kömürçü), Alfa Yayınları, İstanbul, 2000, s.58.

⁹ “Osmanlı Savaş Zarar – Giderimi Davası” hakkında detaylı bilgi için bakınız: ME-RAY Seha L., Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar – Belgeler, Takım 1, Cilt:3, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:320.

¹⁰ PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 15. Basım, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.538.

¹¹ Savaş sadece devletler arasında icra edilmemektedir. Devletlerin terör unsurları ile mücadelesi de zaman zaman terörle savaş şeklinde değerlendirilebilmektedir. Ancak biz konumuzun alanını genişletmemek adına “savaş” kavramı ile devletler arasında icra edilen silahlı çatışmaları ifade edeceğiz.

pişma ise savaşa nazaran daha dar bir kavramdır. Savaş sırasında silahlı çatışmanın gerçekleşmediği durumlarda bile askerî faaliyetlerin ve/veya millî gücün diğer unsurlarının güç vasıtası olarak kullanılması söz konusudur. Muharebede ise mutlak surette askerî gücün silahlı mücadelesi gerçekleşir. Savaş doğrudan devlet eliyle yürütülürken muharebe ve askerî harekât silahlı kuvvetler tarafından icra edilir. Uygulamada çarpışma sözcüğü, çatışmadan daha büyük seviyedeki birliklerin yakın muharebesi anlamında kullanılmaktadır. Askerî doktrinde ise “çatışma” sözcüğünün, çatışmanın özel niteliğinin belirtildiği, etnik çatışma, kültürel çatışma, menfaat çatışması vb. bir gerginlik durumunu açıklayan anlamı dışında tek başına kullanıldığında “silahlı çatışma” hâli anlaşılmaktadır¹².

Çağımızın savaşları, cephelerden siber ortama taşınmış olup bilgi güvenliğinin önemi ve devlet kurumlarının gizliliği, halkın devlete olan güveni siber dünyada sözü geçen kişilere/devletlere bağlı belirlenmektedir. İşte bu nedenler, ülkelerin fiziksel askeri yatırımlarının yanı sıra bilişim alanına da yansımış olup sözün tam anlamıyla “siber ordu”lar kurulmaya başlamıştır¹³. Yeni savaş alanı olarak kabul edilen siber alanda yalnızca bilgiye erişim değil, bunun yanı sıra, bilgiyi değiştirme, manipüle etme, siber istihbarata karşı koyma, bilgiyi çarpıtma ve koruma gibi tam manasıyla bir mücadele söz konusudur. Siber alan, kara, hava ya da deniz alanları gibi değildir. Siber alanda bir muharebe alanının ve sınırlarının kesin olmayışı, siber alanın savaş ortamından çok bir mücadele ortamı olarak düşünülmesine neden olmuştur¹⁴.

Geleneksel savaşlara baktığımızda genellikle bir “ilan ediliş” görülmektedir. Bir ülke, bir başka ülkeye böylelikle savaşını başlatmış olmaktadır. Oysa siber dünyada sözü edilen savaş bu şekilde gerçekleşmemektedir. Dahası, tam tersi olarak bir ülke, bir ülkeye siber saldırı düzenlediğinde bunu dahi kabul etmez, etmek istemez. Esasen bu durum siber saldırının bir “savaş” olarak açıklanmasından kaçınılması olarak kabul edilebilir. Zira savaş sözcüğü ağırlığı olan bir konumdadır ve ülkelerin müttefiklerinin de bu savaşa dâhil olması da pek muhtemeldir. Ülke çapında yapılan siber saldırılardan sonra yapılan açıklamalar

¹² VARLIK Ali Bilgin, Savaşı Tanımlamak: Terminolojik Bir Yaklaşım, Avrasya Terim Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, 2013, s. 126.

¹³ Kolektif Yazarlar, Siber Güvenliğe Giriş, Kutlu Yayınevi, İstanbul, 2017, 1.Bası, s.58.

¹⁴ Siber Güvenliğe Giriş, s.58.

lar ağırlıklı olarak olayı, “milli duygular kapsamında kabiliyetlerini kullanan bir gruba” aksettirir. Esasen de ortada bir savaş yoktur, zira tarafların karşılaşmasından ziyade birbirlerine siber uzayda zarar verme, bilgi manipüle etme, sosyal medyada propaganda yapma, bilişim sistemlerini aksatma gibi sabotaj eksensli siber ataklar söz konusudur¹⁵.

II. Değişen Güvenlik Algısı Bağlamında Siber Saldırı, Siber Savaş ve Siber Terörizm

Siber alan, kara, hava, deniz ve uzay alanlarından aktörler, kurallar, sınırlar, boyutlar, süreçler ve ilişkiler açısından oldukça farklı olduğundan, siber alanı anlayabilmek için geleneksel araçlardan ve teorilerden farklı kavramsal ve kuramsal bir çerçeveye ihtiyaç duymaktadır. Uluslararası ilişkiler ve siber alanın birbirini şekillendirmeye başladığı günümüzde, bu karşılıklı etkileşim ve bağımlılığı okuyabilmek, anlayabilmek ve anlamlandırabilmek için mevcut durumda oldukça az ve etkin olmayan kavramsal ve kuramsal araçlar mevcuttur. Siber teknolojisindeki gelişmeler son yıllarda dünya politikasında meydana gelen askeri, sosyal, ekonomik ve siyasal faaliyetleri derinden etkilemektedir¹⁶. Bu noktadan hareketle çalışmamızın bu bölümünde siber saldırı, siber savaş ve siber terörizm kavramlarını açıklamaya çalışacağız.

A. Siber Saldırı ve Siber Savaş

Siber alanda, bireylerden geniş çaplı organizasyonlara, terör örgütlerinden devletlere kadar muhtelif kaynaklar tarafından hedef sistemleri bozmaya ve kullanılmaz hale getirmeye yönelik birçok saldırı gerçekleştirilmektedir. İşte bu tür eylemler literatürde “siber saldırı” olarak ifade edilmektedir¹⁷. Siber saldırı, siber alanda yer alan bilgileri istismar etmek, bozmak, değiştirmek, sistemlere erişimi engellemek ya da zarar vermek amacıyla siber alanda gerçekleştirilen faaliyetlerdir¹⁸. Başka bir tanımda ise siber saldırı, saldırganlar tarafından bilgi sistemlerinin çalışamaz hale getirilmesi, bilgi sistemlerinin güvenliğinin veya güvenilirli-

¹⁵ **Siber Güvenliğe Giriş**, s.105.

¹⁶ **AKYEŞİLMAN Nezir**, Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Siber Politika & Güvenlik, Orion Kitabevi, Ankara, 2018, s.180.

¹⁷ **ÇİFCİ Hasan**, Her Yönüyle Siber Savaş, İkinci Basım, TÜBİTAK Yayınları, Ankara, 2017, s.6.

¹⁸ **ÇİFCİ**, s.6.

ğinin riske atılması, bozulması veya çalınması şeklinde ifade edilmektedir¹⁹.

Siber saldırıların ne olduğunun anlaşılması noktasında öncelikle yapılması gereken, konunun geleneksel saldırılardan ayırt edilmesi gerektiği ile ilgilidir. İlk olarak siber saldırılarda genellikle farklı araçlar kullanılmaktadır. Siber saldırıda kinetik güç (yumruk, kılıç, bomba, silah vb.) kullanmak yerine, dijital araçlar (bir çeşit bilgisayar hareketi) kullanılır. Bu nokta önemlidir çünkü bir siber saldırı geleneksel saldırıların olağan fiziki ile sınırlı değildir. Siber uzayda bir saldırı, coğrafya ve siyasi sınırla kısıtlanmadan gerçek manada ışık hızıyla hareket edebilmektedir. Fizikten bağımsız olması, aynı zamanda, aynı anda birçok yerde olabileceği anlamına gelen birden çok hedefi bir kerede aynı saldırının vurması anlamına da gelmektedir²⁰.

Bir siber saldırının farklılaştığı ikinci yön hedeftedir. Doğrudan fiziksel hasara sebep olmak yerine bir siber saldırı daima ilk olarak bilgisayarı ve ondaki bilgiyi hedef almaktadır. Niyet edilen saldırının sonucu fiziksel bir şeye hasar vermek olabilir ancak hasar daima ilk olarak dijital âlemdeki bir olaydan doğmaktadır²¹.

Günümüzde ordu birimleri arasında her türlü bilgi alış-verişi genel olarak internetten bağımsız, kapalı sistem olan bilgi sistemleri üzerinden yapılmaktadır. Buna ilaveten, uçak, gemi, füze, mühimmat gibi birçok yüksek teknolojiye sahip harp silah ve araçları, koruma kontrol sistemleri, kontrol ihbar ve hava savunma sistemleri bilgisayarlara ve yazılımlara bağımlı olarak çalışmaktadır. Bu durum, askeri sistemleri ve ülke savunmalarını siber saldırılara karşı hassas hale getirmektedir. Bilgi sistemlerine yönelik gerçekleştirilen siber saldırı, bilgisayar ağına girilerek, sistemde istenilen değişiklikleri yapmak suretiyle sistemin çalışma şeklini değiştirmek ya da sistemi tamamen çökertmek amacıyla yapılmaktadır²².

¹⁹ **CANLI Mustafa**, "Siber Güvenlik", *Ankara Siyasal ve Ekonomik Araştırmalar Merkezi Raporu*, Ankara, 2013, s.8.

²⁰ **SINGER Peter / FRIEDMAN Warren Allan**, *Siber Güvenlik ve Siber Savaş*, Buzdağı Yayınevi, Ankara, 2015, s.101.

²¹ **SINGER/FRIEDMAN**, s.101.

²² **BAYRAKTAR**, s.137.

Bu bilgiler doğrultusunda siber savaş en genel tanımı ile “devletlerin birbirine karşı yürüttüğü siber saldırı faaliyetleridir²³”. Bu tanımda dikkat edilecek iki husus bulunmaktadır; Bunlardan ilki siber savaşın devletler arasında cereyan etmesi; diğeri ise karşı tarafın sistemlerine hasar vermeye veya sistemlerinde kesinti yapmaya yönelik eylemlerin siber savaş olarak nitelendirilmesidir. Bu tanıma göre karşı tarafın sistemlerine zarar vermeden bilgi çalmak siber savaş olarak kabul edilmemektedir²⁴.

Siber savaş sadece devletlerin birbirlerine karşı yürüttüğü siber saldırı faaliyetleri olarak tanımlanmamaktır. Uluslararası hukuka göre, bir devletin hükümetine karşı silahlı mücadele veren güçlere de savaşan statüsü tanınabilmektedir²⁵. Bu durumda silahlı mücadelenin siber ekipmanlar aracılığı ile gerçekleştirilmesi neticesinde meydana gelen çatışmalar siber savaş olarak değerlendirilebilecektir.

Siber savaşlar stratejik, operatif ve taktik olmak üzere her seviyede uygulanabilir olma özelliğine sahiptir. Bu nedenle her seviyede istenen etki elde edilebilmektedir. Hedef olarak ise siber savaşlar, temel olarak ülkelerin kritik bilgi sistem altyapılarını hedef almaktadır. Siber savaş sayesinde bu altyapıların hizmet dışı bırakılmasının yanı sıra ülkelerin sivil ve askeri hassas ve kıymetli bilgilerine ulaşılabilir. Söz konusu bilgiler çalınabilmekte hatta silinebilmektedir. Ayrıca saldırıya maruz kalan ülke halkını ve yönetimini, siber ortamda dezenformasyon ile psikolojik olarak etkilemek de mümkün olabilmektedir. Bu nedenle siber savaşlar toplumun her kesimini etkileyebilmekte, çatışma ve rekabet ortamı yaratabilmektedir²⁶.

B. Siber Terörizm

Terör²⁷ ile ilgili günümüzdeki literatüre bakıldığında, bu tür olaylara ilişkin tanım ve açıklamaların odak noktasını “siyasi amaçlı şiddet eylemi” vurgusunun oluşturduğu görülmektedir²⁸.

²³ FLOWERS, Angelyn, “Cyberwar: The What, When, Why and How”, *IEEE Technology And Society Magazine*, 2014, s.14.

[file:///C:/Users/NewTech/Downloads/Cyberwar The What When Why and How Commentary%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/NewTech/Downloads/Cyberwar%20The%20What%20When%20Why%20and%20How%20Commentary%20(1).pdf)

²⁴ ÇİFCİ, s.7.

²⁵ PAZARCI, s.537-540.

²⁶ BAYRAKTAR, 49.

²⁷ Terör Türk Dil Kurumu sözlüğünde “Yıldırım” anlamında kullanılmakta olup, uluslararası ilişkiler literatüründe değişik birçok farklı tanıma sahiptir. Terör ile ilgili

Terörizm modern bir olgu olmayıp, her çağda var olmuştur. Ancak terörizm açısından Soğuk Savaşın sona ermesinin yanı sıra özellikle 11 Eylül saldırıları²⁹ bir milat olarak kabul edilmektedir. Esasen 1990'lı yılların ortasından itibaren kendinden önceki terör uygulamalarından önemli bir farklılık göstermeye başlayan terörizm, değişen organizasyon yapısı ve benimsediği yeni yöntemlerle “yeni terörizm” olarak adlandırılmaya başlamıştır³⁰.

11 Eylül 2001 İkiz Kule saldırılarından sonra terörizm ve güvenlik söylemleri, terörü ve dolaylı olarak siber terörizm tehdidi endişelerini arttırmıştır. Bu çerçevede uzman politik ve psikolojik birimler bir araya gelerek siber terörizm tehdidini araştırmaktadırlar. Psikolojik perspektife göre modern dönemlerin en büyük korkularından biri de, “siber terörizm” olmuştur. Modern araçlardan ve alışkanlıklardan kaynaklanan mağduriyet korkusu, bilgisayar teknolojilerine olan güvensizlik ve endişe ile birleşerek siber terörizm korkusunu yaratmıştır. Buna rağmen siber terörizm doğrudan bir şiddet tehdidi sunmamaktadır; fakat tedirgin toplumlarca yapacağı psikolojik darbe, terörist bir bombanın etkisi kadar zarar verici olabilir. Daha da ötesi siber saldırılara karşı mücadele çalışmaları, en büyük ve gerçek tehdidin bilinmezlikten, bilgi eksikliğinden ve daha da kötüsü yanlış bilgilerden kaynaklandığı ortaya çıkmıştır³¹.

Siber terörizme odaklanmanın birde politik boyutu vardır. Siber terörizm ile ilgili güvenlik tartışmaları her zaman için siyasi aktörlerin

detaylı bilgi için bakınız: **TOPAL, Ahmet Hamdi**, Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.

²⁸ **KÜÇÜKCAN Talip**, “Terörün Sosyolojisi: Toplumsal Kökenleri Anlama İmkanı”, *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler: AYDIN Mustafa, BRAUCH Hans Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s.102.

²⁹ 11 Eylül 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Washington ve New York'ta kaçırılan uçaklarla düzenlenen terör saldırılarında, 2 bin 977 kişi hayatını kaybetmiştir. Ayrıca uçakları kaçırılan 19 hava korsanı ölmüş, Saldırılarda 6 binden fazla kişi ise yaralanmıştır. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bakınız: “11 Eylül saldırıları: 2001'de neler yaşandı, 18 yılda neler değişti?”,

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-49653233>. E.T. 12.10.2019.

³⁰ **KURT Selim**, “Yeni Terörizmin Geleceğin Güvenlik Ortamına Etkileri: DAES Örneği,” *Geleceğin Güvenliği*, Editör: Ahmet Yıldız, TASAM Yayınları, İstanbul, 2019, s.209.

³¹ **SANDIKLI Atilla/ YİVCİVER Gökhan**, Siber Terörizm Stratejik Rapor, TASAM Yayınları, İstanbul, 2014, s.2.

ilgisini çekmiş ve indirgemeci bir yaklaşımla değerlendirilmiştir. Bu açıdan bakıldığında siber terörizm zaman zaman küresel siyasetin ve “güç” unsurunun önemli bir parçası haline gelmiştir³².

Siber terörizm, siber boşluk ve terörizm bileşimidir. Siber terörizm, siyasi ve sosyal mercilere ve kişilere gözdağı vermek, baskı oluşturmak maksadıyla resmi birimlerin bilgisayarlarına, network sistemlerine, bilgi veri tabanlarına yapılan yasadışı tehdit ve zarar verici saldırılardır. Daha da ötesi, bir saldırının siber terörizm olarak tanımlanması için bireye ya da mala karşı şiddet içermesi gerekmektedir. En azından “korku yaratacak kadar hasara” yol açmalıdır. Siber terörü ölümcül olan ya da fiziki hasara yok açan, şiddetli ekonomik kayba neden olan saldırılar olarak örneklenebilir³³. Kritik altyapı odaklarına yapılan ciddi saldırılar yarattığı etkiye göre siber terörizm olarak tanımlanabilir. Önemli olmayan servislere verilen rahatsızlıklar siber terörizm olarak tanımlanamaz³⁴.

C. Yeni Konsept Savaş Alanında Kullanılan Siber Saldırı Türleri

II. Dünya Savaşı'nın ardından başlayan Soğuk Savaş Dönemi boyunca devletler silahlanma yarışından bir an olsun geride durmamışlardır. Bu süreçte üretilen konvansiyonel silahların yanı sıra kitle imha silahı türleri ve miktarlarında da kontrolsüz bir artış meydana gelmiştir. Bunun sonucunda ise, dünya her geçen gün daha da güvensiz bir yer haline gelmiştir³⁵.

Dünyanın yaşamakta olduğu güvenliksiz haline son olarak siber saldırı türleri de eklenmiştir diyebiliriz. Siber saldırı türleri ile ilgili literatürde çok fazla farklı kavramlar bulunmaktadır. Bu türler arasında amaç ve yöntemleri ile failer ve sonuçlar yönünden birbirleri ile örtüşenleri olduğu gibi, ayrışanları da bulunmaktadır. Bu nedenle bu bölümde daha çok uluslararası saldırı neticesi oluşturabilecek eylemlerde kullanılan siber saldırı türleri ve örnek olaylar üzerinde durulacaktır.

³² SANDIKLI/YİVCİVER, s.3.

³³ BRENNER Susan W. / CLARKE Leo L., “Conscription and Cyber Conflict: Legal Issues”, CCD COE Publications, 2011.
<https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/ConscriptionAndCyberConflictLeaglIssues-Brenner-Clarke.pdf>.

³⁴ SANDIKLI/YİVCİVER, s.3.

³⁵ KARATAŞ Salih, Uluslararası Hukukta Silahsızlanma ve Kimyasal Silahların Yasaklanması Örgütü (OPCW), Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, 2014, s.3.

a. Virüsler ve Solucanlar

Virüsler bir programın içerisinde gömülü olarak bulunan, mevcut sistem içerisinde çoğalabilen, bir dosyadan veya programdan diğerine yayılabilen, dosyalar kopyalandığı ve paylaşıldığı zaman diğer bir bilgisayara da bulaşabilen ve dosyalara zarar veren bilgisayar programıdır³⁶. Virüs terimi, bir bilgisayarı zararlı yazılımlarca saldırıya maruz bırakan tüm değişik yöntemleri belirtmekte kullanılan genel bir terim haline almıştır³⁷. Bir virüs ile bilgisayar takip edilebilir, şifre çalınabilir, reklam gösterme ya da sistemi çökertme gibi fonksiyonlar yerine getirebilir. Virüslerin en önemli özelliği yayılma yöntemleridir. Örneğin, bir taşınabilir USB bellek üzerinde bir dosyaya virüs bulaşmışsa, o bellek bir bilgisayarda çalıştırıldığında virüs o bilgisayardaki dosyalara bulaşır. Bellek başka bir bilgisayara takıldığında ona da bulaşır ve bu yolla çoğalmaktadır³⁸.

Solucanlar ise virüslere benzerler fakat farklı şekilde yayılırlar. Solucanlar bir dosyaya bulaşıp insan hareketiyle yayılmak yerine, ağ üzerinden kendi kendine yayılır ve bulaşır. Virüs gibi, solucanlar da bir bilgisayara bulaştıktan sonra bir dizi zarar verebilir³⁹. Solucanlar çok hızlı ve büyük sayılarda çoğalabilen, e-postalar veya dosyalar ile diğer bilgisayarlara bulaşmakta ve hedef bilgisayarın kilitlemesine ve internet sayfaları açılırken de uzun süre beklemesine neden olmaktadır⁴⁰.

Virüsler ya da solucanlar ile ilgili gerçekleşen örnek olay, 2010 yılında İran'da yaşanan "*Stuxnet Saldırısı*"dır. Stuxnet saldırısı, İran'ın nükleer tesislerini hedef alan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve İsrail uzmanları tarafından üretildiği tahmin edilen ve zarara neden olan bir koddur. Stuxnet bulaştığı hedef sisteme "*ortadaki adam*" yazılımını yerleştirerek makine ile kontrol bilgisayar arasındaki bağı koparmaktadır. İkinci olarak ana bilgisayara bir sorun göndermeyerek, sistemdeki hatayı kamufle etmektedir⁴¹. Saldırı neticesinde İran'ın nükleer çalışmaları sekteye uğramış ve 30 bin bilgisayar bu virüsten etkilenmiştir. Stuxnet

³⁶ YILMAZ Abdullah Batuhan, "Siber Ağ Güvenlik kavramının Gelişimi", *CyberMag Dereğisi*, Sayı:32, Ankara, 2018, s.15.

³⁷ BÜLBÜL İsmail – BİNGÖL Poyraz Emre, *Etik Hackerlığa Giriş – Ofansif Siber Güvenliğin ABC'si*, Hayy Kitap, İstanbul, 2018, 5. Baskı, s.33.

³⁸ AKYEŞİLMAN, s.76. / BÜLBÜL – BİNGÖL, s.33-37.

³⁹ AKYEŞİLMAN, s.77. / BÜLBÜL – BİNGÖL, s.45.

⁴⁰ YILMAZ, s.15 / BÜLBÜL – BİNGÖL, s.45.

⁴¹ AKYEŞİLMAN, s.243.

virüsünün (ya solucanının), Çernobil benzeri bir nükleer felakete yol açabileceği iddia edilmiştir⁴².

b. Hizmet Engelleme (Dos/Dos) Saldırısı

Siber saldırı türleri arasında en yaygın olanı “*Hizmet Dışı Bırakma*” (Dos/Dos -Denial of Service) saldırıdır. Bu saldırı türünde amaç hedef sistemini veya bilgisayarını kullanıcıların taleplerine cevap veremez hale getirmektir. Hizmet engelleme saldırıları tek bir kaynaktan gelmektedir ve hedefin başka sistemlerle iletişim kurmasını engellemeyi amaçlar. Bu saldırı türüne örnek olarak, kullandığımız sisteme doğrudan bir saldırı yapılmak yerine saldırının Domain Name System (DNS) sunucusuna yöneltilmesi verilebilir. Bu durumda İnternet Protokol (IP) çözümlemesi yapılamayacağından İnternet bağlantısı da çalışmayacaktır⁴³.

Hizmet engelleme saldırıları ile ilgili örnek olayımız 2007 yılında Estonya’da gerçekleşmiştir. Estonya hükümetinin başkent Tallinn’in merkezinde bulunan 2.Dünya Savaşı’nda Sovyetlerin, Nazilere karşı zaferini temsil eden Bronz asker heykelini şehrin kıyısında bir mezarlığa taşımaya karar vermesiyle, önce ülkede bulunan Rus azınlığı protesto gösterileri düzenlemiş, ardından ülkeye siber saldırı gerçekleştirilmişti. Yüzbinlerce bilgisayar üzerinden botnetler⁴⁴ kullanılarak yapılan “*Hizmet Dışı Bırakma*” saldırıları sonucu bir ay boyunca onlarca resmi, özel, kurum ve kuruluş, ticari, finans ve kritik altyapı sitelerinin hizmetleri yavaşlatılmış ya da tamamen durdurulmuştu. Bütün hükümet web-siteleri, iki büyük banka, gazeteler, parlamento e-mail servisleri, para çekme makineleri ve çok sayıda özel ticari site hizmet veremez duruma gelmişti⁴⁵.

c. Truva Atları

Truva atları içlerinde kötü amaçlı yazılımlar bulunduran yazılımlardır. Bunlar genellikle kullanıcının isteyeceği özellikleri sunar ve çoğu zaman kurban bunları kendi isteğiyle indirip kurmaktadır⁴⁶. Truva atı, başlangıçta kullanıcıya iyi niyetli ve zararsızmış gibi gözükse ancak

⁴² ÇİFCİ, s.190-191.

⁴³ BAŞARAN Alper, Siber Savaş Cephesinden Notlar, Arion Yayınevi, İstanbul, 2016, s.29.

⁴⁴ Botnet sözcüğü, "robot" ve "network" (ağ) sözcüklerinin birleşiminden türetilmiştir.

⁴⁵ AKYEŞİLMAN, s.239.

⁴⁶ BAŞARAN, s.31-32. / YILMAZ, s.16.

gizli bir şekilde yerleştiği bilgisayarın arka planında zarar vermeye yönelik faaliyetler icra eden programlardır⁴⁷.

Truva atı farklı amaçlarla yüklenebilmektedir. Bilgisayarda yapıları izlemek, bilgisayarı gerektiğinde bir takım suçlarda kullanmak üzere zombileştirmek, bilgisayar üzerinden hizmet engelleme saldırıları gerçekleştirmek, diğer siber suçlar gerçekleştirmek ya da bu yolla bilgisayarlara farklı programlar yüklenebilir⁴⁸.

D. Siber Saldırlardan Ötürü Devletlerin Sorumluluğu ve İsnat Edilebilirlik Meselesi

Uluslararası hukuka göre, bir siber saldırı neticesinde uluslararası hukukun kurallarının çiğnemesi durumunda, bu fiilin sahibinin uluslararası sorumluluğu gündeme gelmektedir. Böylece eğer kuralları çiğneyen bir devletse bu devletin uluslararası sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Bu bölümde siber saldırılar ile ilgili devletlerin sorumluluğunu ve siber saldırı eylemlerinin isnat edilmesi meselesini inceleyeceğiz.

I. Siber Saldırlar ile İlgili Devletlerin Sorumluluğu

Birinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası sorumluluğun kapsamı daha geniş bir şekilde ele alınmaya ve tartışılmaya başlanmıştır. Bu dönemde uluslararası hukuk literatüründe “devletlerin işlediği suç” ve “tüm devletlere karşı sorumluluk” gibi kavramlar girmiştir. Uluslararası hukukta bazı kuralların emredici nitelikte olduğunun ve bu kuralların ihlalinin uluslararası topluluğu bir bütün olarak ilgilendirdiğinin, dolayısıyla da doğrudan zarar görmese bile başka devletlerin de bu kuralların ihlali durumunda uluslararası sorumluluk mekanizmalarını harekete geçirme hakkının bulunduğu kabulü, söz konusu iki taraflı sorumluluk düşüncesini değiştirmiştir. Bunun yanında, teknolojik gelişmeler, çevreye verilen zararlarda olduğu gibi, uluslararası sorumluluğun doğuşunun sadece hukuka aykırı eylemlerden doğması koşulunu da işlevsiz hale getirmiştir⁴⁹.

Uluslararası hukukta devletlerin işlemiş olduğu eylemlerden sorumlu tutulabilmesi bazı koşullara bağlıdır. Devletin sorumluluğunu doğuran olay, devlete yüklenebilen, milletlerarası hukuka aykırı bir ey-

⁴⁷ YILMAZ, s.15.

⁴⁸ AKYEŞİLMAN, s.239.

⁴⁹ UZUN Elif, Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, 1. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s.40.

lemin varlığıdır. Dolayısıyla, en genel şekliyle, devletin sorumluluğunun ortaya çıkması için iki koşulun bulunduğunu söylemek mümkündür. Bunlar; 1) Bir devletin uluslararası hukuk uyarınca sahip olduğu bir yükümlülüğü ihlal eden bir eylemin varlığı ve 2) bu eylemin o devlete yüklenebilmesidir. Doğrusu, eylemin uluslararası hukuka aykırı olması ile devlete yüklenebilmesi, birbirinden ayrılması güç iki niteliktir⁵⁰.

Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) tarafından, siber saldırılar ile ilgili uluslararası hukuk uzmanlarına hazırlatılan Tallinn Kitapçığı'nın 6.maddesi "Devletlerin Yasal Sorumluluğu" başlığı ile devletlerin sorumluluğu ile ilgili önemli detaylar içermektedir. İlgili maddeye göre; "*Bir Devlet, kendisine atfedilebilen ve uluslararası bir yükümlülüğün ihlali oluşturan bir siber operasyon için uluslararası yasal sorumluluk taşımaktadır*"⁵¹.

Tallinn Kitapçığının 6.madde 2.fıkrası siber saldırılar ile devletlerin sorumluluğunu bazı şartlara bağlamıştır. Bunlar; (i) söz konusu fiil uluslararası hukuka göre Devlete atfedilebilir olmalı ve (ii) eylem Devlet için geçerli olan uluslararası bir yasal yükümlülüğün ihlali anlamına gelmelidir⁵².

II. Siber Saldırıların İsnat Edilebilirlik Meselesi

Bir devletin uluslararası haksız bir fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi ve saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkını ya da görmüş olduğu zarardan ötürü yargı yollarına başvurabilmesi için, saldırının saldırıyı gerçekleştiren devlete isnat edilebilmesi gerekmektedir. Bu kural esas olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun hazırladığı "*Uluslararası Haksız Bir Fiilden Ötürü Devletin Uluslararası Sorumluluğu Üzerine Taslak Maddeler'in* ilk maddesinde düzenlenmiş olup, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olmuştur⁵³.

⁵⁰ UZUN, s.45.

⁵¹ Tallinn Manual On The International Law Applicable To Cyber Warfare, General editor, Michael N. Schmitt, Cambridge University Press 2013, Section 2: State Responsibility Rule 6 – Legal responsibility of States.

⁵² Tallinn Manual On The International Law Applicable To Cyber Warfare, , Section 2: State Responsibility Rule 6/2.

⁵³ GÜMÜŞBAŞ Ahmet, "Siber Savaş Hukukunda Meşru Müdafaa Hakkı ve İsnat Edilebilirlik: Stuxnet ve Aramco Saldırıları", Türk-Arap İlişkileri: Çok Boyutlu Güvenlik İnşası "Karşılıklı Bağımlılık İçin Sektörel ve Finansal Derinleşme" TASAM Yayınları Uluslararası İlişkiler Serisi, İstanbul, 2016, s.188.

Siber alana yönelik gerçekleştirilen ya da siber silah sistemleri vasıta kılınarak işlenmiş suçların araştırılması, soruşturulması ve yargılanması aşamasında birçok güçlükler bulunmaktadır. Özellikle internet ortamının sınır ve mesafe tanımayan nitelikte olması sebebiyle faillerin bulunmasında zorluk olması, fail bulunsada dahi devletler arasında farklı usul uygulamaları bulunması suçun kovuşturulmasını çoğu zaman olanaksız kılmaktadır. Suçun işlendiği zamanın ve yerin tespitinde de zorluklar yaşandığı gibi, mahkemelerin yargı yetkisi problemi ayrıca çözülmeye muhtaç kalmıştır⁵⁴.

Bir siber saldırı karşısında, istenilen düzey ve isabet oranıyla tespit yapılabilmesi için gerekli kanıt miktarı ve niteliği birçok devlete hatta aynı devletin içindeki farklı kurumlara göre değişebilmektedir. Burada iyi anlaşılması gereken konu, teknik tespit ile söz konusu tespitin siyasi olarak deklere edilmesi arasında ciddi bir fark olduğudur. Özellikle başka bir devleti bir siber saldırıdan sorumlu tutmak düşünülduğünden daha komplike bir olaydır. Hatta, saldırgan devlete böyle bir sorumluluk yükledikten sonra diplomatik retorik ötesine geçen bir adım atılmaması halinde, saldırıya uğrayan devletin caydırıcılık kapasitesinin zarar görmesi dahi olasıdır⁵⁵.

Teknik olarak, siber alanda tespit ve ilişkilendirme kavramı, siber saldırgan(lar)ın kimliklerinin (identity), yerlerinin (location) ve araçlarının (intermediary) belirlenmesi anlamına gelmektedir. Yapılan çalışmalar sonucu henüz emekleme evresinde olan literatür ve siber saldırılardan öğrenilen dersler, birkaç temel noktaya işaret etmektedir. Öncelikle, bir siber saldırı sonrası tespit / isnat çalışması, mevcut imkanlar dahilinde, gerçekten zordur. Özellikle, profesyonellik dereceleri yüksek saldırganlar için birçok saklanma ve yanıltıcı yöntemlerden yararlanma imkanı vardır. Öte yandan, eğer saldırılan kurum içinde bir bağlantı var ise (insider) bugüne kadar edinilen tecrübeler soruşturmanın daha kesin sonuçlara ulaşma olasılığının yüksek olduğunu göstermektedir. Tespit / isnat (attribution) çalışmaları ile ilgili teknik düzeydeki önemli bir soru da tespit edilen ya da edilmesi mümkün olan saldırgan ile ilgili ne yapı-

⁵⁴ **ÖZEL Cevat / AHİ M. Gökhan**, "Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk Sistemi Üzerine Öneriler",

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_179.htm, E.T.13.10.2019.

⁵⁵ **KASAPOĞLU Can**, "Hayaletlerin İzlerini Sürmek: Uluslararası Nitelikteki Siber Saldırıların Soruşturulması", EDAM Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi Yayınları, 2017/4, s.1.

laçağıdır. Bir yanıltıcı kullanılarak saldırıyı tuzak bir hedefe çekmekten (honeypot), saldırıya 'işaretlenmiş' data göndererek kimliğini-aracı sistemler de dahil olmak üzere-iz sürerek bulmak (reverse flow) gibi birçok yöntem bulunmaktadır. Ancak tüm bu yöntemlerin de belirli teknik gereksinimleri vardır. Örneğin bir honeypot, ancak yanıltıcı tuzağa yönelen siber saldırılar ile ilgili tespit yapabilir ve tuzağın bizatihi kendisinin incelenmesi dahi özel uzmanlaşma gerektirmektedir⁵⁶.

E. Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu Bağlamında Siber Saldırı- lar

Uluslararası hukuk geniş anlamda incelendiğinde savaş suçlarının başlıca üç tür suç kapsamı şeklinde değerlendirildiği görülmektedir. Bunlar saldırı suçu⁵⁷, insanlığa karşı suç⁵⁸ ve dar anlamda savaş suçudur⁵⁹.

Birleşmiş Milletler (BM) Antlaşması ile ilke olarak kuvvet kullanılmasının yasaklanması sonucu günümüzde başta BM olmak üzere uygulanan uluslararası hukuka aykırı kuvvet kullanılması bir saldırı olarak nitelendirilmektedir. Nitekim 14.12.1974 tarihinde BM Genel Kurulunun 3314 sayılı kararı ile kabul edilen Saldırının Tanımı belgesinin

⁵⁶ KASAPOĞLU (2017), s.3 – 4.

⁵⁷ Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü, madde 8 "Saldırı Suçu" başlığı altında şu şekilde açıklanmıştır: Madde 8/2. "Saldırı fiili", bir devlet tarafından, bir başka Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya bağımsızlığına karşı veya BM Şartı'na aykırı başka şekillerde silahlı kuvvet kullanılmasıdır". Detaylı bilgi için bakınız: **KAYA İbrahim**, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s.412.

⁵⁸ 3.5.1993 tarih ve 808 (1993) sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı ile kabul edilen Eski Yugoslavya Mahkemesi Statüsü 5.maddesine göre ister uluslararası ister ulusal nitelikte olsun, silahlı çatışmalar sırasında herhangi bir sivil halka karşı işlenen belirtilen fiiller insanlığa karşı suç kabul edilmektedir. Bu fiiller; i) kasten öldürme, ii) toplu yok etme, iii) köle etme, iv) sürgün, v) hapsedme, vi) işkence, viii) ırza geçme, viii) siyasal ırkçı ve dinsel nedenlerle zulmetme, ix) öteki insanlık dışı muameleler. Detaylı bilgi için bakınız: **PAZARCI**, s.656.

⁵⁹ 8.8.1945 tarihli Londra Antlaşmasının eki Statünün 6/b maddesinde ve 19.1.1946 tarihli Tokyo Uluslararası Mahkemesi Statüsünün 5/b maddesinde dar anlamda savaş suçları için kişilerin yargılanması ve cezalandırılması düzenlenmiş bulunmaktadır. Nuremberg Statüsünde "savaş suçları" şu şekilde tanımlanmaktadır; kasten öldürme, kötü muamele ya da sivil halkın ya da işgal atındaki sivil halkın sürgünü, kölelik ya da başka amaçla çalıştırma, savaş tutsaklarına ya da denizdeki kişilere kötü muamele, rehinenin öldürülmesi, kamu ya da özel mülkiyetin yağmalanması, gereksiz yere kentlerin, kasaba ve köylerin yok edilmesi ya da askeri gereklilik olmadan bunların yakılıp yıkılması ile sınırlı olmak üzere savaş yasalarını ya da yapıla gelişlerini ihlaller. Detaylı bilgi için bakınız: **PAZARCI**, s.656.

1.maddesinde bir devletçe, başka bir devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı ya da BM Antlaşmasına aykırı herhangi bir biçimde silahlı kuvvet kullanılması saldırı olarak değerlendirilmektedir⁶⁰.

Uluslararası hukukta *jus ad bellum*, silahlı kuvvet kullanılmasının haklılığı, silahlı kuvvete son çare olarak başvurulması gibi savaşın gerekçelerinin hukuka uygunluğuna ilişkin kuralları ifade etmektedir. *Jus in bello* ise, silahlı bir çatışmada hukuka uygun araç ve yöntemlerin kullanılması gibi savaş başladıktan sonraki kuralları ifade etmektedir⁶¹. Herhangi iki ülke savaşa başladığında, savaş hukuku kuralları uygulanmakta ve bu kurallara uyulmaması devletlerin sorumluluğuna yol açmaktadır.

Saldırı kavramı ile ilgili BM Genel Kurulu'nun almış olduğu 3314 sayılı karar kavramının açıklayıcılığı açısından önemli unsurlar içermektedir. Söz konusu kararın 1. Maddesi şu şekildedir;

*BM 3314 Sayılı Karar "Madde 1- Saldırı, bir Devletin diğer bir Devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya işbu Tanımda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler Antlaşması ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır"*⁶².

Uluslararası hukukta kabul gören genel tanımlara göre saldırı ya sağ kapsamanın açıklanmasına yönelik saldırı kavramı tanımı 3314 Sayılı Karar'ın 1.maddesinde genel bir tanımla, takip eden maddelerde de açıklayıcı hükümler ile saldırı örnekleri tanımlanmaya çalışılmıştır. Söz konusu kararın 1.maddesinde belirtilen silahlı kuvvet kullanma tanımı, kanaatimizce siber saldırılar açısından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Silahlı kuvvet kullanma kavramının ne ifade ettiği 3314 Sayılı Karar'da ayrıca tanımlanmasına rağmen, Karar'da sayılan saldırı eylemi örnekleri, silahlı kuvvet kavramının içeriğini daha da belirginleştirmek açısından önemli ipuçları sunmaktadır. Karar'ın 3.maddesinde ayrı paragraflar halinde saldırı eylemi örnekleri sayılmıştır⁶³.

⁶⁰ PAZARCI, s.654-655.

⁶¹ ÇİFCİ, s.110.

⁶² Saldırı'nın Tanımı: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3314 (XXIX) sayılı ve 1974 Tarihli Kararı, Detaylı Bilgi için bakınız:
http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/3814.pdf.

⁶³ Madde 3- Savaş ilan edilmiş olsun olmasın, aşağıdaki fiillerin herhangi birisi 2'nci madde hükümlerine tabi ve ona uygun şekilde bir saldırı fiili niteliği taşır:

Silahlı kuvvet kullanmanın dinamik yapısı dikkate alındığında, yapısı itibariyle fiziki gücü içermeyen ancak silahlı saldırı ile aynı derecede somut zararlara sebep olabilen siber saldırılar, silahlı bir saldırı gibi değerlendirilip siber saldırı bir silah ile eş değere sahip olabilecektir. Örneğin, kimyasal, biyolojik ve radyolojik silahlar da yapısı itibariyle silahlı saldırılar gibi yıkıcı olmamasına rağmen kuvvet kullanma kapsamında silahlı bir saldırı eylemi olarak değerlendirilmektedir. Siber saldırılar bağlamında 2010 yılında ABD'nin İran'ın nükleer kapasitesine yönelik yapılan STUXNET⁶⁴ virüs saldırısı, bunun açık örneğini teşkil etmektedir. Dolayısıyla siber saldırılar açık bir şekilde doğrudan fiziki zararlara yol açabilme eşliğini geçmiş ve ciddi zararlar verebilme kapasitesine erişmiştir. Yine başka bir örnek verecek olursak, siber saldırılar neticesinde doğalgaz hatlarının sabote edilmesi, nükleer merkezlerin imha edilmesi, hava trafiğinin felç edilip binlerce kişinin sabotaja uğraması gibi yüzlerce zarara sebep olan bir saldırıda siber saldırıyı, silah gibi düşünmeyip, saldırı metodunu uluslararası hukuk kurallarından

a- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir Devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhakı;

b- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir Devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir Devletin diğer bir Devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması;

c- Bir Devletin liman veya kıyılarının diğer bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

d- Bir Devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir Devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;

e- Bir Devletin başka bir Devlette sonuncusuyla yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;

f- Ülkesini başka bir Devletin emrine veren bir Devletin, ülkesinin o Devlet tarafından üçüncü bir Devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi;

g- Bir Devlet tarafından veya bir Devlet adına diğer bir Devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde karışılması.

⁶⁴ STUXNET, İran'ın nükleer tesislerini hedef alan ABD ve İsrail uzmanları tarafından üretildiğine inanılan, 2010 yılında ortaya çıkarılan ve yıllar önce sisteme bırakılan daha çok İran (%60), fakat aynı santrifüj ve yazılımı kullandıkları için Endonezya, G. Kore, ve Hindistan'da da zarara neden olan bir koddur. **AKYEŞİLMAN**, s.243.

muaf olarak düşünmek imkânsızdır. Dolayısıyla oldukça etkili fiziki zarara, yaralanmaya ya da ölüme yol açan siber saldırılarda, siber ekipmanların devletler tarafından bir silah gibi kullanılması yarattığı etki neticesine bağlı olarak değerlendirilecektir⁶⁵.

Daha öncede değindiğimiz üzere Siber saldırı ve siber savaş ile ilgili kavramları açıklamak üzere NATO tarafından 2013 yılında Tallinn El Kitabı hazırlanmıştır. NATO'nun kurduğu Ortak Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi siber güvenliğin hukuki boyutlarını tartışmak adına çalışmalarına başlamış ve 2009 yılında uluslararası uzmanlar grubu oluşturulmuştur. Uzmanlar grubunun çalışmalarının ürünü olan El Kitabı'nın birinci ve ikinci versiyonlarında siber faaliyetlere ilişkin hukuk kuralları incelenmiş; siber faaliyetler için uygulanabilecek ilkeler mevcut uluslararası kurallar ışığında kaleme alınmıştır. Nitekim El Kitabı'nın uluslararası barış ve güvenlik ve siber faaliyetlerin ele alındığı kısımda yer alan ilkeler, uluslararası hukukta düzenlenen kuvvet kullanma, meşru müdafaa hakkı ve kolektif güvenlik sistemine ilişkin kuralların rehberliğinde hazırlanmıştır⁶⁶.

III. Siber Saldırı Suçu İşleyen Devlet ya da Devlet Görevlilerinin Yargılanması Meselesi

Uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde saldırı suçu işlediği iddia edilen devlet ya da devlet görevlilerinin yargı önüne çıkarılmasının zor olacağı uluslararası hukuk nezdinde geçerliliğini hala sürdürmektedir. Özellikle saldırı suçunu işleyen büyük devletlerin ve devlet görevlilerinin yargılanmasının zorluğu ve hala günümüzde birçok ülkenin uluslararası yargı organlarının yargı yetkisini tanımıyor olması, devletlerin ya da devlet görevlilerinin yargılanamayacağı savını güçlendirmektedir. Bu bağlamda siber saldırı suçu ile ilgili olarak, siber saldırı suçunu işleyen devlet ya da devlet görevlilerinin tespit edilmesinin zor olması kadar, yargılanmaları da şu an için pek gerçekçi görünmemektedir. Ancak konu ile ilgili çalışmaların artmaya başlamış olması, siber saldırı suçunu işleyen devlet ya da devlet görevlilerinin de yargılanması

⁶⁵ GÜREŞÇİ Ramazan, "Siber Saldırıların Uluslararası Hukuktaki Güç Kullanımı Kapsamında Değerlendirilmesi", *Savunma Bilimleri Dergisi*, Cilt.18, Sayı:1, 2019, s.87.

⁶⁶ Tallinn Manual 2.0 On The International Law Applicable To Cyber Operations, General Editor, MICHAEL N. Schmitts, Cambridge University Press 2017, s.301-373 / ERDEM Merve/ÖZCAK Gürkan, "Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:68(1), Ankara, 2019, s.136.

meselesini gündeme getirecektir. Biz de bu noktadan hareket ile siber saldırı suçu işleyen devlet ya da devlet görevlilerinin yargılanması meselesini açıklamaya çalışacağız.

Uluslararası yapının ana özelliklerinden biri, devletlerin fiziki sınırlarına ve yargı yetkisine dayanmasıdır. Ancak, ademi merkezîyetçi ve anarşik olmakla birlikte, siber uzayın sınırları yoktur. Bu nedenle, devletlerin açık bir yargı yetkisi (güçlü hukuki yaptırımlar) de yoktur ve sistem düzeyinde ağırlıklı olarak tek bir aktör belirleyici değildir. Bu konuda Tallinn Kitapçığı bazı önemli ayrıntılar içermektedir. Söz konusu Kitapçığın 1.maddesi “Egemenlik” başlığı altında, bir devletin kendi toprakları üzerinde siber altyapıyı ve siber faaliyetleri kontrol edebilme hakkının kaynağını egemenlikten aldığını belirtmektedir. Buradan devamla, bir devletin karasal topraklarında, iç sularında, deniz yetki alanında (deniz yatağı dahil) ve ulusal hava sahasında bulunan siber faaliyetler o devletin egemenliği altında olacaktır ve devlet sorumlu tutulabilecektir⁶⁷.

Bunun dışında, birçok özel aktör, siber alanı yönetme ve manipüle etmek bakımından birçok devletten daha güçlüdür. Ayrıca, birçok bireysel bilgisayar korsanı devletler veya şirketler gibi yıkıcı saldırılar başlatabilir. Bu nedenle, fiziki dünyadan farklı olarak, siber dünyasında faaliyet yürüten çok daha fazla eşdeğer aktör veya paydaş bulunmaktadır⁶⁸.

A. Siber Saldırı Suçu İşleyen Devletlerin Uluslararası Adalet Divanı’nda Yargılanması Meselesi

BM Antlaşmasına göre, Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Örgüt’ün başlıca “yargısal” organı olup Devletleri yargılama yetkisine sahiptir. Uluslararası Adalet Divanının oluşumunu ve yetkilerini düzenleyen kurallar BM Antlaşması 92-96.maddelerinde ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nde belirtilmiştir. BM’ye üye olan bütün devletler, aynı zamanda *ipso facto*⁶⁹, BM Antlaşması’nın eki olan Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’ne de taraf olmaktadır⁷⁰.

⁶⁷ Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, Rule:1.

⁶⁸ AKYEŞİLMAN, s.269.

⁶⁹ “*ipso facto*” uluslararası hukuk terimi olarak kendiliğinden, otomatik olarak anlamında kullanılmaktadır.

⁷⁰ AYBAY Rona/ORAL Elif, (2016), Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.350. / GÜNDÜZ Aslan, (1998), Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, Beta Yayınları, s.133-135.

UAD, ilke olarak tarafların sundukları uyuşmazlıklarla, BM Şartı ve uluslararası antlaşmalarda öngörülen uyuşmazlıklar açısından yargı yetkisine sahiptir. Statünün 36(1) maddesine göre Mahkemenin yargı yetkisi dört şekilde kurulabilir⁷¹.

1. Ad Hoc Yetki: Taraflar aralarındaki bir uyuşmazlığı uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra Mahkemeye sunmak üzere anlaşabilirler.

2. Tek Taraflı Başvuru: Taraflardan birisinin tek taraflı olarak Mahkemeye başvurması ve diğerinin itiraz etmeyerek davaya katılması da mümkündür. Bu son halde, Mahkemenin yetkisi örtülü olarak kabul edilmiş sayılmaktadır.

3. Anlaşma: Taraflar yürürlükteki karşılıklı antlaşmalara veya çok taraflı sözleşmelere yargı yetkisi konusunda hüküm koyarak, UAD'nin yargı yetkisini, daha uyuşmazlık ortaya çıkmadan, önceden kabul etmiş olabilirler.

Konumuz açısından “siber saldırı suçunun” işlenmesi ile devletlerin UAD önünde yargılanması meselesi, eylemin kuvvet kullanma yasağına aykırı bir eylem olması, silahlı bir saldırı teşkil etmesi veya siber saldırı neticesinde herhangi bir hukuk ihlali iddiasına bağlıdır. Ayrıca yine belirtmek gerekir ki, saldırı kavramının kuvvet kullanma tehdidi ya da kuvvet kullanma kavramlarından hem unsurları hem de hukuksal sonuçları açısından önemli farklılıklar gösterdiği görülmektedir.

1974 tarihli BM Genel Kurulu 3314 (XXIX) sayılı kararında, saldırı suçunun bireylere değil, devletlere sorumluluk getirdiği, bu nedenle saldırı niteliği taşıyan fiillerin bireysel cezai sorumluluk doğurması için, daha belirgin düzenlemelere ihtiyaç olduğu ileri sürülmüştür⁷². Sözü geçen kararda saldırı suçu, barışa karşı işlenmiş bir suç olduğu belirtilmesine karşılık, gerek saldırı fiilinin tanımında gerek saldırı niteliği taşıyan fiiller sayılırken hep devletten söz edilmiş, fiiller bireyselleştirilmemiştir.

BM Antlaşması 2/4.maddesinde belirtilen kuvvet kullanma yasağı, “silahlı saldırı” kavramı ile birlikte değerlendirildiğinde farklı sonuçlar içermektedir. Silahlı saldırı kavramı, kapsam itibariyle BM Antlaşması'nın 2/4.maddesinde sözü edilen uluslararası ilişkilerde “kuvvet kulla-

⁷¹ ÜNAL Şeref, (2005), Uluslararası Hukuk, 1. Basım, Yetkin Yayınları, s.340.

⁷² DEMİRAĞ Fahrettin, “Uluslararası Ceza Divanı, Savaş Suçları – Saldırı Suçu, Mevzuatımıza Göre Savaş Hali”, Uluslararası Ceza Divanı, Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2007, s.109.

numına ya da kuvvet kullanma tehdidine” kıyasla daha dar bir anlama sahiptir. Her türlü silahlı saldırı bir kuvvet kullanımını gerektirdiği halde, her türlü kuvvet kullanma yasağının ihlali, bir silahlı saldırının vuku şeklinde değerlendirilemez. Silahlı bir saldırıdan söz edebilmek için, çok ciddi düzeyde bir kuvvet kullanımının ve bunun yol açtığı hasarın söz konusu olması gerekmektedir⁷³.

UAD’ye göre, silahlı saldırı yalnızca bir devletin silahlı düzenli birliklerinin bir uluslararası sınırı aşan eylemleri olarak sınırlandırılmaz. Bir devlet adına ya da bir devlet tarafından silahlı birliklerin, silahlı grupların, düzensiz güçlerin ya da paralı askerlerin bir başka devlete karşı gönderilmesi de silahlı saldırı niteliğine sahip olabilmektedir. Yeter ki bu grupların diğer devlete karşı gerçekleştirdikleri silahlı kuvvet eylemleri, bir devletin düzenli birliklerinin eylemlerinin ağırlığına ulaşmış olsun⁷⁴. Bu nokta da “siber saldırıların” da bir devletin düzenli birliklerinin eylemine ulaşacak nitelikte büyük bir saldırı teşkil etmesi durumunda, “silahlı saldırı suçu” söz konusu olacaktır ve eylemi gerçekleştiren devletin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Siber silahın tanımı konusunda yapılan farklı tanımları, siber silahların neden olabilecekleri zarara göre sınıflandırmak yerinde ve işlevsel bir yöntemdir. Bu yaklaşıma göre, siber silahlar bir etki spektrumu üzerinde düşük ve yüksek potansiyele sahip yazılım ve programlar olarak değerlendirilirler. Düşük potansiyele sahip siber silahlar, bir sistemi dışarıdan etkileyebilen ancak bu sistemin içine girmeyi ve onu içerden yönetmeyi başaramayan zararlı yazılımlardır. Yüksek potansiyele sahip siber silahlar ise, bu sistemlerin içine girerek “akıllı unsur” şeklinde çalışan ve otonom şekilde hareket ederek sistemin normal faaliyet sürecine zarar veren zararlı yazılımlardır⁷⁵.

Tallinn Klavuzu’nun 13.maddesine göre ise, “silahlı saldırı” seviyesine varan bir siber harekate maruz kalan bir devlet “meşru müdafaa”

⁷³ **ARAL BERDAL**, Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s.17.

⁷⁴ **ACER Yücel**, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, Roma Yayınları, Ankara, 2004, s.76.

⁷⁵ **RİD Thomas/MCBURNEY Peter**, “Cyber-Weapons”, *Rusi Journal*, February, Marc p.8 Çeviren; **ÇELİK Şener**, “Stuxnet Saldırısı ve ABD’nin Siber Savaş Stratejisi: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanmaktan Kaçınma İlkesi Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.15, Sayı:1, İzmir, 2013, s.142.

hakkına başvurabilecektir. Söz konusu siber eylemin “silahlı saldırı” olup olmadığına eylemin “ölçü ve etkisi” göz önünde bulundurularak karar verilecek ve bu çerçevede meşru müdafaa hakkı doğacaktır⁷⁶.

UAD’nin siber saldırılar ile ilgili yargı meselesi ile ilgili Nikaragua Davası Kararı⁷⁷ önemli ipuçları taşımaktadır. Silahlı saldırı kavramının doğduğu asıl kaynağın, tek başına ya da birlikte meşru müdafaa hakkının kullanılmasını düzenleyen BM Statüsü’nün 51.maddesi olduğu söylenebilir. Ancak kavramın 51.maddede tanımlanmadığını yukarı ki bölümlerde açıklamaya çalışmıştık.

1986 tarihli Nikaragua Davası’nda Uluslararası Adalet Divanı, kuvvet kullanma eylemleri arasında açıkça bir ayrıma gitmiş ve “kuvvet kullanmanın en ağır şekli” ve “diğer daha hafif şekilleri” arasında bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmiştir. Kuvvet kullanmanın en ağır şeklinin ise “silahlı saldırı” olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme’nin silah-

⁷⁶ “Tallinn Manual on The International Law Applicable to Cyber Warfare”, Prepared by The International Group of Experts at The Invitation of The NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, General Editor: SCHMITT, Michael N, Cambridge University Press, 2013, s.53. **GÜMÜŞBAŞ, Ahmet**, “Siber Savaş Hukukunda Meşru Müdafaa Hakkı ve İsnat Edilebilirlik: Stuxnet ve Aramco Saldırıları”, *Türk-Arap İlişkileri: Çok Boyutlu Güvenlik İnşası “Karşılıklı Bağımlılık İçin Sektörel ve Finansal Derinleşme” TASAM Yayınları Uluslararası İlişkiler Serisi*, İlk Basım, İstanbul 2016, s.186.

⁷⁷ 1979 yılının Orta Amerika’sında, Nikaragua’da solcu Sandinista devrimcileri sağcı Samoza Hükümetini devirmiş ve yönetimi ele geçirmişti. İdeolojisinin bir parçası olarak, yeni kurulan Sandinista Hükümeti Sovyet Rusya’sı ve Küba ile ilişkiler kurma yoluna gitmiş ve ülkesinde de askeri gücünü iyice arttırmıştı. Lakin devrik devlet başkanı Samoza’nın ulusal muhafızlarından oluşan paramiliter gruplar ülkede boş durmamış, Sandinista Hükümeti aleyhine faaliyetlerde bulunmuştu. İşte tüm sorun da burada düğümlenmekteydi. Bir tarafta ABD, Sandinista Hükümetinin kendi ideolojisini çevre ülkelere yaymaya çalıştığını ve El Salvador’daki hükümet karşıtı gerillalara yardım ettiğini ileri sürmüştü; diğer yandan Nikaragua, ABD’nin paramiliter gruplara – ki Sandinista Hükümeti bunlara “kontra” diyordu – askeri, lojistik, eğitim, istihbarat ve taktiksel plan anlamında yardım ettiği söylüyordu. Nikaragua, ABD’nin desteklediği kontralarla mücadelede başarısız olunca, Uluslararası Adalet Divanı’na ABD aleyhine, askeri veya yarı askeri faaliyetleri üzerinden tazminat talebiyle başvurmuştur. Nikaragua Davası hakkında detaylı bilgi için bakınız: “Case Concerning Military And Paramilitary Activities in And Against Nicaragua”, Judgment of 27 June 1986, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>.

YILMAZ Eren Alper/IRK Orhan, “Nikaragua Divan Kararları Işığında Kuvvet Kullanma ve Meşru Müdafaa Sorunu”, *CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:13, Sayı:2, 2015.

lı saldırı kavramını savaş kavramının eş anlamlısı olarak mı kullandığı net bir şekilde belirtilmemiştir. Mahkeme'ye göre bir eylemin silahlı saldırı sayılabilmesi için, mutlaka bir devletin düzenli silahlı kuvvetlerinin sınırı aşma eylemini gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Bir devlet tarafından ya da bir devlet adına, silahlı birliklerin, silahlı grupların, düzensiz kuvvetlerin ya da paralı askerlerin bir başka devlete gönderilmesi de silahlı saldırı niteliğine sahip olabilmektedir. Ancak belirtilen bu silahlı grupların gerçekleştirdikleri silahlı kuvvet eylemlerinin düzenli birliklerin gerçekleştirdikleri kadar ağır bir niteliğe ulaşması gerekmektedir. Mahkeme bu tanımı 3314 Sayılı Karar'ın 3.maddesinin g bendinden aynen alınmıştır ve 3.maddenin g bendindeki tanımı, yapıla geliş değeri kazanmış bir terim olarak nitelendirmiştir⁷⁸.

A. Siber Saldırı Suçu İşleyen Devlet Görevlilerinin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Yargılanması Meselesi

Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Roma Statüsü'nün "Bireysel Ceza Sorumluluğu" başlıklı 25.maddesinin 1.fıkrasında, Mahkeme'nin yalnızca gerçek kişiler bakımından yargı yetkisi olduğu açıkça belirtilmiştir.

UCM Roma statüsünün 5.maddesinin 2.paragrafı ise Mahkeme'nin saldırı suçu üzerinde yargı yetkisini kullanabilmesi için, saldırı suçunu tanımlayan ve saldırı suçuna ilişkin yargılamaların yapılacağı şartları belirleyen bir düzenlemenin kabul edilmesi gerektiğini öngörmüştü. UCM Üye Devletler Asamblesi'nin 14 Aralık 2017 tarihinde oy birliğiyle kabul ettiği Karar uyarınca, UCM'nin saldırı suçu bakımından yargı yetkisi, 17 Temmuz 2018 itibarıyla aktif hale gelmiştir⁷⁹. Statünün 121.maddesinde belirtilen şartlar çerçevesinde statüye eklenecek bu düzenleme ile saldırı suçu üzerinde yargı yetkisi kullanılmaya başlanacaktır. 121.maddenin 1.paragrafı, bu nitelikte bir eklemenin ya da değişikliğin statü yürürlüğe girdikten 7 yıl sonra yapılabileceğini belirtmekteydi⁸⁰. İlerleyen yıllarda UCM kurulması çalışmalarının başarı ile sonuçlandırıldığı Roma Konferansı'nda, Mahkeme'nin statüsü ile birlikte çeşitli kararlar da kabul edilmiştir. Bu kararlardan birisi de Konferans So-

⁷⁸ ACER, s.168.

⁷⁹ Resolution ICC-ASP/16/Res.5 Adopted at the 13th plenary meeting, on 14 December 2017, by consensus,
<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2017/12/25/ICC-ASP-16-Res5-ENG.pdf>.

⁸⁰ ACER, s.6.

nuç Belgesi'ni imzalayan ve Konferans'a davet edilen ülkelerin temsilcilerinden oluşan 'Uluslararası Ceza Mahkemesi için Hazırlık Komisyonu' kurulması ve UCM'nin kurulmasına ve işleyişine ilişkin pratik kararların oluşturulması üzerine olmuştur⁸¹.

Roma Statüsü'nün 12.maddesine⁸² göre, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisini kullanabilmesi için,

1- Suçun işlendiği ülke Statüye taraf olmalı (mülklik ilkesi) veya

2- Sanık, Statüye taraf olan bir devletin vatandaşı olmalı (faile göre şahsılık) ya da

3- Statüye taraf olmayan bir Devlet Mahkeme'nin yargı yetkisini geçici olarak kabul etmiş olmalıdır⁸³.

Uluslararası Ceza Mahkemesi statüsünün 13.maddesinde⁸⁴ mahkemenin yargılama mekanizmasının kimler tarafından harekete geçiri-

⁸¹ ACER Yücel, "Uluslararası Hukukta Saldırı Suçunun Temel Unsurları: Tanım Çalışmaları ve Yansımalar", *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt:1, No:3, 2005, s.17.

⁸² **Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü- Madde 12 Yargı Yetkisinin Kullanılmasına İlişkin Ön Koşullar:** 1- Bir Devlet, bu Statüye taraf olmakla, 5.maddede bahsi geçen suçlarla ilgili olarak Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmiş olur. 2- Aşağıdaki devletlerden bir veya daha fazlası Statüye taraf ise ya da 3.paragrafa uygun olarak yargı yetkisini tanımış ise Mahkeme 13.maddenin (a) veya (c) bentleri ile ilgili olarak yargı yetkisini kullanabilir: (a) Toprakları üzerinde sorun teşkil eden olayın meydana geldiği devlet ya da suç, bir uçak veya gemide işlenmiş ise gemi veya uçağın kayıtlı bulunduğu devlet; (b) Suçlanan kişinin vatandaşı olduğu devlet, 3- Bu Statüye taraf olmayan devletin 2.paragrafa göre kabulü aranıyorsa, o devlet Mahkeme Yazı İşleri Dairesi'ne sunacağı bir bildirme ile suç konusu olayla ilgili olarak Mahkemenin yargı yetkisini kabul edebilir. Kabul eden devlet 9.Bölüm'e uygun olarak erteleme ya da istisna olmaksızın Mahkeme ile işbirliği yapacaktır.

⁸³ Konferans sırasında Güney Kore tarafından sunulan, suçun işlendiği ülkenin veya sanığı elinde bulunduran veya sanığın veya mağdurun vatandaşı olduğu devletin Statüyü onaylamış olması halinde Mahkemenin yargı yetkisini kabul eden öneri ise kabul edilmemiştir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi hakkında detaylı bilgi için bakınız; **TURHAN Faruk**, "Uluslararası Cezam Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi" Uluslararası Ceza Divanı, Yayına Hazırlayan: YENİSEY, Feridun, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s.127.

⁸⁴ **Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü- Madde 13 Yargı Yetkisinin Kullanılması:** Bu tüzük hükümleri gereğince, 5. maddede bahis konusu bir suç ile ilgili olarak Mahkeme, aşağıdaki koşullarda yargı yetkisini kullanabilir: (a) 14. madde gereğince bir taraf devlet tarafından Mahkeme savcısına başvurulmuş bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum; (b) Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin VII. bölümüne uygun olarak hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme savcısına başvurulmuş bir veya birden fazla suçun işlenmiş görüldüğü durum; (c) 15.

lebileceği belirtilmiştir. Maddenin (a) bendinde belirtilen taraf devletlerin savcılığa başvurusuyla soruşturmanın başlatılması 14.maddede düzenlenmiştir. Madde uyarınca taraf devletlerden birisi, bir veya birden fazla suçun işlenmiş gözüktüğünü belirterek yargılama yapıp yapılmayacağını belirlenmesi amacıyla durumun soruşturulmasını savcılıktan talep edecektir. Başvuruda bulunan devlet mümkün olduğu kadar maddî vakıaları ortaya koyacak ve başvuruyu elindeki belgelerle destekleyecektir⁸⁵.

Mahkeme BM Güvenlik Konseyi'nce BM Antlaşması'nın VII. Bölümü bağlamında, Mahkemenin savcısına havale edilmiş konularda (madde 13/b) da yargılama yapmakla görevlidir. BM Güvenlik Konseyi'nce havale edilmiş konularda, ilgili devletin Roma Sözleşmesi'ne taraf olup olmadığının bir önemi yoktur.

Roma Statüsü Madde 15bis/5 ise Mahkeme'nin yargı yetkisini tanımayan devletlerin saldırı suçunu işlemeleri durumunda ne gibi bir prosedürün işleneceğini düzenlemektedir. Söz konusu madde hükmü: *"Bu Statüye taraf olmayan bir Devlet bakımından, saldırı suçu söz konusu Devletin vatandaşları tarafından veya o Devletin toprakları üzerinde işlendiğinde, Divan saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisini kullanamaz"* demektedir.

UCM nezdinde Devlet başvurusu veya savcının kendiliğinden soruşturma açması kapsamında saldırı suçu üzerinde yargı yetkisinin kullanılması madde 15 bis⁸⁶ 'te düzenlenmiştir. 15 bis (1) maddesine göre

maddeye uygun olarak bir suçun işlendiğine dair savcı tarafından soruşturma başlatılması.

⁸⁵ **KILIÇ Ali Şahin**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara, 2009, s.628.

⁸⁶ **Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü – Madde 15 bis** Saldırı Suçu Üzerine Yargı Yetkisinin Kullanılması (Devlet Başvurusu, Re'sen) : 1. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisini, bu madde hükümlerine bağlı olarak madde 13 paragraf (a) ve (c)'ye uygun olarak kullanabilir. 2. Mahkeme, yargılama yetkisini ancak değişikliklerin otuz Taraf Devlet tarafından onaylanması ya da kabul edilmesinden bir yıl sonra işlenecek saldırı suçları üzerinde kullanabilir. 3. Mahkeme, Statüde bir değişikliğin kabul edilmesi için gerekli olan oy çoğunluğu ile aynı çoğunlukta Taraf Devletin, 1 Ocak 2017 tarihinden sonra alacağı karara bağlı olarak, saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisini bu madde kapsamında kullanmaya başlar. 4. Bir taraf Devlet, daha önceden bir saldırı fiilinden kaynaklanan saldırı suçu üzerinde Divanın yargılama yetkisini kabul etmediğinde yönelik Yazı İşleri Bürosu Başkanı'na bir bildirimde bulunmıyorsa, Mahkeme, madde 12 uyarınca, söz konusu Taraf Devlet

UCM, saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisini, 15 *bis* maddesinin hükümlerine bağlı olarak 13'üncü maddenin (a) ve (c) paragraflarına uygun olarak kullanabilecektir⁸⁷.

BM Güvenlik Konseyi tarafından yapılan başvuru üzerine Saldırı Suçu üzerinde yargı yetkisinin kullanılması madde 15 *ter*⁸⁸'de düzenlenmiştir. BM Şartı'nın VII'inci Bölümü kapsamında hareket eden BM Güvenlik Konseyi tarafından UCM Savcısı'na gönderilen bir veya birden fazla suçun işlendiği izlenimini veren bir durumda, UCM Savcısı soruşturmaya 53 (1)'inci maddede de belirtildiği şekilde başlayacaktır. 53(1)(a)-(c) bentleri çerçevesinde durumu değerlendirip soruşturma açılıp açılmamasına karar verecektir. Soruşturma açılmaması yönünde karar vermesi durumunda Güvenlik Konseyi madde 53(3)(a) hükmü uyarınca, savcının takipsizlik kararının gözden geçirilmesi için talepte bulunabilir. Ön Yargılama Dairesi, savcının madde 53(1) ve 53(2) kapsamında vermiş olduğu takipsizlik kararını gözden geçirebilecek ve savcıdan bu kararını tekrar değerlendirmesini isteyebilecektir. Bu aşamadan sonra Güvenlik Konseyi'nin sonradan aynı olayla ilgili olarak yaptığı tespitler 15 *ter* (4) maddesi gereği UCM'yi ve dolayısıyla savcılığı bağlamayacaktır. Bu hükümle UCM'nin bağımsızlığı sağlanmıştır.

Saldırı suçunun tanımına ilişkin uluslararası yargı kararları ve ilişkin tartışmalar temelinde, silahlı saldırı kavramının özellikle "sonuçları" açısından saldırı suçunun oluşması için beklenen seviyeye ulaşma-

tarafından işlenen saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisini kullanabilir. Böyle bir bildirim geri alınması her zaman mümkün olup, Taraf Devlet tarafından bu husus üç yıl içinde değerlendirilir.

⁸⁷ TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 559.

⁸⁸ **Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü – Madde 15 *ter* Saldırı Suçu Üzerine Yargı Yetkisinin Kullanılması (Güvenlik Konseyi Başvurusu):** 1. Mahkeme, saldırı suçu üzerindeki yargılama yetkisini bu madde hükümlerine bağlı olarak, madde 13 paragraf (b)'ye uygun olarak kullanabilir. 2. Mahkeme, yargılama yetkisini ancak değişikliklerin otuz Taraf Devlet tarafından onaylanması ya da kabul edilmesinden bir yıl sonra işlenecek saldırı suçları üzerinde kullanabilir. 3. Mahkeme, Statüde bir değişikliğin kabul edilmesi için gerekli olan oy çoğunluğu ile aynı çoğunlukta Taraf Devletin, 1 Ocak 2017 tarihinden sonra alacağı karara bağlı olarak, saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisini bu madde kapsamında kullanmaya başlar. 4. Mahkeme dışındaki bir organ tarafından saldırı fiiline yönelik yapılacak bir tespit, bu Statü kapsamında Mahkemenin kendi tespitlerine helal getirmez. 5. Bu madde, madde 5'de değinilen diğer suçların yargılama şartlarına herhangi bir biçimde helal getirmez.

yabileceği genel olarak ifade edilebilir. Saldırı suçu açısından, bir silahlı saldırının sonuçlarının ağır sonuçlar olması gerektiği hem II. Dünya Savaşı'na ilişkin yargılamalarda hem de UCM hazırlık çalışmaları kapsamında ifade edilmiştir. Saldırı suçunun oluşumu açısından silahlı kuvvetlerin kullanılması, ya önemli can ve mal kaybına yol açmalı ya da kısmen ya da tamamen kalıcı veya kısa süreli işgal ya da ilhaka yol açmalıdır⁸⁹.

Siber saldırılara ilişkin olarak, saldırı eylemini gerçekleştiren bireyin ya da bireylerin UCM'de yarılanması meselesi, yukarıdaki paragrafta da açıkladığımız üzere, saldırının ağır sonuçlar yaratması neticesi ile ilgilidir. Normal bir silahın etkisini yaratan siber saldırı eylemi, neticesi itibarıyla ağır can kayıpları, yaralanmalar veya etkisini uzun süre sürdürecektir bir saldırı gerçekleştirmiş ise, saldırıyı gerçekleştiren devlet görevlilerinin yargılanması meselesi söz konusu olabilecektir. Sonuç olarak saldırı suçu açısından, savaş kavramının açıklığa kavuşturulması gereken kısmı, siber saldırıların silahlı kuvvet kullanma eyleminin kapsam ve sonuçları açısından ne şekilde birbirine benzetilebileceği ile ilgilidir. Kanaatimiz II. Dünya Savaşı'na ilişkin yargılamalarda ve UCM hazırlık çalışmalarında sunulan teklifler ve oluşturulan ortak metinlerde, bir silahlı kuvvet kullanma eylemine savaş niteliği kazandıran unsurun, savaşın kapsam ve sonuçları açısından sahip olduğu niteliklerin⁹⁰ siber saldırılar açısından da geçerli olacağı şeklindedir.

SONUÇ

Günümüz savaşları, cephelerden siber ortama taşınmış olup, kara, hava, deniz ve uzay alanından sonra siber alan beşinci savaş alanı olarak ifade edilmeye başlamıştır. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte devlet kurumlarının bilgi alt yapılarının ve vatandaşların kişisel bilgilerinin gizliliğinin korunması meselesi önemli bir sorun haline gelmiştir.

Siber saldırı ve siber savaş kavramlarının farklı açıklamaları ve konunun uluslararası hukuk nezdinde henüz geçerli bir kabul görmemesi, bu konu ile ilgili yapılacak çalışmalara olan ihtiyacı arttırır niteliktedir. Normal bir savaş stratejisinden çok daha az maliyete ve daha yıkıcı etkilere sahip olabilecek potansiyeli taşıyan siber saldırılar ile ilgili BM nezdinde yeni kuralların belirlenmesi ihtiyacı her geçen gün artmaktadır. Siber saldırı suçunun "kuvvet kullanma" ya da "saldırı suçu" bağ-

⁸⁹ ACER, s.169.

⁹⁰ ACER, s.169.

lamında ne şekilde değerlendirileceği belirtilmeli ve bunlara ne gibi yaptırımlar uygulanacağı da açıklığa kavuşturulması gereken konulardandır.

Çalışmamızda da açıklamaya çalıştığımız üzere bir siber saldırı, silahlı bir saldırının etkilerini oluşturduğu oranda silah gibi değerlendirilecek ve saldırı suçunu meydana gelebilecektir. Bu noktadan hareketle, siber saldırı suçunu işleyen devletlerin ya da devlet görevlilerinin, Uluslararası Adalet Divanı ya da Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yargılanması meselesi gündeme gelebilecektir.

KAYNAKLAR

- ACER, Yücel, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu, 2004, Roma Yayınları, Ankara.
- ACER, Yücel (2005), "Uluslararası Hukukta Saldırı Suçunun Temel Unsurları: Tanım Çalışmaları ve Yansımalar", *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt:1, No:3, s.17.
- AKYEŞİLMAN, Nezir, Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Siber Politika & Güvenlik, 2018, ORION Kitabevi, Ankara.
- ARENDS, J. Frederik, "Homeros'dan Hobbes ve Ötekine:Avrupa Geleceğinde 'Güvenlik' Kavramı", *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler:
- AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., 2012, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- AYBAY, Rona/ORAL, Elif, Kamusal Uluslararası Hukuk, 2016, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Basım, İstanbul.
- BAŞARAN, Alper, Siber Savaş Cephesinden Notlar, 2016, Arion Yayınevi, İstanbul.
- BAYRAKTAR, Gökhan, Siber Savaş ve Ulusal Güvenlik Stratejisi, 2015, İstanbul.
- BRAUCH, Hans, Günter, "Güvenliğin Yeniden Kavramsallaştırılması: Barış, Güvenlik, Kalkınma ve Çevre Kavramsal Dörtlüsü, *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler: AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., 2012, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- BRENNER Susan W. / CLARKE Leo L., "Conscription and Cyber Conflict: Legal Issues", *CCD COE Publications*, 2011, <https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/ConscriptionAndCyberConflictLegalIssues-Brenner-Clarke.pdf>.
- CANLI, Mustafa: "Siber Güvenlik", *Ankara Siyasal ve Ekonomik Araştırmalar Merkezi Raporu*, 2013, Ankara.
- CLAUSEWITZ, Carl, Von, Savaş Üzerine, (Çeviren: Şiar Yalçın), 1977 Spartaküs Yayınları, İstanbul.
- ÇİFCİ, Hasan, Her Yönüyle Siber Savaş, 2017, TÜBİTAK Yayınları, 2. Basım, Ankara.
- DEDEOĞLU, Beril, "Yeniden Güvenlik Topluluğu: Benzerliklerin Karşılıklı Bağımlılığından Farklılıkların Birlikteliğine", *Uluslararası*

İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe, Derleyenler: AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., 2012, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

DEMİRRAĞ Fahrettin, (2007), "Uluslararası Ceza Divanı, Savaş Suçları – Saldırı Suçu, Mevzuatımıza Göre Savaş Hali", Uluslararası Ceza Divanı, Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey, Arıkan Basım Yayım Dağıtım.

ERDEM, Merve/ÖZOCAK, Gürkan, (2019), "Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:68(1).

FLOWERS, Angelyn, "Cyberwar: The What, When, Why and How", *IEEE Technology And Society Magazine*, Fall 2014, s.14,

[file:///C:/Users/NewTech/Downloads/Cyberwar The What When Why and How Commentary%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/NewTech/Downloads/Cyberwar%20The%20What%20When%20Why%20and%20How%20Commentary%20(1).pdf)

GRAY, Chris, Hables, Postmodern Savaş – Yeni Çatışma Politikası, Çev: Derya Kömürcü, 2000, Alfa Yayınları, İstanbul.

GÜMÜŞBAŞ, Ahmet, (2016), "Siber Savaş Hukukunda Meşru Müdafaa Hakkı ve İsnat Edilebilirlik: Stuxnet ve Aramco Saldırıları", Türk-Arap İlişkileri: Çok Boyutlu Güvenlik İnşası "Karşılıklı Bağımlılık İçin Sektörel ve Finansal Derinleşme" TASAM Yayınları Uluslararası İlişkiler Serisi.

GÜNDÜZ Aslan, (1998), Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, Beta Yayınları,

GÜREŞÇİ, Ramazan, "Siber Saldırıların Uluslararası Hukuktaki Güç Kullanımı Kapsamında Değerlendirilmesi", *Savunma Bilimleri Dergisi*, Cilt.18, Sayı:1, Mayıs 2019.

KASAPOĞLU, Can, "Hayaletlerin İzlerini Sürmek: Uluslararası Nitelikteki Siber Saldırıların Soruşturulması", EDAM Siber Politikalar ve Dijital Demokrasi Yayınları, 2017/4.

KAYA, İbrahim, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, 2005, USAK Yayınları, Ankara.

KAYA, İbrahim, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, 2013, Seçkin Yayıncılık.

KILIÇ, Ali Şahin, (2009), "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.

- Kolektif Yazarlar, *Siber Güvenliğe Giriş*, 2017, Kutlu Yayınevi, 1.Bası, İstanbul.
- KURT, Selim, "Yeni Terörizmin Geleceğin Güvenlik Ortamına Etkileri: DAESH Örneği," *Geleceğin Güvenliği*, Editör: Ahmet Yıldız, 2019, TASAM Yayınları, İstanbul.
- KÜÇÜKCAN, Talip, "Terörün Sosyolojisi: Toplumsal Kökenleri Anlama İmkani", *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler: AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., 2012, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- MERAY, Seha L., Lozan Barış Konferansı – Tutanaklar – Belgeler, Takım 1, Cilt:3, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:320.
- ÖZEL, Cevat/AHİ M. Gökhan, "Bilişim Suçlarında Usul ve Sorumluluk Sistemi Üzerine Öneriler",
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_179.htm,
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 2016, Turhan Kitabevi, 15. Basım, Ankara.
- SANDIKLI, Atilla/ YİVCİVER, Gökhan: Siber Terörizm Stratejik Rapor, 2014, TASAM Yayınları, Aralık.
- SCHIMITT, M/VIHUL, L. (Ed), *Tallinn Manual 2.0 On The International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press, UK, 2017.
- SINGER, Peter, Warren/ FRIEDMAN, Allan: *Siber Güvenlik ve Siber Savaş*, 2015, Buzdağı Yayınevi, Ankara.
- ÜNAL Şeref, *Uluslararası Hukuk*, 1. Basım, Yetkin Yayınları, 2005.
- Tallinn Manual On The International Law Applicable To Cyber Warfare, General editor, Michael N. Schmitt, Cambridge University Press 2013.
- Tallinn Manual 2.0 On The International Law Applicable To Cyber Operations, General Editor, MICHAEL N. Schmitts, Cambridge University Press 2017.
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat, (2017), *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları.
- TOPAL, Ahmet Hamdi, *Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı*, 2005, Beta Yayınları.

- UZUN, Elif, (2017), *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 1. Basım, Seçkin Yayınları
- VARLIK Ali Bilgin, *Savaşı Tanımlamak: Terminolojik Bir Yaklaşım*, *Avrasya Terim Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, 2013.
- YILMAZ, Abdullah, Batuhan, (2018), "Siber Ağ Güvenlik kavramının Gelişimi", *CyberMag Dergisi*, Sayı:32.
- YILMAZ, Muzaffer, Ercan, "Westphalia'dan Günümüze Savaş", *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, Derleyenler: AYDIN, Mustafa, BRAUCH, Hans, Günter, ÇELİKPALA, Mitat vd., 2012, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- YILMAZ, Eren, Alper/IRK Orhan, "Nikaragua Divan Kararları Işığında Kuvvet Kullanma ve Meşru Müdafaa Sorunu", *CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:13, Sayı:2, Haziran 2015.
- ZABUNOĞLU, H. Gökçe, "Günümüzde Ulus Devlet", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. XIII, S. 1, (2018).



ÖZEL GÜVENLİK SÖZLEŞMESİNDE GEREKLİ ŞARTLARA SAHİP ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİSİ GÖREVLENDİRME BORCU VE BU BAĞLAMDA ÖZEL GÜVENLİK GÖREVLİSİNDE BULUNMASI GEREKEN NİTELİKLER

Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU* Arş. Gör. Dr. Süleyman Emre ZORLU**

Öz

Özel güvenlik sözleşmeleri her iki tarafa borç yükleyen iki veya çok taraflı hukuki işlem niteliğindedir. Özel güvenlik şirketinin sözleşmeden kaynaklanan asli borcu güvenliği sözleşme şartları doğrultusunda sağlamak iken sözleşmenin diğer tarafının borcu ücret ödemeye ilişkindir. Özel güvenlik şirketi ile özel güvenlik görevlisi arasındaki hukuki işlemin niteliği ise genellikle iş sözleşmesidir. Özel güvenlik şirketi sözleşmeden kaynaklanan borcunu genellikle özel güvenlik görevlileri vasıtasıyla ifa eder. Bu anlamda özel güvenlik görevlisini istihdam edecek olan da sözleşme şartları çerçevesinde edimin ifasını sağlayacak olan da özel güvenlik şirkettir. Bir kamu kurumu ile bir alışveriş ya da eğlence merkezinde görevlendirilecek özel güvenlik görevlilerinin davranış ve üsluplarının farklı olmasının gerekliliği açıktır. Özel güvenlik görevlisi olmak ülkemizde çok sıkı şartlara bağlanmıştır. Bu şartların birçoğu sağlık şartları olmakla birlikte pek çok hukukî şart da vardır. Bu anlamda özel güvenlik gö-

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Necmettin Erbakan University, Department of Civil Law, Konya, Turkey.

✉ suheylagzorlu@hotmail.com.tr • ORCID 0000-0001-6962-387X

** Arş. Gör. Dr., Selçuk Üniversitesi, Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Dr., Selçuk University, Department of Turkish Law History, Konya, Turkey.

✉ s.emrezorlu@hotmail.com • ORCID 0000-0002-8470-4296

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ZORLU Süheyla / ZORLU Süleyman Emre, "Özel Güvenlik Sözleşmesinde Gerekli Şartlara Sahip Özel Güvenlik Görevlisi Görevlendirme Borcu ve Bu Bağlamda Özel Güvenlik Görevlisinde Bulunması Gereken Nitelikler", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 161-185.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

revlileri istihdam süresi içerisinde getirilmiş bu şartları kaybedebilirler. Çalışmamızda özel güvenlik görevlisi olmak üzere ne gibi şartların var olduğu ve şartların kaybedilmesi durumunun getireceği muhtemel hukuki sonuçlar açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Özel Güvenlik • Özel Güvenlik Sözleşmesi • Özel Güvenlik Hukuku • Özel Güvenlik Görevlisi • Türk Borçlar Hukuku.

OBLIGATION OF EMPLOYMENT OF PRIVATE SECURITY OFFICER WHO BEARS REQUIREMENTS IN THE PRIVATE SECURITY CONTRACT AND QUALIFICATIONS OF THE PRIVATE SECURITY OFFICER IN THIS REGARDS

Abstract

Private security contracts are two or multilateral legal transactions that both parties are under obligation. While the primary obligation of the private security company arising from the contract is to provide security by the terms of the contract, the obligation of the other party of the contract is payment of wages. The employment contract is a general legal transaction between the private security company and the private security officer. The private security company usually fulfills its obligation which stems from the contract through private security officers. In this sense, it is the private security company that will employ the private security officer and fulfills the execution under the terms of the contract. The behavior and style of the private security officers to be assigned in a public institution and a shopping or entertainment center should be different. Being a private security officer is bound to very strict conditions in our country. Many of these conditions are health conditions, but there are many legal requirements too. In this sense, private security officers may lose these conditions which were introduced during the employment period. In our study, it is tried to explain the possible legal consequences of such a situation and the conditions that are required to be a private security officer

Key Words

Private Security • Private Security Contract • Private Security Law • Private Security Officer • Turkish Obligations Law.

I. Genel Açıklama

Özel güvenlik, özel mülkün korunması ve güvenliğinin sağlanması amacıyla, belli bir ücret mukabilinde kişi veya kuruluşların özel güvenlik şirketleri ya da doğrudan özel güvenlik görevlileri ile anlaşma

yapılmak suretiyle sağladıkları güvenlik anlayışıdır¹. Bununla aslında kamuya ait olanın tam tersi olarak, devlet eli değmeksizin korumanın sağlanması kastedilmektedir². Ancak bu hizmetten yararlananlar yalnızca özel kişi ve kuruluşlar değildir; kamu kurum ve kuruluşları da özel güvenlik hizmetinden yararlanmaktadır³. Özel güvenlik hizmeti almak isteyen kişi ya da kurum/ kuruluşun bir güvenlik görevlisi ile doğrudan sözleşme yaparak bünyesinde çalıştırması mümkün ise de bu durum pratikte tercihe şayan görülmemektedir⁴.

Özel güvenlik şirketi ile sözleşme yapılarak bu hizmetin sağlanmasında pek çok zaman taraflar, özel güvenlik şirketinin idareden alınan izin çerçevesinde gerekli niteliklere sahip, belirli sayıda özel güvenlik görevlisini görevlendirerek sözleşmeden kaynaklanan güvenliği sağlama yükümlülüğü altına girmesi hususunda anlaşılır⁵. Görevlendirilmesi öngörülen güvenlik görevlisi, kanundaki ve sözleşmedeki şartlara uygun olmalıdır. Ayrıca kendisinden beklenen görevleri yapabilmesi için mesleki bilgi, yüksek ahlâk ve iradeye sahip bulunmalıdır⁶. Bir alış-

-
- ¹ GÜNEY, Alpaslan, Türkiye’de Özel Güvenlik Teşkilatlarının Yetkilerinin Analizi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006, s. 99. Ayrıca bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz., ZORLU, Süheyla, Özel Güvenlik Sözleşmesi, Ankara 2018, s. 22 vd.
 - ² AKTAŞ, Nuri Ahmet/ POLAT, Mevlüt, Genel Kolluk Özel Güvenlik İlişkisi, Ankara 2009, s. 35.
 - ³ ZORLU, s.44 vd.
 - ⁴ HÜNLER, Arın, İç Güvenlik Hizmetlerinde Özelleştirme ve 5188 Sayılı Kanun (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010, s. 102. Esasında özel güvenlik hizmetinin üç farklı şekilde sağlanması mümkündür. Birinci olarak iş sözleşmesi ile özel güvenlik görevlisi istihdam edilebilir. İkinci olarak bir kişi, kurum ya da kuruluş kendi bünyesi içinde oluşturacağı özel güvenlik birimi ile bu hizmeti sağlayabilir. Üçüncü olarak ise özel güvenlik şirketleri ile sözleşme yapılarak özel güvenlik hizmetinin sağlanması mümkündür (ZORLU, s. 39; ÖZDEMİR, Cumhuriyet Sinan, Özel Güvenlik Personeli, Özel Güvenlik İşverenleri İş Kanunu ve Özel Güvenlik Kanunundan Doğan Yükümlülükleri, Ankara 2008, s. 7; YILDIZ AKGÜL, Şerife, İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik, Ankara 2011, s. 181- 184).
 - ⁵ Özel güvenlik sözleşmesinin unsurları tarafların anlaşması, koruma ve güvenliği sağlama işinin görülmesi, hizmet alanın ücret yükümlülüğü altına girmesi ve idarenin bu sözleşmeye izin vermesi olarak ifade edilebilir (ZORLU, s. 53 vd.).
 - ⁶ Özel güvenlik görevlisi mesleğine karşı saygılı olmalıdır. Bu çerçevede de birtakım özellikler taşınmalıdır (Bkz., AKTAŞ/POLAT, s. 71-72).

veriş merkezinde⁷, bir kreşte görevlendirilecek özel güvenlik görevlisi ile bir askeri tesiste görevlendirilecek özel güvenlik görevlisinin davranış ve üsluplarının farklı olmasının gerekliliği açıktır⁸. Bu nedenle özel güvenlik şirketi, güvenlik görevlisi görevlendirirken hizmet alan tarafın beklentilerini de göz önünde bulundurmalıdır. Güvenlik görevlisinin diksiyonu ve konuşma tarzı, güler yüzlü olup olmaması, kendini doğru ifade edebilme yeteneği, sosyal ilişkilerdeki kabiliyeti, hoşgörülü ve önyargısız davranışlar sergileyebilmesi gibi hususlar, güvenlik hizmeti alan tarafın niteliğine ve beklentilerine göre şekillenmelidir⁹. Bu nedenle bir özel güvenlik şirketi görevlendirdiği güvenlik görevlisinin karakterini de iyi bir şekilde analiz edebilmelidir. Burada öncelikle kanunî düzenlemelerle özel güvenlik görevlisinde aranan şartlar ortaya konulmalıdır.

II. Özel Güvenlik Görevlisinde Aranan Şartlar

Özel güvenlik görevlisi 5188 SK. kapsamında “özel koruma ve güvenlik hizmetini yerine getirmek amacıyla istihdam edilen kişiler”i ifade eder. Özel güvenlik görevlisi silahlı ya da silahsız olarak koruma ve güvenliği sağlama yükümlülüğünü yerine getirir. Burada hizmeti yerine getiren özel güvenlik görevlisi, Devlet Memurları Kanunu’na tâbi memur olabileceği gibi, işçi niteliğinde de bulunabilir¹⁰. Ayrıca bir özel gü-

⁷ Alışveriş merkezlerine insanlar çoğu zaman eğlenceli vakit geçirmek için gittiklerinden, burada görev yapan özel güvenlik personeli insanları tedirgin etmekten, kaba bir üsluptan ve güvenliği sağlamak adına çok sıkı kontroller yapmaktan kaçınmalıdır (AKTAŞ/ POLAT, s. 113).

⁸ Yalnızca Özel güvenlik görevlisinin davranış ve üslubu değil, özel güvenlik şirketine verilen koruma hizmetinin teknik ve özellikleri de hizmet alan sektörün ihtiyacına göre değişiklik gösterir (ÇORA, Hakan, Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de Özel Güvenlik Hizmetleri Yapısı ve Uyum Sorunları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 39-40).

⁹ Belirtmek gerekir ki bu talepler istihdam edilecek olan özel güvenlik görevlisinin sahip olması gereken asgari koşullara ek olarak gündeme gelmelidir. Zira her güvenlik görevlisi işini yapabilecek asgari seviyede iletişim yeteneğine sahip olmalıdır (UÇAR, Tayfun/ UÇAR, Şenay, Özel Güvenlik Metodolojisi, İstanbul 2005, s. 149 vd.).

¹⁰ Kamu tüzel kişileri tarafından özel güvenlik şirketi ile sözleşme yapılarak özel güvenlik hizmeti sağlanmaktaysa ve bu çerçevede de özel güvenlik görevlisi istihdam edilmişse bunlar işçi niteliğindedir (YILDIZ AKGÜL, s. 206). Danıştay da bir

venlik birimine ya da şirketine bağlı olmadan bireysel olarak da çalışabilir¹¹.

Özel güvenlik görevlisi olabilmek için kanun koyucu tarafından birtakım şartlar öngörülmektedir. Özel güvenlik görevlilerinin, 5188 SK'un belirttiği şartların yanı sıra 27 Haziran 2003 tarihli 25151 Sayılı Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliğinde belirtilen sağlık şartlarını sağlaması da gerekmektedir. Bu şartlar sağlanmadan özel güvenlik görevlisi olarak çalışmak mümkün değildir. Nitekim kamu menfaatini doğrudan etkileyen güvenlik ihtiyacının en verimli bir şekilde sağlanması için özel güvenlik görevlisinin pek tabii bazı nitelikleri haiz olması gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu şartları sağlayamayan ve çalışma izni olmayan özel güvenlik görevlilerinin görev yapması durumunda cezai müeyyide öngörmektedir. 5188 SK.'un "suçlar ve cezalar" başlıklı 19 uncu maddesinde, özel güvenlik görevlisi olma şartlarına sahip olmayanların veya bu şartları kaybedenlerin çalıştırılması halinde ceza hukuku bağlamında yaptırım öngörmektedir. Gerçekten de 5188 SK.'un "suçlar ve cezalar" başlıklı 19'uncu maddesi, özel güvenlik görevlisi olma şartlarına sahip olmayanların veya görevleri sırasında bu şartları kaybedenlerin çalıştırılması halinde ceza hukuku bağlamında yaptırım öngörmektedir¹². 5188 SK'nun 11'inci maddesinde kendisine çalışma izni verilmeyen kişileri özel güvenlik görevlisi olarak

görüş kararında buna işaret etmektedir (1. Daire, 20.6.2008, E. 2008/502, K. 2008/742 (Danıştay Dergisi, S. 120, s. 6-7)).

- 11 DERDİMAN, R. Cengiz, Tüm Yönleriyle Özel Güvenlik Hukuku ve Kişi Hakları, Bursa 2010, s. 41.
- 12 Söz konusu hüküm ile 5188 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinin, Anayasa'nın 10, 13 ve 48 inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır. Başvuru kararında, 5188 sayılı Kanunla özel güvenlik görevlilerine de çalışma izni, özel güvenlik şirketlerine de özel güvenlik izni alma zorunluluğu yüklendiği, bunun aksi yönünde hareketin müeyyideye bağlandığı, 2495 sayılı Kanun çerçevesinde oluşturulan özel güvenlik teşkilatlarına 5188 sayılı Kanunun geçici 1'nci maddesi ile özel güvenlik izni ve özel güvenlik görevlilerine de beş yıl süreli çalışma izni verilmesi sebebiyle itiraza konu hükümlerin Anayasa'nın 10 uncu, 13'üncü ve 48'inci maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirme neticesinde "itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir" şeklinde hüküm tesis etmiştir (20.3.2008, E. 2007/92, K. 2008/85). (Bkz., 3.6.2008 tarih ve 26895 sayılı Resmî Gazete).

çalıştıranlar hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu kimseler şayet silahlı olarak çalıştırılmışsa ceza bir kat artacaktır. Tüzel kişi faaliyeti sebebiyle bu suç işlenmişse bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilir.

Özel güvenlik görevlisi 5188 sayılı Kanun çerçevesinde, bir suça karıştığında özel güvenlik çalışma izni iptal edilir. Yine görevin ifasına engel vücut veya akıl hastalığına yakalandığında, özel güvenlik çalışma izni iptal edilir. Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliğindeki sağlık şartlarını iş görme sürecinde yitiren özel güvenlik görevlisinin de çalışma izni iptal edilir. Buna rağmen özel güvenlik şirketince çalıştırılmaya devam edilirse özel güvenlik şirketi yetkilisi ve özel güvenlik sözleşmesi çerçevesinde hizmet alan taraf ya da yetkilisi hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu kişilerin silahlı şekilde iş görmeleri halinde verilecek ceza bir kat artırılır. Tüzel kişi faaliyeti sebebiyle bu suç işlenmişse bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de hükmedilebilir.

A. 5188 Sayılı Kanuna ve Bu Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğe Göre Özel Güvenlik Görevlisinde Aranılan Şartlar

5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetleri Kanunu'nda özel güvenlik görevlerinin niteliklerine dair birçok hüküm bulunmaktadır. Öncelikle Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayanlar özel güvenlik görevlisi olamazlar. Dolayısıyla vatandaşlığın kaybı durumunda özel güvenlik görevlisi gereken niteliği kaybeder. Ayrıca özel güvenlik görevlisinin 18 yaşını doldurmuş olması¹³ ve görevini yapmasına engel vücut ve akıl hastalığının bulunmaması gerekmektedir. Öte yandan güvenlik görevlisinin TCK. m. 53'te yer alan süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suç nedeniyle bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa dahi devletin güvenliğini hedef alan suçlar, Anayasal dü-

¹³ Silahlı özel güvenlik görevlisi olacaklar için, 5188 SK. da özel bir yaş düzenlemesi bulunmamakla birlikte, 6136 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin olan 91/1779 Karar sayılı Yönetmeliğin 4'üncü maddesinin ilk fıkrasına göre silah taşıma ruhsatı ancak 21 yaşını doldurmuş olanlara verilebileceğinden, silahlı şekilde görev yapacak özel güvenlik görevlilerinin 21 yaşını üzerinde olması gerekmektedir. Ayrıca silahlı olarak görev yapabilmek için kamu kurumu niteliğindeki sağlık kuruluşlarından alınabilecek "silahlı özel güvenlik görevlisi olur" ibareli sağlık kurulu raporu istenir.

zene ve bu düzenin işleyişini hedef alan suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, (...) (1) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suç kaynaklı malvarlığı değerlerini akama, kaçakçılık ya da fuhuş suçlarından hakkında hüküm bulunmamış olmaları gerekmektedir¹⁴. Diğer taraftan silahsız olarak görev yapacaklar asgari sekiz yıllık ilköğretim ya da ortaokul; silahlı olarak görev yapacaklar için asgari lise ya da buna denk okuldan mezun olmalı¹⁵; bunların yanı sıra özel güvenlik temel eğitimini de başarıyla bitirmiş bulunmalıdır¹⁶ (5188 SK. m. 10).

Özel güvenlik temel eğitimi yüz yirmi ders saatinden oluşur ve içeriği temel eğitim, teorik ve pratik eğitim ile silah eğitiminden ibarettir¹⁷. Özel güvenlik görevlilerinin göreve devam edebilmeleri için yenileme eğitimi almaları da gerekmektedir. Yenileme eğitimi ise altmış ders

¹⁴ Bir kişi herhangi bir suç nedeniyle yargılanmış ve hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmişse, silahsız özel güvenlik görevlisi olabilir. Ancak denetim süresi dâhilinde kasten yeni bir suç işlerse ya da denetim tedbirine uygun davranış içerisinde olmazsa açıklanacak hüküm çerçevesinde içinde bulunduğu durum yeniden gözden geçirilir. Özel güvenlik görevlisi olmalarına engel bir hüküm ortaya çıkması halinde verilmiş olan çalışma izni iptal edilir (CEYLAN, Ali Kemal, Terör Saldırılarındaki Özel Güvenlik Zaafiyetleri ve A'dan Z'ye Özel Güvenlik Hukuku, İstanbul 2013, s. 117-118).

¹⁵ 22.7.1981 tarihli ve 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanuna göre kurulmuş olan özel güvenlik teşkilatlarında bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte istihdam edilmekte olan özel güvenlik görevlileri için lise mezunu olma şartı aranmaz (5188 SK. Geçici m. 2).

¹⁶ Ayrıca bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz., HÜNLER, s. 105 vd.; AKTAŞ/ POLAT, s. 91 vd.

¹⁷ Polisin olmadığı yerde polisin sahip olduğu bir kısım yetkilere sahip olan özel güvenlik görevlilerinin 100 saat gibi Polis Eğitimine göre son derece kısa denebilecek temel eğitimle özel güvenlik elemanı olmaları eleştirilmektedir. (ALSU, Erkan/ YILMAZ, Necip Fazıl, Türkiye'de Özel Güvenlik Sektörünün Mesleki Eğitim Sorunu, 3. Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu, 1-2 Mart 2013, Gaziantep, Bildiriler Kitabı, s. 299). Diğer taraftan, bir tarafta 100 saatlik bir eğitime tabi tutulmuş lise mezunları, diğer tarafta iki yıl boyunca ciddi bir şekilde eğitim görmüş üniversite mezunlarının bulunması eleştirilmiş ve tekdüzeliğin sağlanması açısından üniversite mezunu olan özel güvenlik görevlilerinin istihdam edilmesi mesleğin geleceği açısından daha sağlıklı bulunmuştur (ALSU/ YILMAZ, s. 307).

saatinden az olmamak üzere düzenlenir¹⁸. Özel güvenlik temel eğitim şartından bazı kimseler muaf tutulmuşlardır. Bunlar herhangi bir yükseköğretim kurumunun güvenlikle ilgili fakülte ve meslek yüksekokullarından mezun olanlar ile fakülte veya meslek yüksekokullarının güvenlikle ilgili bölümlerinden mezun olanlardır. Ancak bu kişilere silah eğitimi verilecektir. Ayrıca Genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatından emekliliğe ayrılanlar ve en az beş yıl bu kurumlarda görev yaptıktan sonra kendi istekleriyle görevden ayrılanlar için de özel güvenlik temel eğitim şartı ve Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) fıkrasında belirtilen eğitim şartı aranmaz. Ayrıca özel güvenlik görevlisi olabilmek için 5 senede en az bir defa özel güvenlik eğitimi yenileme şartı söz konusudur.

İçişleri Bakanlığı tarafından ücret karşılığı özel güvenlik eğitimi verilebileceği gibi, özel eğitim kurumlarınca da Bakanlıktan faaliyet izni alarak özel güvenlik eğitimi verebilir¹⁹. Güvenlik hizmetinin sağlandığı yerde valilik izniyle yeterli bina, araç, gereç ve personel bulunması koşuluyla özel güvenlik yenileme eğitimi verilebilir. Özel güvenlik eğitimi verecek kurumların kurucu ve yöneticileri için de özel şartlar aranmaktadır²⁰.

¹⁸ Polisin olmadığı yerde polisin sahip olduğu bir kısım yetkilere sahip olan özel güvenlik görevlilerinin 100 saat gibi Polis Eğitimine göre son derece kısa denebilecek temel eğitimle özel güvenlik elemanı olmaları eleştirilmektedir. (ALSU, Erkan/YILMAZ, Necip Fazıl, Türkiye’de Özel Güvenlik Sektörünün Mesleki Eğitim Sorunu, 3. Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu, 1-2 Mart 2013, Gaziantep, Bildiriler Kitabı, s. 299). Diğer taraftan, bir tarafta 100 saatlik bir eğitime tabi tutulmuş lise mezunları, diğer tarafta iki yıl boyunca ciddi bir şekilde eğitim görmüş üniversite mezunlarının bulunması eleştirilmiş ve tekdüzeliğin sağlanması açısından üniversite mezunu olan özel güvenlik görevlilerinin istihdam edilmesi mesleğin geleceği açısından daha sağlıklı bulunmuştur (ALSU/ YILMAZ, s. 307).

¹⁹ Özel güvenlik görevlisi olmak isteyen bir kişinin bu mesleğe hazırlanması ve personel ihtiyacının karşılanması için mevcut durumda pek çok özel güvenlik eğitim kurumu bulunmaktadır. Buralardan alınan eğitim neticesinde sertifika sahibi olan kursiyerler, özel güvenlik görevlisi olarak çalışmaktadırlar. Ancak verilen eğitim yetersizdir; kursiyer seçiminde de gerekli olan dikkat ve özen gösterilmemektedir. Bu nedenle personel ihtiyacı mutlak surette meslek yüksek okullarından karşılanmalıdır (AKSU/ YILMAZ, s. 300).

²⁰ Bkz. 5188 Sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun m. 5/III.

Özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilmek istenenler ile özel güvenlik şirketlerinde kurucu ya da yönetici olarak çalışacaklar hakkında ilgili valilik tarafından güvenlik ve arşiv araştırması yapılır. Güvenlik ve arşiv araştırmaları bir ay içerisinde sonuçlandırılmalıdır. Bu araştırma sonuçlarının olumlu olması ve özel güvenlik temel eğitimini de başarı ile bitirilmesi şartıyla valilikçe çalışma izni verilir. Özel güvenlik görevlisi istihdam edenler on beş gün içerisinde valiliğe bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

5188 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te²¹ ise özel güvenlik görevlilerinin çalışma izni alabilmeleri için gerekli belgeler sayılmıştır (5188 sK. Yönetmeliği). Böylece 5188 sayılı Kanun ile aranan şartların bulunduğu belgelenmesi sağlanmaktadır. Ayrıca Yönetmeliğin 18 inci maddesinde "Sağlık Şartları" düzenleme altına alınmaktadır. Özel güvenlik görevlisine çalışma izni verilebilmesi için, Kanunun 10 uncu maddesinde sayılan şartların yanında hastaneden veya yeterli düzeye sahip bir sağlık kuruluşundan "özel güvenlik görevlisi olur" ibareli sağlık raporu istenir. Raporun aşağıda belirtilen hususları kapsamı gerekmektedir: a) Psikiyatri: Psikiyatrik bir hastalık veya kişilik bozukluğu (Psikopati); alkol ve uyuşturucu bağımlılığı olmamak. b) Nöroloji: Özel güvenlik hizmetini yerine getirmesine engel teşkil edecek nörolojik rahatsızlığı olmamak. c) Göz: Körlük veya gece körlüğü olmamak. d) Kulak Burun Boğaz (KBB): Özel güvenlik hizmetini yapmasını engel teşkil edebilecek işitme kaybı olmamak". Ancak özel güvenlik görevlilerinde aranan sağlık şartları, "Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliği" ile detaylı bir şekilde düzenleme altına alınmıştır.

B. Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliği'ne Göre Özel Güvenlik Görevlilerinde Aranan Sağlık Şartları

Özel güvenlik görevlisi olarak çalışacak kişilerin öncelikle bazı tetkikler yönünden tam ve sağlam olmaları gerekmektedir. 27.06.2003 tarihli ve 25151 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, Özel Güvenlik Görevlileri Sağlık Şartları Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinde yer alan sağlık

²¹ 7.10.2004 tarihli ve 25606 Sayılı, Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik.

şartları incelendiğinde özel güvenlik görevlisinin mesleğini ifa ederken kendisine engel olabilecek hastalıkların olmamasına önem verildiği söylenebilir. Ayrıca özel güvenlik görevlisinin çalıştığı işyerindeki diğer personelin sağlık durumlarını tehlikeye sokabilecek rahatsızlıkların da bulunmaması gerekmektedir. Bu tetkiklerin herhangi birinden olumlu rapor alamayan kişi Özel Güvenlik Görevlisi olamayacaktır. Bu öncelikli tetkikler: a) Tam kan sayımı²², b) Sedimentasyon²³, c) Tam İdrar tetkiki, d) Serum biyokimyası²⁴, 1) AKŞ,²⁵ 2) Karaciğer ve böbrek fonksiyon testleri. e) Seroloji²⁶, 1) VDRL veya RPR,²⁷ 2) HbsAg²⁸, 3) HIV I- II Ag²⁹, 4) Anti HCV³⁰, f) EKG³¹, g) Mikrofilm veya ön – arka akciğer grafisi'dir.

-
- ²² Hemogram, CBC, Diferansiyel, CBC, TKS şeklinde de isimlendirilebilir. Genel sağlık durumunun kontrolü, kemik iliğinin hücre üretim faaliyetinin ve beslenme ile ilişkisinin durumu, yetersizlik bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, akut enfeksiyon olasılığının araştırılması gibi amaçlarla kullanılır.
- ²³ Eritrositlerin (alyuvarların) çökme hızı ölçülür. Diğer adı ESR olan bu test birçok hastalıkta tanıya yardımcı bir veri olarak kullanılmaktadır.
- ²⁴ Demir düzeyinin belirlenmesinde kullanılan tekniktir. <http://uzmangruplaboratuvar.com/biyokimya/63-biyokimya-tahlil-ve-test-sonuclari> (19.02.2015).
- ²⁵ Açlık Kan Şekeri, Karbonhidrat Metabolizmasının değerlendirilmesinde kullanılmaktadır. <http://uzmangruplaboratuvar.com/biyokimya/63-biyokimya-tahlil-ve-test-sonuclari> (19.02.2015).
- ²⁶ "Kan serumunun incelenmesi; özellikle serolojik testler yardımıyla serumda enfeksiyon işaretinin araştırılması ve immün reaksiyonların değerlendirilmesi ile ilgili bilim dalı; seroloji.", Tıp Sözlüğü, <http://www.tibbisozluk.com/arama.php?terim=serology&x=59&y=14>
- ²⁷ "VDRL testi, sifilis yani frengi hastalığı tanısında kullanılan bir testtir. Evlilik öncesi ve kan bağışi sırasında rutin istenen testlerdendir." <http://tahlil.com/vdrl-testi-nedir>, 19.02.2015, 11:16
- ²⁸ Akut enfeksiyonları veya Kronik HBV (Hepatit B Virüsü) enfeksiyonlarının tanısında kullanılır. HBsAg'nin 6 aydan uzun süre bulunması kronik taşıyıcılık veya kronik karaciğer hastalığının göstergesidir. <http://uzmangruplaboratuvar.com/biyokimya/63-biyokimya-tahlil-ve-test-sonuclari>, 19.02.2015, 11:16.
- ²⁹ HIV tanısında kullanılır. (Aids) <http://uzmangruplaboratuvar.com/biyokimya/63-biyokimya-tahlil-ve-test-sonuclari>, 19.02.2015, 11:16.
- ³⁰ HCV (Hepatit C) enfeksiyonunun tanısında kullanılır. Genelde HCV enfeksiyonunun geç evresinde kanda bulunur. Anti-HCV'nin bulunması immüniteyi sağlamaz. <http://uzmangruplaboratuvar.com/biyokimya/63-biyokimya-tahlil-ve-test-sonuclari>, 19.02.2015, 11:16.
- ³¹ "Elektrokardiyografi (EKG), kalbin kulakçık ve karıncıklarının kasılma ve gevşeme evrelerini, kalbin uyarılması ve uyarının iletilmesi sırasında ortaya çıkan elektriksel

Özel güvenlik görevlisi olabilmek için gerekli sağlık şartları, bu testlerden ibaret değildir. Ayrıca uzmanlık dallarına göre sağlık şartları kategorize edilmiş ve bunlardan özel güvenlik görevlisinin bu görevi yerine getirmede kendisine öncelikle engel olabilecek rahatsızlıklar özellikle belirtilmiştir. Buna göre,

“Genel dahiliye bölümü için; 1)Hematoloji³², onkoloji³³, gastroenteroloji³⁴, endokrinoloji³⁵, immünoloji³⁶, romatoloji³⁷ ve enfeksiyon hastalıkları açısından adayın sağlık durumunun iyi olması yani sağlam olması gerekmektedir. 2) Aday sağlık kurulu raporu aldırırken akut enfeksiyon geçiriyorsa o dönem için özel güvenlik görevliliğine kabul edilmeyecektir. 3)Hbs antijeni (+) pozitif olanlardan akut veya kronik hepatit teşhisi konulmuş olanlar özel güvenlik görevliliğine kabul edilmezler. Sağlık kurulu raporu ile sağlıklı taşıyıcı olduğu belirlenenler özel güvenlik görevliliğine kabul edilir. 4)Hepatit C taşıyıcılarının karaciğer fonksiyon testleri normal olacaktır ve ayrıca karaciğer fonksiyon testleri normal olsa bile HCV RNA’sı pozitif olanlar, HIV taşıyıcıları ile sekelsiz olarak iyileşmiş olsalar da postprimer tbc³⁸ geçirmiş olanlar özel güvenlik görevliliğine

aktiviteyi milimetrik kâğıt üzerine yazdırma temeline dayanan bir muayene yöntemidir.” [http://tinaztepehastanesi.com.tr/saglik_kosesi /kardioloji/ekg-nedir-;http://tr.wikipedia.org/wiki/Elektrokardiyografi](http://tinaztepehastanesi.com.tr/saglik_kosesi/kardioloji/ekg-nedir-;http://tr.wikipedia.org/wiki/Elektrokardiyografi).

- ³² “Hematoloji, kan bilimi. Tıbbın kan ve kan bozuklukları ile ilgili dalına verilen isim.”, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Hematoloji>, 19.02.2016, 13:02.
- ³³ “Onkoloji kanserin oluşumu, nedenleri, kalıtımla ilişkisi, tanısı, tedavisi, kanserle ilgili istatistikler ve kanserden korunmayla ilgilenen tıp dalıdır.”, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Onkoloji>, 19.02.2016, 13:02.
- ³⁴ “Gastroenteroloji, sindirim sistemi hastalıklarıyla ilgilenen bilim dalıdır.”, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Gastroenteroloji>, 19.02.2016, 13:02.
- ³⁵ “Vücudumuzdaki iç salgı bezleri tarafından kana aktarılan hormon dediğimiz yapılar, diğer sistemlerle beraber vücudumuzdaki birçok mekanizmayı kontrol ederler ve tüm bu sistemi inceleyen bilim dalına endokrinoloji denir.”, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Endokrinoloji>, 19.02.2016, 13:02.
- ³⁶ “Tıbbın bağışıklık ve farklı organizmaların bağışıklık sistemleri ile ilgilenen alt dalı.”, <http://tr.wiki.pedia.org/wiki/%C4%B0mm%C3%BCnoloji>, 19.02.2016, 13:02.
- ³⁷ “Romatoloji, özellikle kas iskelet sistemini tutan hastalıkları inceleyen bir bilim dalıdır.”, <http://tr.wikipedia.org/wiki/Romatoloji>, 19.02.2016, 13:02.
- ³⁸ “Daha önce tüberküloz basili ile karşılaşmamış bir organizmaya basilin girmesiyle oluşan değişikliklere primer enfeksiyon denmektedir.” ORHAN, Özge/ BARUT, Yüksel/YARDIMCI, Hande, Akciğer Tüberkülozu: Postprimer Aktif Hastalığın Tanısında PA Akciğer Radyogramı, Bilgisayarlı Tomografi ve Yüksek Çözünürlüklü Tomografi Bulgularının Karşılaştırılması, İstanbul Tıp Dergisi, 2008, S. 3, s. 125.

kabul edilmezler. 5)Şifa ile sonuçlanmış, fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Kardiyoloji Bölümü için;1)Kardiyolojik yönünden sağlam olacaktır. 2)Şifa ile sonuçlanmış, fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Solunum Sistemi Bölümü için;1)Solunum sistemi yönünden sağlam olacaktır. 2) Şifa ile sonuçlanmış fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Nöroloji Bölümü için; Tam ve sağlam olacaktır.

Ruh Sağlığı Bölümü için; 1)Tam ve sağlam olacaktır. 2)Geçmişinde ve halen hiçbir ruhsal rahatsızlık, intihar girişimi ve kişilik bozukluğu olmayacaktır.

Kulak Burun Boğaz Hastalıkları Bölümü için;1)Sağlam olacaktır. 2)İşitme kaybı bulunmayacaktır. 3)Şifa ile sonuçlanmış fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Ağız ve Diş Yapısı Bölümü için;1) Ağız yapısını ve konuşma işlevini bozucu nitelikte ağız ve diş hastalığı bulunmayacaktır. 2) Şifa ile sonuçlanmış fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Göz Hastalıkları Bölümü için; 1) Gözler ve çevresi haricen normal olacaktır. 2) Ishihara kitabı³⁹ ile yapılan muayenesinde diskromatopsi⁴⁰ bulunmayacaktır. 3) Her iki gözde görme güçleri toplamı, düzeltmeden önce ve/veya sonra en az 16/20 olacaktır. Sadece gözlerden birinin en az görmesi 7/10 dan daha az olamaz. 4) En az bir gözün görmesi 7/10, diğer gözün görmesi 9/10 olabilir. 5) En az bir gözün görmesi 8/10, diğer gözün görmesi 8/10 olabilir. 6) Gözlerde en çok 3.00 diyoptriye kadar miyopi, 1.50 diyoptriye kadar miyopik astigmatizma bir arada bulunabilir.7) Gözlerde en çok 2.00 diyoptriye kadar hipermetropi, 1.00 diyoptriye kadar hipermetropik astigmatizma bir arada bulunabilir. 8) Sadece astigmatı olanlarda silindirik değer, miyop astigmatlarda 2.50 diyoptriye, hipermetropik astigmatlarda 1.75 diyoptriye geçemez. 9) Mikst astigmatlarda hipermetropiye transpozisyon sonrası toplam değer +1.50 diyoptriden fazla olamaz.10) Binoküler vizyon bulunmalıdır ve binoküler görme

³⁹ Renk Körlüğü Test Kitabı.

⁴⁰ Renklerin kusurlu görülmesidir. Doğuştan olabilir veya sonradan gelişebilir (<http://www.saglikkitabi.org/tag/diskromatopsi-nedir>) (27.03.2015).

alanı 45-60 derece olmalıdır.11) Fonksiyonel aktivitede zaaf yaratmayan şifa ile sonuçlanmış tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Ürogenital Sistem Bölümü için;1) Üriner ve genital sistemler yönünden sağlam olacaktır. 2) Şifa ile sonuçlanmış fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Genel Cerrahi Bölümü için; 1) Sağlam olacaktır şartı getirilmiştir. Şifa ile sonuçlanmış fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Cilt Hastalıkları Bölümü için getirilen Sağlık Şartları ise;1) Deri ve eklelerine ait kronik ve ilerleyici bir hastalığı bulunmayacaktır.2) Fiziksel aktiviteyi kısıtlayacak kalıtsal veya edinsel bir anomalisi bulunmayacaktır. Yerleşim yeri itibariyle organ fonksiyon bozukluğuna yol açan keloid⁴¹, skatris⁴² ve benzeri hastalıklar bulunmayacaktır.3) Fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan tıbbi ve cerrahi tedaviler kabule engel değildir.

Ortopedi ve Travmatoloji Bölümü için; özel güvenlik görevlisi olarak görev yapmasına engel kalıcı sekel bırakmamış, fiziksel aktiviteyi kısıtlamayan geçirilmiş ortopedik hastalık veya ameliyatlar engel değildir.”

Kanun koyucu özel güvenlik görevlisi olacaklara getirdiği birçok sağlık şartının yanı sıra aynı zamanda boy, kilo ve yaş şartlarını getirmiştir. Bu, hiç kuşkusuz güvenliği sağlayacak kişinin sağlıklı karar verme ve bu çerçevede atik bir şekilde hareket etme kabiliyeti olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.

Erkeklerde 22 yaşını bayanlarda ise 18 yaşını doldurmamış olanlar özel güvenlik görevlisi olamaz. Özel güvenlik görevlisinin boyu erkeklerde 165 cm. kadınlarda 160 cm'den kısa olamaz. Ayrıca hem erkek hem de kadınlarda beden kitle indeksi 15'in altında ve 30'un üstünde olamaz. Özel güvenlik görevlisi istihdam edecek kurum ve kuruluşlar bu sağlık şartlarına ek olarak kendi mevzuatlarında yer verilen sağlık şartlarını da isteyebilirler.

⁴¹ “Genellikle bir nedbe dokusu üzerinde, bazen de kendiliğinden ortaya çıkan ve derinin derma tabakasındaki fibroblastların sayıca artmalarına bağlı bir kabartıdır.” <http://www.saglik.im/keloid/>.

⁴² “Nedbe” şeklinde de ifade edilir. Vücut içerisinde veya dışında oluşan yara veya benzeri bir harabiyetin vücut tarafından tamirinden sonra kalan iz veya doku topluluğudur. (<http://www.turkcebilgi.com/nedbe>) (27.03.2015).

Özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilecek olanlar resmi hastanelerin sağlık kurullarından “sağlık yönünden özel güvenlik görevlisi olmasında sakınca yoktur” kararlı sağlık kurulu raporu almaları gerekmektedir. Askerliğe elverişli değildir kararlı rapor almış olanlar dilekçelerinde bunu bildirmeleri gerekir. Hastaneye sağlık kurulu raporu alınması üzere sevk eden kurum özel güvenlik görevlisi adayının askerliğe elverişli olmadığına dair geçmişinde mevcut sağlık raporlarını da bildirecektir. Aday, “Askerliğe elverişli değildir” raporu bulunmasına rağmen müracaat dilekçesinde bu hususu ayrıca belirtmemişse, yanlış beyan söz konusu olur ve göreve kabul edilmez. Alacakları sağlık kurulu raporu göreve başlayınca kadar 6 (altı) ay geçerli kabul edilir. Bu süreyi aşmış olan raporlar valilikler tarafından kabul edilmez.

Özel güvenlik görevlisi adaylarından alınan sağlık kurulu raporları valiliklerce incelenir. Rapor yönetmelikte belirlenen şartlara uygunsa kişinin özel güvenlik görevlisi olmasında sakınca olmayacaktır. Sağlık kurulu raporu sahipleri için göreve başlatma işlemleri yapılır.

Özel güvenlik görevlisi adayından tam teşekküllü hastanelerden alınan sağlık kurulu raporuna Valilik katılmaz veya ilgili kişinin sağlık durumunun daha detaylı incelenmesini isterse yahut özel güvenlik görevlisi sağlık yönünden olamaz şeklindeki rapora itiraz edilirse, valilik danışman hastanelere sevk işlemi yapacaktır. Danışman hastanenin raporuna göre işlemler devam eder.

Özel güvenlik görevlilerinin, buldukları kurum itibariyle sağlık şartlarını sürekli olarak sağlamaları gerekmektedir. Zira sağlık Şartları Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesine göre özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişilerin, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile koruyucu hekimlik hizmetleri bağlı oldukları kurum veya kuruluşun işyeri hekimince yerine getirir. Ayrıca özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişilerin sağlık durumları bağlı bulunduğu kurum veya kuruluşun işyeri hekimince de takip edilmesi gerekmektedir. İşyeri hekimi özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişilerin hastalık, kaza, yaralanma vb. nedenlerden dolayı aldıkları istirahat raporlarını inceleyecektir.

Özel güvenlik görevlisinin sağlık yönünden özel güvenlik görevlisi olarak çalışma şartlarını kaybettiğine ilişkin kanaat oluşmuşsa özel

güvenlik görevlisinin bağlı olduğu kurum veya kuruluş sağlık kurulu raporu aldırılır ve bu raporu Valiliğe gönderir. Rapora göre yönetmeliğin 4'üncü maddesindeki şartlardan herhangi biri kaybedilmiş ise, Valilik Olur'u ile özel güvenlik görevine son verilir.

III. Özel Güvenlik Görevlisinde Aranılan Şartların Yitirilmesi

A. Genel Açıklama

Özel güvenlik görevlisi olmak için kanun koyucu birçok şart öngörmektedir. Söz konusu şartlar 5188 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmeliğin yanı sıra, Özel Güvenlik Görevlisi Sağlık Şartları Yönetmeliğinde de düzenleme altına alınmaktadır. Bu şartlardan herhangi birinin sonradan yitirilmesi halinde çalışma izni iptal olacaktır. Gerçekten de 5188 SK'un "Çalışma izni" başlıklı 11 inci maddesi "Özel güvenlik görevlilerinde aranılan şartlardan herhangi birisinin kaybedilmesi halinde çalışma izni iptal edilir" hükmünü haizdir. Bu hüküm çerçevesinde, özel güvenlik görevlisi olma şartlarının herhangi bir tanesinin sonradan kaybı durumunda özel güvenlik görevlisinin, bu görevi ifa edebilmesi için gerekli olan çalışma izni iptal edilir.

Bu başlık altında, özel güvenlik görevlisinin bu görevi ifa edebilmek için gerekli olan şartları yitirmesi durumunda, özel güvenlik şirketi ile olan hizmet ilişkisinin nasıl etkileneceğine de değinmek gerekir.

B. Çalışma İzninin Alınmamasının Hukuki Sonuçları

Özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilmek istenenler hakkında ilgili valilik tarafından güvenlik ve arşiv araştırması yapılır. Araştırma sonuçlarının olumlu olması ve özel güvenlik temel eğitimini de başarı ile bitirilmesi ile birlikte valilikçe çalışma izni verilir.

Çalışma izninin alınmaması nedeniyle işçi iş yerinde işe hiç başlayamamışsa burada henüz bir iş ilişkisinden bahsedilemez. Bu durumda iş hukuku anlamında bir sözleşme söz konusu olamayacağından, borçlar hukukunun hizmet akdine ilişkin hükümleri uygulanmalıdır⁴³.

⁴³ BAYSAL, Ulaş, İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2011, s. 102.

1. Özel Güvenlik Şirketi ile Özel Güvenlik Görevlisi Arasındaki İş Sözleşmesi Bakımından

Çalışma izni olarak işe başlamış olan özel güvenlik görevlisinin, kendisinden ya da yasal değişikliklerden kaynaklanan nedenlerle⁴⁴ gerekli olan şartlardan herhangi birini yitirmesi nedeniyle çalışma iznini yitirmesi ve yeniden almasının mümkün olmaması halinde, özel güvenlik görevlisi, görevini ifa edemez duruma gelmektedir. Özel güvenlik görevlileri, her şeyden önce 4857 sayılı İş Kanunu çerçevesinde, iş sözleşmesine dayanarak ücret karşılığında çalışmaktadır. Özel güvenlik görevlisi ile işveren arasında yapılan iş sözleşmesi, taraflar açısından haklarla birlikte borçları da beraberinde getirmektedir. Zira özel güvenlik iş sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. İş sözleşmelerinde işverenin asıl borcu ücret ödemek iken, işçinin asıl borcu işverene bağımlı olarak iş görme borcudur⁴⁵.

Gerekli şartları yitirdiği için çalışma izni iptal edilen kişi, artık özel güvenlik görevlisi olarak çalışamaz, yani iş görme borcunu ifa edemez. Öte yandan böyle bir durumdaki işçinin özel güvenlik görevlisi olarak

⁴⁴ 9. HD 23.6.2005, E. 2005/17505, K. 2005/20176 (YKD., C. 31, S. 10, s. 1560- 1563). Söz konusu karara konu teşkil eden olayda davacı işçi, davalıya ait işyerinde güvenlik görevlisi olarak çalışmakta iken, 5188 sayılı Kanun ile özel güvenlik görevlilerinin en az lise ve dengi okul mezunu olması şartı getirilmesi nedeniyle çıkarıldığını belirterek feshin geçersizliğine ve işe iadesine, işe iade edilmediği takdirde ödenmesi gereken tazminatın ve boşta geçen süre ücretinin belirlenmesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır. Yargıtay ise vermiş olduğu kararda, ortaokul mezunu olan davacı işçinin, işe başladığı tarihte yürürlükte bulunan 2495 sayılı Kanunda belirtilen şartları taşımakta olduğunu; ayrıca 5188 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte özel güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olanların, yeni düzenlemeye uyumlarını sağlamak amacıyla öngörülen geçici 1 inci maddesinde, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, 2495 sayılı Kanun'a göre çalışmakta olan özel güvenlik görevlilerine beş yıl süreyle çalışma izni verildiğini, böylece ortaokul mezunlarına bu süre içinde yasanın aradığı lise ve dengi okul mezunu olabilme olanağı sağlanmış olduğunu belirtmiştir. Davacı işçinin, kanun ile verilmiş olan beş yıllık çalışma izin süresi içinde işten çıkarılmış olduğu, fesih tarihinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışmasına engel yasal bir düzenleme bulunmadığını vurgulayarak, geçerli bir neden olmadığından işverence yapılan feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekirken isteğin reddedilmesini hatalı bulmuştur.

⁴⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2018, s. 76-77; ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nürsen/CONBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Ankara, 2017, s. 157; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Ankara, 2017, s. 37.

işe devam etmesi kanuna aykırıdır. Bu durumda ilk olarak iş sözleşmesinin özel güvenlik şirketi tarafından geçerli sebeple feshedilip feshedilemeyeceği hususuna değinilmelidir. Zira çalışma izni olmayan özel güvenlik görevlisinin çalıştırılması, özel güvenlik şirketi ile hizmet alanın cezai yaptırımlarla yüz yüze kalması sonucunu doğurmaktadır.

Özel güvenlik görevlisinin çalışma izni iptal edilmişse ya da uzatılmamışsa, işveren konumundaki özel güvenlik şirketi öncelikle gerekli iznin tekrar sağlanması için çaba göstermelidir. Böyle bir yükümlülüğü olmasa dahi, en azından olumlu katkıda bulunabilmesi kuvvetle muhtemel ise fesihten önce bu gayretini esirgememelidir. Özel güvenlik şirketi işveren konumunda olduğu için “feshin son çare olması (ultima ratio)” ilkesi⁴⁶ gereğince işçinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için her türlü çabayı göstermekle yükümlü tutulmuştur⁴⁷. İş Kanunu bu ilkeye açıkça yer vermemekle birlikte⁴⁸ doktrin ve yargı kararları ilkenin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir⁴⁹.

Ancak iş sözleşmesi çerçevesinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışabilmek için gerekli çalışma iznini almak ya da süresini uzatmakla yükümlü olan işçi ise ve hiç başvuruda bulunmamışsa, yani çalışma izninin alınması hususunda işveren gayret göstermiş ancak işçinin umursamazlığı veya ihmali sebebiyle çalışma izni alınamamışsa, işveren diğer koşulların da sağlanması koşuluyla fesih yoluna gidebilir⁵⁰. Özel güvenlik görevlisinin kısa bir süre sonra tekrar çalışma izni alabilmesi söz konusu olacaksa, buna ilişkin süreç devam etmekteyse, işveren ko-

⁴⁶ “Feshin Son Çare Olması İlkesi” İş Kanunu’nun 18’nci maddesinin gerekçesinde dile getirilmiştir. Ayrıca bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz., TURGUT, Pınar, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011.

⁴⁷ AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara, 2012, s. 177-178.

⁴⁸ Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 289. Ayrıca TURGUT, Pınar, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011.

⁴⁹ NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İstanbul, 2012, s. 515.

⁵⁰ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz., YAKAR AĞMAZ, Havva, Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2019.

numundaki özel güvenlik şirketi geçerli nedenle fesih yoluna başvuramaz⁵¹.

Çalışma iznine sahip olamayan özel güvenlik görevlisi, işveren tarafından bu alanda çalıştırılmaz. Ancak bu iznin gerekli olmadığı işlerde çalıştırılabilir⁵². Ancak durum her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin büyük ölçekli bir fabrika özel güvenlik görevlisi istihdam ederek kendi bünyesinde özel güvenlik birimi kurmuşsa, çalışma iznine sahip olamayan özel güvenlik görevlisini başka bir alanda çalıştırabilir. Buna karşın sadece özel güvenlik alanında faaliyet gösteren bir özel güvenlik şirketinin çalışma iznine sahip olamayan bir özel güvenlik görevlisini başka bir alanda istihdam edebilme ihtimali pek azdır. Dolayısıyla gerekli olan zamanda çalışma iznini yenileyemeyen ya da kaybeden özel güvenlik görevlisini, başka bir alanda istihdam etmesi beklenemez.

Özel güvenlik görevlileri, bu görevi sürdürebilmek için beş yılda bir yenileme eğitimine tabi tutulurlar. Özel güvenlik temel eğitimi sonrasında olduğu gibi bu yenileme eğitimi sonrasında da yazılı ve uygulamalı sınava girme zorunluluğu vardır (5188 sK. Yönetmeliği m. 36). Çalışma izninin devam edebilmesi için gerekli olan bu sınav sonucunda, özel güvenlik görevlisinin başarısız olması durumunda, özel güvenlik şirketi işçinin yetersizliğine dayanarak sözleşmeyi hemen feshedememelidir. Bu durumda özel güvenlik görevlisinin yakın zaman içerisinde tekrar yapılacak olan diğer sınavının sonucunu beklemelidir⁵³. Nitekim 5188 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 39 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre "Sınavlarda yeterli başarıyı sağlayamayan adaylar, yeniden özel eğitim kursuna devam etmeksizin bir yıl içinde birbirini takip eden üç sınava daha katılabilir. Toplam dört sınav neticesinde de başarısız olan veya başarısız sayılan adaylarda tekrar özel

⁵¹ BAYSAL, s. 104.

⁵² 9. HD 23.6.2005, E. 2005/17505, K. 2005/20176, "... Öte yandan, işyerinde 1993 yılından beri çalışmakta olan davacının işten çıkarılmadan önce, başka bir bölümde değerlendirilmesi de düşünülmemiştir." (YKD., C. 31, S. 10, s. 1562).

⁵³ Kontenjanın dolu olması sebebiyle özel güvenlik görevlisi çalışma izni sınavına giremeyen adayın sözleşmesinin işveren tarafından feshedebileceğine dair bkz. Yargıtay 9. HD, 15.05.2019, E. 2017/1109, K. 2019/11043.

eğitim kursuna devam şartı aranır". Özel güvenlik görevlisi özellikle sınavda istenen sonuca az bir farkla ulaşamamışsa, işverenin iş sözleşmesini derhal feshetmekten kaçınması gerekir. Zira böyle bir durumda, istenen başarıyı bir sonraki sınavda elde edebilmesi kuvvetle muhtemeldir. Buna karşın, birbiri ardına yapılan sınavlarda özel güvenlik görevlisi düşük performans sergilemişse, gelecek sınavda da başarılı olma ihtimalinin düşük olması gerekçesiyle ve yetersizlikten kaynaklanan geçerli nedenle iş sözleşmesi feshedilebilir. Ancak elbette ki burada da "feshin son çare olması ilkesi (ultima ratio)" ilkesi⁵⁴ mutlaka göz önünde bulundurulmalı ve artık özel güvenlik görevlisi olarak çalışamayacak işçinin mümkünse başka bir alanda istihdam edilebilmesi sağlanmalıdır.

Özel güvenlik görevlisinin sağlık şartlarını yitirmesi de söz konusu olabilir. Özel güvenlik görevlisinin görevlerinden kaynaklı bir nedenle sağlığını yitirmesi durumunda Sağlık Şartları Yönetmeliği'nin 10 uncu maddesi uygulanmalıdır. "Özel Güvenlik Görevlilerinin Malullüğü" başlığını taşıyan söz konusu hükme göre "Özel güvenlik görevlilerinin görevleri sırasında veya görevlerinden dolayı uğradıkları kaza ve saldırı sebebiyle ya da görevin sebep ve tesiriyle yaralanan veya sakat kalanlar ile bir meslek hastalığına yakalananların tedavileri sağlanır. Tedavileri bitiminde son durumunu bildirir sağlık kurulu raporu aldırılır. Bu yönetmeliğin 4 üncü ya da gerektiğinde 5 inci maddesinde düzenlenen sağlık şartlarını kaybettikleri sağlık kurulu raporu ile tespit edilenlerin sağlık kurulu raporları Valiliğin özel güvenlik görevlisi olarak çalışamayacağı görüşü ile birlikte, vazife malullüğü yönünden incelenmek üzere ilgili emeklilik kuruluşuna gönderilir.

Vazife malullüğüne ve görevlerini yapabileceklerine karar verilenlerden, çalıştığı kurum veya kuruluşta özel güvenlik görevlisi ya da diğer görevlerinden birine vazife malulü olarak atanmalarını talep etmeleri halinde, çalıştığı kurum veya kuruluşta özel güvenlik görevlisi olarak ya da durumuna uygun başka bir görevde istihdam edilir.

⁵⁴ Bkz., GÜZEL, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tunca'y'a Armağan, İstanbul 2005, s. 57-90.

Vazife malulü olarak atanmayı talep etmeyenler, daha önce vazife malullüğüne karar verilip de vazife malulü olarak istihdam edilenlerden emeklige ayrılmak isteyenler, ilgili emeklilik kuruluşunca vazife malullüğüne ve de görev yapamayacaklarına karar verilenler; vazife malulü olarak emeklilik işlemleri yapılmak üzere kişinin sağlık dosyası ilgili emeklilik kuruluşuna gönderilir”.

Öte yandan Sağlık Şartları Yönetmeliği'nin 9 uncu maddesi çerçevesinde sağlık durumu işyeri hekimi tarafından sürekli takip edilen ve bu takip neticesinde özel güvenlik görevlisi çalışma şartlarını kaybettiği kanaati oluşan özel güvenlik görevlisine, sağlık kurulu raporu aldırılır. Sağlık şartlarından herhangi birini kaybetmişse ve tedaviye rağmen yeniden sağlayamıyorsa, işveren işçinin yetersizliğine dayanan geçerli sebeple fesih yoluna başvurabilir. Nitekim İş Kanunu'nun 18 inci maddesinin ilk fıkrasına göre “... işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini feshe den işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır...”⁵⁵. Söz konusu hükmün gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerden söz edilmekte ve buna birçok örnek verilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, işçinin yetersizliği ve davranışları neticesinde işverenin süreli fesih hakkını kullanmasını geçerli kılan nedenler, İş Kanunu m. 25'te düzenleme altına alınmış olan haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta değildir⁵⁶. Bunlar iş yerinin normal işleyiş ve düzenini bozan, iş yerindeki uyumlu çalışma ortamını olumsuz etkileyen veya iş görme borcunun gereği gibi ifasına engel olan durumlardır⁵⁷. Geçerli nedenle süreli fesih hakkının fizikî ya da meslekî yetersizlik sebebiyle ortaya çıkabilmesi için işçinin kusurunun varlığı gerekli değildir. Buna karşın, işçinin davranışlarına dayanan

⁵⁵ Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için işyerinde otuz veya daha fazla işçi çalıştırılması ve işçinin en az altı aylık kıdeminin bulunması gerekmektedir (İŞK. m. 18/I).

⁵⁶ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz., ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 1, Mart 2006, s. 71-83; AKTÜRK, Emrah, İşverence İş Akinin Haklı Sebeple Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2013, s. 48 vd.

⁵⁷ SÜZEK, Sarper, İş hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 569.

fesih için kusurun varlığı aranır⁵⁸. Hastalık, kaza gibi nedenlerle ortaya çıkan ve işçinin işinde çalıştırılmasını, işveren açısından olanaksız hale getiren, ayrıca özel güvenlik görevlisi olarak başka işte de çalıştırılmasının söz konusu olamayacağı durumlarda, işçinin fiziki yetersizliği kapsamında geçerli fesih nedenini meydana getiren yetersizliğin varlığı kabul edilmelidir⁵⁹.

2. Özel Güvenlik Şirketi ile Güvenlik Hizmeti Alan Taraf Arasındaki İş Görme Edimli Sözleşme Bakımından

Burada ele alınması gereken bir diğer husus da özel güvenlik şirketince çalıştırılan güvenlik görevlisinin çalışma iznini yitirmesi halinde, özel güvenlik sözleşmesinin bundan nasıl etkileneceğidir. Bu durumda, özel güvenlik şirketi çalışmayan özel güvenlik görevlilerinin yerine derhal yenisini istihdam etmekle yükümlü olacaktır.

Özel güvenlik şirketi çalışmayan özel güvenlik görevlilerinin yerine yenisini istihdam ederken öncelikle özel güvenlik sözleşmesini göz önünde bulundurmalıdır. Her ne kadar idare özel güvenlik sözleşmeleri ile ilgili olarak birçok amir hüküm getirmiş ve sözleşme serbestisi ilkesini kısıtlamış olsa da sözleşmeye özel güvenlik görevlisinin niteliklerine ilişkin ek hükümler getirilebilir. Örneğin bir eğlence merkezinde görevlendirilecek özel güvenlik görevlisi için, müşteri odaklı ve güler yüzlü, alışveriş merkezine yakın ikamet eden, belirli bir süre iş tecrübesine sahip vb. şartlar arayabilirler. Şayet bu şartları haiz özel güvenlik görevlisi çalışma izni alamaması sebebiyle iş göremeyecek ise, özel güvenlik şirketi aynı niteliklere sahip bir başka özel güvenlik görevlisi tahsis etmelidir.

Ayrıca bu değişiklik ile ilgili olarak da SGK ve valiliğe de gerekli bildirimlerde bulunmalıdır. Aksi takdirde özel güvenlik sözleşmesi, iş görme edimli bir sözleşme olduğundan, TBK m. 502/II hükmü gereğince vekâlete ilişkin hükümler uygulanacak ve özel güvenlik hizmeti alan TBK. m. 512 hükmü çerçevesinde sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdrebilecektir.

⁵⁸ SÜZEK, s. 570.

⁵⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 284.

SONUÇ

Özel güvenlik sözleşmeleri her iki tarafa borç yükleyen iki veya çok taraflı hukuki işlem niteliğindedir. İdare özel güvenlik hizmetlerine ilişkin çokça emredici hüküm getirmekle, özel güvenlik sözleşmelerini sözleşme serbesti anlamında kısıtlamıştır. Bu kısıtlamalar en fazla özel güvenlik görevlisinin niteliklerine ilişkin hükümlerde görmektediriz. Özel güvenlik görevlisi, T.C. vatandaşı olmak, belirli suçlardan hüküm giymemiş bulunmak gibi birçok hukuki şarta sahip olması gerekliliği yanında, sağlık şartlarına ilişkin de çokça hüküm barındırmakla yükümlü tutulmuştur.

Genel olarak özel güvenlik ile ilgili yapılan sözleşmelerde iki hukuki ilişki ön plana çıkmaktadır. Bunlar Özel güvenlik görevlisi ile Özel güvenlik şirketi arasındaki iş sözleşmesi ve özel güvenlik şirketi ile özel güvenlik hizmeti alan taraf arasındaki özel güvenlik edimli sözleşmedir.

Özel güvenlik görevlisi ilgili valilikten çalışma iznini alamadığı durumlarda, feshin son çare olması ilkesi gereğince özel güvenlik şirketi iş sözleşmesini derhal fesih yoluna gidemez. Öncelikle Çalışma izninin alınması için gayret göstermeli ve kanunda belirtilen özel güvenlik görevlisi için çalışma izninin tekrar verilebileceği süreleri beklemelidir. Ancak kontenjanların dolu olması ya da işçinin son derece düşük bir puan alması vb. durum ve koşullar varsa işveren bu süreleri beklese bile işçi çalışma iznini alamayacağı açıksa işveren iş sözleşmesini feshedebilir.

Özel güvenlik görevlisi bulundurması gerekli sağlık şartlarından bir tanesini hastalık kaza vb. sebeplerden dolayı sonradan yitirirse, özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilmesi imkânsız hale gelir. Bu halde söz konusu işyerinde başkaca bir işte istidam edilmesi mümkün değilse, işçinin fiziki yetersizliği sebebiyle işveren geçerli sebeple iş sözleşmesini fesih edebilir.

Özel güvenlik şirketi özel güvenlik hizmeti alan tarafa özel güvenlik sözleşmesi hükümleri gereğince hizmet sunacaktır. Eğer sözleşmede özel güvenlik görevlisinin niteliklerine dair özellikli bir hüküm mevcutsa ve bu hüküm artık görevlendirilen özel güvenlik görevlisinde mevcut değilse, özel güvenlik şirketi derhal özel güvenlik sözleşmesi gereği aynı

niteliklere sahip başka birini görevlendirmelidir. Mevcut özel güvenlik elemanını ise mümkünse başka bir yerde istihdam etmelidir.

KAYNAKLAR

- AKTAŞ, Nuri Ahmet/ POLAT, Mevlüt, Genel Kolluk Özel Güvenlik İlişkisi, Ankara 2009.AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN, KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara, 2012.
- AKTAY, A. Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN, KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara, 2012.
- AKTÜRK, Emrah, İşverence İş Akdinin Haklı Sebep Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2013
- ALPAGUT, Gülsevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Haklı-Geçerli Neden Ayrımı ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, MESS Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 1, Mart 2006
- ALSU, Erkan/ YILMAZ, Necip Fazıl, Türkiye'de Özel Güvenlik Sektörünün Mesleki Eğitim Sorunu, 3. Ulusal Özel Güvenlik Sempozyumu, 1-2 Mart 2013, Gaziantep, Bildiriler Kitabı, s. 299-308.
- BAYSAL, Ulaş, İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2011.
- CEYLAN, Ali Kemal, Terör Saldırılarında Özel Güvenlik Zaafiyetleri ve A'dan Z'ye Özel Güvenlik Hukuku, İstanbul 2013.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CONBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Ankara, 2017.
- ÇORA, Hakan, Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de Özel Güvenlik Hizmetleri Yapısı ve Uyum Sorunları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.
- DERDİMAN, R. Cengiz, Tüm Yönleriyle Özel Güvenlik Hukuku ve Kişi Hakları, Bursa 2010.
- GÜNEY, Alpaslan, Türkiye'de Özel Güvenlik Teşkilatlarının Yetkilerinin Analizi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2006.
- GÜZEL, Ali, İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde Ultima Ratio (Son Çare) İlkesi ve Uygulama Esasları, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 57-90.
- HÜNLER, Arın, İç Güvenlik Hizmetlerinde Özelleştirme ve 5188 Sayılı Kanun (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010
- ORHAN, Özge/ BARUT, Yüksel/ YARDIMCI, Hande, Akciğer Tüberkülozu: Postprimer Aktif Hastalığın Tanısında PA Akciğer Radyogramı, Bilgisayarlı Tomografi ve Yüksek Çözünürlüklü To-

mografi Bulgularının Karşılaştırılması, İstanbul Tıp Dergisi, 2008, S. 3, s. 125-129.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2018.

SÜZEK, Sarper, İş hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2014.

TURGUT, Pınar, İş Sözleşmesinin Feshinde Son Çare (Ultima Ratio) İlkesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011.

UÇAR, Tayfun/ UÇAR, Şenay, Özel Güvenlik Metodolojisi, İstanbul 2005.

YAKAR AĞMAZ, Havva, Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2019.

YILDIZ AKGÜL, Şerife, İdari Faaliyetlerin Devri Bağlamında Özel Güvenlik, Ankara 2011.

ZORLU, Süheyla, Özel Güvenlik Sözleşmesi, Ankara 2018.

<http://www.saglikkitabi.org/tag/diskromatopsi-nedir>



ÜST KADEME KAMU YÖNETİCİLERİNİN ATAMA USUL VE ESASLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Mehmet Rauf KARSLI*

Öz

Anayasa değişikliğiyle üst kademe yöneticilerin atanma usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Ancak atanma usul ve esasları statünün unsurlarından biri olup statünün diğer unsurlarında yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Üst kademe yöneticilerin atanma usul ve esasları 703 sayılı KHK ve 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde gösterilmiştir. Yapılan düzenlemeler atama usul ve esasını belirlemekle kalmamış, görev süresi, mali hakları ve kamu hizmetine katılma biçimleri itibariyle Devlet memuru statüsünden kısmen ayrıışan yeni bir statü oluşturmuştur. Çalışmada üst kademe yöneticilere ilişkin düzenlemeler, kamu görevlilerine ilişkin diğer Anayasa hükümleri ve AYM içtihadıyla birlikte ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi • Üst Kademe Yöneticileri • Kamu Görevlisi • Mahfuz Alan • Kamu Hizmetine Girme Hakkı.

A STUDY ON THE ASSIGNMENT PROCEDURES AND PRINCIPLES OF HIGH-STAGE PUBLIC ADMINISTRATORS

* Doktora Öğrencisi, Ankara Üniversitesi, Kamu Hukuku A.B.D., İdare Hukuku, Ankara, Türkiye | Ph.D. Student, Ankara University, Department of Public Law, Administrative Law, Ankara, Turkey.

✉ mrkarsli@ankara.edu.tr • ORCID 0000-0001-5371-2886

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KARSLI Mehmet Rauf, "Üst Kademe Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 187-208.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Abstract

With the constitutional amendment, it is envisaged that the procedures and principles of appointment of senior executives will be regulated by the presidential decree. However other elements of the statute required to regulate by legislative acts. The procedures and principles for the appointment of senior executives are set out in the Decree Law no:703 and the Presidential Decree no:3. Not only did the regulations determine the procedures and principles of the appointment, but also created a new status that partially differs from the civil servant status. In this study, the regulations regarding the senior executives are discussed together with the other constitutional provisions regarding public officials and the case law of the Constitutional Court.

Key Words

Presidential Decree • Senior Executives • Public Officials • Exclusive/Reserved Regulatory Sphere • Right to Enter Public Service.

GİRİŞ

Üst kademe yöneticileri, siyasetle ilişkileri ve yetiştirilme usulleri açısından zaman zaman üzerinde durulmuş ve çeşitli incelemelere konu olmuştur. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine (CHS) geçilmesiyle birlikte üst kademe yöneticilerinin atanma usullerinde ve statülerinde köklü değişikliklere gidilmiştir. Kısmen devlet memuru statüsünden ayrılan yeni bir üst kademe yöneticisi statüsü oluşmuştur. Bu bağlamda konunun yeniden irdelenmesi zaruri görünmektedir. Konu birden fazla disiplini ilgilendiriyor olmakla birlikte bu çalışmada anayasal temelleri üzerinden hukuk disiplini içerisinde ele alınacaktır.

I. Anayasa'da Üst Kademe Yöneticileri

Anayasa değişikliği¹ ile kamu görevlilerine ilişkin maddeler olarak nitelenebilecek 70, 128 ve 129'uncu maddelerde bir değişikliğe gidilmiştir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiş ve Anayasa'nın m.104/9 hükmünde "Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler." ifadesine yer verilmiştir.

¹ 21/01/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

Öte yandan, Anayasa'nın 128'inci maddesinin üçüncü fıkrasında "Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir." hükmü üzerinde hiçbir değişikliğe gidilmeksizin varlığını korumaktadır. Varlığını korumuş olmakla birlikte söz konusu düzenleme şimdiye kadar uygulama imkânı bulamamıştır².

Anayasa'nın üst kademe yöneticilere ilişkin m.128/3 ve 104/9 hükümlerinden, bunların;

- i. Cumhurbaşkanınca atanacakları ve görevlerine son verileceği,
 - ii. Atanmalarına ilişkin usul ve esasların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleneceği,
 - iii. Yetiştirilme usul ve esaslarının ise özel bir kanunla düzenlenmesi gerektiği,
- anlaşılmaktadır.

Buradan Cumhurbaşkanı'nın üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını tespit edebileceği, ancak bunların yetiştirilmesine ilişkin düzenleme yapma yetkisinin yasama organında bulunduğu gibi ilginç ve çelişik bir sonuç çıktığı söylenebilir.

Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na tanıdığı üst kademe yöneticilerin atanmalarına ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisinin belirginleştirilmesi için konunun diğer maddelerle birlikte ele alınması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurguladığı gibi "Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerdedir³".

Öncelikle, atama kamu görevlilerinin statülerinin esaslı unsurlarından biridir ve Anayasa m.128/2⁴ hükmü gereğince usul ve esaslarının

² Konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Faruk GÜNAY, Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.62, Ankara, 2006.

³ Örneğin, Anayasa Mahkemesi, K.G. 28/03/2018, E: 2017/120-K: 2018/33, 20/04/2018 tarihli ve 30397 sayılı RG.

⁴ Anayasa'nın m.128/2 hükmü şu şekildedir: "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır."

çerçevesi kanunla çizilmelidir⁵. Bu açıdan yaklaşıldığında Anayasa'nın m.104/9 hükmü üst kademe yöneticilerinin statülerinin unsurlarından biri olan atama usul ve esasları yönünden Cumhurbaşkanına bir alan açmaktadır. Ancak, statünün diğer unsurları açısından Anayasa'nın m.128/2 hükmü geçerliliğini sürdürmektedir. Başka bir anlatımla Cumhurbaşkanı üst kademe yöneticilerinin statülerinde atama dışındaki unsurları düzenleme yetkisine sahip kılınmamıştır.

Üst kademe yöneticilerinin atanma usul ve esasları Anayasa'nın m.104/9 hükmü çerçevesinde 3 sayılı *Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi* ile düzenlenmiştir. Ancak, 703 sayılı *'Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de* de konuya ilişkin bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

Belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine bırakılan düzenleme alanı üst kademe yöneticilerinin atama usul ve esaslarının belirlenmesiyle sınırlıdır. Statünün diğer unsurlarına ilişkin çerçeve ise Anayasa m.128/2 gereği kanun ile çizilmelidir. Buna göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecek hususların KHK ile düzenlenmesi olağandır. Keza, 703 sayılı KHK Anayasa değişikliklerinin hayata geçirilmesi amacıyla çıkartılmıştır. Yine anılan KHK ile bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmalarına ilişkin yasal düzenlemeler yürürlükten kaldırılarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine alan açılmıştır. Yeni istihdam türleri oluşturulmuş ve kurulacak teşkilatlarda hangi istihdam rejiminin geçerli olacağını tespitinde Cumhurbaşkanına yetkiler tanınmıştır. Dolayısıyla, CHS'nin uygulamaya geçirilmesi açısından 703 sayılı KHK önemli bir rol oynamıştır.

II. Mahfuz Alan Tartışması

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki rejimi doktrinde önemli bir tartışma alanı oluşturmuştur. Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı

⁵ Mehmet Rauf KARSLI, *İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.46-47.

kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen dört alanın⁶ yasama organınca düzenlenip düzenlenemeyeceği ise bu tartışmaların odağına oturmaktadır⁷. Bazı yazarlar⁸, bu dört konunun münhasıran Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenlenebileceğini ve bu konuların yasama yetkisinin genelliği ilkesinin istisnaları olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüşe göre belirtilen dört konunun kanunla düzenlenmesi mümkün değildir⁹.

- ⁶ m. 104/9 “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler.”; m. 106/son “Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”; m. 108/4 “Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”; m. 118/son “Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”
- ⁷ Konuya ilişkin bir değerlendirme için bkz: Ayhan TEKİNSOY, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi, **Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu**, 18-19 Ekim 2019, İstanbul [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan_Tekinsoy.pdf, E.T. 30/10/2019].
- ⁸ Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C.I, Baskı.3, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Mayıs, 2019, s.1321 (Yazar mahfuz bir alan olduğu görüşünde olmakla birlikte m.104/17 hükmü karşısında mahfuz alan tezini savunmanın güç olduğunu ve tartışmalı hususlar bulunduğunu belirtmektedir. **a.g.e.** s.1322-1323); Özen ÜLGEN ADADAĞ, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018/1, İstanbul, s.18-23, Yazar, yeni tarihli çalışmasında mahfuz alan görüşünü sürdürmekle birlikte yasama ve yürütmenin düzenleme alanlarının ayrılmasının her zaman mümkün olmadığını ve yasamanın üstünlüğü savının benimsenmesinin daha makul ve sürdürülebilir olduğunu belirtmektedir. (Özen ÜLGEN ADADAĞ, Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.36, S.1, Ankara, 2019, s.275-276); Onur KARAHANOGULLARI, **Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü**, [http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf, E.T. 30/10/2019], s.3; Yavuz ATAR, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.36, S.1, Ankara, 2019, s.246; Melikşah YAŞİN, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.36, S.1, Ankara, 2019, s.318.
- ⁹ SEZER, bu dört alanın öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi gerektiğini, bunu takiben aynı alanların kanunla düzenlenebileceği görüşündedir. Yazara göre Cumhurbaşkanlığı kararnamesi öncesinde konunun kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. Abdullah SEZER, Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri [Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı], **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.36, S.1, Ankara, 2019, s.377.

Diğer yazarlar¹⁰, ise bu dört alanda yasama organının düzenleme yapması önünde anayasal bir engel bulunmadığı görüşündedirler.

GÖZLER'in de belirttiği üzere m.104/17 hükmü¹¹ karşısında mahfuz alan tezini savunmak güç görünmektedir¹². Anayasa değişikliğinin hayata geçirilmesi amacıyla çıkartılan KHK ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde de yürütmenin mahfuz alan tezini benimsemediği görülmektedir¹³. ÜLGEN ADADAĞ'ın da belirttiği üzere yasama ve yürütmenin düzenleme alanlarını kesin biçimde ayırmak çoğu zaman uygulanabilir sonuçlar doğurmamaktadır¹⁴.

Üst kademe yöneticilere ilişkin düzenlemelerde de münhasır alan fikrinin benimsenmediği görülmektedir. 703 sayılı KHK Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyecek konuların yanı sıra, üst ka-

¹⁰ Artuk ARDIÇOĞLU, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 75, S. 3, Ankara, 2017, s. 37-38; Ali D. ULUSOY, **Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor?**, [http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf, E.T. 30/10/2019]; Ayhan TEKİNSOY, **Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi**, s.13; Turan YILDIRIM, İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.36, S.1, Ankara, 2019, s.313; Dilşad Çiğdem SEVER, Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da "Parthenogenesis" Olmak, **Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu**, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, s.3-4, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Dilsad_Cigdem_Sever.pdf, E.T. 30/10/2019]; Yasin SÖYLER, **Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s.120-121.

¹¹ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik m.104/17 hükmü şu şekildedir: "*Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.*"

¹² Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, s.1322.

¹³ Özen ÜLGEN ADADAĞ, **Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar**, s.272.

¹⁴ Özen ÜLGEN ADADAĞ, **Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar**, s.276.

deme yöneticilerin atanma usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler de getirmiştir. Örneğin, bu kapsamda atanacaklarda aranacak hizmet süresinin nasıl hesaplanacağı bu KHK ile düzenlenmiştir¹⁵. Aranacak hizmet süresi ise Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde gösterilmektedir¹⁶. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin düzenleme alanını kısıtlayan bir diğer düzenleme ise dikkat çekicidir¹⁷. 375 sayılı KHK'nin Ek m.36/1 hükmüne göre, üst kademe yöneticisi olarak atanacaklarda, daha önce belirli görevlerde bulunmuş olmak, belirli bir hizmet sınıfına dâhil olmak, belirli bir meslek mensubu olmak ya da belirli bir kurumda görev yapmış olmak gibi şartlar aranması mümkün değildir. Üst kademe yöneticilerin atanma usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenene göre söz konusu kısıtlama doğrudan bu alanı daraltmaktadır.

Söz konusu düzenlemeler, Anayasa değişikliği teklifini hazırlayan ve uygulamaya geçiren siyasi iradenin¹⁸ üst kademe yöneticilerin atan-

¹⁵ 375 sayılı KHK'ye 703 sayılı KHK'nin 178'inci maddesi ile eklenen Ek m.35/2 hükmü şu şekildedir: "Üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanacaklar için aranan hizmet süresinin hesabında, dört yıllık yükseköğrenim gördükten sonra kamu kurum ve kuruluşlarında, sosyal güvenlik kurumlarına tâbi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak fiilen çalışılan sürelerin tamamı dikkate alınır."

¹⁶ 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.3.

¹⁷ 375 sayılı KHK'ye 703 sayılı KHK'nin 178'inci maddesi ile eklenen Ek m.36/1 hükmü şu şekildedir: "Kamu kurum ve kuruluşlarının merkez teşkilatındaki üst kademe kamu yöneticisi ve taşra teşkilatındaki il ve bölge müdürü kadro, pozisyon ve görevleri ile bu kadro, pozisyon ve görevlerin dengi ve daha üstü kadro, pozisyon ve görevlere atanabilmek için, öğrenim durumu şartı dışında;

a) Belirli bir meslek mensubu, kariyer meslek mensubu ya da kurum personeli olmak,

b) 657 sayılı Kanununun 36 ncı maddesinde belirtilen hizmet sınıfları kapsamına dâhil kadrolarda bulunmuş veya bulunuyor olmak,

c) Hâkimlik ve savcılık mesleğinden olmak,

d) Belirli kadro veya görevlerde belirli bir süre bulunmuş olmak, gibi özel şartlar aranmaz."

¹⁸ Bir olgu olarak Anayasa değişikliği ile 703 sayılı KHK aynı siyasi iradeyi yansıtmaktadır. Ancak bunu ortaya koyacak bazı verilerin sunulması da yararlıdır. Öncelikle, anayasa değişikliği Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekillerince teklif edilmiş olup Başbakan ilk imzacılar arasında yer almaktadır. Bakanların da büyük çoğunluğunun söz konusu teklifte imzası bulunmaktadır. [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=206176] Anayasa değişikliğinin hazırlanması ve uygulamaya geçirilmesinde aynı Cumhurbaşkanı görev yapmış ve söz konusu düzenlemeleri imzalamış

ma usul ve esaslarının kanun ile düzenlenebileceği yaklaşımını benimsemiş olduğunu göstermesi açısından da önem arz etmektedir.

III. Kamu Görevlisi Olmayanlara İlişkin Düzenlemeler

Atama işlemi, kamu görevlilerinin görev, unvan veya görev yerlerinde değişikliklere neden olabileceği gibi, kamu görevlisi olmayanların kamu hizmetine dâhil olmalarını da sağlayabilir. Dolayısıyla, kamu görevlisi olmayanların ilk defa atanmaları Anayasa'nın 70'inci maddesinde¹⁹ düzenlenen kamu hizmetine girme hakkının da kapsamına girmektedir. Kamu hizmetine girme hakkı Anayasa'da "*Siyasi Haklar ve Ödevler*" başlığı altında ele alınmıştır. Anayasa'nın m.104/17 hükmünde ise "*siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*" ifadesi yer almaktadır. Buna göre, siyasi bir hak olan kamu hizmetine girme hakkının Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenmesi mümkün değildir. Parlamenter hükümet sisteminin yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi istikrar kazanan içtihadında kamu hizmetine girme hakkının kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmetmiştir²⁰. Kamu hizmetine girme hakkının düzenlenmesi münhasıran yasama organına bırakılmıştır. CHS'nin de bu konuda farklı bir yaklaşımı benimsemediği görülmektedir.

tır. Cumhurbaşkanınca yeni sistemde olacağı belirtilen uygulama ve kurumlar için ihtiyaç duyulan yasal dayanak ve düzenlemeler 703 sayılı KHK'de yer almaktadır. Keza söz konusu KHK adı üzerinde *Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamedir*. Cumhurbaşkanının yemin etmesini takiben CHS'nin resmen uygulamaya geçtiği gün olan 9/07/2018 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹ Anayasa'nın m.70 hükmü şu şekildedir: "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.*"

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."

²⁰ Bkz: Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/11/2012, E:2011/100-K:2012/191, 22/02/2013 tarihli ve 28567 sayılı RG; Aynı yönde diğer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, K.G. 20/09/2012, E:2011/83-K:2012/126, 26/10/2012 tarihli ve 28803 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/11/2012, E:2011/86-K:2012/183, 04/12/2013 tarihli ve 28841 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/11/2012, E:2011/149-K:2012/187, 04/12/2013 tarihli ve 28841 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 20/09/2012, E:2011/101-K:2012/127, 04/12/2013 tarihli ve 28841 sayılı RG.

Cumhurbaşkanına verilen düzenleme yetkisinin statünün atama unsuruyla sınırlı olduğu ve bu unsura ilişkin düzenlemelerin kamu hizmetine girme hakkının kapsamında olabileceği görülmektedir. Burada, Anayasa'nın m.104/9 hükmünün m.104/17 hükmünü aşacak bir yetki tanıdığı iddia edilebilir. Bu yorum amaçsal yaklaşımla da desteklenebilir. Ancak, bu yorum Anayasa'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceği belirtilen dört alanın tamamını kapsar biçimde değerlendirildiğinde ciddi sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Örneğin, bu yoruma göre bakanlıkların görev ve yetkilerini düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri temel hak ve özgürlükleri de sınırlayabilecektir²¹. ÜLGEN ADADAĞ'ın da belirttiği üzere bu dört hüküm istisnai niteliktedir ve bu hükümlerin verdiği yetkiler dar yorumlanmalıdır²². Ayrıca, “*siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*” hükmü ilave bir izah gerektirmeyecek kadar açıktır. Dolayısıyla, üst kademe yöneticilerin atanmasına ilişkin olsa dahi kamu hizmetine girme hakkının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi mümkün değildir.

Öte yandan, Anayasa'nın 128/1 hükmüne²³ göre *kamusal yönetim biçimlerine*²⁴ göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerinin gerektirdiği *asli ve sürekli görevler*²⁵ kamu görevlileri eliyle yürütülmelidir. Anayasa Mahkemesine göre üst kademe yöneticilerin kamu görevlisi olduğuna

²¹ Özen ÜLGEN ADADAĞ, **Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar**, s.271-272.

²² Özen ÜLGEN ADADAĞ, **Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar**, s.271-272.

²³ Anayasa'nın m.128/1 hükmü şu şekildedir: “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*”

²⁴ Genel idare esasları kamusal yönetim biçimini ifade etmektedir. Şeref GÖZÜBÜ-YÜK- Turgut TAN, **İdare Hukuku Genel Esaslar**, Cilt:1, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.923; Turgut TAN, **İdare Hukuku**, s.490; Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj yayınevi, Ankara, 2011, s.582; Onur Ender ASLAN, **1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi**, s.23; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, Cilt: II, s.650; s.23; Abdullah UZ, **Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s.121. (Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Rauf KARSLI, **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**, s.21-38).

²⁵ Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Mehmet Rauf KARSLI, **İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı**, s.38-43.

ilişkin bir tereddüt bulunmamaktadır²⁶. Anayasa Mahkemesi²⁷ ve Danıştay içtihatlarında²⁸ görevin sürekli olmasıyla personelin sürekli olması arasında bir ilişki kurulmuştur. Buradan anlaşılması gereken asli ve sürekli görevlerin mütemediyen aynı kişiler eliyle yürütülmesi değildir. Belirleyici olan asli ve sürekli görevleri yürütecek personel ile kamu arasında süreye bağlanmamış, statüer bir istihdam bağı bulunmasıdır. Bir diğer ifadeyle personelin kamu hizmeti ile kaynaşmış olması şartı aranmaktadır.

Buna karşın, 703 sayılı KHK üst kademe yönetici kadro ve pozisyonlarına kamu görevlisi olmayanlar arasından atama yapılmasına imkân²⁹ sağlamıştır³⁰. Düzenlemeye göre, bu şekilde atanan yöneticilerin görevden alınmaları ile kamuyla ilişkileri kesilecektir. Söz konusu gö-

²⁶ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/05/2014, E:2013/88-K:2014/101, 22/07/2014 tarihli ve 29068 sayılı RG. (Kararda Başbakanlık Müsteşarının mali haklarına ilişkin -ileride de değinilecek olan- bir düzenleme incelenmektedir. Diğer yöneticilerin ve kamu görevlilerinin mali haklarının hesaplanmasında Başbakanlık Müsteşarının mali haklarına atf yapılabilmektedir. Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı'nun en yüksek Devlet memuru ve mali hakları yönünden Başbakanlık Müsteşarına denk olduğu hükme bağlanmıştır (375 sayılı KHK. Ek m. 34/1 ve 1 sayılı CBK m.5/1).

²⁷ Anayasa Mahkemesi, K.G. 10/12/1985, E:1985/5 - K:1985/23, 21/01/1986 tarihli ve 18995 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/06/1988, E:1987/18 - K:1988/23, 26/11/1988 tarihli ve 20001 sayılı RG.

²⁸ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, K.G. 04/07/1964, E:1964/674 - K:1964/344, 05/05/1965 tarihli ve 11990 sayılı RG.

²⁹ Bu imkân sadece doğrudan Cumhurbaşkanı kararıyla yapılacak atamalarda geçerlidir. Cumhurbaşkanının onaylama şeklinde yapacağı atamalarda ise söz konusu hüküm uygulanmayacaktır. 375 sayılı KHK'nin 703 sayılı KHK'ye 178'inci maddesi ile eklenen Ek m.36/5 hükmü şu şekildedir: *"Bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının taşra teşkilatının il ve bölge müdürü kadro veya pozisyonları hariç, üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine Cumhurbaşkanı onayı ile atananlar hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan şartlar dışında üçüncü fıkra hükümleri uygulanmaz."*

³⁰ 375 sayılı KHK'nin 703 sayılı KHK'ye 178'inci maddesi ile eklenen Ek m.36/3 hükmü şu şekildedir: *"Üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevleri ile yurtdışı teşkilatındaki sürekli görevlere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan şartları taşımak kaydıyla 657 sayılı Kanununun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümleriyle bağlı olmaksızın atama yapılabilir. Ancak bu şekilde atanmış olmak, kamu kurum ve kuruluşlarındaki diğer herhangi bir kadro, pozisyon ve göreve atanma veya kamuda herhangi bir statüde çalışma açısından kazanılmış hak teşkil etmez. Bu fıkra göre açıktan atananlardan görevi sona erenlerin veya görevden alınanların memuriyetle ilişkileri kesilir."*

revlere atanmak ilgililer için kazanılmış hak doğurmamaktadır. İlgililerin görevden alınmaları halinde kendilerine tazminat ödenip ödenmeyeceği ve tazminat miktarına ilişkin hususlar Cumhurbaşkanınca belirlenecektir³¹. Başka bir ifadeyle, kamu görevlisi olmayanlar üst kademe yöneticilik görevini yürüttükleri sürece kamu hizmetine dâhil olacaklardır. Görevlerinin sona ermesiyle birlikte kamu hizmeti ile ilişkileri kesilecektir. Kamu görevlisi olmayanlar açısından üst kademe yöneticilik arızı bir görev olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde atanan kişiler kamu hizmeti ile kaynaşmamaktadırlar. Görev yaptıkları sürece Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) mali haklar³² dışındaki hükümleri uygulanacaksa da bu kişiler Devlet memuru statüsüne dâhil olmamaktadırlar.

Öte yandan, kamu görevlisi olmayanların doğrudan bazı kadrolara atanmaları hukukumuzda yeni bir durum değildir. DMK'de '*istisnai memurluk*' olarak tanımlanan kadrolara³³, DMK'nin "*atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi dışında kalan bütün hükümleri*" uygulanmaktadır³⁴. İstisnai memuriyet, memuriyet statüsü içinde özel ve farklı nitelikler gerektirdiği değerlendirilen kadrolara dışarıdan atama yapılmasına olanak sağlayan bir kurumdur³⁵. İstisnai memuriyetlere

³¹ 375 sayılı KHK'ye 703 sayılı KHK'nin 178'inci maddesi ile eklenen Ek m.36/8 ve 3 sayılı CBK m.6/1.

³² Üst kademe yöneticilerin mali hakları ileride inceleneceğinden burada değinilmemiştir.

³³ 657 sayılı DMK'nin 59'uncu maddesinin birinci fıkrasında istisnai memurluklar sayılmaktadır. Ayrıca, farklı kanunlarda anılan maddeye atıf yapmak suretiyle istisnai memuriyete ilişkin hükümler başka kadrolar için de uygulanabilmektedir. Örneğin; 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında "*Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı teşkilatı memurları hakkında, istisnai memurluklarla ilgili hükümler uygulanır.*" denilmektedir. Görüleceği üzere, belirli bir kadro değil İdari İşler Başkanlığındaki kadroların tamamı istisnai memuriyet kapsamında tutulmuştur.

³⁴ 657 sayılı DMK m.61/1.

³⁵ Kamu hizmeti dışındakilerin atanması açısından bir esneklik sağlamakla birlikte, mesleki liyakatin ve hizmet gereklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Sait GÜRAN, **Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi No:627, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.207. İstisnai memuriyete ilişkin bir değerlendirme için bkz: Yasin SEZER, Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi Açısından İstisnai Memurluklar, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2003, 11.3-4 (CUMHURİYETİMİZE 80. YIL ARMAĞANI), s.173-193.

atama yapılırken daha esnek hareket edilmesi mümkündür. Ancak atama işlemini takiben uygulanacak hükümler kural olarak diğer memurlara uygulanan hükümlerden farklılık arz etmemektedir. Başka bir ifadeyle, atama işlemi neticesinde ilgililer Devlet memuru statüsüne dâhil olmakta ve kamu hizmetine sürekli olarak katılmaktadırlar.

Süreklilik kamu hizmetinin temelinde yer alan bir ilkedir ve Anayasa'nın m.128/1 hükmünde de bu ilkeye açıkça yer verilmiştir³⁶. ONAR, kamu hizmetlerinde istikrar sağlanabilmesi için sabit kadrolara ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir³⁷. Kadrolar süreklilik ilkesinin görünümlelerinden biridir. Arızı ve geçici ihtiyaçların giderilmesi için ise kadroya ihtiyaç duyulmamaktadır.

“Memur, bu kadroya daimî olarak girmiş, onunla imtizaç etmiş ve onun içinde kaynamış olan kimsedir. Bu sebeple kadro ve memur hizmetin unsurlarıdır, mütemmim cüzleridir ve binaenaleyh ondan hiç bir suretle ayrılamazlar. Teşkilât, kadro ve memur hukuk bakımından bir kül, bir bütün teşkil eder ve aynı kaidelere tâbi olur. Hizmet içindeki bu hukukî duruma dolayısıyla memurun kadrodaki vazife ve meşguliyetinden başka hariçte, iş âleminde bir mevcudiyeti yoktur: memur kendisini daimi bir surette âmme hizmetine hasretmiş ve hizmetin kadrosu, hiyerarşisi içinde kaynıyarak kaybolmuş, yani iş hayatında, hukukî bakımdan ferdiyetini, varlığını tamamen kaybetmiştir. Onun hizmetten ayrılabilmesi de hizmetin icaplarına göre ayrı bir takım kaidelere tâbi olduğu gibi bazen de imkânsızdır.”³⁸

Bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi Kararlarında³⁹ da kendisine yer bulmuştur:

“Onursal ajan kategorisine giren il genel meclisi üyeleri, hizmet kadrosuna sürekli biçimde girmiş ve onunla kaynaşmış olmadıkları, kamu hizmetlerine geçici ve arızî olarak katıldıkları, örgüt içinde ve aralarında hiyerarşi bağı bulunmadığı, üstlendikleri kamu hizmetleri dışındaki varlıklarını, iş ve meslek

³⁶ Onur KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.190-191.

³⁷ Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İkinci Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1076.

³⁸ Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, s.1077.

³⁹ Konuya ilişkin Danıştay kararları için bkz: Onur KARAHANOGULLARI, **Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)**, s.196-198.

*statüsündeki yerlerini korudukları, kamu hizmetlerinin gerektirdiği alan ve ölçülerde uzmanlaşmadıkları için memur ya da kamu görevlisi sayılmaları ola-nağı yoktur.*⁴⁰

GÜRAN'ın da belirttiği üzere, asli ve sürekli görevleri yürütmek üzere kamu hizmetine girenler iş hayatları boyunca uzmanlaşacakları ve ilerleyecekleri bir *meslek* seçmiş kimselerdir⁴¹.

Özetle, 703 sayılı KHK ve 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi teşkilatın en üstünde yer alan kadrolara kamu hizmeti dışında atama yapılmasına imkân tanımıştır. Bu görelî olarak yeni bir durum olmakla birlikte yapılan atama neticesinde atanan kişi kadroyla ve dolayısıyla kamu hizmeti ile kaynaşmamaktadır. Görevin sona ermesi neticesinde ilgili kamu hizmetinden de ayrılmaktadır. Teşkilat ile kadro bir bütün teşkil etse de personel bu bütünlüğe dâhil olmamaktadır. Söz konusu düzenlemeler statüye yapılacak atamanın usul ve esasını belirle-menin ötesine geçmekte, statünün özünü değiştirmektedir⁴².

IV. Mali Haklar ve Sözleşme ile Çalıştırma

Anayasa'ya göre kamu görevlilerinin mali hakları kanunla veya toplu sözleşme ile düzenlenebilir⁴³. CHS'nin yürürlüğe girmesini takiben boşluk oluşmaması için Cumhurbaşkanlığı teşkilatında ihdas edilecek yönetici kadrolarının mali hakları 703 sayılı KHK ile düzenlenmiş-

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, K.G. 22/06/1988, E:1987/18 – K:1988/23, 26/11/1988 tarihli ve 20001 sayılı RG.

⁴¹ Sait GÜRAN, *Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri*, s.137.

⁴² Kamu dışındakilerin bilgi, beceri ve uzmanlıklarının kamuya kazandırılmasının kamu hizmetine katkıları olabileceği düşünülebilir. Katkı sunacağı değerlendirilen bir görevi yürütmek üzere kamu dışından getirilen yöneticilerin görevleri sona erdikten sonra başka görevlere atanmasına ihtiyaç bulunmadığı da savunulabilir. A.B.D. başta olmak üzere çeşitli ülkelerin sistem ve uygulamalarından benzer örnekler de gösterilebilir. Buna karşılık, hâlihazırda yürüttüğü görev sona erdikten sonra kamuyla ilişkisi kesilecek kişinin kamu hizmetine yeterince odaklanamayacağı ve ileriye ilişkin kariyer planı doğrultusunda görev yapacağı da karşı bir tez olarak savunulabilir. Ancak bunların tamamı yerindeliğe ilişkin tartışmalardır. Belirtildiği üzere, çalışma konununun hukuki boyutunu incelemektedir.

⁴³ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın m.128/2 hükmü şu şekildedir: "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır."

tir⁴⁴. Mali haklar ve emeklilik yönünden kadro denklikleri şu şekilde belirlenmiştir:

İhdas Edilen Kadro	Denk Sayılacağı Kadro
İdari İşler Başkanı	Başbakanlık Müsteşarı
Strateji ve Bütçe Başkanı	Bakanlık Müsteşarı
İdari İşler Başkan Yardımcıları, Strateji ve Bütçe Başkan Yardımcıları	Bakanlık Genel Müdürü
İletişim Başkanı, Devlet Arşivleri Başkanı, Milli Saraylar Başkanı	Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı
İletişim Başkanı, Devlet Arşivleri Başkanı, Milli Saraylar Başkan Yardımcıları	Türkiye İstatistik Kurumu Başkan Yardımcısı

Bununla birlikte, KHK üst kademe yöneticilerinin sözleşme ile çalıştırılmasına da imkân sağlamıştır⁴⁵. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi aynı hükmü tekrar etmekle birlikte sözleşme ile çalışma imkânını doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararıyla atama yapılacak kadro ve pozisyonlar ile sınırlandırmıştır⁴⁶. Buna göre Cumhurbaşkanlığı kararıyla atanmaların sözleşme ile çalıştırılması mümkündür. Bunların kadrolarına ilişkin mali

⁴⁴ 375 sayılı KHK'ye 703 sayılı KHK'nin 178'inci maddesi ile eklenen Ek m.34.

⁴⁵ 375 sayılı KHK'nin 703 sayılı KHK'nin 178'inci maddesi ile eklenen Ek m.35/7 hükmü şu şekildedir: Üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanmalar, atandıkları kadro, pozisyon ve görevlerde 657 sayılı Kanunun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli olarak da çalıştırılabilir. Sözleşme taban ve tavan ücretleri; kurum ve kuruluşlar, unvanlar, yapılan hizmetin güçlüğü, sorumluluğu ve riskleri, iş yoğunluğu, çalışma şartları, hizmet yerinin sosyo-ekonomik durumu ve coğrafi özellikleri ile hizmete ve hizmet yerine ilişkin olarak, aynı kadro, pozisyon ve görevlerde bulunmakta olan emsallerine; emsalinin bulunmaması durumunda da benzer kadro, pozisyon ve görevlerde bulunanlara göre farklılıkları ayrı ayrı veya birlikte dikkate alınarak Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlenir. Sözleşme ücreti, taban ve tavan ücretleri aralığında sözleşme imzalamakla yetkili kılınan makam tarafından belirlenir.

⁴⁶ 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.5/1.

haklardan mı yoksa sözleşme ücretinden mi faydalanacakları konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Sözleme ücretinin tavan ve tabanı birlikte veya ayrı ayrı Cumhurbaşkanınca belirlenecektir. Sözleşme ücreti ise Cumhurbaşkanınca belirlenen asgari ve azami tutarlar arasında kalmak kaydıyla Cumhurbaşkanınca yetkilendirilen makam tarafından belirlenecektir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre kanunla düzenlenmesi gereken konularda temel kural ve ilkelerin kanunda gösterilmesi gerekmektedir⁴⁷. Başka bir ifadeyle kanun konuya ilişkin çerçeveyi belirlemeli ve idareye belirsiz bir düzenleme alanı bırakmamalıdır. Üst kademe yöneticilerin sözleşme ile çalıştırılabilmesine ilişkin KHK hükmü tavan ve taban ücretlerin tespitinde unvan, çalışma koşulları ve coğrafi şartların dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, bunun nasıl yapılacağına ilişkin objektif bir kurala yer vermeden konuyu tamamen Cumhurbaşkanının takdirine bırakmaktadır. Keza, ücret tespitine ilişkin somut bir kıstas yahut azami sınır da belirlememektedir.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin yakın tarihli bir kararında da bu yaklaşım sürdürülmüştür⁴⁸:

“Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında kamu görevlisi olduğu hususunda tereddüt bulunmayan Başbakanlık Müsteşarının sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemelerine ilişkin olarak yasayla herhangi bir düzenleme yapılmaksızın bir başka ifadeyle konuya ilişkin temel kurallar ve yasal çerçeve belirlenmeksizin itiraz konusu kuralla bu hususları düzenleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna bırakılması, kamu görevlilerinin özlük haklarının

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, K.G. 28/06/1988, E:1987/21-K:1988/25, 08/01/1989 tarihli ve 20043 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 01/02/1990, E:1988/64-K:1990/2, 21/04/1990 tarihli ve 20499 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 12/12/2007, E:2002/35-K:2007/95, 22/01/2008 tarihli ve 26764 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 12/06/2008, E:2004/55-K:2008/118, 05/11/2008 tarihli ve 27045 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 08/01/2009, E:2004/69-K:2009/6, 11/06/2009 tarihli ve 27255 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 15/01/2009, E:2004/70-K:2009/7, 11/06/2009 tarihli ve 27255 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 29/01/2009, E:2005/152-K:2009/14, 03/04/2009 tarihli ve 27189 sayılı RG; Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/05/2014, E:2013/88-K:2014/101, 22/07/2014 tarihli ve 29068 sayılı RG.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/05/2014, E:2013/88-K:2014/101, 22/07/2014 tarihli ve 29068 sayılı RG.

kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki anayasal ilkeye aykırılık teşkil etmekte ve yasama yetkisinin devrine neden olmaktadır.”

Öte yandan daha eski tarihli bir kararda, KİT’lerde Anayasa’nın 128’inci maddesi kapsamındaki görevleri yürüten memurlarla sözleşme yapılması ücret dengesine ilişkin bir konu olarak ele alınmış ve Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır⁴⁹. Buna karşın, bazı personel ile sözleşme yapıp bazılarıyla da yapmama konusunda idareye takdir yetkisi tanınması eşitlik ilkesine aykırı düşeceği gerekçesiyle iptal edilmiştir⁵⁰.

Buna göre, 703 sayılı KHK ile öngörülen üst kademe yöneticilerin sözleşme ile çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler,

- i. Kanunla, temel kural ve kıstasların belirlenerek yasal bir çerçeve oluşturulmaması,
- ii. Üst kademe yöneticilerin bazıları ile sözleşme yapılıp bazıları ile yapılmaması konusunu takdire bırakması,

açısından Anayasa Mahkemesinin mevcut içtihatlarıyla çelişik bir görünüm arz etmektedir.

⁴⁹ “ ... Anayasa’nın 128. maddesinde öngörülen güvence getirilmekte ve işletme esaslarına göre kârlılık, verimlilik ve rekabet kuralları içinde hizmet vermesi gereken bu personelin, genel idare esasları dışında hizmet gören sözleşmeli personel ile toplu iş sözleşmeleri kapsamına giren diğer personelin aldıkları ücretlerle dengeli bir ücret alınabilmesi olanağı sağlanmaktadır. Başka bir anlatım ile bu düzenleme, kamu iktisadi teşebbüslerinde farklı statüde çalışanlar arasında başarı durumlarına göre alınan ücretlerde bir denge sağlanmasına yönelik görülmektedir.” Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12– K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

⁵⁰ “Ancak, madde metninde genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü kılından kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin belirlenmesine esas olacak bir ölçüt getirilmediği için genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerde çalışan kimi personelin. (1) sayılı cetvel dışında kalması ya da genel idare esaslarına göre yürütülmesi gerekmeyen görevlerde çalışan kimi personelin (1) sayılı cetvelde yer alması olasılığı vardır. Ayrıca madde metninde “...bu kadrolara atanan personel atandıkları kadrolarda sözleşmeli olarak çalıştırılabilirler.” denildiğinden (1) sayılı cetvel kapsamındaki kimi personele atandıkları kadrolarda sözleşmeli çalışma olanağı verilirken kimi personel bu olanağın dışında bırakılacaktır.

Bu nedenlerle ... eşitlik ilkesi yönünden Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır.” Anayasa Mahkemesi, K.G. 04/04/1991, E:1990/12– K:1991/7, 13/08/1991 tarihli ve 20959 sayılı RG.

V. Atama Usulü ve Kapsam

703 sayılı KHK'de doğrudan Cumhurbaşkanını kararıyla atanmış ve ilgili makamın önerisi üzerine Cumhurbaşkanının onayıyla atanmış üst kademe yöneticilere ilişkin hükümler yer almaktadır. 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde bu usuller açıkça belirtilmiş ve doğrudan Cumhurbaşkanınca atanacaklar (I) sayılı cetvelde, Cumhurbaşkanını'nın onayıyla atanacaklar ise (II) sayılı cetvelde sayma yoluyla gösterilmiştir⁵¹.

Hangi yönetici kadrolarının üst kademe yönetici olarak tanımlanabileceğine ilişkin objektif bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu açıdan Cumhurbaşkanının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Öte yandan, üst kademe yönetici olmanın ön koşulu yönetici olmaktır. Yönetici⁵² belirli konularda karar alma, amirlik, sevk ve idare yetkisi olan kişidir. Dolayısıyla, her ne kadar önemli de olsa yöneticilik görevi dışındaki görevlerin atama usul ve esasları bu kapsamın dışında tutulmalıdır. Buna karşın, örneğin Bakanlık Müfettişleri, Hazine Kontrolörleri gibi denetim elemanlarına da (II) sayılı cetvelde yer verildiği görülmektedir.

Ayrıca, kanunda başka makamlarca atanması öngörülen kadro ve pozisyonların da kapsam dışında tutulması gerekmektedir. Ancak örneğin KHK⁵³ ile KİT yönetim kurullarınca atanması öngörülen I. Hukuk Müşavirleri ve Bölge Müdürlerine de (II) sayılı cetvelde yer verilmiştir⁵⁴.

Öte yandan, Kararnamede yer alan "Anayasanın 104 üncü maddesine göre yürütme yetkisinin sahibi olan Cumhurbaşkanını, atamaya yetkili amirle-

⁵¹ 3 sayılı CBK m.2/2.

⁵² Türk Dil Kurumu Sözlüğünde yönetici; "yönetme gücünü elinde bulunduran kişi, yöneten kişi, idareci, menajer" olarak tanımlanmıştır.

⁵³ 399 sayılı KHK'nin 5'inci maddesi, "Teşebbüs genel müdürü ve genel müdür yardımcısı kadrolarına ilgili Bakanın teklifi üzerine ortak kararla atama yapılır. I sayılı cetvelde yer alan diğer kadrolara yönetim kurulu kararı ile atama yapılır. Yönetim kurulları bu yetkilerini sınırlarını açıkça belirlemek kaydıyla devredebilirler." şeklinde düzenleme bulunmakta iken 703 sayılı KHK ile "Teşebbüs genel müdürü ve genel müdür yardımcısı kadrolarına ilgili Bakanın teklifi üzerine ortak kararla atama yapılır." hükmü madde metninden çıkarılmıştır. I sayılı cetvelde yer alan diğer kadrolar için ise yönetim kurulunun yetkisi 399 sayılı KHK'de devam etmektedir.

⁵⁴ Cetvelde KİT ifadesine açıkça yer verilmemiş parantez içerisinde bağlı, ilgili, ilişkili kuruluşlar dâhil ifadesine yer verilmiştir.

*re ait yetkileri haizdir.*⁵⁵” hükmünden ne anlaşılması gerektiği de tartışmaya açıktır. İfade iki farklı yoruma elverişlidir:

i. Cumhurbaşkanı, DMK’de atamaya yetkili amirlere tanınan, disiplin, ikinci görev ve çeşitli özlük işleri için tanınan yetkileri kullanabilir;

ii. Cumhurbaşkanı gerek duyması halinde atamaya yetkili amirlerce yapılması öngörülen atamaları ve diğer işlemleri de yapabilir.

İlk yorumda belirtilen yetkilerin atama yetkisini taşıyan makam olan Cumhurbaşkanında bulunduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza atama yetkisini taşıyan makamın, bu makama özgülenmiş yetkileri kullanabileceği izahtan varestedir. İkinci yorum ise, üst kademe yöneticiler özelinde verilen yetkinin ötesine geçmesi yanında ikame yasağı ilkesine de aykırılık teşkil edecektir⁵⁶. Buna göre, üstün astın yerine geçerek işlem yapması mümkün değildir. “*Bunun sebebi, kamu hukukunda yetkinin hiyerarşiden üstün olmasıdır.*”⁵⁷ Kural olarak, açık yasal düzenlemeyle ikame yasağı ilkesinin dışına çıkılması mümkündür⁵⁸. Kanun ile verilen yetkinin kullanımına ilişkin istisna niteliğinde bir hükmün de kanun ile konulması gerekmektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunla verilen yetkinin kullanımına ilişkin bir istisna getirilmesi Anayasa’nın “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*”⁵⁹ hükmüne de aykırı düşecektir. Keza Cumhurbaşkanının yürütmenin başı olarak tüm astlarına emir ve talimat verme yetkisi bulunduğu açıktır. Astlarının işlemlerine müdahale etmek için yerlerine geçerek işlem yapmaktansa, işlemin içeriğine ilişkin talimat verebilir⁶⁰. Dolayısıyla, söz konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünün ilk yorumu benimsenmelidir.

⁵⁵ 3 sayılı CBK m.2/2.

⁵⁶ Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, C.I, s.931.

⁵⁷ Kemal GÖZLER, Gürsel KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, Baskı:20, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018, s.117.

⁵⁸ Kemal GÖZLER, Gürsel KAPLAN, *İdare Hukuku Dersleri*, s.117.

⁵⁹ 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 6771 sayılı Kanun’la değişik m.104/17.

⁶⁰ Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, s.83.

Diğer mevzuatın üst kademe yöneticilere ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı 3 sayılı CBK'nin 12'nci maddesinde hüküm altına alınmıştır⁶¹. Belirtildiği üzere, üst kademe yöneticilerin atanma usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için mahfuz bir düzenleme alanı olarak öngörülmemiştir. 703 sayılı KHK ile de konuya ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştır. Anılan hükümde mevzuattan kastedilenin Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve idarenin düzenleyici işlemleri olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu yaklaşım, Anayasa'nın 104/17 hükmüne de uygundur.

Sonuç

Anayasa değişikliğiyle üst kademe yöneticilerin atanma usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi öngörülmüştür. Atanma usul ve esasları statünün unsurlarından biridir. Statünün diğer unsurlarının Anayasa m.128/2 gereği kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. 703 sayılı KHK ile ihtiyaç duyulan konulara yasal dayanak sağlanmış ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesine alan açılmıştır. Buna karşın KHK'de münhasır alan yaklaşımı benimsenmemiştir.

Yapılan düzenlemeler atama usul ve esasını belirlemenin ötesine geçmiş kısmen memur statüsünden ayrılan bir üst kademe yönetici statüsü oluşturmuştur. (I) sayılı cetvelde yer alan yöneticilerin⁶², Cumhurbaşkanının görev süresince görev yapmaları öngörülmüştür. Kural olarak, kamu görevlisi olmayan üst kademe yöneticilerinin kamuyla ilişkileri görev süreleriyle sınırlı tutulmuştur. Yine (I) sayılı cetvelde yer alan yöneticilerin sözleşme ile çalıştırılıp çalıştırılmaması ve sözleşme ücretleri konusu Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmıştır.

Kamu hizmetine girme hakkının KHK ile düzenlenmesi, asli ve sürekli görevlerin kamu hizmetine arızı olarak katılan personel eliyle yürütülmesi ve kanunla düzenlenmesi gereken mali hakların herhangi bir çerçeve çizilmeden idarenin takdirine bırakılması yönünden bu dü-

⁶¹ 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usûllerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.12. "Üst kademe kamu yöneticileri hakkında bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen hususlara ilişkin olarak, diğer mevzuatın bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı hükümleri uygulanmaz."

⁶² Genel müdür ve üzerindeki kadrolar, kurum ve kuruluşların en üst amirleri ile valiler vb.

zenlemelerin Anayasa Mahkemesinin mevcut içtihatları ile uyumlu olmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında değişikliğe gidip gitmeyeceği üst kademe yöneticilerin atanma usul ve esasları açısından belirleyici olacaktır.

KAYNAKLAR

- ARDIÇOĞLU, Artuk, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 75, S. 3, Ankara, 2017, s. 20-51.
- ASLAN, Onur Ender, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- ATAR, Yavuz, Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.1, Ankara, 2019, s.241-259.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.I ve II, Baskı 3, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Mayıs, 2019.
- GÖZLER, Kemal; KAPLAN, Gürsel İdare Hukuku Dersleri, Baskı 20, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- GÜNAY, Faruk, Üst Düzey Yöneticilerin Yetiştirilmesi ile İlgili Anayasa Maddesinin İlginç Serüveni, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.62, Ankara, 2006, s.152-172.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÜRAN, Sait, Memur Hukukunda Kayırma ve Liyakat Sistemleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1980.
- KARAHAN_ OĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KARAHAN_ OĞULLARI, Onur, Devletin Kural Koymasında Yeni İşbölümü, [<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/cbk.pdf>, E.T. 30/10/2019].
- KARSLI, Mehmet Rauf, İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İkinci Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- SEVER, Dilşad Çiğdem, Cumhurbaşkanının Teşkilatlanma Konusundaki Yetkileri ya da "Parthenogenesis" Olmak, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu, 18-19 Ekim 2019, İstanbul, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Dilsad_Ci_gdem_Sever.pdf, E.T. 30/10/2019].

- SEZER, Yasin, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, S.3-4, Konya, 2003, s.153-171.
- SÖYLER, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TAN, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- TEKİNSOY, M. Ayhan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Yürütmenin Mahfuz Düzenleme Yetkisi Açısından Değerlendirilmesi, Cumhurbaşkanının İşlemleri: Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri ve Denetimi Sempozyumu, Ekim 2019, İstanbul [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Ayhan_Tekinsoy.pdf, E.T. 30/10/2019].
- ULUSOY, Ali D., Aralık 2016 Anayasa Teklifi Neler Getiriyor, Neler Götürüyor? [<http://www.anayasa.gen.tr/ulusoy-anayasa-degisikligi.pdf>, E.T. 30/10/2019].
- UZ, Abdullah, Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi ve Devri Bakımından Anayasal Sınırlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- ÜLGEN ADADAĞ, Özen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, İstanbul, 2018, s.3-38.
- ÜLGEN ADADAĞ, Özen, Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar, Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.1, Ankara, 2019, s.261-277.
- YASİN, Melikşah, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri, Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.1, Ankara, 2019, s. 315-333.
- YILDIRIM, Turan, İdarenin Kanuniliği İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Sınırı, Anayasa Yargısı Dergisi, C.36, S.1, Ankara, 2019, s. 293-314.



OSMANLI HUKUKUNDA BİNA VEYA YAPI ESERİ MALİKİNİN SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AYKANAT*

Arş. Gör. Melikşah AYDIN**

Öz

Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş kusursuz sorumluluk hallerinden biridir. Bu sorumluluk, bina veya yapı eserinin yapılışından kaynaklanan veya bakımındaki eksiklik sebebiyle ortaya çıkan bir sorumluluktur. Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu, Osmanlı uygulamasında da yer bulmuştur. Bu çalışma bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğunu, Osmanlı hukuku bakımından ortaya koymayı amaçlamıştır. Bu sorumluluğunun hukuki niteliği, şartları ve sonuçları, Osmanlı hukukunda incelenmiştir.

Osmanlı hukukunda teoride ve uygulamada, bina veya yapı eseri malikinin sorumlu kabul edildiği örnekler bulunmaktadır. Fıkıh kaynaklarındaki kuralardan ve uygulamadaki örneklerden, sorumluluğa ilişkin bilgiler ortaya konulmuştur. Günümüz hukukundaki hukuki nitelendirme, şartlar ve sonuçlar, Osmanlı hukuku ile karşılaştırılmıştır. Benzer örnekler ve farklı görüşlerle, benzerlik ve farklılıklar ortaya konulmuştur.

Osmanlı hukukunda bina veya yapı eseri malikinin sorumlu kabul edildiği durumlarda genellikle kusur sorumluluğuna gidilmiş, kusursuz sorumluluk

* Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi A.B.D. Öğretim Üyesi, Afyon, Türkiye | Asst. Prof., Afyon Kocatepe University, Faculty of Law, Department of Turkish Law History, Afyon, Turkey.

✉ mehmetaykanat@hotmail.com • ORCID 0000-0003-0968-4165

** Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi A.B.D., Konya, Türkiye | Asst., Selçuk University, Faculty of Law, Department of Turkish Law History, Konya, Turkey.

✉ aydinmeliksah@gmail.com • ORCID 0000-0002-4077-5025

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AYKANAT Mehmet / AYDIN Melikşah, "Osmanlı Hukukunda Bina veya Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 209-236.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

halleri oldukça kısıtlı kalmıştır. Yine de zarar, hakkaniyet, tehlike, genel özen gibi kusursuz sorumluluk düşüncelerinin etkileri olmuştur.

Anahtar Kelimeler

Bina veya Yapı Eseri • Sorumluluk • Kusursuz Sorumluluk • Osmanlı Hukuku • Bakım Eksikliği

THE LIABILITY OF BUILDING OR CONSTRUCTION OWNER IN OTTOMAN LAW

Abstract

The liability of building or construction owner is an absolute liability which settled in Turkish Code Obligation. This liability is due to the failure in the building or construction or lack of care. The liability of building or construction owner was also found in Ottoman law. This work aimed to reveal the responsibility of the liability of building or construction owner in terms of Ottoman law. The legal nature, the conditions and results of liability of building or construction owner were examined in Ottoman law.

In theory and practice in Ottoman law, there are examples where the owner of a building or structure is considered responsible. The rules in fiqh sources and examples in practice were used in this work. Today's legal regulations have been compared with Ottoman law. There are similarities and differences between modern Turkish law and Ottoman law about the liability of building or constructure owner.

Key Words

Building or Constructure • Liability • Absolute Liability • Ottoman Law • Law of Obligations

GİRİŞ

Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu, Türk Borçlar Kanunu içerisinde düzenlenen konular arasında yer almaktadır. Sorumluluğun kavramsal çerçevesi, şartları ve sonuçları ise mevcut düzenlemeler çerçevesinde yorumlanmıştır. Bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğu hususu, günümüz hukukuna özgü değildir. Bu sorumluluk, hukuk tarihinde örneklerine rastlanabilen bir sorumluluktur. Bu çalışmada, bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğunun, İslam hukukunun Osmanlı uygulamasındaki görünümünü ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Osmanlı hukukunda bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğunun hukuki niteliği, sorumluluğun şartları ve sonuçları çalışmanın içeriğini teşkil etmiştir. Bu içerikte günümüz hukukundaki hukuki nitelik, sorumluluk şartları ve sonuçları ile mukayeseler yapılmaya çalışılmıştır. Klasik fıkıh kaynaklarında, fetva mecmualarında, kadı sicillerinde konuya ilişkin bilgiler ve örnekler yer almıştır.

Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu şeklinde bir sorumluluk türünün Osmanlı hukukunda yer aldığı görülmüştür. Bu sorumluluk türü, elbette günümüz hukuku ile farklılıklar taşımaktadır. Bu farklılıklar hukukun gelişimi ile ilgili olduğu gibi, aynı zamanda dönemin bina ve yapı eserlerinin farklı olmasından da kaynaklanmıştır. Osmanlı uygulamasında yapı eseri olarak ön plana çıkan kuyularla ilgili bilgiler, teori ve pratiğe ilişkin kaynaklara yansımıştır.

Osmanlı hukukunda bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu araştırılırken, mesuliyet,¹ itlaf,² haksız fiil, zarar, daman gibi konu başlıklarına bakmak gereklidir. Bu konular, bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğuna ve unsurlarına ilişkin doğrudan veya dolaylı bilgiler içermektedir.

I. BİNA VEYA YAPI ESERİ MALİKİNİN SORUMLULUĞUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 69. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar.

¹ Mesuliyet dışında, daman, zimmet, uhde, garemte ve cebr gibi kavramlar, İslam hukukunda sorumluluk anlamı taşımaktadır. **ÜNAL Mustafa**, İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Ankara, 2019, s.30 vd.

² Başlangıçta daha dar bir anlama sahip olan itlaf, zamanla hayvanların ve eşyanın vermiş olduğu zararları da kapsayan bir çerçevede ele alınmıştır. Hatta bazı hukukçular, kişilere yönelik fiilleri de itlaf kapsamında değerlendirmiştir. **AYDIN M. Akif**, "İtlaf", TDV İslam Ansiklopedisi, C:23, İstanbul, 2001.

Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır.

Borç ilişkisi, sözleşmeden,³ haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğabilmektedir. Bunlardan haksız fiilden doğan sorumluluk kusura dayanan ve kusura dayanmayan sorumluluk şeklinde iki alt başlık altında ele alınmaktadır. Kusura dayanmayan (kusursuz) sorumluluk ise doktrinde hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu gibi alt başlıklara ayrılmıştır. Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğunu özen sorumluluğu kapsamında ele alanlar⁴ olduğu gibi, bir tehlike sorumluluğu olarak kabul edenler⁵ de vardır.

Sorumluluk kavramı, tarihte, kısas uygulaması ile başlamış; daha sonra kusur sorumluluğu gelişmiştir. Kusursuz sorumluluk ise yakın geçmişte yaygınlık kazanmış bir kavram olmuştur.⁶ Roma hukukunda zararın giderilmesi düşüncesi ile kusursuz sorumluluk, kusur sorumluluğundan önce başvurulmuş bir kurumdur.⁷ Roma hukukunda haksız fiil benzerleri olarak quasi delictum içinde yer alan actio de deiectis et effusis ile binadan, kamuya ait bir geçit yerine veya yola dökülen ve atılan şeyler sebebiyle bir zarar ortaya çıkarsa zarar gören, binada oturan kişiden zararın iki mislini talep edebilmiştir.⁸ Zarara yol açan fiillere binada oturan başkaları sebep olsa bile zarardan binada devamlı olarak oturan kişiler (habitor) sorumlu olmuştur. Zarar gören kişiden zararın kimden geldiğini araştırması beklenmemiştir.⁹

³ İslam hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk hakkında bkz. **AKMAN Ahmet**, İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat, Ankara, 2019.

⁴ **EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. baskı, Ankara, 2014, s.643.

⁵ **KILIÇOĞLU Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, Ankara, 2010, s.226-227; **REMZİ Mehmet /AYDIN Sezer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s.361.

⁶ **AYKANAT Tuba**, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu, Ankara, 2019, s.21-22; **ÜNAL**, s.36 vd.

⁷ **GÜVEL Övünç**, "Roma Hukukunda Sorumluluk", SÜHFD, C:25, S:2, 2017, s.376.

⁸ **KOSCHAKER Paul**, Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1973, s.271; **RADO Türkan**, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2006, s.203-204.

⁹ **KOSCHAKER**, s.271.

Roma'da, atılan şey sebebiyle hür bir kişi ölürse 50.000 sesterslik bir diyet ödenmesi talep edilebilmiştir.¹⁰ Actio de posito et suspenso aracılığıyla ise kamuya ait bir yola düşecek şekilde binanın kenarına bir şey koyan kimse, zarar ortaya çıkmaya bile 10.000 sesters ödemeye mahkûm edilmiştir. Bu tür durumlarda kusursuz sorumluluk söz konusu olmuştur.¹¹

İslam hukuku bakımından bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu, akit dışı bir sorumluluktur. Kusur varsa kusur sorumluluğu çerçevesinde konuya yaklaşılmalıdır. Ancak kusurun olmadığı durumlarda, malikin hangi gerekçeyle sorumlu tutulacağı üzerinde durmak gereklidir. Kusursuz sorumluluk, zarar, özen gösterme, tehlike, hakkaniyet, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi düşüncelerle ortaya atılmıştır.¹²

Eşya hukuku bağlamında İslam hukukçuları tarafından kabul edilen genel kural, iyi niyete bazı haller dışında çok önem verilmemesi, zararın dikkate alınması şeklindedir. Genellikle objektif sorumluluk esaslı kabul edilmiştir.¹³ İstisna olan velinin, işverenin ve hayvan tutucusunun sorumlulukları dışında dolaylı sorumluluk öngörülmemiştir.¹⁴ Sorumluluğun doğması için doğrudan verilen zararlarda kusur aranmamış, dolaylı verilen zararlarda ise kusur olmadan sorumluluk doğmayacağı kabul edilmiştir.¹⁵

Hakkın kötüye kullanılmasına hukuk düzeninin itibar etmeyeceği esası, İslam hukukunda bulunmaktadır.¹⁶ Bu açıdan bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğunun dayandığı temel prensip de hakkaniyet prensibi; yani bir şeyden yararlanan kişinin onun külfetine de katlanma-

¹⁰ RADO, s.204.

¹¹ KOSCHAKER, s.271; RADO, s.204.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL, s.70 vd.

¹³ KAHVECİ Nuri, "İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyet Bağını Kesen Sebepler" KSÜİFD, Y:5, S:10, 2007, s.5.

¹⁴ AKMAN Mehmet, "Osmanlı Hukukunda Faili Bilinmeyen İtlaf Durumlarında Öngörülen Ortak Sorumluluğun Hukuki Niteliği", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S:3, 2007, s.8.

¹⁵ AYDIN M. Akif, Türk Hukuk Tarihi, 13. baskı, İstanbul, 2015, s.392.

¹⁶ BARDAKOĞLU Ali, "Hak", TDV İslam Ansiklopedisi, C:15, İstanbul, 1997, s.148.

sı zorunluluğudur.¹⁷ Bir binanın yapılışındaki bozukluk, gerekli malzemelerin eksik veya yanlış kullanılması, ruhsata uygun olmayan inşaat, yıkılmak üzere olan bir duvarın tamir edilmemesi gibi birçok durum, yapılıştaki bozukluk veya bakım eksikliği içine sokulabilir.

II. BİNA VEYA YAPI ESERİ MALİKİNİN SORUMLU OLABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Türk hukukunda bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için bazı şartlar öngörülmektedir. Bu şartlar bir bina veya yapı eserinin bulunması, bina veya yapı eserinin sahibinin bulunması, binanın yapılışındaki bozukluk veya bakım eksikliği, ortaya çıkan zarar ve zarar ile bozukluk veya bakım eksikliği arasındaki illiyet bağı şeklindedir. Söz konusu şartlar Osmanlı hukuku ile hemen hemen aynıdır. Osmanlı uygulamasında kuyulara ilişkin örneklerde, sorumluluk doğması için birtakım ilave şartlar arandığı da görülmektedir. Bu şartlar kuyunun kamuya ait bir arazide açılması ve kuyunun izinsiz olarak açılması şeklinde sayılabilir.

A. BİNA VEYA YAPI ESERİNİN BULUNMASI

1. Genel Olarak

Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için malikin sahip olduğu malın niteliği ile alakalı pozitif hukukta kabul edilen görüşe göre binadan kasıt, barınmak veya diğer gereksinimler için insan tarafından yapılmış olan etrafı kapalı¹⁸ ve araziye bağlı inşaat eserleridir.¹⁹ Yapı eseri ise insan eliyle yapılan, sabit ve toprağa bağlı²⁰

¹⁷ BELGESAY Mustafa Reşit, Kuran Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul, 1963, s.283; ŞEN Yusuf, İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2007, s.123.

¹⁸ ERTEN Ali, Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşaat Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu – BK md.58, Ankara, 2000, s.93; BAŞ Ece, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk (TBK md.69 – BK m.58), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2000, s.71.

¹⁹ OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1998, s.592; KOÇ Nevzat, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1990, s.59; AYTEKİN NAİMİ Tuğba, Bina ve Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu (BK.m.58), Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Kıbrıs, 2000, s.22. Binadan kasıt olarak ele alınacak yapıda örf ve âdete de dikkat edilir. Binanın amacı insan, hayvan veya eşya-

olan herhangi bir şeydir.²¹ Henüz inşaat aşamasında olan veya tadilat geçiren bir taşınmaz ise unsurlar bakımından bina kavramını karşılamasa bile yapı eseri sayılarak sorumluluk açısından aynı duruma tabi tutulmaktadır.²²

Osmanlı uygulamasında ev, değirmen, duvar, kuyu gibi bina ve yapı eserleri hakkında hükümler olduğu görülmektedir. Özellikle dönemin uygulamasında sık rastlanan durumlardan biri de tehlikeli kuyular ve bunların tabi olacağı hükümlerdir. Yapı üzerine konulan eşyalar, özellikle testiler, uygulamada sık rastlanan örnekler arasında olduğu için ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

2. Tehlikeli Kuyular

Kuyularla ilgili olarak teoriyi ortaya koyan fıkıh ve pratiği yansıtan fetva kitaplarında bilgiler yer almaktadır. Kuyuların, şahsi arazide veya kamu arazisinde açılması, insanların veya hayvanların geçiş yolları üzerinde olması, izinli veya izinsiz açılması gibi hususlar bakımından değerlendirildiği görülmektedir. Kuyuların kamu arazisinde açılması, geçiş yolları üzerinde olması ve izinsiz açılması şartları, kuyulara ilişkin kusursuz sorumluluğun doğma şartları arasında yer almıştır.

Kendisine ait olmayan, kamuya ait bir arazide izinsiz kuyu açan kişinin açtığı bu kuyuya birisi düşüp ölürse, ölenin diyetini kuyuyu açanın akilesinin ödemesi kuraldır.²³ Kişinin diyet ödemekle yükümlü tutulması için bir kişinin kuyuya düşüp ölmesi, kuyunun kamuya ait

ların korunması ve barınmasıdır. **BAŞ**, s.71. Yargıtay kararına göre binanın yerin altında veya üstünde olması bina niteliği bakımından fark etmez. **Yargıtay İBK** 4.5.1966, E.6/K.4 (RG 1.6.1966, S:12311).

²⁰ **ERTEN**, s.105; **BAŞ**, s.75; **KILIÇOĞLU**, s.252-253.

²¹ **ZAPATA Tan Tahsin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s.276.

²² **ERTEN**, s.135; **BAŞ**, s.86.

²³ **ZUHAYLİ Vehbe**, İslam Fıkıhı Ansiklopedisi, Çeviren: Heyet, İstanbul, 1994, C:8, s.147; **HALEBİ İbrahim b. Muhammed b. İbrahim**, Mülteka'l-Ebhur, 2. baskı, Çeviren: UYSAL Mustafa, İstanbul, 1972, C:4, s.309. Akile'ye ödetme, fiil taksirle öldürmeden dahi daha düşük bir seviyede olduğu için öngörülmüştür. Bu kişinin kefaret ödemesi de gerekmez. **SERAHSİ Ebubekir Muhammed b. Ahmed**, el-Mebcut, Çeviren: AKŞİT Cevat, İstanbul, 2008, C:27, s.15; **FETAVAYI HİNDİYYE**, Çeviren: EFE Mustafa, Ankara, 2004, C:13, s.35.

arazide açılması ve kuyunun izinsiz açılması şartları arandığı görülmektedir.

İzinsiz açılan kuyudan dolayı tazmin gerektiğine ilişkin fetva örnekleri vardır:²⁴

“Bir karye ahalisinin meralarından olup memerr-i hayvanat olan mevzide Zeyd’in bila-izni’s-sultan hafrettiği kuyuya ahaliden Amr’ın bir sığır ineği düşüp helak olsa Zeyd’e daman lazım olur mu? el-Cevab: Olur.”

Behcetül Fetava’da bahsi geçen örneğe göre bir kişi kamuya ait bir yola devlet görevlilerinden izin almaksızın bir kuyu açsa ve bu kuyuya birinin katırı kendiliğinden düşse, izin alınmadığı için kuyuyu açanın tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır. Kamuya ait yollarda izin esası, tazmin sorumluluğunun düşmesi açısından şarttır.²⁵ Bu fetvalarda, kuyunun kamuya ait arazide ve izinsiz açılması şartları bulunmaktadır. Zarar gören bir insan olmadığı için diyet sorumluluğunun tazmin sorumluluğuna dönüştüğü görülmektedir.

Kamuya ait bir arazide izin alınarak açılan kuyuya düşen hayvanların değerinin tazmin edilmesi ise kuyuyu açana yüklenmemiştir. Konuya ilişkin bir fetva şu şekildedir:²⁶

“Bir karye kurbunda olup ahalinin suya ihtiyaçları olan mevzide Zeyd izn-i sultani ile bir kuyu hafrettikten sonra Amr’ın bir devesi Zeyd’in sun’unsuz ol kuyuya düşüp helak olsa Amr mücerred “Kuyuyu sen hafretmekle devemi damin ol” deyu Zeyd’e cebre kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.”

Bu fetvadana anlaşıldığına göre, kuyunun kamuya ait bir arazide açılması ve izinsiz açılması şartlarının birlikte bulunması gerekir. Fetva örneğinde, kamuya ait arazide açılan kuyu, izinle açıldığı için sorumluluk doğmamıştır.

²⁴ FETAVAYI FEYZİYE, Şeyhülislam Feyzullah Efendi, haz. Süleyman Kaya, İstanbul, 2009, No:2667, s.454. Benzer bir fetva şöyledir: *“Zeyd tarik-i Ammın üzerine izn-i sultani yokken kuyu hafr ve ihdas ettikde Amr’ın katırı kimesnenin sevkinsiz ol kuyuya düşüp helak olsa Amr ol katırı Zeyd’e tazmine kadir olur mu? el-Cevab: Olur.”* BEHCET’ÜL FETAVA, Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Hazırlayan: KAYA Süleyman ve heyet, İstanbul, 2011, No:3180, s.614.

²⁵ BEHCET’ÜL FETAVA, 595; HALEBİ, C:4, s.310.

²⁶ FETAVAYI FEYZİYE, No:2668, s.454.

Bir kişinin çölde kuyu açması durumunda, bu fiilinden dolayı sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir.²⁷ Bu hükümde, kuyunun açıldığı yerin insanların ve hayvanların geçiş yolları üzerinde olmadığı düşünülebilir. İnsanları çölde kuyu açmak gibi yararlı bir davranıştan alıkoyamama maslahatıyla hareket edilmesi de muhtemeldir.

B. BİNA VEYA YAPI ESERİ ÜZERİNDE HAK SAHİPLİĞİ

Maliklerin yanı sıra, bina veya yapı eserini sınırlı bir ayni hakka bağlı olarak veya kiralama şeklinde kullanan intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de bina ve yapıdan kaynaklanan zararlardan sorumlu olduğu görüşü, Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddesinin ikinci fıkrasında dile getirilmiştir.²⁸

Kuşkusuz bina veya yapı eserinden sınırlı bir ayni hakka bağlı olarak veya kiralama akdiyle yararlanan kişilerin sorumluluğu ile malın malikinin sorumluluğu farklıdır. Kural olarak malikin sorumlu olduğu durumlarda malik bu malı kullanan kişiye, tazminat sorumluluğu bağlamında rücu edebilir.²⁹

Fıkıh kitaplarında yer verilen bir örnek, sorumluluğun paylaştırılması ve rücu bakımından, İslam ve Osmanlı hukukundaki anlayışı yansıtmaktadır. Dört kişinin ortaklaşa kazdığı bir kuyudaki toprak kayması neticesinde kuyuyu kazan kişilerden birisinin toprak altında kalması ve ölmesi durumunda, diyetin dörtte üçlük kısmı diğer üç kişi tarafından ödenir. Ölen kişinin de kuyunun kazılmasında faaliyette bulunması diyetin kendi payı olan dörtte birlik kısmının kendi kusurundan düşülmesi sonucunu doğurmuştur.³⁰

²⁷ Bu kişinin yaptığı fiil kendi mülkünde bu fiili yapması gibi değerlendirilir. Fakat hac yolu üzerinde kuyu açarsa sorumlu olur ve içine düşen kişinin diyetini öder. **SERAHSİ**, C:27, s.22.

²⁸ Bu kişilerin sorumluluğu sadece bakım eksikliğinden dolayı ortaya çıkabilir. Yapım bozukluğundan sorumlu değildir. **ZAPATA**, s.277.

²⁹ **KAHVECİ**, s.6-7.

³⁰ **SERAHSİ**, C:27, s.16; **ŞEN**, s.128.

C. BİNA VEYA YAPI ESERİNİN YAPILIŞINDAKİ BOZUKLUK VEYA BAKIM EKSİKLİĞİ

Pozitif hukukumuzda göre TBK md.69'da yer alan bina veya yapı eserinden kaynaklanan sorumluluğun oluşabilmesi için en başta inşa halindeki bozukluk veya sonradan ortaya çıkan bakım eksikliği³¹ bulunmalıdır.³² Osmanlı hukukundaki örneklere baktığımızda bu iki şartın yine söz konusu olduğu görülmektedir.

1. Yapılıştaki Bozukluk

İslam hukukuna göre bir binanın kamuya açık bir yola veya sokağa yahut bir kimsenin özel mülkiyetine yıkılabilecek bir şekilde eğimli yapılması sebebiyle yıkılması sonucunda veya taşkın olarak inşa edilen oluk, balkon veya kalas ve benzerleri sebebiyle³³ meydana gelen zarardan bina veya yapı eseri maliki sorumludur.³⁴ Bu yapının bozukluğu veya taşkın olması sebebiyle bir kişi ölürse, ölen kişinin mirasçısına diyet ödenmesi gerekir. Diyet, yapı eseri malikinin akilesine ödettilir. Eğer diyet dışında maddi bir zarar varsa; bu durumda yapı sahibi kendi malından tazminat öder.³⁵

Bir yapıdan kiriş veya ağaç benzeri bir şey dışarı doğru çıksa ve bina sahibi bu malı sattıktan sonra bu kiriş veya ağaçtan dolayı bir zarar ortaya çıkarsa tazminat ödeme yükümlülüğü, binayı ilk yapan kişide kabul edilmiştir.³⁶

³¹ ERTEN, s.128.

³² Bu bozukluk veya bakım eksikliği her somut olay bakımından değişebilir. Burada bina veya yapı eserinin kullanım amacına bakılmalıdır. Özel kullanım amaçlı bina ile kamuya tahsis edilecek binaların örneğin bir villa, otel veya okulun inşalarında bulunması gereken asgari sınırlar ve yükümlülükler farklılaşabilmektedir. Her somut olayda bunu değerlendirecek olan merci hâkimdir. BAŞ, s.92-93.

³³ ŞEYH BEDREDDİN, et-Teshil, Şerhu Letaifi'l-İşarat, Editör: APAYDIN Hacı Yunus, Ankara, 2012, s.1417.

³⁴ MAVSİLİ Abdullah b. Mahmud, el-İhtiyar (li Ta'lili'l-Muhtar), Çeviren: KESKİN Mehmet, İstanbul, 2013, C:4, s.289-291; KARAMAN Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 1999, C:2, s.525; KAHVECİ, s.12-13.

³⁵ MERGİNANİ Ebu Bekir, el-Hidâye (Delilleriyle Hanefi Fıkhu), Çeviren: MEYLANİ Ahmed, İstanbul, 2004, C:4, s.317; SERAHSİ, C:27, s.9.

³⁶ HALEBİ, C:4, s.310-311.

Yaptığı bina ile başka binanın sınırlarına taşan³⁷ yapı maliki bu eyleminden sorumlu tutulmuştur.³⁸ Balkon veya sundurma ile komşu taşınmazın sınırlarının ihlal edilmesi durumu veya başkasının mülküne avlanmak için tuzak kurmak örneklerinde bu şekilde bir sorumluluk söz konusudur.³⁹

2. Bakım Eksikliği

Bina veya yapı eserine ilişkin bakım eksikliği, malikin sorumluluğunu doğuran şartlar arasındadır. İnşa edilen taşınmaz ilk olarak kuralara uygun, sağlam ve sınırlar dâhilinde yapılmış olmasına rağmen, sonradan yıkılma veya çökme benzeri bir sebeple komşu taşınmaza bir zarar verilmesi veya sınırın aşılması durumu söz konusu olursa,⁴⁰ malikin zarardan sorumlu olup olmayacağı hususunda mezhepler arasında farklı görüşler bulunmaktadır.⁴¹

³⁷ Taşkın yapı bir taşınmazda inşa edilen yapının sınırlarını aşarak komşu taşınmazın sınırları içine giren yapı şeklinde tanımlanabilir. **AKİPEK Jale/AKINTÜRK, Turgut**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s.539.

³⁸ Konu ile alakalı şer'îye sicili örnekleri için bkz. **Eyüb 61 Numaralı Kadı Sicili**, cilt:27, sayfa:199, hüküm no: 212, orijinal metin no: [42a-2], www.kadisicilleri.org s.e.t. 09.02.2020 (Bitişindeki bostanın mutasarrıfı Çavuşzâde Mehmed Efendi'nin avlu duvarı yıkılıp Ahmed Ağa'nın mülk bahçesine girdiği ve durumun keşfi), **Üsküdar 01 Numaralı Kadı Sicili**, cilt:1, sayfa:348, hüküm no: 623, orijinal metin no: [97b-4], www.kadisicilleri.org s.e.t. 09.02.2020. **Galata 90 Numaralı Kadı Sicili**, cilt: 40, sayfa: 395, Hüküm no: 527, Orijinal metin no: [79a-3], www.kadisicilleri.org s.e.t. 09.02.2020. (Elhâc Sinan b. Gerson'un Çengelköy'de Fazlullah imâreti vakfından kiraladığı yere Mihâl b. Dimitri'nin müdahalesinin men'ine ve yaptırdığı duvarın yıkılmasına dair)

³⁹ **KAHVECİ**, s.13. Kimsenin bir başkasına veya kamuya ait bir ortamı ki bu ortam hava boşluğu da olabilir, izinsiz kullanma ve kendi binası ile bu ortamı tehlikeye atma hakkı bulunmaz. Bu durum avlanmak üzere tuzak kurmak gibidir. **KARAMAN**, C:2, s.525.

⁴⁰ Pozitif hukukumuzda göre bakım eksikliği mücbir sebep veya üçüncü kişinin fiili sonucunda ortaya çıkmış olabilir. Örnek vermek gerekirse görünüşte sağlam görünen bir duvarın bakımı yapılmamış olsa ve yıldırım çarpması sonucunda bu duvar yıkılsa ve bir zarar ortaya çıkarsa malikin sorumluluğu doğacaktır. Burada görünüşte mücbir bir sebep sonucunda ortaya çıkan bir zarar gibi görünse de eğer gerekli bakımları yapılsaydı bu afete rağmen zarar ortaya çıkmayacak olsaydı ve yıldırımın düşmesi bu zararın sadece yakın bir tarihe alınması sonucunu doğurmuşsa bakım eksikliği ve sorumluluğa kanaat getirilebilir. **ERTEN**, s.143; **BAŞ**, s.101.

⁴¹ **ZUHAYLİ**, C:8, s.148.

Mecelle'nin külli kaideleri içerisinde yer alan iki madde, sorumluluk hukuku ile ilişkilidir. Mecelle'nin 92. maddesinde "Mübaşir müteammid olmasa da zamin olur.", 93. maddesinde "Mütesebbib müteammid olmadıkça zamin olmaz." hükümleri yer almıştır.⁴² Mecelle'nin 887. ve 888. maddeleri de doğrudan ve dolaylı itlaf hükümlerini düzenlemiştir. Bina veya yapı eserinin meydana getirdiği zararlarda, malik müte-sebbib fail konumundadır. Yani malikin kusurlu olması gereklidir.⁴³

Bakım eksikliğinden doğan sorumluluk bahislerinde, Hanefi görüşüne göre malikin uyarılması, sorumluluk şartı olarak ifade edilmektedir. Birden fazla malik olması durumlarında, kendisine uyarı yapılan malik veya maliklerin sorumlu olacağı bilgisi kaynaklarda yer almıştır.⁴⁴ Bu bilgi bir bina ve yapı eseri üzerinde malik olan herkesin sorumluluğu olduğunu göstermektedir.

Hanefilere göre bina en başta sağlam yapıldığı ve ilgili sınırlara riayet edildiği için yapı malikinin sorumlu olabilmesi, kendisine önceden uyarı yapılması durumunda mümkündür. "*Zeyd'in mülk divarı tarık-ı amme mail olub inhidama müteveccih olmağla komşuları Zeyd'e 'divarını nakzeyle' deyu tekaddüm ve işhad itdiklerinde Zeyd, nakzı mümkün olacak müddet mürur itdikden sonra divar oradan geçenlerden Bekir ve Beşir'in üzerlerine yıkulub Bekir ve Beşir helak olsalar mezburların diyetleri Zeyd'e lazime olur mu? El-Cevab: Olur.*"⁴⁵

Malik uyarıya rağmen düzeltme için bir faaliyette bulunmaz ve taşınmaz da yıkılıp bir zarar verirse yapı malikinin sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla uyarı ve ikaz yapılmaksızın bina yıkılırsa, yapı

⁴² Mübaşir ve müte-sebbib kavramları için bkz. **MEHMED ZİYAEDDİN Türkzade Hafız**, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Haz. GEDİKLİ, Fethi/ONAT, İbrahim Enes, İstanbul, 2017, s.173, 191; **AYDIN**, s.390; **AVCI Mustafa**, Türk Hukuk Tarihi, 8. baskı, Konya, 2019, s.523.

⁴³ Aydın, kasıt dışında ihmal ve tedbirsizliğin de kusur kavramının kapsamında olduğunu vurgulamıştır. **AYDIN**, s.392.

⁴⁴ **HALEBİ**, C:4, s.317; **SERAHSİ**, C:27, s.10; **KARAMAN**, C:2, s.526.

⁴⁵ **FETAVAYI ALİ EFENDİ**, Çatalcalı Ali Efendi, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Hazırlayan: **DEMİRTAŞ H. Necati**, İstanbul, 2014, s.472-473.

malikinin bir sorumluluğu ortaya çıkmaz.⁴⁶ *“Zeyd’in mülkü olan evin duvarı, kimsenin bir şey yapması olmadan komşusu Amr’ın üzerine yıkılıp Amr’ın küçük kızını ezip helak etse, Zeyd’e şer’an ne lazım olur? El-Cevab: Duvar meyilli olup tenbih ve varib söylemek olmadıysa bir şey lazım olmaz”*⁴⁷

Bina veya yapı eseri malikini uyarma ve ikaz hakkına, eğer yapı komşu yapıya doğru eğilmişse o yapının sahibi,⁴⁸ özel bir yola eğilmişse bu yoldan geçiş hakkına sahip olanlar, kamuya ait bir yola veya araziye eğilmişse herkes sahiptir.⁴⁹

Klasik Hanefi görüşü, Mecelle’nin 928. maddesinde düzenlenmiştir: *“Birinin duvarı yıkılıp da diğere bir zarar iras etse(sebep olsa) daman lazım gelmez. Fakat evvelce ol duvar mail-i inhidam (yıkılmak üzere) olup da ana diğere bir kimse duvarını hedm et(yık) diye takaddüm ve tenbih edip(önceden haber verse) de duvarı hedm edecek kadar vakit geçmiş ise ol halde daman lazım gelir.*

Şu kadar ki, ol kimse hakk-ı takaddüm ve tenbih ahabından olmak şarttır.

Şöyle ki ol duvar eğer komşunun hanesi üzerine yıkılmış ise tekaddüm eden kimse ol hanenin sükkanından(ikamet edenlerden) olmalıdır. Hariçten birinin tekaddüm ve tenbihi müfid olmaz. Ve eğer tarik-i hass üzre yıkılmış ise tekaddüm eden kimse ol tarikda hakk-ı müruru (geçiş hakkı) olan kesandan

⁴⁶ SERAHSİ, C:27, s.11; MAVSİLİ, C:4, s.292; ZUHAYLİ, C:8, s.148; ŞEN, s.126. Mecelle md.528’de önceden yapılacak olan bu ikaz “tekaddüm” kelimesi ile belirtilmiştir. KARAMAN, C:2, s.526. Âlimler bu uyarının ihtiyat için şahitler huzurunda yapılması gerektiği görüşündedir. MERGİNANİ, C:4, s.317; SERAHSİ, C:27, s.9.

⁴⁷ FETAVAYI ABDÜRRAHİM, Menteşzade Abdürrahim, İstanbul, 1243, C:1, s.359; HALEBİ, C:4, s.316.

⁴⁸ *“Zeyd’in menzilinin divarı carı Amr’ın ehl ve a’yalinin mürur idecekleri mahalle mail olup telef-i nefis ihtimali galib olmağla Amr, Zeyd’e “divarını nakzıyla veya ıslah eyle” dimeğe kadir olur mu? El-Cevab: Olur.”* FETAVAYI ALİ EFENDİ, Cild-i Sani, s.473.

⁴⁹ Bir kimse ana yola tuvalet, oluk veya saçak çıkarırsa ve haksız bir inşaat yaparsa herhangi biri kamunun hakkına giren bu yapıyı ortadan kaldırabilir. Bunun sebebi herkesin o yoldan geçme hakkı olduğu içindir. MERGİNANİ, C:4, s.310; FETAVAYI HİNDİYYE, C:13, s.25; HALEBİ, C:4, s.316; BİLMEN Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu, İstanbul, 1974, C:7, s.387-388; KAHVECİ, s.14.

olmak lazımdır. Ve eğer tariki'am üzerine yıkılmış ise her kim olursa olsun tekaddüme hakkı vardır."

Mecelle md.889'da da "Tekaddüm yani öncelik, beklenen zararın önlenmesi ve giderilmesi için önceden uyararak ve tavsiyede bulunmaktır" denilerek 928. maddede geçen tekaddümün önceden haber vermek olduğu belirtilmiştir.⁵⁰ Eğer yıkılma tehlikesi olan bina ortak ise ve ortaklardan sadece birisine uyarı yapılması durumunda bina yıkılır ve bir zarar ortaya çıkarsa, kendisine uyarı yapılan ortak, Ebu Hanife'ye göre hissesi oranında sorumlu olur.⁵¹

"Zeyd ve Amr ve Bekir ve Beşir bir menzile ale'l-iştirak malikler iken menzil-i mezburun alt tarafında olan Halid'in menziline mail ve inhidama müteveccih olmakla Halid yalnız Zeyd'e "Duvarı nakzeyle, yıkılırsa duvarımı dahi nakzeder" deyu tekaddüm ve işhad ettikten sonra duvar Halid'in menziline yıksa Zeyd Halid'in menziline noksanından ruh' hissesini verirken Halid razı olmayıp "Maada noksanını damin ol" deyu cebre kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz."⁵²

Şafilere göre ise Hanefilerden farklı olarak, yapı malikine önceden bir uyarı ve ikaz yapılmasına bakılmaz. Uyarı yapılmış olsa bile yapı maliki sonradan ortaya çıkan bir sebeple oluşan zararı tazmin etmek zorunda değildir;⁵³ çünkü malik en başta taşınmazı yaparken ilgili kurallara riayet etmiş; yapıyı sağlam ve sınırlara uygun bir şekilde inşa etmiştir.⁵⁴

Hanbelilere göre ise yapı malikine önceden bir uyarı yapılmış olsa da olmasa da, malikin sonradan ortaya çıkan bir sebeple taşınmazın verdiği zarardan dolayı sorumluluğu bulunmaktadır.⁵⁵ Modern İslam

⁵⁰ Duvarı yıkmaya yetkili olan kişi malik olduğu için bu uyarı ve ikazın kiracı vb. kişilere değil bizzat malike yapılması gerekir. **FETAVAYI HİNDİYYE**, C:13, s.23; **KARAMAN**, C:2, s.526. Kiracının yapıyı düzenlemesi ve değiştirme imkânı ve yetkisi bulunmadığı için bu ikaz malike yapılmalıdır. **SERAHSİ**, C:27, s.10.

⁵¹ **KARAMAN**, C:2, s.526; **SERAHSİ**, C:27, s.10; **HALEBİ**, C:4, s.317.

⁵² **BEHCET'ÜL FETAVA**, No:3185, s.615.

⁵³ **ZUHAYLİ**, C:8, s.149; **KARAMAN**, C:2, s.526.

⁵⁴ **KAHVECİ**, s.15.

⁵⁵ Bu durumda duvarı eğik halde bırakıp bakımını eksik yaptığı için sanki baştan eksik yapmış gibidir. **KARAMAN**, C:2, s.526.

hukukçuları, çoğunlukla bu görüşlerden Hanbeli görüşünün zararın giderilmesi esasına dayandığı için daha uygun olduğu kanaatindedirler.⁵⁶ Hanbeli görüşü, aynı zamanda pozitif hukukumuzdaki kusursuz sorumluluk görüşüne daha yakındır.

3. Taşınır Eşyalardan Doğan Sorumluluk

Bir kimse kendisine ait yapının üzerine bir taş, saksı, testi vb. bir eşya koyarsa ve rüzgâr gibi bir sebep dolayısıyla bu eşya düşüp birine zarar verirse tazmin sorumluluğundan söz edilemez; ancak bu eşya yapının kenarına veya düşme ihtimali açık olan komşu yapıya yahut kamuya ait bir yola doğru koyulmuşsa bu halde sorumluluk bulunmaktadır.⁵⁷

Yıkılan bir duvarın üstünde bulunan ve duvarın yıkılması sonucu düşen duvar sahibine ait bir testi birinin ölümüne yol açarsa duvar sahibi ölenin diyetini ödemekle yükümlüdür.⁵⁸ Eğer testi duvar sahibinin değilse duvar sahibinin sorumluluğu yoktur.⁵⁹ İki kişi yol üzerine birer testi koysalar ve testiler de yuvarlanıp çarpışsa ve ikisi de kırılrsa bu halde Ebu Yusuf'a göre her iki testinin sahibi de karşı tarafın testisini tazmin eder. Testinin biri yuvarlanıp duran başka bir testiye çarparsa ve onu kırarsa yuvarlanan testinin sahibi karşı tarafın zararını ödemekle yükümlü olur.⁶⁰ Klasik fıkıh kitaplarında testi olarak verilen bu örneği başka eşyalara kıyaslamak mümkündür.

Taş, saksı, testi gibi yapı üzerine konulan eşyalardan doğan sorumluluğu, bakım eksikliği şartına benzetmek mümkündür. Ancak eşyaların kendilerinin, günümüz hukuk kıstasları ile bir bina veya yapı eseri sayılmaları mümkün değildir.

⁵⁶ ŞEN, s.127.

⁵⁷ FETAVAYI HİNDİYYE, C:13, s.28-29; KARAMAN, C:2, s.527. Bir kimsenin bir yere koyduğu taşı bir başka kişi bir yere kaydırırsa ve bu sebeple bir zarar ortaya çıkarsa sorumlu olan taşı ilk koyan değil kaydıran kişidir. MERGİNANİ, C:4, s.313; SERAHSİ, C:27, s.7.

⁵⁸ FETAVAYI HİNDİYYE, C:13, s.29.

⁵⁹ Testiyi kaldırmak sahibinin görevidir. MERGİNANİ, C:4, s.319.

⁶⁰ KARAMAN, C:2, s.527.

Kazan ile katran kaynatılması sırasında yolda bulunan kazana, görme engelli birinin takılıp kolunu işlevsiz hale getiren bir şekilde yaralanması halinde kazanı koyan kişinin yarım diyet ödemesine hükmedilmiştir: *“Kalafatçı olan Zeyd, kazğan ile katran kaynadub kazğanı izn-i sultani yoğiken tarık-ı amda vaz’ ittikden sonra a’ma olan Amr, tarikdan müür iderken kazğandan sürçüp kazğanın içine düşmekle bir kolu muhterik olub ba’de’l-bür’ Amr’ın kolu bi’l-küllüye amel-i manda olsa Zeyd’e ne lazım olur? El-Cevab: Nısf diyet.”*⁶¹

D. ZARARIN ORTAYA ÇIKMASI

Bina veya yapı eseri malikinin sorumlu tutulabilmesi için zarar ortaya çıkmalıdır. Zarar yoksa sorumluluk da yoktur. Bina veya yapı eserine malik olan kişi bu maldan kullanma, yararlanma ve bulundurma ölçütünde faydalanabilir. Bu ölçütlerde malikin uymak zorunda olduğu bazı sınırlar bulunmaktadır. Bu sınırları aşan malik, bir zarara sebebiyet verirse, verdiği zarardan sorumlu olur.⁶²

Kendisine ait bir arazi üzerine inşaat yapan malik, yaptığı taşınmazın komşu arazi sahibine yönelik bir zarar vermesi durumunda, örneğin komşu taşınmazın duvarının çatlamasına, yıkılmasına sebep olursa, verdiği zarardan dolayı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶³ Aynı şekilde arazisine kuyu yapan malik, bu kuyuyu komşu kuyunun suyunu kesmek amacıyla yaparsa veya diğer kuyunun suyunu kirletmek için lağım çukuru kazarsa bu durum, mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır.⁶⁴ Bunun dışında kişi kendi mülkünde kuyu

⁶¹ FETAVAYI ALİ EFENDİ, Cild-i Sani, s.472; HALEBİ, C:4, s.310.

⁶² FETAVAYI HİNDİYYE, C:13, s.32-33.

⁶³ KAHVECİ, s.8.

⁶⁴ Mecelle, md.1287; KÖSE Saffet, İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul, 1997, s.155-156. Hanefilere göre böyle bir örnekte sonradan açılan kuyunun önceki kuyunun suyunu etkileyebilecek mücavir alanı (harim) içinde bulunmasının sorumluluğun doğabilmesi için şart olduğu görüşündedirler. Mecelle, md.1287-1288.

kazmak isterse ve komşu mülkün sahibi “açacağıın bu kuyu benim kuyumun suyunu çeker” diyerek kuyunun açılmasını engelleyemez.⁶⁵

E. İLLİYET BAĞI

Türk hukukunda ortaya çıkan zarar ile yapılaşta bozukluk veya bakım eksikliği arasında bir bağın bulunması tazmin sorumluluğu açısından esastır. İlliyet bağının ispatı ile yükümlü olan taraf zarar görendir.⁶⁶ Malik inşa aşamasında bizzat ilgilenme imkânı olmadığını, inşaatı uzman kişilere bırakıp, bakımı da bu kişilere yaptırdığını öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz.⁶⁷

Zarar ile illiyet bağını kesen sebepler mücbir sebep, zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusurudur. Bu sebeplerden birinin bulunması halinde yapı malikinin sorumluluğundan ve dolayısıyla tazminat söz edilemez.⁶⁸

Merginani, illiyet bağının sorumluluk için gerekli olduğunu verdiği örnekle ortaya koymuştur. Buna göre yıkılan bir duvar sonucunda bir kişi ölürse ve başka biri de bu ölüye takılıp ölürse ikinci ölüden dolayı duvar sahibinin sorumluluğu yoktur. Ölüyü kaldırmak ölünün mirasçılarının görevidir.⁶⁹ İkinci kişi doğrudan duvarın yıkılmasından dolayı ölmemiş; ölen kişiye takılıp ölmüştür. Ölümü ile duvarın yıkılması arasında illiyet bağı ortadan kalkmıştır. Bu sebeple duvar sahibinin sorumluluğu ortaya çıkmamıştır.

Bir kimsenin yola kazdığı kuyuya düşen bir kişi, açlık veya üzüntü sebebiyle bu kuyunun içinde ölürse Ebu Hanife’ye göre açlık ve üzüntü kuyudan değil; insanın kendisinden kaynaklandığı için kuyuyu kazan sorumlu olmaz. Ebu Yusuf’a göre ise açlıktan ölme durumunda sorumlu

⁶⁵ “Zeyd mülk menziline su kuyusu hafretmek murad ettikte carı Amr ”Hafredeceğin kuyu kuyumun suyunu cezbeder” deyu Zeyd’i men’a kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz” **FETA-VAYI FEYZİYE**, No:2469, s.422.

⁶⁶ Bu ispat yükümlüğü açısından hâkimin esnek olması gerektiği görüşü hukukumuzda kabul edilmektedir. **BAŞ**, s.108.

⁶⁷ Bu sorumluluk açısından illiyet bağının kesilmesi olasılığı dar anlamda yorumlanmaktadır. **BAŞ**, s.110-111; **ERTEN**, s.230.

⁶⁸ **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s.252; **KOÇ**, s.79, **OĞUZMAN-ÖZ**, s.620; **KAHVECİ**, s.96.

⁶⁹ **MERGINANİ**, C:4, s.319.

olmaz; fakat üzüntüden ölme durumunda sorumlu olur. Çünkü düşenin üzüntüsünün sebebi, kuyuya düşmesidir. İmam Muhammed'e göre ise her iki durumda da kuyuyu kazan sorumlu olur. Çünkü aklıktan ölmesinin de, üzüntüsünün sebebi de kuyudan kaynaklanmaktadır.⁷⁰

Türk hukukunda mücbir sebep açısından somut olaya göre farklı yorumlar yapıldığı görülmektedir. Mücbir sebep olarak kabul edilen fırtınanın çatıyı uçurması örneğinde, eğer olay fırtınanın çok yaşandığı bir bölgede yaşanmışsa mücbir sebep olmayabilir.⁷¹ Aynı şekilde deprem afeti mücbir sebep olarak kabul edilirken, depremin sıklıkla yaşandığı bir bölgede veya düşük şiddette yaşanması durumunda mücbir sebep olmaktan çıkabilir.⁷²

İlliyet bağı kesen sebeplerden bir diğeri olan zarar görenin kusuru ise bina veya yapı eserindeki eksiklik veya bozukluğu bilmesine rağmen önlemeyen veya önlenmesi için bir teşebbüste bulunmayan ve kullanmaya devam eden kişi örneğinde söz konusu olabilir.⁷³ Burada temel alınan nokta zarar görenin zararı görecektir ve önleyebilecek durumda olmasına rağmen bunu yapmamasıdır. Zarar görenin kusurunun illiyet bağı kesmesi, İslam hukukunda da söz konusudur. Serahsi, daha önceden açılmış olan bir kuyuya bir kimse kasıtlı olarak düşmesi durumunda, kuyuyu açanın bir sorumluluğu olmayacağını belirtmiştir.⁷⁴

Günümüzde illiyet bağı koparan bir diğer husus, üçüncü kişinin ağır kusurudur. Davacı ve davalı dışındaki bir kişinin, ağır kusuru ile bina veya yapı eseri sahibi veya kullanıcısının sorumluluk alanını aşması, illiyet bağı koparmaktadır. Kiracı, binanın bakımı ile sorumlu olan kişi ve malikin yanında çalıştırdığı kişiler, üçüncü kişi olarak kabul edilmemektedir. Zarar görenin yardımcılarının üçüncü kişi olabilmesi

⁷⁰ **MERGİNANİ**, C:4, s.314; **SERAHSİ**, C:27, s.15.

⁷¹ **Yargıtay 4.HD** 11.10.1977, E.9821/K.9394.

⁷² **TÜZEMEN Ekrem**, "Borçlar Kanunu'nun 58. Maddesi Üzerine Bir İnceleme" *Adalet Dergisi*, S: 1, 1945, s.25; **BAŞ**, s.111. Teknik vasıtalar aracılığıyla önlenemeyen tehlikeler (paratoner vb.) mücbir sebep sayılmaz. **ERTEN**, s.231.

⁷³ **ERTEN**, s.235. Arabası ile duvara çarpıp bu duvarın yıkılması sonucu zarara uğrayan kişinin durumunda olduğu gibi. **BAŞ**, s.113.

⁷⁴ **SERAHSİ**, C:27, 16.

ise mümkündür.⁷⁵ Üçüncü kişilerin kusuru, belirli bir noktaya gelmedikçe illiyet bağı koparmaya yetmez. Burada her somut olay bakımından değerlendirme yapılarak, üçüncü kişinin kusurunun bina veya yapı eseri sahibinin sorumluluğunun önüne geçtiği durumlarda illiyet bağı kesildiği kabul edilecektir.

İslam hukukuna göre bir kimse işçi tutarak bir bina yaptırırsa inşaat bittikten sonra bu binadan kaynaklanan zararlardan işçiler değil, binayı yaptıran sorumlu olur.⁷⁶ Eğer inşa edilen yapı henüz daha bitmeden bir zarar meydana gelirse, yaptıran değil, işçiler sorumlu olur; çünkü işçilerin hatası veya ihmali sebebiyle bu kaza ve zarar meydana gelmiştir.⁷⁷

III. SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğu, zarar öncesinde malikin bazı tasarruflarının kısıtlanması, zarar sonrasında ise zararın tazmin edilmesi şeklinde sonuçlar doğurmaktadır.

A. MALİKİN TASARRUFLARININ KISITLANMASI

Bina veya yapı eseri malikinin bir mal üzerindeki tasarrufları, başkalarına zarar vermeme koşuluna bağlı olarak sınırlandırılabilir. Hangi tasarrufların sınırlandırılıp hangilerinin sınırlandırılmayacağına farklı ölçütler ileri sürülmektedir. Bu ölçütler tasarruf ile elde edilecek yarar ile başkalarına verilecek zarar arasında bir karşılaştırma yapılması veya başkalarının uğrayacağı zararın boyutu şeklinde olabilir.

Mecelle md.30'a göre "*Defi mefasid celb-i menafi'den evladır.*" Yani kötülüklerin engellenmesi, yarar sağlamaktan önce gelir. "Zararın giderilmesi yararın sağlanmasından önce gelir" manasında da algılayabileceğimiz bu hükme göre bir hakkın kullanılması, hak sahibine bir yarar

⁷⁵ ERTEN, s.235; BAŞ, s.117.

⁷⁶ MERGİNANİ, C:4, s.314; SERAHSİ, C:27, s.15.

⁷⁷ SERAHSİ, C:27, s.8; HALEBİ, C:4, s.312; ŞEYH BEDREDDİN, C:2, s.1419. Eğer sonradan oluşan bakım eksikliği sebebiyle yıkılacak duruma gelmiş olan bir bina için, malik işçiler tutup zarara yol açmaması için binayı yıktırmaya başlarsa ve işçilerin binayı yıkarken birinin ölümüne sebebiyet vermeleri durumunda ölen kişinin diyetini bina sahibi değil işçiler öder. MAVSİLİ, C:4, s.292; FETAVAYI HİNDİYE, C:13, s.32.

sağlarken başka birine ise zarar veriyorsa, zararın ortaya çıkmaması, yararın sağlanmasına öncelenir ve hak sahibinin tasarruf yetkisi sınırlandırılır.⁷⁸

Bina veya yapı eseri malikinin, tasarruflarının kısıtlanmasına yönelik örnekler, Osmanlı uygulamasında yer almıştır. Konuya ilişkin bir mahkeme kaydı şöyledir:

“Mahrûse-i Üsküdar’da Evliyâ Hoca mahallesi sâkinelerinden olup ebnâ-i sipâhiyândan olan Mahmud Bey b. Hüseyin meclis-i şer’de 228âmîle-i kelâm ve bast-ı merâm kılıp Ümmî Hâtun bt. Şucâ’ benim bennâ zirâ’ıyla on dokuz zirâ’ tûlü ve bir buçuk zirâ’ arzı olan 228âmilen Ahmed’den bir mikdâr yerim alıp ve yine onun üstünde iki pencereyi öyle havâle olup ve yine merdiven başında sekiz arşın mikdârı bir havâlesi olup ve tahta duvarın dibine toprak döküp ve bahçemde olan kuyuya yukarı evinin havâlesi vardır kibel-i şer’den üzerine varılıp ahâlî-i vukûfdan suâl olunmasın ricâ eylerim dedikde zikr olunan mahalle Mevlânâ Mehmed ile hâssa mi’mârlardan Ali Bey ve Usta Yorgi irsâl olunup vardıklarında keşf olunup müdde’î-i mezbûr da’vet edip mezbûre Ümmî Hâtun havâlesi benim damlalığımdan bir direk üzerine mertek ve tahta duvarımın dibine toprak döküp ve bahçeye yukarı evinin havâlesi olup men’ olunmasın taleb ederim deyicek mezbûre Ümmî Hâtun’dan suâl olundukda ben bilmem eğer şer’an zararım var ise men’ edeyim deyicek zikr olunan dokuz zirâ’ tûlü olan 228âmilen li küll zararı on sekiz parmak enli bir arşın boy-lu duvar yukarıya değin dolma duvar ola bununla def’ olunur ve tahtanın dibine ya hendek kazmayla veyâhud taş duvarıyla ve havâle tahta ile men’ olunması lâzımdır deyu mezbûrân ustalar haber verdiğini mevlânâ-yı müşârunileyh haber vermeğin zikr olunan zararların men’ine tenbîh olunup ve mâ hüve’l-vâki’

⁷⁸ Konu ile alakalı bir fetva örneğinde, bir kişinin inşa ettiği evde açtığı pencere, komşu evin hanımlara mahsus bölümüne bakıyorsa ve bunun üzerine pencereyi tahta perde ile ören ev sahibini komşu ev sahibi “bu tahta perdeler yetmez, taş duvar ör” diye zorlama hakkına sahip değildir. “Zeyd’in mülk menzilinde ihdas ettiği fevkanı odasının pencerelerinden Amr’ın makarr-i nisvan olan mevazı görünüp havalesi olmakla Zeyd pencerelerinin önüne tahta perde çekip havalesini def eylese Amr razı olmayıp “Pencerelerini taş duvar eyle” deyu cebre kadir olur mu? el-Cevab: Olmaz.” **FETAVAYI FEYZİYE**, No:2481, s.426. Benzer bir kadı sicili örneğinde ise komşu evin duvarının avlusunu görmesini engelleyecek şekilde yeniden yapılması isteği komşu tarafından haklı bulunmuştur. **Üsküdar 84 Numaralı Kadı Sicili**, cilt: 10, sayfa: 263 Hüküm no: 404 Orijinal metin no: [38a-6], www.kadisicilleri.org s.e.t. 09.02.2020.

tahrîr olundu. Tahrîren fî evâsıtı Şa'bâni'l-mu'azzam sene elf. Şuhûdü'l-hâl: Hüseyin Ağa b. Abdullah, Hamza Bey b. Abdullah el-cündî, el-Hâc İbrahim b. Keyvan, Muharrem b. Hasan, Ali b. Davud, Hızır Hoca b. İbrahim"⁷⁹

Bu durum bina veya yapı malikinin, kusura dayanmayan objektif sorumluluğu; yani kusursuz sorumluluğu kapsamındadır. Bina veya yapı maliki bu hakkın ve taşınmazın sınırlarını aşarak bir tasarrufta bulunduğu takdirde, kusur sorumluluğu söz konusu olacaktır.

B. TAZMİN SORUMLULUĞU

Hz. Peygamberin "Zarar yoktur. Zarara zararlarla karşılık verme de yoktur"⁸⁰ ve "Zarar izale olunur" hadisleri İslam hukukunda zararın tazmini açısından başvuru hukuki dayanaklardandır.⁸¹ Buradaki zarardan kasıt, doğrudan zararlar yanında, dolaylı zararı da kapsamaktadır. Günümüz hukukuna benzer bir anlayış olduğu görülmektedir.

Günümüzde kaçırılmış kazanç, alınamamış kira bedeli de dolaylı zarar kapsamında tazmin edilmelidir.⁸² Örneğin ısı yalıtımı için akciğere zararlı bir madde kullanılmış olan bir evde uzun süre ikamet eden kişi, bu kullanım sebebiyle rahatsızlık geçirirse malikin sorumluluğu doğabilecektir.⁸³ Bahsedilen şartlar oluştuğu takdirde zararı ortaya çıkan kişi zararın tazmin edilmesini isteyebilir.⁸⁴ Zarar görenin kusuru bulunmasına rağmen bu kusur illiyet bağıni kesebilecek seviyede değilse kusur oranında tazminattan indirim yapılır.⁸⁵

Osmanlı uygulamasında yer alan örneklerde, kuyulardan insanların zarar görmesi durumunda diyet, hayvanların zarar görmesi durumunda ise tazminat hükmü verildiği görülmektedir. Diyet de tazminata

⁷⁹ **Üsküdar 84 Numaralı Kadı Sicili**, cilt: 10, sayfa: 309, Hüküm no: 506, Orijinal metin no: [48b-3], www.kadisicilleri.org s.e.t. 09.02.2020.

⁸⁰ **ZUHAYLİ**, C:8, s.148.

⁸¹ **KAHVECİ**, s.12.

⁸² **ERTEN**, s.215, **OĞUZMAN/ÖZ**, s.589. Manevi tazminat talep edilebilir. **BAŞ**, s.106.

⁸³ **BAŞ**, s.107.

⁸⁴ **KOÇ**, s.82; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.622.

⁸⁵ **BELGESAY Mustafa Reşit**, Türkiye Temyiz Mahkemesi ve İsviçre Federal mahkemesi Kararlarının Analizi, **İÜHFİM**, C: VI, S:4, 1940, s.858; **KOÇ**, s.84.

benzer bir kurum olduğundan, zararın sonucunun Osmanlı uygulamasında da tazminat olduğu söylenebilir.

Tazmin yükümlüğü bulunan kişiler, kanunda malik ile intifa ve oturma hakkı sahipleri olarak belirlenmiştir. Sorumluluk konusu bozukluk veya bakım eksikliği önceki malikten kaynaklansa bile, zararın meydana geldiği tarihteki malik sorumlu olacaktır.⁸⁶ İntifa ve oturma hakkı sahiplerinin sorumluluğu ise sadece bakım eksikliğinden dolayıdır. Binanın ilk inşasındaki bozukluktan dolayı bu kişileri sorumlu tutmak, sorumluluğun aşırı genişletilmesi sonucunu doğuracağından kabul edilmemiştir.⁸⁷

İslam hukukuna göre yapı maliki, sahibi olduğu taşınmazda ot, anız, çalı-çırpı yakma gibi bir faaliyette bulunacaksa rüzgârın durumu gibi faktörleri dikkate almalı ve olası bir dikkatsizlik veya doğal sebeple komşu arsadaki ekin, bağ veya bahçeye zarar verme ihtimalini düşünmeli ve ona göre önlemler almalıdır.⁸⁸ Aksi halde ortaya çıkacak olası bir

⁸⁶ SERAHSİ, C:27, s.9; FETAVAYI HİNDİYYE, C:13, s.27; ERTEN, s.158, ATAAY Aytekin, Borçlar Hukuku Genel Teorisi, İstanbul, 1995, s.342. Malik bakım yükümlüsü olarak birisini tutsa veya görevlendirse (kapıcı, bekçi vb.) bile bu durum malikin sorumluluğunu etkilemez. BAŞ, s.122. İslam hukuku burada yapıdaki bozukluk ile sonradan ortaya çıkan bozukluk açısından değişen bir sorumluluk öngörmüştür. Sonradan ortaya çıkan bozuklukta sorumlu olan malik zarar tarihindeki malik iken; en başta bulunan bozuklukta ise sorumlu olan ilk yapıda bozukluğu ortaya çıkaran maliktir. Sonradan ortaya çıkan bozuklukta malik yapıyı sattıktan sonra sorumluluktan kurtulur; çünkü maliki olmadığı yapıyı düzeltme imkânı bulunmamaktadır. SERAHSİ, C:27, s.10. Bir kimse kamuya açık bir yola taşan bir sundurma yapsa ve daha sonra evi satarsa ve bu sundurma sebebiyle bir kişi ölürse ölen kişinin diyetini ödemekle yükümlü olan malik zararın gerçekleştiği andaki değil; ilk olarak taşkın bir şekilde sundurmayı yapandır. Çünkü bu sundurmayı yapması kişinin ölümüne sebebiyet vermiştir. SERAHSİ, C:27, s.7; BİLMEN, C:7, s.388.

⁸⁷ İntifa hakkı taşınır veya taşınmazlar üzerinde söz konusu olabilirken; oturma hakkı ise sadece taşınmaz veya sürekli hak olarak kaydedilmiş bir üst hakkı üzerinde söz konusudur. BAŞ, s.126.

⁸⁸ Eğer bir kişi yola bir ateş közü bırakır ve bu köz bir malın yanmasına sebep olursa közü bırakan sorumlu olur; fakat rüzgâr bu közü başka bir yere taşıyıp taşınan yerde bir zarara sebebiyet verirse közü ilk koyan sorumlu olmaz. Bunun sebebi rüzgâr dolayısıyla kişinin ilk fiili hükümsüz kalmış olur. Bazı âlimler ise hava rüzgârlı ise ve rüzgârın bu közü başka yere taşıyabileceği öngörülüyorsa sorumlu olur görülmüştür. MERGİNANİ, C:4, s.311; SERAHSİ, C:27, s.8; FETAVAYI HİNDİYYE, C:13, s.39; ŞEYH BEDREDDİN, C:2, s.1418, BİLMEN, C:7, s.387.

zarardan sorumlu olmalıdır. Aynı durum yapıdaki atık suyun tahliyesi durumunda da geçerlidir. Gerekli önlemleri almayan yapı malikinin sorumluluğu, dolaylı sorumluluk kapsamında kabul edilir ve zarar tazmin ettirilir.⁸⁹ Kendi arazisini sulama hakkı bulunan taşınmaz sahibi sulama yaparken, fazla suyun akıp komşu taşınmaza zarar vermesi durumunda Hanefilere göre istihşanen sorumlu olur ve ortaya çıkan zarar tazmin ettirilir.⁹⁰

SONUÇ

Sorumluluk hukuku içerisinde kusursuz sorumluluk halleri, geçmişe göre daha geniş bir yere sahip olmuş; hukuk sistemleri, daha fazla sayıda hali, kusursuz sorumluluk hali olarak kabul etmeye başlamıştır. Türk hukukunda yer alan kusursuz sorumluluk hallerinden biri de bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğudur. Bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğu, hukuk tarihimizde teorisi tartışılmış ve uygulamaya yansımış bir sorumluluk türüdür. Bina ve yapı eseri malikinin sorumluluğunun hukuk tarihimizdeki uygulanışı, günümüz hukuku ile örtüşen ve çatışan yönleri, bu çalışmanın konusunu oluşturmuştur.

Bina ve yapı eseri maliki, belirli şartların varlığı halinde sorumlu tutulmuştur. Bahsi geçen bina veya yapı eserleri arasında, kuyular gibi Osmanlı uygulamasını yansıtan örnekler olduğu gibi, günümüze benzer şekilde binalar ve diğer yapı eserleri yer almıştır.

Bina ve yapı eserinin yapılışındaki bozukluk, günümüz Türk hukukunda olduğu gibi Osmanlı uygulamasında da sorumluluk şartları arasında olmuştur. Bakım eksikliği hususunda ise mezhepler arasındaki farklı yaklaşımlar, İslam hukuku teorisine zenginlik kazandırmıştır. Bu hususta Hanbeli görüşü, günümüz hukuku ile yakın iken; Hanefi ekolünde malikin sorumluluğu için uyarılması şartı aranmıştır. Şafiiler ise maliki hiçbir şart altında, bakım eksikliğinden dolayı sorumlu kabul etmemiştir.

⁸⁹ SERAHSİ, C:27, s.25-26; ALİ HAYDAR, *Hocaeminefendizade* (1330) *Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, s.555.

⁹⁰ FETAVAYI HİNDİYYE, C:13, s.53; BİLMEN, C:7, s.383; KAHVECİ, s.16.

Bina veya yapı eserinden kaynaklanan zarar ile illiyet bağı bulunması, sorumluluk için aranan diğer şartlardır. İliyet bağı kesen sebeplere ilişkin güncel hukukla uyumlu örnekler, Osmanlı hukukunda yer almıştır.

Bina veya yapı eseri malikinin tasarruflarının kısıtlanması, Osmanlı uygulamasında sık rastlanan bir durumdur. Özellikle komşuluk hukukuna ilişkin hallerde, malikin tasarruflarının sınırlandığı görülmektedir. Kişilere karşı haksız fiillerde diyet, mala verilen zararlarda tazmin sorumluluğunun işletildiği görülmektedir. Bina veya yapı eseri maliki, Osmanlı uygulamasında genellikle kusuru sebebiyle sorumlu tutulmuştur. Bakım eksikliğinden kaynaklanan sorumluluk hallerinde, Hanbeli hukukçular kusursuz sorumluluk doğması gerektiğini savunmuşlardır.

KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.
- AKMAN, Ahmet**, İslam Hukuku'nda Akdî Mesuliyet ve Tazminat, Ankara, 2019.
- AKMAN, Mehmet**, "Osmanlı Hukukunda Faili Bilinmeyen İtlaf Durumlarında Öngörülen Ortak Sorumluluğun Hukuki Niteliği", Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, S:3, 2007.
- ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade**, Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul, 1330.
- ATAAY, AYTEKİN**, Borçlar Hukuku Genel Teorisi, İstanbul, 1995.
- AVCI, Mustafa**, Türk Hukuk Tarihi, 8. baskı, Konya, 2019.
- AYDIN, M. Akif**, "İtlaf", TDV İslam Ansiklopedisi, C.23, İstanbul, 2001.
- AYDIN, M. Akif**, Türk Hukuk Tarihi, 13. baskı, İstanbul, 2015.
- AYKANAT, Tuba**, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanının Sorumluluğu, Ankara, 2019.
- AYTEKİN NAİMİ, Tuğba**, Bina ve Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğu (BK.m.58), (Yüksek Lisans), Doğu Akdeniz Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Araştırma Enstitüsü, 2011.
- BARDAKOĞLU, Ali**, "Hak", TDV İslam Ansiklopedisi, C.15, İstanbul, 1997.
- BAŞ, Ece**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk (TBK md.69 – BK m.58), (Yüksek Lisans), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- BEHCET'ÜL FETAVA**, Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, Hazırlayan: KAYA Süleyman ve heyet, İstanbul, 2011.
- BELGESAY, Mustafa Reşit**, Türkiye Temyiz Mahkemesi ve İsviçre Federal mahkemesi Kararlarının Analizi, İÜHFİM, C: VI, S:4, 1940.
- BELGESAY, Mustafa Reşit**, Kuran Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul, 1963.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi**, Hukuk-ı İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1974.

- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. baskı, Ankara, 2014.
- ERTEN, Ali**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Bina ve İnşa Eseri Sahiplerinin Sorumluluğu – BK md.58, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2000.
- Eyüb 61 Numaralı Kadı Sicili**, cilt:27, sayfa:199, hüküm no: 212, orijinal metin no: [42a-2], www.kadisicilleri.org s.e.t. 09.02.2020.
- FETAVAYI ABDÜRRAHİM**, Menteşzade Abdürrahim, İstanbul, 1243.
- FETAVAYI ALİ EFENDİ**, Çatalcalı Ali Efendi, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları, Hazırlayan: DEMİRTAŞ H. Necati, İstanbul, 2014.
- FETAVAYI FEYZİYE**, Şeyhülislam Feyzullah Efendi, Hazırlayan: KAYA Süleyman, İstanbul, 2009.
- FETAVAYI HİNDİYYE**, Çeviren: EFE Mustafa, Ankara, 2004.
- Galata 90 Numaralı Kadı Sicili**, cilt: 40, sayfa: 395, Hüküm no: 527, Orijinal metin no: [79a-3], www.kadisicilleri.org s.e.t. 09.02.2020.
- GÜVEL, Övünç**, “Roma Hukukunda Sorumluluk”, SÜHFD, C:25, S:2, 2017.
- HALEBİ, İbrahim b. Muhammed b. İbrahim**, Mülteka’l-Ebhur, 2. baskı, Çeviren: UYSAL Mustafa, İstanbul, 1972.
- KAHVECİ, Nuri**, “İslam Hukukuna Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyyet Bağını Kesen Sebepler” KSÜİFD, Y:5, S:10, 2007.
- KARAMAN, Hayreddin**, Mukayeseli İslam Hukuku, İstanbul, 1999.
- KILIÇOĞLU, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, Ankara, 2010.
- KOÇ, Nevzat**, Bina ve Yapı Eseri Maliklerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1990.
- KOSCHAKER, Paul**, Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1973.
- KÖSE, Saffet**, İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, İstanbul, 1997.

MAVSİLİ, Abdullah b. Mahmud, el-İhtiyar (li Ta'lili'l-Muhtar), Çeviri: KESKİN Mehmet, İstanbul, 2013.

MEHMED ZİYAEDDİN, Türközade Hafız, Osmanlı Hukuk Sözlüğü, Hazırlayan: GEDİKLİ Fethi / ONAT İbrahim Enes, İstanbul, 2017.

MERGİNANİ, Ebu Bekir, el-Hidâye (Delilleriyle Hanefi Fıkhu), Çeviren: MEYLANİ Ahmed, İstanbul, 2004.

OĞUZMAN, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1998.

RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2006.

REMZİ, Mehmet /AYDIN, Sezer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011.

SERAHSİ, Ebubekir Muhammed b. Ahmed, el-Mebcut, Çeviren: AK-ŞİT Cevat, İstanbul, 2008.

ŞEN, Yusuf, İslam Hukukunda Tehlike Sorumluluğu ve Uygulama Alanları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Konya, 2007.

ŞEYH BEDREDDİN, et-Teshil, Şerhu Letaifi'l-İşarat, Editör: APAYDIN Hacı Yunus, Ankara, 2012.

TÜZEMEN, Ekrem, "Borçlar Kanunu'nun 58. Maddesi Üzerine Bir İnceleme" Adalet Dergisi, S: 1, 1945.

ÜNAL, Mustafa, İslam Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu, Ankara, 2019.

Üsküdar 01 Numaralı Kadı Sicili, cilt:1, sayfa:348, hüküm no: 623, orijinal metin no: [97b-4], www.kadısicilleri.org s.e.t. 09.02.2020.

Üsküdar 84 Numaralı Kadı Sicili, cilt: 10, sayfa: 263 Hüküm no: 404 Orijinal metin no: [38a-6], www.kadısicilleri.org s.e.t. 09.02.2020.

Yargıtay 4.HD 11.10.1977, E.9821/K.9394.

Yargıtay İBK 4.5.1966, E.6/K.4 (RG 1.6.1966, S:12311).

ZAPATA, Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.

ZUHAYLİ, Vehbe, İslam Fıkhı Ansiklopedisi, Çeviren: Heyet, İstanbul, 1994.



HUKUKİ TEMELDE TÜRKİYE'DE ZORUNLU DİN DERSİ

Dr. Baki ERKEN*

Öz

Türkiye'de zorunlu din dersi, dini eğitimin bir parçası olarak ülkenin kendine özgü şartları içerisinde uygulanmaktadır. Anayasada geçen; devlet gözetiminde dini eğitim, laiklik ve din ve vicdan hürriyeti zorunlu din dersi konusunda temel ilkelerdir. Türk yargısı muhafazakâr bir yaklaşımla zorunlu din derslerinin devamına dayanak oluşturmaktadır. Buna karşın, AİHM zorunlu din dersine ilişkin önemli içtihatlar oluşturmuş ve Türkiye aleyhine kararlar vermiştir. Zorunlu din dersi konusunda Türkiye'nin tek bir tip olarak örnek alacağı bir model bulunmamaktadır. Türkiye'de zorunlu din dersi sorununa en uygun çözüm; Batı'daki iyi uygulamaları örnek alarak dersin içerik ve anlatım olarak bilimsel bir nitelik kazanmasıdır.

Anahtar Kelimeler

Zorunlu Din Dersi • Anayasa • Yargı Kararları • AİHM • Batılı Modeller

COMPULSORY RELIGION COURSE IN TURKEY ON LEGAL BASIS

Abstract

Compulsory religion course in Turkey, a part of religious education, has been implemented in conditions peculiar to the country. Religious education under the control of state, secularism and freedom of religion and conscience are the main constitutional principles on compulsory religion course. Turkish jurisdiction makes ground on continuing of obligation of religion course through con-

* Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Ankara, Türkiye | Dr., Ankara Hacı Bayram Veli University, Department of Political Science and Public Administration, Ankara, Turkey.

✉ bakierken@gmail.com • ORCID 0000-0001-9453-2304

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ERKEN Baki, "Hukuki Temelde Türkiye'de Zorunlu Din Dersi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 237-263.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

servative approach. On the other hand, ECHR made important jurisprudences and gave decisions against Turkey. In the subject of compulsory religion course, a model a unique type does not exist which Turkey should follow. The best solution to the problem of compulsory religion course in Turkey is making the lecture scientific through its content and type of education by adopting good implementations of West.

Key Words

Compulsory Religion Course • Constitution • Jurisdiction • ECHR • Western Models

GİRİŞ

Türkiye’de zorunlu din dersi uzun zamandır önemli bir sorun olarak durmaktadır. Zorunlu din dersi sadece eğitim ve hukuk sisteminin bir sorunu değil, siyaset ve toplumun daima gündeme gelen sorunudur. En başta bu sorun, dini eğitim bağlamında Cumhuriyetten bu yana önemli sorun alanlarından birini oluşturan din-devlet ilişkisinin bir parçasıdır. Laikliğin korunması ve devlet gözetimindeki din anlayışı politikalarının uygulama alanlarından birisi de zorunlu din dersi olmuştur. Yine zorunlu din dersinin önemli bir boyutunu da temel hak ve hürriyetlerin korunması oluşturur. Türkiye’de bireysel boyutta yaşanan en önemli sorunlarından olan temel hak ve hürriyetlerin korunması, daha da özelden din ve vicdan özgürlüğünün korunması zorunlu din dersinin bir sorun olmasının ardında yatan etkenlerdendir.

Türkiye’de zorunlu din dersini toplumsal sorun haline getiren durum ise, dini eğitim bağlamında farklı dini grupların dışlanmasıdır. Dini eğitime hâkim olan Sünni inançtan farklı dini inanç sahipleri mevcut şekliyle din eğitimini kabul etmemekte, kendilerini mağdur olarak görmektedirler. Bu konudaki en büyük itirazlar Alevi kesimden gelmektedir. Birçok Alevi vatandaş bu konuda hak ihlali iddiası ile mahkemelere başvurmuşlardır. Türkiye’de “resmi ve Ortodoks İslam” dışındaki dini inançların en önemlilerinden, yaygınlarından olan Alevilik toplumun merkezinde değil, çevresinde yer alır.¹ Dolayısıyla, Alevilerin zorunlu din dersine karşı çıkışı farklı dini kimliklerin bir sonucudur. Bu nedenle,

¹ MARDİN, Şerif. (2013), *Türkiye’de Toplum ve Siyaset*, İletişim Yayınları, İstanbul, s.17-35.

son yıllarda genel toplumsal bir sorunu yansıtan Aleviler ile devlet arasındaki ilişkinin önemli bir boyutunu zorunlu din dersi oluşturmaktadır.

Cumhuriyetten sonra laiklik ve modernlik temelinde yeni bir eğitim sisteminin kurumsallaştırılması sürecinde geleneksel dini eğitim kaldırılırken, resmi eğitim sistemi içerisinde din dersleri daima var olmuştur. Okullarda temel din dersleri bazı dönemlerde seçmeli, bazı dönemlerde de zorunlu olmuştur. Türkiye’de temel din dersleri 1982 Anayasası ile birlikte zorunlu hale gelmiştir. Daha önceden de din-devlet ilişkisinde ve eğitimde sorunlar yaratan din dersi zorunluluk ile farklı bir boyut kazanmıştır. Daha sonra, gayri Müslimler için din dersi zorunluluğundan muafiyet getirilmesi önemli bir değişiklik olmuştur. Son yıllarda ise zorunlu din dersi müfredatına yönelik ciddi değişiklikler yapılmıştır.

Zorunlu din dersini Türkiye’nin gündemine getiren önemli bir etken de konunun uluslararası hukuki bir nitelik kazanmasıdır. Bu konuda Türkiye aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’ne başvuruda bulunulmuştur. AİHM 2007 yılında zorunlu din dersi ile ilgili bir dava sonucunda, dersin eğitim hakkına aykırı olarak eğitim ve öğretimin yapıldığı sonucuna ulaşarak Türkiye’yi mahkûm etmiştir.² AB’ye üyelik sürecinde bulunan ve demokratikleşme yönünde önemli adımlar atan Türkiye için bu karar çok daha önemli hale gelmiştir.

İşte, Türkiye’de mevcut uygulama ile birlikte okullarda okutulan din dersinin zorunluluğu sorunu artık herkes tarafından kabul edilmektedir. Siyasal ve toplumsal temeli olan bu sorunun çözümü eğitim ve hukuk sistemleri için bir zorunluluktur. Sorunun çözümünde, Türkiye’nin kendine özgü dini eğitim modelinin ve hukuk değerlerinin korunması ile birlikte, uluslararası hukukun ilkeleri ve temel hak ve özgürlüklerin korunması da dikkate alınmalıdır. Ayrıca, Batı’da temel din dersleri konusundaki modellere genel olarak bakılması ve Türkiye’ye uygulanabilirliğinin tartışılması, sorunun çözümü açısından bir katkı sunacaktır.

² AİHM, Zengin / Türkiye, 1448/04, 2007.

Bu doğrultuda bu makale; zorunlu din dersi konusunda tarihsel süreç, anayasal ilkeler, Türk yargı kararları, AİHM ilkeleri ve Batılı modeller başlıklarında yazılmıştır. Makalenin temel amacı; Türkiye’de zorunlu din dersi sorununu hukuksal bakımdan ele almak ve bir çözüm önerisi sunmaktır.

1. TARİHSEL SÜREÇTE ZORUNLU DİN DERSİ

Cumhuriyetin ilk anayasası olan 1924 Anayasası din özgürlüğünü güvence altına almıştır. Anayasanın 80. maddesi, devletin gözetimi altında ve kanuna uyularak her türlü eğitimin serbest olduğu hükmünü içermektedir.³ Din ve vicdan hürriyeti anayasanın teminatı altında iken Türkiye’de yaşayan azınlıklar Lozan Antlaşmasına bağlı olarak kendi din eğitimlerini hür bir şekilde sürdürmüşlerdir. Cumhuriyetin ilanından itibaren devam eden laiklik politikası çerçevesinde din dersleri okullardan zaman içerisinde kaldırılmıştır.

1924 yılında ilk ve orta öğretim düzeyinde müfredatta bulunan din dersleri 1927 yılında sadece ilkokulların 3. - 5. sınıfları için zorunlu kalmıştır. 1928 yılında “Devletin dini İslam’dır” ibaresi Anayasadan çıkartıldıktan sonra eğitimin hızla laikleştirilme yoluna gidilmiştir. Bir yıl sonra Kuran Kursları resmen kapatılırken Milli Eğitim Bakanlığı ilkokulda okutulan din derslerinde öğrencilerin imtihan edilemeyeceğine dair karar almıştır. 1930 yılında ise din dersi seçmeli hale gelmiştir. Din derslerinin, üniversiteler hariç, eğitim müfredatından tamamen çıkarılması 1939 yılında Din Bilgisi dersinin ilkokullardan çıkartılması ile gerçekleşmiştir.⁴

1946’da çok partili hayatın başlaması sonrasında DP’nin CHP iktidarını dini uygulamalar konusunda eleştirmesi, CHP’ni din eğitimi konusunda yeni politikalar geliştirmeye mecbur bırakmıştır. Artık CHP yönetimi, din eğitiminin devlet eliyle yürütülebileceğine ikna olmuştur. 1949 yılında MEB tarafından yayımlanan bir genelgeyle ilkokulların 4 ve 5. sınıflarına yeniden din dersleri konulmuştur. Bu, yaklaşık 20 yıl sonra din derslerinin yeniden devlet okullarında okutulması demektir. 1950

³ 10/1/1945 tarih ve 4695 sayılı 1924 Anayasası.

⁴ KAYMAKCAN, Recep. (2006), “Türkiye’de Din Eğitimi Politikaları Üzerine Düşünceler”, *EKEV Akademi Dergisi*, Sayı 27, s.21-36.

yılından itibaren, önceki dönemin tersine, din derslerinin eğitimdeki ağırlığı kademeli olarak artırılmıştır. 1949’da “program dışı ve isteğe bağlı” olarak okutulan ilkokullardaki din dersi, DP iktidarında MEB tarafından 4 Kasım 1950’de program içine dâhil edilmiştir. Bakanlık kararı ile 1953 yılında öğretmen okullarına haftada bir saat mecburi din dersleri konulmuştur. 1956 yılında ise ortaokullara isteğe bağlı din dersleri konulmuştur.⁵

1961 Anayasası din eğitimi serbestliğini düzenlemiştir. Anayasanın 19. maddesine göre, “*Din eğitim ve öğrenimi ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlıdır.*”⁶ Bu hükümler eğitimde din dersleri için de bir çerçeve çizmiş olup, aksine bir hüküm bulunmadıkça, din derslerinin ancak isteğe bağlı, yani seçmeli olabileceği anlamındadır.

1962 yılında toplanan Milli Eğitim Şurası din eğitimine ait müfredatın ilkokul ve ortaokul için ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği yönünde karar almıştır. 1967 yılında ise liselerde haftada bir saat isteğe bağlı Din Bilgisi dersleri konulmuştur. Ortaokullarda ve ilkokullarda ise isteğe bağlı Din Bilgisi dersi uygulamasına 1974 yılında geçilmiştir. 1976 yılında ise ortaokul ve liselerin de 3. sınıflarına isteğe bağlı Din Bilgisi dersi konulmuştur. Böylece, üniversiteler hariç, tüm okul kademelerinde temel din dersi seçmeli olarak müfredatta ve eğitim sisteminde yerini almıştır. Din derslerinin seçmeli olması uygulamasına bu dönemde Ahlak dersi istisna teşkil etmiştir. Ahlak dersi 1974 yılında tüm kademelerde mecburi ders olmuştur.⁷

Türkiye’de birçok politikanın ve eğitim modelinin belirlenmesinde olduğu gibi, dini eğitimde de 12 Eylül 1980 ihtilali dönüm noktası olmuştur. İhtilal sonrasında yeni bir anayasa yapma hazırlığı dönemine girilmiş ve temel din dersleri tartışılan anayasa konularından olmuştur. İlahiyat öğretim üyelerinin Milli Güvenlik Konseyi’ne sundukları ra-

⁵ BAHÇEKAPILI, Mehmet. (2013), Yeni Eğitim Sisteminde Seçmeli Din Dersleri Raporu, İlke Yayınları, İstanbul, 41-42.

⁶ 9/7/1961 tarih ve 334 sayılı 1961 Anayasası.

⁷ GÜNDÜZ, Turgay. (1998), “Türkiye’de Cumhuriyet Dönemi Din Eğitimi ve Öğretimi Kronolojisi (1923-1998)”, *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 543-557.

porda; bütün gençliğe eşit derecede din bilgisine ve kültürüne sahip bir öğretim sisteminin oluşturulması gerektiği önerilmiştir.⁸ 1982 Anayasasının kabulü ile birlikte okullarda okutulan temel din dersleri zorunlu hale gelmiştir.

Okullarda okutulan din derslerinin birleştirilerek temel bir program hazırlanması 1982 Anayasasının kabulünden önce olmuştur. 1981 yılında Talim Terbiye Kurulu kararıyla temel eğitim ve orta öğretimde o güne kadar okutulan "Din Bilgisi" dersi yerine Ahlak Bilgisi dersi ile birleştirilerek "Din ve Ahlak Bilgisi" dersi adı altında yeni bir ders konulmuştur. 1982 yılında Talim ve Terbiye Kurulu aldığı kararla Anayasada yer alan ifadeyle aynı şekilde dersin adını "Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi" (DKAB) olarak değiştirmiştir. Anayasanın hükmü doğrultusunda aynı yıl Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 12. maddesi yeniden düzenlenerek din dersinin zorunluluğu işlenmiştir.⁹ 1986 yılında dersin ilkeleri yeniden düzenlenerek tebliğ olarak yayımlanmıştır. Bakanlığın yayımladığı okul programında dersin amaçları olarak millilik, Atatürkçülük ve ahlak ön plana çıkar.¹⁰

1990 yılında zorunlu din dersi açısından önemli bir değişiklik yaşanmıştır. Şu ana kadar uygulanan tek muafiyeti Bakanlık kararlaştırmıştır. Milli Eğitim Bakanlığı aldığı bir kararla azınlık okulları hariç tutularak, Türk vatandaşı olan, Hıristiyan veya Musevi dinlerine mensup, ilkökul ve ortaokula giden öğrencilerin söz konusu dinlere bağlı olduklarını beyan ettikleri takdirde DKAB derslerine girmeye mecbur olmadıklarını beyan etmiştir.¹¹ Böylece dersin temel mevzuatta düzenlenmesi tamamlanmış ve ilkeleri bugünkü halini almıştır.

Hem 2007 yılındaki AİHM'nin verdiği Zengin kararı hem de AB'ye üyelik sürecinde Türkiye'den beklentiler Alevilik konusunda hükümetin nezdinde bazı reformların yapılmasını gündeme getirmiştir. Bu doğrultuda öncelikle Alevi Çalıştayı düzenlenmiştir. Çalıştayda alınan en önemli kararlardan birisi Aleviliğin din dersi müfredatında yer alma-

⁸ BİLGİN, Beyza. (2001), *Eğitim Bilimi ve Din Eğitimi*, Gün Yayıncılık, Ankara, s.75.

⁹ 14/6/1973 tarih ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu.

¹⁰ BAHÇEKAPILI, 2013, s.46.

¹¹ Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu, 9/7/1990 tarih ve 1 no'lu karar.

sıdır. Çalıştayın bu önerisini dikkate alan Milli Eğitim Bakanlığı zorunlu din dersini kaldırmayarak Aleviliğin 2011-2012 eğitim-öğretim döneminde itibaren müfredatta yer alacağını açıklamıştır. Buna dayanak ise Talim ve Terbiye Kurulu’nun aldığı karardır.¹²

2012 yılında yasalaşan zorunlu eğitimi 12 yıla çıkararak 6287 sayılı Kanun ile ortaokul ve liselerde, Kur’an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin Hayatı derslerinin isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulacağı ve okutulacak diğer seçmeli dersler ile programlarının Bakanlıkça belirleneceği düzenlenmiştir.¹³ Bununla beraber MEB, Alevilik, Hristiyanlık ve diğer farklı inançlar ve dinlerin Temel Dini Bilgiler seçimlik dersinde okutulabileceği şeklinde bir açıklama yapmıştır.¹⁴ Asıl din dersi konusunda sorun yaratabilecek olan 2012 yılında YÖK’nun üniversitelere giriş sınavında DKAB dersi sorularının yer almasına dair karardır. Karar üzerine azınlıklar ve Alevi kesimin temsilcilerinden önemli tepki ortaya çıkmış, bunun üzerine sadece DKAB dersini almayan azınlıklar için sınavlarda DKAB dersi sorularından muafiyet çalışmaları yapılmıştır.¹⁵

2. ZORUNLU DİN DERSİNİN ANAYASAL DAYANAKLARI

Türkiye’de zorunlu din dersi uygulamasına temel teşkil eden 1982 Anayasasıdır. Anayasanın 24. maddesi “vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine” vurgu yaptıktan sonra din dersi zorunluluğunu şöyle ifade eder: *“Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devlet’in gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.”*¹⁶

Türk siyasi yapısının bir özelliği olarak zorunlu din dersleri devlet gözetimindeki dini eğitimin bir parçası olmaktadır. Yeni getirilen modelin fikri altyapısını Cumhuriyet reformlarından olan “Tevhid-i

¹² MİLLİYET, 8 Eylül 2011.

¹³ 30/3/2012 tarih ve 6287 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

¹⁴ HÜRRIYET, 12 Temmuz 2012.

¹⁵ HÜRRIYET, 18 Aralık 2012 ve 21 Aralık 2012 .

¹⁶ 7/11/1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

Tedrisat" anlayışı oluşturur.¹⁷ Devlet gözetiminde dini eğitim aynı zamanda toplumda egemen olan İslam inancı etrafında toplanan ve keskin dini farklılıkları olmayan bir toplum tahayyülünün de sağlayıcısıdır. Nitekim, 12 Eylül sonrasında din daha çok toplumu bütünleştiren ve devlete yakınlaştıran bir unsur ve toplumun dini hayatını şekillendirme amacı olarak kullanılmış, zorunlu din dersi ve dini okulların tekrar açılması gibi uygulamalarla din resmileşmiş ve kurumsallaştırılmıştır.¹⁸ Kenan Evren okullarda okutulan temel din dersinin zorunlu olacağını ilk kez açıkladığı konuşmasında, zorunlu din dersinin amacını gizli yerlerde açılan Kuran Kursları ile mücadele ederek din bilgisinin devletin gözetiminde "doğru" şekilde verilmesi olarak açıklamış ve bu uygulamayı Atatürkçülüğe dayandırmıştır.¹⁹

Din hizmetlerinin bağımsız kurumlara ya da sivil topluma bırakılması, İslam'ın egemen olduğu bir toplumda cumhuriyet ilkelerini zayıflatma riski içerebilir. Bu şartlarda Diyanet İşleri Başkanlığı (DİB) ve zorunlu din dersleri, dini merkezileştiren ve devlet kontrolüne bırakan siyasal araçlardır. Kurumların dini bir işlevinin olmasının laiklikle örtüşmediği açık olmasına karşın, Türkiye özelinde bunun laikliği koruyabileceği düşünülebilir. Nitekim Ergun Özbudun, bu sistemin lâikliğin Batı ülkelerindeki klasik anlaşılış şekline uymadığını kabul etmekle beraber, Türkiye'nin özellikleri sebebiyle ortaya çıkmış olan ve aslında lâikliği zayıflatıcı değil, aksine onu koruyucu nitelik taşıyan bir çözüm tarzı olduğunu savunmaktadır. Ona göre, tarihsel olarak devlet ve toplum hayatını güçlü etkisi altında bulunduran İslam düşünüldüğünde, din hizmetlerinin devlet kontrolünden uzak biçimde cemaat örgütlerine bırakılması Cumhuriyet modernleşmesi bakımından sakıncalı olabilir.²⁰

Zorunlu din dersinin ardındaki devlet merkezli din anlayışını Diyanet İşleri Başkanlığı konusunda görmek mümkündür. Anayasanın

¹⁷ 3/3/1340 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu.

¹⁸ ÇAHA, Ömer. (2004), "Ana Temalarıyla 1980 Sonrası İslami Uyanış", *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce 6 İslamcılık*, Ed. Tanıl Bora ve Murat Gültekin, İletişim Yayınları, İstanbul, s.476-493.

¹⁹ EVREN, Kenan, (2000). "Kahramanmaraş Konuşması", 27 Aralık 1985, *Seçme Konuşmalar*, Doğan Kitap, İstanbul, s.46.

²⁰ ÖZBUDUN, Ergun. (2004), *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.80.

136. maddesine göre, DİB lâiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşüncülerin dışında kalarak özel kanununda belirtilen görevlerini yerine getirir. Devletin dine müdahalesinin bir aracı olarak görülen DİB, kanun koyucuya ve Anayasa Mahkemesi’ne (AYM) göre tersine bir işlev yürüterek din işlerinin devlet işlerine müdahalesini engelleyecek bir kurum işlevi görmektedir. AYM DİB’nun varlığının laikliğe aykırı olmadığını, tam tersine İslam’ın kendinden kaynaklanan özelliklerinden ötürü, Türkiye’deki laik düzenin devamı için zorunlu olduğunu düşünmektedir.²¹ DİB aynı zamanda zorunlu din dersi konusundaki davalarda başvuruçuların büyük çoğunluğunun dahil olduğu Alevi kesim tarafından, aynen DKAB ders müfredat ve kitaplarına karşı olduğu gibi, Sünni İslam inancının temsilcisi olarak görülmektedir. Bu anlamda DİB ile zorunlu din dersi, belirli bir inancın uygulamasına yönelik toplumdaki algı bakımından benzer bir durumdur.

Laiklik Anayasanın 42. maddesinde belirtildiği üzere, eğitimin devletin gözetimi ve denetimi altında yapılmasının bir gereğesidir. Kanun koyucu zorunlu din dersini laikliği korumak için koymuştur. Anayasanın madde gereğesinde zorunlu din dersinin konulması nedeni şöyle anlatılır: “*İstismar ve suiistimali önlemek amacıyla, din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devlet denetimi ve gözetimi altına alınmıştır. Keza bu eğitim, ilk ve orta öğretimde zorunludur. Gayrimüslimler, bu zorunlu eğitim dışında bırakılmışlardır.*”²² AYM de din ve ahlâk eğitim ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasının nedenini, eğitim ve öğretim özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemek olarak açıklamıştır.²³

Fakat laikliği devletin dini olmaması ve dinler karşısında eşit ya da tarafsız durması olarak tanımladığımızda, din eğitiminin devletin gözetiminde yapılmasının ve zorunlu olmasının laikliğe aykırı olduğu sonucuna ulaşılır. Nitekim önemli anayasa hukukçuları bu görüşü paylaşmışlardır.²⁴ AYM’nin laiklik görüşü de bu ortak düşüncü yansıtmaktadır. Anayasa Mahkemesi bunu şöyle açıklar: “*Laik devletin, doğası gereği*

²¹ AYM, 21.10.1971 tarih ve E.1970/53, K.1971/76.

²² TBMM, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde Gereğeli*, 2008.

²³ AYM, 16.09.1998 tarih ve E:1997/62, K:1998/52.

²⁴ Özbudun, 2004, s.77 ve GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve TAN, Turgut. (1998), *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, s.49.

resmi bir dininin bulunmaması, belli bir dine üstünlük tanımamasını, onun gereklerini yasalar ve diğer idari işlemlerle geçerli kılmaya çalışmamasını gerektirir. Bu bağlamda, laik bir devlette belli bir dinin, eğitim ve öğretimi zorunlu hale getirilemez.”²⁵ En başta din eğitimi bir gerçekliktir ve toplumsal bir ihtiyaçtır. Bu nedenle bir kamu hizmeti gibi düşünülebilir. AYM de 6287 sayılı Kanunun bazı maddelerinin iptali istemine ilişkin karar gerekçesinde, “laik devlet, dinler karşısında tarafsız olmakla birlikte, toplumun dini ihtiyaçlarının karşılanması konusunda kayıtsız değildir” demektedir.²⁶ Yine öngörülen din ve ahlak eğitiminin belirli bir dinin (İslam’ın) eğitimi olmadığı, tüm dinler hakkında bilgi verdiği ve ahlak eğitimini amaçladığı şeklinde düşünülebilir. Bu şekliyle din dersi laikliğe de aykırı değildir.

Din ve vicdan hürriyetini düzenleyen Anayasanın 24. maddesi vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetlerini güvence altına almıştır. Bununla birlikte, aynı maddede zorunlu din dersine hukuki dayanak olacak şekilde din kültürü ve ahlak öğretiminin zorunluluğunu düzenlenmiştir. O halde, Anayasa zorunlu din dersinin din ve vicdan hürriyetine aykırılık oluşturmadığı ilkesini benimsemiş ya da bu hürriyete bir istisna getirmiştir. Yine, Anayasa 42. maddesinde eğitim ve öğrenim hakkını düzenlerken eğitim ve öğretimin devletin gözetim ve denetimi altında yapıldığını belirtmiştir. Sonuçta, zorunlu din dersinin temel hak ve hürriyetlere bir engel oluşturmadığı Anayasal ilkelere düzenlenmiştir. AYM de, Refah Partisi ile ilgili verdiği iptal kararında zorunlu din dersinin temel hak ve hürriyetlere uygunluğunu belirtmiştir. Anayasanın din ve vicdan hürriyetini düzenleyen maddesinde belirtilen ilkeler aynı zamanda dini eğitim ve zorunlu din dersine de sınır oluşturur.²⁷

3. ZORUNLU DİN DERSİ KONUSUNDA TÜRK YARGI KARARLARI/İÇTİHAHLARI

AYM dinin devletin denetimi ve gözetimi altındaki dini eğitimin laikliğe aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte, zorunlu din dersini laikliğe aykırı bulmamaktadır. Çünkü, AYM aynı kararında DKAB’ni; “dinler hakkında yansız ve tanıtıcı bilgiler veren ve ahlaki değerleri benimsetmek

²⁵ AYM, 16.09.1998 tarih ve E:1997/62, K:1998/52.

²⁶ AYM, 20.09.2012 tarih ve E.2012/65, K.2012/128.

²⁷ AYM, 16.09.1998 tarih ve E:1997/62, K:1998/52.

amacıyla... zorunlu bir ders” olarak tanımlamıştır. AYM’ne göre, din eğitimi yerine "din kültürü" dersinden söz edilmesi de bu amacı açıkça ortaya koymaktadır.²⁸ AİHM’nin zorunlu din dersi konusunda Türkiye aleyhine verdiği kararı AYM, din dersinin zorunluluğunun yanlışlığı doğrultusunda değil, devlet okullarında okutulmasının gerekliliği doğrultusunda değerlendirmiştir. AYM’nin dikkat çektiği husus AİHM’nin Avrupa ülkeleri uygulamaları incelendiğinde çok büyük oranda din derslerinin okulda olduğu ve bunların da bazılarında zorunluluk bulunduğunu saptamasıdır. AYM ortaokul ve liselerde seçmeli olarak okutulması öngörülen din derslerinin Anayasaya aykırılık iddialarını da aynı kararda aynı gerekçeyle reddetmiştir. Çünkü “Anayasa, dini hizmetleri toplumsal bir ihtiyaç olarak görmekte ve devlete bu ihtiyaçların karşılanması yönünde yükümlülükler yüklemektedir... Anayasa’da ifadesini bulan laiklik ilkesi, bir yandan dinin devletin esaslarını belirlemesini engellemekte, diğer yandan da din eğitim ve öğretimi dâhil dini hizmetlerin devlet eliyle verilmesine imkân tanımaktadır.”²⁹

Danıştay zorunlu din dersi konusundaki davalarda önemli kararlar vermiştir. Bu davalardan biri olarak, çocukları ilköğretim okulunda okuyan davacı okullarda zorunlu ders olarak okutulan DKAB dersi programının iptali istemiyle dava açmıştır. Danıştay Sekizinci Dairesi, Anayasa ve Milli Eğitim Temel Kanunu hükümleri doğrultusunda DKAB dersinin amacının; öğrencilere din eğitimi vermek değil, genel olarak dinler yapısı göz önüne alınarak, daha çok İslam dini hakkında toplumumuza bir kültür kazandırmak olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, Danıştay iptali istenilen ders programını Anayasaya, Milli Eğitim Temel Kanununa, laiklik ilkesine ve hukuka aykırılık görmeyerek davayı reddetmiştir.³⁰

Yine, bir kişi arkadaşı ile beraber yazdığı “Alevilik Bektaşılık Açısından Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi” isimli kitabının lise ve denge okullarda ders kitabı ya da yardımcı ders kitabı olarak tavsiye edilmesi istemlerinin reddine ilişkin Talim Terbiye Kurulu kararının ve bu işlemin

²⁸ AYM, 16.09.1998 tarih ve E:1997/62, K:1998/52.

²⁹ AYM, 20.09.2012 tarih ve E.2012/65, K.2012/128.

³⁰ Danıştay 8. Dairesi, 15.05.2000 tarih ve E: 1997/6285, K: 2000/3653.

dayanağı olan Tebliğler Dergisinde yer alan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Öğretiminin genel ilkelerini açıklayan müfredat programının iptali istemiyle Danıştay'a dava açmıştır. Danıştay Sekizinci Dairesi öncelikle bir önceki kararında açıkladığı benzer gerekçelerle müfredat programının iptali istemini reddetmiştir. Yazılan kitabın ders kitabı olarak okutulması istemine karşı Danıştay, peşin bir hüküm vermeyerek ve istemi ciddiye alarak, adı geçen kitabı uzmanlara incelettirmiştir. Hazırlanan raporda kitabın Lise Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi müfredat programına uygun olarak hazırlanmadığı, konuların işlenişinde devleti suçlayıcı ve Cumhuriyet kanunlarına uygun olmayan ifadelerin kullanıldığı, pedagojik olmayan anlatım metotlarına başvurulduğu, bazı ayetlerin eksik alındığı ve yanlış anlam verildiği belirlenmiştir. Sonuçta Danıştay, kitabın eğitim ve öğretim açısından liselere ders kitabı ya da yardımcı ders kitabı olarak önerilmesinin uygun olmadığını belirterek belirtilen kitabın tavsiye edilmemesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık görmemiş, davayı bu açıdan da reddetmiştir.³¹

Hasan Zengin İlköğretim Okulu 7. sınıf öğrencisi olan çocuğunun, zorunlu din dersi olan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi (DKAB) eğitiminden muaf tutulması istemiyle 2001 yılında İstanbul Valiliği'ne bağlı İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne başvurmuştur. Başvuruda; ailesinin Alevi olduğunu belirterek dini eğitim seçme şanslarının olmamasının İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi uluslararası sözleşmelere aykırı olduğunu ve zorunlu dini eğitimin laiklik ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Başvurunun reddedilmesi üzerine İdare Mahkemesi'ne dava açmıştır. İdare Mahkemesi, Anayasa'nın 24. maddesinde ve Milli Eğitim Temel Kanunu'nda dersin zorunlu ders olarak yer aldığını belirtilerek davacının talebini reddetmiştir.³² Bunun üzerine gidilen Danıştay da dersin Anayasal zorunluluğuna vurgu yaparak velilerin dersten muafiyet taleplerinin kabul edilmesine olanak bulunmadığını belirtmiş ve başvuruyu reddetmiştir.³³

³¹ Danıştay 8. Dairesi, 16.02.2000 tarih ve E: 1998/4242, K: 2000/1449.

³² 28.12.2001 tarihli İstanbul İdare Mahkemesi kararı.

³³ Danıştay Sekizinci Dairesi, 14.04.2003 tarih ve E: 2002/2939, K: 2003/1720.

Bu karar sonrasında Danıştay önüne zorunlu din derslerinden muafiyet taleplerine ilişkin birçok dava gelmiştir. Danıştay dava incelemelerinde AİHM’nin Zengin/Türkiye kararında belirttiği ilkeleri dikkate almıştır. Danıştay artık sadece davaya konu dersin zorunluluğunu esas almamakta, dersin öğrencilerin inançlarına uygunluğunu dikkate alarak müfredatı incelemektedir. Önemli olan dersin zorunlu olması değil, dersin adında geçtiği üzere din ve ahlak eğitimi veren objektif bir ders olmasıdır. Ders eğer Sünni İslam inancının hâkimiyetini içeriyorsa ve anlatışta bilgi değil ikna amacıyla ifadeler yer alıyorsa, bu durum artık hukuka aykırılık demektir. Ayrıca dersin işleyişinde müfredat bilgilerinin nesnel ve çoğulcu şekilde anlatışına zarar verecek uygulamalar varsa, bu da evrensel ilkelerin ihlalidir.³⁴

Bu kararlarından birinde Danıştay, Zengin/Türkiye kararında belirtildiği şekliyle AİHM’nin DKAB dersinin müfredat incelemesi sonucundaki “dinsel çeşitliliğin dikkate alınmadığı, özellikle öğrencilerin Alevi inancının itikat veya ibadet unsurları hakkında eğitim almadığı” ve “muafiyet usulünün uygun bir yöntem olmadığı” değerlendirmelerine katılarak, “Devletin, eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevleri yerine getirirken, müfredatta yer alan bilgilerin nesnel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat etmesi ve ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermesi gerekmektedir” demiştir.³⁵ Böylece, Danıştay Türkiye’de zorunlu din dersinin içeriğinin ve uygulamasının hukuka uygun olmadığı kararını vermiştir.

4. ZORUNLU DİN DERSİ KONUSUNDA AİHM KARARLARI/İÇTİHATLARI

Birçok Avrupa ülkesinde devletin resmi bir dinin bulunması ya da hâkim din ya da inancın eğitimde verilmesi, farklı inançlara sahip kişiler açısından eğitimde özgürlüklerin ihlaline neden olmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) yer alan Düşünce Din ve Vicdan Özgürlüğü ve Eğitim Hakkı ile ilgili olan zorunlu din dersi konusunda uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne yıllardır dava gel-

³⁴ Danıştay 8. Dairesi, 28.12.2007 tarih ve E: 2006/4107, K: 2007/7481, 29.02.2008 tarih ve E: 2007/679, K: 2008/1461, 15.05.2009 tarih, E: 2007/8365, K: 2009/3238, 07/03/2011 tarih ve E: 2008/3682, K: 2011/1323 ve 21/11/2014 tarih E: 2013/4877, K: 2014/9019.

³⁵ Danıştay 8. Dairesi, 28.12.2007 tarih ve E: 2006/4107, K: 2007/7481.

mektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni uygulayan AİHM birçok temel hak ve hürriyetin korunması doğrultusunda önemli kararlar vermekte ve içtihatlar oluşturmaktadır.³⁶

AİHM kararlarının Türkiye açısından ayrı bir önemi olup bağlayıcılığı vardır. Avrupa Konseyi üyesi ülkeler AİHS'nin demokratik toplum ilkeleri ve hukukun üstünlüğü prensiplerini esas alarak ulusal hukuklarını düzenlemekle yükümlüdürler. Bu yükümlülük öncelikle AİHM kararlarına uymakla gerçekleşir. Çünkü AİHM kararları herkesi bağlar; hukuka bağlılık yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaksızın, Sözleşmeye aykırılığın ortadan kaldırılması için gerekli önlemlerin alınması tüm devletlerin ödevidir.³⁷ Türkiye ise AİHM'nde aleyhine en çok dava açılan ülkelerden biridir.³⁸ Türkiye'nin mahkûmiyet kararlarını ya hiç ya çok geç ya da eksik biçimde yerine getirmesi Avrupa Konseyi düzeyindeki eleştiri noktalarından birini oluşturmaktadır.³⁹

Zorunlu din dersi konusu Sözleşmenin 9. maddesinde düzenlenen Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü ve EK Protokol'de düzenlenen eğitim hakkı ile ilgilidir. AİHS Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğünü 9. maddesinde genel olarak birinci fıkrada düzenlemiştir: *"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir."*⁴⁰

Sözleşmede ilk bölümde yer alan Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü mutlak niteliktedir, hiçbir sınırlamaya konu olamaz. *"Forum internum"* olarak da adlandırılan bu dokunulmaz alan, bireylerin istediği

³⁶ GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, s.140.

³⁷ AKKAN, Bahattin. (2010), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bağlayıcılığı ve Yerine Getirilmesi" *Adalet Dergisi*, Sayı 36, 42-64.

³⁸ AİHM Devletlere Göre 2019 Yılı İstatistikleri, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2019_ENG.pdf (17 Şubat 2020)

³⁹ ADALET BAKANLIĞI. (2011), "AİHM Çalışma Ziyareti Raporu", <http://www.hsyk.gov.tr/etkinlikler/ziyaretler/2011/nisan/Strazburgrapor.pdf> (12 Kasım 2014).

⁴⁰ 4/11/1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme.

inanca sahip olabilmek ya da hiçbir inanca sahip olmama özgürlüğünü içerir. Böylelikle, bireyler inançlarını değiştirmeye ve açıklamaya ya da bazı inançları benimsemeye zorlanamayacak; belirli bir inanca sahip olabilmek ya da sahip olduğu inancı değiştirebilmek herhangi bir makamın onayına tabi tutulamayacaktır.⁴¹ AİHM içtihatlarında göre, 9. maddede belirtilen bir dine mensup olmama özgürlüğü o dinin kurallarına uymama hakkını da kapsar.⁴² Zorunlu din derslerinde bu durum bir dinin uygulama olarak gösterilmesi olarak karşımıza çıkabilir. Bu içsel alana müdahaleler AİHM kararlarına, devlet tarafından uygulanan ve bireyin düşünce yapısını değiştirmeyi amaçlayan sistematik telkin olarak geçmektedir. Aslında Sözleşme, devletleri objektif bilgi verilmek şartıyla dolaylı ya da doğrudan bilgi ya da öğretim yoluyla dini ya da felsefi fikir vermekten alıkoymamaktadır. Fakat, aşılması gereken sınır anne-babaların dini ve felsefi inançlarına müdahale anlamı taşıyan telkin amaçlıdır.⁴³

Dini inanç özgürlüğünde dini eğitimin ilkeleri ve devletin yükümlülükleri açısından sınırı Ek Protokol’ün 2. maddesinde (P1-2) düzenlenen eğitim hakkı oluşturur. Buna göre, *“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”*

Mahkemenin zorunlu din dersinin Sözleşmeye uygunluğunda dikkat edeceği temel bir ilke; ana-babanın dini ve felsefi fikirlerine saygı gösterilecek şekilde verilmesidir. *“Anne-Baba doğal olarak çocuklarına eğitim-öğretim verme hakkına sahiptir ve bundan ilk olarak sorumludur. Bu yüzden, devletten onların dini veya felsefi inançlarına saygı göstermesini isteyebilir.”* P1-2’de belirtilen “saygı” kavramı kabulden ve dikkate almadan daha geniştir. Aynı zamanda, devlet tarafından üstlenilen tüm “görevlerin” icra edilmesini kapsamakta olup devlete pozitif yükümlülük de yüklemektedir.⁴⁴ Mahkeme, Folgero/Norveç davasında bu saygı ilkesi-

⁴¹ ÖZENÇ, Berke. (2006), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü*, Kitap Yayınevi, İstanbul.

⁴² AİHM, Buscarini ve Diğerleri / San Marino, 24645/94, 1999.

⁴³ AİHM, Kjeldsen ve Diğerleri / Danimarka, 5095/71, 1976.

⁴⁴ AİHM, Zengin / Türkiye, 1448/04, 2007.

nin denetimini muafiyet sistemi üzerinden yapmıştır. Buna göre, Norveç'teki kısmi muafiyet sistemi ebeveyni yeterince bilgilendirmediği için ana-baba saygısı ilkesine ters düşecek şekildedir ve eğitim hakkının ihlalidir.⁴⁵

Din dersinin sahip olması gereken ve Mahkemenin öncelikle inceleyeceği demokratik ilke şudur: "P1-2. maddesine uygunluğuyla ilgili olarak dersin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde anlatımıdır." Mahkeme dersin bu ölçütlere göre yapılıp yapılmadığını belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir. AİHM, Hıristiyanlığın resmi din olduğu Norveç'te, zorunlu din dersi olan Hıristiyanlık Din ve Felsefe (KRL) dersi aleyhine açılan davada KRL ders yönetmeliğini kelimesi kelimesine incelemiştir. Mahkeme, dersin amaçlarıyla ilgili Hıristiyanlık ile diğer dinler arasında ayırım olduğunu, öğrencilere İslam ve Musevilik gibi dinlerin temel özelliklerinin öğretilmeleri yerine Hıristiyanlığın dersin merkezine oturtulduğu ve dolayısıyla dinler arasındaki dengenin gözetilmediğini belirtmiştir.⁴⁶

Anne-baba inançlarına saygı ve çoğulcu demokratik ilkelere uygunluk ilkelerine sahip olarak, zorunlu din dersinin Sözleşmeye uygunluğunda belirleyici bir role sahip etken de muafiyet sistemidir. Aslında zorunlu din derslerine muafiyet getirilmesi bir anlamda devletlerin, din derslerinin her inanca sahip kişilere göre uygun olmadığını; yani çoğulcu, demokratik ilkeye göre anlatılmadığının kabulüdür. Mahkeme buna benzer düşüncesini Zengin/Türkiye davasında belirtmiştir.⁴⁷ Zorunlu din dersine muafiyet getirilmesi sorunu çözmediği gibi getirilen muafiyet sisteminin de hak ve özgürlüklere uygun olması gereklidir. Mahkeme, Norveç'te zorunlu din dersi olan KRL için muafiyet talep edenlere uygulanan "farklılaştırılmış eğitimin" tam muafiyet sağlamadığı için P1-2'deki eğitim hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir.⁴⁸

AİHM zorunlu din dersi konusunda kararlarını verirken öncelikle dini inanç özgürlüğünün ve sınırlamalarının Sözleşmeye uygunluğunun

⁴⁵ AİHM, Folgero ve Diğerleri / Norveç, 15472/02, 2007.

⁴⁶ AİHM, Folgero ve Diğerleri / Norveç, 15472/02, 2007.

⁴⁷ AİHM, Zengin / Türkiye, 1448/04, 2007.

⁴⁸ AİHM, Folgero ve Diğerleri / Norveç, 15472/02, 2007.

incelemesini yapmakta, sonra da eğitim hakkı olarak din dersinin Sözleşmenin genel prensiplerine ve demokratik ilkelere uygunluğunu denetlemektedir. Ayrıca Sözleşmenin ifade özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı gibi diğer hak ve özgürlük ihlali iddiaları varsa onları da incelemektedir. AİHM önüne gelen davada esasen zorunlu din dersinin anlatımında sistematik telkinin olup olmadığını, dini bilgilerin objektif bir biçimde Mahkemenin belirlediği ilkelere göre verilip verilmediğini ve ailelerin inançlarına saygı gösterip gösterilmediğini incelemiştir.

AİHM önüne gelen Zengin/Türkiye davasında öncelikle AİHS’nin 9. maddesinde düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün ihlali ni incelemiştir. Zengin’in başvurusunun incelenmesinde davaya konu olan davacının dini inancını meşru bulup kabul etmiştir. Mahkeme din ya da dini inancın açıklanmaya zorlanması hususunu özellikle zorunlu din dersine yerine getirilen muafiyet sisteminde dikkate almıştır. Kararda muafiyetten yararlanma hakkı tanınan Hıristiyan ya da Yahudilerin anne-babalarının mensubu olduğu dinini açıklamalarının 9. madde ile ilgili sorunlar çıkarabileceği vurgulanmıştır. Mahkeme AİHS’nin 9. madde ihlali ni incelemesine karşın Ek Protokol’ün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkının ihlali göz önünde bulundurarak, 9. madde kapsamında ayrı bir sorunun bulunmadığını belirtmiştir.⁴⁹

AİHM eğitim hakkının ihlali iddiasına neden olan Türkiye’de zorunlu din dersinin içeriğini ve anlatımını ayrıntılı şekilde incelemiştir. Mahkeme, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin içeriğinin ve öğretiminin demokratik ilkelere uygun olmadığına hükmetmiştir. İlk, ders öğretiminde kullanılan kavramlar İslamiyet dinine ayrıcalık tanındığının ve doğru bir din olarak öğretilmediğinin işaretleridir. İkincisi, uygulamada diğer dinlere ait yeterli bilgi verilmektense Kuran’a ve Peygamber’e ait okumalar doğrulayıcı ve inandırıcı bir şekilde öğretilmektedir. Yine, İslamiyet Sünni anlayış merkezinde anlatılmakta ve müfredatta Alevilik ile ilgili yeterli bilgi bulunmamaktadır. Son olarak, derste öğrenciler Kuran’daki sureleri öğrenmeleri ve İslam’ın gusül, abdest ve namaz gibi uygulamalarını yapma zorunluluğu içerisindedirler.⁵⁰

⁴⁹ AİHM, Zengin / Türkiye, 1448/04, 2007.

⁵⁰ AİHM, Zengin / Türkiye, 1448/04, 2007.

Mahkeme zorunlu din dersi içeriğinin ve öğretiminin Sözleşmenin ihlali olduğuna karar verdikten sonra muafiyet sisteminin incelemesine geçmiştir. “Hıristiyan ya da Yahudi Türk öğrencilere” dersten muafiyet tanınmasını Mahkeme dersin çoğulcu ve objektif şekilde anlatılmadığının kabulü şeklinde yorumlamıştır. Ayrıca, ebeveynlerin muafiyet için çocuklarının Hıristiyan ya da Yahudi dinine mensubu olduklarını okul yönetimine bildirmelerini anne babaların inançlarına saygı açısından da sakıncalı bulmuştur. Ayrıca, başvurucunun Alevilik ile ilgisini düşünerek, Mahkeme çocuklarının Sünni İslam’dan farklı bir dini inanışa sahip olan anne babalar için uygun bir çözümün olmadığını ve muafiyet sürecinin dini inançları ortaya çıkaracak şekilde hem çocuk hem de anne baba açısından ağır bir yük yüklediğini belirtmiştir.⁵¹

5. BATILI MODELLER AÇISINDAN TÜRKİYE’DE ZORUNLU DİN DERSİ

Dini eğitim konusunda farklı modeller ve ülke uygulamaları, Türkiye’deki zorunlu din dersi sorununa çözüm konusunda dikkate alınmalıdır. Hem hak ve hürriyetlerin gelişimi hem de laikliğin sağlanması açısından Batı ülkelerin dikkate alınması, hedef ve uygulanabilirlik açısından doğru olacaktır. Okullarda okutulan temel din derslerine ilişkin farklı modeller ve uygulamalar bulunmaktadır.

Din derslerinin zorunlu olup olmaması ayırımından önce din derslerinin hangi kurum tarafından verildiğine bakmak gerekir. Zira, din derslerini veren kurum değiştiği vakit zorunlu olup olmaması da değişecektir. Kabaca bir ayırımla din derslerini veren iki kurumun olduğu söylenebilir: devlet ve özel teşebbüsler/cemaatler. Dini eğitimin devlet tarafından değil özel kurumlar tarafından verildiği ülkeler, ya laikliğin çok katı olarak uygulandığı, ya toplumda çok kültürlülükle beraber çok dini inançlı bir yapının bulunduğu ya da dini inancın geleneksel olarak görülüp modern eğitim sisteminde dini eğitime yer verilmediği ülkelerdir. Bu ülkelere ABD, Japonya ve Fransa örnek verilebilir. Bu ülkelerde

⁵¹ AİHM, Zengin / Türkiye, 1448/04, 2007.

dini eğitim özel okullar ve Kilise gibi dini kurumlar tarafından verilmektedir.⁵²

Din dersinin zorunluluğu uygulaması din derslerinin devlet tarafından verildiği modellerde görülür. Zira devlet eğitimi genel ve zorunludur. Fakat her devlet eğitiminde din dersleri uygulamaları zorunlu değildir, ders seçmeli de olabilir.⁵³ Zorunlu dersler, daha çok bir devletin resmi dininin olduğu ya da topluma egemen hâkim bir inancın bulunduğu ülkelerde görülür. Bu nedenle, zorunlu din dersinin varlığı laiklik ilkesine aykırı olsa da tarihsel ve toplumsal yapıların dini eğitim sistemi üzerindeki sonucudur. Buna karşın isteğe bağlı din dersi modeli, ya da devletin resmi bir dini olmadığı ve hâkim bir dini inancın bulunmadığı modellerde görülür. Bu görüşe göre, bireyin temel hakkı olan istediği dinin eğitimini alma hakkı ancak din derslerinin isteğe bağlı olması durumunda elde edilebilir. İsteğe bağlı olarak verilecek din eğitiminin içeriği, dinler hakkında tarafsız bilgiler verme ve ahlaki değerleri benimsetmeye yönelik olmalıdır. Dini eğitimin devlet tarafından verilmesi ile beraber dini derslerin seçmeli olduğu modeller Avrupa ülkelerinde çoğunlukla uygulanmaktadır. Bu ülkelerde resmi ve özel okullarda dini temel ders bulunmasına karşın, isteğe bağlı seçmelidir. Bu ülkelere İtalya, Portekiz ve İngiltere örnek verilebilir. Bazı ülkelerde de zorunlu din dersinin karşılığında zorunlu ahlak dersi yer almaktadır. Yani din dersi ahlak dersi alınmak kaydıyla seçmeli ya da muafiyet dersidir. Bu ülkelere Almanya, Belçika ve Kanada örnek verilebilir.⁵⁴

Zorunlu din dersinin uygulandığı modellerde dersin içerik ve uygulama bakımından yöntemleri farklılaşır. Dine dayalı öğretme modellerinde, dersin konusunu belirli bir din ya da mezhep oluşturmakta ve söz konusu dinin sevdirmesi, benimsetilmesi amacı güdülmektedir. Bu derslerin adı belirli bir dinin adını taşır, örneğin Katolik Din Dersi, İslam Din Dersi. Din dersinin programları da ilgili dinin temsilcileri tarafından

⁵² ÇAHA, Ömer. (2008), *Bitmeyen Beraberlik: Modern Dünyada Din ve Devlet*, TİMAŞ Yayınları, İstanbul, s.25-30.

⁵³ YÜRÜK, Tuğrul. (2001), “Cumhuriyet Döneminde Din Derslerinin Statüsü ile İlgili Tartışma ve Öneriler”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 1, Sayı 52, s.241-242.

⁵⁴ YÜRÜK, 2011, s.247.

yapılır ya da onaylanır. Dinler hakkında öğretim modelinde, din derslerinde belirli bir din esas alınmamakta, o dini sevdirmek, benimsetmek amacı güdülmemektedir. Bu modelde din dersleri tüm dinler hakkında bilgi vermekle beraber belirli bir mezhep ya da din ağırlıklı olarak anlatılmaktadır. Dinler hakkında öğretim yaklaşımı, çoğunlukla din dersinin öğretim programlarının içinde zorunlu olarak yer aldığı ülkelerde uygulanmaktadır. Din derslerinin başka derslerde verildiği bir başka modelde, dinlerin tanıtımı felsefe, tarih ve sosyoloji gibi derslerin programı içerisinde yer alır.⁵⁵

Dini eğitimin zorunlu olduğu ülkelerde dini bilgilerin öğretimi iki farklı şekilde yapılabilir: zorunlu din dersi ve dini bilgilerin diğer derslerle verilmesi. Resmi okullarda din dersinin zorunlu olduğu ülkeler özellikle Avrupa'da azımsanmayacak kadar çoktur. Bu ülkelere Norveç, Danimarka ve Yunanistan örnek verilebilir.⁵⁶ Bu ülkeler genellikle ya resmi bir devlet dininin ya da devlet kontrolündeki topluma hâkim dinin bulunduğu ülkelerdir. Bu ülkelerde zorunlu din derslerinin okullarda öğretilmesi iki şekilde olabilir: tüm dinler hakkında tarafsız ve eşit yoğunlukta bilginin verildiği ders ya da belirli bir dini inancın baskın olduğu dersler. Hukukun evrensel ilkelerinin doğru uygulanması ve din ve vicdan hürriyetinin korunması için, zorunlu din derslerinin objektif bir biçimde verilmesi ve hâkim dini inançtan farklı inananlara uygulanacak muafiyet dersleri önem kazanmaktadır.

Dini eğitimin devlet gözetiminde bulunduğu Türkiye'de din dersleri resmi okullarda zorunlu olarak okutulmakta ve din ağırlıklı liseler olan İmam Hatip Liseleri hariç dini eğitimin verildiği resmi ve özel bir okul ya da bir model bulunmamaktadır. Laik bir devletin olduğu Türkiye'de İslam hâkim bir inanç olmasına karşın resmi devlet inancı yoktur ve İslam cemaatleri ya da özel kurumları resmi eğitim sistemi içerisinde yer almamaktadır. Bu anlamda, dini eğitim bağlamında Türkiye Batı ülkeleri içerisinde istisna teşkil etmektedir. Bu istisnailiğin temelinde Türkiye'nin Müslüman ama laik bir ülke olması yatmaktadır. Avrupa'da bazı ülkelerde Türkiye'deki gibi belirli bir dine dayalı zorunlu bir ders

⁵⁵ AYDIN, Mehmet Zeki. (2007), "Okulda Din Dersi Tartışmaları", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 51, s.17-22.

⁵⁶ AYDIN, 2007, s.17-22.

olmasına karşın, temel fark olarak dini kurum veya cemaatler bu derslerin öğretilmesinde aktif rol almaktadırlar. Türkiye’nin dini eğitim sistemini ve okullarda okutulan din derslerini karşılaştırdığımızda, din derslerinin zorunlu olduğu, belirli bir dini inanca dayandığı ama bu dersin öğretiminin tamamen devlet tarafından yapıldığı bir dini eğitim modeline ve resmi bir devlet dininin bulunmadığı ve laik olduğu bir ülke modeline rastlanmamaktadır.

Sonuçta, belirli bir dini eğitim sistemi içerisinde Türkiye’de zorunlu din dersi modeli başka hiçbir Müslüman ülkeye benzemediği gibi Batılı devletlerden de temel farklılıkları bulunmaktadır. Bu anlamda, Türkiye’de dini eğitim ve zorunlu din dersi kendine özgü olup tüm siyasal yapıların ve tercihlerin bir sonucudur. Bu nedenle, Türkiye’nin zorunlu din dersi konusunda tek bir tip olarak örnek alacağı bir ülke bulunmamaktadır.

Yine de zorunlu din dersi konusunda Batılı ülkelerin iyi özellikleri alınarak Türk modeline uygulanabilir. Öncelikle, din dersinin zorunluluğu konusunda Avrupa’dakine benzer şekilde seçmeli sistem uygulanabilir. Avrupa’nın bazı ülkelerinde genel bir zorunlu ders olmayıp belirli dinlere ya da mezheplere özgü dersler vardır. Dolayısıyla, bu din ya da mezhebe mensup öğrencilerin kendi inançlarına göre bir din dersi almaları mümkündür. Bu din derslerinin içeriği devlet tarafından değil, o din ya da mezhebin temsilcileri tarafından hazırlanır. Seçmeli din dersi konusunda özgürlükçü bir uygulama da bir kişi istese bile bu kişinin dini inancına uygun bir dersin açılmasıdır. Fakat bu uygulama devletin imkanları dahilindedir. Eğer zorunlu din dersinin devamına karar verilecekse, ya din eğitimi tarafsız olmalı, yani belirli bir dinin ya da mezhebin ağırlığında olmamalı ya da Avrupa’daki gibi temel hak ve hürriyetlere uygun bir muafiyet sistemi getirilmelidir. Yukarıda zorunlu din derslerinin nasıl olması gerektiği AİHS ölçütlerine göre belirtilmişti. Bu konuda ayrıca belirtilebilecek şey, bazı Batılı ülkelerde din dersi içeriğinin demokratik bir şekilde, tüm dini tarafların katılımı ile hazırlanmasıdır. Türkiye’de de din dersinin içeriğinin hazırlanmasında Alevilerden katkı alınabilir ya da en azından Alevi inancına yönelik genel bilgiler ders içeriğinde verilebilir. Eğer ders tarafsız - bilimsel bir şekilde anlatılmak isteniyorsa, felsefe, tarih ya da ahlak derslerinde nasıl bir yakla-

şım izleniyorsa aynısı din dersinde de izlenmelidir. Örnek alınabilecek Batılı muafiyet sistemlerinde ise; öğrencinin ya da velisinin dini görüşlerini açıklayarak ayrımcılığa maruz kalmadığı, başkaca bir sorgulamaya ya da araştırmaya gerek kalmaksızın öğrencinin dilekçe vererek din dersine girmediği, bunun yerine ahlak, tarih ya da benzeri bir derse girdiği uygulamalar bulunmaktadır. Türkiye'deki muafiyet uygulamasında ise, başka bir dine mensup kişiler (Hristiyan ve Museviler) başvurdukları takdirde muafiyetten yararlanabilmektedir. Bu muafiyet farklı mezhepteki veya inançtaki kişiler için söz konusu değildir. Batı'da özel eğitim sisteminin yaygınlaşması zorunlu din dersi sorununu da belirli ölçüde ortadan kaldırmıştır. Belçika örneğinde görüldüğü gibi, özel okullar din derslerinin içeriğini ve denetimini kendisi belirlemekte, din dersinin nasıl öğretileceğini ilan etmekte ve öğrencilerin en baştan kabulünü almaktadır. Fakat bu uygulamanın devletin kontrolünde bulunan bir eğitim sisteminin olduğu Türkiye'de uygulanması zordur.⁵⁷

SONUÇ

Türkiye'de okullarda okutulan temel din dersleri 1982 Anayasası ile birlikte zorunlu hale gelmiştir. Türkiye'de zorunlu din dersi, dini eğitimin bir parçası olarak ülkenin kendine özgü şartları içerisinde siyasal ve hukuk yapılarının bir gereği olarak uygulanmaktadır. Laikliğin korunması doğrultusunda zorunlu din dersi devlet gözetiminde ve denetimindedir. Anayasa Mahkemesi de zorunlu din dersine ilişkin içtihatlarda Anayasal gerekçelere bağlı kalmıştır. Türkiye'de yargı organlarının zorunlu din dersi konusundaki davalarda verdiği kararlar çoğunlukla anayasal ilke ve gerekçelerin doğrultusundadır. Bununla beraber, 2007 yılında AİHM kararı sonrasında başta Danıştay olmak üzere Türk yargısı din dersinin zorunluluğu konusunda hukuka aykırılık yönünde kararlar vermektedir.

Türkiye verdiği kararlara uymakla yükümlü olduğu AİHM kararlarını ve içtihatlarını dikkate almak, mevzuatını buna göre düzenlemekle yükümlüdür. Türk yargısı, kararlar ile zorunlu din dersinin ve uygu-

⁵⁷ Avrupa'da din dersi uygulamaları için bkz. AYDIN, Mehmet Zeki. (2004), "Avrupa Birliği Ülkelerinde Din Öğretimi ve Türkiye ile Karşılaştırılması", *Diyanet Avrupa Dergisi*, Sayı 68, s.14-21.

lama biçiminin hukuksal doğruluğunu onaylarken, AIHM Türkiye’de zorunlu din dersi uygulamasının evrensel hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme içtihatlarına göre, zorunlu din dersi tek başına bir hak ve özgürlük ihlali değildir. Öncelikle dersin anlatımı ve muafiyet sistemi din ve vicdan özgürlüğüne uymalı, din dersi telkin şeklinde anlatılmamalı ve tüm inançlara saygı gösterilmelidir. Eğitim hakkı gereği ise, ders objektif, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde anlatılmalı, zorunlu din dersi müfredat olarak din ve inançlara da yeterince yer vermelidir.

Türkiye’de zorunlu din dersi sorunun çözümü için farklı modellerin ve ülke örneklerin de incelenmesi önemlidir. Okullarda okutulan din derslerine ilişkin eğitim modellerinde; din dersini veren kurum bakımından devlet ve dini cemaat/özel kurumlar, dersin zorunluluğu bakımından zorunlu ve seçmeli din dersleri, dersin öğretimi bakımından dine dayalı ve çoğulcu anlatım sınıflandırması yapılabilir. Türkiye’de dini eğitim ve zorunlu din dersi kendine özgü olup tüm siyasal yapıların ve tercihlerin bir sonucudur. Bu nedenle, Türkiye’nin zorunlu din dersi konusunda tek bir tip olarak örnek alacağı bir ülke bulunmamaktadır. Yapılması gereken bu ülkelerde uygulanan iyi özellikleri alarak kendi özel eğitim modelimize uygulamaktır. Somut olarak, zorunlu din dersinin objektif ve çoğulcu olarak anlatıldığı ve uygun bir muafiyet sisteminin bulunduğu dini eğitim modelleri bu yönleriyle örnek alınabilir.

Anayasal ve yasal dayanaklara karşın, Türkiye’de zorunlu din dersi siyasal ve toplumsal bir sorundur. Sorunun salt bir hukuk sorunu olmadığı ve siyasal gelişmeler sonunda siyasal yapı içerisinde kalıcı sorunlara bağlı olarak geliştiği ortadadır. Sorun, öncelikle Aleviler gibi toplumda Sünni-merkezi İslam inancı dışında bir inanç sahibi olan kişiler tarafından paylaşılan bir toplumsal sorunun parçası olarak düşünülmelidir. Ayrıca, evrensel ilkelere ve AB’ne uyum bakımından da değişiklik şart görünmektedir. Bu nedenle, şimdi uygulanan zorunlu din dersinin değişmeden devam etmesi mümkün değildir. Sorunun çözümü aslında Türkiye’nin bir tercih sorunudur. Zorunlu din dersi uygulamasının anayasal değişikliklerle kaldırılması ile birlikte böyle bir sorunun çözülebileceği düşünülebilir. Fakat bu tercih, laiklik politikası doğrultusunda dini eğitimin devlet tarafından verilmesi uygulaması ile beraber

düşünülmelidir. Hukuki açıdan sorun olanın din dersinin zorunluluğu değil, müfredat ve öğretim bakımından uygulama olduğu unutulmamalıdır. Nitekim AİHM içtihatları da bu yöndedir.

Sonuçta, Türkiye’de din derslerinin zorunluluğu bir sorundur ve bu sorunun çözümü de acil olarak gereklidir. Tavsiyemiz, Batı’daki iyi uygulamaları örnek alarak din derslerini içerik ve anlatım olarak tarafsız ve bilimsel hale getirmektir. Eğer bu yapılmayacaksa temel hak ve hürriyetlere uygun ve farklı mezhepler için geçerli bir muafiyet sistemi getirilmelidir. Din derslerinin zorunluluğu ise bu şartlar sağlanırsa devam edebilir. Bu doğrultuda bir anayasa değişikliği yapılabilir. Türkiye bu konuda bir karar vermek zorundadır.

KAYNAKLAR

- ADALET BAKANLIĞI. (2011), “AİHM Çalışma Ziyareti Raporu”, <http://www.hsyk.gov.tr/etkinlikler/ziyaretler/2011/nisan/Strazburgrapor.pdf> (12 Kasım 2014).
- AİHM Devletlere Göre 2019 Yılı İstatistikleri, https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2019_EN_G.pdf (17 Şubat 2020).
- AKKAN, Bahattin. (2010), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bağlayıcılığı ve Yerine Getirilmesi” Adalet Dergisi, Sayı 36, 42-64.
- AYDIN, Mehmet Zeki. (2007), “Okulda Din Dersi Tartışmaları”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 51, s.7-51.
- AYDIN, Mehmet Zeki. (2004), “Avrupa Birliği Ülkelerinde Din Öğretimi ve Türkiye ile Karşılaştırılması”, Diyanet Avrupa Dergisi, Sayı 68, s.14-21.
- BAHÇEKAPILI, Mehmet. (2013), Yeni Eğitim Sisteminde Seçmeli Din Dersleri Raporu, İlke Yayınları, İstanbul.
- BİLGİN, Beyza. (2001), Eğitim Bilimi ve Din Eğitimi, Gün Yayıncılık, Ankara.
- ÇAHA, Ömer. (2004), “Ana Temalarıyla 1980 Sonrası İslami Uyanış”, Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce 6 İslamcılık, Ed. Tanıl Bora ve Murat Gültekingil, İletişim Yayınları, İstanbul, s.476-493.
- ÇAHA, Ömer. (2008), Bitmeyen Beraberlik: Modern Dünyada Din ve Devlet, TİMAŞ Yayınları, İstanbul.
- EVREN, Kenan, (2000). “Kahramanmaraş Konuşması”, 27 Aralık 1985, Seçme Konuşmalar, Doğan Kitap, İstanbul.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve GÖLCÜKLÜ, Feyyaz (2004), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref ve TAN, Turgut. (1998), İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- GÜNDÜZ, Turgay. (1998), “Türkiye’de Cumhuriyet Dönemi Din Eğitimi ve Öğretimi Kronolojisi (1923-1998)”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 543-557.
- HÜRRİYET, 12 Temmuz 2012.
- HÜRRİYET, 18 Aralık 2012.

HÜRRİYET, 21 Aralık 2012.

KAYMAKCAN, Recep. (2006), "Türkiye'de Din Eğitimi Politikaları Üzerine Düşünceler", EKEV Akademi Dergisi, Sayı 27, s.21-36.

MARDİN, Şerif. (2013), Türkiye'de Toplum ve Siyaset, İletişim Yayınları, İstanbul.

MİLLİYET, 8 Eylül 2011.

ÖZBUDUN, Ergun. (2004), Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZENÇ, Berke. (2006), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnanç Özgürlüğü, Kitap Yayınevi, İstanbul.

YÜRÜK, Tuğrul. (2001), "Cumhuriyet Döneminde Din Derslerinin Statüsü ile İlgili Tartışma ve Öneriler", Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 52, s.239-254.

YARGI KARARLARI

AİHM, Buscarini ve Diğerleri / San Marino, 24645/94, 1999.

AİHM, Folgero ve Diğerleri / Norveç, 15472/02, 2007.

AİHM, Kjeldsen ve Diğerleri / Danimarka, 5095/71, 1976.

AİHM, Zengin / Türkiye, 1448/04, 2007.

AYM, 21.10.1971 tarih ve E.1970/53, K.1971/76.

AYM, 16.09.1998 tarih ve E:1997/62, K:1998/52.

AYM, 20.09.2012 tarih ve E.2012/65, K.2012/128.

Danıştay 8. Dairesi, 15.05.2000 tarih ve E: 1997/6285, K: 2000/3653.

Danıştay 8. Dairesi, 16.02.2000 tarih ve E: 1998/4242, K: 2000/1449.

Danıştay 8. Dairesi, 13.07.2010 tarih ve E: 2009/10610, K: 2010/4213.

Danıştay 8. Dairesi, 28.12.2007 tarih ve E: 2006/4107, K: 2007/7481.

Danıştay 8. Dairesi, 29.02.2008 tarih ve E: 2007/679, K: 2008/1461.

Danıştay 8. Dairesi, 15.05.2009 tarih ve E: 2007/8365, K: 2009/3238.

Danıştay 8. Dairesi, 07/03/2011 tarih ve E: 2008/3682, K: 2011/1323.

Danıştay 8. Dairesi, 21/11/2014 tarih ve E: 2013/4877, K: 2014/9019.

MEVZUAT

10/1/1945 kabul tarihli ve 4695 sayılı 1924 Anayasası.

9/7/1961 kabul tarihli ve 334 sayılı 1961 Anayasası.

7/11/1982 kabul tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

TBMM, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası: Madde Gerekçeli, 2008.

4/11/1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme.

14/6/1973 kabul tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu.

30/3/2012 tarih ve 6287 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

3/3/1340 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu.

Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu, 9/7/1990 tarih ve 1 no’lu Kararı.



BİTCOİNİN SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN BEDEL UNSURU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN*

Öz

Bitcoin, ortaya çıktığı 2009 yılından bu yana ciddi bir şekilde değer kazanmış ve yaygınlaşmıştır. Bu süreçte Bitcoin hakkında bir para mı, emtia mı, bir çeşit teminat mı gibi sorular gündeme gelmiş ve farklı farklı nitelendirmeler yapılmıştır. Halen dünya genelinde Bitcoin için benimsenmiş tek bir tanım/tarif veya nitelendirme bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, taraflardan birinin bir malın mülkiyetini nakletmeyi diğer tarafın da buna karşılık Bitcoinin ile ödeme yapmayı borçlandığı sözleşmelerin nitelendirilmesi de farklılık arz edebilecektir. Zira satış sözleşmelerinde bedelin, bir miktar para olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla Bitcoinin para niteliğinde olup olmadığının ortaya konulması, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu çalışma ile söz konusu meseleye çözüm aranması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, çalışmada öncelikle genel açıklamalardan sonra satış sözleşmesinin bedel unsuru ele alınmıştır. Akabinde Bitcoinin ne olduğu ayrıntılı bir şekilde izah edilmiştir. Nihayet meseleye ilişkin değerlendirmeler ve sonuç yazılarak çalışma tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Bitcoin • Bedel • Para • Elektronik Para • Sanal Para • Kripto Para

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye | Asst. Prof., İnönü University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Malatya, Turkey.

✉ ademyelmen@gmail.com • ORCID 0000-0002-3310-8216

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: YELMEN Adem, "Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 265-294.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE ANALYSIS OF BITCOIN IN TERMS OF CHARGE ELEMENT OF SALES CONTRACTS

Abstract

Since 2009, Bitcoin has gained tremendous value and has become widespread. In this process, questions such as money, commodity, some kind of collateral about Bitcoin have come into question and different qualifications have been made. Currently there isn't a single definition/description or qualification adopted for Bitcoin worldwide. As such, the qualification of contracts in which one of the parties owes to transfer the ownership of a good and the other party to pay with Bitcoin may differ. Because in sales contracts, the price is considered to be some money. Therefore, revealing whether Bitcoin is in the form of money is important in terms of determining the quality of the contract. With this study, it is aimed to search for a solution to this issue. In this context, firstly, the charge element of the sales contract is discussed after general explanations. Then, what Bitcoin is explained in detail. Finally, the study is completed by writing the analysis on the matter and the conclusion.

Key Words

Bitcoin • Charge • Money • Electronic Money • Virtual Money • Crypto Money

I. GİRİŞ

Satoshi Nakamoto, 2008'de "*Bitcoin: Bir Denkler Arası Elektronik Nakit Sistemi*" üzerine bir makale yayınlamıştır¹. Nakamoto, burada, özellikle bir finansal kuruluş, hükümet veya diğer merkezlere gitmek zorunda kalmadan ödemelerin bir taraftan diğerine gönderileceği bir sistem önermiştir². Önerisini yayınladıktan bir yıl sonra, Nakamoto bütün Bitcoin kodunu ve iletişim ağını piyasaya sunmuştur³.

¹ NAKAMOTO, Satoshi, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, (ET: 24.07.2017).

² NAKAMOTO, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, (ET: 24.07.2017); LITWACK, Seth, Bitcoin: Currency or Fool's Gold?: A Comparative Analysis of the Legal Classification of Bitcoin, *Temple Int'l & Comp. Law Journal*, Vol. 29:2, 2015, s. 313; GEORGE, Olivia M., Bridging Bitcoin's Gender Gap, *New York University Journal of Law & Business*, Vol. 12, Spring 2016, Number 2, s. 425; GLASS, Jeffrey E., What is a Digital Currency?, *The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, Vol. 57, Number 3, 2017, s. 456.

³ LITWACK, s. 314; RON, Dorit/SHAMIR, Adi, Quantitative Analysis of the Full Bitcoin Transaction Graph, <https://eprint.iacr.org/2012/584.pdf>, (ET: 24.07.2017).

Satoshi Nakamoto, 2009'da Bitcoin protokolünü ve yazılımını yaratırken, dünyanın dört bir yanından teknoloji uzmanları ve liberallerden olağandışı bir hayran kitlesinin ilgisini çekmiştir⁴. Herhangi bir hükümet veya tüzel kişilik tarafından desteklenmeyen, merkezi olmayan sanal bir para birimi olan Bitcoin'in ticari değeri, 2010 yılında 0.5 doların altında iken, 2013'te 1.200 doları aşmıştır⁵. 28 Ocak 2020 tarihi itibarıyla ise bir Bitcoin 9.062,00 dolar değerindedir⁶. Ayrıca Bitcoin, dalgalanmalar olmakla birlikte gün geçtikçe diğer para birimleri karşısında değer kazanmaktadır.

Teknolojisindeki devrim niteliğine rağmen Bitcoin, birçok düzenleyici ve yasal sorunu da beraberinde getirmektedir⁷. Bunlardan en önemlisi, birçok ülkenin Bitcoinin yapısını tanımlamakta güçlük çekiyor olmasıdır⁸. Bu bir para mıdır, emtia mıdır, teminat veya güvence midir, bir çeşit ödeme sistemi midir ya da tamamen başka bir şey midir?⁹ Bu noktada Bitcoinin karakteristiğinin belirlenmesi, hangi kanun ve düzenlemelerin kendisine uygulanacağını tayin etmede önemli bir yere sahiptir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Bitcoin para gibi bir değişim aracı olarak kullanılmaktadır. Uygulamada bir mal karşılığında Bitcoinin ödeme aracı olarak kullanıldığı görülmektedir. O nedenle bu makalede mal karşılığında Bitcoinin ödeme aracı olarak kararlaştırıldığı sözleşmeler, bu amaçla uygulamada en sık kullanılan satış sözleşmesi ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

II. SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN BEDEL UNSURU

Türk Borçlar Kanunu m. 207 hükmünde satış sözleşmesi, "*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme*" şeklinde tanımlanmıştır. Satış

⁴ LİTWACK, s. 309.

⁵ LİTWACK, s. 309-310.

⁶ Bkz. <https://www.doviz.com/bitcoin>, (ET: 27.08.2017, 15.047).

⁷ LİTWACK, s. 310.

⁸ LİTWACK, s. 310.

⁹ LİTWACK, s. 310.

sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir borç sözleşmesidir¹⁰. Satış sözleşmesi geçerli bir biçimde kurulduktan sonra satıcı satılanın zilyetliği ve mülkiyetini nakil borcu altına girerken, bunun karşılığında alıcı bedel ödeme borcu altına girmektedir¹¹. Dolayısıyla bedel, satış sözleşmesinde alıcının asli edimidir¹².

Satış sözleşmesinde bedel, satılan mala karşılık olarak ödenen paradır. Diğer bir ifadeyle bedel, alıcının karşı edim olarak üstlendiği bir miktar paradır^{13,14}. Paradan başka bir şey bedel yerine kararlaştırılmışsa,

-
- ¹⁰ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 28; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2014, s. 53; ZEVKLİER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 30; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019, s. 45; NOMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkay, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2018, s. 48; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2018, s. 15; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2018, s. 70; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Baskı, Ankara 2019, s. 50.
- ¹¹ EREN, s. 26; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 49; ZEVKLİER/GÖKYAYLA, s. 29; KILIÇOĞLU, s. 45; NOMER/ENGİN, s. 48; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 14; ARAL/AYRANCI, s. 65; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 49. Satış sözleşmesi bakımından zilyetliğin devri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ARIKAN, Mustafa/AKÇAAL, Mehmet, Satış Sözleşmesine İlişkin Hükümler Bakımından Zilyetliğin Devri Kavramına İlişkin Değerlendirmeler, SÜHFD., C. 21, S. 2, Y. 2013, s. 163-189.
- ¹² EREN, s. 36; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 54; ZEVKLİER/GÖKYAYLA, s. 3, 36; KILIÇOĞLU, s. 40, 45; NOMER/ENGİN, s. 49-50; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 20, 23; ARAL/AYRANCI, s. 67; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 52.
- ¹³ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt I, 2. Bası, İstanbul 1970, s. 57; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:1/I, 6. Basım, İstanbul 2008, s. 84; SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Cem, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2019, s. 148; EREN, s. 37; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 57; ZEVKLİER/GÖKYAYLA, s. 35; KILIÇOĞLU, s. 45; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 23; NOMER/ENGİN, s. 59; ARAL/AYRANCI, s. 167; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 55; YAVUZ, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara 2018, s. 585; KAYAR, İsmail, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri Özel Borç İlişkileri, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara 2019, s. 265; REMZİ, Mehmet/AYDIN, Sezer, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2019, s. 49; AKÇAAL, Mehmet, Borçlar Kanununa Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi, TBBĐ., 2014 (110), s. 62.

bu durumda özellikle isimli sözleşmeler bakımından sözleşmenin niteliği değişir¹⁵ ve trampa (mal değişim sözleşmesi) veya karma sözleşme ortaya çıkar¹⁶. Dolayısıyla satış sözleşmesinin tanımında bir unsur olarak yer alan bedel ifadesi ile anlatılmak istenilen bir miktar paradır.

Para (birimi) ise, *“yasal olarak tasarlanan, dolaşıma(tedavüle) sokulan ve geleneksel şekilde kullanılıp bir değişim aracı olarak kabul edilen herhangi bir ülkenin metal ya da kâğıt parası”* şeklinde tarif edilmektedir¹⁷. Görüldüğü üzere, paradan söz edebilmek için arkasında kanunî bir otorite, bir ülke olması gerekmektedir. Bunun yanında, tedavüle sokulmuş olması, geleneksel bir şekilde kullanılması ve ayrıca bir değişim aracı olarak kabul edilen kâğıt veya metal bir obje olması gerekmektedir¹⁸.

Paranın tanımı bu şekilde olmakla birlikte, çeşitli alt türlerde para tanımlamaları bulunmaktadır. Konunun izahı açısından bunlara değinmek ve resmi olarak kabul edilen bir değer olup olmadıklarını ele almak

¹⁴ Yargıtay, bir içtihadı birleştirme kararında altını bir “emtia” olarak nitelendirmiş olup, altının “ödemeler için para” niteliğinde olmadığına hükmetmiştir. İBK., T. 04.06.1941, E. 45, K. 1. Bkz. RG. T. 04.06.1941, S. 4825.

¹⁵ FEYZİOĞLU, s. 57; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, s. 148; EREN, s. 37; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 57; ZEVKLİER/GÖKYAYLA, s. 36; KILIÇOĞLU, s. 45; GÜMÜŞ, Ders Kitabı, s. 23; NOMER/ENGİN, s. 61.

¹⁶ TANDOĞAN, s. 84; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, s. 148; EREN, s. 37; NOMER/ENGİN, s. 61; KILIÇOĞLU, s. 45; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 56; KAYAR, s. 265; REMZİ/AYDIN, s. 49. Mal Değişim (Trampa) sözleşmesi ile ilgili ayrıca bkz. SEROZAN, Rona, Mal Değişim Sözleşmesi, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt -4-5 (Madde 207-392), (Editörler Kurulu: ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, H. Murat), 3. Bası, İstanbul 2019, s. 2718 vd.

¹⁷ LİTWACK, s. 311. Paranın tanımı ve unsurlarının açıklanması ile ilgili ayrıca bkz. YURTÇİÇEK, Mehmet Sıddık, Hukuki Açından Elektronik Para, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 28 vd.; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Elektronik Para, Sanal para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış, İÜHFİM., C. LXXIII, S.2, 2015, s. 175 vd.; AYAN, Serkan, Ödeme, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 2-3 (Madde 83-206), (Editörler Kurulu: ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, H. Murat), 3. Bası, İstanbul 2019, s. 1393.

¹⁸ Paranın değeri kendisini oluşturan maddeden bağımsızdır. YURTÇİÇEK, s. 35. Bunun yanında, paranın sadece fonksiyon olarak mevcut olduğu ve para kavramı bakımından onu oluşturan maddenin önemli olmadığı ifade edilmektedir. BARLAS, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 7.

gerekmektedir. Şu hâlde elektronik para, sanal para ve kripto para ifadelerinin açıklanması isabetli olacaktır.

6493 Sayılı Kanun m. 3/ç gereğince elektronik para, *“Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu Kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri”* ifade etmektedir. Elektronik para, Avrupa Bankacılık ve Finans Komisyonu tarafından ise, *“elektronik para çıkararak dışındaki gerçek veya tüzel kişi tarafından kabul edilen, ödeme işlemleri yapmak amacıyla alım yapıldıktan sonra muhatabın alacağını gösteren, manyetiği de kapsayacak şekilde elektronik olarak depolanmış parasal değer”* şeklinde tanımlanmıştır¹⁹. Elektronik paralar, elektronik olarak saklanan ve transfer edilebilen paralardır²⁰. Banka hesabındaki elektronik para, kâğıt paraların temsilidir²¹. Diğer bir ifadeyle, elektronik para, paranın dijital karşılığıdır.

Sanal paralar, elektronik paradırlar, ancak sanal paraların temsil ettiği fiziksel bir gerçeklik yoktur²². Dolayısıyla sanal paralar, itibari kâğıt veya metal paraları temsil etmezler. Sanal para, Avrupa Merkez Bankası tarafından *“Herhangi bir merkez bankası, kredi kuruluşu veya e-para kuruluşu tarafından ihraç edilmediği halde, bazı durumlarda paranın yerine kullanılabilen bir değer dijital temsilidir”* şeklinde ifade edilmiştir²³.

Kripto para birimi, *“para birimlerinin üretilmesini düzenleyen ve para transferini doğrulamak için şifreleme tekniklerinin kullanıldığı, merkezi bir bankadan bağımsız olarak çalışan sanal para birimi”* olarak tanımlanmakta-

¹⁹ Directive 2009/110/EC, m. 2, (Elektronik Para Kuruluşlarının İşlerinin Takibi ve İhtiyati Denetimi ile İlgili Direktif) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32009L0110>, (ET: 24.07.2017). Benzer tanımlar için bkz. YURTÇİÇEK, s. 125 vd.

²⁰ BOZKURT YÜKSEL, s. 184; ÇARKACIOĞLU, Abdurrahman, Kripto Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, Aralık 2016, s. 6.

²¹ BOZKURT YÜKSEL, s. 197; ÇARKACIOĞLU, s. 6; YURTÇİÇEK, s. 80.

²² BOZKURT YÜKSEL, s. 197; ÇARKACIOĞLU, s. 7; YURTÇİÇEK, s. 126.

²³ ÇARKACIOĞLU, s. 8. Ayrıca Bkz. Virtual Currency Schemes – a Further Analysis, European Central Bank, February 2015, s. 25. Bkz. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>, (ET: 26.08.2017).

dır²⁴. Kriptoloji, en genel anlamıyla bir şifreleme bilimidir²⁵. Gizli tutulmak istenilen veriler, kriptoloji aracılığıyla değişik tarz ve yöntemler kullanılarak bir sistem dâhilinde şifrelenir²⁶. Bu noktada, kripto para da güvenlik açısından kriptoloji bilimi kullanılan bir sanal para birimidir²⁷.

Paraya yönelik söz konusu tasniflerden sanal ve kripto paralar, mevzuatımızın para tanımına girmemektedir. Mevzuatımızın hukuken değer atfettiği, diğer bir ifade ile para olarak kabul ettiği gerçek para ile elektronik paradır.

Para ödemelerine yönelik ise, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlemeler bulunmaktadır²⁸. Gerçekten de TBK. m. 99/I hükmü uyarınca, konusu para olan borç ülke parası ile ödenir. Ülkemiz açısından geçerli olan para birimi Türk Lirası'dır. TBK. m. 99/II'ye göre, "*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödeme yapılması kararlaştırılmışsa, sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir ifade bulunmadıkça borç, ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parasıyla da ödenebilir.*". TBK. m. 99/III'e göre ise, "*Ülke parası dışında başka bir para birimiyle belirlenmiş ve sözleşmede aynen ödeme ya da bu anlama gelen bir ifade de bulunmadıkça, borcun ödeme gününde ödenmemesi üzerine alacaklı, bu alacağının aynen veya vade ya da fiilî ödeme günündeki rayiç üzerinden Ülke parası ile ödenmesini isteyebilir.*". Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası (TCMB) tarafından alım satım konu yapılan yabancı para birimleri 18 tanedir²⁹. Bununla birlikte, TCMB alım satım konu olmayan yabancı para birimlerine ilişkin kurları da bilgi amaçlı yayınlamaktadır³⁰.

²⁴ Oxford Living Dictionaries, Bkz. <https://en.oxforddictionaries.com/definition/cryptocurrency>, (ET: 27.07.2017).

²⁵ Bitcoin, Editör: ÖKELİ, Hande/HAKMAN, Can/YILMAZ, Sema, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 18.

²⁶ Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 18.

²⁷ Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 18.

²⁸ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, s. 1390 vd.

²⁹ Bkz. http://www.tcmb.gov.tr/kurlar/kurlar_tr.html, (ET: 26.08.2017).

³⁰ Bkz.

<http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TCMB+TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Doviz+Kurlari/Alim+Satim>, (ET: 26.08.2017).

Bedelin kaydı para ile yani çek, posta çeki, banka havalesi veya kredi kartı ile ödenmesi mümkündür³¹. Tarafların bedelin nakit para yerine kaydı (elektronik) para olarak ödenmesi üzerinde anlaşmaları, sözleşmenin niteliğini değiştirmez³². Çünkü kaydı (elektronik) paranın gerçek bir para karşılığı bulunmaktadır.

III. BİTCOİN

A. GENEL OLARAK

Yukarıda da değinildiği üzere, Bitcoin, kısmen anonim, bağımsız ve merkezi olmayan sanal bir para birimidir. Bitcoin, tanıtımından kısa bir süre sonra yasadışı ürün satışlarında kullanılır hale gelmiştir³³. Çünkü Bitcoin, alıcılar ve satıcılar arasındaki anonim işlemleri kolaylaştıran ve ne tür malların satılabileceğine ilişkin az sayıda kısıtlama koyan çevrimiçi pazarlarda tercih edilir olmuştur³⁴. Bunun neticesi olarak da Bitcoin erken ve olumsuz bir itibarla anılmak suretiyle yasadışı işlemlerle ilişkilendirilmiştir³⁵. Bununla birlikte, 2012'de Wordpress, PayPal'ın ve birçok kredi kuruluşunun çok sayıda ülkeyi dışlaması sebebiyle, hesap güncellemeleri için bir ödeme yöntemi olarak Bitcoin kabul etmeye başlamıştır³⁶. 2014 yılında 1.3 milyar dolar gelir sağlayan bir çevrimiçi perakende şirketi olan Overstock.com, Bitcoin bir ödeme seçeneği olarak eklemiştir³⁷. Aynı şekilde Microsoft da Bitcoin ile ödeme kabul etmektedir³⁸. Dell, 2014'te Bitcoin ödeme seçeneklerine eklemiştir ve şuan Bitco-

³¹ EREN, s. 37; SEROZAN/BAYSAL/SANLI, s. 150-151; NOMER/ENGİN, s. 60-61.

³² GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 24; NOMER/ENGİN, s. 60-61.

³³ SCHROEDER, Jeanne L., Bitcoin and the Uniform Commercial Code, University of Miami Business Law Review, Vol. 24:1, 2015-2016, s. 4-5; LİTWACK, s. 315; GLASS, s. 459; BURGE, Mark Edwin, Apple Pay, Bitcoin and Consumers: The ABCs of Future Public Payments Law, Hastings Law Journal, Vol. 67, August 2016, s. 1534-1535; WISEMAN, Scott A., Property Or Currency? The Tax Dilemma Behind Bitcoin, Utah Law Review, No. 2, 2016, s. 423.

³⁴ LİTWACK, s. 315.

³⁵ SCHROEDER, s. 5; LİTWACK, s. 315; GLASS, s. 459.

³⁶ Pay Another Way: Bitcoin, <https://en.blog.wordpress.com/2012/11/15/pay-another-way-bitcoin/>, (ET: 24.07.2017).

³⁷ LİTWACK, s. 315; SCHROEDER, s. 7; WISEMAN, s. 422.

³⁸ Bkz. <https://support.microsoft.com/tr-tr/help/13942/microsoft-account-add-money-with-bitcoin>, (ET: 18.08.2017).

ini kabul eden dünyanın en büyük e-ticaret iş hacmini yönetmektedir³⁹. Japon havayolu şirketi Peach Aviation, uçak bileti ödemelerinde Bitcoin kabul etmektedir⁴⁰. Eylül 2012'den itibaren, ticari faaliyet yürüten yaklaşık olarak 80.000 gerçek/tüzel kişi Bitcoin'i bir ödeme aracı olarak kabul eder hale gelmiştir⁴¹.

B. BITCOİNİN NİTELİĞİ ve ÖZELLİKLERİ

Bitcoin, yeni bir ödeme sistemini bizlere sunan bir konsensus ağı ve tamamen kriptolanmış sanal bir paradır⁴². Bitcoin, bilgisayar teknolojilerinin dinamikleri ile oluşturulmuştur ve onun basılı karşılığı bulunmamaktadır⁴³. Sahibi ve merkezi bir otoritesi bulunmayan ve gücünü kullanıcılarından alan ilk denkler arası ödeme yöntemidir⁴⁴. Bir kullanıcının perspektifinden bakılacak olursa, Bitcoin normal parayla internetten alışveriş yapmaya benzer⁴⁵.

Kullanıcı açısından Bitcoin, kişiye özel bir Bitcoin cüzdanı veren ve bu cüzdan ile kullanıcılar arasından Bitcoin alıp yollamaya yarayan bir uygulamadan veya bilgisayar programından farklı değildir⁴⁶. Bitcoin'i göndermek ve almak için kullanıcılar, Bitcoin cüzdanlarını indirip kullanır; bu da, kullanıcıların Bitcoin alması için adresler oluşturmasına izin verir⁴⁷. Bitcoin cüzdanının birkaç çeşidi bulunmaktadır⁴⁸. Bunlardan

³⁹ Dell, newegg start accepting bitcoin as payment, <https://www.digitaltrends.com/web/dell-newegg-start-accepting-bitcoin-payment/>, (ET: 24.07.2017).

⁴⁰ Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 50.

⁴¹ SHANDROW, <https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017).

⁴² Bitcoin nedir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nedir>, (ET: 24.07.2017).

⁴³ <https://prod-edxapp.edx-cdn.org/assets/courseware/v1/a9880097852fb1b23a06ea1296679d06/asset-v1:BerkeleyX+CS198.1x+2T2018+type@asset+block/Week1Slides.pdf>, (ET: 01.09.2018).

⁴⁴ Bitcoin nedir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nedir>, (ET: 24.07.2017).

⁴⁵ Bitcoin nedir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nedir>, (ET: 24.07.2017).

⁴⁶ Bitcoin nasıl çalışır? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nasil-calisir>, (ET: 24.07.2017).

⁴⁷ Choose your bitcoin wallet, <https://bitcoin.org/en/choose-your-wallet>, (ET: 24.07.2017).

⁴⁸ Bitcoin cüzdan çeşitleri için bkz. Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 35-37.

ilki, bilgisayara veya telefona indirilen bir programdır. Bir diğeri web tabanlı, çevrimiçi cüzdanlardır. Bunlara internet üzerinden erişim sağlanıp kullanılır. Son olarak, fiziksel veya donanım olarak cüzdanlar bulunmaktadır. Bunlarda Bitcoinler, çevrimdışı olarak saklanmaktadır. Söz konusu cüzdanlar, kişisel verilerinizi içermez. Böylece anonimlik yani hesaba kimin sahip olduğunun bilinmemesi sağlanmış olur.

Bitcoinin en önemli özelliklerinden biri blok zincirinin kullanımını içermesidir⁴⁹. Blok zinciri, kısaca değer içeren verilerin güvenli bir şekilde depolanması ve yönetilmesi için tasarlanmış bir teknolojidir⁵⁰. Bu teknoloji, evrensel bir hesap defteri gibi işlem yapabilecek bir yapıdadır⁵¹. Bitcoin ağı "blok zinciri" adı verilen bu ana hesap defterini paylaşır⁵². Bu hesap defteri, bir bilgisayara ve internete erişimi olan herkesin görebileceği merkezsiz bir kamu defteridir⁵³. Bu defterde, Bitcoinin oluşturulmasından bu yana yapılan bütün işlemlerin kaydı yer almaktadır ve bu kayıtlar programı indiren herkes tarafından kullanılabilir⁵⁴. Bu

⁴⁹ MCLEOD, Sean, Bitcoin: The Utopia or Nightmare of Regulation, *The Elon Law Review*, Vol. 9:2, 2017, s. 555; GREENWALT, Sean, Bitcoin: The Conflicting Currency, *Lincoln Memorial University Law Review*, Vol. 4, Fall 2016, Issue 1, s. 85; GEORGE, s. 425; HAMPTON, Sam, Undermining Bitcoin, *Washington Journal of Law, Technology & Arts* Volume 11, Issue 4 Winter 2016, s. 336; HOLCOMB, Ian A., Bitcoin's Standing Within the Global Regulatory and Economic Marketplace, *Currents Int'l Trade Law Journal*, Vol. 23, 2016, s. 56; MCCALLUM, Bennett T., The Bitcoin Revolution, *Cato Journal*, Vol. 35, 2015, s. 349; SCHROEDER, s. 11; GLASS, s. 488; BURGE, s. 1529; ALLEN, Hilary J., \$=€=Bitcoin?, *Maryland Law Review*, Vol. 76, 2017, s. 886; LUTHER, William J., Bitcoin and the Future of Digital Payments, *The Independent Review*, Vol. 20, Number 3, Winter 2016, s. 401; WISEMAN, s. 426; BOZKURT YÜKSEL, s. 200; YURTÇIÇEK, s. 267; YARDIMCI, Taner Emre, İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi, *AHBVÜHFD*, C. XXIII, Y. 2019, S. 3, s. 100-101.

⁵⁰ Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 54.

⁵¹ Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 54.

⁵² Bitcoin nasıl çalışır? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nasil-calisir> (ET: 24.07.2017).

⁵³ MCLEOD, s. 555; GLASS, s. 489, ÇEKİN, Mesut Serdar, Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?, *İHM.*, 77(1), 2019, s. 323.

⁵⁴ MCLEOD, s. 555; HAMPTON, s. 336; GREENWALT, s. 85; HOLCOMB, s. 56; GLASS, s. 489; ÇEKİN, s. 323.

defter ayrıca kullanıcının bilgisayarının bir işlemin geçerliliğini doğrulamasına izin verir⁵⁵. Her işlemin gerçekliği gönderen adrese karşılık gelen sanal imzalarla korunur ve bu suretle tüm kullanıcıların kendi Bitcoin adreslerinden Bitcoin gönderebilmelerine imkân tanınır⁵⁶. Bu durum, aynı zamanda Bitcoin kullanıcılarının diğer Bitcoin kullanıcılarına yaptıkları ödemelerin, aracı olarak bir banka veya kredi kartı şirketi gibi herhangi bir üçüncü tarafa gerek olmadığı anlamına gelir⁵⁷. Basitçe ifade etmek gerekirse, Bitcoin, kripto bir para, blok zinciri (block chain) ise kasadır. Bitcoin, blok zinciri üzerinde muhafaza ve transfer edilmekte ve burada bütün kayıtlar teknolojik olarak tutulmaktadır.

Bitcoin kullanımının üç temel amacı vardır. Bunlar, maliyet, güvenlik ve anonimlik⁵⁸. Birincisi, Bitcoin işlemleri, diğer dünya çapındaki ödeme sistemlerinde mevcut işlemlerden daha düşük maliyetlidir⁵⁹. Mevcut ödeme sistemlerinin daha yüksek işlem maliyeti, büyük oranda hükümetin yönetmeliği, bazı sistemlerin tekelleşmesi ve / veya belirli dolandırıcılık önleme sistemlerinin uygulanmasından kaynaklanmaktadır⁶⁰. Daha ucuz işlem maliyetleri ve hükümet desteğinin olmaması sebebiyle Bitcoin, sınır ötesi işlemlerde öncelikle tercih edilen konuma gelebilmektedir⁶¹. İkincisi, Bitcoin işlemleri, kriptografi ve bağımsızlığı

⁵⁵ Bitcoin nasıl çalışır? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nasil-calisir> (ET: 24.07.2017).

⁵⁶ Bitcoin nasıl çalışır? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nasil-calisir> (ET: 24.07.2017).

⁵⁷ MCLEOD, s. 555; GEORGE, s. 425; MA, Di, Taking a Byte out of Bitcoin Regulation, Albany Law Journal, Vol. 27:1, 2017, s. 7; PRENTİS, Mitchell, Digital Metal: Regulating Bitcoin as a Commodity, Case Western Reserve Law Review, Vol. 66, Issue 2, 2015, s. 612; HAMPTON, s. 337; SCHROEDER, s. 10; BURGE, s. 1529.

⁵⁸ LİTWACK, s. 314; HOLCOMB, s. 56.

⁵⁹ GRİNBERG, Reuben, Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency, Hastings Science & Technology Law Journal, Vol. 4:1, Winter 2012, s. 160; SHANDROW, Kim Lachance, 5 Reasons Merchants Should Start Accepting Bitcoin Now, <https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017); McLeod, s. 565-566; George, s. 428; MA, s. 7; Bitcoinin avantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017); LİTWACK, s. 314; MCCALLUM, s. 350; WİSEMAN, s. 427; YURTÇİÇEK, s. 270.

⁶⁰ LİTWACK, s. 314.

⁶¹ LİTWACK, s. 314; GRİNBERG, s. 160; SHANDROW, <https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017).

aracılığıyla son derece güvenlidir⁶². Bu işlemler, geri alınamaz ve müşterilerin kişisel veya gizli bilgilerini içermez⁶³. Böylece kimlik hırsızlığı gündeme gelmez. Ayrıca habersiz veya istenmeyen ödemelerin alınabilmesi mümkün değildir⁶⁴. Bunların yanında Bitcoin kullanıcıları, Bitcoinlerini şifreleyerek veya yedekleyerek koruyabilir⁶⁵. Üçüncü olarak, Bitcoinin bağımsız ve merkezi olmayan yapısı kısmi anonimliği sağlar⁶⁶. Dünyanın her yerinde, her zaman, anında herhangi bir miktar Bitcoin gönderip almak mümkündür⁶⁷. Banka tatilleri, sınırlar ve zorunlu limitler bulunmamaktadır⁶⁸. Bitcoin, kullanıcılarına paralarını bütünüyle-tam kontrol etme imkânı sunar⁶⁹.

Bitcoinin temelde beş farklı edinme şekli vardır. Bunlardan ilki, mal veya hizmet karşılığında ödeme almaktır. Bitcoin ödemeleri, Bitcoin cüzdanına ödeme miktarı ve alıcı adresi girilerek gönderilebilir⁷⁰. İkinci olarak, "Bitcoin Exchange"⁷¹den Bitcoin satın alınabilir. Üçüncüsü, size

⁶² VOORHEES, Erik, Is Bitcoin Trully Decentralized? Yes – and Here Is Why Its Important, <https://bitcoinmagazine.com/articles/bitcoin-trully-decentralized-yes-important-1421967133/>, (ET: 24.07.2017); Bitcoinin avantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

⁶³ HAMPTON, s. 337; YURTÇİÇEK, s. 269-270; Bitcoinin avantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017); SHANDROW, <https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017).

⁶⁴ Bitcoinin avantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

⁶⁵ Bitcoinin avantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017)

⁶⁶ LİTWACK, s. 314; GRİNBERG, s. 160; SHANDROW, <https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017); GREENWALT, s. 85; MCCALLUM, s. 349.

⁶⁷ Bitcoinin avantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

⁶⁸ Bitcoinin avantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017); SHANDROW, <https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017); MCCALLUM, s. 349.

⁶⁹ Bitcoinin avantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

⁷⁰ Bitcoin ödemesi yapmak ne kadar zordur? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-odemesi-yapmak-ne-kadar-zordur>, (ET: 24.07.2017).

⁷¹ Bkz. <https://www.buybitcoinworldwide.com/>, (ET: 24.07.2017). Ayrıca internette bitcoin alım satımının yapıldığı onlarca site bulunmaktadır.

yakın birinden Bitcoin alıp ona Bitcoin satabilirsiniz⁷². Dördüncüsü, Bitcoin ATM'leri üzerinden Bitcoin alım satımı yapılabilmektedir⁷³. Son olarak, rekabetçi madencilik yoluyla Bitcoin kazanılabilir⁷⁴.

Yeni Bitcoinler "madencilik"⁷⁵ adı verilen rekabetçi bağımsız yönetilen bir işlemle oluşturulur⁷⁶. Bu işlem şahısların hizmetleri karşılığı ağ tarafından ödüllendirilmesidir⁷⁷. Bitcoin madencileri işlemleri gerçekleştirir, özel donanımlar kullanarak ağ güvenliğini korur ve karşılığında yeni Bitcoinler alır⁷⁸.

Bitcoin, paranın karakteristik özelliklerini (dayanıklılık, taşınabilirlik, takas edilebilirlik, limitli sayıda olma, bölünebilir olma ve tanınabilir olma) taşır, fiziksel özelliklere (altın veya gümüş gibi) güvenmek ya da merkezi otoriteye (para birimleri gibi) bel bağlamak yerine matematiksel özelliklere dayanır⁷⁹. Herhangi bir ülkenin merkez bankasına bağlı olmadığı için, ülkelerin ekonomilerinden etkilenmez. Bu haliyle bir para

⁷² Buy and sell bitcoins near you, bkz. <https://localbitcoins.com/>, (ET: 24.07.2017).

⁷³ İlk Bitcoin ATM'si Canada'da açılmıştır. Ülkemizde de 2013 yılında Atatürk Havalimanında Bitcoin ATM'si açılmış ve alım satım yapımına başlamıştır. Bkz. Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 41.

⁷⁴ Bitcoin ile madenciler, matematik problemlerini çözmek için özel bir yazılım kullanıyor ve karşılık olarak belirli miktarda bitcoin kazanıyorlar. Bkz. <https://www.bitcoinmining.com/>, (ET: 24.07.2017).

⁷⁵ Madencilik, işlemlerin gerçekleşmesini sağlamaya, ağı güvenli kılmaya ve herkesi birlikte sistemde senkronize bir şekilde tutmaya yarayan hesaplama gücü işlemidir. Herkes özel olarak oluşturulmuş programları bilgisayarında çalıştırarak madencilik yapabilir. Madencilik uygulaması kişiden kişiye işlem ağının akışını sağlar ve bu işlemlerin onaylanmasına yardımcı olur. Bitcoin madencileri daha hızlı onaylama sağladıklarından kullanıcılardan işlem ücreti hak etmek için yaparlar ve sabit bir formüle göre yeni yaratılan Bitcoinleri kazanırlar. Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-madenciligi-nedir>, (ET: 25.07.2017).

⁷⁶ MCLEOD, s. 556; GREENWALT, s. 85; HOLCOMB, s. 57; SCHROEDER, s. 12; Bitcoinler nasıl oluşturulur? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinler-nasil-yaratilir>, (ET: 25.07.2017); GLASS, s. 489; BURGE, s. 1530; ALLEN, s. 887; WISEMAN, s. 421.

⁷⁷ MCLEOD, s. 556; WISEMAN, s. 421; Bitcoinler nasıl oluşturulur? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinler-nasil-yaratilir>, (ET: 25.07.2017).

⁷⁸ GRİNBERG, s. 163; HOLCOMB, s. 57; MCLEOD, s. 556; ALLEN, s. 887; Bitcoinler nasıl oluşturulur? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinler-nasil-yaratilir>, (ET: 25.07.2017); WISEMAN, s. 421.

⁷⁹ Bitcoinlerin neden değeri vardır? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-neden-degeri-vardir>, (ET: 25.07.2017).

formu olabilmek için gerekli olan tek şey güven ve benimsemedir⁸⁰. Bitcoinin değeri de, onu bir ödeme yöntemi olarak kabul eden insanlardan gelir⁸¹. Dolayısıyla Bitcoin fiyatı arz-talep dengesine göre belirlenmektedir⁸². Bitcoin talebi arttığında fiyat yükselir, talep azaldığında fiyat düşer⁸³.

Ulaşılabilecek maksimum Bitcoin sadece 21 milyondur⁸⁴. Bununla birlikte, işlemler bir Bitcoinin alt üniteleri olarak tekrar adlandırılabilir⁸⁵. Yani 1 Bitcoin içerisinde 1,000,000 bit bulunur⁸⁶. Bitcoinler 8 basamağa kadar ayrılabilir (0.000 000 01) ve ihtiyaç duyulması halinde gelecekte daha ufak ünitelere ayrılabilme potansiyeli vardır⁸⁷.

Bitcoin işlemleri ücretsizdir, ancak işlemin daha hızlı bir şekilde işlemesi için bir ücret eklenebilir⁸⁸. İşlemler, blok zincirdeki bir onay için yaklaşık sekiz ila on dakika sürer⁸⁹.

Her gün birçok işletme Bitcoin kullanmaya başlamakta açıklanan avantajlarından yararlanmaktadır. Bununla birlikte, Bitcoinin birtakım

⁸⁰ Bitcoinlerin neden değeri vardır? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-neden-degeri-vardir>, (ET: 25.07.2017).

⁸¹ Bitcoinlerin neden değeri vardır? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-neden-degeri-vardir>, (ET: 25.07.2017).

⁸² Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-fiyatini-ne-belirler>, (ET: 25.07.2017).

⁸³ Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-fiyatini-ne-belirler>, (ET: 25.07.2017).

⁸⁴ GEORGE, s. 426; MA, 5; PRENTİS, s. 613; GRİNBERG, s. 163; GREENWALT, s. 85; MCNULTY, Lucy, In Bitcoin, We Trust, International Financial Law Review, July/August 2013, s. 4; MCCALLUM, s. 349; HOLCOMB, s. 56. Ayrıca bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-sinirli-sayisinda-bir-kisitlama-olmayacak-mi>, (ET: 25.07.2017); GLASS, s. 487; BURGE, s. 1531; ALLEN, s. 905; LUTHER, s. 400; YURTÇİÇEK, s. 269.

⁸⁵ Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-sinirli-sayisinda-bir-kisitlama-olmayacak-mi>, (ET: 25.07.2017).

⁸⁶ Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-sinirli-sayisinda-bir-kisitlama-olmayacak-mi>, (ET: 25.07.2017).

⁸⁷ MA, s. 5; Ayrıca bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-sinirli-sayisinda-bir-kisitlama-olmayacak-mi>, (ET: 25.07.2017).

⁸⁸ LİTWACK, s. 317; İşlem Ücreti Ne Kadar? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#islem-ureti-ne-kadar>, (ET: 25.07.2017).

⁸⁹ Blockchain, <https://blockchain.info/>, (ET: 24.07.2017); Neden 10 dakika beklemem lazım, bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#neden-10-dakika-beklemem-lazim>, (ET: 25.07.2017).

olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Bitcoinin kabul edilme oranının hala çok yüksek olmamasıdır⁹⁰. Bitcoin kullanan işletmelerin ticaretleri veya işletme faaliyetleri ciddi ölçüde fiyatları etkileyebilmektedir⁹¹. Bu da Bitcoinin değerlerinde dalgalanmalara sebep olmaktadır⁹². Ayrıca bir merkezinin olmaması sebebiyle, Bitcoin cüzdanının kaybedilmesi veya şifrelerin unutulması ya da sahibinin ölümü halleri Bitcoinin de kaybı anlamına gelmektedir. Bunun yanında, Bitcoin yazılımında devam eden geliştirmeler bulunmaktadır⁹³. Bu da Bitcoinin varlığına ve değerine ilişkin birtakım riskleri beraberinde getirmektedir.

C. BAZI ÜLKELERİN BİTCOİNE YAKLAŞIMI

İngiltere, bazı sınırlamalarla birlikte Bitcoin'i temelde bir para birimi olarak sınıflandırmış ve Bitcoin ile ilgili işlemleri vergiye tâbi tutmuştur⁹⁴.

Japon hükümeti, Bitcoin de dâhil olmak üzere sanal para birimlerini gerçek para olarak resmen tanımış bulunmaktadır⁹⁵.

Almanya, 2013'te Federal Maliye Bakanlığı'nın Bitcoin'i bir hesap birimi veya özel para olarak tanımlamasının ardından, Bitcoin'i bir ödeme mekanizması olarak tanıyan ilk Avrupa ülkesi olmuştur⁹⁶. Dolayısıyla Bitcoin, Almanya'da vergi ve ticaret amaçlı kullanılabilen özel bir para biçimidir⁹⁷.

⁹⁰ Bitcoinin dezavantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-dezavantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

⁹¹ Bitcoinin dezavantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-dezavantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

⁹² Bitcoinin dezavantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-dezavantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

⁹³ Bitcoinin dezavantajları nelerdir? Bkz. <https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-dezavantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

⁹⁴ LİTWACK, s. 322.

⁹⁵ Bkz. <https://cointelegraph.com/news/japan-officially-recognizes-bitcoin-and-digital-currencies-as-money>, (ET: 27.07.2017); MCLEOD, s. 569.

⁹⁶ LİTWACK, s. 323.

⁹⁷ LİTWACK, s. 323. Bununla birlikte, Almanya, bitcoin'i elektronik para olarak görmemektedir. Çünkü Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanununa göre elektronik para, paranın dijital karşılığıdır. Almanya'da hesap birimleri ve dolayısıyla bitcoin ise, yabancı bir para birimi olarak sınıflandırılmamaktadır. LİTWACK, s. 324.

Avustralya’da Bitcoin, bir emtia olarak kabul edilmektedir⁹⁸.

ABD’de Bitcoin’e ilişkin kapsamlı bir düzenleme bulunmamaktadır⁹⁹. Bununla birlikte, bazı kuruluşlar Bitcoin’e yönelik yaklaşımlarını beyan etmişlerdir. Bu kuruluşlar ilki FinCEN’dir¹⁰⁰. FinCEN kılavuzunda Bitcoin ve diğer sanal para birimleriyle ilişkiler, “kullanıcılar, para değişimi yapanlar ve yöneticiler” olmak üzere üç kategoriye ayrılmıştır¹⁰¹. Kullanıcılar, gerçek veya sanal ürün ya da hizmeti Bitcoin ile alan kişilerdir¹⁰². Kullanıcılar, FinCEN düzenlemelerine tâbi değildir ve onların para hizmetleri işletmesi olarak kayıt yaptırmalarına gerek yoktur¹⁰³. Bununla birlikte, para değişimi yapanlar para hizmetleri işletmesi olarak kayıt yaptırmak mecburiyetindedir¹⁰⁴. Bunlar, Bitcoin ortaya çıkaran ve gerçek para birimi karşılığı bir başkasına satan veya Bitcoin karşılığında bir başka kişiden bir para birimini, fonları ya da para biriminin yerini alan diğer değerleri kabul eden ve devrinde yer alan kişilerdir¹⁰⁵. Yöneticiler ise, bir sanal para birimini dolaşıma sokan ve dolaşımdan çekme yetkisine sahip olan kişilerdir¹⁰⁶. Bunların da, para hizmetleri işletmesi olarak kayıt yaptırmaları gerekmektedir¹⁰⁷. Bununla birlikte, daha önce de ifade edildiği üzere, Bitcoinin yönetici olarak tanımlanabilecek bir merkezi yetki birimi bulunmamaktadır.

Amerika’da IRS¹⁰⁸ Bitcoin’i bir varlık olarak nitelendirmekte ve diğer varlıklar gibi vergilendirileceğini belirtmektedir¹⁰⁹. Amerikan Fede-

⁹⁸ Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A’dan Z’ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 63.

⁹⁹ PRENTİS, s. 616.

¹⁰⁰ The Financial Crimes Enforcement Network (Mali Suçlar Uygulama Ağı).

¹⁰¹ PRENTİS, s. 617.

¹⁰² PRENTİS, s. 617.

¹⁰³ PRENTİS, s. 617.

¹⁰⁴ PRENTİS, s. 617.

¹⁰⁵ PRENTİS, s. 617.

¹⁰⁶ PRENTİS, s. 617-618.

¹⁰⁷ PRENTİS, s. 618.

¹⁰⁸ Internal Revenue Service (Milli Gelirler İdaresi).

¹⁰⁹ I.R.S. Notice 2014-21, 2014-16 I.R.B. 938. Bkz. PRENTİS, s. 618; GREENWALT, s. 88; HAMPTON, s. 333; HOLCOMB, s. 60; GLASS, s. 494; BURGE, s. 1532; WISEMAN, s. 418.

ral Yüksek Mahkemesi ise, 2013'ün sonlarında "SEC v. Shavers"¹¹⁰ kararında Bitcoinin para olarak kullanıldığının tespitini yapmıştır. Gerçekten de, Yüksek Mahkeme, Bitcoinin mal veya hizmet satın almak ve bireysel hayat masraflarını ödemek için kullanılabilirdiğini ifade etmiştir. Bu sebeple de, Bitcoin bir para birimi veya paranın bir türü olarak nitelemiştir¹¹¹.

Bolivya, bir hükümet veya yetkili birimlerce çıkarılmaması ve kontrolünün yapılamaması sebebiyle 2014 yılında Bitcoin yasaklamıştır¹¹². Çin de Bitcoinin yasaklamakla birlikte, Bitcoin madenciliğine karşı önlemler de almaktadır¹¹³. Bunlardan başka Bitcoinin yasaklandığı ülkeler arasında Bangladeş, Endonezya ve Tayland bulunmaktadır¹¹⁴.

D. ÜLKEMİZ AÇISINDAN DURUM

Yukarıda ifade edildiği üzere, Bitcoin, fiziki bir varlığı olmayan, sanal nitelik ile ifade edilebilecek kripto bir değişim aracıdır. Bu haliyle ele alındığında, Bitcoinin Ülkemiz mevzuatı açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ülkemiz açısından ele alındığında sanal ve onun bir türü olan kripto paralara yönelik bir değer atfı söz konusu değildir. Bununla birlikte, Ülkemizde elektronik paralara yönelik kabul ve düzenlemeler bulunmaktadır. Gerçekten de, 6493 Sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun¹¹⁵'de elektronik para ile ilgili hükümler yer almaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, 6493 Sayılı Kanun m. 3/ç gereğince elektronik para, "*Elektronik para ihraç eden kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, bu Kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç*

¹¹⁰ SHAVERS, 2013 WL 4028182. Karar için bkz. PRENTİS, s. 620; GREENWALT, s. 87.

¹¹¹ Karar için bkz. PRENTİS, s. 620; GREENWALT, s. 87.

¹¹² Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 62.

¹¹³ Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 63.

¹¹⁴ Bitcoin, Editör: ÖKELİ/HAKMAN/YILMAZ, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02, s. 63.

¹¹⁵ Bkz. RG., T. 27.06.2013 ve S. 28690.

eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri" ifade etmektedir. Bitcoinin söz konusu tanım açısından değerlendirilmesinde, tanımda ele alınması gereken en önemli nokta "elektronik para ihraç eden kuruluş" tur.

Elektronik para ihraç eden kuruluş, 6493 Sayılı Kanun kapsamında elektronik para ihraç etme yetkisi verilen tüzel kişiyi ifade etmektedir¹¹⁶. Söz konusu Kanun'un 18. maddesinde ise, elektronik para ihraç eden kuruluşlara ilişkin ayrıca bir düzenleme mevcuttur¹¹⁷. Burada elektronik para ihraç eden kuruluş olmanın şartları yer almaktadır. Ayrıca bahsi edilen hükümde, elektronik para kuruluşunun faaliyet gösterebilmesi için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'ndan izin alması gerektiği ifade edilmiştir. Bitcoin açısından bakıldığında, söz konusu şartların gerçekleşmediği görülmektedir. Dolayısıyla Ülkemiz mevzuatı açısından da Bitcoinin elektronik para olarak kabulü mümkün değildir.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), ayrıca 25.11.2013 tarih ve 2013/32 sayılı Basın Açıklamasında Bitcoin hakkında bir değerlendirmede bulunmuştur. Buna göre, Kurum, 6493 Sayılı Kanun kapsamında bir değerlendirme yaparak Bitcoinini elektronik para

¹¹⁶ 6493 Sayılı Kanun m. 3/d.

¹¹⁷ Buna göre, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren bankalar, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi ve bu Kanun kapsamında elektronik para çıkarma izni verilen elektronik para kuruluşları dışındaki kişilerin elektronik para ihracı faaliyetinde bulunmaları yasaktır. Bu Kanun kapsamında elektronik para ihraç etmek isteyen elektronik para kuruluşu Kuruldan izin almak kaydıyla faaliyette bulunabilir. Elektronik para kuruluşunun;

- a) Anonim şirket şeklinde kurulması,
- b) Sermayesinde yüzde on ve üzerinde paya sahip olanların ve kontrolü elinde bulunduranların 5411 sayılı Kanunda banka kurucuları için aranan nitelikleri haiz olması,
- c) Pay senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması ve tamamının nama yazılı olması,
- ç) Nakden ve her türlü muvazaadan arı ödenmiş sermayesinin en az beş milyon Türk Lirası olması,
- d) Bu Kanun kapsamındaki işlemleri gerçekleştirebilecek yönetim, yeterli personel ve teknik donanımına sahip olması, şikâyet ve itirazlarla ilgili birimleri oluşturması,
- e) Bu Kanun kapsamında yürütecekleri faaliyetlerin sürekliliğine ve elektronik para kullanıcılarına ilişkin fon ve bilgilerin güvenliğine ve gizliliğine dair gerekli tedbirleri alması,
- f) Kurumun denetimini engellemeyecek şeffaf ve açık bir ortaklık yapısı ve organizasyon şemasına sahip olması, şarttır.

olarak kabul etmemiştir. Kurumun Bitcoin'e yönelik olarak yaptığı tespitlerden ilki, Bitcoinin herhangi bir resmi veya özel kuruluş tarafından ihraç edilmiyor oluşudur. Diğer bir tespit olarak ise, Bitcoinin karşılığı için bir güvence verilmemesi gösterilmiştir. Ayrıca bu duyuruda, Bitcoinin mevcut yapısı ve işleyişi itibariyle 6493 Sayılı Kanun çerçevesinde gözetim ve denetiminin mümkün olmadığı da belirtilmiştir¹¹⁸. Görüldüğü üzere, BDDK, Bitcoin'i elektronik para olarak kabul etmemektedir. Ülke mevzuatımız açısından değerlendirildiğinde ise, BDDK'nın yaklaşımı doğru ve haklı bir yaklaşımdır.

Netice olarak, Bitcoin, Ülke mevzuatımız açısından kabul edilebilecek bir gerçek para değildir. Ayrıca Bitcoin, Ülke mevzuatımızın kabul ettiği "elektronik para" niteliğini de haiz değildir. Dolayısıyla Bitcoinin mevzuatımız çerçevesinde herhangi bir şekilde para olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

IV. DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Bitcoin piyasaya çıktığı 2009 yılından bu yana olağanüstü derecede bir değer artışı göstermiştir. Gerçekten de bir Bitcoinin değeri 0,5 dolardan 20.000 dolarlara kadar çıkmıştır. Bu da başlangıç değerinin yaklaşık 40.000 katı büyüdüğünü göstermektedir. Dahası Bitcoin, ciddi dalgalanmalar olmakla birlikte diğer para birimleri karşısında gün geçtikçe değer kazanmaya devam etmektedir.

Ülkeler ve şirketler Bitcoinin pazar payının giderek büyümesine kayıtsız kalamamış, Bitcoin'e nasıl yaklaşacaklarını belirlemeye çalışmışlardır. Bununla birlikte, yukarıda da izah ve ifade edildiği üzere, Bitcoin'e dünya çapında ortak bir yaklaşım gösterilmiş değildir. Bunun başlıca sebebi, Bitcoinin bağımsız, merkez bankası olmayan, anonim ve tama-

¹¹⁸ Söz konusu basın açıklamasında Bitcoin'e yönelik ayrıca, "Diğer taraftan, Bitcoin ve benzeri sanal paralar ile gerçekleştirilen işlemlerde tarafların kimliklerinin bilinmemesi, söz konusu sanal paraların yasadışı faaliyetlerde kullanılması için uygun bir ortam yaratmaktadır. Ayrıca Bitcoin, piyasa değerinin aşırı oynak olabilmesi, dijital cüzdanların çalınabilmesi, kaybolabilmesi veya sahiplerinin bilgileri dışında usulsüz olarak kullanılabilmesi gibi risklerin yanı sıra yapılan işlemlerin geri döndürülemez olmasından dolayı operasyonel hatalardan ya da kötü niyetli satıcıların suiistimalinden kaynaklı risklere de açıktır. Herhangi bir mağduriyet yaşanmaması adına, yukarıda belirtilen hususların duyurulmasında ve bu çerçevede Bitcoin ve benzeri sanal paraların barındırdığı muhtemel risklerin kamuoyuna hatırlatılmasında fayda mülahaza edilmektedir." ifadelerine yer verilmiştir.

men kripto nitelikte sanal bir para birimi niteliği teşkil etmesidir. Özellikle ülkeler, kendi mevzuatları çerçevesinde Bitcoin'i bir yere oturtmaya çalışmışlar ve ona göre hareket etmişlerdir. Bununla birlikte, bu süreçte nasıl tanımlanırsa tanımlansın, nasıl konumlanırsa konumlansın Bitcoin, mal ve hizmetlerin takasında bir değişim aracı olarak kullanılmaya, diğer bir deyişle bir para rolü oynamaya devam etmiştir ve devam etmektedir. Dünya çapında şirketler ve ticari faaliyet yürütenler, Bitcoin'i bir ödeme aracı olarak kabul etmeye ve kullanmaya başlamışlardır ve Bitcoin halen bu niteliği ile kullanılmaktadır.

Gelişim süreci analiz edildiğinde, Bitcoin'in mevcut yapısı itibarıyla büyüme ve yaygınlaşmaya devam edeceği yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar hükümet politikaları ve mevzuat gereği, Bitcoin'in bir çeşit para niteliğinde olduğu kabul edilme de, devam eden büyüme ve yaygınlaşma karşısında bir noktadan sonra Bitcoin'e karşı direncin kırılması kaçınılmaz olacaktır. Özellikle uluslararası büyük şirketlerin, hızla gelişen Bitcoin'i fark edip, şirketlerini Bitcoin trafiğine açmaları iyi analiz edilmelidir. Bu analiz, gelecekte ülke ekonomilerin dinamikleri içerisinde önemli bir yere sahip olacaktır. Bununla birlikte, kullanıcılar açısından hayati önem taşıyan iki husus bulunmaktadır. Bitcoin piyasasına girilmek istenirse, bunlar göze alınarak girilmelidir.

Bunlardan ilki, Bitcoin'in merkezinin bulunmamasının getirdiği tehlikelerdir. Bitcoin cüzdanı şifresi unutulabilir veya kaybedilebilir ya da fiziki varlığa sahip olan cüzdan da kaybedilebilir. Bu gibi durumlarda Bitcoinlerin kurtarılabilmesi için başvurulabilecek bir merkez bulunmamaktadır. Aynı şekilde, kişi eğer sağlığında Bitcoin cüzdan şifrelerini vasiyet ile belirtmemiş veya mirasçıları ile paylaşmamışsa ölüm halinde de mirasçıların o Bitcoinlere erişme imkânı bulunmamaktadır.

İkincisi, Bitcoin'in piyasa değerinde gerçekleşen fiyat dalgalanmalarıdır. Bitcoin'in değeri arz-talep dengesine bağlı olduğu için, piyasa spekülatif operasyonlara her daim açıktır. Bunun en güzel örneği geçen yıllarda yaşanmıştır. Bir Bitcoin'in değeri dolar bazında dört binlerden yirmi binlere kadar çıkmış daha sonra altı binlere gerilemiştir. Şu an ise dokuz bin dolar düzeyindedir. Arada devasa bir fark bulunmaktadır ve bazıları açısından ciddi kayıplar, bazıları açısından ise ciddi gelirler söz

konusu olmuştur. Niteliği gereği de benzer fiyat dalgalanmaları Bitcoin açısından her daim kapıda bekleyen bir tehlike olarak varlığını sürdürecektir.

Özellikle Ülkemiz açısından ele alındığında, Bitcoin, mevzuat gereği ne gerçek para ne de elektronik para olarak kabul edilmektedir. Üstelik BDDK açıklamasında, tabiri caizse, Bitcoin'e itibar edilmemesi, onun ödeme aracı olarak tercih edilmemesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Bu haliyle değerlendirildiğinde, Ülkemiz mevzuatı açısından, Bitcoinin sözleşmelerin (özelde satış sözleşmesinin) bedel unsurunu teşkil edemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Zira bedel, karşı edim olarak üstlenilen bir miktar paradan başka bir şey değildir. Yukarıda izah edildiği üzere Bitcoin ise, Ülkemiz mevzuatı açısından para olarak nitelenmediğine göre, Bitcoinin mevcut yapıda "bedel" niteliğini taşıması mümkün gözükmemektedir.

Mevcut hukukî yapı çerçevesinde durum izah edilen şekildedir. Bununla birlikte, maddi gerçeklikte taraflar, Bitcoin'e sözleşmelerin bedel unsurunu taşıyacak şekilde itibar etmektedir. Ve Bitcoin, sözleşmeler ile mal ve hizmet değişiminde bir ödeme aracı olarak kullanılmaktadır. Gerçekten de uygulamada yer aldığı sözleşmelerde Bitcoin, bağımsız bir kıymet ölçüsü olarak görülmekte, bir değişim aracı niteliği göstermekte ve değeri ile sözleşme konusu borca karşılık teşkil etmektedir.

Şu durumda bir malın mülkiyet ve zilyetliğinin devrine karşılık Bitcoin verilmesi ile kurulan sözleşmelerin niteliğinin ne olduğunun tespit edilmesi meselesi karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada akla ilk olarak trampa (mal değişim) sözleşmesi gelebilir. Ancak bu nitelemenin yapılabilmesi, Bitcoinin bir tür mal olarak kabul edilmesi ile mümkündür. Bu halde ise, TBK. m. 283¹¹⁹ gereğince, taraflar arasındaki sözleşmeye satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır. Ancak Bitcoin'i bir mal olarak nitelemek, dünyadaki Bitcoin'e yönelik algıya ve kullanım fonksiyonuna tam olarak uygun düşmemektedir. Şu durumda, ülkemiz açısından kabul süreci tamamlanıncaya kadar, Bitcoinin "bir para benzeri"

¹¹⁹ TBK. m. 283: "Satış sözleşmesine ilişkin hükümler, mal değişim sözleşmesine de uygulanır; buna göre taraflardan her biri vermeyi üstlendikleri şey bakımından satıcı, kendisine verilmesi istenilen şey bakımından alıcı durumundadır."

olarak nitendirilerek meselelerin çözüme kavuşturulabileceği yönünde kanaatimiz hasıl olmuştur. Böylece ortaya çıkan sözleşme, bir isimsiz sözleşme olarak nitelendirilse dahi satış sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla taraflar arasındaki ilişkiye uygulanması da gündeme gelebilir.

Bu kapsamda gündeme gelebilecek diğer bir mesele ise, satış sözleşmesinin bedel unsurunun mevzuatça kabul edilen bir para üzerinden kurulup, ifa zamanında ödemenin Bitcoin üzerinden yapılması durumudur. Bu durumda, Bitcoin mevcut yapıda para olarak kabul edilemediği için, ifa yerine edim veya ifa uğruna edim gündeme gelir.

KISALTMALAR CETVELİ

AHBVÜHFD.	: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Article
BDDK.	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
Bkz.	: Bakınız
E.	: Esas
ET.	: Erişim Tarihi
FinCEN.	: The Financial Crimes Enforcement Network (Mali Suçlar Uygulama Ağı)
IRS.	: Internal Revenue Service (Milli Gelirler İdaresi)
İBK.	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHM.	: İstanbul Hukuk Mecmuası
K.	: Karar
m.	: madde
p.	: page
RG.	: Resmî Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD.	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCMB.	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
Vol.	: Volume

KAYNAKLAR

- AKÇAAL, Mehmet : Borçlar Kanununa Göre Ön Ödemeli Taksitle Satış Sözleşmesi, TBBD., 2014 (110), s. 57-108.
- ALLEN, Hilary J. : \$=€=Bitcoin?, Maryland Law Review, Vol. 76, 2017, p. 877-939.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Ankara 2018.
- ARIKAN, Mustafa/AKÇAAL, Mehmet: Satış Sözleşmesine İlişkin Hükmüler Bakımından Zilyetliğin Devri Kavramına İlişkin Değerlendirmeler, SÜHFD., C. 21, S. 2, Y. 2013, s. 163-189.
- AYAN, Serkan : Ödeme, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 2-3 (Madde 83-206), (Editörler Kurulu: ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA, Emre/DEVELİOĞLU, H. Murat), 3. Baskı, İstanbul 2019, m. 99.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, (Sözleşmeler Hukuku), Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Dipnotlu 4. Baskı, Ankara 2019.
- BARLAS, Nami : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: Elektronik Para, Sanal para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış, İÜHF., C. LXXIII, S.2, 2015, s. 173-220.

- BURGE, Mark Edwin : Apple Pay, Bitcoin and Consumers: The ABCs of Future Public Payments Law, *Hastings Law Journal*, Vol. 67, August 2016, p. 1493-1550.
- ÇARKACIOĞLU, Abdurrahman : Kripto Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, Aralık 2016.
- ÇEKİN, Mesut Serdar : Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?, *İHM.*, 77(1), 2019, s. 315-341.
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin : Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt I, 2. Bası, İstanbul 1970.
- GEORGE, Olivia M. : Bridging Bitcoin's Gender Gap, *New York University Journal of Law & Business*, Vol. 12, Spring 2016, Number 2, p. 424-457.
- GLASS, Jeffrey E. : What is a Digital Currency?, *The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property*, Vol. 57, Number 3, 2017, p. 455-517.
- GREENWALT, Sean, : Bitcoin: The Conflicting Currency, *Lincoln Memorial University Law Review*, Vol. 4, Fall 2016, Issue 1, p. 81-110.
- GRINBERG, Reuben : Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency, *Hastings Science*

- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : *Bitcoin & Technology Law Journal*, Vol. 4:1, Winter 2012, p. 160-208.
- : *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I*, 3. Baskı, İstanbul 2013, (Kısaltılmışı: Gümüş, Borçlar Özel).
- : *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı*, İstanbul 2015, (Kısaltılmışı: Gümüş, Ders Kitabı).
- HAMPTON, Sam : *Undermining Bitcoin*, *Washington Journal of Law, Technology & Arts* Volume 11, Issue 4 Winter 2016, p. 331-354.
- HOLCOMB, Ian A. : *Bitcoin's Standing Within the Global Regulatory and Economic Marketplace*, *Currents Int'l Trade Law Journal*, Vol. 23, 2016, s. 56-68.
- KAYAR, İsmail : *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümleri Özel Borç İlişkileri, Güncellenmiş 11. Baskı*, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M. : *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2019.
- LITWACK, Seth : *Bitcoin: Currency or Fool's Gold?: A Comparative Analysis of the Legal Classification of Bitcoin*, *Temple Int'l & Comp. Law Journal*, Vol. 29:2, 2015, p. 309-348.
- LUTHER, William J. : *Bitcoin and the Future of Digital Payments*, *The Independent Review*, Vol. 20, Number 3, Winter 2016, p. 397-404.

- MA, Di : Taking a Byte out of Bitcoin Regulation, Albany Law Journal, Vol. 27:1, 2017, p. 1-31.
- MCCALLUM, Bennett T. : The Bitcoin Revolution, Cato Journal, Vol. 35, 2015, s. 347-356.
- MCLEOD, Sean : Bitcoin: The Utopia or Nightmare of Regulation, The Elon Law Review, Vol. 9:2, 2017, p. 553-578.
- MCNULTY, Lucy : In Bitcoin, We Trust, International Financial Law Review, July/August 2013, p. 30-34.
- NAKAMOTO, Satoshi : Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, (ET: 24.07.2017).
- NOMER, Haluk Nami/ENGİN, Baki İlkay: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1: Satış Sözleşmesi, 1. Fasikül, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2018.
- PRENTİS, Mitchell : Digital Metal: Regulating Bitcoin as a Commodity, Case Western Reserve Law Review, Vol. 66, Issue 2, 2015, p. 609-638.
- RON, Dorit/SHAMİR, Adi : Quantitative Analysis of the Full Bitcoin Transaction Graph, <https://eprint.iacr.org/2012/584.pdf>, (ET: 24.07.2017).
- SEROZAN, Rona : Mal Değişim Sözleşmesi, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt 4-5 (Madde 207-392), (Editörler Kurulu: ÖZ, Turgut/ACAR, Faruk/GÖKYAYLA,

- Emre/DEVELİOĞLU, H. Murat), 3. Bası, İstanbul 2019, m. 282-284.
- SEROZAN, Rona/BAYSAL, Başak/SANLI, Kerem Cem: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2019.
- SHANDROW, Kim Lachance : 5 Reasons Merchants Should Start Accepting Bitcoin Now, <https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017)
- SCHROEDER, Jeanne L. : Bitcoin and the Uniform Commercial Code, University of Miami Business Law Review, Vol. 24:1, 2015-2016, p. 3-79.
- TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt:1/I, 6. Basım, İstanbul 2008.
- VOORHEES, Erik : Is Bitcoin Truly Decentralized? Yes – and Here Is Why Its Important, <https://bitcoinmagazine.com/articles/bitcoin-truly-decentralized-yes-important-1421967133/>, (ET. 24.07.2017);
- WISEMAN, Scott A. : Property Or Currency? The Tax Dilemma Behind Bitcoin, Utah Law Review, No. 2, 2016, p. 417-440.
- YARDIMCI, Taner Emre : İcra Takıbi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi Ve Borçlunun Bitcoininin Haczedilmesi, AHBVÜHFD., C. XXIII, Y. 2019, S. 3, s. 97-128.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2014.
- YAVUZ, Nihat : Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara 2018.

YURTÇİÇEK, Mehmet Sıddık : Hukuki Açından Elektronik Para, 2. Baskı, Ankara 2015.

ZEVKLİER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017.

Bitcoin, Editör: ÖKELİ, Hande/HAKMAN, Can/YILMAZ, Sema, A'dan Z'ye Yeni Bilgiler Dergisi, S. 2018-02

<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>, (ET: 24.07.2017).

<https://eprint.iacr.org/2012/584.pdf>, (ET: 24.07.2017).

<https://www.doviz.com/bitcoin>, (ET: 27.08.2017, 15.047).

<https://en.blog.wordpress.com/2012/11/15/pay-another-way-bitcoin/>,
(ET: 24.07.2017).

<https://support.microsoft.com/tr-tr/help/13942/microsoft-account-add-money-with-bitcoin>, (ET:18.08.2017).

<https://www.digitaltrends.com/web/dell-newegg-start-accepting-bitcoin-payment/>, (ET: 24.07.2017).

<https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-dezavantajlari-nelerdir>,
(ET: 24.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nedir>, (ET: 24.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-nasil-calisir>, (ET: 24.07.2017).

<https://bitcoin.org/en/choose-your-wallet>, (ET: 24.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-odemesi-yapmak-ne-kadar-zordur>,
(ET: 24.07.2017).

<https://www.entrepreneur.com/article/237026>, (ET: 24.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-avantajlari-nelerdir>, (ET: 24.07.2017).

<https://bitcoinmagazine.com/articles/bitcoin-truly-decentralized-yes-important-1421967133/>, (ET. 24.07.2017).

<https://www.buybitcoinworldwide.com/>, (ET: 24.07.2017).

<https://localbitcoins.com/>, (ET: 24.07.2017).

<https://www.bitcoinmining.com/>, (ET: 24.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoin-madenciligi-nedir>, (ET: 25.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinler-nasil-yaratilir>, (ET: 25.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-neden-degeri-vardir>,
(ET: 25.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinin-fiyatini-ne-belirler>, (ET: 25.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#bitcoinlerin-sinirli-sayisinda-bir-kisiltlama-olmayacak-mi>, (ET: 25.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#islem-ucreti-ne-kadar>, (ET: 25.07.2017).

<https://blockchain.info/>, (ET: 24.07.2017).

<https://bitcoin.org/tr/sss#neden-10-dakika-beklemem-lazim>,
(ET: 25.07.2017).

<https://cointelegraph.com/news/japan-officially-recognizes-bitcoin-and-digital-currencies-as-money>, (ET: 27.07.2017).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32009L0110>,
(ET: 24.07.2017).

<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>,
(ET: 26.08.2017).

<https://en.oxforddictionaries.com/definition/cryptocurrency>,
(ET: 27.07.2017).

http://www.tcmb.gov.tr/kurlar/kurlar_tr.html, (ET: 26.08.2017).

<http://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TCMB+TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Doviz+Kurlari/Alim+Satim>, (ET: 26.08.2017).

İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇU (TCK m. 84)

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER*

Öz

İntihara yönlendirme suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 84 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddede birbirinden farklı unsurlara sahip üç ayrı suç tipine yer verilmiştir. Birinci fıkrada, intihara azmettirme, teşvik etme, başkasının intihar kararını kuvvetlendirme ve başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım etme fiilleri yaptırma bağlanmıştır. Üçüncü fıkrada intihara teşvik etme, dördüncü fıkrada ise intihara sevk ve mecbur etme fiilleri yaptırım altına alınmıştır. Bu çalışmada, aynı madde içerisinde düzenlenen fakat birbirinden farklı unsur ve özelliklere sahip olan bu suç tipleri inceleme konusu yapılacaktır. Maddenin düzenleme tekniğindeki aksaklıklar, bu suç tipi bağlamında uygulamada birtakım sorunlara yol açabilmektedir. Billhassa çalışmamızda, anılan suç tiplerine ilişkin problemlerli noktaların ortaya konulması, tartışmalara ilişkin doktrindeki görüşler ve yargı uygulamalarından örnekler verilerek olması gereken hukuk açısından ortaya çıkan sorunlara ilişkin çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İntihar • İntihara Yönlendirme • İntihara Alenen Teşvik • İntihara Sevk Etme • İntihara Mecbur Etme

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Marmara University, Faculty of Law, Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law, Istanbul, Turkey.

✉ zafericer@marmara.edu.tr • ORCID 0000-0002-2628-9055

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: İÇER Zafer, "İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m.84)", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 295-347.

📄 **İntihal** | **Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

DIRECTING TO SUICIDE (TURKISH CRIMINAL CODE ART. 84)

Abstract

The crime of suicidal orientation is in Article 84 of the Turkish Penal Code. The article includes three different types of crime with different elements. In the first paragraph, the actions of persuasion, incitement, strengthening someone else's suicide decision, and assisting someone else's suicide in any way were sanctioned. In the third paragraph, the incitement of suicide and in the fourth paragraph, suicide referral and forced actions were sanctioned. In this study, these types of crime, which are organized within the same article but have different elements and characteristics, will be examined. Problems in the regulation technique of the article may cause some problems in practice in the context of this crime type. In particular, our study aimed to reveal the problematic points regarding the mentioned crime types, to provide solutions for the problems that arise in terms of law by giving examples from the doctrine on the discussions and examples of the judicial practices.

Key Words

Suicide • Suicidal Orientation • Public Encouragement to Suicide • Referral to Suicide • Oblige to Suicide

I. GİRİŞ

İntihar, sözlük anlamı itibariyle “bir kimsenin toplumsal ve ruhsal nedenlerin etkisi ile kendi hayatına son vermesi”¹ anlamına gelmektedir. İntihar kavramının İngilizce’de karşılığı “suicide” olup bu kavram ilk kez 1662 yılında kullanılmıştır². Bu kavramın kullanıldığı ilk yazılı kaynak, *Menski*’nin 1680 tarihli *Thesaurus* isimli eseridir³. Bir insanın, kendi hayatına son vermesi, ortaçağda Latince *sui homicido* (kendini öldürme) veya *sui ipisus homicidum* (kendini öldürme yöntemi) sözcükleri ile ifade edilmiştir. Kişinin kendi kendini öldürmesi, dilimize Tanzimat dönemindeki eserlerde geçen “*intihar*” kavramı ile girmiştir⁴. İntihar kelimesi, Arapça kökenli olup “*hayvanın boğazını keserek öldürme, boğazlama*” anlamına gelen “*nahr*” kelimesinin türemesi sonucu ortaya çıkmıştır⁵.

¹ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

² <http://www.intihar.de/nedir.htm> (e.t.:29.12.2018).

³ <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/intihar> (e.t.:29.12.2018).

⁴ <http://www.intihar.de/nedir.htm> (e.t.:29.12.2018).

⁵ <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/intihar> (e.t.:29.12.2018).

Dünya Sağlık Örgütü, intiharı; “tamamlanmış intiharlar” ve “intihar girişimleri” şeklinde ikiye ayırmıştır. Buna göre, tamamlanmış intihar, kişinin ölmesi anlamına gelmektedir. İntihar girişimleri ise, kişinin kendini yok etmek ve zarar vermek amacı ile gerçekleştirdiği ölümcül olmayan tüm istemli girişimlerdir⁶. Uluslararası Ruh Sağlığı Enstitüsü tarafından ise, intihar, üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Bunlar “tamamlanmış intihar”, “intihar girişimi” ve “intihar fikri”dir⁷.

Kişinin kendi hayatına son vermesi, yani intihar fiili, ceza kanunumuzda cezalandırılmamıştır. Bu fiilin cezalandırılmamasının sebebi, çeşitli gerekçelerle açıklanabilir⁸:

⁶ **Bulut, Erkut Ragıp-Küçüker, Hüdaverdi-Bulut, Necati Serkut**, “İntiharın Kısa Tarihçesinden Sebep ve Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, Cumhuriyet Tıp Dergisi, 2012/34, s.129.

⁷ **Bulut-Küçüker-Bulut**, s.129.

⁸ **Erem, Faruk**, “Ceza Hukukunda İntihar”, Yargıtay Dergisi, C: 16, S: 4, Ekim 1990, s.490; **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer**, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt: I, 3. Bası, İstanbul 2016, s.84; **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2010, s.35; **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2018, s.200; **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet Emin- Çakır, Kerim**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2019, s.167 vd.; **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s.153; **Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s.171; **Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998, s.87, 88; **Artuk, Mehmet Emin**, “İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, Yıl 1994, s.129; **Koca, Mahmut**, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 12, Nisan 2010, s.19; **Öntan, Yaprak**, “İntihara Yönlendirme Suçları”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt: II, Ankara 2015, s.846; **Şen, Ersan**, “İntihara Yönlendirme”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1836064-intihara-yonlendirme>; **Özen, Muharrem-Şahin, Meral Ekici**, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi • Yıl:68 • Sayı: 2010/4, s.17; **Özen, Mustafa**, “İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 16, Ağustos 2011, s.33; **Ersoy, Uğur**, “İntihara Yönlendirme Suçu”, TBB Dergisi, 2018 (136), 92, 93; **Ömeroğlu, Ömer**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi, Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3–4 (2011), s.95; **Akcan, Esra Alan**, “Ötanazi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 1, Yıl 2013, s.4; **Ömeroğlu, Ömer**, “Hukuksal Açından Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 3–4 (2009), s.92.

İlk olarak, intihar ederek hayatına son vermiş bir kimseyi cezalandırmak fiilen mümkün değildir. İntihar, kişinin kendi hayatına son vermesi olduğundan, ölmüş bir kimse cezalandırılmayacaktır. O halde, ölmüş bir kimsenin yaptırımı tabi tutulması anlamına gelecek bir ceza hukuku düzenlemesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Öte yandan, intihar ölümle neticelenmeyip teşebbüs aşamasında kalırsa, bu kişiyi cezalandırmak, cezadan beklenen faydaları sağlamayacaktır. Zira, ceza yaptırımının amacı, temel olarak genel ve özel önlemeyi sağlamaktır. Özel önleme amacının bir uzantısı olarak, kişinin bir daha bu eylemi yapmaması ve cezaevinde ıslah edilerek infaz sonrası topluma uyumunun kolaylaştırılması hedeflenir. Halbuki, intihar eden kişi çoğu zaman böyle bir eyleme psikolojik ve ruhsal sorunları nedeniyle girişir. Bu kimsenin kendi hayatına son vermek istemesi dolayısıyla yaptırımı tabi tutulması, özel önleme amacı açısından bir fayda getirmeyecektir.

Aynı zamanda, böyle bir durumda, kişinin ıslahından ziyade, suçlu bir kişiliğe bürünmesi ihtimali daha yüksektir. Bu açıdan, intihara girişen kişiler bakımından ceza hukuku yaptırımının uygulanması gereksiz ve anlamsızdır.

Diğer taraftan, intihara girişmiş olan kimseyi cezalandırmak, yakınlarının da cezalandırılması anlamına gelebileceğinden, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi açısından mahsurludur.

İntihara girişen kişi, hayatta kalırsa cezalandırılacağını düşüneceğinden, bu durum onu ölüme teşvik edecek ve ceza normu amaçladığı fonksiyonu yerine getirememiş olacaktır.

Tüm bu gerekçelerle, pek çok ülkede olduğu gibi TCK'da da "intihar etme fiili" suç olarak düzenlenmemiş, intihar eden kişinin de cezalandırılması kabul edilmemiştir.

İntihar fiili başlı başına suç olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, bireylerin intihar düşüncesine sevk edilmesi, onların intihara girişmelerine yol açılması, bu hususta yönlendirilmeleri, yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve genel sağlık hakkı açısından hem haksızlık oluşturmakta hem de tehlikeli kabul edilmektedir. Bir kimseye hayatına son verme fikri verdirilmesi ya da bu yönde bir düşüncesi olan kimselerin bu düşüncelerinin desteklenmesi, yaşam hakkının ihlali kadar olmasa da, bu hak açısından

risk oluşturan ve bu hakkı tehlikeye düşüren bir mahiyet arz etmektedir. Bu sebeple, TCK'nın 84 üncü maddesinde intihara yönlendirme suçuna yer verilmiştir⁹.

Türk Ceza Kanunu'nun 84 üncü maddesi; *“(1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar” şeklinde düzenlenmiştir.

84 üncü maddenin gerekçesinde; *“canlı türü olarak insan, hayatını sürdürme konusunda bir içgüdüye sahiptir. Ancak, algılama yeteneğinin olmaması nedeniyle veya yakalandığı hastalıktan kaynaklanan acı ve ızdırabın etkisiyle kişide hayatını sona erdirmeye yönelik bir eğilim ortaya çıkabilir ve bunu bir irade açıklamasıyla ortaya koyabilir. Belirtmek gerekir ki, kişinin bu şartlar altında hayatını sona erdirmeye yönündeki iradesinin hukukî geçerliliği söz konusu değildir. Başka bir deyişle, belirtilen durumlarda hukuken muteber bir iradeden söz etmek mümkün değildir. Ahlâken tasvip edilmeyen bir tasarruf olan intihar veya intihara teşebbüs olgusu, bizatihi cezalandırılabilir bir davranış niteliği taşımamaktadır. Buna karşılık, bir başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin bu fiilleri cezalandırılabilir niteliktedir.”* denilmiştir.

84 üncü maddenin başlığı “intihara yönlendirme” olmakla birlikte, yönlendirme teşkil eden davranışlar (intihara azmettirme, teşvik etme,

⁹ Suç tipi için bkz. **Hafizoğulları-Özen**, s.64 vd.; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.84 vd.; **Koca-Üzülmmez**, s.151 vd.; **Artuk**, s.113 vd.; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.171 vd.; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.200 vd.

karar kuvvetlendirme, yardım etme) maddenin 1 inci fıkrasında yaptırma bağlanmıştır.

Maddenin 3 ve 4 üncü fıkralarındaki suçlar ise, 1 inci fıkrada yer verilen suçtan unsurları itibariyle farklı özellikler göstermektedir. Bu sebeple, aynı madde başlığı altında yaptırma bağlansa da farklı unsurlara sahip olan bu fiillerin üç ayrı başlık altında incelenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Buna göre, 1 inci fıkrada “*intihara yönlendirme*”, üçüncü fıkrada “*intihara alenen teşvik*”, dördüncü fıkrada ise “*intihara sevk ve mecbur etme*” suçları düzenlenmiş olup, her bir suç tipinin unsurları ve özel görünüş şekilleri ayrı başlıklar altında incelenecektir.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İntihara yönlendirme suçunda korunan hukuki değer, bireylerin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve genel sağlığıdır¹⁰.

Devlet, pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak, bireylerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünü koruma altına almak zorundadır. Türk Ceza Kanunu’nun 81-83, 85, 86-89 uncu maddelerinde, bireyin doğrudan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünü ihlale yönelen davranışlar yaptırma bağlamıştır.

84 üncü maddede ise, doğrudan yaşam hakkına yönelmeyen ancak yaşam hakkının bizzat birey tarafından sonlandırılması riski oluşturan haksız davranışlar yaptırım altına alınarak, yine aynı hukuki menfaatler güvence altına alınmak istenmiştir¹¹.

III. İNTİHARA YÖNLENDİRME SUÇU (m.84/1)

1. Suçun Unsurları

A. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

a. Fiil

İntihara yönlendirme suçunun düzenlendiği 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında yaptırım altına alınan davranışlar, bir başkasını “*intihara*

¹⁰ Erem, s.493; Koca, s.25; Centel-Zafer-Çakmut, s.86; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.171; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.167, Özen, s.36; Ersoy, s.92, 93; Öntan, s.849.

¹¹ Koca-Üzülmez, s.154, 155.

azmettirmek”, “intihara teşvik etmek”, “intihar kararını kuvvetlendirmek”, “intihara herhangi bir şekilde yardım etmek” şeklinde belirtilmiştir.

Maddede yazılı hareketlerden birinin icrası suçun oluşumu bakımından yeterlidir, bu yönüyle suç tipi seçimlik hareketlidir¹². Seçimlik hareketlerden birden fazlasının icrası durumunda, bu husus 61 inci madde kapsamında göz önünde bulundurulmalıdır¹³.

84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında sayılan davranışlar, TCK'nın genel hükümler kısmında düzenlenen suça iştirak türü olarak şeriklik sayılan fiillerdir. 38 inci maddede¹⁴ “azmettirme”, 39 uncu maddede¹⁵ ise

¹² **Hafızoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara 2015, s.65; **Toroslu**, s.36; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.87; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.169; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.202.

¹³ “Evli ve iki çocuk babası olan 31 yaşındaki sanık Bilal ile 16 yaşındaki mağdur Kader'in arkadaşlık yapmasını ailelerinin onaylamaması üzerine, Bilal'in 11.03.2010 tarihinde Kader'in telefonuna mesaj çekerek “benimle her şeye var mısın” dediği, Kader'in de "evet” şeklinde cevap vermesi üzerine, bu kez de mağdureden öldürecek bir ilaç getirmesini istediği, 12.03.2010 tarihinde Kader'in evden 4 kutu ilaç olarak okul çıkışı Bilal ile buluştuğu, birlikte Mersin'den Erdemli'ye gittikleri, burada bir pansiyonda kaldıkları, 14.03.2010 tarihinde Bilal'in Kader'e ilaçları getirip getirmedini sorduğu, Kader'in de getirdiğini söylemesi üzerine ilaçları paylaştıkları, önce Kader'in içmeye başladığı, Bilal'in de ilaçları içtiği, bir süre sonra hastaneye gittikleri ve tedavi sonucu yaşama döndürüldükleri olayda, intihar etmeyi sanık Bilal'in teklif ettiği ve intihar etmekte kullanılan ilaçları sanığın isteği üzerine mağdurenin temin ederek getirdiği anlaşılmakla, sanığın eylemine uyan intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği düşünülmeksizin, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi” **Yarg. 1. CD., 04.12.2013, 2013/4118, 2013/7481**.

¹⁴ **TCK madde 38:** “(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hallerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.”

¹⁵ **TCK madde 39:** “(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

“yardım etme”, suça iştirakin türleri olarak düzenlenmiştir. Ceza hukukunda “şeriklik” olarak adlandırılan azmettirme ve yardım etme halinde, kişinin cezalandırılabilmesi için bağıllık kuralına ihtiyaç bulunmaktadır.

Bağıllık kuralı, TCK'nın 40 ıncı maddesinde¹⁶ düzenlenmiş olup, bu kural, yalnızca suça azmettirme ve yardım etme şeklindeki iştirak türlerinin cezalandırılabilirliğinin koşullarını belirlemektedir. İntihar fiili suç oluşturmadığı için, intihara yönlendirme teşkil eden davranışların da suça iştirak kabul edilerek 38, 39 ve 40 ıncı maddeler çerçevesinde cezalandırılabilmesi mümkün olamamaktadır. Bu sebeple, kanun koyucu intihar fiili bakımından özel hükümler kısmında bağımsız bir suç tipine yer vermek suretiyle, bu ihtiyacı karşılamak istemiştir¹⁷.

İntihara azmettirme ve yardım etme oluşturan davranışların cezalandırılabilmesi bakımından, 40 ıncı maddedeki koşulların varlığına ihtiyaç olmayıp, suçun unsurlarının değerlendirilmesinde, bizatihi özel hüküm niteliğinde bulunan 84 üncü maddede öngörülen unsurlar göz önünde bulundurulmalıdır¹⁸. Zira, 40 ıncı madde suça iştirakin cezalandırılabilme koşullarını düzenleyen genel bir hükümdür. Oysa 84 üncü maddede, iştirakin türlerini oluşturan davranışlar tipik hareketler olarak öngörülmüş olup, özel hüküm-genel hüküm ilişkisi çerçevesinde, suç

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:
a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek. b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak. c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak.

¹⁶ **TCK madde 40:** “(1) Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

(2) Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

(3) Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir”.

¹⁷ **Erem**, s.491, 492; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.201; **Artuk**, s.130; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.171; **Öntan**, s.847.

¹⁸ Aksi yönde bkz. **Artuk-Gökcen-Alşahin-Çakır**, s.169.

tipinin unsurları değerlendirilirken, 40 ıncı maddenin göz önünde bulundurulması mümkün değildir.

Öte yandan, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki davranışların sergilenmesi sonucunda herhangi bir somut tehlike ya da neticenin gerçekleşmemesinin aranmamış olması, bu suçun sırf hareket suçu ve konu yönünden soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğini göstermektedir. Kanımızca, korunan hukuki değeri daha etkili bir şekilde koruma gayesiyle kanun koyucu böyle bir düzenleme tarzı benimsemiş olabilir. Ancak, bu düzenleme tarzı, hukuki değeri ihlal etme kastı taşımayan alelade davranışların bu suç kapsamında değerlendirilmesi sonucunu ortaya çıkarabileceğinden, sorunlu bir nitelik arz etmektedir. Bu açıdan, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında bu sorunu ortadan kaldıracabilecek bir değişiklik yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

aa. İntihara Azmettirme

İntihara azmettirme, intihar düşüncesi ve kararı bulunmayan bir kimseye bu kararın verdirilmesine yönelik davranışların sergilenmesi anlamına gelmektedir¹⁹. Azmettirme, icra davranışla işlenebilecek olup, ihmalî hareketle azmettirme olmaz²⁰.

Azmettirme ciddi olmalı ve kişinin intihara girişmesine yol açacak düzeyde belirli bir ağırlığa sahip olmalıdır. Kişinin, aklında intihar düşüncesi bulunmamaktayken, kişiyi bu yönde düşünmeye sevk eden davranışlar intihara azmettirme kapsamında değerlendirilebilir. Fail, kişinin intihar kararı almasını sağlama kastıyla hareket etmeli ve davranışı neticesinde muhatabın intihar kararı alabileceğini bilmeli ve istemelidir²¹. Örneğin, failin bir tartışma ve kavga dolayısıyla mağdura "seni getirsem

¹⁹ Erem, s.494; Hafızoğulları-Özen, s.65; Koca-Üzülmez, s.158; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.170; Toroslu, s.37; Centel-Zafer-Çakmut, s.87, 88; Tezcan-Erdem-Önok, s.203; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.173; Özen, s.37; Öntan, s.852.

²⁰ Tezcan-Erdem-Önok, s.207.

²¹ "Sanık ile mağdurun sözlü oldukları, mağdurun evlenmekten vazgeçmesi nedeniyle sanığın, mağdura farklı tarihlerde tehdit ve hakaret içeren mesajlar gönderdiği, 5237 sayılı TCK.nun 84/1. maddesinde belirtilen intihara yönlendirme suçunun ne şekilde oluştuğu açıklanmadan, şikayetçinin beyanı alınmadan, resen araştırma ilkesi gereği varsa bu konuda tanık beyanları ve diğer deliller araştırılmadan, sanığın savunmasıyla yetinilerek eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesi" Yarg. 1. CD., 29.11.2017, 2016/3469, 2017/4463.

silahla vuracağım, ben gelmeden kendini vur, bu işi bana bırakma" şeklinde sözler sarf etmesi, intihara azmettirme olarak nitelendirilebilir²². Ancak, dikkat edilmelidir ki, intihara azmettirme, mağdurun tehdit edilmesi

²² "Dosya içeriğine ve tanık ...'nin beyanına göre, ... ilçesinde oturan sanık ... ile maktul ...'ın evli olup, aralarında geçimsizlik bulunduğu, olaydan bir gün önce sanık ...'nin, oğlu ... ile birlikte ... ilçesine gideceğini maktul ...'a söylediği, maktul ...'ın da ..'ye annesi ...'nin evine gidip kalmak istediğini belirttiği, sanık ... ve oğlu ...'nin ... ilçesine, maktul ...'ın ise otobüsle ...'ye gittiği, burada internet üzerinden tanıştığı ve arkadaş olduğu tanık ...'le buluştuğu, sanık ...'yi telefonla arayıp, ...'ye geldiğini, kendisini babasının karşıladığını söyleyerek, geceyi adı geçen tanıkla birlikte bir pansiyonda geçirip, olay günü öğleden önce evine döndüğü, sanık ...'nin cep telefonu ile maktul ...'ı aradığında evde olduğunu öğrenip, eve çabuk gelmesinden şüphelendiği, kayınvalidesi ...'yi telefonla arayarak, bu durumu sorduğu, maktul ...'ın gece onun evinde kalmadığını tespit ettikten sonra, kayınvalidesi ...'den ...'deki eve gelmesini isteyerek "gel konuyu çözelim" dediği, maktul ...'ı da tekrar telefonla arayıp, geceyi kayınvalidesinin evinde geçirmediğini öğrendiğini belirtip, "seni gelirse silahla vuracağım, ben gelmeden kendini vur, bu işi bana bırakma" dediği ve sinkaflı küfürler ettiği, bu telefon görüşmesini o sırada maktul ...'ın yanında bulunan tanık ...'nin de duyduğu, tanık ...'nin maktul ...'ı sakinleştirmeye çalıştığı ve bir süre sonra evden ayrıldığı, maktul ...'ın bulunduğu eve önce maktulün annesi ..., daha sonra ise sanık ... ile oğlu ...'nin geldiği, birlikte maktul ...'ın geceyi nerede geçirdiği konusunda konuşmaya başladıkları, maktulün kaçamaklı cevap vermesi üzerine tartıştıkları, ...'nin maktul ...'ı darp ettiği, gürültüyü duyan komşuların eve gelmesi üzerine birlikte sanık ...'ye ait mobilya dükkanına gittikleri, aynı konuda tartışmaya devam ettikleri, sanık ...'nin maktulden MSN şifresini istemesi, maktulün de MSN şifresini sadece teyzesinin kızı olan tanık ...'e vereceğini söylemesi üzerine sanık ...'nin kabul ettiği, maktul ..., sanık ... ve çocukları ...'nin birlikte eve döndükleri, oturma odasında oturdukları sırada önce sanık ...'nin lavaboya, sonra maktul ...'ın çocuk odasına gittiği, çocuk odasından silah sesi gelmesi üzerine sanık ...'nin lavabodan, çocukları ...'nin ise oturma odasından çıktıklarında koridorda karşılaştıkları, birlikte çocuk odasına gittiklerinde, maktul ...'ın sağ göğsünden isabet eden mermi sonucu yaralandığını ve yakınında tabanca olduğunu gördükleri, sanık ...'nin maktulü kucaklayarak antreye çıkardığı, telefonla 112'yi aradığı, ancak maktulün olay yerinde ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı iç organ ve büyük damar yaralanmasından gelişen iç kanama sonucu öldüğü olayda, maktulün sağ el dış svaplarında atış artıkları bulunduğunun tespit edildiği anlaşılmakla, Sanık ...'nin eşi olan maktul ...'ı tabanca ile öldürdüğüne dair her türlü kuşkudan yeterli ve kesin kanıt elde edilemediği, ancak sanık ...'nin maktul ... ile yaptığı telefon görüşmesi sırasında "seni gelirse silahla vuracağım, ben gelmeden kendini vur, bu işi bana bırakma" şeklindeki sözlerinden bir süre sonra ölümün meydana gelmesi dikkate alındığında, sanık ... hakkında 5237 sayılı TCK.nun 84. maddesi uyarınca intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenle tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA" **Yarg. 1. CD., 02.07.2015, 2014/3770, 2015/4273.**

suretiyle icra edildiğinde, mağdurun bu tehditten başka türlü kurtulma imkânı yoksa ve tehdit bu düzeyde ağır bir nitelik taşıyorsa, intihara azmettirmeden değil “intihara mecbur etme” den söz edilir ve bu ihtimalde fail, kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılır (m.84/4).

Muhatabın ciddiye almasına yol açmayacak nitelikteki davranışların bu suç kapsamında nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu anlamda, kişinin gerçekleştirdiği davranış, korunan hukuki değeri ihlale yönelmiş olmalıdır. Azmettirme teşkil eden davranış, kişinin intihar düşüncesi ve kararı alabilecek ölçüde yoğun bir zihinsel faaliyeti içermeli ve bu düşüncenin benimsenmesi kastı ile icra edilmiş olmalıdır. Bu nitelik taşımayan davranışların “intihara azmettirme” kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmamalıdır.

Yargıtay’ın bir kararında; *“bir süre müştekiyle duygusal beraberlik yaşayan sanığın, ayrılmalarının akabinde müştekiye cep telefonu ile birbirine yakın zamanlarda çektiği mesajlarda hakaret içeren sözlerin yanında, “öldür kendini, aileni bu utançtan kurtar, aileni utanç içinde yaşatma daha fazla, böyle her gün ağlayacaklarına ölünce bir gün ağlar sonra unuturlar, hala hayatta olman şaşırttı beni” şeklinde ifadeler kullandığının sabit olduğu, ancak aralarında bulunan husumet nedeniyle, müşteki ile sanık arasında herhangi bir manevi bağın bulunmadığı, bu nedenle müştekinin sanığın söz, telkin ve teşvikini ciddiye almadığı, herhangi bir intihar girişiminde bulunmadığının anlaşıldığı olayda suçun yasal unsurlarının oluşmadığı, bu nedenle sanık hakkında 5271 sayılı CMK’nun 223/2-a maddesi uyarınca beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı biçimde mahkumiyet kararı verilmesi”* bozma sebebi sayılmıştır²³.

Kanımızca, intihara azmettiren ile muhatap arasındaki ilişkinin mahiyeti, fiilin anlamlandırılmasında ve yorumlanmasında göz önünde bulundurulabilir ise de bizatihi fail ile mağdur arasında manevi bir bağın mevcut olması, suçun oluşumuna engel görülmemelidir. Bu suç, yakın kimseler arasında işlenebileceği gibi, birbirlerini hiç tanımayan kimseler arasında da işlenebilir. Keza bu suç, sırf hareket suçu olarak düzenlendiğinden, mağdurun telkin veya teşviki ciddiye alıp almaması da suçun oluşumuna etki eden bir unsur değildir. Önemli alan, objektif olarak failin davranışının belirli bir ciddiyet ve ağırlığının bulunması, hukuki değeri

²³ Yarg. 1. CD., 25.10.2018, 2018/2727, 2018/4383.

ihlale yönelmiş bir davranış niteliği taşımaktadır. Kanımızca, 84 üncü maddedeki düzenleme tarzı dikkate alındığında, Yerel Mahkemenin vardığı sonuç yerindedir. Buradaki esas problem, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki düzenleme tarzından kaynaklanmaktadır.

İntihara azmettirmeden söz edilebilmesi için, muhatabın bu hususta daha önceden bir niyetinin bulunmamış ve bir karar almamış olması gerekmektedir. Suçun mağduru, hali hazırda intihara niyetlenmişse, intihar kararı almışsa ve fail de bu durumu bilerek kişinin bu niyet ve kararını bir sonraki aşamaya taşımak amacıyla davranışını gerçekleştirmişse, intihara teşvik etme, kararı kuvvetlendirme ya da yardım etmeden bahsedilebilir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda; *“evli ve iki çocuk babası olan 31 yaşındaki sanık Bilal ile 16 yaşındaki mağdur Kader’in arkadaşlık yapmasını ailelerinin onaylamaması üzerine, Bilal’in 11.03.2010 tarihinde Kader’in telefonuna mesaj çekerek “benimle her şeye var mısın” dediği, Kader’in de “evet” şeklinde cevap vermesi üzerine, bu kez de mağdureden öldürecek bir ilaç getirmesini istediği, 12.03.2010 tarihinde Kader’in evden 4 kutu ilaç alarak okul çıkışı Bilal ile buluştuğu, birlikte Mersin’den Erdemli’ye gittikleri, burada bir pansiyonda kaldıkları, 14.03.2010 tarihinde Bilal’in Kader’e ilaçları getirip getirmediğini sorduğu, Kader’in de getirdiğini söylemesi üzerine ilaçları paylaştıkları, önce Kader’in içmeye başladığı, Bilal’in de ilaçları içtiği, bir süre sonra hastaneye gittikleri ve tedavi sonucu yaşama döndürüldükleri olayda, intihar etmeyi sanık Bilal’in teklif ettiği ve intihar etmekte kullanılan ilaçları sanığın isteği üzerine mağdurenin temin ederek getirdiği anlaşılmalı, sanığın eylemine uyan intihara yönlendirme suçundan cezalandırılması gerektiği düşünülmeksizin, yazılı şekilde beraatine karar verilmesi”* bozma sebebi sayılmıştır²⁴.

Kanımızca, somut olayda intihara yardım etme fiili gerçekleşmiş olup, sanığın, intihar sırasında kullanılacak olan öldürücü ilaçları mağdura temin ettirip onun intihar etmesine sebebiyet verdiği olayda, 84 üncü maddedeki suçtan sorumlu tutulması gerekirdi. Bu yönüyle Yargıtay’ın bozma kararı yerindedir.

Kişinin, kendisi bakımından intihar kararı almış olması, bir diğer kişinin de intihar kararı almasını sağlamış ve onun intiharında etkili

²⁴ Yarg. 1. CD., 04.12.2013, 2013/4118, 2013/7481.

olmuşsa, intihara azmettirmeden söz edilmemelidir. Ancak kanımızca bu gibi durumlarda, kişiler arasında bir koruma- gözetim ilişkisi mevcut ise, diğerinin intiharının önlenmemesi dolayısıyla, bir diğer seçimlik hareket olan (ihmali davranışla) intihara yardım etmeden dolayı cezai sorumluluk gündeme gelebilir.

Yargıtay'ın bir kararında; *“Sanık E. D. ile maktul Zeynep'in bir süre önce internette tanıştıkları, Zeynep'in kendisini K. A. olarak tanıttığı ve yazışmalarda erkek gibi davrandığı, bunun sonucunda aralarında duygusal bir ilişkinin geliştiği, bir süre sonra yine internet üzerinden Zeynep'in açıklaması üzerine onun aslında erkek olmadığını öğrenen E. D. önce ilişkiye son vermek istediği, daha sonra ise ilişkiyi sürdürme kararı aldıkları, önce Tokat'ta buluştukları, sonra da birlikte yaşamak için Antalya'ya gidip olaydan yaklaşık bir ay önce orada bir ev tutarak birlikte yaşamaya ve aynı zamanda cinsel yönden de birlikte olmaya başladıkları, bu arada Zeynep'in ameliyatla erkek olmak istediği ve bunun için çaba harcadığı, daha sonra Zeynep'in bunu başaramaması üzerine artık yaşamının anlamsız olduğu yönünde değerlendirmede bulunarak önceden konuştukları birlikte intihar etme fikrini hayata geçirmeye karar verdikleri, Zeynep'in İstanbul'a gidip babasının olduğunu söylediği bir tabanca ile döndüğü, olay günü iki adet intihar mektubu yazıp birlikte kahvaltı yaptıktan sonra, tabanca ile intihar etmek üzere yan yana oturdukları, evvela kimin önce intihar edeceği konusunda konuştukları, ikisinin de bir diğerinden önce intihar etmek istediği, daha sonra Zeynep'in baskın çıkması üzerine, öncelikle Zeynep'in tabancayı alıp kafasına dayayarak tetiğe basmak suretiyle intihar edip öldüğü, ardından E. D. de tabancayı aldığı, kafasına dayadığı ve tetiğe bastığı ancak merminin sıkışması üzerine silahın ateş almadığı, bir kaç kez denemesine rağmen silahı ateşlemeyi başaramadığı, bunun üzerine annesine telefon ederek yardım istediği ve kolluk güçlerinin E. D. ile maktulün bulunduğu yere geldikleri olayda; her ne kadar; maktulün intihar etme kararı üzerinde sanığın kendisine ait intihar etme kararının etkili olduğu ve onun kararını takviye ettiği söylenebilirse de, sanığın kararının münhasıran kendi intiharına ilişkin olması ve bunun dışında maktulün intiharına yönelik herhangi bir söz veya hareketinin bulunmaması ve hatta intihar anında sanık ve maktulden her birinin bir diğerinin intiharını istemek bir yana öncelikle kendisinin intihar etmek istediğinin açıkça anlaşılması karşısında,*

sanığın intihara yönlendirme suçundan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmiş olması” bozma sebebi sayılmıştır²⁵.

Kanımızca, somut olayda olduğu gibi, birlikte intihar etme fikri çerçevesinde intihar girişiminde bulunan kimselerin cezalandırılması mümkün olmamalıdır. İntihar fiili suç olarak düzenlenmediğinden, bu fiili birlikte icra etme konusunda karar birliğine varan kimselerin, birbirlerini etkilemeleri bu suçu oluşturmayacaktır. Birlikte intihar etme düşüncesiyle harekete geçen kimselerin cezalandırılması, normun konuluş amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu açıdan Yargıtay’ın kararı yerindedir.

bb. İntihara Teşvik Etme

İntihara teşvik etme, intihar etme konusunda bir niyeti bulunan ancak henüz bu konuda kesin bir karar vermemiş olan bir kimsenin, bu kararı almasına yönelik icrai nitelikteki davranışları kapsamına almaktadır²⁶.

İntihara teşvikten bahsedilebilmesi için, muhatabın intihar niyetinin bulunması ve failin de kişinin intihar düşüncesi olduğunu bilmesi gerekmektedir²⁷. Kişinin aklında intihar etme fikri yoksa, failin kişiyi

²⁵ Yarg. CD., 11.04.2013, 2010/6485, 2013/3121.

²⁶ Centel-Zafer-Çakmut, s.89; Hafızoğulları-Özen, s.65; Toroslu, s.37; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.170; Koca-Üzülmez, s.159; Tezcan-Erdem-Önok, s.203; Özen, s.38; Öntan, s.852.

²⁷ Dosya kapsamına göre, şüpheli ... ile müteveffa ... arasında duygusal bir yakınlık olduğuna, intihar olayının gerçekleştiği 20/06/2018 tarihinde de şüpheli ile müteveffanın bir restoranda bir araya geldiğine, aralarında çıkan tartışma esnasında müteveffanın "ben intihar edeceğim, gidip kendimi köprüden atacağım ve bunu yapacağım göreceksin" şeklindeki sözlerine karşılık şüphelinin "yapamazsın, sıkıyorsa atla, sen kendini ne sanıyorsun" diyerek cevap verdiği ve olay yerinden ayrıldığına yönelik tanık ifadelerinin yargılamayı yapacak mahkemece değerlendirilmesi gerektiği cihetle, kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunduğu gözetilerek itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan Kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 03/04/2019 gün ve 94660652-105-34-3337-2019-Kyb sayılı yazılı istemlerine müsteniden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesi ile Dairemize ihbar ve dava evrakı gönderilmekle, incelenerek gereği düşünüldü. Kanun yararına bozma talebine dayanılarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına göre yerinde görüldüğünden, İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 10/01/2019 tarihli ve 2018/5815 değişik iş sayılı Kararının

İntihara yönlendirici davranışları “İntihara azmettirme” olarak değerlendirilebilir.

Teşvik ile karar kuvvetlendirme arasında da fark bulunmaktadır. Karar kuvvetlendirmeden söz edilebilmesi için, muhatabın İntihar kararı almış olması ve failin de bunu bilerek bu kararı destekleyici davranışlar sergilemesi gerekirken, teşvikte, İntihar niyeti bulunmakta olup henüz muhatap İntihar kararını kesin olarak almamıştır.

Son olarak, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki teşvik fiilinin muhatabı somut, belirli bir kimse olmalıdır. Sayısı belirsiz, soyut kimselerin İntihara alenen teşvik edilmesi halinde, 84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasındaki suç tipi gündeme gelir²⁸.

cc. İntihar Kararını Kuvvetlendirme

İntihar kararını kuvvetlendirme, İntihar kararı alan bir kimsenin bu kararının desteklenmesi anlamına gelmektedir²⁹. Bu fiilden söz edebilmek için, failin, kişinin İntihar kararı aldığını bilmesi gerekir. Muhatabın aklında İntihar fikri yoksa, “İntihara azmettirme”den, niyeti bulunup henüz kesin bir karar almamışsa “İntihara teşvik”ten söz edilir. Mağdur İntihar kararını almışsa, fail de bu kararı kuvvetlendiriyorsa, bu seçimlik hareket (İntihar kararını kuvvetlendirme) gerçekleştirilmiş olur³⁰.

Bu seçimlik hareketle ilgili olarak Yargıtay’ın bir kararında; “*Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık ... ve maktül ... arasında yüz yüze gelmeden ve birbirlerini görmeksizin sadece telefonla konuşma ve mesajlaşmaktan ibaret arkadaşlık ilişkisinin olduğu, bu ilişki sırasında sanığın bir süre maktülün kız kardeşi*

5271 sayılı CMK’nin 309. maddesi uyarınca KANUN YARARINA BOZULMASINA” Yarg. 1. CD., 01.07.2019, 2019/1771, 2019/3470.

²⁸ **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.174; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.204; **Koca-Üzülmez**, s.159; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.171; **Özen**, s.45.

²⁹ **Centel-Zafer-Çakmut**, s.89, 90; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.171; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.203, 204; **Özen**, s.38; **Öntan**, s.853.

³⁰ Kamuoyuna yansıyan bir olayda, 15 Temmuz Şehitler Köprüsü’ne çıkarak İntihar etmekte olan şahsa, o sırada aracıyla o bölgeden geçen iki sanığın “atla” şeklinde bağırması, yerel mahkeme tarafından İntihara yönlendirme olarak değerlendirilmiş, bölge adli mahkemesi ise İntihara yönlendirme suçundan verilen mahkumiyet kararını kaldırarak sanıkların beraatine hükmetmiştir. <https://www.ntv.com.tr/turkiye/koprudeki-intihara-tesvik-davasinda-beraat,pe1g4IsMzkuGOS27tFyFUw> (e.t.:07.03.2020).

ile de aynı şekilde görüştüğü ve bundan dolayı her iki kız kardeş arasında tartışma da yaşandığı, bir süre sonra sanığın maktül ile olan ilişkisini bitirmek istediğini maktüle iletmediği, bunun üzerine duygusal olarak sanığa aşırı derecede bağlanan maktülün sanığa hitaben "bana dönmezsen canıma kıyacağım, zehir içeceğim" şeklinde mesaj göndermediği, maktül tarafından kendisine gönderilen bu mesajı ciddiye almayan sanığın ise maktüle hitaben "son kurşunu kafama sıkayım hoşçakal" ve "... ben yapıyorum bile bitanem" şeklinde mesajlar göndermediği, kısa bir süre sonra da maktülün etkeni saptanamayan toksik bir maddeyi içmek suretiyle intihar ettiği olayda; sanık tarafından maktüle gönderilen cep telefonu mesajlarının nitelik ve yoğunluk bakımından intihar kararını kuvvetlendirme olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla yasal unsurları oluşmayan atılı suç yönünden sanığın beraatine karar verilmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi" bozma sebebi yapılmıştır³¹.

Kanımızca, somut olayda sanığın, kendisine duygusal olarak bağlı bulunan bir kimseden ayrılma isteğini bildirdikten sonra, bu kişinin intihar kararı aldığı öğrenmesi üzerine, kendisinin de zehir içerek intihar etmekte olduğu yönünde karşı tarafa mesaj göndermesi, intihar fikri olan kişinin bu kararını kuvvetlendirici bir nitelik arz etmektedir. Yargılamaya konu oluşturan mesaja benzer nitelikteki beyan ya da mesajlara anlam yüklenirken, muhatap ile mesajı veren kişi arasındaki ilişki ve intihar kararı alan şahsın bu husustaki kararlılığı ve ciddiyetinin de değerlendirilmesi gerekir. Düşüncemize göre bu olayda sanığın eylemi, intihar kararını kuvvetlendirme olarak nitelendirilebilir.

dd. İntihara Yardım Etme

İntihara yardım etme, teşvik, karar kuvvetlendirme dışında kalan herhangi bir davranışla gerçekleştirilebilir. Bu anlamda, 39 uncu maddedeki "fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek", "suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek", "fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak", "suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak", 84 üncü maddenin 1 inci fıkrası kapsamında yer verilen seçimlik hareketlerden biri olan "yardım etme" fiili kapsamında ele alınmalıdır³².

³¹ Yarg. 1. CD., 13.05.2015, 2014/2844, 2015/3135.

³² Centel-Zafer-Çakmut, s.90.

Failin, intihar kararı alan bir kimseye, intihar etmesi halinde yakınlarına bakabileceğini söylemesi “yardım vaadi” (manevi yardım) olarak nitelendirilebilir. Keza, intihar yol, yöntemleri hakkında fikir verilmesi de manevi yardım etmenin bir başka türüdür. Fiilin işlenmesinde kullanılan araçların temin edilmesi ve suçun işlenmesi öncesinde ya da sırasında çeşitli davranışlarla intihar fiilinin icrasının kolaylaştırılması da maddi yardım türleri olarak, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrası kapsamında cezalandırılabilir eylemlerdir.

Bu davranışlardan “fiili icrasının kolaylaştırılması” üzerinde ayrıca durmak gerekir. Zira, kolaylaştırma teşkil eden davranışın, kişinin kendisini öldürmesi fiili bakımından zorunlu olmaması, “yardım etme” boyutunda kalması gerekir. Bunun tespitinde müşterek faillik-yardım etme ayırımında göz önünde bulundurulacak kriterler dikkate alınmalıdır. Failin davranışları, tek başına ya da intihar etme kararı alan kişi ile birlikte, “öldürme fiili” bakımından olmazsa olmaz bir nitelik taşıyorsa ve kişi davranışlarıyla intihar fiili üzerinde bir hakimiyet kurmuş ise, fail kasten öldürme suçundan (m.81) sorumlu tutulmalıdır³³.

Yargıtay’ın bir kararında; *“önce, kendisi banyoda iken silah sesi duyduğunu ifade eden sanığın, müteakip beyanında maktulün isteği üzerine tetiğe bastığını, daha sonra da birlikte tetiğe bastıklarını, savunması, kurşunun yakın atış mesafesinden kafanın tam arkasından girip alın soldan çıkması, kurşun giriş yerinin tabancanın denenmesi için veya şaka yollu tetiğe basma şeklindeki mutad taksirli davranışa uyum göstermemesi, maktulün intihar etmek istemesi üzerine birlikte tetiğe basmaları halinde dahi bu hususun sanığın müstakil öldürme kasıt ve eylemini değiştirmeyeceği cihetle sanığın eşini öldürmek suçundan tecziyesi gerekirken, bazı gerekçelerle suça taksirle ölüme sebebiyet vasfı verilmesi”* bozma sebebi sayılmıştır³⁴.

³³ Erem, s.495, 496; Tezcan-Erdem-Önok, s.202; Koca-Üzülmez, s.158; Özen, s.39; Öntan, s.854. “Hükmün gerekçesinde,” olay yerinde tespit edilen fiziki koşullara göre maktulenin yardım olmadan kendisini öldürmesinin mümkün bulunmadığı ve sanığın eylem üzerinde hakimiyet kurduğu açıklandıktan sonra ayrıca sanığın olay sırasında fiziki etkinlik kurmadığı ve tehditle maktulü intihara mecbur ettiği kabul edilerek, eylemin belirlenmesi yönünde çelişki oluşturulması” Yarg. 1. CD., 19.09.2012, 2011/5322, 2012/6664.

³⁴ Yarg. 1. CD. 20.12.2006, 2005/4833, 2006/5870.

Kanımızca Yargıtay'ın bu kararı yerindedir. Zira, sanık bu olayda, kişinin intiharına yol açan fiil üzerinde intihar edenle birlikte hakimiyet kurmuş, onunla birlikte tetiği çekmiştir. Böyle bir durumda, intihar edenle birlikte fiili gerçekleştiren sanığın davranışını intihara yardım değil, kasten öldürme suçu olarak nitelendirmek gerekir.

Son olarak intihara yardım, icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir³⁵. Madde Gereğesinde; *“Başlı başına cezalandırılabilir bir fiil olarak intihara yardım, esas itibarıyla icraî davranışla gerçekleştirilebilir. Ancak, intiharı önleme konusunda hukukî yükümlülük altında bulunan kişinin, bir intihar olgusuyla karşı karşıya olmasına rağmen, bu intihar girişimini engellememesi, bu girişim karşısında kayıtsız davranması; intihara ihmali davranışla yardım olarak nitelendirilmek gerekir. Ancak, bunun için, kişinin intiharı önleme konusunda hukukî bir yükümlülüğünün olması gerekir”* denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Kaldı ki, bir iştirak türü olarak yardım etme, ihmali davranışla gerçekleştirilebileceğinden, tipik bir yardım etme eyleminin de ihmali davranışlar gerçekleştirilmesinin önünde hiçbir engel yoktur.

Kanımızca, kişinin, intiharı önlenmesi hususunda kanundan, sözleşmeden ya da öngelen tehlikeli bir davranışından kaynaklanan (hukuki) yükümlülüğünün bulunması halinde, bu yükümlülüğünü kasten ihmal eden fail, 84/1 inci maddedeki seçimlik hareketlerden intihara yardım fiilini işlemiş kabul edilebilir³⁶. Böyle bir yükümlülük yok ise, intiharı önlenmemesi, yani hareketsiz kalınması halinde bu suçtan sorumluluk doğmaz³⁷. Bu ihtimalde, 98 inci maddedeki suçun oluşum şartları göz önünde bulundurulabilir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda; *“müntehir ... ile sanık Makbule'nin kardeşi, ...'un ise kayınbiraderi olan ...'nın evlendikleri, ilişkiye girmek istediklerinde ...'nın ereksiyon olamaması nedeniyle ...'in vajinasına parmak soktuğu, kanama olmadığını görünce onu bakire olmamakla suçladığı, diğer sanıklar ... ve ...'yi de alarak hastaneye götürüp muayene ettirmek istedikleri, adli vaka*

³⁵ Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.171; Centel-Zafer-Çakmut, s.90. Aksi yönde bkz. Ersoy, s.107.

³⁶ Centel-Zafer-Çakmut, s.90; Koca, s.33; Öntan, 855, 856.

³⁷ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.175.

olmadığı gerekçesiyle gittikleri hastanelerden olumsuz cevap aldıkları, daha sonra ailesine götürdükleri, durumu annesine anlatıp eve geri döndükleri, bu arada ...'nın ...'e kağıtlar yazdırıp, beyanlarını ses kaydına aldığı, ertesi gün ... ve ...'in birlikte sanıkların 11. katta bulunan evlerine gittikleri, ...'nın sanıklara olayları anlatıp, yakındığı sırada ...'in sanıkların evinin balkonuna çıkıp aşağıya atlamak suretiyle intihar ettiği, otopsi raporuna göre, halen bakire olduğu anlaşılan olayda; sanıkların kendilerine anlatılan olayları dinlemekten başka icra hareketi sayılabilecek bir eylemleri ve olayda atfı kabil kusurları bulunmadığı gözetilerek beraatlerine karar verilmesi yerine, yanlışlı değerlendirme ve yerinde görülme-yen gerekçeyle mahkumiyetlerine karar verilmesi” bozma sebebi sayılmıştır³⁸.

Kanımızca bu gibi hadiselerde, yükümlülük bağının bulunduğu kabul edildiği takdirde, intiharın önlenmemesi, intihara yardım kapsamında değerlendirilebilir³⁹.

b. Netice ve Nedensellik Bağı

84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki düzenleme tarzı dikkate alındığında, intihara yönlendirme suçunun sırf hareket suçu olarak düzenlendiği ifade edilmelidir. Maddede yazılı davranışların gerçekleştirilmesiyle birlikte suçun tamamlandığını kabul etmek gerekir. Zira, seçimlik hareketlerin icrasından bağımsız bir neticenin meydana gelmesi aranmamıştır⁴⁰.

84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki düzenlemeye göre, intihara yönlendirme teşkil eden davranışlar neticesinde, muhatabın intihara

³⁸ **Yarg. 1. CD., 14.02.2018, 2016/5669, 2018/547.**

³⁹ “(...) Her ne kadar; maktulün intihar etme kararı üzerinde (sevgilisi) sanığın kendisine ait intihar etme kararının etkili olduğu ve onun kararını takviye ettiği söylenebilirse de, sanığın kararının münhasıran kendi intiharına ilişkin olması ve bunun dışında maktulün intiharına yönelik herhangi bir söz veya hareketinin bulunmaması ve hatta intihar anında sanık ve maktulden her birinin bir diğersinin intiharını istemek bir yana öncelikle kendisinin intihar etmek istediğinin açıkça anlaşılması karşısında, sanığın intihara yönlendirme suçundan beraati yerine mahkumiyetine karar verilmiş olması” **Yarg. CD., 11.04.2013, 2010/6485, 2013/3121.**

⁴⁰ **Hafizoğulları-Özen, s.65; Hafizoğulları, Zeki-Ketizmen, Muammer, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 1, 2008, s.152. 765 sayılı TCK’nın 454 üncü maddesinde, intihara ikna ve yardım suçundan dolayı kişinin cezalandırılabilmesi için, ölümün gerçekleşmesi şart koşulmuştu. İntiharın gerçekleşmeyip teşebbüs aşamasında kalması halinde, fiil cezalandırılmaktaydı. Bkz. Dönmezer, s.88, 89; Artuk, s.134; Tezcan-Erdem-Önok, s.201.**

girişmiş olması gerekmemektedir⁴¹. Bu anlamda, muhatabın intihar girişiminde bulunması ne fiil unsurunun bir parçası ne de netice unsuru olarak öngörülmüştür. Yönlendirme teşkil eden davranışlar sonucunda muhatabın intihar girişiminde bulunması, failin kastının kapsamına dahil değildir.

Kanımızca, mevcut düzenleme uyarınca, intihara yönlendirme sonucunda, muhatabın intihar teşebbüsünde bulunması, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı kapsamında, temel cezanın tayini sırasında göz önünde bulundurulabilecektir (m.61/1-e)⁴². Bununla birlikte, bu düzenleme tarzı, hukuki değeri ihlale yönelmemiş alelade davranışların bu suç kapsamında cezalandırılması sonucunu doğurabileceğinden, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Doktrinde de bu hususta dile getirilen en somut öneri, muhatabın intihar girişiminde bulunmasının objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlenmesi yönündedir⁴³.

Kanımızca bu, isabetli bir öneridir. Mevcut düzenleme kapsamında, çeşitli saiklerle söylenen intihara yönlendirici sözlerin, hiçbir somut tehlikeye yol açmadığı durumlarda cezalandırılabilir olması, ölçüsüz olacağı gibi, normun konuluş ve bu eylemlerin cezalandırılma amacı ile de bağdaşmayacağı açıktır. Bu açıdan, en azından normda, objektif

⁴¹ "Sanığın sabah işten evine geldiğinde, reşit olmayan kızı mağdur Z.'nin erkek arkadaşından hamile kalarak bir kız çocuğu doğurduğunu öğrendiği, duyduğu derin üzüntü ve kapıldığı infial ile mağdurun da annesi olan eşi tanık N.'ye "Z.'ye söyle, kardeşlerini, annesini, babasını düşünüyorsan kıysın canına, intihar etsin" diyerek mağdura mesaj gönderdiği anlaşılmış ise de; davaya konu sözlerin kızgınlıkla tepkisini göstermek için söylendiği, sözleri mağdura ileten annesi N.'nin kızına aynı zamanda "kafana takma" diyerek bu sözleri ciddeye almaması gerektiğini belirttiği, mağdurun da sanığın sözlerini önemsemediğinin anlaşıldığı olayda; sanığın suç işleme kastı bulunmadığından beraatine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm tesis" **Yarg. 1. CD., 13.11.2013, 2011/7369, 2013/6272.**

⁴² "Dosya kapsamına göre, suça sürüklenen çocuk ...'ın, mağdura "ya kendini intihar et ya da ben ailene söyleyeceğim" şeklinde mesaj gönderdiği, bu mesaj üzerine, mağdur ...'nun ilaç içerek intihara teşebbüs ettiği, bu suretle sanığın intihara yönlendirme suçunun sübuta erdiği gözetilmeksizin bu suç yönünden mahkumiyetine karar verilmesi yerine yazılı şekilde beraatine hükmedilmesi" **Yarg. 1. CD., 26.12.2017, 2016/3738, 2017/5301.**

⁴³ Aynı yönde **Koca-Üzülmez**, s.157.

cezalandırılabilirlik koşulu olarak somut bir tehlikenin varlığının aranması yerinde olacaktır.

Neticesi bakımından bu suç, neticeli olmadığından, failin yönlendirme teşkil eden davranışlarının gerçekleşmesiyle birlikte suçun tamamlandığı kabul edilmelidir. Bu anlamda, bu suç tipinde nedensellik bağının araştırılmasına gerek yoktur.

Öte yandan, kişinin intihara teşebbüs ettiği ya da intihar ettiği durumlarda, bu olgunun, bir başkasının intihara yönlendirmesiyle gerçekleşip gerçekleşmediği ya da tehdit, şiddet, baskı sebebiyle ortaya çıkıp çıkmadığı önem arz edecektir. Böyle durumlarda, intihar olgusu ile kişinin davranışı arasındaki bağlantının tespiti gerekmektedir. Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 7. CD.'nin, 22.05.2019 tarih, 2018/1706 Esas, 2019/1227 Karar sayılı kararında; *“mağdurun ilaç alma eylemi ile sanığın attığı mesajlar arasında sıkı bir illiyet bağı bulunmadığı, TCK 84 maddesinde başkasını intihara teşvik eden, intihar kararını kuvvetlendiren, ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin cezalandırılacağı öngörülmüş olup sanığın mesajlarını ailesinin görmesi sonucu mağdurun intihara teşebbüs ettiği değerlendirildiğinde sanığın üzerine atılı suçun unsurlarının oluşmadığı”* na hükmedilmiştir.

İntihara olgusunun, mağdurun tehdit edilmesi, ona şiddet uygulanması, cinsel saldırıda bulunulması gibi sebeplerle gerçekleşmiş olması, yönlendirme teşkil eden davranış bulunmadıkça, bu suçu oluşturmaya- caktır. Bu ihtimalde başka suçların varlığı değerlendirilmelidir⁴⁴.

⁴⁴ “Dosya kapsamına göre; sanık Ömer ile maktül E. A.’un aralarında önceye dayalı arkadaşlık ilişkilerinin olduğu, bu süreçte sanık ile maktülün rızayla birden çok kez cinsel ilişkiye girdikleri, olay tarihinde maktülün kendisini hamile zannetmesi üzerine durumu sanığa bildirdiği, bunun üzerine sanık ile maktülün kaçarak evlenmeye karar verdikleri, ancak daha önceden de intihara kalkışan maktülün girmiş olduğu bunalım sonucunda evlerinin deposunda kendisini ipe tavana asarak intihar ettiği olayda; sanığın üzerine atılı suçu işlediğini gösterir her türlü kuşkudan uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği anlaşıldığından, sanığın atılı suçtan beraatına karar verilmesi gerekirken, delillerin yanlış değerlendirilmesi sonucunda TCK’nun 84/2 maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi” **Yarg. 1. CD., 23.01.2012, 2010/215, 2012/218**; “Oluşa ve dosya içeriğine göre; mağdur Serap’ın sanık E.R. ile evlenmek amacıyla arkadaşlık yaptığı, sanığın kendisini astsubay ve bekar olarak tanıttığı, sanığın annesinin mağduru arayarak, sanığın daha önce evlenip boşandığını, astsubaylıktan atıldığını, kendisinin ziyet eşyalarını çaldığını, oğlunun

Yargıtay'ın bir kararında; "sanık Murat'ın, eşi olan maktul Nimet'e karşı intihara yönlendirme suçundan kurulan beraat hükmü yönünden yapılan temyiz incelemesinde; İddianamedeki anlatımında, "yeminle dinlenen tanık beyanları, maktulün evlilik süresi içinde şiddet gördüğünü, yaşamını çekilmez hale getirecek şekilde darp edildiğine dair doktor raporları, onu doğrulayan şikayetçi anne ve yeminle dinlenen maktulün erkek kardeşinin beyanları, telefon dokümanları ve dosya kapsamından, geceleri taksicilik yapan, eşine, çocuklarına ve ailesine karşı sorumluluklarını yerine getirmeyen, aile fertlerine şiddette bulunan, alkolik olan ve bar ve pavyonlarda çalışan bayanlarla sürekli birlikte olan sanık Murat'ın ... " ifadelerine yer verildiği, sanık ve ölen Nimet'in kızı olan tanık Kübra tarafından mahkemeye hitaben yazılan mektupta ve tanık Kübra'nın aşamalarda beyanlarında; sanığın, öleni çeşitli bahanelerle sürekli döverek hastanelik ettiğini, son zamanlarda kendisine ve kardeşi Mustafa'ya da şiddet uygulamaya başladığını, ailesine karşı sorumluluklarını yerine getirmediğini ve başka bir kadınla ilişkisinin bulunduğunu belirttiği, aşamalarda dinlenen yeminli tanıklar Gülüsum, Aslı B., Nurettin ve Fatma ile müşterekler Çetin, Zekiye ve Cafer'in beyanlarının da aynı doğrultuda olduğu dikkate alındığında; sürekli alkol alıp, ailesine karşı maddi ve manevi sorumluluklarını yerine getirmeyen ve ölen eşini başka kadınlarla aldattığı anlaşılan sanığın, mağdura sistematik şekilde fiziki, ekonomik ve manevi şiddet uyguladığı, aile birliğinin gereklerine aykırı olarak, şefkatle bağdaşmayan davranışlarda bulunduğu anlaşılmalı, her ne kadar sanığın ölen eşine karşı eylemi intihara yönlendirme suçunu oluşturmada da, iddianamedeki

psikolojik durumunun iyi olmadığını söylemesi üzerine mağdurun sanıktan ayrıldığı, mağdurun kendisinden ayrılmasını kabullenemeyen sanığın mağduru "sana ve ailene Diyarbakır'ı dar ederim, seni rezil edeceğim, seni ya ailen öldürsün ya da ben öldüreceğim" şeklinde tehdit ettiği, mağdurun olay günü 13 metre yükseklikteki balkondan atlayarak intihara teşebbüs ettiği, yaralanması nedeniyle hayati tehlike geçirdiği, tıbbi tedavi sonucu hayata döndürüldüğü olayda, Sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçunu oluşturduğu anlaşılmalı ise de, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 20.11.2008 tarihli iddianamesi ile sanık hakkında intihara yönlendirme, tehdit ve hakaret suçlarından kamu davası açıldığı, mahkemenin incelemeye konu 25.09.2012 gün ve 2012/482-508 sayılı kararı ile mağdurun şikayetinden vazgeçmesi nedeniyle hakaret suçundan düşme ve tehdit suçundan da delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verildiği, düşme ve beraat kararlarının aleyhe temyiz bulunmadığından kesinleştiği hususları da gözetilerek, sanık hakkında intihara teşvik suçundan unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi" **Yarg. 1. CD., 17.12.2014, 2013/4833, 2014/6311.**

anlatıma göre, TCK'nın 96. maddesinde tanımlanan eziyet suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmaması” bozma sebebi sayılmıştır⁴⁵.

İntihar olgusu, ağır bir tehdit veya cebir dolayısıyla kişinin intihara mecbur bırakılması sonucu söz konusu olmuşsa, bu takdirde 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasındaki suç gündeme gelir.

c. Fail ve Mağdur

Bu suçun faili herkes olabilir. Suçun faili bakımından maddede bir özelliğ aranmamıştır.

Suçun mağduru herkes olabilir. Bununla birlikte, intihara yönlendirme fiilinin muhatabının işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişiler olması durumunda, 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasındaki suç oluşacaktır⁴⁶.

84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında düzenlenen suçun mağduru somut, belirli bir kimsedir. Sayısı belirsiz soyut kimselerin intihara alenen teşvik edilmesi durumunda, 84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasında yer alan suç tipi gündeme gelecektir⁴⁷.

d. Suçun Konusu

İntihara yönlendirme suçunun konusu, yaşayan insanların hayatıdır⁴⁸. 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki düzenleme kapsamında, intihara yönlendirme oluşturan fiillerin sonucunda kişinin intihara girişmesi, vücudunun zarar görmesi ya da ölmesi aranmamaktadır. Nitekim, Madde Gerekçesinde de; “İntihara teşvik veya yardımın cezalandırılabilmesi için, kişinin intihar etmesi şart değildir” denilmiştir.

Doktrinde bir görüşe göre bu suç tipinin oluşumu, failin hareketinin kişinin yaşamı üzerinde yakın ve somut bir tehlike ortaya çıkarmasına bağlıdır. Bu görüşe göre, suçun varlığı için, mağdurun, yönlendirme teşkil eden hareketten etkilenerek intihar girişiminde bulunması aranmalı, bu yönüyle suç tipi “somut tehlike suçu” olarak kabul edilmelidir⁴⁹.

⁴⁵ Yarg. 1. CD., 03.05.2012, 2009/6614, 2012/3501.

⁴⁶ Centel-Zafer-Çakmut, s.87; Tezcan-Erdem-Önok, s.202.

⁴⁷ Ersoy, s.101.

⁴⁸ Koca-Üzülmez, s.156.

⁴⁹ Bkz. Koca-Üzülmez, s.156, 157; Tezcan-Erdem-Önok, s.207; Koca, s.26.

Başka bir görüş, bu suçu somut tehlike suçu olarak nitelendirme-
mekle birlikte, suçun oluşumu için, mağdurun en azından intihara teşeb-
büs etmiş olmasının aranması gerektiğini ileri sürmüştür⁵⁰.

Kanımızca, 84 üncü maddede, suçun oluşumu için somut bir tehli-
kenin varlığı aranmadığından, bu suçun somut tehlike suçu olarak ka-
bulü mümkün olmadığı gibi, mevcut düzenleme çerçevesinde bu suçun
oluşumu için, muhatabın en azından intihara teşebbüs etmesi koşulunun
aranması isabetli değildir. Bu konuyla ilgili, kanunda açık bir ibareye yer
verilmeksizin, suçun oluşumunu zorlaştıran bir ibarenin var kabul edil-
mesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağına aykırılık oluştu-
racaktır. Aleyhe kıyas yasak olduğu gibi, lehe kıyas yapılması da müm-
kün değildir⁵¹.

Bununla birlikte, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, olması gereken
hukuk açısından, muhatabın en azından intihara girişmiş olmasının, ob-
jektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilip bu koşula ceza nor-
munda yer verilmesi, bu husustaki tartışmalara son vermek adına ye-
rinde olacaktır.

Muhatabın intihara girişmiş olması şartını, bağlılık kuralına dayan-
dıran görüşe de temas etmek gerekir. Maddede sayılan ve aynı zamanda
TCK'nın 38 ve 39 uncu maddelerinde "suça iştirak" biçimleri olarak kabul
edilen, azmettirme ve yardım etme şeklindeki davranışların cezalandırıl-
abilmesi, 40 ıncı maddedeki bağlılık kuralına ilişkin koşulların gerçekleş-
mesine bağlı olmakla birlikte, buradaki koşullar, belirli bir suça azmet-
tirme ve yardım etmeye ilişkin olup, şeriklerin sorumlu tutulabilmesi için
gereken asgari koşulları içermektedir.

40 ıncı maddedeki düzenleme, herhangi bir suç tipine bir kimseyi
azmettiren ya da yardım edenin, hangi şartlar altında cezalandırılabilme-
ğine ilişkindir. 84 üncü maddedeki fiiller ise, kendi içerisinde özellikler
taşımakta olup, "özel hüküm" niteliği taşıdığından ve belirli bir suça az-
mettirme-yardım etme olarak nitelendirilemeyeceğinden 40 ıncı madde-
deki kurallara tabi tutulmamalıdır. Örneğin 40 ıncı maddenin 1 inci

⁵⁰ Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.175; Hafızoğulları-Ketizmen, s.152.

⁵¹ Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s.65, 66.

fıkrasına göre, suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Oysa 84 üncü maddede, kişinin kendi hayatına son vermesi hukuka aykırı bir fiil değildir. Dolayısıyla, hukuka aykırı olmayan intihar eylemine bir kimsenin azmettirilmesi halinde, 40 ıncı maddedeki düzenlemelere göre hareket edilememektedir. “İntihar” fiilinin hukuka aykırı olmaması ve suç teşkil etmemesi sebebiyle kanun koyucu, 84 üncü maddede “intihara yönlendirme” suçu içerisinde, azmettirme ve yardım etme şeklindeki davranışları bağımsız olarak yaptırım altına almıştır. Bu sebeple, 40 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasında yer alan “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” kuralının, suça iştirak bakımından aranan genel bir prensip olduğu, 84 üncü maddedeki suç bakımından da bu prensibin göz önünde bulundurulması gerekliliğinin kabul edilmesinin, yorum tekniği açısından uygun olmadığı düşüncesindeyiz⁵².

Kanımızca, kanun koyucu, bu suç tipinde, kişinin yaşam hakkını etkin bir şekilde korumak amacıyla, kişinin kendi hayatını sonlandırması için yönlendirme teşkil eden davranışları yaptırma bağlamıştır. Kuşkusuz, failin davranışının “intihara yönlendirme” boyutunda olup olmadığı, kişiyi intihara yönlendirecek ağırlık ve ciddiyette bulunup bulunmadığı, elverişli olup olmadığı, her somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. Ancak bu özellikler, fiile ilişkin olup, suçun konusunun hareketten etkilenmesini gerektirmemekte, bu sebeple muhatabın intihara teşebbüs etmesine, suçun oluşumu bakımından ihtiyaç bulunmamaktadır. İntihara yönlendirme oluşturan davranışlar, kişinin hayat hakkı bakımından riskli ve tehlikeli kabul edildiğinden, böyle bir suç tipi ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, fiilin nitelendirilmesi yapılırken, amaca uygun hareket edilmeli, hukuki değeri ihlal edebilecek boyut ve ağırlıkta olmayan davranışlar, suç kapsamında değerlendirilmemelidir. Mevcut düzenleme uyarınca, suçun konusunun hareketten etkileniş biçimine göre, bu suçu “soyut tehlike suçu” olarak kabul etmek gerektiğinden, sözünü ettiğimiz ölçütlerin titizlikle değerlendirilmesinde, hareket

⁵² Aksi yönde bkz. **Koca-Üzülmez**, s.156, 157.

serbestisinin ölçüsüz sınırlandırılmaması ve kanun koyucunun amacını aşacak şekilde uygulama yapılmaması açısından fayda bulunmaktadır⁵³.

B. Tipikliğin Manevi (Sübjektif) Unsurları

a. Genel Olarak

İntihara yönlendirme suçu kasten işlenebilir. Kişi, bir başkasını intihara azmettirdiğini, intihara teşvik ettiğini, intihar kararını kuvvetlendirdiğini ya da intiharına herhangi bir şekilde yardım ettiğini bilmeli ve bunu istemelidir. Ölümün gerçekleşmesi, bu suçta netice unsurunu oluşturmadığı için, failin kastının kapsamına dahil değildir⁵⁴.

Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Failin herhangi bir şekilde hareket etmesi gerekmez.

Suçun oluşumu bakımından failin, bir başkasının intihar etmesini isteyerek hareket etmesi yeterli olup, sözlerin kızgınlıkla, öfkeyle, tepkiyle söylenmesi, kişinin kastını ortadan kaldırmaz⁵⁵. Bununla birlikte, failin işleniş tarzı itibarıyla, kişinin yönlendirmesinin, intihar kararı aldırma veya intihara teşebbüse sevk etme bakımından elverişli olup olmadığı, bu düzeyde ciddi bir yönlendirmenin bulunup bulunmadığı, failin suç kastı taşıyıp taşımadığı hususları, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Bir kararında Yargıtay; *"Sanığın sabah işten evine geldiğinde, reşit olmayan kızı mağdur Z.'nin erkek arkadaşından hamile kalarak bir kız çocuğu*

⁵³ Aynı yönde **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.175; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.94.

⁵⁴ **Tezcan-Erdem-Önok**, s.209.

⁵⁵ "mağdurun, sanığın müteahhitliğini yaptığı inşaatın taşeron ustabaşı olarak çalıştığı, olay öncesinde sanık ile mağdur arasında alacak ve sigorta işlemleri ile ilgili anlaşmazlık bulunduğu, olay günü de aynı konu yüzünden tartışma yaşandığı, tartışma sırasında sanığın mağdura; "istersen iskeleye çık atla, atlasan da 3 gün önceden sigortanı yaparız" dediği, mağdurun da inşaatın iskelesine çıkarak sanığa hitaben "buradan düşsem ne olacak, beni sigortasız nasıl çalıştırırsın, paramı neden vermiyorsun" şeklinde sözler söylediği, bunun üzerine sanığın da kızgınlıkla mağdura; "hadi atlasana, atla da görelim" dediği akabinde mağdurun telefonla polise haber verdiği, olay yerine gelen emniyet güçlerinin mağduru ikna ederek iskeleden indirdiği ve olaya ilişkin tutanak tutulduğu, sanığın davaya konu sözleri sözlü münakaşa ortamında kızgınlıkla söylediği, mağdurun da sanığın bu sözlerini önemsemediğinin anlaşıldığı olayda; suç işleme kastı bulunmayan sanığın atılı suçtan beraatine yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırı" **İstanbul BAM. 1. CD., 26.10.2018, 2018/1286, 2018/1402.**

doğurduğunu öğrendiği, duyduğu derin üzüntü ve kapıldığı infial ile mağdurun da annesi olan eşi tanık N'ye "Z.'ye söyle, kardeşlerini, annesini, babasını düşünüyorsa kıysın canına, intihar etsin" diyerek mağdura mesaj gönderdiği anlaşılmış ise de; davaya konu sözlerin kızgınlıkla tepkisini göstermek için söylendiği, sözleri mağdura ileten annesi N.'nin kızına aynı zamanda "kafana takma" diyerek bu sözleri ciddiye almaması gerektiğini belirttiği, mağdurun da sanığın sözlerini önemsemediğinin anlaşıldığı olayda; sanığın suç işleme kastı bulunmadığından beraatine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hüküm tesisi"ni bozma sebebi saymıştır⁵⁶.

Düşüncemize göre, Yargıtay'ın bu olayda, sanığın suç kastının bulunmadığından bahisle verdiği karar hatalıdır. Zira, babanın, erkek arkadaşından hamile kaldığını öğrendiği kızına yönelik intihar etmesi yönündeki telkini, ikisi arasındaki ilişki ve sözün söylenme gerekçesi ile tarzı göz önüne alındığında, kız çocuğu bakımından ciddiye alınabilecek ve onu intihara teşebbüse sevk edecek düzeyde bir davranış olarak değerlendirilebilir. Bu suç sırf hareket suçu olduğundan ve konunun da somut bir tehlikeye uğraması aranmadığından, muhatabın bu yöndeki beyanları ciddiye alması gerekmediği gibi, intihara girişmiş olması da aranmamaktadır. Esasen, 84 üncü maddenin düzenleme tarzındaki sorun sebebiyle, uygulamada bu gibi durumlarda kast yokluğu gerekçe gösterilerek beraat kararlarının verildiği anlaşılmakta olup yasada yapılacak değişikliğin bu sorunu ortadan kaldıracağı düşüncesindeyiz.

⁵⁶ **Yarg. 1. CD., 13.11.2013, 2011/7369, 2013/6272.** "sanığın, mağdureye "sen beni gerçekten cinsel yönden aldattysan bana sözün vardı, ben bu rezillikle yaşayamam, intihar ederim diyordun, eğer beni aldattysan intihar et, kimse sorumlu değildir diye bir not yaz, sonra kendini as" diye söyleyip evden ayrılması ve mağdurenin kendisine bir şey yapacağını düşünüp hemen eve geri dönmesi, mağdurenin de sanığın evden ayrılmasından sonra dışarı çıkıp yolda gördüğü polis ekiplerine olayı anlatması şeklinde gerçekleşen olayda suça konu sözlerin sanık tarafından kızgınlıkla tepkisini göstermek için söylendiği, mağdurenin de sanığın sözlerini önemsemediği anlaşılması karşısında sanığın suç işleme kastının bulunmadığı, dolayısıyla TCK'nın 84/1 maddesinde düzenlenen İntihara Yönlendirme suçunun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı" **İstanbul BAM. 20. CD., 06.04.2017, 2017/12,2017/777.**

b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hal: İntiharin Gerçekleşmesi (m.84/2)

İntihara yönlendirme suçunun oluşabilmesi için, muhatabın intihara girişmesi aranmamaktadır. İntihara teşebbüs edilmesi şart olmadığı gibi, ölüm neticesinin gerçekleşmesi de şart değildir. Bununla birlikte, 84 üncü maddenin 2 nci fıkrasında; *“intiharin gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”* denilmek suretiyle, neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir duruma yer verilmiştir⁵⁷.

84 üncü maddenin 2 inci fıkrasına ilişkin olarak Madde Gerekçesinde; *“Maddenin ikinci fıkrasında, intihara teşvik veya yardım suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. İntihara teşvik veya yardımın cezalandırılabilmesi için, kişinin intihar etmesi şart değildir. Teşvik veya yardım sonucunda intiharin gerçekleşmesi durumunda, söz konusu fıkraya göre cezanın artırılması gerekmektedir”* denilmiştir.

2 nci fıkrada sözü edilen *“intiharin gerçekleşmesi”*nden ne anlaşılması gerektiği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bu ifadeden intihara girişilmesi, teşebbüs edilmesi anlaşılmalıdır⁵⁸. Diğer bir görüşe göre ise, intiharin gerçekleşmesinden maksat, mağdurun ölmesidir⁵⁹.

Kanımızca, intihar, bir kimsenin, ruhsal ve toplumsal nedenlerle, yaşamına kendi eliyle son vermesi, kendini öldürmesi anlamını taşıdığından, *“intiharin gerçekleşmesi”* deyiminden, mağdurun kendi eliyle hayatına son vermesi veya kendini öldürmesi anlaşılmalıdır.

İntihara yönlendirme fiili sonucunda, mağdurun ölmesine daha ağır ceza öngören bu düzenlemenin hukuki niteliği üzerinde de durulmalıdır. Mağdurun intihar etmesi sonucu ölmesine daha ağır sonuç bağlayan bu düzenleme, bazı görüşlere göre intihara yönlendirme suçunun nitelikli

⁵⁷ 765 sayılı TCK'da ise, ölümün gerçekleşmesi intihara yönlendirme suçu bakımından cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmişti ve ölümün gerçekleşmemesi halinde fail cezalandırılmamaktaydı.

⁵⁸ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.175.

⁵⁹ Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.174; Tezcan-Erdem-Önok, s.207.

halini teşkil etmektedir⁶⁰. Kimi görüşler ise, bu düzenlemeyi, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak kabul etmektedir⁶¹.

Ağırlaştırıcı bir halin, nitelikli unsur ya da neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal oluşturup oluşturması arasında suç teorisi bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Nitelikli unsurlar, suç teorisi içerisinde suçun maddi unsurları içerisinde incelenir. Bunun sonucu olarak, nitelikli unsurlar, kastın kapsamı dahilindedir (m.21). Belirli bir nitelikli unsurdan sorumlu tutulabilmek için, bu halin bilinmesi ve istenmesi gerekir. Nitelikli unsurun fail tarafından bilinmemesi, kastı kaldıran hata kapsamında değerlendirilir (m.30/2).

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller ise, suç teorisinde suçun manevi unsurları içerisinde incelenir. Kast-taksir kombinasyonu olarak da adlandırılan neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, failin ağırlaşmış neticeden sorumlu tutulabilmesi için, ağırlaşmış neticeye yönelik en azından taksirin varlığı aranır (m.23). Bu açıdan, ağırlaşmış halden sorumlu tutulabilmek için, ağır neticeye yönelik kastın varlığı şart olmayıp, failin, en azından taksirli hareket etmesi yeterlidir.

İntihara yönlendirme suçunun işlenmesi neticesinde mağdurun ölmesi, kastın kapsamına dahil olabilecek bir olgu değildir. Zira, nitelikli haller, fiilin işlendiği sırada var olan çeşitli durumlardan ileri gelebilir. Nitelikli haller, fiile, fail ve mağdura ya da faili fiili işlemeye sevk eden belirli amaçlara ilişkin olabilir. İntihara yönlendirme suçunda mağdurun ölmesi, intihara yönlendirme fiilinin işlendiği sırada değil, bu fiilin işlenmesi sonucu ortaya çıkabilecek ağırlaşmış bir durumdur. Bu sebeple, 84 üncü maddenin 2 nci fıkrasındaki düzenlemenin hukuki niteliğinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olduğu ifade edilmelidir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçta, meşru savunma bir hukuka uygunluk sebebi (m.25/1) olabilir. Örneğin, kendisine karşı haksız bir saldırıyı defetme amacıyla, saldırıya yönelik tehdit ve hakaret teşkil eden sözlerin yanı sıra, kendisini öldürmesine yönelik sözler sarf edilmesi halinde (diğer koşulları da

⁶⁰ Centel-Zafer-Çakmut, s.91; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.176; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.174; Tezcan-Erdem-Önok, s.208; Ersoy, s.124.

⁶¹ Koca-Üzülmez, s.165; Öntan, s.873.

bulunmak kaydıyla) meşru savunma hukukuna uygunluk sebebinden söz edilebilir. Esasen, öldürme fiilinin bir savunma hareketi olarak hukuka uygun olduğu her durumda, savunma halinde olanın saldırganı intihara yönlendiren davranışları hukuka uygun olarak kabul edilebilir. Burada savunma halinde olan, saldırganı öldürmek yerine, kendisince daha hafif olan bir savunma tedbiri olarak saldırganın kendisini öldürmesi telkininde bulunabilir. Böyle hallerde, fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir.

Suçun ihmali davranışla işlendiği durumlarda da, meşru savunmadan söz edilebilir. Örneğin, silahı kendi başına dayayarak polis merkezine giren ve kolluk güçlerinin müdahale etmesi üzerine *“bana karışmayın yoksa sizi de vururum”* şeklinde tehdit oluşturan sözler sarf eden şahsa, kolluk güçlerinin müdahale edememesi ve böyle bir ortamda kişinin kendini öldürmesi durumunda, kolluk güçlerinin intihara yardım etmeden cezalandırılması mümkün değildir.

Son olarak, ülkemizde kişinin kendi hayatına son verme (ölme) hakkı⁶² bulunmadığından, bu suçta ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacaktır⁶³. Talep üzerine öldürme veya ötanazi⁶⁴ durumunda, kişinin ölümüne sebebiyet veren kişi kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

⁶² Ölme hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Serdaroğlu, Erika Biton**, “Ötanazi – Ölme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, Cilt: 22, Sayı: 3, s.483.

⁶³ Alman Anayasa Mahkemesi, 27 Şubat 2020 tarihinde verdiği kararda, profesyonel ötanazi desteği konusundaki yasağı, Alman Anayasası’na aykırı bulmuş ve para karşılığı intihar hizmetlerini yasaklayan kanun maddesini iptal etmiştir. 2015 yılında çıkarılan düzenlemeye göre, kişinin yakınlarından aldığı şahsi intihar yardımları suç kabul edilmezken, yardımın ticari amaçlarla yapan kişi ya da kurumların bu eylemleri suç olarak kabul edilmişti. Söz konusu kararlar, ticari maksatlarla yapılan intihara yardım eylemlerini yasaklayan düzenleme iptal edilmiş ve kişinin kendi yaşamına son verme hakkı önündeki engel kaldırılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.dw.com/tr/alman-anayasa-mahkemesinden-yaşama-son-verme-hakkına-yeşil-ışık/a-52543433> (e.t.: 07.03.2020); <https://www.independentturkish.com/node/138656/dünya/alman-anayasa-mahkemesi-para-karşılığı-ötanazi-yasağını-hükümsüz-kıldı> (e.t.: 07.03.2020).

⁶⁴ Ötanazi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Arpacıoğlu, Işıl Tüzün**, “Ötanazi: Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi, Cilt:4, Sayı:7, Ocak 2019, s.110 vd.

2. Kusurluluğu Etkileyen Haller

İntihara yönlendirme suçunda, kusurluluğu kaldıran bir hal olarak zorunluluk halinden söz edilebilir. Muhatabı, hayatı bakımından yakın ve mutlak bir tehlikeden korumak maksadıyla, onun, hayatı bakımından olası bir tehlike meydana getirebilecek bir davranışa yönlendirilmesi halinde, zorunluluk halinden bahsedilebilir. Örneğin, köprü üstünde öldürmek amacıyla otomobili hızlı bir şekilde mağdurun üzerine doğru süren saldırganın meydana getirdiği tehlikeli durumu engellemek amacıyla, mağdurun yakınının tehlikeden başka türlü kurtulma olanağının bulunmaması nedeniyle, mağdura köprüden aşağıya atlaması yönünde telkinde bulunması ve mağdurun ölmesi durumunda “zorunluluk hali”nden söz edilebilecektir (m.25/2). Zira, burada mağdurun kesin olarak ölümüyle sonuçlanacak bir tehlikeden korunması amacıyla, muhtemelen ölümle sonuçlanacak bir davranışa yönlendirilmesi söz konusudur.

Bu suçta, kusurluluğu azaltan bir hal olarak haksız tahrikten de söz edilebilir. Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında, bir başkasını intihara yönlendiren kişi, haksız tahrik hükümlerinden (m.29) yararlanabilir. Yargıtay’ın bir kararında; *“tanık ifadeleri ve dosya içeriğinden; sanığın intihara yönlendirme suçunu, maktulün sadakat yükümlülüğüne aykırı davranarak kendisini aldatmasından duyduğu hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında işlediği anlaşılma; haksız tahrik nedeniyle 1/4 ile 3/4 arasında ceza indirimi öngören TCK’nın 29. maddesi uyarınca sanık lehine asgari oranda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi”* bozma sebebi sayılmıştır⁶⁵.

3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Bu suç sırf hareket suçu olup, seçimlik hareketlerden birinin icrasıyla suç tipi gerçekleşir. Failin, intihara yönlendirme oluşturan davranışlarının muhatap tarafından algılanmasıyla birlikte suç tamamlanmış olur. Seçimlik hareketlerden birinin kısımlara ayrılarak gerçekleştirildiği durumlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün olabilir.

⁶⁵ Yarg. 1. CD., 19.09.2017, 2016/2885, 2017/2798.

Suçun oluşumu için, muhatabın intihara kalkışması⁶⁶ ya da ölmesi şart değildir. Bu bakımdan, söz konusu durumların, suçun oluşumuna bir etkisi olmadığı gibi, teşebbüs hükümlerinin uygulanması bakımından da bir önemi yoktur.

Fail, muhatabı intihara yönlendirdikten sonra, mağdur herhangi bir şekilde intihar girişiminde bulunmazsa, fail suçun temel şekline göre cezalandırılacaktır.

Fail, muhatabı intihara yönlendirdikten sonra, mağdur intihar girişiminde bulunursa ve fakat ölmezse, fail hakkında meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak, temel ceza tayin edilirken, üst sınıra yakın bir belirleme yapılabilecektir (m.61/1-e).

Fail, muhatabı intihara yönlendirdikten sonra, mağdur intihar girişiminde bulunursa ve ölürse, bu ihtimalde, 84 üncü maddenin 2 nci fıkrasındaki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre ceza tayin edilecektir.

B. İştirak

Bu suça iştirakin her şekli mümkündür. İntihara yönlendirme teşkil eden azmettirme, teşvik etme, karar kuvvetlendirme ya da yardım etme fiillerinin tamamı bakımından müşterek fail (m.37/1) olarak iştirak mümkün olabilir. Keza, bu suçun tüm seçimlik hareketleri bakımından dolaylı faillik hükümlerinin (m.37/2) uygulanmasının önünde hiçbir engel yoktur⁶⁷.

Bu suça azmettirme ve yardım etme de mümkün olabilir. Bir kimseyi, bir başkasını intihara azmettirmesi ya da yardım etmesi için azmettiren ya da yine bu davranışları gerçekleştirmesi için yardım eden kişiler (m.38, 39) şerik olarak sorumlu tutulabilir.

⁶⁶ Aksi yönde bkz. **Tezcan-Erdem-Önok**, s.209; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.174; **Koca-Üzülmez**, s.156.

⁶⁷ Doktrinde bir görüşe göre, seçimlik hareketlerden “azmettirme, teşvik etme ve karar kuvvetlendirme” manevi nitelikte hareketlerdir ve bizzat işlenebilen fiil özelliği taşımaktadırlar, bu sebeple yönlendirme oluşturan bu fiiller bakımından müşterek faillik ve dolaylı faillik mümkün değildir. Görüş için bkz. **Koca-Üzülmez**, s.167.

C. İçtima

Fail, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiyi, farklı zamanlarda intihara yönlendirirse, zincirleme suç hükümleri uygulanır (m.43/1)⁶⁸.

Fail, tek bir hareketiyle birden fazla belirli kimseyi intihara yönlendirirse, aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanır (m.43/2). Teşvik fiili, alenen icra ediliyorsa ve muhataplar belirli kimseler değilse, 84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasındaki “intihara alenen teşvik” suçundan söz edilir⁶⁹.

İntihara yönlendirme oluşturan fiil ile birlikte, fail bir başka suçun oluşumuna sebebiyet vermişse, farklı neviden fikri içtima hükümleri çerçevesinde sonuca ulaşmak gerekir (m.44).

IV. İNTİHARA ALENEN TEŞVİK ETME SUÇU (m.84/3)

1. Suçun Unsurları

A. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

a. Fiil

84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasında yaptırıma bağlanan fiil, başkalarını “intihara alenen teşvik etmek”tir. Teşvik etmek, “isteklendirmek, özendirmek” anlamına gelmektedir. Teşvikin alenen olması gerekir.

Aleniyet, fiile ait bir özellik olup, kelime anlamı itibarıyla “bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması” anlamına gelir⁷⁰. Aleniyetin ne anlama geldiği konusunda doktrinde farklı düşünceler ileri sürülmüş olup bazı görüşler, fiilin işlendiği yer ve mekâna göre bir tanımlama getirirken, bazı görüşler fiili algılama imkânı olan kişi sayısına göre bir tarif yapma yolunu tercih etmiştir. Aleniyetin tanımına ilişkin bu tartışmaların, Yargı kararlarına da yansdığı söylenebilir⁷¹.

⁶⁸ Hafızoğulları-Ketizmen, s.152; Tezcan-Erdem-Önok, s.210; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır s.175.

⁶⁹ Tezcan-Erdem-Önok, s.210.

⁷⁰ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

⁷¹ “...sövme eyleminin herkese açık olan mağazada meydana gelmiş olup aleniyet ögesi gerçekleşmiş bulunduğu gözetilmeden...” Yarg. 4. CD., 01.11.2007, 2006/4781 E., 2007/8616 K.; “...suça konu ifadelerin, sanığın Yargıtay C.Başsavcılığına hitaben yazarak göndermiş olduğu dilekçe içinde yer alması karşısında olayda aleniyet unsurunun gerçekleşmediği

Kanımızca, aleniyetin varlığı açısından fiilin işlendiği yerin niteliği ya da fiilin birtakım kişilerce algılanmış olup olmaması önemsizdir. Aleniyetin varlığı açısından, fiilin belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabilecek şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği göz önünde bulundurulmalıdır⁷². Madde Gerekçesinde de aleniyet için aranan temel ölçütün, fiilin, gerçekleştiği koşullar itibarıyla belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir olması olduğu ifade edilmiştir.

Bu suç tipi açısından, intihar teşvik fiilinin, belirsiz sayıda kişiye ulaşabilme, algılanabilme, öğrenilebilme imkân ve ihtimalinin bulunması yeterli olup ayrıca fiilin bu kimselerce duyulması, algılanması ya da öğrenilmesine gerek bulunmamaktadır.

Alenen teşvik fiilinin muhatabı belirsiz, soyut kimselerdir⁷³. Madde Gerekçesinde de; *"bu suçun oluşabilmesi için, belli bir kişinin muhatap alınması gerekmemektedir"* denilmek suretiyle bu husus vurgulanmıştır. Somut, müşahhas kimselerin intihara teşvik edilmesi halinde 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki suç oluşur.

İntihara alenen teşvik ve intihara özendirme fiilleri arasındaki farka temas etmek gerekir. Basın Kanunu'nun 20 nci maddesinde; *"Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar birmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz"* denilmektedir.

Basın Kanunu'nun 20 nci maddesinde düzenlenen suç tipinde, yasaklanan eylem, *"intihar olayları hakkında, haber verme sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiiller özendirebilecek nitelikte yazı ve resim yayımlamak"*tır.

gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yarg. 9. CD., 07.06.2007, 2006/9252 E., 2007/5081 K.; "... sanığın müştekiye ait aleni olmayan evin holünde sövdüğü anlaşılma..." Yarg. 2. CD., 03.07.2003, 2001/39230 E., 2003/8078 K.; "...sövme içeren sözlerin yazıldığı mahallin, umumi bir yer olan sokakta gelip geçen herkesin rahatlıkla görebileceği duvar olduğu ve bu durumuyla yazıların teşhir olunmuş yazı niteliğinde olduğu cihetle..." Yarg. 2. CD., 13.02.2004, 2002/17162 E., 2004/2271 K.

⁷² Hafızoğulları-Özen, s.66; Centel-Zafer-Çakmut, s.92.

⁷³ Centel-Zafer-Çakmut, s.92; Özen, s.59.

Basın Kanunu'nun 20 nci maddesinde yaptırma bağlanan ve yayına konu edilen yazı veya resmin, haber verme hukuka uygunluk sebebinin sınırı aşılma suretiyle intihar olgusunu özendirme gerekir. Özendirme fiilinin sözlükteki karşılığı “teşvik etmek”tir⁷⁴. İntihara özendirme denildiğinde, kişilerin intihara teşvik edilmesi, isteklendirilmesi ya da bu yönde kışkırtılması anlaşılır.

Düşüncemize göre “intihara teşvik etme” ile “intihara özendirme” arasında nitelik farkı bulunmaktadır. İntiharın olağan ve iyi bir şey olduğu düşüncesinin aktarılması, kişilerde intihara karşı sıcak duygular uyandırılması, kişilerin kendi hayatına son vermesinin güzel bir şey olduğunun ifade edilmesi, intihara özendirmez. Keza, intihar olgusuna karşı toplum nezdindeki olumsuz düşüncelerin ve bu eylemin kötülüğü konusunda yerleşmiş olan toplumsal bilincin değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına yönelik fiiller de özendirme kapsamında değerlendirilmelidir.

Kanımızca, intihara alenen teşvik halinde, sayısı belirsiz soyut kimselerin iradelerine yönelik bir yönlendirme mevzubahisken, intihara özendirmede övülen, iyi bir şey olarak gösterilen intihar olgusu olup özendirmeye konu oluşturan intihar olgusunun bizatihi kendisi hakkında bir değerlendirme söz konusudur. Bu açıdan, özendirme teşvik boyutuna ulaşmayan, kişilerin yönlendirici, teşvik edici bir mahiyet arz etmeyen düzeydeki fiilleri kapsadığını ifade etmek gerekir. Sayısı belirsiz soyut kişilere yönelik olarak, intiharın iyi ve güzel bir şey gibi sunulduğu, övüldüğü yazı ya da resmin yayımlanması halinde, Basın Kanunu'nun 20 nci maddesindeki suç tipi söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, sayısı belirsiz soyut kimseler hedef alınarak bu kimselerin alenen intihara teşvik edilmesi durumunda 84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasındaki suçun varlığından söz edilecektir.

b. Netice ve Nedensellik Bağı

Bu suç, sırf hareket suçu olup, alenen teşvik fiilinin gerçekleşmesiyle birlikte suç tamamlanır. Herhangi bir kimsenin intihara girişmiş olması ya da ölmesi gerekmez⁷⁵.

⁷⁴ Bkz. Türk Dil Kurumu

⁷⁵ Tezcan-Erdem-Önok, s.204; Hafızoğulları-Özen, s.66.

Bu suç neticesiz bir suç olduğundan, nedensellik bağının araştırılmasına gerek yoktur.

c. Fail ve Mağdur

Bu suçun faili herkes olabilir. 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki suçtan farklı olarak bu suçun somut bir mağduru olmayıp, toplumu oluşturan tüm bireyler bu suçun mağdurudur. Teşvik fiilinin muhatabı, somut, belirli kimselerse, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında düzenlenen intihara yönlendirme suçu gerçekleşir⁷⁶.

d. Suçun Konusu

İntihara alenen teşvik suçunun konusu, kişilerin yaşamı ve intihar olgusudur. Alenen teşvik sonucunda, kişilerin intihara girişmiş olması ya da intiharın gerçekleşmesi gerekmez. Bu yönüyle suç tipi “*soyut tehlike suçu*” özelliği göstermektedir⁷⁷.

B. Tipikliğin Manevi (Sübjektif) Unsurları

Bu suçun manevi unsuru kasttır. Alenen teşvik fiilinin taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ayrıca suçun oluşumu bakımından failin belirli bir saikle hareket etmesi aranmamaktadır. Fail, eyleminin başkalarını intihara teşvik edebilecek mahiyette olduğunu ve teşvik fiilinin alenen gerçekleştirmiş olduğunu bilmeli ve bunu istemelidir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçta, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında, düşünceyi açıklama hürriyeti, basının haber verme hakkı, bilim ve sanat hakkı hukuka uygunluk sebeplerinden söz edilebilir.

2. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

İntihara alenen teşvik suçu, sırf hareket suçu olmakla birlikte, icra hareketlerinin kısımlara ayrılarak gerçekleştirildiği durumlarda, bu suçta teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır⁷⁸.

⁷⁶ Centel-Zafer-Çakmut, s.92; Öntan, s.875.

⁷⁷ Tezcan-Erdem-Önok, s.204; Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır, s.172.

⁷⁸ Aksi yönde Tezcan-Erdem-Önok, s.210.

B. İştirak

Bu suça iştirak yönünden bir özellik bulunmayıp iştirakin her şekli mümkündür.

C. İçtima

İntihara alenen teşvik suçunun muhatabı, soyut, belirsiz sayıda kimselerdir. Muhatabın çok sayıda olması, suçun tekliğini değiştirmez. Failin, farklı zamanlarda, intihara alenen teşvik fiilini işlemesi durumunda, zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanabilir (m.43/1-son).

İntihara alenen teşvik fiili ile birlikte başka suçlarında işlenmesi durumunda (örn. suç işlemeye tahrik, m.214; halkı kin ve düşmanlığa tahrik, m.216) farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanabilir (m.44).

V. İNTİHARA SEVK VE MECBUR ETME SUÇU (m.84/4)

1. Suçun Unsurları

A. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

a. Fiil

TCK'nın 84 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında düzenlenen bu suç tipinde yasaklanan eylemler, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri "*intihara sevk etmek*" veya cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri "*intihara mecbur etmek*"tir. Düzenleme uyarınca, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldıran kişileri intihara sevk edenler, cebir veya tehdit kullanarak kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır.

aa. İntihara Sevk Etmek

"Sevk etmek", sözlükte, "*göndermek, götürmek, sürüklemek, itmek*" olarak tarif edilmiştir⁷⁹. Bu suç serbest hareketli olup herhangi bir davranışla kişinin intihara sevk edilmesi söz konusu olabilir.

Bu suçun oluşumu bakımından, mağdur özellik arz etmektedir. Söz konusu fiilin muhatabı, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişiler olmalıdır. Fail, kişinin kusur yeteneğini kendi hareketiyle ortadan kaldırıp, onu intihara

⁷⁹ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

sevk ederse, yine bu suçtan dolayı sorumlu tutulur. Bu özellikteki kişilerin, intihara sürüklenmesi, götürülmesi, yönlendirilmesi durumunda, 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasındaki suç oluşur.

84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasında yaptırıma bağlanan bu eylem, dolaylı failliğin özel bir türünü oluşturmaktadır. Bir kimseyi, belirli bir suçun işlenmesinde vasıta olarak kullanmak suretiyle, onun iradesi üzerinde hâkimiyet kurarak, ona suç işleyen kişiye dolaylı fail, ceza hukukunda failliğin bu türüne de dolaylı faillik denilmektedir. TCK.'nun 37/2 maddesinde; *“Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır”* denilerek dolaylı faillik müessesesine yer verilmiştir.

Dolaylı faillik çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Kusur yeteneği olmayan kimselerin, suçta araç olarak kullanılması da dolaylı faillik hallerinden biri olup, akıl hastalığı ya da yaş küçüklüğü dolayısıyla işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kalkmış olan kişilerin intihara sevk edilmesi halinde, fail kasten öldürme (m.81) suçundan cezalandırılacaktır. Örneğin, akıl hastası olduğunu bildiği bir kişiye, uçurumdan aşağı kendisini atmasını söyleyen veya beş yaşındaki çocuğun eline silah tutuşturarak kendisine doğru yöneltilip tetiğe basmasını söyleyen kişi, kasten öldürme suçuna ilişkin 81 inci madde hükmü çerçevesinde sorumlu tutulacaktır.

Kanımızca *“sevk etme”*, sözcük anlamı itibariyle sevk edilen davranışa girişilmesiyle söz konusu olacağından, bu suç bakımından icra safhasına geçilebilmesi için, failin yönlendirmesi sonucu mağdurun intihara girişmiş olması gerekmektedir. Kusur yeteneği bulunmayan ve intihara yönlendirilen mağdur, buna rağmen intihar girişiminde bulunmamışsa, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrası uyarınca sorumlu tutulmalıdır. İntihar girişimi gerçekleşmişse, kasten adam öldürmeye teşebbüs (m.81, 35) ve intiharın gerçekleşmesi halinde, tamamlanmış kasten öldürme suçundan (m.81) cezai sorumluluk belirlenmelidir.

bb. İntihara Mecbur Etmek

Bir diğer seçimlik hareket olan *“mecbur etmek”*, bir kimseyi herhangi bir konuda bir şeyi yapmak zorunda bırakmaktır. Bu suç, bağlı hareketli

bir suç olup, kişilerin intihara mecbur bırakılması, onlara cebir veya tehdit uygulanmak suretiyle gerçekleştirilmiş olmalıdır⁸⁰.

İntihar etmek suç olmadığı için, intihara mecbur etmek, dolaylı faillik hükümleri (m.37/2) çerçevesinde cezalandırılmamaktadır. Dolaylı failliğin bir türü olan “zorlama yoluyla dolaylı faillik”te, failin, bir başkasının iradesini cebir, tehdit kullanarak sakatlaması ve bu yolla onu suç işletmesi söz konusu olup, ağır ve karşı koyamayacağı cebir ve tehdit altında (m.28) suç işleyen kişi, kusurluluğunun bulunmaması sebebiyle, sorumlu tutulamazken, onu suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişi dolaylı fail (m.37/2) olarak sorumlu tutulmaktadır. İntihara mecbur etme, dolaylı faillik hükümleri çerçevesinde cezalandırılmadığından, kanun koyucu 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasında bu seçimlik harekete yer vermiştir.

Failin uyguladığı, ağır ve karşı koyamayacağı cebir veya tehdide rağmen, mağdur intihara girişmemişse, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında yer alan suç ile 106 veya 108 inci maddelerdeki suçlardan dolayı ceza sorumluluk gündeme getirilmelidir.

⁸⁰ “Sanıklarla herhangi bir husumeti saptanamayan üç gizli tanığın birbirini doğrulayan ve olayın oluşuna uygun anlatımları, sanık ...’in bir neden yokken çok kısa bir süre sonra koşarak ve dağ yolundan eve gelip maktulle tartışması ve onu darp etmesi, sanığın üç saati aşkın bir süre nerede olduğunu ve ne yaptığını tam olarak açıklayamaması ancak kamera görüntüleri ve tanık anlatımlarından evde olduğunun anlaşıldığı, yine sanık ...’nin olaydan önce komşuya nane satmaya gittiği yönündeki savunmasının da gerçeği yansıtmadığı, evdeki gazlı ocağın maktul öldükten sonra açıldığının sabit olduğu, sanık ...’nin maktulün ölümünden sonra gece geç vakitte kızım geldi görmeye gelin diyerek komşularını evine davet etmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu, maktulün bir ay ...’nda kalmasına rağmen intihar etmeyip eve gelir gelmez intihar etmesinin inandırıcı olmadığı, kaldı ki intihar etme niyeti olsaydı ‘biliyorum siz beni öldüreceksiniz’ demeyeceği, sanıkların maktule yönelik davranışları ve maktulün olaydan önce sarf ettiği sözler, tüfeğin maktulün yanında veya önünde değilde arkasında bulunmuş olması sanıkların evin içinde maktulle birlikte iken silah sesinin gelmiş olması ve diğer deliller bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanıkların bizzat tarım ilacını içirmemiş ve tüfeği ateşlememiş olmaları kabul edildiğinde dahi maktulü intihara zorladıklarının kabulü gerektiği, eylemlerinin cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur etme olduğu ve TCK 84/4. maddesinin yollamasıyla kasten öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi” **Yarg. 1. CD., 22.01.2020, 2019/1885, 2020/232.**

Karşı konulamayacak nitelikteki cebir ya da tehdidin etkisiyle, mağdur intihar girişiminde bulunmuşsa, fail kasten öldürmeye teşebbüs (m.81, 35), intihar (ölüm) gerçekleşmişse, tamamlanmış kasten öldürme suçundan (m.81) cezalandırılmalıdır⁸¹.

Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 1 CD.'nin 15.01.2018 tarih, 2017/142 Esas, 2018/5 Karar sayılı kararında; *“katılan Kader’in sanıklı resmi nikahlı evli olmasına rağmen başka bir erkekle arkadaş olduğu ve onunla mesajlaştığı, katılanın kabul ettiği bu durumun evlilik birliğinden kaynaklanan eşine karşı olması gereken sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği, bu nedenle ihanete uğradığını düşünen sanığın maruz kaldığı haksız tahrikin etkisi ile katılana şiddet ve tehdit uygulayarak intihar etmesi için mecbur ettiği, katılanın da eşi sanığın kendisine uyguladığı şiddet ve tehditin etkisi ile üzerinde yarattığı psikolojik bunalım sonucu 3 kez intihar girişiminde bulunduğu, birincisinde ilaç aldığı ancak kusması nedeni ile sonuç alınmadığı, ikincisinde sanık tarafından telle kurulan askı düzeneğinin katılanın ağırlığı ile kopması sonucu kendisini asmak isteyen katılanın yere düşerek kurtulduğu, üçüncüsünde de ailesinin evinde ilaç alarak intihara kalktığı, bu durumu fark eden yakınları tarafından hastaneye kaldırılarak tedavi edilip kurtarıldığı, belirtilen sebeplerle ölümün gerçekleşmediği, ölümün gerçekleşmeme sebebinin sanıktan kaynaklanmayan nedenler olduğu, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı, süreç içinde gerçekleşen ve iki iddianameye konu edilen eylemlerin bir bütün halinde hukuki ve fiili irtibatın*

⁸¹ “30/10/2006 tarihinde evinden ayrılan ve 06/11/2006 tarihinde Kelkit ırmağı içinde ölü olarak bulunan D. B. üzerinde Reşadiye C.Başsavcılığı'nca "ölü muayene" işlemi, Tokat C.Başsavcılığı'nca klasik otopsi işlemi yapılarak kesin ölüm sebebi tespit edilemediğinden, maktulden alınan organ, kan ve doku örnekleri kesin ölüm sebebinin tespiti amacıyla Malatya Adli Tıp Grup Başkanlığı'na gönderildiği ancak kesin ölüm sebebinin belirlenmesi istenmediği, Reşadiye C.Başsavcılığınca da ölümün intihar sonucunda gerçekleştiği gerekçesi ile "Ek Takipsizlik Kararı" vererek intihara yönlendiren sanıklar hakkında Koyulhisar C.Başsavcılığı'na yetkisizlik kararı ile suç duyurusunda bulunulması üzerine sanıklar hakkında intihara yönlendirme suçundan kamu davası açıldığı anlaşılmış ise de, maktul üzerinde ölü muayene ve otopsi sırasında kesici alet yararı, burunda kırık ve vücudunun değişik yerlerinde ekimozlar tespit edildiği göz önüne alındığında, ölümün kasten ya da kastın aşılması sonucu gerçekleşip gerçekleşmediği, maktulün cebir ve şiddet kullanmak suretiyle intihara mecbur bırakılıp bırakılmadığı hususlarının araştırılması gerektiği bu hususunda Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu anlaşılacakla görevsizlik kararı verilerek dosyanın ilgili Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesi yerine yazılı şekilde yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması” **Yarg. 1. CD., 26.12.2012, 2012/4945, 2012/9970.**

kesilmemiş olması da nazara alındığında; TCK'nun 84/4 maddesi delaletiyle TCK'nun 82/1-d ,35 maddelerinde yazılı cebir ve tehditle eşini intihara mecbur ederek kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğu"na hükmedilmiştir.

b. Netice ve Nedensellik Bağı

İntihara sevk ve mecbur etme suçu neticeli bir suç olup, sevk veya mecbur etme sonucunda mağdurun intiharının, diğer bir ifadeyle ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Mağdurun, intihara sevk veya mecbur edilmesi sonucunda mağdur, intihara girişmiş fakat ölmemişse, kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır⁸².

Bu suç, neticeli bir suç olduğundan, nedensellik bağıının varlığı önem taşımaktadır. Buna göre, mağdurun intiharı ile failin davranışı arasında nedensel bir ilişki bulunmalıdır. Mağdur, failin kendisini intihara sevk etmesi ya da mecbur bırakması sonucunda intihar etmiş olmalıdır.

Yargıtay'ın bir kararında; *"sanığın kızı maktulenin cep telefonu ile yaptığı görüşmelerden şüphelenerek, kızından cep telefonunu kendisine vermesini istediği, maktulenin cep telefonunu vermeden önce silme işlemi yapması üzerine kendisini basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte darp ettikten sonra "kendini ispatla, ya sen kendin intihar edeceksin, ya da ben seni döve döve öldüreceğim" diye söyleyip evden ayrıldığı, bir süre sonra maktulenin av tüfeğiyle kendisini vurarak intihar ettiği olayda, sanığın olay öncesi maktuleye karşı sarf etmiş olduğu sözlerin içeriği dikkate alındığında, sanığın eyleminin TCK'nin 87/4-son maddesindeki cebir veya tehdit kullanmak suretiyle intihara mecbur etme niteliğinde olmayıp TCK'nin 84/3 maddesindeki intihara teşvik niteliğinde olduğu ve bu suçtan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini"*⁸³ bozma sebebi sayılmıştır.

Görüldüđu gibi Yargıtay'a konu olayda, *"kendini ispatla, ya sen kendin intihar edeceksin, ya da ben seni döve döve öldüreceğim"* şeklindeki sözler intihara mecbur etme olarak nitelendirilmemiştir. Kanımızca, 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrası kapsamında sorumluluğun ortaya çıkabilmesi için, mağdurun intihar etmesini sağlayacak ağırlıkta, ciddi ve karşı

⁸² Centel-Zafer-Çakmut, s.95; Tezcan-Erdem-Önok, s.203; Hafızoğulları-Ketizmen, s.154.

⁸³ Yarg. 1. CD., 20.01.2020, 2019/3668, 2020/166.

koyamayacağı bir cebir ya da tehdidin varlığı aranmalı, mağdura uygulanan cebir ve tehdit ile intihar arasında doğrudan, sıkı bir ilişki bulunmalıdır. Mağdur cebir veya tehdide karşı koymuş ve intihara kalkışmamış, cebir veya tehdidin o anki koşullarda zorlayıcı, karşı konulamaz etkisinden çıkıldıktan sonra intihar gerçekleşmişse, failin 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasında düzenlenen suçtan sorumluluğuna gidilmemelidir. Yargıtay'ın bu yönüyle vardığı sonuç isabetli olmakla birlikte, somut olayda 84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasında düzenlenen intihara teşvik suçunun unsurlarının gerçekleştiği yönündeki değerlendirmesi hatalıdır. 84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasındaki suçun (intihara alenen teşvik) muhatabı belirsiz kişiler olduğundan, somut olayda fiilin hukuki nitelenmesinin 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında düzenlenen intihara yönlendirme olarak belirlenmesi gerekirdi.

c. Fail ve Mağdur

Bu suç, faili bakımından bir özellik taşımamakta olup, herkes bu suçun faili olabilir.

Bu suçta, intihara sevk etme fiili bakımından suçun mağduru, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişiler olabilir. Mağdurun algılama ve irade yeteneği, failin davranışlarıyla kaldırılmış olabileceği gibi, fail dışındaki bir sebeple de bu durumda bulunabilir. Suçun oluşumu bakımından önemli olan, failin, algılama ve irade yeteneğinin ortadan kalkmış olduğunu bildiği kişiyi intihara sevk etmesidir⁸⁴.

İntihara mecbur etme fiili bakımından ise, cebir veya tehdide maruz kalarak intihara mecbur bırakılan herkes suçun mağduru olabilir.

d. Suçun Konusu

Suçun konusu, yaşayan kişilerin hayatıdır. Sevk etme ve mecbur etme suçunun oluşumu için, mağdurun intihar etmesi (ölmesi) gerektiğinden, bu suçun bir zarar suçu olduğunu ifade etmek gerekir.

⁸⁴ Özen, s.61.

B. Tipikliğin Manevi (Sübjektif) Unsurları

Bu suçun manevi unsuru kasttır. Kişi, bilerek isteyerek, mağduru intihara sevk etmeli ve cebir, tehdit uygulamak suretiyle onu intihara mecbur etmiş olmalıdır.

Sevk etme fiili bakımından, failin, mağdurun işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş veya ortadan kaldırılmış olduğunu bilmelidir. Bunun bilinmemesi halinde, kast ortadan kalkacağından (m.30/1), fail, 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasındaki suç tipinden değil, 1 inci fıkrasında düzenlenen intihara yönlendirme suçundan sorumlu tutulabilir.

Mecbur etme fiili bakımından ise, fail, cebir ve tehdidi, mağdurun intihar etmesi amacıyla gerçekleştirmiş olmalı ve bu davranışının onun intiharıyla sonuçlanacağını bilmeli ve bunu istemelidir. Neticeli bir suç olması dolayısıyla, kişinin intihar etmesi failin kastına dahil olup, failin, 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasındaki davranışlarının sonucunda kişinin öleceğini bilmeli ve bunu irade etmelidir.

Fail, bu davranışları sonucunda kişinin ölmesini ihtimal dahilinde görmüşse, suçun olası kastla işlendiği kabul edilmelidir. Örneğin, yüksek bir kayalıktan denize atılması için mağdura cebir ya da tehdit uygulayan fail, ölüm neticesinin gerçekleşeceğini bilmiyorsa ancak ihtimal dahilinde görüp kabulleniyorsa, kasten öldürme suçundan verilecek cezada olası kast indirimi (m.81, 21/2) yapılabilir.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç tipinde fail kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler çerçevesinde cezalandırıldığından, koşulları varsa, kanun hükmünün yerine getirilmesi ve meşru savunma hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmesi mümkün olabilir.

2. Kusurluluğu Etkileyen Haller

Bu suçta, zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olabilir. Örneğin, ağırlık boşaltılmadığı takdirde batacak olan bir tek-nede, kişinin akıl hastası olan bir başkasını denize atmasını söylemesi ve onun da denize atılması sonucu hayatını kaybetmesi durumunda, diğer şartların da gerçekleşmesi kaydıyla (m.25/2) zorunluluk halinden bahsedilebilir. Keza, uçurumun kenarında arkadaşına tutunarak asılı

kalan dağcıya, onu tutan kişinin kendi hayatını kurtarmak için, arkadaşına elini bırakmasını aksi halde kendisinin bırakacağını söylemesi durumunda da zorunluluk haline ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Bu suç tipinde, kusurluluğu azaltan bir hal olarak haksız tahrikin gerçekleşmesi (m.29) de mümkün olabilir. Örneğin kendisine ağır bir şekilde saldıran bir akıl hastasına karşılık vermemek için, öfkeyle kendisini köprüden atarak nehre bırakmasını söylemesi ve akıl hastasının da bunu yerine getirip ölmesi durumunda, fail kasten öldürme suçundan cezalandırılacak ve fakat haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilecektir.

3. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

İntihara sevk ve mecbur etme suçu neticeli bir suç olduğundan, teşebbüse müsaittir. Mağdurun intihara sevk edilmesi ve mecbur edilmesi sonucunda ölüm neticesi, failin elinde olmayan bir sebeple gerçekleşmemişse, kasten öldürmeye teşebbüsten (m.81, 35) sorumlu tutulacaktır⁸⁵. Mağdur, intihar etmesi için cebir veya tehdide maruz kalmış ancak intihara kalkışmamışsa, kasten öldürmeye teşebbüsten sorumluluk söz konusu olmamalıdır⁸⁶.

Fail, mağduru intihara sevk veya ona cebir, tehdit uyguladıktan sonra, mağdur intihara kalkışmış ve fakat ölüm neticesi fail tarafından bizzat engellenmişse, gönüllü vazgeçme hükümleri (m.36) uygulanabilecektir. Bu ihtimalde, o ana kadar yapılan hareketler bir başka suçu oluşturuyorsa (örneğin m.86, 106, 108) fail bu suçlardan sorumlu tutulacaktır.

Yargıtay'ın bir kararında; *"dosya kapsamına göre, mağdur Metin ile haklarında verilen hüküm kesinleşen Doğan ve Mustafa'nın birlikte işledikleri "nitelikli öldürme", "yağma" ve "hürriyeti sınırlama" suçlarından hükümlü"*

⁸⁵ Tezcan-Erdem-Önok, s.203; Centel-Zafer-Çakmut, s.95; Hafizoğulları-Ketizmen, s.154.

⁸⁶ "Mağdur ...'in alınan beyanlarına göre; sanıklar ..., ... ve ...'in kendisini tehdit ederek intihar etmeye zorladıklarını, bu haliyle sanıkların eylemlerinin TCK'nin 84/4. maddesinde yazılı kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturup oluşturmayacağına ilişkin delillerin takdir ve değerlendirmesinin üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması" Yarg. 1. CD., 15.01.2020, 2019/3055, 2020/117.

olarak aynı cezaevinde buldukları, Doğan ve Mustafa'nın, yanlarına yine hakkında verilen hüküm kesinleşmiş olan Ersin ve sanık Engin'i de alarak, sürekli baskı altında tuttukları mağduru, kendileri yararına kantin alışverişi yapmaya zorladıktan sonra, olay günü mağdurun parasının kalmaması sebebiyle sanıkların isteklerini yerine getiremediği, bunun üzerine, sanıkların hep birlikte bahçeye çağırarak mağduru darp etmeye başladıkları, temin ettikleri bir çamaşır ipini mağdurun kalmış olduğu koğuşun pencere demirine bağladıkları, ardından "intihar etmezsen seni öldürürüz" diyerek, buldukları tabureyi asmış oldukları ipin altına koydukları, mağduru tabureye çıkıp kendisini asma için yoğun bir baskı uygulayarak zorladıkları, nihayet tüm bu baskılardan bunalan mağdurun tabureye çıkıp boynuna ipi geçirdiği, tabureye vurduğu tekmeyle birlikte boynundan sallanmaya başladığı, bu esnada paniğe kapılan sanıkların ipi kesmek suretiyle mağduru kurtardıkları olayda, mağdurun kendi iradesi ile değil, sanık Engin'in de içinde bulunduğu grubun fiili ve psikolojik baskı ve zorlamaları sonucu intihar ortamına sürüklendiği, bu durumda ölümün gerçekleşmesi halinde TCK'nın 84/son maddesi uyarınca "kasten öldürme" suçundan, ölümün sanıktan kaynaklanmayan bir nedenle gerçekleşmemesi halinde "öldürmeye teşebbüs" ten neticenin bizzat sanık tarafından engellenmesi halinde ise TCK'nın 36. maddesi uyarınca "kasten yaralama" suçundan hüküm kurulması gerektiği, somut olayda neticenin sanık tarafından engellendiği anlaşıldığı halde, sanığın, "kasten yaralama" suçundan, TCK'nın 61. maddesi uyarınca, suçun işleniş biçimi, suçun işlendiği zaman ve yer, sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı ile güttüğü amaç ve saik gibi hususlar gözönünde bulundurularak, üst sınırdan bir ceza ile cezalandırılması yerine, suç niteliğinde yanılığa düşülerek, yazılı biçimde "intihara yönlendirme" suçundan hüküm kurulması" bozma sebebi sayılmıştır⁸⁷. Görüldüğü gibi, bu kararda Yargıtay, intihara sevk ve mecbur etme suçu açısından gönüllü vazgeçme hükümlerinin isabetli bir şekilde uygulanabileceğini belirtmiştir.

B. İştirak

Bu suça iştirakin her şekli mümkün olup, herhangi bir özellik bulunmamaktadır. Başkasını intihara sevk ya da mecbur eden kişi dolaylı fail (m.37/2) olmayıp, suçun doğrudan faili olur⁸⁸.

⁸⁷ Yarg. 1. CD., 04.03.2014, 2014/282, 2014/1248.

⁸⁸ Centel-Zafer-Çakmut, s.96.

C. İçtima

Bu suç tipinde fail, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler çerçevesinde sorumlu tutulacağından ve zincirleme suç hükümlerinin (m.43/1, 3) uygulanmasının mümkün olmadığı suçlar arasında kasten öldürme de yer aldığından, fail, aynı mağdura karşı farklı zamanlarda “intihara sevk veya mecbur etme” fiilini gerçekleştirmişse, fiil adedi kadar suçtan sorumlu tutulacaktır⁸⁹.

Failin, tek bir hareketle birden fazla kişiyi intihara sevk etmesi veya onları intihara mecbur etmesi halinde de aynı neviden fikri içtima (zincirleme suç) hükümleri (m.43/2) uygulanmayacak, mağdur adedince suçun oluşumu söz konusu olacaktır.

Failin, intihara mecbur etmek için cebir veya tehdit uyguladığı mağdur intihar ederse, yalnızca kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler çerçevesinde sorumlu tutulacak, ayrıca cebir veya tehdit suçundan cezalandırılmayacaktır (m.42).

Fail, mağdur üzerinde, intihar etmesini sağlamak için cebir veya tehdit uyguladıktan sonra mağdur intihar girişiminde bulunmazsa, bu ihtimalde 84 üncü maddenin 1inci fıkrası ile birlikte cebir (m.108) ya da tehdit (m.106) suçlarının unsurları değerlendirilmeli, fikri içtima hükümleri (m.44) çerçevesinde sonuca ulaşılmalıdır.

VI. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü, Görevli Mahkeme

Maddede düzenlenen üç suç tipi de re’sen takip edilir.

İntihara yönlendirme (m.84/1) ve intihara alenen teşvik (m.84/3) suçlarını yargılamakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. İntihara sevk veya mecbur etme suçunu (m.84/4) yargılamakla görevli mahkeme ise ağır ceza mahkemesidir.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 8 inci maddesi uyarınca, internet ortamında yapılan ve içeriği intihara yönlendirme (m.84) suçunu oluşturduğu hususunda yeterli şüphe

⁸⁹ Centel-Zafer-Çakmut, s.95.

sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilebilecektir⁹⁰.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 20 nci maddesinin 2 nci fıkrasında; *"Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezâî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir"* denilmekte olup, intihara yönlendirme ve intihar sevk veya mecbur etme suçlarının mağdurunun kadın, çocuk ya da failin ailesinden biri olması halinde, Bakanlık kamu davasına katılan sıfatıyla katılabilecektir⁹¹.

VII. Yaptırım

İntihara yönlendirme suçunun yaptırımı, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. İntihara yönlendirme fiili sonucunda muhatap intihar

⁹⁰ Madde 8/2: *"Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir"*.

⁹¹ *"Sanık ... hakkında maktul ...'ı intihara yönlendirme suçundan açılan kamu davasında, suçundan açılan kamu davasında, 6284 sayılı Kanununun 2/1-d. ve 20/2. maddeleri uyarınca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nun 233. ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve CMK'nun mağdur ve katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması" Yarg. 1. CD., 11.04.2018, 2018/227, 2018/1730; "Sanık ... hakkında; maktul ...'e yönelik intihara yönlendirme suçundan açılan kamu davasında, 6284 sayılı Kanununun 2/1-d ve 20/2. maddeleri uyarınca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nun 233 ve 234. maddeleri gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve diğer haklarını kullanabilmesi için duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, usulen dava ve duruşmalar bildirilmeden, davaya katılma ve CMK'nun mağdur ... katılanlar için öngördüğü haklardan yararlanma olanağı sağlanmadan yargılamaya devam edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması" Yarg. 1. CD., 05.02.2018, 2016/4106, 2018/271.*

girişiminde bulunmazsa, alt sınıra yakın ceza tayini yoluna gidilmelidir. Muhatap, intihara yönlendirdikten sonra, intihar girişiminde bulunursa ancak ölmezse, fail hakkında, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı göz önünde bulundurularak, temel ceza (üst sınıra yakın) tayin edilmelidir (m.61/1-e).

Muhatabın, intihara yönlendirme sonucunda ölmesi durumu, 84 üncü maddenin 2 nci fıkrasında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak düzenlenmiş olup bu ihtimalde fail, dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

İntihara alenen teşvik suçunun cezası, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır.

İntihara sevk veya mecbur suçunun işlenmesi halinde, fail, kasten öldürme suçundan (m.81) sorumlu tutulacaktır. Kasten öldürme suçunun cezası, 81 inci maddede müebbet hapis cezası olarak öngörülmüştür.

Bu suçların, bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, bir terör suçu söz konusu olur ve ceza ağırlştırılır (Terörle Mücadele Kanunu m.4, 5).

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 9 uncu maddesi uyarınca, silah bulundurma ve taşıma ruhsatını haiz olan kimsenin bu silahla suç işlemesi veya silahın muhafazasındaki ihmal ve kusurlu neticesi başkaları tarafından bir suç işlenmesi veya intihar ve intihara teşebbüs edilmesi hallerinde silah vesikası geriye alınır ve bir daha silah bulundurma ve taşıma izni verilmez.

VIII. Sonuç

İntihar, kişinin kendi hayatına son vermesidir. Ceza kanunumuzda "intihar etme fiili" suç olarak düzenlenmemiş, intihar eden kişinin de cezalandırılması kabul edilmemiştir. Buna karşılık, bireylerin intihar düşüncesine sevk edilmesi, onların intihara girişmelerine yol açılması, bu hususta yönlendirilmeleri, yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve genel sağlık hakkı açısından haksız ve tehlikeli bir davranış olarak kabul edildiğinden, TCK'nın 84 üncü maddesinde intihara yönlendirme, alenen teşvik, sevk ve mecbur etme fiilleri yaptırıma bağlanmıştır.

İntihara yönlendirme suçunda korunan hukuki değer, bireylerin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü ve genel sağlığıdır.

84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki düzenleme tarzı çeşitli sorunlar ihtiva etmektedir. Bu düzenlemeye göre, intihara yönlendirme teşkil eden davranışlar neticesinde, muhatabın intihara girişmiş olması ya da ölmesi aranmamıştır. Kanımızca, mevcut düzenleme uyarınca, intihara yönlendirme sonucunda, muhatabın intihar teşebbüsünde bulunması, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı kapsamında, temel cezanın tayini sırasında göz önünde bulundurulmalıdır (m.61/1-e). Bununla birlikte, 84 üncü maddede, muhatabın intihar girişiminde bulunmasının objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilmesi (olması gereken hukuk açısından) daha isabetli olurdu. Zira, mevcut düzenleme kapsamında, kanun koyucunun amacını aşacak ve hareket serbestisinin de ölçüsüz sınırlandırılması sonucunu doğurabilecek uygulamalar ortaya çıkabilecektir. Hukuki değeri ihlal edecek nitelik ve ağırlıkta olmayan bir kısım davranışların, bu suç kapsamında değerlendirilmesi ve cezalandırılması mümkün olabilir. 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında yapılacak bir değişiklikle, bu suçun somut tehlike suçu haline getirilmesi, problemi ortadan kaldıracak ve cezalandırılabilirliğin sınırlarını, normun konuluş amacına uygun olacak şekilde daraltmış olacaktır.

84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında düzenlenen suçun mağduru somut, belirli bir kimsedir. Sayısı belirsiz soyut kimselerin intihara alenen teşvik edilmesi durumunda, 84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasında yer alan suç tipi gündeme gelecektir.

Bu suç tipinin oluşumu bakımından, muhatabın intihara girişmiş olmasını şart koşan ve bu yönüyle suçun somut tehlike suçu olduğunu ileri süren görüşler bulunmakla birlikte, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasının lafzından bu sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Bu yönüyle, mevcut düzenleme uyarınca, suçun konusunun hareketten etkileniş biçimine göre, bu suçu "*soyut tehlike suçu*" olarak kabul etmek gerekmektedir.

84 üncü maddenin 3 üncü fıkrasında yaptırıma bağlanan fiil, başkalarını "*intihara alenen teşvik etmek*"tir. Alenen teşvik fiilinin muhatabı belirsiz, soyut kimselerdir. Somut, müşahhas kimselerin intihara teşvik edilmesi halinde 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki suç oluşur.

İntihara alenen teşvik sonucunda, herhangi bir kimsenin intihara girişmiş olması ya da ölmesi gerekmez. Bu yönüyle, suç tipi sırf hareket suçu özelliği göstermektedir.

84 üncü maddenin 1 inci fıkrasındaki suçtan farklı olarak bu suçun somut bir mağduru olmayıp, toplumu oluşturan tüm bireyler bu suçun mağduru. Teşvik fiilinin muhatabı, somut, belirli kimselerse, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrasında düzenlenen intihara yönlendirme suçu gerçekleşir.

Alenen teşvik sonucunda, kişilerin intihara girişmiş olması ya da intiharın gerçekleşmesi gerekmediğinden, suç tipi “soyut tehlike suçu” özelliği göstermektedir.

TCK'nın 84 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında düzenlenen bu suç tipinde yasaklanan eylemler, işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri “*intihara sevk etmek*” veya cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri “*intihara mecbur etmek*”tir.

Sevk etme, sözcük anlamı itibariyle sevk edilen davranışa girişilmesiyle söz konusu olacağından, bu suç bakımından icra safhasına geçilebilmesi için, failin yönlendirmesi sonucu mağdurun intihara girişmiş olması gerekmektedir. Kusur yeteneği bulunmayan ve intihara yönlendirilen mağdur, buna rağmen intihar girişiminde bulunmamışsa, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrası uyarınca sorumlu tutulmalıdır. İntihar girişimi gerçekleşmişse, kasten adam öldürmeye teşebbüs (m.81, 35) ve intiharın gerçekleşmesi halinde, tamamlanmış kasten öldürme suçundan (m.81) cezai sorumluluk belirlenmelidir.

Cebir ve tehdidin etkisiyle, mağdurun intihara girişmemesi halinde, fail, 84 üncü maddenin 1 inci fıkrası uyarınca ceza sorumluluğuna gidilmelidir. Cebir ya da tehdidin etkisiyle, mağdur intihar girişiminde bulunmuşsa, kasten öldürmeye teşebbüs, intihar (ölüm) gerçekleşmişse, tamamlanmış kasten öldürme suçundan cezalandırılmalıdır.

İntihara sevk ve mecbur etme suçu neticeli bir suç olup, sevk veya mecbur etme sonucunda mağdurun intiharının gerçekleşmesi, diğer bir ifadeyle ölmesi gerekmektedir. Mağdurun, intihara sevk veya mecbur

edilmesi sonucunda mağdur, intihara girişmiş fakat ölmemişse, kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır.

Sevk etme fiili bakımından, failin, mağdurun işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş veya ortadan kaldırılmış olduğunu bilmelidir. Bunun bilinmemesi halinde, kast ortadan kalkacağından (m.30/1), fail, 84 üncü maddenin 4 üncü fıkrasındaki suç tipinden değil, 1 inci fıkrasında düzenlenen intihara yönlendirme suçundan sorumlu tutulabilir.

Fail, mağdur üzerinde, intihar etmesini sağlamak için cebir veya tehdit uyguladıktan sonra mağdur intihar girişiminde bulunmazsa, bu ihtimalde yalnızca cebir (m.108) ya da tehdit (m.106) suçundan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir.

KAYNAKLAR

- **Akcan, Esra Alan**, “Ötanazi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 1, Yıl 2013.
- **Arpacioğlu, Işıl Tüzün**, “Ötanazi: Türk Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi, Cilt:4, Sayı:7, Ocak 2019.
- **Artuk, Mehmet Emin**, “İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, Yıl 1994.
- **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet Emin- Çakır, Kerim**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2019.
- **Bulut, Erkut Ragıp-Küçüker, Hüdaverdi-Bulut, Necati Serkut**, “İntiharın Kısa Tarihçesinden Sebep ve Yöntemlerine Genel Bir Bakış”, Cumhuriyet Tıp Dergisi, 2012/34.
- **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer**, Kişilere Karşı Suçlar, Cilt: I, 3. Bası, İstanbul 2016.
- **Dönmezer, Sulhi**, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998.
- **Erem, Faruk**, “Ceza Hukukunda İntihar”, Yargıtay Dergisi, C: 16, S: 4, Ekim 1990.
- **Ersoy, Uğur**, “İntihara Yönlendirme Suçu”, TBB Dergisi, 2018 (136).
- **Hafızoğulları, Zeki-Ketizmen, Muammer**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hayata Karşı Suçlar”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 1, 2008.
- **Hafızoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara 2015.
- **Koca, Mahmut**, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 12, Nisan 2010.
- **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- **Ömeroğlu, Ömer**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında; Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltındakilerin Açlık Grevi,

- Ölüm Orucu ve Müdahale Sorunu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3–4 (2011).
- **Ömeroğlu, Ömer**, “Hukuksal Açıdan Ölme Hakkı ve Kabul Edilebilirliği Sorunu”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 3–4 (2009).
 - **Öntan, Yaprak**, “İntihara Yönlendirme Suçları”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt: II, Ankara 2015.
 - **Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
 - **Özen, Muharrem-Şahin, Meral Ekici**, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi • Yıl:68 • Sayı: 2010/4.
 - **Özen, Mustafa**, “İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 16, Ağustos 2011.
 - **Serdaroğlu, Erika Biton**, “Ötanazi – Ölme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, Cilt: 22, Sayı: 3.
 - **Şen, Ersan**, “İntihara Yönlendirme”, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1836064-intihara-yonlendirme>.
 - **Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2018.
 - **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2010.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://www.dw.com/tr/alman-anayasa-mahkemesinden-yaşama-son-verme-hakkına-yeşil-ışık/a-52543433> (e.t.: 07.03.2020).
- <https://www.etimolojiturkce.com/kelime/intihar> (e.t.:29.12.2018).
- <https://www.independentturkish.com/node/138656/dünya/alman-anayasa-mahkemesi-para-karşılığı-ötanazi-yasağını-hükümsüzkıldı> (e.t.: 07.03.2020).
- <http://www.intihar.de/nedir.htm> (e.t.:29.12.2018).
- <https://www.ntv.com.tr/turkiye/koprudeki-intihara-tesvik-davasinda-beraat,pe1g4IsMzkuGOS27tFyFUw> (e.t.:07.03.2020).
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts (Türk Dil Kurumu Çevrimiçi Sözlüğü)



TÜRK HUKUKUNDA ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Elif SARGIN*

Öz

Aile Hukuku, Türk Medeni Kanunu'nun ikinci kitabında düzenlenmiştir. Aile hukuku kitabının birinci kısmının ikinci bölümünde ise evlilik birliğini sona erdiren hallerden biri olan boşanma düzenlenmiştir (TMK m.161-TMK m.184). Öncelikle bu çalışmada, anlaşmalı boşanmanın tarihî gelişimi incelenmiştir. Sonrasında sırayla, genel olarak anlaşmalı boşanma kavramına, boşanmanın sebeplerine ve anlaşmalı boşanmanın, boşanmanın genel sebepleriyle mukayesesine değinilmiştir. Devamında ise Yargıtay kararları eşliğinde, anlaşmalı boşanmanın şartları sırasıyla ve somutlaştırılmaya çalışılarak incelenmiştir. Çalışmada, Türk hukukunda anlaşmalı ayrılık müessesine yer verilip verilmediğine ilişkin açıklamalar da kısaca yer almıştır. Nihayetinde, anlaşmalı boşanmada usûl hukukuna ilişkin bazı problemler de ele alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Boşanma • Anlaşmalı Boşanma • Anlaşmalı Boşanmanın Şartları • Anlaşmalı Boşanmanın Mali Sonuçları • Anlaşmalı Boşanmada Çocukların Durumu

* 4. Sınıf Öğrencisi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye | Senior Student, Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey.

✉ sargin.675@gmail.com • ORCID 0000-0001-9744-7260

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: SARGIN Elif, "Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanmanın Şartları Üzerine Bir İnceleme", *SÜHFD.*, C. 28, S. 1, 2020, s. 349-387.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

AN ANALYSE ABOUT THE CONDITIONS OF DIVORCE BY CONSENT IN TURKISH LAW

Abstract

Many people in Turkey sue for divorce by consent. It is a result of the applicability of the divorce by consent. Therefore, in this study, the conditions of the divorce by consent are examined. Family Law is a book of the Turkish Civil Code. In this book divorce is regulated as a type of termination of the unity of marriage (Art. 161-184 TCC.). Firstly, in this study, the historical development of the divorce by consent is analysed. Then, the concept of divorce by consent, its reasons and its comparison with other general reasons are mentioned. Subsequently, the conditions of the divorce by consent are also examined in the light of the decisions of the Turkish Court Of Appeal. Finally, some problems related to procedural law about divorce by consent are also examined.

Key Words

Divorce by Consent • Divorce • Terms of Divorce by Consent • The Financial Consequences of the Divorce • The Child Related Results of Divorce

GİRİŞ

Anlaşmalı boşanma müessesesi 1926 tarihli 743 sayılı eski Türk Kanunu Medenisi'nin ilk halinde mevcut değildi. 1988 yılında çıkarılan 3444 sayılı Kanun'la¹ birlikte Medenî Kanunda yapılan değişiklik sayesinde anlaşmalı boşanma müessesesi, Türk Hukuku'na girmiş bulunmaktadır. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ise 743 sayılı eski Türk Medenî Kanunu'ndaki nihai düzenleme, esas itibariyle korunmuştur².

Anlaşmalı boşanma hususunun Türk hukukuna dahil olmasıyla birlikte boşanmaların çok büyük bir kısmı anlaşmalı boşanma sebebine dayanmaya başlamıştır. Bu sebeple, uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan bahse konu müessese incelenmiştir. Bu kapsamda önce tarihi gelişim açıklanmıştır. Daha sonra, genel olarak boşanma kavramı, sebepleri ve anlaşmalı boşanmanın genel boşanma sebepleriyle mukayesesi açıklanmıştır. Nihayet, anlaşmalı boşanmanın şartları ve anlaşmalı boşanma davasında usul hukukuna ilişkin bazı problemler ifade edilmiştir.

¹ RG. Yayın tarihi: 12.05.1988, Sayı: 19812.

² ÖZDEMİR, Nevzat, Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s. 2; YILMAZ BİLGİN, Esra Pınar, Türk Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2015, s. 27 vd.

II. TARİHİ GELİŞİM

743 sayılı eski Medenî Kanun'da yapılan değişiklikten önce taraflar çoğu kez uydurma bir boşanma sebebini ileri sürerek ve anlaşarak boşanmayı sağlayabilmekteydi. Boşanma hususunda anlaşmış olan tarafları zorla evli tutmanın anlamsız olacağı düşüncesiyle eşlerin anlaşması bir boşanma sebebi olarak kanunda yerini almıştır. Böylece kanuna aykırı uygulamaya da son verilmek istenmiştir³. Bu kanun değişikliği öncesinde doktrinde anlaşmalı boşanmanın kabul edilmesinin isabetli olup olmadığı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüş, bu müessesenin hukukumuzda girmesini desteklerken⁴; diğer bir görüş ise şiddetle karşı çıkmıştır⁵. Hâlbuki, bir toplumda evlilik dinî bir nitelik taşıyorsa, bireylerin yetkileri evliliği meydana getirme yahut getirmeden ibaret ise bireylerin evlilik üzerinde tasarruf etme, evliliği dilediği zaman sona erdirmeye imkânları yoktur. Çünkü evlilik mukaddes (kutsal) bir birlik niteliğindedir. Ancak evlilik yalnızca karı-koca arasında dünyevî, medeni hukuk anlamında bir sözleşmeyle taraflar bunu meydana getirebildikleri gibi son da verebilmelidirler. Eski kavimlerde, özellikle İsrail, Roma ve İslamiyet öncesi Arap toplumunda evlilik dinden ve otoriteden bağımsız kabul edilmiştir. Böylece, tarafların iradeleri ile evliliğe son verebilecekleri kabul edilmiştir⁶. Hristiyanlıkla birlikte ise evli-

³ OĞUZMAN, M. Kemal /DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1998, s. 127.

⁴ GÜRİSOY, Kemal Tahir, "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977, s. 127.

⁵ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s. 325, 326; ŞENER, Esat, "Medeni Kanun'un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977, s. 219 vd.; AKINTÜRK, Turgut, "Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIX, S. 1, Ankara 1972, s. 47; AYİTER, Nuşin, "MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. II, Ankara 1977, s. 165 vd.; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, Aile Hukuku, Ankara 1943, s. 42.

⁶ GÜRİSOY, Kemal Tahir, "Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977, s. 1 vd.; ARAS, Bahattin, "Roma Hukuku'nda Evlenme ve Boşanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 2, Y. 2010, s. 228 vd.; AKINCI, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Konya 2013, s. 228.

lik kutsal bir nitelik kazanmış; herhangi bir sebeple bu kutsal birliğin bozulmasına imkân verilmemiştir, Katolik mezhebinde ne eşlerin ne Papanın evliliği sona erdirme yetkisi vardır. Aksine, Protestanlık mezhebi ise eşlerin boşanmasına kesin olarak imkân vermektedir. Evlilik birliğinin dünyevî ve akdî bir bağ olduğu görüşünün yaygınlaşması ile birlikte evliliği sona erdirme de kabul edilmeye başlanmıştır. Devamında, 18. yüzyılda evliliğin laik bir müessese olduğu kabul edilmiştir. Nitekim 20.09.1792 tarihli Fransız Kanunu karşılıklı rıza ile boşanmayı kabul etmiştir. Bu eğilimde, Fransız ihtilâlinin getirmiş olduğu özgürlük ve bağımsızlık düşüncesinin etkileri görülmektedir.

Türk hukukunda anlaşma suretiyle boşanma tartışmalarının başlangıcı Franko Milaslı'nın bu müesseseyi önermesidir. Hatta bu konuda anketler bile yapılmıştır. Ancak dönemin Adalet Bakanı Prof. Dr. Mahmut Esat Bozkurt bu görüşlere karşı çıkmıştır⁷. Zira ona göre, böyle bir düzenleme, aile hayatını ortadan kaldıracığı gibi, bunun yerine bir nevi tescilli metres hayatı ikame edilmiş olur⁸. Keza dönemin Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi Başkanı Esat Şener'e göre mevcut olan düzenleme gereğince terk sebebinde olduğu gibi taraflar yine anlaşma suretiyle boşanabilirler⁹. Dolayısıyla, kanuna yeni bir boşanma sebebi kazandırmaya lüzum yoktur¹⁰. Benzer bir görüşe göre¹¹, tüm yeniliklere rağmen Türk toplumunun yapısı gereğince, Anadolu'nun cefakâr ve çilekeş kadını rızâî boşanmayı eşit şartlarda ve imkanlarda kullanabilecek durumda ve olgunlukta değildir. Böyle bir düzenleme ile aile düzeninin alt üst olabileceği, bunun yerine aynı sonuca terk sebebiyle boşanma davası ile de ulaşılabileceği belirtilmiştir. Zira kanun koyucu diğer boşanmalardan farklı olarak terk sebebinin rızâî boşanma ihtiyacına cevap vermesi için bilinçli olarak düzenlemiştir.

Aksi görüş¹², kocanın nüfuzu ve tesiri altında kalan kadınların rızâ göstererek gerçekleştirdiği boşanmaların kadınların aleyhine olacağına

⁷ ÖZDEMİR, s. 22; YILMAZ BİLGİN, s. 22 vd.

⁸ AKINTÜRK, Evlilik Hukuku Makale, s. 47.

⁹ ŞENER, Makale, s. 219 vd.

¹⁰ GÜRSOY, s. 127 vd.

¹¹ FEYZİOĞLU, s. 325 vd.; Benzer bir görüş için bkz. GÖKTÜRK, s. 42.

¹² GÜRSOY, s. 160 vd.

katılmamaktadır. Çünkü artık Türk kadını en azından bu hususta kocasının eskiden olduğu gibi tahakkümü altında değildir, bu müessese kadınların lehinedir.

743 sayılı Kanun döneminde kurulan bir komisyon tarafından “Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi” hazırlanmıştır. Bahsedilen öntasarıda, “Evlilik Birliğinin Sarsılması” kenar başlığı altında 130. maddenin 3. fıkrasında anlaşmalı boşanma müessesesine yer verilmiştir¹³. Bu öntasarı üzerinde Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarıda anlaşmalı boşanma hükmü aynen korunmuştur. Ancak bu tasarı kanunlaşmamıştır. Sonrasında ise 3444 sayılı Kanun¹⁴ ile eski Medeni Kanun’da değişiklik yapılmıştır. Böylece anlaşmalı boşanma müessesesi ilk defa kanuni dayanak kazanmıştır. Buna göre, evliliğin en az bir yıl sürmesi şartıyla eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin açmış olduğu davayı diğer eşin kabulü halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Hakîmin boşanma kararı verebilmesi için tarafları bizzat dinlemesi ve tarafların iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarına kanaat getirmesi gerekir. Ayrıca hakîmin boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda, taraflarca kabul edilen düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakîm gerekli gördüğü takdirde, tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde tutarak düzenlemede değişiklik yapabilir. Hakîm tarafından yapılan bu değişikliklerin taraflarca kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hakîmi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz (EMK m. 134/III). 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu’nda da anlaşmalı boşanma müessesesi aynen muhafaza edilmiştir (TMK m. 166/III).

III. GENEL OLARAK BOŞANMA KAVRAMI, SEBEPLERİ VE DİĞER GENEL SEBEPLERLE MUKAYESESİ

Evlilik, hayat boyu süreceği inancıyla kurulan birlikteliktir. Evliliğin doğal olarak sona ermesi ölümle gerçekleşir. Ancak bazı hallerde evlilik, ölüm dışında başka bir sebeple sona erer. Boşanma, evliliği ölüm dışında başka bir sebeple sona erdiren hallerden biridir. Eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda öngörölmüş olan sebeplerden birine da-

¹³ ÖZDEMİR, s. 25.

¹⁴ RG. 12.05.1988 tarih ve 19812 sayı.

yanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkim kararı ile son verilmesine boşanma denir¹⁵. Boşanmayı kabul eden ve etmeyen olmak üzere iki görüş vardır¹⁶. Boşanmayı kabul eden görüş ferdiyetçi görüştür¹⁷. Bu görüşe göre eşler, evlilik bağına iradî olarak kurdukları gibi iradî olarak da sona erdirebilmelidir. Toplumcu görüşe göre, evlilik bireylerin zevki için kurulmaz, neslin devamı için kurulur. Buna göre, evlilik birliğinin hayat boyu devam etmesi esastır.

Boşanmanın dayandığı dört ilke vardır¹⁸. Bunlar irade, kusur, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve elverişsizlik ilkesidir. İrade ilkesine göre evlilik tarafların iradesiyle kurulduğuna göre yine onların iradesi ile son bulmalıdır. Bu ilkeye göre boşanma, doğrudan taraf iradelerine dayanır. Kusur ilkesi ise boşanmanın ancak eşlerden birinin kusurlu olması halinde gerçekleşebilmesine dayanır. Buna göre, kusurlu eş boşanmayı talep edemez. Üçüncü ilke olan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında ise artık evliliği sürdürmenin bir anlamı kalmamalıdır. Yani, eşlerin bu evliliği devam ettirmesinde yarar değil zarar doğmaktadır. Zira eşler arasındaki güvenin, birliğin, mutluluğun yok olması durumunda evliliğin devamı taraflardan artık beklenemez. Bu ilkeye göre boşanmak için hangi tarafın kusurlu olduğu önemli değildir, evliliğin temelinden sarsılmış olması boşanma için yeterlidir. Son ilke ise elverişsizlik ilkesidir. Bu ilke gereğince eşlerden biri ortaya çıkan bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilikten doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye elverişsiz hale gelmişse, bu evlilik boşanma ile sonlandırılabilir. Elverişsizliğe akıl hastalığı, kısırlık, cinsî sapıklık örnek verilebilir¹⁹. Türk Medenî Kanunu'nun genel olarak kabul ettiği ilke ise evli-

¹⁵ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Aile Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2018, s. 235.

¹⁶ KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1985, s. 150; FEYZİOĞLU, s. 214; SCHWARZ, Andreas B., Aile Hukuku, 2. Baskı, DAVRAN, Bülent, İstanbul 1946, s. 129, 130; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 237, 238; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2004, s. 367.

¹⁷ EYÜBOĞLU, Aysel, Anlaşmalı Boşanma, Eskişehir 1998, s. 9 vd.

¹⁸ SCHWARZ, s. 137; FEYZİOĞLU, s. 217; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 151; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 240 vd.; ÖZTAN, s. 369.

¹⁹ SCHWARZ, s. 139 vd.; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 152; ÖZTAN, s. 371; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 242.

lik birliğinin temelinden sarsılmasıdır²⁰. Ancak kabul ettiği tek ilke bu değildir. Kusur ve elverişsizlik ilkelerine de yer verilmiştir²¹.

Kanun boşanma sebeplerini sınırlı sayıda (numerus clausus) saymıştır. Başka bir deyişle kanunda sayılanların dışında bir sebebe dayanmak mümkün değildir. Boşanma sebepleri doktrinde genel ve özel sebepler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Özel boşanma sebepleri; zina (TMK m.161, EMK m.129), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK m.162, EMK m.130), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m.163, EMK m.131), terk (TMK m.164, EMK m.132), akıl hastalığıdır (TMK m.165, EMK m.133). Genel boşanma sebepleri ise evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m.166/I, EMK m.134/I), eylemli ayrılık (TMK m.166/IV, EMK m. 134/IV) ve anlaşmalı boşanma (TMK m.166/III, EMK m.134/III) olmak üzere sayılmıştır²².

Boşanma sebepleri bakımından mutlak boşanma sebepleri ve nispi boşanma sebepleri şeklinde bir ayırım da yapılmaktadır. Bu tasnife göre mutlak boşanma sebeplerinde boşanmaya sebep olarak kanunda belirlenen olayın ve olgunun ispat edilmesi yeterlidir. Hâkim bahse konu sebebin diğer eş bakımından ortak hayatı çekilmez kılıp kılmadığını araştırmaz²³. Meselâ zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davra-

²⁰ SCHWARZ, s. 140; FEYZİOĞLU, s. 217; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 242; ZEYTİN, Zafer/ ERGÜN, Ömer, Türk Medeni Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 186.

²¹ KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 153 vd.; ÖZTAN, s. 371; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 242; ZEYTİN/ ERGÜN, s. 186.

²² Doktrinde hâkim görüş, eşlerin belli süre ayrı kalmalarını (eylemli ayrılığı) boşanmanın genel sebebi olarak kabul etmektedir AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 243; ÖZTAN, s. 422 vd.; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C. III, 10. Baskı, İstanbul 2015, s. 115; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medenî Hukuk Temel Bilgiler, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 280, 281; ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/ GÜRPINAR, Damla, Medenî Hukuk Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 300; İNAN, Ali Naim, Medenî Hukuk, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 202; HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 159, ZEYTİN/ ERGÜN, s. 190.

Fiili ayrılığı özel boşanma sebebi sayan görüş için bakınız: HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 102.

²³ KUNTALP, Erden, "Mutlak Boşanma Sebepleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977, s. 116.

nış, terk, eşlerin anlaşması ve eylemli ayrılık buraya dahildir²⁴. Nispî boşanma sebeplerinde ise dava konusu olay ve olgunun gerçekleştiğinin ispat edilmesi boşanma için yeterli değildir. Hâkim ayrıca bu durumun diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırır. Bu şart gerçekleştiği takdirde ise, boşanmaya karar verebilir. Nispî boşanma sebeplerine misal, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin sarsılmasıdır. Belirtilmelidir ki, mutlak ve nispî boşanma sebepleri ayrımı hâkimin takdir yetkisi bakımından önem arz etmektedir²⁵. Zira nispî boşanma sebeplerinin aksine, mutlak boşanma sebeplerinde hâkimin takdir yetkisi yoktur²⁶.

Genel boşanma sebepleri belli bir olay veya olguya dayanmayan, önceden belirlenmesi ve saptanması mümkün olmayan, çok çeşitli ve farklı olaylar veya olgulardan doğan bir durumu esas alır. Bu sebeple genel adını almıştır²⁷.

Boşanmanın genel sebeplerinden ilki evlilik birliğinin sarsılmasıdır (TMK m.166/I-II). Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılırsa eşlerden her biri boşanma davası açabilir²⁸. Ancak davacının kusuru davalıya göre daha ağır ise davalı taraf açılan davaya itiraz edebilir²⁹. Bahse konu itiraz eğer hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evliliğin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.

²⁴ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 243, 244; İPEK, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Konya 2007, s. 7.

²⁵ KUNTALP, s. 116 vd.

²⁶ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 244.

²⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 261; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 113; ÇINAR MUTLU, Kübra, Boşanma Sebepleri, İzmir 2019, s. 16; KHALEEL, Ahmed Awzar, Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Anlaşmalı Boşanma, Kayseri 2019, s. 14.

²⁸ YILDIRIM KORKMAZ, Çınar, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 2014, s. 58.

²⁹ OKUMUŞ, Tuba, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Erzincan 2012, s. 120.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında biri objektif diğeri sübjektif olmak üzere iki şart vardır³⁰. Objektif şart evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır³¹. Yani eşler arasında duygu ve düşünce ayrılığı bulunması, karşılıklı sevgi ve saygının ortadan kalkması, bağlılık unsurunun zayıflaması ya da yok olmasıdır³². Sübjektif şart ise ortak hayatın çekilmez hale gelmiş olmasıdır. Buna göre, ortak hayatın eşlerden yalnızca biri için çekilmez hale gelmesi bu şartın gerçekleşmesi için yeterlidir³³.

Anlaşmalı boşanma ile mukayese edersek evlilik birliğinin sarsılmasındaki objektif ve sübjektif şart anlaşmalı boşanmada bir karine olarak kabul edilmektedir. Zira anlaşmalı boşanmada kanunkoyucu, en az bir yıl devam etmiş bir evlilikte eşlerin birlikte başvurması veya bir eşin açtığı davayı diğere eşin kabul etmesini, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğuna karine saymıştır. Yani burada hâkim objektif nedeni araştırmaz. Bu konuda hâkimin takdir yetkisi yoktur³⁴.

Anlaşmalı boşanmada, evlilik birliğinin sarsılması sebebinden farklı olarak çekilmezlik şartı aranmaz. Zira ortak hayatın eşler için çekilmez hale geldiği bir varsayım olarak kabul edilir³⁵. Yine, TMK m.166/I'den farklı olarak TMK m. 166/III'te evliliğin bir yıl sürmesi şartı aranmaktadır. Bu süre, evlilik birliğinin sarsılması sebebinde şart olmadığı için misal olarak bir ay sürmüş olan bir evliliğe de bu sebebe dayanılarak son verilebilir.

Diğere bir genel boşanma sebebi ise ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır (TMK m.166/IV)³⁶. Ortak hayatın yeniden kurulamaması,

³⁰ ÖZTAN, s. 403; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 262; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 298, 299; YILDIRIM KORKMAZ, s. 54; OKUMUŞ, s. 63.

³¹ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, "İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Meselesinin Anlaşılış Tarzında Tatbikat Ve Nazariyat Arasındaki Farklar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 266.

³² HELVACI/ ERLÜLE, s. 158; YILDIRIM KORKMAZ, s. 56; OKUMUŞ, s. 64.

³³ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 265; ÖZTAN, s. 409; HELVACI/ ERLÜLE, s. 158; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 299.

³⁴ ÖZDEMİR, s. 140; ÖZTAN, Makale, s. 128.

³⁵ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 269.

³⁶ Fiili ayrılığı, özel boşanma sebebi olarak kabul eden görüş için bakınız: HATEMİ/ KALKAN OĞUZTÜRK, s. 98.

eylemler (fiili) ayrılık olarak da bilinir. Buna göre, öncelikle herhangi bir boşanma sebebiyle açılmış olan bir davanın reddedilmesi gerekir. Verilen ret kararının kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmiş olmasına rağmen ortak hayat yeniden kurulamazsa, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Nihayet eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir³⁷.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması burada da karine olarak karşımıza çıkmaktadır³⁸. Anlaşmalı boşanmadan farklı olarak fiili ayrılığa dayalı boşanma davası açılabilmesi için öncesinde herhangi bir sebeple açılmış bir boşanma davasının reddedilmiş olması gerekir³⁹. TMK m. 166/III'te böyle bir şart yoktu. İki sebep arasında süre bakımından da farklı esaslar kabul edilmiştir. Fiili ayrılıkta aranan üç yıllık süre evlilik birliğinin devam etmesi gereken süre değildir. Buradaki süre önceden açılan davanın reddinin kesinleşmesinden itibaren işler. Burada önemli olan husus üç yıllık süre içinde eşlerin ortak hayatı yeniden kuramamış olmasıdır. Böyle bir durumda evlilik temelinden sarsılmış sayılır. Oysa anlaşmalı boşanmadaki bir yıllık süre şartı, evlilik akdinin kurulmasından itibaren işlemeye başlar. Bu süre içinde eşlerin ortak hayatı yeniden kurup kuramamaları önemli değildir. Bahse konu süreden maksat eşlerin birbirlerini iyice tanımalarına imkân verilmesidir⁴⁰.

IV. ANLAŞMALI BOŞANMA

Anlaşmalı boşanma "Evlilik Birliğinin Sarsılması" kenar başlığı altında TMK m.166/III (EMK m.134)'te düzenlenmiştir. Buna göre evlilik birliği en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin açmış olduğu davayı diğer eşin kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Hâkimin boşanma kararı verebilmesi için tarafları bizzat dinlemesi ve iradelerinin serbestçe açıklanıp açıklanmadığına kanaat getirmesi gerekir. Ayrıca hâkimin boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda taraflarca yapılan düzenlemeyi uygun

³⁷ ÖZDEMİR, s. 139.

³⁸ ÖZTAN, s. 426; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ GÜRPINAR, s. 300; ZEYTİN/ ZAFER, s. 190.

³⁹ BOZDAĞ, Cahide Işıl, Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusurun Etkisi, Konya 2019, s. 106.

⁴⁰ OĞUZMAN/ DURAL, s. 128; ÖZTAN, s. 417; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 270.

bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak gerekli gördüğü takdirde düzenlemede değişiklik yapabilir. Tarafların bu değişiklikleri kabul etmesi halinde boşanmaya hükmolunur. Nihayet, tarafların ikrarı hâkimi bağlamayacaktır⁴¹.

Anlaşmalı boşanma, mutlak boşanma sebebidir. Zira burada kanunda belirtilen olay ve olguların ispatı boşanma için yeterlidir. Hâkim ayrıca evlilik birliğinin eşler bakımından çekilmez olup olmadığını araştırmaz⁴². Yine anlaşmalı boşanma, bir genel boşanma sebebidir.

Hâkim, anlaşmalı boşanmada bir tespit kararı değil, bozucu yenilik doğuran bir karar vermiş olur⁴³. Zira boşanma sonucunda evlilik birliği sona ermektedir. Yenilik doğuran hak ise kullanılması bir kişinin tek taraflı irade açıklamasına bağlı olan ve bu irade açıklamasıyla yeni bir hukuki durum yaratan ya da varolan hukuki ilişkiyi değiştiren veya sona erdiren haktır⁴⁴. Bu haklar genel olarak tek taraflı irade beyanı ile kullanılır. Ancak bazıları dava yolu ile kullanılır. Misal olarak boşanma böyledir. Anlaşmalı boşanmada, mevcut hukuki durum olan evlilik birliğinin ortadan kaldırılması istenmektedir. Dolayısıyla, burada yenilik doğuran bir hakkın kullanılması söz konusu olduğu için anlaşmalı boşanma davasının hukuki niteliği yenilik doğurucudur⁴⁵.

V. ANLAŞMALI BOŞANMANIN ŞARTLARI

1) Evlilik Birliğinin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması:

Anlaşmalı boşamanın gerçekleşebilmesi için gereken şartlardan birincisi evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olmasıdır. Mesela, taraflar önceden altı ay evli kalmış olsa sonra kanundaki herhangi bir boşanma

⁴¹ OĞUZMAN/DURAL, s. 129; AKINTÜRK, s. 272; ÖZTAN, Makale, s. 134.

⁴² AKINTÜRK, ATEŞ, s. 244, Aksi görüşe göre anlaşmalı boşanma nispi boşanma sebebidir: HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 99.

⁴³ HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 105; GÜRDOĞAN, Burhan, "Boşanma Davalarına İlişkin Usûl Hükümleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977, s. 206; TEKİN, Helin N., Anlaşmalı Boşanma, Ankara 2019, s. 127; DEMİRBAŞ, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2006, s. 72.

⁴⁴ ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/GÜRPINAR, s. 42; GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 16. Baskı, Bursa 2019, s. 453; SÜMER, Halûk Hâdi, Hukuka Giriş, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 182; AYAN, Mehmet/ AYAN, Nurşen, Medeni Hukuka Giriş, 12. Baskı, 2016 Ankara, s. 118 vd.

⁴⁵ OĞUZMAN/DURAL, s. 6; TEKİN, s. 127.

sebebine dayanarak boşanmış olsa, sona eren evliliğin tarafları ikinci defa evlendiklerinde anlaşmalı olarak boşanmayı isteyebilir. Bu takdirde, önceki altı aylık süre anlaşmalı boşanmada aranan asgari bir yıllık süreye eklenmez; bir yıllık süre ilk evlenmeden bağımsız olarak değerlendirilir⁴⁶. Yani ikinci evlilik de sekiz ay sürmüştü bu, altı aylık süreye eklenemez. Böyle bir durumda, şartları varsa ancak bir başka boşanma sebebine dayanabilirler.

Bir yıllık bu asgari sürenin aranmasından maksat, evlenen eşlerin belli bir süre birlikte yaşayarak birbirlerini tanımalarını sağlayıp, henüz birkaç haftalık yahut birkaç aylık evliliklerin sona ermesini engellemektir. Zira evlilik müessesesinin hayat boyunca devam etmesi ümit edilir. Halbuki böyle bir süreye yer verilmeseydi, bu durum birkaç gün veya hafta süren evliliğe son verilmesine yol açardı. Böyle bir sonuç evlilik müessesesinin kutsallığı ile bağdaşmaz⁴⁷. Bununla beraber kanunkoyucu bir yıllık süre boyunca eşlerin birlikte yaşamasını aramamaktadır⁴⁸. O halde eşlerin birbirlerini iyice tanımadan boşanmalarının önüne geçmek için verilmiş olan bu sürenin birlikte geçirilmemiş olması halinde önemi kalır mı? Doktrindeki bir görüşe göre, gerekçe göz önünde bulundurulunca, kanunun belirli süre birlikte yaşamayı aramaması çelişki oluşturmaktadır⁴⁹. Mesela eşler evlenmiş oldukları andan itibaren ayrı yaşamaya başlamış ve hiçbir şekilde bir araya gelmeden bir yıllık süreyi doldurup boşanmak için başvurmuş olsunlar. Bir araya hiç gelmedikleri için bu durumda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığından veya ortak hayatın beklenemez olduğundan nasıl söz edilebilir? Aksi görüşe⁵⁰ göre ise bir yıllık sürenin muhakkak aynı çatı altında sürdürülmesi aranmaz. Zira eşler bir araya gelmeden de boşanmayı gerektiren nedenler ortaya çıkabilir. Ülkemizde çeşitli sebeplerle, eşler evlilik akdi yapıldıktan bir süre sonra bir araya gelebilmektedir. Böyle durumların varlığı

⁴⁶ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 688.

⁴⁷ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 270.

⁴⁸ ÖZTAN, s. 417; ÖZTAN, Bilge, "3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134'üncü Maddesi", Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s. 130; ATMACA ÜLKÜ, s. 45.

⁴⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 128.

⁵⁰ ÖZDEMİR, s. 150.

düşünüldüğünde anlaşmalı boşanmada eşlerin bir araya gelmesi bir şart olarak aranmamalıdır.

Bir yıllık sürenin aranmasını isabetli bulan görüşe göre, eşler bu süre içinde birbirlerini daha iyi tanır, fevri davranışlardan kaçınır, küçük kırgınlıklar neticesinde boşanma yoluna başvurmazlar. Ancak bu olgular bir yıllık süre ile sınırlandırılmaz. Zira bu gibi durumlar bir yıllık süre dolduktan sonra da ortaya çıkabilir. Eşler küçük kırgınlıklar sebebiyle boşanmak isteyebilirler yahut bir yıllık süre içinde çok önemli olaylar da ortaya çıkabilir. Buna rağmen, eşler yine anlaşmalı boşanma yoluna başvurmak isteyebilirler⁵¹.

Bir yıllık süre dolmadan anlaşmalı boşanma davasının açılıp açılmayacağı hususunda doktrinde görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre⁵², bir yıllık süre dolmadan anlaşmalı boşanma davası açılmışsa hâkimin diğer şartlara bakmaksızın bunu reddetmesi gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre bir yıllık süre şartının gerçekleşmemesi sebebiyle davanın reddedilmesi gerekir⁵³. Diğer bir görüşe göre⁵⁴ ise dava açıldığında henüz bir yıllık süre dolmamış fakat duruşma tarihinde süre tamamlanmışsa davanın reddedilmemesi gerekir. Yine söz konusu bir yıllık süre dolmadan dava açılmış olmakla birlikte sürenin tamamlanmasına kısa bir süre kalmış ise hâkim usûl ekonomisine aykırı olarak davayı reddetmemelidir. Bunun yerine, duruşma bir yıllık sürenin tamamlanmış olduğu bir zaman dilimine ertelenmeli; yani, sırf süre yüzünden dava reddedilmemelidir. Hâkim tarafından bir yıllık süre re'sen

⁵¹ ÖZDEMİR, s. 151; TEKİN, s. 77.

⁵² OĞUZMAN/DURAL, s. 128; YILMAZ BİLGİN, s. 37; ATMACA ÜLKÜ, Hande, Türk Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, İstanbul 2017, s. 44; ÖZTÜRK, Özge, Genel Boşanma Sebepleri, İstanbul 2010 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 98.

⁵³ Y. HGK. T.18.04.2019 E. 2017/2643 K. 2019/484 "...Uygulamada anlaşmalı boşanma adı verilen ve yukarıya alıntılanan fıkra uyarınca boşanma kararı verilebilmesi için ilk koşul; evlilik birliğinin en az bir yıl sürmesidir. Aksi takdirde hâkim diğer şartları incelemeden boşanma davasını reddetmelidir." (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.09.2019).

⁵⁴ ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018, s.131,132; ÇELİK ÖZCAN, Berna, Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Ankara 2015, s. 100.

araştırılacaktır⁵⁵. Yani hâkim davanın, evlenme tarihinden itibaren bir yıl içinde açılıp açılmadığını kendiliğinden dikkate alır⁵⁶. Nitekim bahse konu süre hukuki niteliği itibarıyla bir hak düşürücü süredir⁵⁷. Bir yıllık sürenin hukuki niteliği bakımından diğer bir görüşe göre ise, bir yıllık süre maddi hukuka ilişkin bir yargılama (dava) şartıdır⁵⁸. Hâkimin dava şartının bulunup bulunmadığını esasa girmeden önce re'sen çözmesi gerekir.

Yargıtay'ın bir yıllık süre şartına ilişkin epey kararı bulunmaktadır. Yargıtay 3.12.2008 tarihli kararında yerel mahkemenin vermiş olduğu kesinleşmiş anlaşmalı boşanma kararını bir yıllık süre şartının gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle kanun yararına bozmuştur⁵⁹. Bir diğer kararında ise taraflar 20.06.2007 tarihinde evlenmiş, anlaşmalı boşanma davası ise 26.05.2008'de açılmıştır⁶⁰. Tarihler bakıldığında bir yıllık süre

⁵⁵ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 688; ATMACA ÜLKÜ, s. 44, ÖZTAN, Makale, s. 129.

⁵⁶ ERGÜN, Zafer, Boşanma Davaları, 4. Baskı, Ankara 2009, s. 97.

⁵⁷ ERGÜN, s. 97.

⁵⁸ ÖZDEMİR, s. 153, YILMAZ BİLGİN, s. 39.

⁵⁹ Y.2.HD. E. 2007/16486 K. 2008/16566, "...anlaşmalı boşanma hükümlerine dayanılarak açılan boşanma davasının kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda, evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı öngörülmüştür. (TMK.md. 166/3) Dosyada mevcut nüfus kaydından, tarafların 3.12.1996 tarihinde evlendikleri anlaşılmış olup, dava tarihine göre henüz bir yıllık yasal süre dolmamıştır. Mahkemece yasal bir yıllık süre şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle tarafların delilleri sorulup gösterdikleri takdirde toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/6. maddesine dayalı kanun yararına bozma isteğinin açıklanan sebeple kabulü ile hükmün sonuca etkili olmamak üzere BOZULMASINA, oybirliğiyle karar verildi." (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.09.2019).

⁶⁰ Y.2.HD. E. 2010/15097 K. 2011/15909, "...4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi "evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır" hükmünü içermektedir. Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 20.6.2007 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı 26.5.2008 tarihinde henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak, Medeni Kanunun 166/1-2. maddesindeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yasal şartlar oluşmadan ta-

şartının gerçekleşmediği açıktır. Temyiz edilmeden kesinleşen yerel mahkeme kararı kanun yararına bozulmuştur.

2) Davanın Eşler Tarafından Birlikte Açılması ya da Eşlerden Birinin Açmış Olduğu Davayı Diğer Eşin Kabul Etmesi

TMK m.166/III hükmü gereğince anlaşmalı boşanma iki şekilde mümkündür. Bunlardan ilki, eşlerin birlikte mahkemeye başvurmasıdır. İkinci alternatif ise taraflardan birinin açmış olduğu davayı diğer eşin kabul etmesidir.

a. Eşlerin Birlikte Başvurması

Bu ihtimalde, eşler önceden aralarında anlaşır ve boşanmak üzere birlikte mahkemeye başvururlar. Yani eşler boşanma davasını beraber açarlar⁶¹. Ancak bu durumda çekişmeli yargı türünden olan boşanma davasında davacı ve davalı tarafı eşlerden hangisi oluşturur? Eşler boşanma davasını beraber açabildiklerine göre acaba dava dilekçesinde her ikisi de hem davacı hem de davalı olarak mı gösterilir? Yoksa bu takdirde boşanma, her iki eşin birlikte bir dilekçe vermeleri suretiyle bir çekişmesiz yargı türünü mü oluşturur?⁶² Doktrinde bir görüşe göre⁶³, anlaşmalı dahi olsa tabiatı gereği boşanma davası çekişmesiz yargı türüne sokulamaz, bir davanın mutlaka davalısı da bulunmak zorundadır. Yargıtay eşlerin birlikte dava açması durumunda iki davalı iki davacının bulunduğu görüşündedir⁶⁴. Aksi görüşe göre⁶⁵, anlaşmalı boşanma bir çekişmesiz yargı işidir. Bahse konu görüşe göre, TMK. m.166/III hük-

rafların kabulüne dayanılarak boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.09.2019).

⁶¹ AKINTÜRK / ATEŞ, s. 270; OĞUZMAN/ DURAL, s. 128 vd.; ÖZTAN, s. 415 vd.; ÖZDEMİR, s. 155; ERDEM, s. 132; ERGÜN, s. 97; GENÇCAN, s. 689 vd.

⁶² AKINTÜRK / ATEŞ, s. 270.

⁶³ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 270; ERGÜN, s.97; ATMACA ÜLKÜ, s. 48.

⁶⁴ Y.2.HD. T. 15.3.1990, E. 11382 K. 2844 (GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 690);

Aynı görüş için bkz. TUTUMLU, Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C.I, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 222; ATMACA ÜLKÜ, s. 49. Ayrıca bkz. "Yargıtay en son verdiği 08.05.2014 tarihli kararında üstü kapalı da olsa anlaşmalı boşanmanın bir çekişmesiz yargı faaliyeti sayılacağı hususunda görüş bildirmiştir." (TEKİN, s. 69, Y.2.HD., T. 08.05.2014, E. 2013/26237, K. 2014/10618).

⁶⁵ ÖZDEMİR, s. 145; ÖZTAN, s. 421; TUTUMLU, Mehmet Akif, Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C.II, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 1066; TEKİN, s. 71; ÖZTÜRK, s. 102.

münde çekişmesiz bir yargı faaliyeti düzenlenmektedir. Bu itibarla eşlerin birlikte başvurması halinde çekişmesiz yargı faaliyeti mevcuttur. Eşlerden birinin açmış olduğu davada ise başvurudan kabule kadar çekişmeli yargı faaliyeti; kabulden itibaren ise çekişmesiz yargı faaliyeti bahse konudur⁶⁶. Benzer bir şekilde, bazı yazarlara göre⁶⁷, birlikte dava açan eşlerin aynı dava dilekçesini davacı ve davalı olarak ayrı ayrı imzalaması çekişmeli bir davanın varlığına işaret etmez. Zira böyle bir davada boşanmak istemeyen eş, dolayısıyla çekişme yoktur. Doktrinde bir görüşe göre⁶⁸ ise anlaşmalı boşanma müessesesi izale-i şüuyu (ortaklığın giderilmesi) davalarında olduğu gibi çift taraflı bir yargılama faaliyettir. Bahse konu görüşe göre anlaşmalı boşanmada davacı ve davalı taraf yoktur, dolayısıyla sui generalis bir niteliğe haizdir.

b. Eşlerden Birinin Açmış Olduğu Davayı Diğer Eşin Kabul Etmesi

Anlaşmalı boşanma için tanınan ikinci seçenekte eşlerden birinin açmış olduğu davayı diğer eşin kabul etmesidir. Davayı kabulden maksat, davalı tarafından davacının istem sonucuna muvafakat edilmesidir (HMK m.308). Bu şekilde bir anlaşmalı boşanma için davacı tarafından açılan davada hangi sebebe dayanılmış olması gerekir? Anlaşmalı boşanma için davanın muhakkak TMK m. 166/III'e dayanılarak açılmasının gerekip gerekmediği, yani özel sebeplere dayanılarak açılan bir davanın kabulü halinde de anlaşmalı boşanmaya karar verilip verilmeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre⁶⁹ bir eşin diğer eş tarafından açılan boşanma davasını kabul etmesi, yalnızca TMK m.166 (EMK m.134) uyarınca evlilik birliğinin sarsılmasına dayanan davalarda değil, aksine diğer boşanma sebeplerine dayanan davalarda da söz konusu olabilir. Meselâ bir eşin zina ya da terk sebebiyle açmış olduğu davada davalı eşin boşanma sebebini ikrar etmesi TMK m.184/b.3'e (MK m.150/b.3) göre hâkimi bağlamaz. Ama, davalı eşin boşanma davasını

⁶⁶ ÖZDEMİR, s.158.

⁶⁷ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 690.

⁶⁸ İPEK, s. 95.

⁶⁹ OĞUZMAN/ DURAL, s. 129; ERGÜN, Ömer, "TMK'nin 166'ıncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Eylül 2005, S. 6, s. 450.

kabul etmesi halinde hâkim şartları varsa anlaşmalı boşanmaya karar verebilir. Aksi bir görüşe göre⁷⁰ ise açılan davanın kabulü halinde bunun bir anlaşmalı boşanma olması için boşanma davasının TMK m.166'daki genel boşanma sebeplerine dayalı olarak açılması gerekecektir. Bu görüşe göre, özel boşanma sebeplerinden birine dayalı olarak açılmış olan boşanma davasının herhangi bir safhasında davalı tarafın davayı kabul etmesi ile anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi mümkün değildir. Bu ancak ıslah ile mümkün olur⁷¹. Yargıtay da bu görüştedir⁷². Diğer görüşe göre⁷³ davanın diğer eş tarafından kabulü ile anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için davanın anlaşmalı boşanma sebebine dayalı olarak açılması gerekmez. Davacı eşin herhangi bir boşanma sebebine dayalı olarak açmış olduğu bir boşanma davasının diğer eş tarafından kabul edilmiş olması yeterlidir. Başka bir deyişle, açılmış bulunan bir boşanma davasında, davalı eşin davayı kabul etmesi halinde dava nitelik değiştirerek anlaşmalı boşanmaya dönüşür⁷⁴.

Ergün'e göre⁷⁵: "Zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış ve terk sebebiyle boşanma gibi takdire dayalı olmayan boşanma davalarında anlaşmalı boşanma kararı verilememelidir. Maddi olayın belirlenmesinin yeterli olduğu ve ayrıca bu durumun ortak yaşamın devamına olanak vermeyecek derecede evlilik birliğinin temelinden sarsılması koşulu aranmayan ve kesin boşanma sebebi oluşturan zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış ve terk sebebiyle boşanma davasında anlaşmalı boşanma kararı verilememesi doğaldır. Akıl hastalığı sebebine dayalı boşanma davalarında da anlaşmalı boşanma mümkün

⁷⁰ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.692, 693.

⁷¹ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s.692, 693.

⁷² Y.2.HD. T. 02.04.2007 E. 16638 K. 5405."... Davacı koca terk sebebine dayanarak boşanmalarına karar verilmesini istemiş, mahkeme davalının 26.05.2006 tarihli oturumdaki 'davayı kabul beyanına dayanılarak TMK m.166/III gereğince tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. TMK m.166/III ancak TMK m.166'ya dayalı davalarda gerçekleşebilir. TMK m. 166'ya dayalı açılmış bir dava olmadığı halde ve TMK m.184/III, HUMK m.95/2 uyarınca kabulün hukuki sonuç doğurmayacağı gözetilmeden boşanma hükmü tesisi doğru değildir..." (GENÇCAN, s. 693).

⁷³ ERDEM, s. 132.

⁷⁴ SEÇER, Öz, "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.VII, S. 2, Y. 2016, s. 261.

⁷⁵ ERGÜN, s. 98.

değildir. Bir taraftan diğer eşin akıl hastalığının ileri sürülmesi diğer taraftan davalı eşin iradesine itibar edilemeyeceğinden akıl hastalığı sebebiyle açılan boşanma davalarında anlaşmalı boşanma mümkün değildir.” Aynı yazara göre, birlikte yaşamayı çekilmez hale getirmenin bir şart olarak kabul edildiği suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma sebebine dayalı olarak açılmış olan boşanma davalarında, anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi mümkün olmalıdır⁷⁶. Zira burada artık bir kesinlik değil takdirlik söz konusudur. Özdemir’e göre⁷⁷ ise TMK m.166/1 dışında da akıl hastalığı hariç olmak üzere başka bir boşanma sebebine dayanılarak açılmış olan boşanma davasında yargılamanın başında yahut ilerleyen safhalarında diğer eşin boşanmayı kabul ettiğini bildirmesi halinde anlaşmalı boşanmaya karar verilir, dolayısıyla TMK m.166/III uygulama alanı bulur. Yazarın bahse konu görüşüne göre, eşler özel boşanma sebebine dayanarak açmış oldukları davayı sürdürmeyip TMK m.166/III gereğince birlikte başvuru ile boşanır. Ayrıca, boşanma iradeleri birleşen eşlerin diğer koşulları da sağlamak kaydı ile elde etmek istedikleri boşanma sonucunu, yürümekte olan sancılı yargılama süreci yerine, daha kısa ve daha az kaygılı olan anlaşmalı boşanma süreci ile tamamlamalarına olanak tanımak, birey ve toplum sağlığı açısından da önemli bir adım olur⁷⁸.

3)Hâkimin Tarafları Bizzat Dinlemesi ve İradelerinin Serbestçe Açıklandığına Kanaat Getirmesi

Hâkim tarafından boşanma kararı verilebilmesi için tarafların bizzat dinlenmesi gerekir. Bundan maksat, hâkimde tarafların iradelerini serbestçe açıkladıklarına yönelik bir kanaatin oluşmasıdır. Hem eşlerin birlikte başvurması halinde hem de bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi halinde taraflar mahkeme huzurunda bizzat dinlenir. Taraflar davayı vekilleri aracılığıyla sürdürmüş olsalar dahi mahkeme huzurunda vekilleri değil bizzat tarafların kendisi dinlenir⁷⁹. Nitekim, Yargıtay’a göre, tarafların bizzat dinlenmesi şartının gerçekleşmemesi demek, anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi için gereken şartların oluşmadığı

⁷⁶ ERGÜN, s. 98.

⁷⁷ ÖZDEMİR, s. 171; TEKİN s. 85.

⁷⁸ ÖZDEMİR, s. 171.

⁷⁹ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 270; OĞUZMAN/ DURAL, s. 129; TUTUMLU, 1068.

anlamına gelir. Yargıtay'ın bahse konu bir kararında davacı taraf bizzat dinlenilmemiş, onun yerine vekili dinlenilmiştir⁸⁰. Vekilin beyanı esas alınarak TMK m.166/III'e göre boşanma kararı verilmiştir. Yerel mahkemenin vermiş olduğu bu karar, TMK m.166/III'te aranan hâkim tarafından tarafların bizzat dinlenilmesi şartına aykırıdır. Yargıtay başka bir kararında, davacı taraf vekilinin açtığı anlaşmalı boşanma davasını davalı taraf vekilinin kabul etmesi sonucu verilen hükmü TMK m.166/III'teki şartlar gerçekleşmediği gerekçesiyle kanun yararına bozmuştur⁸¹.

Bizzat dinlemeye yönelik bu şart tarafları bir kez daha düşünmeye sevk eder. Ayrıca, hâkimin tarafların iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadığına dair kanaatinin oluşmasına hizmet eder. Hâkim, boşanmanın serbest irade ile verilip verilmediğini kontrol etme imkânına kavuşur⁸². Zira, boşanma iradesinin korkutma, yanıltma, aldatma ile sakatlanmamış olması gerekir. Yani, açıklanan iradelerin serbest, sağlıklı bir iradenin ürünü olması şarttır. Aksi halde geçerli bir anlaşmadan söz edilemez. Bu şarta ilişkin Yargıtay'ın bir kararında davacı eş, boşanma davasını kabul etmesi için davalı eş tehdit etmiştir⁸³. Davalı eş tehdit sonucu davayı kabul etmiştir. Bahse konu boşanma iradesi tehdit ile sakatlandığı için TMK m.166/III'teki hâkimin tarafların iradesini serbest-

⁸⁰ Y.2.HD. E. 2014/2775 K. 2014/14031 "Davada, son oturumda davalı bizzat dinlenmiş olmakla birlikte, davacı bizzat dinlenilmemiş, vekilinin beyanı yeterli kabul edilmiştir. Bu yönüyle anlaşmalı boşanmanın şartları gerçekleşmediği gibi, taraflar boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda da aralarında bir düzenleme de yapmamışlardır. Bu durumda davalının "boşanmayı kabul" açıklaması sonuç doğurmaz ve hâkimi bağlamaz (TMK.m.184/3). Bu bakımdan davada 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesine dayanılarak boşanma kararı verilmesini gerektiren şartlar mevcut değildir..." (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.09.2019).

⁸¹ Y.2.HD. E. 2005/10528 K. 2005/13106.

⁸² OĞUZMAN/DURAL, s. 129.

⁸³ E. 2012/23500 K. 2012/27564 "...davalının anlaşmalı boşanma hükmüne esas alınan "davayı kabul" yönündeki irade açıklamasının tehdit ve davacının baskısı altında alındığı ve serbest iradesini yansıtmadığı kabul edilmelidir. Davalının hükme esas alınan irade beyanı "tehdit ve korkutmayla" elde edildiğine göre, tarafların boşanma ve fer'ilerinde anlaşma içinde oldukları kabul edilemez. Böyle bir durumda da Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesine göre boşanma kararı verilemez..." (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.09.2019).

çe açıkladığına kanaat getirmesi şartı gerçekleşmediğinden verilen hüküm bozulmuştur.

Hâkim tarafları bizzat dinlemek için davet eder. Ancak bu davetin mutlaka halka açık celsede olması şart değildir. Yine, tarafların birlikte veya ayrı ayrı dinlenmesi arasında fark yoktur⁸⁴. Ancak bir görüşe göre⁸⁵, aile mahkemesi hakiminin tarafların iradelerini serbestçe açıkladığına kanaat getirebilmesi için hem davacıyı hem davalıyı aynı anda ve bizzat dinlemesi gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı kanaattir⁸⁶. Buna göre önemli olan, tarafların boşanma iradelerini aynı anda ve duruşmada hâkime beyan etmesidir. Keza, hâkim, gerekli gördüğü takdirde birlikte dinlemiş olduğu eşleri sonradan tekrar ayrı ayrı dinleyebilir⁸⁷.

Vekillerin dinlenilmesi yeterli olmadığı gibi bir tarafın yakınının veya bir sınırlı ehliyesizin kanunî temsilcisinin dinlenmesi de şartı sağlamaz⁸⁸. Aynı şekilde, anlaşmalı boşanma davasında taraflardan biri vesayet altına alınmışsa vasinin iradesini boşanma yönünde açıklamış olması boşanma kararı verilmesi için yeterli değildir⁸⁹. Yine, dava vekil ile takip ediliyorsa davacı veya davalı vekilinin onların huzurunda dinlenmesi tarafların bizzat dinlenmesi anlamına gelmez⁹⁰. Özellikle davacı taraf yurt dışında ise bizzat dinlenmesi zordur. Bu sebeple, davalı davayı kabul etmekte, hâkim de davacı vekilinin beyanıyla karar verebilmektedir. Ancak kanun bizzat eşlerin dinlenmesini aradığı için vekilin beyanı ile boşanmaya karar vermek isabetli değildir. Hatta, vekile vekâletnamesinde özel yetki verilmiş olsa bile bu mümkün değildir⁹¹. Üstelik, eşlerin boşanma yargılamasını sürdürmüş olduğu mahkeme dışında bir başka mahkemede, yani istinabe yoluyla da dinlenemeyeceği kabul

⁸⁴ OĞUZMAN/ DURAL, s. 129; YILMAZ BİLGİN, s. 61.

⁸⁵ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 696.

⁸⁶ Y.HGK. T. 18.04.2019, E. 2017/2643 K. 2019/484 (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 12.10.2019).

⁸⁷ ÖZDEMİR, s. 182.

⁸⁸ ERDEM, s. 135.

⁸⁹ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 698.

⁹⁰ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 697.

⁹¹ ERGÜN, s. 98; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 697.

edilmektedir. Zira, bu durum anlaşmalı boşanma ile hedeflenene aykırılık oluşturur⁹².

İrade serbestisi ile tarafların boşanmadaki saiklerini birbirine karıştırmamak gerekir. Eşlerin hâkim önünde bizzat dinlenilmesindeki amaç eşlerin boşanma hususunda özgür iradeye sahip olup olmamalarıdır. Eşlerin boşanmaya hangi saiklerle varmış olduğu hâkimi ilgildirmez⁹³. Yani, kısaca boşanma iradesinin samimi olması yeterlidir; hâkim bu iradenin hangi saikin ürünü olduğunu araştırmaz. Mesela yetim aylığı alma, eşin borcu sebebiyle mallarını takipten kurtarma gibi malî sebeplerle anlaşmalı boşanılmış olabilir⁹⁴. Yargıtay'a göre bu durum saike ilişkin olup boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırmaz⁹⁵.

Anlaşmalı boşanma davasında kararın uzun bir süre sonra tebliğe çıkarılması da açıklanan iradelerin samimi olmadığını göstergesi sayılır⁹⁶. Yargıtay da bu görüştedir⁹⁷.

⁹² ÖZDEMİR, s. 182; TEKİN, s. 91.

⁹³ ÖZDEMİR, s. 184; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 700; TEKİN, s. 97; ÖZTÜRK, s. 103; ÖZCAN ÇELİK, s. 106.

⁹⁴ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 700.

⁹⁵ Y.2.HD. T. 20.10.1993, E. 8625 K. 9559 "...mahkemece davanın reddine esas alınan 'davacının babasından dulluk maaşı almak düşüncesi ile davayı açmış olabileceği' şeklinde ifade edilen konu saike ilişkin olup boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırmaz..." (GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 700).

⁹⁶ Y.2.HD. T. 18.02.2004, E. 3834 K. 5692 "...Tarafların boşanma kararına rağmen evlilik birliğini bozmamış olmaları, üç yıl süre ile boşanmamış gibi birlikteliklerini sürdürmüş olmaları hâkim önündeki açıklamalarının serbest ve samimi bir irade ürünü olmadığını göstermektedir. Davacı kocanın üç yıl karı koca gibi yaşantısını sürdürmesi eşine evliliğin devam edeceği konusunda güven vermesi ve üç yıl sonra üç yıl önceki mali koşullarla boşanmayı sağlamak üzere, kararı tebliğe çıkarılması Medenî Kanununun 2. maddesiyle öngörülen iyiniyet koşullarıyla da bağdaşmaz..." (GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 703).

⁹⁷ Y.2.HD. E. 2009/16037 K. 2010/ 17586 "Tarafların anlaşmalı boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, davacının hukuki ve fiili bir engeli olmadığı halde; iki yıl sekiz ay evliliği sürdürdükten sonra davalıya kararın tebliğini istemesi davacı için bir "hak" olmakla birlikte; Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı ve "hakkın kötüye kullanılması" niteliğindedir. Türk Medeni Kanunu'nun 2/2. maddesinde belirtildiği gibi bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanma iradelerinin samimi olmadığını anlaşıldığından, davanın reddine karar verilmek üzere"

Anlaşmalı boşanma davasında tarafların bizzat dinlenmesi, kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla, talimatla dinlenerek anlaşmalı boşanma gerçekleştirilemez. Tarafların rızaları olmak koşuluyla aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden duruşmaya katılması ve dinlenmesi ise mümkündür⁹⁸.

4) Hâkimin Boşanmanın Malî Sonuçları ile Çocukların Durumu Hakkında Taraflarca Kabul Edilen Anlaşmayı Uygun Bulması

Yukarıda sayılan şartların gerçekleşmiş olması anlaşmalı boşanma için yeterli değildir. Son olarak, eşlerin boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda da bir anlaşma sağlamaları gerekir. Ancak, bu anlaşma yeterli değildir. Ayrıca hâkimin bu düzenlemeyi uygun bulması da aranır. Hâkim tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde bulundurarak kendisine sunulmuş olan anlaşma üzerinde gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu takdirde hâkimin yapacağı bu değişiklikler üzerinde tarafların yine anlaşması gerekir. Zira, bu değişiklikleri taraflar aynen kabul etmedikçe anlaşmalı boşanmaya karar verilemez. Böyle bir durumda, hâkim davayı reddeder. Çünkü bu halde tarafların boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda anlaşmaya varmış olduklarından söz edilemez⁹⁹.

Yapılan anlaşma şarta bağlanmamalıdır. Anlaşma tam bir mutakat niteliğinde olmalıdır¹⁰⁰. Yargıtay da bu görüştedir¹⁰¹. Hâkimin yapmış olduğu değişiklikler hususunda taraflar anlaşmamış ve dava reddedilmiş olabilir. Bu takdirde, sonradan anlaşarak yeniden anlaşmalı boşanma yoluna başvurmaları veya taraflardan birinin tek başına bo-

re hükmün bozulması gerekmiştir.” (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 12.09.2019), Y.2.HD. E. 2001/12351 K. 2001/13479 (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 12.09.2019).

⁹⁸ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 697.

⁹⁹ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 271; OĞUZMAN/ DURAL, s. 129.

¹⁰⁰ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 718.

¹⁰¹ Y.2.HD. E. 2013/26214 K. 2014/9515 “...Tarafların 5.11.2013 tarihli oturumda tutağa geçen, boşanmanın mali sonuçları konusundaki anlaşmaları şarta bağlıdır. Taraflar anlaşmayı davalının emekli olması şartına bağladıkları takdirde anlaşmamış kabul edilirler. Çünkü bu durumda ihtilaf dört yıl sonrasına bırakılmış olur. Bu halde, tarafların boşanma ve mali sonuçlarında tam bir anlaşma içinde olduklarından söz edilemez...” (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 13.09.2019).

şanma davası açması mümkündür¹⁰². Bu anlaşmanın asgarî muhtevasına bakıldığında kanunkoyucu boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda düzenlemenin yapılacağını TMK 166/III'te belirtmiştir. Ne var ki, bahse konu anlaşmada yer alacak konulara ilişkin bir sınırlayıcılık yoktur. Eşler, niteliğine uygun düştüğü oranda kanundaki asgarî muhteva dışındaki diğer konulara da bu anlaşmada yer verebilir¹⁰³. Taraflar kanuna, genel ahlak ve adaba, kişilik haklarına aykırı olmamak şartı ile her konuda serbestçe anlaşabilirler. Meselâ anlaşmada kadının kocasının soyadını kullanmaya devam edeceği hususu öngörülebilir¹⁰⁴. Boşanmanın sonuçları kısmında İsviçre Medeni Kanunu'ndaki aile konutuna ilişkin düzenlemenin (İMK m.121/III) Türk Medeni Kanunu'na alınmamış olması eleştiriye açıktır. Gerçekten de anlaşmalı boşanmada, eşler hazırladıkları anlaşmada aile konutunun taraflardan birine bırakılmasını öngörebilir¹⁰⁵. Hâkim de anlaşmada, aile konutunun ihtiyacı olan eşte kalması için değişiklik yapabilir. Konutun kira sözleşmesine dayanması durumunda, hâkim sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin konuta ihtiyacı olan eşe devrine karar verebilir. Konut diğer eşin mülkiyetinde ise hâkim takdir yetkisini (TMK m.4) kullanarak tazminat ve yoksulluk nafakası karşılığında belli bir süre konutta oturma hakkını ihtiyacı olan eşe bırakabilir¹⁰⁶. Nitekim uygulamada, maddi tazminatın bedel yerine aynen ödenmesinin kabul edildiği belirtilmektedir¹⁰⁷. Bu durumda aile konutu da bir ayın olarak maddî tazminat yerine verilebilir¹⁰⁸.

Eşler tarafından yapılan ve hâkimin önüne getirilen anlaşma hâkimin onayına kadar eşler için bağlayıcı nitelikte değildir. Yani, boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin olarak eşler tarafından hazırlanmış

¹⁰² OĞUZMAN/DURAL, s. 130.

¹⁰³ ÖZTAN, Makale, s. 133; ÖZDEMİR, s. 194.

¹⁰⁴ ÖZUĞUR, Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 436; ÖZTAN, Makale, s. 133.

¹⁰⁵ ÖZDEMİR, s. 206 vd.

¹⁰⁶ ÖZTAN, s. 420.

¹⁰⁷ Y.2.HD. T. 09.06.2004, E. 6230 K.7534 (GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 994).

¹⁰⁸ ÖZTAN, s. 420.

olan anlaşmadan, hâkim tarafından onaylanıncaya kadar vazgeçmek mümkündür¹⁰⁹.

Uygulamada bu anlaşmaya (düzenlemeye) “boşanma protokolü” adı verilmektedir¹¹⁰. Aynı deyimın karşılığı olarak anlaşma protokolü, boşanma protokolü, proje, taslak, düzenleme gibi farklı deyimler de kullanılmaktadır¹¹¹. Biz anlaşma deyimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

Taraflar hâkime yazılı bir anlaşma sunabilecekleri gibi sözlü olarak da ifade edebilirler. Beyan zapta geçirilirse¹¹², bunun her iki eş tarafından da imzalanması gerekir¹¹³. Yargıtay da aynı doğrultuda karar vermektedir¹¹⁴. Anlaşmanın infaza elverişli şekilde hüküm fıkrasında yer alması gerekir¹¹⁵. Yargıtay da aynı görüştedir¹¹⁶.

Boşanma davalarında eşler bir an önce boşanmak için aceleci olabilirler. Bu durum ise hem kendilerini hem de ortak çocuklarının geleceklerini tehlikeye atabilir. Aslında bu şart ile hem tarafların hem de çocukların korunmasının amaçlandığını belirtebiliriz¹¹⁷. Hâkim, eğer taraflarca kendisine sunulmuş olan düzenlemeyi uygun bulmadığını belirtmezse veya uygun gördüğü birtakım değişiklikleri karşı tarafın bilgisine sunmazsa tarafların sunmuş olduğu düzenlemeyi uygun bul-

¹⁰⁹ ÖZDEMİR, s. 192; ÖZTAN, s. 418.

¹¹⁰ Y. HGK. T. 27.03.2015 E. 2013/1542 K. 2015/1110 (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.09.2019).

¹¹¹ Aktaran: GENÇCAN, Boşanma Hukuku, 2013, s. 704.

¹¹² OĞUZMAN/DURAL, s. 129; ÖZTAN, s. 417; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 271.

¹¹³ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 705.

¹¹⁴ Y. HGK. T. 18.04.2019, E. 2017/2643 K. 2019/484 “...Son koşul ise; anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşlerin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda da anlaşmış olmaları ve buna ilişkin düzenlemeyi hâkimin onayına sunmaları gerekir. Taraflar bu hususta mahkemeye bir protokol sunabilecekleri gibi, belirtilen tüm bu hususlarda mahkemeye sözlü olarak da beyanda bulunabilirler. Ancak ikinci durumda sözlü beyanın zapta geçirilmesi ve taraflarca imzalanması gerekir...” (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.09.2019).

¹¹⁵ OĞUZMAN/DURAL, s. 129; ÖZDEMİR, s. 219 vd; ERGÜN, s. 100; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 725.

¹¹⁶ Y. HGK. T. 18.04.2019, E. 2017/2643 K. 2019/484 “...Hemen belirtilmelidir ki, taraflarca yapılan ve hâkim tarafından onaylanan anlaşma hükümlerinin infazda sıkıntı doğurmaması için hüküm fıkrasında aynen yer alması gerekmektedir.” (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.09.2019).

¹¹⁷ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 705; ÖZTAN, Makale, s. 132.

muş sayılır. Artık bu anlaşmaya uygun olacak şekilde bir boşanma kararına hükmedilebilir¹¹⁸.

a. Hâkimin Boşanmanın Malî Sonuçları Hakkında Yapılan Düzenlemeyi Uygun Bulması

Boşanmanın mali sonuçlarından maksat maddî tazminat, manevî tazminat ve yoksulluk nafakasıdır. Dolayısıyla, tarafların boşanma sonrasında kimin ne kadar maddî tazminat, manevî tazminat ve yoksulluk nafakası ödeyeceğine ilişkin anlaşmış olmaları gerekmektedir. Yine bir görüşe göre¹¹⁹ taraflar mal rejiminin tasfiyesini de malî sonuçlar kapsamında anlaşmaya bağlayıp hâkimin onayına sunabilecekleri gibi bunu ayrı bir dava konusu da yapabilirler. Aksi görüşe göre¹²⁰ ise mal rejiminin tasfiyesi tamamen anlaşmalı boşanmanın kapsamı dışındadır. Yargıtay'a göre ise tarafların hazırlayacağı malî sonuçlara ilişkin anlaşma mal rejiminin tasfiyesi istemini içermez¹²¹.

Tartışılması gereken bir diğer konu, tarafların yapmış olduğu anlaşmada malî konulara değinmemiş olmalarına rağmen boşanma kararının kesinleşmiş olması halinde sonradan ayrı bir dava ile tazminatın veya yoksulluk nafakasının istenip istenemeyeceği hususudur¹²². Yargıtay anlaşma (protokol) kapsamında yoksulluk nafakası talep edilmemişse artık bir daha yoksulluk nafakasının istenemeyeceğini kabul etmektedir¹²³. Buna göre, malî konuların protokolde kararlaştırılmadığı haller-

¹¹⁸ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 271.

¹¹⁹ ERDEM, s. 135; SEÇER, 274. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖNCÜ, Özge, "Eşlerin Anlaşmalı Boşanma Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar", DEÜHFD Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C.XIX, Özel Sayı, 2017, s. 793 vd; ZEHİR, İlknur Pınar, Boşanmanın Yan (Fer'i) Sonuç Sözleşmeleri, İstanbul 2017, s. 48.

¹²⁰ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 727.

¹²¹ Y.8.HD. T. 12.04.2011, E. 2010/4983, K. 2011/2095 (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 15.09.2019).

¹²² ÖZTAN, s. 419.

¹²³ Y.3.HD. T. 09.03.2017, E. 2016/14483 K. 2017/2799 "...davacı annenin boşanma davası duruşmasında yoksulluk nafakası talebinden vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Mahkemece davacı kadının boşanma davasında yoksulluk nafakası isteminden vazgeçtiği dikkate alınarak yoksulluk nafakası talebinin reddine karar verilmesi gerekir

de eşlerin bu taleplerinden vazgeçmiş oldukları ve bu hususta anlaşmış oldukları benimsenmelidir¹²⁴.

Diğer görüşe göre ise malî konulara ilişkin düzenleme, dava şartı oluşturur. Bu sebeple hâkimin, davanın şartı oluşmadan boşanmaya karar vermesi ve verilen kararın kesinleşmesi halinde bile taraflar, maddi tazminat ve yoksulluk nafakası talep edebilir¹²⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre eşler açıkça yoksulluk nafakasından feragat etmemiş olsa bile aralarında yapmış oldukları protokolde nafakadan feragat ettikleri anlaşılıyorsa artık yoksulluk nafakası talep edilemez¹²⁶.

ken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir." (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 23.09.2019)

Y.3.HD. E. 2015/1220 K. 2015/3087 "...Kararı, davalı taraf, davacı kadın lehine hükmedilen yoksulluk nafakası yönünden temyiz etmiştir. Somut olayda; taraflar anlaşmalı olarak boşanmışlar, bu dava sırasında davacı, davalıdan yoksulluk nafakası talep etmeyeceğini belirtmiş, mahkeme tarafından da bu beyana dayanılarak, yoksulluk nafakası konusunda karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Davacı kadın, boşanma davası sırasında, hür ve serbest iradesi ile, yoksulluk nafakasından feragat etmiş bulunduğundan, artık bir daha, yoksulluk nafakası talep edemez. Davacı kadın yönünden, yoksulluk nafakası talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

Y. HGK. T. 02.05.2019, E. 2017/3067 K. 2019/512 "Somut olayda da davacının maddi ve manevi tazminat taleplerinin TMK'nin 178. maddesi uyarınca talep edildiği, kesinleşen boşanma kararında ise kusura ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı gibi tarafların mahkeme huzurunda boşanma ve boşanmanın mali sonuçları hakkında uzlaştıkları, bu husustaki imzalı beyanlarının tutanağa geçirildiği, böylelikle mahkemece TMK'nin 166/3. maddesine dayalı olarak boşanma kararı verildiği anlaşılmaktadır. Böyle bir durumda tarafların boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin aralarındaki ihtilafı nihai olarak çözdükleri ve ilişkilerini tasfiye ettikleri kabul edilir. Bu itibarla anlaşmalı boşanmadan sonra artık boşanma sebebiyle (TMK m. 174/1,2) maddi ve manevi tazminat istenemez..." (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

¹²⁴ ÖZDEMİR, s. 196.

¹²⁵ ÖZTAN, s. 419; SEÇER, s. 269.

¹²⁶ Y. HGK. T. 06.03.2013, E. 2012/836 K. 2013/306 "...Hukuk Genel Kurulu'nun çoğunluğunca, tarafların boşanma sırasında nihai olarak anlaştıklarını bildirdikleri ve nafaka isteğinden feragat edildiği, davacının bu beyanında açıkça yoksulluk nafakasından söz edilmemiş ise de kendisini bağlayacağı, anlaşmalı boşanmanın kesinleşmesi ile istenebilecek tek nafakanın çocuklar için iştirak nafakası olduğu, somut olayda, davacının boşanma yüzünden yoksulluğa düştüğünden bahisle nafaka is-

Yargıtay maddî ve manevî tazminat haklarını saklı tutarak eşlerin anlaşmalı boşanma gerçekleştirebileceği görüşündedir¹²⁷. Aksi bir görüşe göre, “Taraflar bundan böyle sadece boşanma hususunda anlaşılır ve boşanmanın mali sonuçları konusunda haklarını saklı tutarlar, anlaşmalı boşanma kararı aldıktan sonra kararı kesinleştirirler, daha sonra boşanmanın mali sonuçları temyiz konusu davada olduğu gibi ayrı bir dava açabilirler. Başka bir anlatımla emredici düzenlemeye rağmen boşanmanın mali sonuçları konusunda anlaşmaya gerek bile kalmaz. Önce boşanım sonra boşanmanın mali sonuçları konusunda anlaşalım uygulaması başlatılabilir. Böyle bir uygulamanın sakıncaları ile kanunun ruhu ve sistematığıne aykırılığı açık seçiktir.”¹²⁸

Yargıtay tarafından bazı kararlarda malî proje (protokol) hususunda hâkimin ayrıntılı bir inceleme yapması beklenmektedir¹²⁹. Bahse konu kararlarda, eşlerin malvarlıklarının eksiksiz bilinmesini, taşınır ve taşınmaz mallarının ayrıntılı bir dökümünün yapılması öngörülmektedir. Zira, ancak bu tespitten sonra tarafların yapmış oldukları tekliflerin adil olup olmadıkları, yani hakkaniyete uygun olup olmadıkları hâkim tarafından tespit edilebilir. Burada hâkimin araştırma yükümü kamu

teyemeyeceği, yerel mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğu benimsenmiş ve bu nedenle direnme kararının onanması gerekmiştir.” (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 24.09.2019).

¹²⁷ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 706.

¹²⁸ GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 709; Y.2.HD. E. 2007/19916 K. 2009/959 Karşı oy yazısı: “...Taraflar, aralarında düzenledikleri ve hâkime sundukları 6.9.2007 tarihli protokolde “birbirlerindeki maddî ve manevî tazminat haklarını saklı tuttuklarını” belirtmişlerdir. Hakkın saklı tutulması, bu konuda anlaşma sağlanmadığını, çekişmenin devam ettiğini ihtilafın ileriye atıldığını gösterir. Boşanmanın mali sonuçlarından olan maddî ve manevî tazminatla ilgili çekişme giderilmeden Türk Medeni Kanunu’nun 166/3. maddesi gereğince boşanmaya hükmedilemez. Bu husus gözletilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir. Hükmün; bu sebeple bozulması gerektiği düşüncesiyle değerli çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr>), (Erişim Tarihi: 29.09.2019).

¹²⁹ Y.2.HD. T. 21.11.1991, E. 1991/10499 K.1991/14491 “...Medenî Kanununun 3444 sayılı Kanunla değişik 134/3. maddesine dayalı davalarda boşanmaya karar verilebilmesi ve hatta yargılamaya devam olunabilmesi için, hâkimin değerlendirme yapmasına imkân tanıyacak tarafların tüm mal varlıklarını ve buna bağlı olarak bunların paylaşılma (ya da istifade) yollarını ayrıntılı olarak gösteren yeterli bir anlaşmanın mahkemeye tevdi edilmesi veya tutanağa geçirilmiş olması vazgeçilmez bir zorunluluktur...” (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 29.09.2019).

düzenine ilişkindir¹³⁰. Yargıtay'ın bu yaklaşımı doktrinde eleştirilmektedir¹³¹. Buna göre, eşlerin mal rejimi kamu düzenini ilgilendirmemektedir. Hâkim sadece şeklî bir araştırma yapmakla yükümlüdür. Yani hâkim yalnızca eşlerin düzenlemiş olduğu mali projeye giren hususların infazının mümkün olup olmadığını denetlemekle ve ileride uyuşmazlığa yol açmayacak şekilde düzenlenmesine özen göstermekle yükümlüdür¹³².

Eşlerden birinin iflâsı halinde anlaşmalı boşanma davasının malî konularla ilgili olarak iflâs idaresine yöneltilmesi gerekir. Aksi takdirde iflâs eden eşin malları üzerinde tasarruf yetkisi kalkmış olacağı için malî hususlara ilişkin anlaşmalar hukukî bir sonuç doğurmaz. Eşlerin mali konulara ilişkin bir talebi yoksa anlaşmalı boşanma kararına hükmedilebilir. Aile mahkemesi hâkimi eşlerden birinin iflâs etmiş olduğunu tespit edebilir. Bu takdirde o, uzmanlardan yardım almak suretiyle bu durumu açıklar. Ayrıca hâkim, malî konulardaki anlaşmanın iflâs idaresince kabul edilmemesi halinde anlaşmanın hükümsüz olacağını eşlere açıklar veya açıklattırır¹³³.

b. Hâkimin Çocukların Durumu Hakkında Yapılan Düzenlemeyi Uygun Bulması

Hâkimin, çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi de uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların sunmuş olduğu düzenleme üzerinde tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde tutmak suretiyle değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Ancak boşanma kararı verilebilmesi için anlaşma üzerinde yapılmış olan değişiklikler üzerinde de eşlerin anlaşmış olması, yani bu değişiklikleri kabul etmiş olmaları gerekir¹³⁴.

Kanun böyle bir çözüm yolunu kabul etmekle boşanma sonrasında çocukların uğrayacakları zararı en aza indirmeyi amaçlamaktadır¹³⁵.

¹³⁰ ÖZTAN, s. 419.

¹³¹ ERGÜN, s. 100.

¹³² OĞUZMAN/DURAL, s. 129.

¹³³ ÖZUÇUR, s. 436, 437.

¹³⁴ OĞUZMAN/DURAL, s. 129 vd.; ÖZTAN, Makale, s. 132; AKINTÜRK, s. 271; ERDEM, s. 137.

¹³⁵ OĞUZMAN/DURAL, s. 130.

Kanun maddesinde geçen çocuğun durumu kavramı, çocuğun velayetinin hangi tarafa verileceğini, çocuğa ne kadar iştirak nafakasının ödeneceğini, çocuk ile velayet hakkı kendisinden kaldırılan taraf arasında kurulacak olan kişisel ilişkinin ne şekilde olacağını kapsar. Çocukların durumu hususunda yapılan bu anlaşma boşanmanın maddî şartıdır¹³⁶.

Boşanma anına kadar çocuk kural olarak anne ve babasının müşterek velayeti altındadır (TMK m.336). Boşanmayla birlikte velayet kural itibariyle eşlerden birine verilir. Hâkim buna karar verirken öncelikle çocuğun menfaatini göz önünde bulundurur¹³⁷. Anlaşmalı boşanma davalarında hâkim takdir hakkını kullanırken zorlanabilmektedir. Çünkü anlaşmalı boşanma dışındaki diğer boşanmalarda boşanma sebebi ispatlanırken hâkimin önüne birtakım maddi vakıalar getirilir. Böylece hâkimde eşler hakkında belli bir kanaat oluşur. İşte bu oluşan kanaat ile öncelikle çocuğun menfaatini göz önünde tutarak velayet için bir karar verebilir¹³⁸. Hâlbuki anlaşmalı boşanma davalarında hâkimin önüne eşler arasındaki evlilik birliğinin sarsılmasına ilişkin olaylar getirilmez. Dolayısıyla hâkimin velayet konusunda yararlanabileceği bir veri bulunmamaktadır. Bu sebeple hâkimin, özellikle çocuğun menfaatini gözeterek, re'sen araştırma yapması ve çocuğun geleceğini belirlemesi gerekmektedir. Erdem'e göre¹³⁹ taraflar çocuklarının velayetlerini âdetâ mal paylaşımı yapar gibi bölüştürmüş ise veya velayetin bırakılmadığı eş ile çocuk arasındaki kişisel ilişki çocukların menfaatine aykırıysa hâkimin müdahalesi kaçınılmazdır. Misal olarak özel durum mevcut olmaksızın yaşları küçük iki çocuktan birini anneye birini babaya bırakmak veya velayet kendisine bırakılmayan eş ile çocuk arasındaki ilişkiyi her hafta sonu veya tatillerin tamamında çocukla kişisel ilişki düzenlemesi çocuğun menfaatine uygun değildir.

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi çocukların durumu hususundaki düzenleme, velayet kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasında kurulacak kişisel ilişki konularını da kapsamalıdır. Keza Yargıtay'a göre, kişisel ilişkinin düzenlenmesinde; çocuk yönünden, ana ve baba sevgi ve

¹³⁶ ÖZTAN, s. 420.

¹³⁷ ÖZDEMİR, s. 199.

¹³⁸ ÖZDEMİR, s. 203.

¹³⁹ ERDEM, s. 137.

ilgisinin yaşanması, ana ve babalık kimliğinin tanınması; ebeveynler yönünden ise, ana ve babalık duygularının tatmini esastır¹⁴⁰.

Çocuğun durumu hakkındaki anlaşma iştirak nafakasını da kapsamaktadır. Yargıtay bir kararında, eşlerin aralarında yapmış oldukları protokolde iştirak nafakasına ilişkin bir anlaşmaya yer vermemeleri durumunda, boşanma kararı verildikten sonra çocukların velayeti kendisinde olan eşin iştirak nafakasını talep edebileceğini belirtmiştir¹⁴¹.

Yargıtay'a göre çocukla düzenlenen kişisel ilişkinin temyiz edilmesi anlaşmalı boşanmanın şartlarını ortadan kaldırmaz¹⁴². Buna ilişkin bir karardaki karşı oy yazısında ise kişisel ilişkinin temyizi durumunda artık anlaşmalı boşanma şartlarının ortadan kalkacağı belirtilmiştir¹⁴³.

¹⁴⁰ Y.2.HD. E. 2013/15084 K. 2014/859 (www.lexpera.com.tr).

¹⁴¹ Y.3.HD. E. 2010/12845 K. 2010/15765 "...TMK'nin 182/2. maddesine göre boşanma veya ayrılık durumunda, velayeti kendisine verilmeyen eş, küçük çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Bu husus kamu düzenine ilişkin olup tarafların iradesine tabi kılınmamıştır. Anlaşmalı boşanmada iştirak nafakası istenmemiş olsa bile sonradan bu talep gündeme getirilebilir. Dosya kapsamına göre tarafların 9.12.2009 tarihinde anlaşmalı boşandıkları, müşterek çocukların velayetinin davacı anneye verildiği ve annenin iştirak nafakası talep etmediği anlaşılmaktadır. Davacının boşanma davasında velayeti kendisine verilen çocukları için iştirak nafakası istememesi, çocukların hakkı olan eğitim ve öğrenimlerini sağlayacak yardımın sonradan istenmesine engel değildir. Her ne kadar davacı annenin davalı babaya göre ekonomik düzeyi daha iyi olsa bile davalının sosyal ve ekonomik gücü oranında küçüklerin bakım ve eğitim giderlerine katkıda bulunması zorunludur. Bu durumda mahkemece; MK'nin 330.maddesi gereğince tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre çocukların yaşı, eğitim ve bakım giderleri dikkate alınarak hakkaniyete uygun nafaka takdir edilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 01.10.2019).

¹⁴² Y.2.HD. T. 15.03.2016 E. 2015/25969 K. 2016/5054 "...Taraflar, 31.08.2015 tarihli protokolde ve 23.10.2015 tarihli oturumda müşterek çocuğun velayetinin davalı anneye verilmesi ve küçük ile baba arasında kurulacak kişisel ilişki konusundaki anlaşmalarını mahkemeye sunmuşlardır. Taraflarca hazırlanan protokolde çocukla kişisel ilişki sürelerini düzenleyen anlaşma mahkemece değiştirildiği halde, bu hususta tarafların onayı alınmamıştır. Mahkemece yapılacak iş; anlaşma protokolünde mahkemece yapılan değişiklik hakkında tarafların görüşünü almak, anlaşmaları halinde bu anlaşma çerçevesinde, anlaşamamaları halinde ise, Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesine göre davaya devam edilerek, bu çerçevede bir hüküm oluşturmaktan ibarettir. Bu yönlere nazara alınmadan, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 03.10.2019).

¹⁴³ Y.2.HD. T. 12.12.2006, E. 10505 K. 17451 sayılı karardaki karşı oy yazısı: "...O halde 'Kişisel ilişki düzenlemesinin temyiz edilmesi anlaşmalı boşanma koşullarının or-

Zira kişisel ilişkinin temyiz edilmesi, tarafların çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda anlaşamadıklarını açıkça ortaya koymaktadır.

VI. EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI HUSUSU

Anlaşmalı boşanmanın düzenlendiği TMK m. 166/III hükmünde bir karineye yer verilmektedir. Bu yüzden öncelikle üzerinde durmamız gereken husus evlilik birliğinin temelinden sarsılması karinesidir. Kanunkoyucu evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasını ve eşlerin birlikte baş vurmuş olmasını yahut eşlerden birinin açmış olduğu davayı diğer eşin kabul etmesi halini evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak kabul etmiştir. Bu bir görüşe göre¹⁴⁴ faraziye; diğer görüşe göre¹⁴⁵ ise karinedir. Burada bahsi geçen evlilik birliğinin temelinden sarsılması ortak hayatı sürdürmenin eşlerden beklenemeyecek derecede şiddetli olmasına bağlıdır. Gerçekten de bu sonuç hükmün lafzından anlaşılmaktadır. Ayrıca, evlilik birliğinin temelinden sarsılması karinesinin aksi ispat edilemez. Dolayısıyla burada “kesin kanuni karinenin” varlığından bahsedilebilir¹⁴⁶. Mahkemenin evlilik birliği ile ortak yaşamı sarsmış olan olayları araştırma ve bunların maddi sebeplerini ortaya koymak gibi bir yetki ve yükümlülüğü yoktur. Ortak başvurulması veya açılmış olan davanın kabul edilmiş olması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu varsayılır. Böyle bir durumda hâkim takdir yetkisine sahip değildir¹⁴⁷. Yani bahis konusu boşanma davası taraflarca

tadan kalktığı anlamına gelmez’ şeklindeki değerli çoğunluk görüşü anlaşmalı boşanma davasındaki ‘anlaşma’ kavramı ile asla bağdaşmamaktadır. Kişisel ilişki konusunda ‘anlaşılmadığı’ temyiz davası ile bile açık seçik ortadadır. Anlaşmadığım halde ‘boşanmış’ sayılmam usul ve yasaya aykırıdır. Aksi uygulamada taraflar gerek kendileri ve gerekse çocuklarına ilişkin hiç de istemedikleri/böyle olsaydı asla boşanmayı kabul etmeyecek oldukları/düşünmedikleri sonuçlara katlanmış olurlar ki onlardan bu fedakârlık beklenemez.” (GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 715).

¹⁴⁴ OĞUZMAN/ DURAL, s.128; ÖZTAN, s. 416; TEKİN, s. 67.

¹⁴⁵ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 269, “Yapıntı” olarak kabul eden görüş için bakınız: GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 687.

¹⁴⁶ ÖZDEMİR, s. 139, 140; ÖZTAN, s. 416; ÖZTAN, Makale, s. 132; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 237; ÖNCÜ s. 796; TUTUMLU, C. II, s. 1067; İPEK, s. 93.

¹⁴⁷ ÖZDEMİR, s. 140.

birlikte açılır veya açılmış olan dava kabul edilirse, hâkim ayrıca evlilik birliğinin sarsılmış olup olmadığını araştırmaz¹⁴⁸.

VII. ANLAŞMALI AYRILIK MESELESİ

TMK m. 166/III hükmünde düzenlenen anlaşmalı boşanmadır. Pe-ki acaba Türk Hukuku'nda anlaşmalı ayrılık diye bir müesseseden bahsedilebilir mi? Bir görüşe göre¹⁴⁹ kanunkoyucu TMK m.166/III hükmünde evlilik birliğinin sarsılması karinesini kabul etmiştir. Dolayısıyla, hâkim burada ayrılığa değil ancak boşanmaya hükmedebilir. Anlaşmalı boşanmanın kanunda düzenleniş biçimi ve boşanmanın yan sonuçları sözleşmesinin düzenlenmesinin zorunlu kılınması dikkate alındığında anlaşmalı ayrılık müessesesinin Türk Hukuku'nda benimsenmediği anlaşılır. Taraflar anlaşmalı boşanma talebiyle mahkemeye başvurmuşlarsa onlar hakkında anlaşmalı ayrılığa değil ancak anlaşmalı boşanmaya hükmedilir. Diğer görüşe göre¹⁵⁰ ise taraflar anlaşmalı ayrılığı talep edebilmelidir. Çünkü boşanma sebepleri ile ayrılık sebepleri kanunda aynı düzenlenmiştir. O halde aynı sebeplere dayanarak taraflar ayrılık da talep edebilmelidir.

VIII. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA USÛL HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI PROBLEMLER

Anlaşmalı boşanmada silahların eşitliği ilkesinin uygulamada son bulması mümkündür. Bu duruma doktrinde anlaşma aldatmacası¹⁵¹ denir. İlk durum davacı eşin davadan feragatine ilişkindir. Davadan feragat (HMK m. 307) davacının talep sonucundan vazgeçmesidir¹⁵². Davacı açmış olduğu davayı sonuna kadar takip etmeye zorlanamaz. Yani davayı feragat etmek suretiyle sona erdirebilir. Davadan feragat, davacının mahkemeye karşı yapacağı tek taraflı bir irade beyanıyla ger-

¹⁴⁸ ÖZTAN, Makale, s. 129.

¹⁴⁹ HATEMİ/ SEROZAN, s. 238; ÖZDEMİR, s. 237; GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 736; TEKİN, s. 147; TUTUMLU, C.II, s. 1066 vd.

¹⁵⁰ ÖZTAN, s. 420; ÖZDEMİR, s. 195.

¹⁵¹ GENÇCAN, Ömer Uğur, Anlaşmalı Boşanma Davalarında Anlaşma Aldatmacası, TBBD., C. XXIV, S. 99, Y. 2012, s. 304.

¹⁵² KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, Medenî Usûl Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2008, s. 545; GÖRGÜN, L. Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 604.

çekleşir. Bu irade beyanı sözlü veya yazılı olabilir¹⁵³. Anlaşmalı boşanma dava dilekçesinde, harcın hangi eş tarafından yatırılmış olduğunun eşler açısından bir önemi yok gibi düşünülebilir. Davayı açan eşin hiçbir üstünlüğü olmadığı sanılabilir. Oysa durum görüldüğü gibi değildir. Anlaşmalı boşanmayı sonlandırma hususunda eşler eşit hak ve yetkiye sahiptir. Ancak Yargıtay'a göre bu hak, harcı yatıran eşe aittir¹⁵⁴. Harcı yatırmayan eş anlaşmalı boşanma kararı verildikten sonra boşanma iradesi ile sonsuza dek bağlı kalır, harcı yatıran eş ise serbest bir şekilde anlaşmayı bozabilir. Yani hüküm kesinleşinceye kadar harcı yatıran (davacı) eş davadan feragat edebilir¹⁵⁵. Böylece oluşan yeni şartlar sebebiyle boşanmaktan vazgeçen davalı eşe feragat hakkı verilmediği için boşanmak zorunda bırakılır¹⁵⁶. Doktrinde bir görüşe¹⁵⁷ göre anlaşmalı boşanmada davalı gösterilen eş davadan feragat hakkı verilmelidir. Yani anlaşmalı boşanma kararı verilse bile kanun yollarına başvurulduğunda davalı eş oluşan yeni şartlar nedeniyle davadan feragat edebilmelidir. Zira bu silahların eşitliği ilkesinin gereğidir. HMK m. 307'de davadan feragat hakkı yalnızca davacı tarafa verilmiştir. Eski kanun HUMK m. 91'e göre ise iki taraftan biri talep sonucundan vazgeçebilirdi¹⁵⁸. Olması gereken hukuk bakımından HUMK m. 91 uygulanmalı, davalı olan tarafa da davadan feragat etme imkânı tanınmalıdır.

İkinci durum anlaşmalı boşanma kararının gecikmeden tebliğ edilmesine ilişkindir¹⁵⁹. Kararın makûl süreden sonra tebliğ edilmesi

¹⁵³ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 546; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 606.

¹⁵⁴ Y.2.HD. T. 24.12.2012, E. 2012/ 14467, K. 2012/ 31520 (GENÇCAN, Boşanma Hukuku, s. 738).

¹⁵⁵ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 545; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 610.

¹⁵⁶ GENÇCAN, Anlaşmalı Boşanma Makale, s. 304.

¹⁵⁷ GENÇCAN, Anlaşmalı Boşanma Makale, s. 306.

¹⁵⁸ KURU/ ARSLAN/ YILMAZ, s. 545; TUTUMLU, C. I, s. 758 vd.; ERCAN, İsmail, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 334; ÖZDEMİR, s. 232.

¹⁵⁹ GENÇCAN, Anlaşmalı Boşanma Makale, s. 307;

açıklanan iradelerin samimi olmadığına göstergesi olabilir. Yargıtay da artık böyle bir anlaşmanın sonuç doğurmayacağı kanaatindedir¹⁶⁰.

Üçüncü durum ise anlaşmalı boşanma kararının yalnızca fer'i hükümlerinin temyiz edilmesi hakkındadır¹⁶¹. Yargıtay'a göre anlaşmalı boşanmanın fer'i hükümleri tek başına temyiz edilebilir¹⁶². Dolayısıyla Yargıtay, eşlerin kişisel ilişki bakımından anlaşması yoksa onları anlaşmalı olarak boşanmış saymaktadır. Hâlbuki konuya ilişkin kararlardaki karşı oy gerekçesine göre, anlaşma protokolünde mahkemece yapılan değişiklik hakkında tarafların görüşü sorulmalıdır. Uygun bulmaları halinde TMK m. 166/III gereğince bir hüküm oluşturulmalıdır. Karşı oy gerekçesine göre ise bir taraftan kişisel ilişki konusunda anlaşma olmadığı belirtilip diğer taraftan anlaşmalı boşanmanın kesinleştiğinden bahsedilmesi açık bir çelişkidir¹⁶³.

IX. SONUÇ

Anlaşmalı boşanma için aranan bir yıllık süre şartı isabetli olmamıştır. Bir yıllık süre içinde önemli birtakım olaylar meydana gelebilir. Eşler ise daha az yıpranacakları anlaşmalı boşanma yolunu tercih etmek isteyebilir. Ancak kanunda aranan bir yıllık süre şartı, eşlerin anlaşmalı boşanması için bir engel teşkil eder.

Kanunda bir yıllık sürenin birlikte geçirilmesi aranmamaktadır. Dolayısıyla eşler bu süreyi birlikte geçirmeyebilir. O halde eşlerin birbirlerini iyice tanıdıklarından bahsedilemez. Bu sürenin birlikte geçirilmesi halinde bahse konu maksada ulaşamaz.

Evlilikte bir yıllık süre tamamlanmadan dava açılmışsa ve sürenin tamamlanmasına az bir zaman kalmış ise hâkim usûl ekonomisi gereği davayı hemen reddetmemelidir. Sürenin tamamlanacağı zamana kadar duruşmayı ertelemelidir. Ancak eşler evliliklerinin ilk aylarında anlaşmalı boşanmak için dava açmışlarsa hâkim bir yıllık süre şartı gerçek-

¹⁶⁰ Y.2.HD. E. 2009/16037 K. 2010/ 17586 (www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 15.09.2019).

¹⁶¹ GENÇCAN, Anlaşmalı Boşanma Makale, s. 307.

¹⁶² Y.2. HD., T. 21.02.2011, E. 2010/1734, K. 2011/2900 (GENÇCAN, Anlaşmalı Boşanma Makale, s. 308).

¹⁶³ Y.2.HD. E. 2010/1734 K. 2011/2900 (GENÇCAN, Anlaşmalı Boşanma Makale, s. 307).

leşmediği için davayı reddetmelidir. Çünkü burada usûl ekonomisinden bahsedilemez.

Hâkimin boşanmaya karar verebilmesi için gereken şartlardan biri de tarafların bizzat dinlenmesi idi. Bu şartın katı bir şekilde uygulanması uygulamada çeşitli sorunlara yol açabilir. Mesela eşlerden biri yurt dışına taşınmış olduğu için veya fizîken ortaya çıkan bir imkânsızlık nedeniyle bizzat dinlenemeyebilir. Böyle durumlarda ses ve görüntü cihazları ile tarafın dinlenmesine imkân tanınmalıdır. Ancak hâkim, bu şekilde iradenin serbestçe açıklanmış olduğu kanaatine ulaşamazsa tabii ki tarafı bizzat dinlemek için çağırabilmelidir.

Akıl hastalığına dayalı boşanma sebebi dışında kalan diğer özel boşanma sebepleri ile açılmış olan bir boşanma davasında, taraflar bu boşanma davasını sürdürmeyip daha az yıpratıcı bir süreç olan anlaşmalı boşanma yoluna başvurabilmelidir. Zira, yeterince zor olan boşanma sürecinin hem eşler hem de çocuklar bakımından en az hasarla sona erdirilebilmesi ümit edilir.

Eşlerin maddi ve manevi tazminat haklarını saklı tutarak anlaşmalı boşanabilmesi isabetli değildir. Zira kanun maddesinde açıkça hâkimin, boşanmanın mali sonuçları bakımından eşler tarafından yapılan düzenlemeyi uygun bulması aranmıştır. Eşlerin maddi ve manevi tazminat istemlerini saklı tutmaları bu hususta bir anlaşmaya vardıkları anlamına gelmez. Anlaşma sağlanamadığı için de anlaşmalı boşanmadan bahsedilemez.

Kanunda sayılan boşanma sebepleri aynı zamanda ayrılık sebebi olarak kabul edilmiştir. Kanunda anlaşmalı boşanmaya bir boşanma sebebi olarak yer verilmiştir. O halde taraflar bu sebebe dayanarak ayrılık da talep edebilmelidir. Zira TMK'de buna engel bir hüküm yoktur.

Eşler boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin yapacakları anlaşmada mal rejiminin tasfiyesi hususuna da yer verebilmelidir. Zira kanunkoyucu malî sonuçlara ilişkin bir sınır çizmemiştir.

Hâkim eşlerin yapmış olduğu anlaşmayı uygun bulmazsa hangi hususları uygun bulmadığını taraflara açıklamalıdır. Ayrıca taraflara bu hususlar üzerinde anlaşmaları için uygun bir süre vermelidir. Bu durumda eşler bizzat hâkim tarafından yapılacak değişikliği imzalamak zorunda kalmaz. Böylece anlaşmalı boşanma müessesesi ile amaçlanan evliliğin serbest irade ile sona erdirilmesi hususu tam anlamıyla gerçekleşmiş olur.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Şahin: Roma Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Konya 2013.
- AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ Derya: Aile Hukuku, 21. Baskı, Ankara 2018.
- ARAS, Bahattin: Roma Hukuku'nda Evlenme ve Boşanma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.2, Y.2010, s. 216 vd.
- ATMACA ÜLKÜ, Hande: Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü, İstanbul 2017.
- AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: Medeni Hukuka Giriş, 12. Baskı, Ankara 2016.
- AYİTER, Nuşin: MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977.
- BOZDAĞ, Cahide Işıl: Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Kusurun Etkisi, Konya 2019.
- ÇELİK ÖZCAN, Berna: Genel Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Bieliğinin Temelinden Sarsılması, Ankara 2015.
- ÇİNAR MUTLU, Kübra: Boşanma Sebepleri, İzmir 2019 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- DEMİRBAŞ, Harun: Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2006.
- DURAL, Mustafa/OĞUZMAN, Kemal: Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1998.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, C.III, 10. Baskı, İstanbul 2015.
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2018.
- ERGÜN, Ömer: TMK'nin 166'ncı Maddesinde Düzenlenen Boşanma Nedenleri, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Eylül 2005, S. 6, s. 431 vd.
- ERGÜN, Zafer: Boşanma Davaları, 4. Baskı, Ankara 2009.
- EYÜBOĞLU, Aysel: Anlaşmalı Boşanma, Eskişehir 1998 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin: Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986.

- GENÇCAN, Ömer Uğur: Anlaşmalı Boşanma Davalarında Anlaşma Aldatmacası, TBBĐ., C.XXIV, S.99, Y.2012, s. 303, 310.
- : Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2013.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: Aile Hukuku, Ankara 1943.
- GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet: Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018.
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 16. Baskı, Bursa 2019.
- GÜRDOĞAN, Burhan: Boşanma Davalarına İlişkin Usûl Hükümleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977.
- : Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIX, S. 1, Ankara 1972.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- HATEMİ Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- İPEK, Ali İhsan: Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Konya 2007.
- İNAN, Ali Naim: Medenî Hukuk, 2. Baskı, Ankara 2005.
- KHALEEL, Ahmed Awzar: Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak Anlaşmalı Boşanma, Kayseri 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 2. Baskı, Ankara 2012.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1985.
- KUNTALP, Erden: Mutlak Boşanma Nedenleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2008.
- ÖZDEMİR, Nevzat: Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2004.

-----: 3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134'üncü Maddesi, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, 3. Baskı, Ankara 2008.

SCHWARZ, Andreas B: Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1946.

SEÇER, Öz: Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S. 2, Y. 2016.

SÜMER, Halûk Hâdi: Hukuka Giriş, 3. Baskı, Ankara 2019.

ŞENER, Esat: Medeni Kanun'un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C.II, Ankara 1977.

TEKİN, Helin Neval: Anlaşmalı Boşanma, 1. Baskı, Ankara 2019.

OKUMUŞ, Tuba: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Erzincan 2012.

ÖNCÜ, Özge: Eşlerin Anlaşmalı Boşanma Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C.XIX, Özel Sayı, 2017, s. 793 vd.

ÖZTÜRK, Özge: Genel Boşanma Sebepleri, İstanbul 2010 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

TUTUMLU, Mehmet Akif: Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C.I, 2. Baskı, Ankara 2009.

-----: Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. II, 2. Baskı, Ankara 2009.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Meselesinin Anlaşılış Tarzında Tatbikat ve Nazariyat Arasındaki Farklar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.

YILDIRIM KORKMAZ, Çınar: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara, 2014.

YILMAZ BİLGİN, Esra Pınar: Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2015.

ZEHİR, İlknur Pınar: Boşanmanın Yan (Fer'i) Sonuç Sözleşmeleri, İstanbul 2017.

ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2012.

ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer: Türk Medeni Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.