



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • Yıl 5 • Sayı 2020/2

ISSN: 2149-5831



YBHD'nin Ocak 2021'de çıkacak yeni sayısı için 15.10.2020 tarihine kadar Türkçe, İngilizce, Almanca veya Fransızca dillerinden birinde yazılmış çalışmalarınızı <http://ybhukukdersisi.com/> adresinden ulaşabileceğiniz Dergipark sayfamızdan bizlere ulaştırabilirsiniz. E-mail ile makale kabulü yapılmamaktadır.

ULAKBİM
TRIZIN

HEINONLINE

asos
akademi sosyal bilimler indeksi

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi Dergipark sistemi üzerinden bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries and case notes in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submissions kindly contact via YBHD-Dergipark web site.

FOR THE ISSUE OF
2021/1
SAYISI İÇİN

Son gönderim tarihi / Deadline for Submissions: 15.10.2020

Web sitesi / Web Site : ybhukukdersisi.com

Dergipark : <http://dergipark.gov.tr/ybuhukuk>

İletişim / Contact : ybhukukdersisi@ybu.edu.tr

Posta Kodu / Zip Code : 06010

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi 15 Temmuz Şehitleri Binası Etlik-Keçiören/ANKARA
www.ybhukukdersisi.com • ybhukukdersisi@ybu.edu.tr

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt
Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2020/2

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editör

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Belkıs VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Yavuz Selim DEĞERLİ

Yabancı Dil Editörleri

Öğr. Gör. Dr. Ebru DEMİR (*İngilizce Dil Editörü*)

Öğr. Gör. Dr. Tuğrul ÇAKIR (*Fransızca Dil Editörü*)

Arş. Gör. Köroğlu KAYA (*Almanca Dil Editörü*)

Editör Yardımcıları

Öğr. Gör. Ali SAĞLAM - Arş. Gör. Murat EKİNCİ - Arş. Gör. Bilal TOPRAK

Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ - Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hale ŞAHİN

Arş. Gör. Duygu Özge OĞUZ

Mizanpaj Editörü

M. Yusuf KARATOSUN

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.

"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

Bu çalışma Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) kapsamında desteklenmektedir.

Basım Tarihi / Date of Publication: Temmuz 2020 / July 2020

Yayın Türü / Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın / International Periodical

Yönetim Yeri Adresi / Place of Management: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etilik / ANKARA

Tel. / Phone: (+90) 312 906 21 02 • **Belge Geçer / Fax:** (+90) 312 906 29 62

Elektronik Ağ / Website: www.ybhukukdergisi.com • **E-posta / E-mail:** ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

Basım Yeri / Printinghouse: Tam Pozitif Reklamcılık ve Matbaacılık Ltd. Şti., Çamlıca Mah. 145. Sk.

No:10/11, 06200 Yenimahalle/ANKARA, www.pozitifmatbaa.com

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Brüksel Eğitim Müşavirliği

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN

Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ

Carballo-Calero Univeristy of Vigo Faculty of Law

EDİTÖRLER KURULUNDAN

Kıymetli Okuyucular,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 10. sayısını (2020/2), Fakültemizin kuruluşunun 10. yılında sizlerle buluşturmanın heyecanını ve sevincini yaşıyoruz. Genç bir Hukuk Fakültesi tarafından kısa süre içinde bir fakülte dergisi çıkarılmasının, bu derginin tüm sayılarının titizlikle ve zamanında yayınlanmasının ve yine bu derginin kısa süre içinde Tr Dizin, Heinonline ve Asos indexlerinde taranmasının henüz 10. yaşını kutlayan bir Hukuk Fakültesi için ne denli önemli bir başarı olduğunu sizlerin takdirine bırakıyoruz.

Bizler için hayli önemli olan bu sayının bir diğer özelliği ise, geçen sayımızla birlikte Dergimiz bünyesinde başlayan yeniden yapılanmanın tamamlanmış olmasıdır. Bu sayıyla birlikte Dergimiz, Editörler Kurulu ve Yayın Kurulu şeklinde ikili bir yapılanmayla yoluna devam edecektir. Bu yenilenme kapsamında bayrağı devreden tüm eski Yayın Kurulu üyelerimize bugüne kadarki emekleri için teşekkür ederken, aynı gayret ve kararlılığı sürdürmeye devam edeceğimizi belirtmek isteriz.

Bu sayımızda, Türkçe ve yabancı dilde hazırlanmış birbirinden değerli on dokuz (19) çalışma yer almaktadır. Bu çalışmaların on biri kamu hukukuna ilişkin olup, diğer sekiz çalışma ise özel hukuk alanındadır. Küresel salgın dönemine rastlayan Dergimizin bu sayısına kıymetli çalışmaları ile katkıda bulunan yazarlarımıza ve özverili değerlendirmeleri ile desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hakemlerimize şükranlarımızı sunarız.

Dergimizin siz okuyucularımız için faydalı olmasını temenni eder, iyi okumalar dileriz.

YBHD Editörler Kurulu

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

İÇİNDEKİLER / CONTENTS*

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Pandemik Tehdit Karşısında Sağlık Hakkının Sosyo-Legal Dinamiği
Socio-Legal Dynamics of Right to Health Against The Pandemic Threat

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ 1

Küresel İdare Hukuku ve Lex Sportiva Bağlamında Wada'nın Rusya'yı
Olimpiyatlardan Men Etmesi Kararı

*Global Administrative Law and Lex Sportiva Discussions Within The Context
of Wada Decision About Russian Prohibition From The Olympics*

Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU / Nazlı YILMAZ 47

Yeni Bir İdari Faaliyet Alanı: "Verbis" (Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi)

*A New Administrative Action Area: "Verbis" (Data Controller Register
Information System)*

Doç. Dr. Dilşat YILMAZ 83

7188 Sayılı Kanun Sonrası Uzlaştırma Kurumu Üzerine Değerlendirmeler

*Announcement After The 7188 Law On The Evaluation Of Conciliation
Agency*

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL 119

* "Makaleler yazarların unvanına göre, aynı unvandaki yazarların makaleleri ise soyadlarına göre sıralanmıştır."

Tefecilik Suçu

The Crime of Usury

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Batuhan BAYTAZ 139

'Türk Uzay Operasyonlarına İlişkin Kanun'un Hazırlanması Konusunda
Öneriler

A Proposal for 'Turkish Space Operations Act'

Öğr. Gör. Dr. Tuğrul ÇAKIR 175

Kanunlarla Yasaklanmış İşlerin Vergilendirilmesi ve Kazanç Müsaderesi

Taxation of Works Prohibited by Law and Confiscation of Earnings

Arş. Gör. Muhammet DURDU 197

Vergi Usul Kanunu Karşısında Defter-Beyan Sistemi'nin Değerlendirilmesi

*Assessment of The Book-Declaration System Against The Tax Procedure
Law*

Arş. Gör. Şeyma SARICALAR 229

Kamu Kaynaklarının Etkin Kullanımının Sosyal Haklara Etkisi

The Impact of Effective Use of Public Resources On Social Rights

Arş. Gör. Eda YILDIZ 263

Felsefi Perspektiften Hukuksal Bir Retorik Bakış: Belediye Şirketleri ve
İdarenin Kanuniliği İlkesi

*A Legal Retic Overview From Philosophical Perspective: Municipality
Companies and The Principle of Law Of Administration*

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ 321

The Fragile Relation Between The Constitution and Society: *Glass and Silver Anayasa ile Toplum Arasındaki Kırılgan İlişki: Cam ve Sır*

Arş. Gör. Anıl Güven YÜKSEL 353

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

The Importance of Legal Knowledge in Sustainable Innovation Process
Yeniliklere İlişkin Süreç İçinde Hukuki Bilginin Önemi

Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE /

Asst. Prof. Dr. Dr. Lutz PESCHKE 387

Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Hakkında
Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım

*A Critical Approach to The Decision of The 11th Civil Chamber of The Court
Cassation On Invalidity of General Meeting Resolutions of Capital Companies*

Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACİÖMEROĞLU /

Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY 405

Kurumsal Yönetim Aracı Olarak Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği: Tam
Bağımsızlık Mümkün Mü?

*Independent Board Membership As A Corporate Governance Tool: Is Full
Independence Possible?*

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra KANDEMİR 435

Kısıtlama ve Vasi Atama Kararı İlanının Aleniyeti Sağlama Fonksiyonu ve İlan
Nedeniyle Kişilik Haklarının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu

*Publicity Function of Restriction and Appointment of Guardianship Decision
Publication and The Issue of Whether Personal Rights Are Being Violated or
Not by The Publication of Decision*

Öğr. Gör. Dr. Necati Şükrü BAYRAMOĞLU 473

İnşaat Sözleşmelerinde Tarafların İş Birliği Eylemleri
Mitwirkungshandlung Der Parteien Bei Bauverträgen
Arş. Gör. Dr. İpek Betül ALDEMİR TOPRAK 511

Anlaşmalı Boşanma Protokolünün Taşınmazlar Üzerindeki Aynî Haklara
İlişkin Hükümleri İle İlgili Bazı Hukuki Sorunlar
*Some Legal Problems Relating to The Provisions of The Divorce Agreement
About The Real Rights on The Immovable Property*
Arş. Gör. Dr. Feride DEMİRBAŞ 559

Reklama Hukuki Açıdan Bir Bakış
An Overview of Advertisement From A Legal Perspective
Arş. Gör. Burcu Bahar ÇATALOĞLU 599

Türk Hukukunda "Hayata Kast" Sebebi İle Boşanma ve Doğurduğu Hukuki
Sonuçların Değerlendirilmesi (TMK M. 162)
*Divorce by Reason of "Attempt Against Life" and Evaluation of Its Legal
Results in Turkish Law (TMK M. 162)*
Arş. Gör. Ahmet Fevzi KİBAR 633

**KAMU
HUKUKU**

PANDEMİK TEHDİT KARŞISINDA SAĞLIK HAKKININ SOSYO-LEGAL DİNAMIĞI

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ*

ÖZET

Dünyada milyonlarca insanı tesiri altına alan Covid-19 pandemisi küresel bir tehlikeye dönüşerek hem bireysel hem de sosyal yaşamın tüm alanlarında köklü düşünsel dönüşümleri icbar eden yeni bir durum yaratmıştır. Küreselleşen modern dünyanın bütün sosyo-ekonomik ve sosyo-politik dinamiklerinde dönüşüme yol açan bu ‘kriz hali’, kurumsal düzeyde hukuki, siyasi ve iktisadi yapısal kırılmalara zemin hazırlamış, bu kriz ile mücadele kapasitesi olarak ‘yeni bir kamusal aklın’ icadı noktasında derin bir düşünümselliğe kapı aralamıştır. Pandemi riskinin kendinde icbâriyeti ile tevessül edilen ‘istisnâî yönetim’ usulleri ve bunun post-pandemik dönem için yönetsel rutine dönüşme olasılığı, bu gündemi kamusal entelektüelliğin tartışma zeminine taşımaktadır.

Bu çalışmaya konu edindiğimiz, sosyal haklar kapsamında tasnif edilen sağlık hakkı, tüm yönleriyle pandemi ile mücadelenin merkezi unsurunu teşkil ettiğinden, ufukta beliren düşünümselliğin önemli bir konusunu oluşturmaktadır. Bu bağlamsal çerçevede burada, modern insan hakları öğretisi ve uygulamasına egemen olan birinci kuşak haklar kataloğunun muhkem çerçevesinin dışında varlık mücadelesini sürdüren ikinci kuşak haklar olarak tanımlanan ‘ekonomik, sosyal ve kültürel haklar’ kapsamında yer alan sağlık hakkını sosyo-legal dinamiği açısından konu edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, Pandemi, İnsan Hakları, Sosyal Devlet, Sosyal Haklar, Sağlık Hakkı, Sosyo-legal.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, muharremkiloc@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7937-3998, (Geliş Tarihi: 31.05.2020 – Kabul Tarihi: 30.06.2020).

SOCIO-LEGAL DYNAMICS OF RIGHT TO HEALTH AGAINST THE PANDEMIC THREAT

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic, which has influenced millions of people around the world, has turned into a global hazard, creating a new situation that permits radical intellectual transformations in all areas of both individual and social life. This 'state of crisis', which has led to transformation in all socio-economic and socio-political dynamics of the globalizing modern world, has paved the way for legal, political and economic structural breaks at the institutional level and as a capacity to combat this crisis, it opened the door to a deep reflection on the invention of 'a new public reason'. The exceptional measures and its possibility to turn into an administrative routine for the post-pandemic period bring this agenda to the discussion ground for public intellectuality.

Since the right to health, which is classified within the scope of social rights, constitute the central element of the fight against the pandemic in all its aspects, constitutes an important topic of the reflective thinking on the horizon. In this context, the right to health within the scope of 'economic, social and cultural rights', defined as the second generation rights that continue to struggle for existence outside the strong framework of the first generation rights catalog that dominates modern human rights teaching and practice, will be discussed in terms of socio-legal dynamics.

Keywords: Covid-19, Pandemic, Human Rights, Social State, Social Rights, Right to Health, Socio-legal.

GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü 11 Mart 2020 tarihinden itibaren koronavirüse bağlı Covid-19 hastalığını pandemi olarak ilan etmiştir. Dünyada yaklaşık on bir milyonun üzerinde insana bulaşan¹ bu virüsün enfekte etme düzeyinin yüksekliği, oldukça kısa bir sürede hastalığın küresel ölçekli bir 'kamu sağlığı sorunu' yaratmasına yol açmıştır. Global bir riske dönüşen virüsün yayılım hızı, bütün dünyada hem bireysel hem de sosyal yaşamın tüm alanlarında köklü düşünsel dönüşümleri ve davranışsal tutumları icbar eden yeni bir durum yaratmıştır. Küreselleşen modern dünyanın bütün sosyo-ekonomik ve sosyo-politik dinamiklerinde dönüşüme yol açan bu 'kriz hali', kurumsal düzeyde hukuki, siyasi ve iktisadi yapısal kırılmalara zemin hazırlamıştır. Modern zamanların yalnızca bireysel ve toplumsal düzeyde rutinleşen eylemsellikleri açısından değil, makro ölçekte siyasi ve ekonomik düzenin dinamikleri açısından da bir tür 'istisnâî hâl' veya 'olağanüstülük durumu' ortaya çıkmıştır. İçinde bulunduğumuz tarihsel âna tekaddüm eden ve 'normal' olarak nitelenen hâl ile istikbâle egemen olacak olan durum arasındaki olası 'fark dinamiklerine' ilişkin belirsizlikler derin sosyal/kamusal kaygı bozukluklarına yol açmaktadır. Bir diğer kaygı bozukluğu yaratan faktör, küreselleşen risk karşısında devreye sokulan olağanüstülükler düzeninin pandemi sonrasında olağanlaştırılmış bir sosyo-politik dizgeye ve kamusal yaşam düzenine tahavvül etmesidir. Bütün bu kaygı temelli projektif tasavvurları bir kenara bırakarak ifade edecek olursak, pandemi döneminin başka birçok alanda olduğu üzere, bir bütün olarak yerleşik zihin yapılarını ve kamusal aklı yapıbozumuna uğratan bir anaför yarattığı aşikârdır.

'Normal-dışı' olarak nitelenen bu yeni durumun, insanlık tarihinde yaşanan pandemi krizlerinin yol açtığı büyük buhranlardan ayrılan birtakım yönlerine dikkat çekebiliriz. Tarihteki yıkıcı pandemilerden farklı olarak laboratuvarında üretilme olasılığı üzerine konuşulan Covid-19 pandemisinin, her şeyden önce menşei itibarıyla tarihsel örneklerinden ayrışma ihtimalini

¹ Dünya Sağlık Örgütü 06 Temmuz 2020 tarihli verilerine göre Dünya genelinde 11.327.790 onaylanmış Covid-19 vakası bulunmaktadır. Onaylanmış ölüm sayısı ise 532.340 olarak kaydedilmiştir. <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, s.e.t. 06.07.2020.

kaydedebiliriz. Menşei konusundaki kuşkuların derin bir tahkikata ihtiyaç duyduğu aşikâr olan koronavirüs, teknolojik modernizasyonun yıkıcı gelişiminin bir eseri olarak değerlendirilebilir. İnsanlık, bu virüsün laboratuvar ortamında üretilme olasılığını bertaraf eden güçlü kanıtlara erişse bile, bu neticeyi mümkün kılma potansiyeline sahip olan ‘teknolojik aklın’ yıkıcı iktidarının ürküten tablosu ile karşı karşıya olduğumuz bir gerçektir. Bir diğer ayrışan yön ise, küreselleşme ile birlikte dünyanın bütün yaşamsal alanları itibariyle totalleşen sektörlerinin birbirleri ile olan sıkı organik bağıdır. Artık dünya, ünlü ‘köy’ metaforunun da ötesinde, kaynaşık düzen içerisinde istiflenmiş bir yaşamsallığa mahkûm olmuştur. Devletleri, ulusal sınırları, kısıtlamaları ve engelleri kolaylıkla aşabilen bir ‘sosyo-ekonomik iç içe olma hali’ söz konusudur. Yekpare bir üst-kamusal ağ ile örülü ulusların sanal bile olsa maruz kaldıkları yoğun etkileşimi, tam olarak ‘yarar’ temelinde olmasa da ‘zarar’ temelinde bir ‘küresel eşitlik’ düzenine yol açmıştır. Lokomotif sektörel alanlar başta olmak üzere herhangi bir ulusun ‘ihmalî, ihlali veya kötü yönetimi’, bir bütün olarak küreyi riske maruz bırakabilmektedir. Yine bir başka ayrışan yön ise, bilişim teknolojisi alanındaki dramatik gelişimin ortaya çıkardığı iletişimsel devrimin ‘söz ve söylem’ iktidarının kimi zaman zorbalığa varan sanal evreninin dilidir. Bu ‘sanal evrende’ çeşitlenen iletişim formları ile üretilen ‘enformatif bilgi’ klasik tasniflerde yer alan hiçbir epistemik çerçeveye dahil edilemeyecek türden bir ‘bilgi’ üretmektedir. Pandemi döneminde bu bilgi türü, üretmiş olduğu kirli/zararlı içeriği imlemek üzere ‘infodemi’ olarak adlandırılmıştır.

Farklılaşan dinamiklerini özetle ifade etmiş olduğumuz Covid-19 pandemisi, doğrudan ‘kriz durumuna’ neden olan etkenler başta olmak üzere, bu kriz ile mücadele kapasitesi olarak ‘yeni bir kamusal aklın’ icadı noktasında derin bir düşünöme kapı aralamıştır. Sözüünü ettiğimiz ‘yeni kamusal akıl’, ‘siyasal sistemlerden ekonomik düzenlere; piyasa ekonomisinden sanat politikasına; hukuk anlayışından iletişim stratejilerine; sosyal yaşam pratiklerinden eğitim politikasına; hak ve özgürlükler siyasetinden kentleşme düzenine varıncaya kadar birçok alanda bütün olarak yeni arayışları tetikleyen düşünsel süreçlerin bir hasılası olarak nitelendirilebilir.

Bu çalışmaya konu edindiğimiz, sosyal haklar² kapsamında tasnif edilen ‘sağlık hakkı’, ufukta beliren düşünümSELLİĞİN dikkat çekici bir konusu olarak karşımızda durmaktadır. Burada ilgili hak konusunu problematize etmeyi gerekli kılan birincil etken kuşkusuz, ‘sağlık’ meselesinin tüm yönleriyle pandemi ile mücadelenin merkezi unsurunu oluşturmasıdır. ‘Sosyal haklar, sağlık hakkı, sağlık güvencesi, sağlık sistemi ve sağlık hizmeti’ gibi temel meseleler pandeminin yol açtığı kamusal kaygının tetikleyici gücü ile pragmatik biçimde küresel bir tartışma zemini yaratmıştır. İçinde bulunduğumuz kriz halinin sıcaklığı ve yıkıcı etkisi altında da olsa bu konunun gündeme gelmesi gelecek adına ümit vericidir. Zira kapitalist modern liberal siyaset, hukuk ve ekonomik düzenin nihai zaferi ile sonlandığı düşünülen tarih tezlerinin, tarihsel gerçekliği ve dinamiği ıskaladığı görülmüştür. Öyle ki tarihsel gerçeklik, daha birçok tarihsel anlatıyı sahneye sokma potansiyelini bağrında taşıdığını her bir krizde olduğu üzere, pandemi krizinde de acı biçimde insanlara anlatmıştır.

Bu çerçevede olmak üzere, varoluşsal anlamda insan olmanın metafiziksel istinatgâhı olan ‘*insan onurunun*’ koruyucu kalkanı olarak hak ve özgürlüklere ilişkin tasavvur da sözünü etmiş olduğumuz krizin esaslı gündemlerinden birisini oluşturmaktadır. Zira her şeyden önce pandemi riskinin kendinde icbâriliği ile tevessül edilen ‘istisnâi yönetim’ usulleri ve bunun post-pandemik dönem için yönetsel rutine dönüşme olasılığı, bu gündemi kamusal entelektüelliğin tartışma zeminine taşımaktadır. Bu bağlamsal çerçevede burada, modern insan hakları öğretisi ve uygulamasına egemen olan birinci kuşak haklar kataloğunun muhkem çerçevesinin dışında varlık mücadelesini sürdüren ikinci kuşak haklar olarak tanımlanan ‘ekonomik, sosyal ve kültürel haklar’ kapsamında yer alan sağlık hakkını sosyo-legal dinamiği açısından konu edineceğiz.

² Bir insan hakkı olarak ‘sosyal hakların’ tarihsel arkaplanı ve ilgili hakların etkili korunmasına ilişkin kavramsal çözümleme için bkz., **Ertan, İzzet Mert** (2015) Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 6-26. Ayrıca bkz., **Algan, Bülent** (2007) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara, Seçkin Yayınları.

I. HAKLAR DİYALEKTİĞİ: HAK KUŞAKLARINA İÇKİN NORMATİF DİNAMİK

İnsan hakları, birey karşısında devletin ilgili haklara ilişkin olarak yükümlülük çerçevesini belirleyen statüsel durum üzerinden klasik bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur. Negatif ve pozitif sorumluluk/yükümlülük durumunu belirleyen bu sınıflamanın ilk örneğini ünlü hukuk kuramcısı Georg Jellinek ortaya koymuştur.³ Jellinek'in birey hakları bağlamında kaydettiği statüsel sınıflandırma; negatif (*status negativus*), pozitif (*status positivus*) ve aktif (*status activus*) statü haklarını içermektedir. Bunlardan özellikle aşağıda sözünü edeceğimiz negatif statü hakları, 'bireyin özgürlük alanını' deyimlemektedir. Öte yandan pozitif statü hakları ise, toplumun yararına uygun biçimde devletin sosyal alanda birtakım yükümlülükler üstlenmesini ifade etmektedir.⁴

İnsan hakları öğretisinde birincil hak kategorisi olarak sınıflandırılmış olan '*medeni ve siyasi haklar*', birey karşısında devlete '*müdahalede bulunmama*' ilkesi doğrultusunda '*negatif*' sorumluluk yükleyen haklar kuşağını ifade etmektedir. Bu hak kuşağının normatif dinamiği, ilgili haklar alanında devletin '*pasif ve negatif bir tutum*' sergilemesidir. Bir anlamda bu alan, kamu otoritesi açısından '*yasak bölge*' olarak tanımlanmıştır. Tarihsel arka plan açısından 18. yüzyılda varlık gösteren söz konusu klasik özgürlükler, literatürde '*negatif özgürlükler*' olarak nitelendirilmiştir.⁵

'Negatif yükümlülük' doğuran bu özgürlükler, herhangi bir 'devletin müdahaleden kaçınmasını ve dolayısıyla insan haklarına saygı göstermesini' gerekli kılan bir sorumluluktur. Bu sorumluluk çerçevesinde devletler örneğin, "işkenceden (3. madde) ve ifade özgürlüğüne müsaade edilmeyen sınırlamalardan (10. madde) kaçınma" yükümlülüğü altındadır. Bu türden kamusal yükümlülükler, tipik olarak '*medeni ve siyasi haklara*' özgüdür. O

³ Bkz., **Gözler, Kemal** (2017) İnsan Hakları Hukuku, Bursa, Ekin Yayınları, s. 152-154.

⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., **Güngören Bulgan, Birden** (2020) Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 47-55.

⁵ **Kapani, Münci** (1993) Kamu Hürriyetleri, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 50.

nedenle, Sözleşme'nin (AİHS) taraf devletlere getirmiş olduğu yükümlülüklerin çoğu bir tür 'kaçınma' sorumluluğu getirmektedir.⁶

On sekizinci yüzyılda Amerikan ve Fransız devrimlerinin tarihi tektonik etkisi neticesinde 'negatif özgürlükler' üzerinden insan hakları kataloğunun normatif biçimlenmesi gerçekleşmiştir. Normatif biçimlenme süreci, trajik tarihsel hak ve özgürlük mücadeleleri yoluyla başarılı biçimde sonuçlanmıştır. Bu mücadele neticesinde elde edilen birincil alan, daha sonrasında 'birinci kuşak haklar' olarak literatürel tanımlamaya mazhar olmuştur. Modern insan hakları düşüncesinin kurucu figürlerinden olan John Locke'un düşünsel çerçevesi üzerinden klasikleşen formu ile bu klasik haklar, '*yaşam, mülkiyet ve özgürlük*'⁷ üçlemesi üzerinden yapılandırılmıştır.

Bunun ardından yine kökeninde sınıfsal bir mücadelenin yer aldığı 'ekonomik, sosyal ve kültürel haklar' da farklı tarihsel ve sosyolojik dinamikler ve mücadele biçimleri üzerinden normatif varlığına kavuşmuştur. Bu hakların, tarihsel köklerinin izini 19. yüzyıla kadar sürmemiz mümkün olmakla birlikte, bir hak kataloğu olarak anayasalarda pozitif bir varlığa kavuşması yirminci yüzyılın özellikle ikinci yarısına tesadüf etmektedir.⁸ Siyasi tarih açısından değerlendirildiğinde, bu hak kategorisine dahil olan hak türleri, özellikle ikinci dünya harbi sonrası dönemde liberal siyasal sistemlerin kendilerini konsolide etme yolundaki revizyonist tutumlarının bir tezahürü olarak yorumlanabilir. 'Adalet' temelinde kurgulanan bu revizyonist tutum kendisini, yine liberal siyasal felsefenin içinde kalarak 'sosyal adalet' olarak tanımlamıştır. 'Sosyal adalet', sanayi devriminin yarattığı sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel dinamiklerle birlikte ortaya çıkan sınıfsal çatışmalar ve adaletsizliklerin tetiklemiş olduğu tarihsel huzursuzluklar karşısında siyasal sistemlerin yapısal bünyede bir ehlileştirme çabası olarak doğmuştur. Her ne kadar Hayek, adalet

⁶ Bkz., Harris, D. J./O'Boyle, M./Bates, E. P./Buckley, C. M. (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çeviren: Ed. H. Dinçer), Avrupa Konseyi, s. 19.

⁷ "Herkes eşit ve bağımsız olduğundan, hiç kimse diğerinin yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ya da malvarlığına zarar vermemelidir." Bkz., Locke, John (2004) Yönetim Üzerine İkinci İnceleme (Çeviren: Fahri Bakırcı), Ankara, Babil Yayıncılık, s. 7.

⁸ Siyasi tarihte sosyal hakların pozitif hukuka geçiş süreci konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Kapani, s. 53-60.

kavramının ‘sosyal’ nitelemesi ile kavramsallaştırılmasının anlamsızlığını vurgulasa da ‘sosyal adaleti’ ortaya çıkaran tarihsel durumun bir ahlaki zemine dayandığını kabul etmektedir.⁹

Özdeşleşik bir aksiyolojik zemin üzerinden kavramsallaştırılan insan hakları, ilk iki hak kuşağının yanı sıra tarihsel dinamikleri ve referansları açısından farklılaşan üçüncü ve dördüncü kuşak haklar da dahil olmak üzere, bütünsellik¹⁰ arz eden bir fikri temel üzerine kurulmuştur. Nitekim Jack Donnelly’nin isabetle tespit ettiği üzere literatürde yer alan bu ikili ayrımın, kuşaklar arasında ‘karşıtlık ve bağlantısızlık’ düşüncesi yaratması doğaldır. Ancak tarihsel kökenine ilişkin dinamiklerden bağımsız olarak ilgili hakların evrimsel biçimde bütünselleşme yönünde evrildiği görülmektedir. Nitekim özellikle Batı Avrupa’da ‘refah devleti’ uygulamaları doğrultusundaki siyasal pratik ile birlikte ikinci kuşak haklara ilişkin tartışmalar anlamını büyük ölçüde yitirmiştir.¹¹ Tarihsel referansları açısından değerlendirildiğinde ‘refah devleti’ (*etat-providence; welfare state; sozialstaat*) 18. yüzyılın sonlarından itibaren Avrupa uluslarının (Fransa, İngiltere ve Almanya)¹² farklı sanayileşme tecrübeleri üzerinden bir siyasal restorasyon olarak ortaya çıkmıştır.

Yukarıda sözünü etmiş olduğumuz fikri zeminin kurucu kavramsallaştırması, ‘*insan onuru*’ (*human dignity*)¹³ olarak kaydedilmelidir. Felsefi bağlamda ‘*onur*’ (haysiyet, özsaygı, şeref vd.) terimi, bizatihi kişinin ‘*kendi imgesine uygun davranma ve yaşama bilincine*’ eşlik eden yaşam pratiğinin yine kişide ‘belirli bir muamele beklentisi’ yaratmasını ifade

⁹ Bkz., **Hayek, F. A.** (2013) *Law, Legislation and Liberty*, London and New York, Routledge, s. 226 vd. Ayrıca bkz., **Aktaş, Sururi** (2018) *Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi*, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, s. 232.

¹⁰ Hak kuşaklarının değerlendirilmesinde ‘bütünsellik ilkesi’ konusunda bkz., **Uygun, Oktay** (2019) *Devlet Teorisi*, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 497 vd.

¹¹ **Donnelly, Jack** (1995) *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları* (Çeviren: Mustafa Erdoğan; Levent Korkut), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 38-40.

¹² **Rosanvallón, Pierre** (2004) *Refah Devletinin Krizi* (Çeviren: Burcu Şahinli), Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 119. Ayrıca bkz., **Balcı Gökçeoğlu, Şebnem** (2007) *Tutunamayanlar ve Hukuk*, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 21-25.

¹³ Donnelly’nin de belirttiği üzere, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde insan haklarının “*insan kişinin özündeki onurdan*” kaynaklandığı kaydedilmektedir. Bkz., **Donnelly**, s. 27.

etmektedir. Bu noktada ‘onur’, ‘kişinin kendi imgesine uygunluğu’ ile tezahür eden bir durum olarak kişinin kendisine biçtiği ‘değere’ karşılık gelmektedir.¹⁴ Bir bütün olarak insan haklarının ‘metafiziksel istinatgâhı’ olarak nitelendirdiğimiz ‘insan onuru’, bireyin yalnızca yaşam kalitesini yükseltmesi bakımından değil, bizatihi kişiliğini ya da öz benliğini gerçekleştirebilmesinin varoluşsal zemini olması açısından da esaslı bir yer teşkil etmektedir. Söz konusu varoluşsal durum, kuşkusuz bir bütün olarak hakların diyalektiksel ilişkisi üzerinden yapılandırılması ile mümkün olabilecektir.

Nitekim birinci kuşak haklarla olan zorunlu organik ilişkisi üzerinden sosyal haklar, kişinin onuru zedelenmeden ‘doğuştanlık ilkesi’ doğrultusunda bireyin sahip olduğu hakların gereğini icra edebilme kapasitesini mümkün kılacaktır. Bu meyanda, anayasal düzenlemelerde kendilerine yer bulmuş olan ‘eğitim hakkı’, ‘sağlık hakkı’, ‘sosyal güvenlik hakkı’ ve ‘konut hakkı’ gibi hakların yanı sıra, henüz ‘beslenme hakkı’ gibi anayasallaşmamış çok sayıda yeni hak kategorisinden söz edilebilecektir. Çağın dinamikleri ve toplumsal talepler doğrultusunda insan hakları literatürüne konu olan her bir yeni hak kategorisi, tüm kavramsal içeriğiyle ‘insan onurunu’ tahakkuk ettirme amacına matuf olarak değerlendirilebilecektir.

Onur sahibi bir varlık olarak insanca yaşam sürebilmenin tahkim edici güvencesini oluşturan sosyal hakların insan hakları literatüründe birinci kuşak hak kategorisinden niteliksel anlamda ayrıştığına dair tez, söz konusu hakkın kırılğan doğasını tahkim edici niteliktedir. Öğretide ilgili tez, bu hakların ‘soyutluk’, ‘bağımlılık’, ‘tedricilik’, ‘ahlaki görev oluşturmak’ ve ‘dava edilebilirlik’ nitelikleri üzerinden tanımlanmıştır.¹⁵ Bu türden tezlere karşı olmak üzere, Viyana’da 25 Haziran 1993 tarihinde ‘Dünya İnsan Hakları Konferansı’ tarafından kabul edilen ‘Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı’, kuramsal açıdan insan haklarının bütünleşik yapısına dikkat çekmiştir. Bu noktada insan hakları, evrensel (*universal*), bölünmez (*indivisible*) ve birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkili (*interdependent and interrelated*) olan haklardan

¹⁴ **Kuçuradi, İonna** (1999) Etik, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, s. 162.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Şahin, Adil** (2010) “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 59, S: 4, s. 722.

müteşekkildir. Buna göre uluslararası toplum, insan haklarını küresel olarak adil ve eşit biçimde, benzer bir temelde ve eş vurguyla dikkate almalıdır. Ulusal ve bölgesel özelliklerin ve çeşitli tarihi, kültürel ve dini geçmişlerin önemi göz önünde bulundurulmakla birlikte, siyasi, ekonomik ve kültürel sistemlerinden bağımsız olarak tüm insan haklarını ve temel özgürlükleri teşvik etmek ve korumak devletlerin temel sorumluluğu olarak belirlenmiştir.¹⁶

II. HAKLAR DİYALEKTİĞİ AÇISINDAN SAĞLIK HAKKI

Literatürel bir sınıflama olan ‘hak kuşaklarının’ için normatif dinamikleri açısından ‘sağlık hakkı’ konunun çerçevesinin somutlaştırılması noktasında elverişli bir zemin sunmaktadır. Bu meyanda insan hakları doktrininde, ‘bütünlükçü’ teorik yaklaşımların karşısında ‘ayrıştırıcı’ tezlerin temel argümanları üzerinden yürütülecek olan tartışma daha anlamlı bir çerçeve ortaya koymaktadır.

Bütün ‘ayrıştırıcı’ öğretisel değerlendirmelere ve tezlere rağmen, ‘ekonomik, sosyal ve kültürel haklar’ kataloğu, başta birinci kuşak haklar olmak üzere bütün hak kategorileri ile ‘organik bir ilişkiselliğe’ sahiptir. Bu kapsamda olmak üzere, yaşamsal bir hak olarak ‘sağlık hakkı’ da böylesi organik bir bağ ile diğer hak alanlarıyla doğrudan ilişkilidir. Bu yaşamsal hak, öngördüğü ‘pozitif yükümlülükler’ ile devletin bireyleri koruyucu birtakım tedbirler almasını gerekli kılmaktadır. Ancak söz konusu yükümlülükler, ‘devletin mali kaynaklarının yeterliliği’ ölçüsü¹⁷ ile kayıtlanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bu çerçevede alınacak

¹⁶ Bkz., World Conference on Human Rights, “Vienna Declaration and Programme of Action”, Vienna, 14-25 June 1993, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>, s.e.t. 23.05.2020.

¹⁷ ‘Devletin iktisadi ve sosyal ödevlerinin sınırlarını’ belirleyen Anayasanın 65. Maddesine göre; “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.”

önlemlere ilişkin yükümlülüğün ‘*imkânsız veya orantısız*’ olacak biçimde yorumlanmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁸

Anayasa sistematığımızda bu ‘*organik ilişkisellik*’, özellikle anayasal ilkelerin kavramsal içeriminde göze çarpmaktadır. Öyle ki, ‘sosyal adaleti’ tahakkuk ettirebilmenin ilkesel imkânı¹⁹ olarak Anayasamızın 2. maddesindeki²⁰ ‘sosyal devlet’ prensibi, sağlık hizmetinin belirli bir ‘erişilebilirlik’ ve nitelik düzeyinde kamusal bir hizmet olarak yurttaşlara sunumu açısından âmir bir hüküm olarak değerlendirilebilir. İlgili anayasal ilke doğrultusunda devletin sahip olduğu mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde bu hakların gereğini yerine getirmesi öngörülmektedir. Bu çerçevede devletin kamu sağlığını koruma adına tedbir olarak önleyici sağlık hizmetleri ve sağlık yatırımları yapması icap etmektedir. Sözünü etmiş olduğumuz bütün bu gereklilikler, diğer haklar kuşağının normatif güvencesini tahkim adına hayati bir önemi haizdir.

Bu noktada John Locke, yönetim felsefesini temellendirmiş olduğu argümanlarında, siyasal yönetimin ‘*özel bir yasayla herhangi bir kimsenin yoksullaşmamasını ya da hastalanmamasını*’ temin edemeyeceğini ancak, siyasal yönetimin regülatif aracı olan yasalar ile “*mümkün olduğu kadar, vatandaşların mülkiyetinin ve sağlığının başkalarının sahtekarlığı ve şiddeti yüzünden zarar görmemelerini sağlayabileceğini*” belirtmektedir.²¹ Burada Locke, en azından kamu sağlığına yönelecek tehdit karşısında bir yasal güvence mekanizması öngörmektedir.

Temelinde bu tartışmayı, bir ‘haklar dizgesi olarak hukuk’ üzerinden yürütülen bir tartışma olarak nitelendirebiliriz. Nitekim modern dönem hukuk düşünürlerinden Dworkin bu çerçevede bütünlüklü bir hak/hukuk

¹⁸ Bkz., Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 45.

¹⁹ Bkz., Aktaş, s. 224-225.

²⁰ Anayasanın Cumhuriyetin niteliklerini tâdat eden ikinci maddesinde bu ilkeye şöyle yer verilmiştir; “*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*”

²¹ Locke, John (2012) Hoşgörü Üstüne Bir Mektup (Çeviren: Melih Yürüşen), 5. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, s. 46.

tasavvuru geliştirmiştir. Hukuku, yargılama sürecinde savunulan haklar bütünü olarak değerlendiren Dworkin, yargıçlar gibi tüm devlet görevlilerinin hakları ‘*ciddiye alması*’ gerektiğini vurgulamıştır.²² Düşünür, demokratik siyasallığa dair, ‘çoğunlukçu ve ortaklık demokrasisi’ olmak üzere iki farklı demokrasi yaklaşımından söz etmiştir. Halkın çoğunluğunun halkın geri kalan kısmını yönetme biçimi olarak ‘çoğunlukçu demokrasi’ ile bir şirket veya ortaklığa benzer biçimde halkın kendi kendini yönetmesi usulü olarak ‘ortaklık demokrasisi’ arasındaki ayrışma noktalarına temas etmiştir.²³

Bu doğrultuda Dworkin, dünya anayasalarında özellikle ‘temel sağlık güvencesi’ ya da ‘yaşanabilir konut hakkı’ gibi ekonomik ve sosyal hakların güvence altına alınması noktasındaki ayrışan yönlerle dikkat çekmiştir. Sözü edilen güvenceler açısından değerlendirildiğinde Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası’nın herhangi bir güvenceye yer vermediğini kaydetmiştir. Siyasal sistem açısından ‘çoğunlukçu demokratik’ yönetimlerin anayasal sistemlerinde bu tür güvencelere veya hükümlere yer vermediğini öne sürmüştür. Çoğunluğun yerleşik iradesi tarafından karara bağlanması gereken konular kategorisinde olmasından ötürü sosyal haklara ilişkin güvencelerin anayasalarda yer alması uygun görülmemiştir. Zira sosyo-ekonomik konular, ‘bütçe, kaynakların bölüşümü ve vergi sistemi’ gibi temel meselelerde politik bir tercihi gerekli kılmaktadır. ‘Çoğunlukçu demokrasilerde’, söz konusu politik tercihler, halkın seçilmiş temsilcileri tarafından gerçekleştirilmektedir. Diğer yanda ‘ortaklık demokrasisinde’ ise söz konusu haklar, güvence altına alınmak durumundadır. Zira adı geçen haklar, bir anlamda demokrasinin ön koşulu niteliğindedir.²⁴

Sonuç olarak, hak kuşakları arasındaki diyalektiksel dinamik, insan haklarının sancılı tarihsel serencamının merkezi mücadele alanını oluşturan ‘medeni ve siyasi’ haklar ile diğer kuşak haklar arasındaki ilişkiye dair politik perspektifte kendisini açığa çıkarmaktadır. Bütünselci doktriner perspektiften

²² Bkz., **Dworkin, Ronald M.** (2007) *Hakları Ciddiye Almak* (eviren: Ahmet Ulvi Türkbag) Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, s. 223 vd.

²³ **Dworkin, Ronald M.** (2011) “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, S: 28, s. 28.

²⁴ **Dworkin, Ronald M.** (2011), s. 32.

değerlendirildiğinde, sağlık hakkının diğer sosyal hak türleri ile birlikte eklenildiği haklar dizgesinin, bu dinamik üzerinden demokratik siyasal sistemlerde bir ‘talep meşruiyeti’ yarattığı söylenebilir. Nitekim Dworkin’in çerçevesini çizmiş olduğu ‘ortaklık demokrasisi’ böylesi bütüncül bir hak/lar felsefesi öngörmektedir.

III. SAĞLIK HAKKININ ULUSALÜSTÜ NORMATİF ÇERÇEVESİ

İçeriğinde yer alan haklar listesi ve kavramsal içeriği itibarıyla homojenitesi olmayan bir hak kataloğu olarak nitelendirilebilecek olan sosyal haklar²⁵ kapsamında yer alan ‘sağlık hakkına’, ilk kez Birleşmiş Milletlerin (BM) uzmanlık birimlerinden birisi olan Dünya Sağlık Örgütü (WHO)²⁶ Anayasası yasal bir çerçevede yer vermiştir. Bu bağlamda WHO’nun 1946 tarihli Anayasal belgesinde sağlık, ‘*bir bütün olarak fiziksel, ruhsal ve sosyal esenlik durumu*’ olarak tanımlanmıştır. Burada fiziksel ve ruhsal bir bütünlük olarak tanımlanan insanın herhangi bir ‘*hastalık ya da maluliyetten âri olması*’ sağlıklı olmanın kriteri olarak kabul edilmiştir. Örgüt, sosyal haklar bağlamında devletlerin ‘pozitif yükümlülüklerine’ de işaretler sağlık hakkını şu ifadelerle temel bir hak konusu olarak düzenlemiştir. “*Ulaşılabilir en yüksek*

²⁵ Bkz., **Bulut, Nihat** (2009) Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 60-61.

²⁶ Dünya Sağlık Örgütü (*World Health Organization -WHO*) Birleşmiş Milletlere bağlı olan ve sağlığı geliştirmek, dünyayı güvende tutmak ve savunmasız kişilere hizmet etmek için uluslararası çalışmalar yapan bir örgüttür. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) 7 Nisan 1948 tarihinde ‘sağlığın bir insan hakkı olduğu’ ve tüm insanların en yüksek sağlık standardından yararlanmaları gerektiği ilkesi üzerine kurulmuştur.

Bkz., <https://www.euro.who.int/en/about-us/organization/who-at-70/milestones-for-health-over-70years> Örgüt, sağlık hakkının tanımlanması noktasında ilk normatif adımı atmış olmasına rağmen, süreç içerisinde bu hakkın normatif içeriğini geliştirme doğrultusunda girişimsel yetkisini kullanmamıştır. Bkz., **Ertan, İzzet Mert** (2012) Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yayınevi, s. 15. Bu yönüyle eleştirilen Örgüt, Covid-19 salgını döneminde de pandemik krizi yönetmedeki yetersizlikleri açısından dünya kamuoyunda ciddi eleştirilerin odağı olmuştur. Özellikle ABD Başkanı Donald Trump, ‘koronavirüsün yayılmasını gizleme ve süreci iyi yönetmeme’ gerekçeleriyle WHO’ya yönelik bir soruşturma başlatılacağını duyurmuştur. Bkz., <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52289056>, s.e.t. 29.05.2020.

*sağlık standartlarından yararlanma; ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir.*²⁷

Sağlık hakkının²⁸ bildirgesel normatif çerçevesi ise, 1948 tarihli ‘Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi’nin 25. maddesinde görece kapsamlı bir sosyal haklar kataloğu üzerinden düzenlemeye konu olmuştur.²⁹ Bu düzenleme sağlık hakkını, kendi başına bir hak olarak ele almaktan ziyade, ‘yaşam/a standardı hakkının’ bileşenlerinden birisi olarak değerlendirmiştir.³⁰ Bildirge, insan haklarının bütünselliğinin bir göstergesi olmanın ötesinde, aynı zamanda sağlık hakkının yakın ilişki içinde olduğu diğer haklara da işaret etmiştir.³¹

Bir başka düzenleme 1966 tarihli ‘Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin’ (ICESCR) ilgili 12. maddesinde yer almıştır. İlgili düzenleme ile Sözleşmeye taraf devletler, etkin erişilebilirlik düzeyinde insanların ‘en yüksek standartta fiziksel ve ruhsal sağlık hizmetlerinden

²⁷ Basic Documents: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 May 2019). Geneva: World Health Organization; 2020, https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf#page=7

²⁸ Sağlık hakkının tarihsel süreci için bkz., **Porter, Dorothy** (1999) *Health, Civilization and the State: A History of Public Health From Ancient to Modern Times*, London, New York. **Tarantola, Daniel** (2008) “A Perspective on the History of Health and Human Rights: From the Cold War to the Gold War”, *Journal of Public Health Policy*, Vol: 29. **Azarkan, Ezeli** (2018) *Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 47-49.

²⁹ “Herkesin, yiyecek/(beslenme), giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahını/(esenliğini) temin için, yeterli bir yaşama standardına (sahip olma) hakkı ve işsizlik, hastalık, maluliyet/(sakatlık), dulluk, yaşlılık hallerinde ya da geçim olanaklarından kendi kontrolü dışındaki koşullardan doğan diğer yoksunluk durumlarında, (sosyal) güvenceye (sahip olma) hakkı vardır. 2. Analık ve çocukluk (durumları), (ana ve çocuğu) özel bakım ve yardım görmeye hak sahibi kılar. Tüm çocuklar, ister evlilik içinde isterse evlilik dışında doğmuş olsun, aynı sosyal korumadan yararlanacaklardır.” 10 December 1948 dated, Universal Declaration of Human Rights Article 25, https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf

³⁰ **Marks, Stephen P.** (2013) “Emergence and Scope of the Right to Health”, In *Advancing the Human Right to Health*, (ed. José M. Zuniga, Stephen P. Marks, and Lawrence O. Gostin), Oxford University Press, p. 8.

³¹ Bkz., **Ertan** (2012), s. 18-20.

yararlanma hakkını' tanımakla yükümlendirilmiştir. Taraf Devletlere,³² yurttaşların bu haktan tam anlamıyla yararlanabilmeleri için birtakım önlemler almaları yükümlülüğü getiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda olmak üzere ilgili düzenlemede, 'çocuğun sağlıklı gelişimi'; 'çevresel ve sınıî sağlık şartlarının iyileştirilmesi'; 'salgın ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulması'; 'bütün sağlık hizmetlerini ve tıbbi bakımı temin edecek koşulların yaratılması' gibi birtakım sağlık tedbirleri öngörülmüştür.³³ Sözleşme'ye 5 Mayıs 2013 tarihinde eklenerek yürürlüğe giren *Ek İhtiyarî Protokol*³⁴ ile sağlık hakkını da içerir biçimde 'ekonomik ve sosyal hakların' uluslararası hukuk bağlamında daha güvenceli hale getirilmesi yönünde kurumsal bir adım atılmıştır. Bu somut adım, ilgili hakların 'dava edilebilirliğine' ilişkin normatif bir güvence yaratmıştır.³⁵

Nitekim bu meyanda '*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin*' (*Committee on Economic, Social and Cultural Rights*), yayınlamış olduğu '*Genel Yorum*'da (*General Comment*) sağlık hakkının değerlendirilebilmesi noktasında dört temel kriter belirlenmiştir. Bu kriterler; 'varlık, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve kalite' olarak sıralanmıştır. Birinci kriter, 'işler halde halk

³² Başta Almanya, Fransa, İspanya ve Türkiye olmak üzere sözleşmenin 170 taraf ülkesi bulunmaktadır.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en, s.e.t. 22.05.2020.

³³ Madde 12/1. "*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin ulaşılabilir en yüksek düzeyde fiziksel/(bedensel) ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanması hakkını tanır. 2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerce bu hakkın tam olarak gerçekleştirilmesini sağlamak için alınacak önlemler: (a) Ölü doğum oranının ve çocuk ölümlerinin düşürülmesi ve çocuğun sağlıklı gelişiminin sağlanması; (b) Çevresel ve sınıî sağlık şartlarının bütün yönleriyle iyileştirilmesi; (c) Salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve denetim altında tutulması; (d) Hastalık durumunda bütün sağlık hizmetlerini ve tıbbi bakımı temin edecek koşulların yaratılması, için gerekli bulunan önlemleri de kapsayacaktır.*" 16 December 1966 dated, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>, s.e.t. 22.05.2020.

³⁴ Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OPProtocol_en.pdf, s.e.t. 22.05.2020.

³⁵ **Dericiler Yücel, Özge** (2014) Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 2.

sağlığı ve sağlık bakımı kuruluşlarının, malzeme, servis ve programlarının yeterli miktarda bulunmasına karşılık gelmektedir. ‘Erişilebilirlik’ kriteri, ‘sağlık kuruluşlarının, malzemelerinin ve servislerinin ayrımcılık yapılmadan herkesin erişimine açık olmasını’ gerekli kılmaktadır. Bu kriter, ‘ayrımcılık yapmama’, ‘fiziksel, ekonomik ve bilgisel erişilebilirlik’ olmak üzere dört bileşenden oluşmaktadır. Kabul edilebilirlik kriteri; tüm sağlık kuruluşları, malzemeleri ve servislerinin tıbbi etiğe saygılı; kültürel olarak uygun, cinsiyete ve yaşam döngüsü gereklerine duyarlı; aynı zamanda hizmet alanların mahremiyetlerine saygı duyulacak ve onların sağlık seviyelerini yükseltecek biçimde tasarlanmış olmalıdır. Son olarak kalite kriteri ise, ‘sağlık kuruluşları, malzemeleri ve servislerinin bilimsel ve tıbbi gereklere uygun ve iyi nitelikte’ olmasını gerekli kılmaktadır.³⁶

Benzer biçimde 1996 tarihli ‘Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın³⁷ 11. maddesi, ilgili hak konusunu ‘sağlığın korunması hakkı’ olarak tanımlamıştır. İlgili düzenleme, taraf ülkelerin bu hakkın etkin biçimde kullanılmasını sağlama hedefine matuf olarak birtakım önlemler sıralamıştır. Bu kapsamda olmak üzere; ‘sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırma’; ‘sağlıklı yaşamı teşvik amacıyla danışma ve eğitim olanakları sağlama’; ‘salgın/epidemik hastalıkları veya süreklilik arz eden/endemik hastalıkları ve diğer hastalıkları önlemeye’ yönelik tedbirlerin geliştirilmesi teklifi getirilmiştir.³⁸ Bütün bunların dışında Avrupa Konseyi

³⁶ **Committee on Economic, Social and Cultural Rights**, “General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, 11 August 2000.

³⁷ Avrupa Sosyal Şartı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Harris, David John/Darcy, John** (2001) *The European Social Charter*, (Harris ve Darcy), 2nd ed., N.Y., Transnational Publishers.

³⁸ Madde 11. “Sağlığın korunması hakkı Taraflar, sağlığın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını temin etmek amacıyla, ya doğrudan ya da kamusal yahut özel örgütlerle işbirliği yaparak, diğer önlemlerin yanı sıra: 1. sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2. sağlıklı olmayı geliştirmek ve sağlıkla ilgili konularda kişisel sorumluluk üstlenmeyi teşvik etmek üzere, danışma ve eğitim olanaklarını sağlamak; 3. salgın/(epidemik) hastalıkları, yöresel ve süreklilik arz eden/(endemik) hastalıkları ve diğer hastalıkları ve bunların yanı sıra kazaları mümkün olduğunca önlemek üzere tasarlanmış uygun önlemleri almayı üstlenirler.” *European Social Charter (Revised)*, 1996, Strasbourg.

Belgeleri, Amerikan Devletleri Örgütü Belgeleri ile Afrika Birliği Belgelerinde de sağlık hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.³⁹

Bu çerçevede olmak üzere, 2005 tarihli ‘*Uluslararası Sağlık Tüzüğü*’ (*International Health Regulation*), halk sağlığı açısından ortaya çıkabilecek olan riskle orantılı ve sınırlı olma koşulu ile ‘hastalıkların uluslararası yayılımını önlemek ve kontrol etmek ve bu hastalıklara karşı korunmak’ adına halk sağlığı açısından gerekli olan önlemleri alabilmek amacıyla matuf bir normatif çerçeve ortaya koymuştur.⁴⁰ İlgili düzenlemenin 18. maddesine göre Dünya Sağlık Örgütü, halk sağlığını tehdit eden durumların gerçekleşmesi halinde, halk sağlığı açısından risk oluşturabilecek şekilde enfekte ya da kontamine olmuş veya enfeksiyon ya da kontaminasyon kaynağı olan kişileri gözlem altına almak; karantina uygulaması yapmak; veya diğer sağlık önlemlerini almak; ve gerekli görüldüğünde izolasyon ve tedavi uygulamasına başvurmanın gerekliliğini düzenlemiştir. Yine bu bağlamda olmak üzere ‘şüpheli veya etkilenen kişilerin temaslarının izini sürmek; şüpheli ve etkilenen kişiler ile etkilenmemiş kişilerin etkilenen bölgelere girişine izin vermemek; ve etkilenen bölgelerdeki kişiler üzerinde çıkış taraması ve/ya kısıtlamalar uygulamak’ gibi önlemler öngörülmüştür.⁴¹

IV. SAĞLIK HAKKININ KORUNMASINA YÖNELİK YARGISAL EĞİLİM

Teorik kurgusu itibarıyla Avrupa Sözleşmesi büyük oranda ‘*demokratik bir hayat biçimi için zorunlu olan*’ medeni ve siyasi haklar üzerine odaklanmıştır. Böylelikle, kısmen tartışmalı niteliğinden ötürü ‘ekonomik, sosyal ve kültürel haklar’, daha sonra hazırlanacak başka bir sözleşmeye

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Azarkan**, s. 76-81.

⁴⁰ **World Health Organization (WHO)** (2005) *International Health Regulations, Third Edition*, Switzerland, WHO Press, p. 10.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., *International Health Regulations -Article 18, “Recommendations with respect to persons, baggage, cargo, containers, conveyances, goods and postal parcels”*, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf?sequence=1>

birakılmıştır.⁴² Sözleşmesel düzeyde normatif çerçevesine kavuşarak öğretilde ‘ikinci kuşak haklar’⁴³ olarak tanımlanan bu hak kataloğu, kuşkusuz ‘tarihsel, sınıfsal ve sosyolojik referansları’ açısından ilkinden farklılık arz etmektedir. Temel olarak bu hak kataloğunun ‘sağlık hakkı’ gibi birey karşısında devlete ‘pozitif yükümlülükler’ yükleyen hak türleri barındırdığını kaydetmeliyiz.

Bu teorik sınıflamaya uygun biçimde Mahkeme (AİHM) de ‘negatif ve pozitif yükümlülükler’ tipolojisine bağlı kalmaktadır. Bununla birlikte Mahkemenin, ‘*insan haklarına saygı, insan haklarını koruma ve yerine getirme*’ yükümlülüklerini kapsayan bir tipolojik üçlemeyi benimsediği görülmektedir.⁴⁴ Bu tipolojik üçleme yalnızca Mahkeme tarafından değil, *Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi* tarafından da yerleşik biçimde kullanılmaktadır.⁴⁵ Bu çerçevede tüm insan hakları kataloğu açısından geçerli olan, ‘*saygı, koruma ve yerine getirme*’ yükümlülüklerinin geçerliliğini sağlık hakkı için de kaydedebiliriz. Buna göre saygı duyma yükümlülüğü (*respect*), devletlerin sağlık hakkından yararlanmaya doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etmekten kaçınmasını gerektirmektedir. Koruma yükümlülüğü (*protect*),⁴⁶ devletlerin üçüncü tarafların 12. madde (*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi*) garantilerine müdahale etmesini önleyici tedbirler almasını gerekli kılmaktadır. Son olarak, yerine getirme yükümlülüğü (*fulfill*) ise, devletlerin

⁴² Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 3.

⁴³ İkinci kuşak haklar kataloğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., **Uygun, Oktay** (2013) “İnsan Hakları Kuramı”, Kamu Hukuku İncelemeleri, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 32 vd.

⁴⁴ Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 19.

⁴⁵ Bu tipoloji, UN Doc E/CN.4/Sub.2/1987/23 (paragraf 67-68-69) ile formüle edilmiştir.

⁴⁶ Koruma yükümlülükleri, diğerlerinin yanı sıra, devletlerin üçüncü taraflarca sağlanan sağlık hizmetlerine ve sağlıkla ilgili hizmetlere eşit erişim sağlayan mevzuat kabul etme veya diğer tedbirleri alma görevlerini; sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık tesislerinin, mallarının ve hizmetlerinin mevcudiyeti, erişilebilirliği, kabul edilebilirliği ve kalitesi için bir tehdit oluşturmasını sağlamak; tıbbi cihaz ve ilaçların üçüncü taraflarca pazarlanmasını kontrol etmek; tıp pratisyenlerinin ve diğer sağlık profesyonellerinin uygun eğitim, beceri ve etik davranış kurallarına uymalarını sağlamayı içermektedir.

Bkz., **Committee on Economic, Social and Cultural Rights**, “General Comment No. 14.”

sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi için uygun ‘idari, mali, yasal, yargısal ve diğer önlemleri’ almasını gerektirmektedir.⁴⁷

Sözleşme’nin dayandığı temel hak felsefesi ve Mahkemenin (AİHM) ictihâdi eğilimi dikkate alındığında herhangi bir hak konusunun etkili bir güvenceye kavuşturulması adına kimi zaman ‘negatif sorumluluk’ ile ‘pozitif yükümlülüğün’ bütünleşik biçimde değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin ‘kanunla yaşam hakkının korunması’ (2 (1) maddesi) ile ‘insanlık dışı olmayan cezaevi koşullarının sağlanması’ (3. madde), bu ‘bütünleşik sorumluluğu’ ortaya koymaktadır. Mahkeme, ayrıca Sözleşme (AİHS) kapsamında bazı başka ‘pozitif yükümlülükler’ de ortaya koymuştur. Buna göre, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen ‘aile yaşamına saygı hakkı’ kapsamında devlete ‘negatif sorumluluğun’ yanı sıra, ‘etkili saygı’ ilkesi çerçevesinde birtakım pozitif yükümlülüklerin getirilmesi de söz konusu olmuştur. Nitekim bu durumu ortaya koyan Marckx v. Belçika davası⁴⁸ burada ilgi çekici bir yargı kararı olarak kaydedilebilir.⁴⁹

Yüksek insan hakları yargısının dinamik doktriner eğilim doğrultusunda ortaya koymuş olduğu yargısal pratikleri, haklar arasındaki ‘akışkan diyalektiği’ ortaya koymaktadır. Nitekim Sözleşmenin ikinci maddesinde düzenlenen ‘yaşam hakkı’ ile ‘sağlık hakkı’ arasındaki organik bağa ilişkin olarak Calevelli ve Ciglio v İtalya davasına⁵⁰ dikkat çekebiliriz. Mahkeme vermiş olduğu kararda ilgili 2. maddede düzenlenen ‘yaşam hakkını’ korumak için önlemler almaya yönelik ‘pozitif yükümlülüğün’, kamu sağlığı alanına da uygulanacağını teyit etmiştir.⁵¹

Evrensel Bildirge’nin 3. maddesi⁵² ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi⁵³ ile Anayasamızın ‘kişinin dokunulmazlığı, maddi

⁴⁷ **Committee on Economic, Social and Cultural Rights**, “General Comment No. 14.”

⁴⁸ A 31 (1979); 2 EHRR 330 para 31 PC.

⁴⁹ Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 20.

⁵⁰ Bkz., 2002-I para 49 ve 51.

⁵¹ Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 42-43.

⁵² İHEB md. 3. “Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır.”

⁵³ AİHS md. 2. “Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur...”

ve manevi varlığı'⁵⁴ başlıklı düzenlemesi yaşam hakkını güvence altına almaktadır. Yaşam hakkı, demokratik toplumun varoluşsal dinamiği açısından koruma ve güvence mekanizması olarak öngördüğü birincil değerdir.⁵⁵ Bu hak, devletler üzerinde savaş veya herhangi bir olağanüstü durumda bile askıya alınmaması (*derogation*) gereken bir sözleşmesel yükümlülük doğurmaktadır. Söz konusu negatif yükümlülük, devletin kişi hakları açısından asli nitelikli bir değer olan yaşam hakkını ihlal edici tasarruflardan kaçınma sorumluluğuna karşılık gelmektedir. Ancak bununla da sınırlı olmaksızın, 'yasa' temelinde bir güvence mekanizması öngörülen bu temel hakkın korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükler de söz konusudur.

'Sağlık hakkı' ile 'yaşam hakkı' arasındaki diyalektik gereği, yaşam hakkının korunmasına dair birtakım önleyici tedbirlerin alınması, taraf devletler için sözleşmesel bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir. Nitekim bu durum, ilgili Mahkeme (AİHM) kararlarında ilkel olarak düzenlenmiştir. LCB v Birleşik Krallık davasında⁵⁶ Mahkeme devletin, "*başvurucunun hayatına yönelebilecek tüm zararları önlemek için kendisinden beklenebilecek tüm önlemleri alma yükümlülüğü altında*" olduğunu karara bağlamıştır.⁵⁷ Bu yönüyle pozitif haklar bir anlamda, negatif hakların etkili biçimde yaşama geçirilebilmesinin aracı olarak kabul edilmiştir.⁵⁸

Yine yaşamı korumak için 'uygun tedbirler alma' yükümlülüğü çerçevesinde 'sağlık hizmetleri' uygulaması gündeme gelmektedir. Bu bağlamda Kıbrıs v Türkiye davasında⁵⁹ Kuzey Kıbrıs'ta yaşayan bazı Rum ve Marunilerin yeterli sağlık hizmetine erişim kısıtı iddiası ortaya çıkmıştır. Burada Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinin 'sağlık hizmetlerinin sunulması' yükümlülüğünü kapsadığını kabul etmiştir. Mahkeme, genel sağlık

⁵⁴ Anayasa md. 17. "*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*"

⁵⁵ **McCann v. Birleşik Krallık**, A. 324 (1995); 21 EHRR 97 para 147 BD.

⁵⁶ 1998-III; 27 EHRR 212.

⁵⁷ Bkz., **Harris/O'Boyle/Bates/Buckley**, s. 44.

⁵⁸ Bu konudaki doktriner tartışma için bkz., **Üzeltürk Tahmazoğlu, Sultan** (2012) Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yayınevi, s. 11-15.

⁵⁹ 2001-IV; 35 EHRR 731 BD.

hizmeti sunmamaktan ötürü bireyin yaşamını devletin riske atması durumlarında 2. madde sorumluluğunu benimsemiştir. Ancak Mahkeme, ilgili davanın olguları bakımından söz konusu sorumluluğun doğmadığına karar vermiştir.⁶⁰ İdeal anlamda devletlerin egemenlik alanındaki herkese sunması gereken yaşam kurtarıcı sağlık hizmetlerine ilişkin yükümlülüğün, devletlerin mali kaygılarına bağlı olduğu kaydedilmiştir. Temel ve acil sağlık hizmetlerinin bir kamu hizmeti olarak sunulması, ilgili 2. madde açısından beklenmekle birlikte, daha kapsamlı bir sağlık hizmeti sunma yükümlülüğü, AB ulusal mevzuatlarında görüldüğü üzere ‘*mevcut kaynaklarla*’ sınırlandırılmıştır.⁶¹

Bu bağlamda dikkat çekici bir başka karar ise, AİHM yargılamasına konu olan Oyal v. Türkiye davasında verilmiştir.⁶² Mahkeme, Sözleşme’nin (AİHS) 2. maddesinin yalnızca devlet görevlilerinin haksız güç kullanımı sonucunda meydana gelen ölümleri kapsamadığını, ayrıca maddenin birinci paragrafının birinci cümlesinde devletlerin kendi yetki alanlarında bulunanların yaşamını koruma amacına uygun biçimde ‘pozitif yükümlülüğünü’ ortaya koyduğunu vurgulamıştır. Bu ilkelerin, halk sağlığı alanına da uygulanabilir nitelikte olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle söz konusu ‘pozitif yükümlülükler’, devletin kamu veya özel hastanelerde hastaların yaşamının korunması için gerekli önlemleri almaya zorunlu kılan düzenlemeler yapmasını gerektirmektedir.⁶³

⁶⁰ Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 49.

⁶¹ Bkz., **Harris/O’Boyle/Bates/Buckley**, s. 49.

⁶² Davanın ayrıntısı şöyledir; Söz konusu dava, erken doğumda kan nakliyle HIV virüsü enfekte edilen bir hastaya yaşaması için tam ve ücretsiz tıbbi teminat sağlanamamasıyla ilgilidir. Başvuranlar, devlet makamlarının HIV’in kan nakli yoluyla yayılmasını önleyecek önlemler almadığından ve etkili bir soruşturma yürütmediğinden şikayetçi olmuşlardır. Devletin ‘yaşam hakkını koruma’ sorumluluğu kapsamındaki ‘pozitif yükümlülüğünü’ yerine getirmediği ve suç duyurularına ilişkin olarak etkili bir soruşturma yürütmediği iddia edilmiştir. Başvuranlar, Sözleşme’nin 2. maddesinin sadece kurbanın ölümüyle sonuçlanan olayları değil, aynı zamanda kurbanın hayatını tehdit eden, ciddi bir hasara maruz kaldığı olayları da kapsadığını ileri sürmüştür.

⁶³ **Oyal / Türkiye Davası**, AİHM, 4864/05 Başvuru no, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162088>, s.e.t. 24.05.2020.

V. SAĞLIK HAKKININ KORUNMASI VE SAĞLIK HİZMETLERİNE ERİŞİM HAKKI

‘İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’ md. 25/1’de yer alan tanımlaması esas alındığında temelde ‘*insanın iyilik haline ulaşmasını hedeflemiş*’ olmasından ötürü ‘sağlık hakkının’ insan hakları ile bir ‘amaçsal birlikteliğe’ sahip olduğu ifade edilebilir.⁶⁴ Kapsamı itibariyle sağlıklı yaşamdan sağlık hizmetlerinin sunumuna varıncaya kadar oldukça geniş bir hak çerçevesi ile tanımlanabilecek olan ‘sağlık hakkı’ dinamik bir içerime sahip bulunmaktadır.⁶⁵ Küreselleşen dünyada bu dinamik değişkenleri var eden modern yaşam, ilgili alanı hızlı bir transformasyona uğratmaktadır.

Evrensel Bildirgede yer alan, ‘beslenme, barınma, çalışma ve eğitim hakkı’ gibi haklar ile ‘sağlık hakkı’ yakından ilişkilidir. Bunlar ve diğer haklar sağlık hakkının ayrılmaz bileşenlerini oluşturmaktadır.⁶⁶ Bu çerçevede sağlık hakkı, birçok sağlık hizmeti hakkını içermekle birlikte, ‘güvenli içme suyu, yeterli sanitasyon ve sağlıkla ilgili bilgilere erişim’ gibi sağlığın temel belirleyicilerini kapsayarak sağlık hizmetinin ötesine geçmektedir. Bu hak, ayrımcılık ve istemsiz tıbbi tedaviye (*involuntary medical treatment*) maruz kalmama hakkı gibi özgürlükleri de içermektedir. Ayrıca birinci basamak temel sağlık hizmeti hakkı gibi yetkileri de kapsamına almaktadır. Bu hak, çocuk sağlığı, anne sağlığı ve temel ilaçlara erişim de dahil olmak üzere birçok unsuru kapsamaktadır.⁶⁷ Böylesine kapsamlı bir içerime sahip olan sağlık hakkı, insan haklarının *telosuna* uygunluk arz eder biçimde bireyin devlet ile olan asimetrik ilişkisinde karşı tarafı yükümlendirici hak temelli bir ‘bireysel talep meşruiyeti’ yaratmaktadır.

Böylece ‘sağlık hakkı’ ile insan hakları arasındaki ilişkinin, her biri bir diğeri ile içsel bir bağıntısı bulunan ve her birinin önemli pratik sonuçları olan

⁶⁴ **Alptekin, Kamil** (2004) “Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, T Klin J Med Ethics, Law and History, S: 12, s. 137-138.

⁶⁵ Bkz., **Bulut**, s. 207-209.

⁶⁶ **Committee on Economic, Social and Cultural Rights**, “General Comment No. 14.”

⁶⁷ **Hunt, Paul** (2006) “The Human Right to the Highest Attainable Standard of Health: New Opportunities and Challenges”, Transactions of the Royal Society of Tropical Medicine and Hygiene, Vol: 100, p. 604.

kavramsal bir çerçeveye sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bu çerçeve, birbiri ile ilişkilendirilebilir üç bağıntı düzlemi üzerinden açıklanabilir. Bunlardan ilki; ‘sağlık politikalarının, programlarının ve uygulamalarının’ insan hakları üzerindeki etkisini halk sağlığı bağlamında incelemektedir. Öncelikle sağlık politikaları ve uygulamalarının insan hakları üzerindeki olumlu ya da olumsuz etkisi halk sağlığı bağlamında devlet gücünün kullanımı çerçevesinde açıklanabilir.⁶⁸ İkinci ilişkisellik düzeyi ise, negatif anlamda insan hakları ihlallerinin ‘sağlık hakkı’ üzerindeki etkileridir. Bu meyanda örneğin; ‘işkence ve kötü muamele’; ‘ceza ve tutukevlerinde insani yaşam koşullarının bulunmaması’; ‘yargısız infaz ve kayıp olayları’ ile kişisel sağlık durumu arasında ilişki bulunmaktadır.⁶⁹ Üçüncü ilişkisellik düzeyi ise; ‘sağlık hakkı’ ile ‘insan hakları’ arasındaki kopmaz bağıntıdır. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi, bizatihi sağlığın korunması ve geliştirilmesiyle bağlantılıdır. Bu kapsamda en yaygın kabul gören analiz, kişilerin sosyo-ekonomik durumlarına ilişkin tespittir. Sosyo-ekonomik durum açısından bireyin varsıllığı ile sağlık durumunun iyi olması arasında pozitif bir ilişki tespit edilmiştir.⁷⁰

İnsan haklarının bütünlüğü fikrine bağlı biçimde devletler, yurttaşlarının mümkün olan en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standartlarından yararlanabilmesi için gerekli adımları atmak durumundadır. Bu, bir yandan güvenli olmayan içme suyu veya beslenme gibi dış tehditlerden korunmayı; sağlıklı çalışma koşullarını; sağlıklı bir yaşam ortamını⁷¹

⁶⁸ Mann, Jonathan M./Gostin, Lawrence/Gruskin, Sofia/Brennan, Troyen/Lazzarini, Zita/Fineberg, Harvey V. (1994) “Health and Human Rights”, Health and Human Rights, Vol: 1, N: 1, p. 13-15.

⁶⁹ Mann/Gostin/Gruskin ve diğerleri, p. 17-19.

⁷⁰ Mann/Gostin/Gruskin ve diğerleri, p. 19-21.

⁷¹ Bkz., ‘Sağlıkta insan haklarının sağlık sonuçlarını iyileştirme çabalarında ‘katma değere’ düşürülmesi sadece stratejik bir hata değildir çünkü sağlıkla ilgili haklar daha sonra anlamlı demokrasi ve sosyal adalet için daha geniş mücadelelerle ilgisiz olarak algılanan ‘sağlık’ içinde silolanmıştır. Bu aynı zamanda epistemik bir hatadır çünkü hak savunuculuğunun nihai hedefi, sıradan ve çeşitli insanların haysiyetle yaşamalarını sağlamaktır- ki bu sağlıklı yaşam koşullarını içerir.’ Yamin, Alicia Ely (2019) “Struggles for Human Rights in Health in an Age of Neoliberalism: From Civil Disobedience to Epistemic Disobedience”, Journal of Human Rights Practice, Vol: 11, p. 365-366.

sağlayacak önlemleri ve sağlık eğitimini gerekli kılmaktadır. Öte yandan devletlerin, özellikle savunmasız grupların gereksinimlerini karşılamak üzere yeterli kalitede sağlık hizmetlerinin erişilebilirliğini sağlaması gerekmektedir.⁷² Bunu temin adına; sağlık hakkının özünün belirlenmesine yönelik olarak Dünya Sağlık Örgütü (WHO), ‘*Health for All (Herkes İçin Sağlık)*’ adlı bir girişim başlatmıştır. WHO, söz konusu girişim/kampanya kapsamında, birinci basamak sağlık bakımına ilişkin temel unsurları yeniden sayarak hakkın öz/çekirdek içeriğine dair standartlarını yenilemiştir.⁷³ Söz konusu unsurlar şöyle sıralanmıştır; “ülkedeki herkesin temel sağlık hizmetlerine ve birinci kademe sevk tesislerine hazır erişime sahip olması; güvenli içme suyu ve sanitasyonun herkes tarafından kullanılabilir olması; bütün insanların yeterince beslenmesinin sağlanması; bütün çocuklara, çocukluğun başlıca bulaşıcı hastalıklarına karşı bağışıklık kazandırılması; bulaşıcı hastalıklarla mücadele edilmesi; temel ilaçların herkes için açık olması.”⁷⁴

‘*Ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına*’ (*the highest attainable standard of health*) sahip olma hakkı,⁷⁵ belirli bir normatif derinlikte ve yapıcı politikalarla geliştirilebilir. Bu hak, sağlık politikalarının savunmasız ve dezavantajlı kişilere özel önem verilmesini, toplumsal katılımın artırılmasını, sağlık sistemlerinin güçlendirmesini vd. sağlamaya katkı sağlayabilecektir.⁷⁶ Bu noktada belirtilmelidir ki, ‘Ulaşılabilir en yüksek sağlık standardı hakkının’ temelinde sağlık hizmetlerini sağlığın temel belirleyicilerini kapsayan, ulusal

⁷² **Gevers, Sjef** (2004) “The Right to Health Care”, *European Journal of Health Law*, Vol: 11, N: 1, Netherlands, p. 29.

⁷³ **Ertan** (2012), s. 118.

⁷⁴ **WHO** (1981) “Global Strategy for Health for All by the Year 2000”, Geneva, p. 53.

⁷⁵ Bu çerçevede olmak üzere ‘*ulaşılabilir en yüksek sağlık standardının*’ ölçülebileceği parametreler şu şekilde sıralanabilir. Bunların, ‘morbidite, mortalite ve özürülük’; ‘çocukların büyüme ve gelişme dönemlerinde alınan pozitif sağlık önlemleri’; ve yetişkinlerde ise ‘demografik değişkenler, üreme sağlığı, sağlıklı yaşam tarzları, davranış ve uygulama’ kriterleri ile ölçülebildiğini kaydedebiliriz. Buradaki odak noktası bireyleri ve popülasyonları etkileyen sağlık sonuçlarıdır. Bkz., **Gruskin, Sofia/ Tarantola, Daniel** (2005) “Health and Human Rights”, *Perspectives on Health and Human Rights*, (ed. Sofia Gruskin; Michael A. Grodin; George J. Annas; Stephen P. Marks), New York and London, p. 27.

⁷⁶ **Hunt** (2006), p. 604.

ve yerel önceliklere yanıt veren ve herkese açık olan etkili ve entegre bir sağlık sistemi yatmaktadır. Güçlü sağlık sisteminin sağlıklı ve eşitlikçi bir toplumun vazgeçilmez unsuru olduğuna ilişkin yükselen bir kabul bulunmaktadır. Böyle bir sağlık sistemi olmadan, ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkının gerçekleştirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Herhangi bir toplumsal yapıda etkin bir sağlık sistemi, adil bir yargı sistemi veya demokratik siyasal sistemden daha az önemde olmayan çekirdek sosyal kurumdur.⁷⁷ Temelde, ‘ulaşılabilir en yüksek sağlık standardına sahip olma hakkı’ küresel olarak meşrulaştırılmış standartlardan oluşmaktadır. Söz konusu standartlara aykırılıklar birtakım yasal yükümlülükler doğurmakta ve bu yükümlülükler etkin hesap verebilirlik mekanizmalarını gerekli kılmaktadır. ‘Standartlar, yükümlülükler ve hesap verebilirlikten’ oluşan bu üç boyutun bileşik etkisi, savunmasız bireylerin ve dezavantajlı toplulukların güçlendirilmesidir.⁷⁸

Bu çerçevede ‘*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin*’, yayınlamış olduğu ‘*Genel Yorum*’da taraf devletlerin ‘sağlık hakkı’ konusunda özel yasal yükümlülükleri şu şekilde sıralanmıştır: Buna göre ‘taraf devletler, sağlık hakkı ile ilgili hizmetlere bütün kişilerin (mahkumlar, tutuklular, azınlıklar, mülteciler ve hukuk dışı göçmenler de dâhil) eşit ulaşımını engelleyen ve sınırlayan girişimlerden kaçınmalıdırlar; devlet politikası olarak ayrımcılık yapmamalıdırlar; geleneksel tıbbi tedavi yöntemlerini engellememelidirler; ayrıca taraf devletler, havanın, suyun, toprağın ve benzerlerinin hukuk dışı kirletilmesinden de kaçınmalıdırlar’.⁷⁹

Netice itibarıyla, sağlık hakkı kapsamında bir insan hakkı⁸⁰ olarak tanımlanabilecek olan sağlık hizmetlerinin, yerinde ve erişilebilir bir kamu

⁷⁷ **Hunt, Paul** (2008) Report of the Special Rapporteur on “The Right of Everyone to The Enjoyment of The Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, General Assembly, UN Doc A/HRC/7/11.

⁷⁸ **Hunt** (2006), p. 604.

⁷⁹ **Committee on Economic, Social and Cultural Rights**, “General Comment No. 14.”

⁸⁰ Sağlık hakkının bir ‘insan hakkı’ olarak değerlendirilmesine ilişkin görüş ayrılığı için bkz., **Goodman Timothy** (2005) “Is There A Right to Health?”, *Journal of Medicine and Philosophy*, Vol: 30, N: 6, p. 655. İnsan hakkı olarak sağlık hakkının değerlendirilmesine ilişkin doktriner tartışma için bkz., **Üzeltürk Tahmazoğlu**, s. 15-17. ‘Bu argüman şu şekilde

hizmeti olarak sunulabilmesi güçlü bir altyapıyı ve etkin bir sağlık sistemini gerekli kılmaktadır. Söz konusu kamu hizmeti, tekil anlamda bireylerin yurttaşlık hukuku çerçevesinde sağlık hizmeti alabileceği bir güvence mekanizmasını yani ‘sosyal güvenlik hakkını’ gerektirmektedir. Buna önleyici sağlık tedbirlerinin alınmasına ilişkin kurumsal sağlık hizmetleri de dahil edilmelidir. Bütün bu kamusal sorumluluğun devlet tarafından yeterli düzeyde ifa edilebilmesinin belirli bir bütçesel maliyet getirdiği aşikârdır. Sonuçta, sağlık hizmetlerine erişimin kamusal sorumluluk doğuran bir hak olarak tanımlanması, bütçesel maliyet hesabı gözetilmeksizin devletin pozitif yükümlülüğünü ifa etme zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.⁸¹

VI. PANDEMİ DÖNEMİNDE SAĞLIK HAKKININ SOSYAL DİNAMİĞİ

Dünya tarihinde insanlık, uzunca yıllar kamu sağlığını tehdit eden Covid-19 pandemisine benzer çok sayıda salgının yıkıcı ve/ya ölümcül etkisine maruz kalmıştır. Bütün dünyayı etkisi altına alan ölümcül pandemi bilançoları, kuşkusuz insanlık tarihi açısından esaslı dönüştürücü kırılmaları da beraberinde getirmiştir. Çağ kuşaklarını hem bedensel ve zihinsel hem de sosyal anlamda enfekte eden pandemiler, sonraki dönemler açısından ciddi düşünsel dönüşümlere, paradigmatik kırılmalara ve sosyo-kültürel değişimlere yol açmıştır.

Bu yönüyle, köklü dönüşümlere yol açan pandemi krizleri, bütünlüklü biçimde değerlendirmeye konu edilmek durumundadır. Tarihte kitleselleşen ölümcül salgınlar gibi halen yıkıcı etkileri sürmekte olan Covid-19 pandemisi

gerekçelendirilmiştir: iyi sağlık hizmetini neyin oluşturduğuna dair ortak bir anlayış olmaması, Hastaların sağlık tercihlerinin farklılık göstermesi, tıp kültürü ve uygulama standartlarının bir yerden diğerine farklılık göstermesi; mevcut hizmetlerin ve faydaların yeni teknolojilerin kullanılmaya başlanmasıyla sık sık değişmesi; ve doktorların hastalarının neye ihtiyacı olduğuna dair bağımsız klinik kararlar verebilmesi iyi sağlık hizmetini neyin oluşturduğuna dair ortak anlayışın olmadığını göstermektedir.

⁸¹ **De Campos, Thana Cristina** (2017) “The Human Right to Health and Its Corresponding Responsibilities”, In *The Global Health Crisis: Ethical Responsibilities*, Cambridge University Press, p. 70.

de etkilediği coğrafyalarda sosyal ve ekonomik yapıları ağır tahribata uğratmıştır. Pandemi krizlerinin değerlendirmeye alınması gereken esaslı boyutlarından birisini özellikle sosyal yapı dinamiği oluşturmaktadır. O yüzden bu başlık altında ‘sağlık hakkı’ temelinde Covid-19 pandemisinin sosyal dinamik üzerindeki etkileri üzerinde durulacaktır. Söz konusu sosyal dinamikler, bütün boyutları ile toplumsal yapıda farklı konum ve statüdeki insanlar üzerindeki etkilerine bağlı biçimde sağlık hakkını farklı açılardan etki altına almaktadır.⁸²

Alicia Ely Yamin, ‘*sağlık hakkı fikrini ciddiye almanın*’ adil bir sağlık sistemini gerekli kıldığını kaydetmiştir. Sağlığı bir hak olarak tanımlamanın, ‘fırsat eşitliğini’ ve/ya ‘yeteneklerin adil dağılımını’ sağlamak için toplumdaki kurumların adaletli biçimde düzenlenmesini gerektirdiğini öne sürmüştür. Ona göre bir hak alanı olarak tanımlanan ‘sağlık’ yapılandırılan sağlık sistemleri üzerinden toplumun farklı kesimlerini birbirine bağlayan veya dışlayan, insanların yaşam şanslarını ve topluma tam olarak katılma yeteneğini tanımlayan ‘çekirdek sosyal yapı’ olarak işlev görmektedir.⁸³ Hak ve adalet temelinde talep edilebilir bir hizmet olarak tasavvur edildiğinde sağlık ve beraberinde sağlık sistemlerinin, onurlu yaşam için fırsatları etkileyen sosyal ve güç ilişkilerini nasıl yansıttığı ortaya çıkmaktadır.⁸⁴ Bu yönüyle sağlık hakkı, bir sosyal değişken olarak varlık göstermektedir.

Sağlık hakkı ile ilgili en önemli yükümlülüklerden birisi de ayrımcılığı önlenmesidir. Söz konusu yükümlülük, doğrudan sosyal dinamiğe ilişkin bir boyuta tekabül etmektedir. Öyle ki ‘cinsiyet, ırk, etnik köken ve diğer faktörler’ temelindeki ayrımcılık sağlığın sosyal bir belirleyicisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira sosyal eşitsizlikler ve dışlanma sağlık sonuçlarını biçimlendirmekte ve marjinal grupların taşıdığı hastalık yükünün artmasına

⁸² **Barry, Brian** (2017) Sosyal Adalet Neden Önemlidir (Çeviren: Ebru Kılıç), İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları, s. 81.

⁸³ **Yamin, Alicia Ely** (2017) “Taking the Right to Health Seriously: Implications for Health Systems, Courts, and Achieving Universal Health Coverage”, *Human Rights Quarterly*, Vol: 39, N: 2, p. 351; **Freedman, Lynn P.** (2005) “Achieving the MDGs: Health Systems as Core Social Institutions”, *Development*, 2005, https://www.publichealth.columbia.edu/sites/default/files/pdf/freedman_achieving_mdgs.pdf, s.e.t. 20.06.2020.

⁸⁴ **Yamin** (2017), p. 367.

katkıda bulunmaktadır. Buna ek olarak, bazı endemik ya da pandemik niteliğe bürünen birtakım sağlık durumları da (AIDS, HIV, Covid-19 gibi) ‘bileşik ayrımcılık biçimlerine’ maruz kalmayı içerebilir ve var olan eşitsizlik durumlarını da derinleştirebilir.⁸⁵

Eşitsizliklerin zarar verici etkilerine örnek olarak, yeterli düzeyde sağlık sistemleri altyapısına sahip olmayan Batı Afrika ülkelerinde yaşanan Ebola salgını verilebilir. Bu ve başkaca salgın hastalıklardan öğrenilen derslerden birisi, 19. yüzyıldan beri birçok salgın hastalığın kökeninde sosyal hastalık (*social diseases*) olduğunu vurgulayan sosyal tıbbın önemi olmuştur. Bu nedenle, sağlığın sosyal belirleyicilerinin ve salgın hastalıkların ortaya çıktığı sosyal bağlamın uygun biçimde ele alınması gerekmektedir.⁸⁶ Nitekim insanların sosyo-ekonomik koşulları yaşamları boyunca onları güçlü bir şekilde etkilemektedir. Bu nedenle sağlık politikası, sağlığın sosyo-ekonomik belirleyicileriyle bağlantılı olmak durumundadır. Zira herhangi bir bireyin sosyal ve ekonomik koşullarının yetersizliği, yaşamı boyunca onun sağlığını etkilemektedir. Bu noktada sağlığın sosyal belirleyicileri, insanların ‘doğduğu, büyüdüğü, yaşadığı, çalıştığı ve yaşlandığı koşullar’ ile ‘günlük yaşam koşullarını’ biçimlendiren daha geniş güçler ile ekonomik, sosyo-politik ve politik sistemler bütünü olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁷

Bütün türleri ile kamusal bir hizmet olarak sunulan sosyal haklara erişim konusundaki ‘eşitlik’, yalnızca ‘bölüşüm adaletini’ temin edici bir faktör olarak işlev görmemektedir. Kaynaklara erişim noktasındaki ‘paylaşım adaleti’ üzerinden de sosyal haklar olarak sınıflanan ‘eğitim ve sağlık hakkı ile sosyal güvenlik imkanları’ gibi genel sosyal haklar Marshall’ın da vurguladığı üzere, işçileri de kapsamına almak suretiyle yurttaşlığın genişletilmesine imkân

⁸⁵ **Pras, Dainius** (2015) “Report of the Special Rapporteur on The Right of Everyone to The Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, General Assembly, UN Doc A/HRC/29/33; **Hunt, Paul** (2003) “Report of the Special Rapporteur,” submitted in accordance with Commission resolution, 2002/31 E/CN.4/2003/58 13.

⁸⁶ **Pras** (2015).

⁸⁷ **WHO** (2008) “Closing The Gap In A Generation Health Equity Through Action On The Social Determinants Of Health,” Geneva, https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/69832/WHO_IER_CSDH_08.1_eng.pdf;sequence=1, s.e.t. 19.06.2020.

sağlayacaktır. Nitekim sosyal hakların bu amaç doğrultusunda ve eşitlik temelinde kamusal hizmet olarak erişime açılması, birçok ülkede⁸⁸ işçi sınıfının ulusal kültürle bütünleşmesine katkı sağlamıştır.⁸⁹ Böylece sosyal haklara erişim noktasındaki eşitlikçi ve katılımcı yaklaşım sınıflar arasındaki sosyal bütünleşmeyi mümkün kılacak bir sosyolojik bağ yaratacaktır. Aksi durumda sosyal haklara erişim konusundaki sınıfsal mesafe, ulusal bütünlüğü ve bütünleşmeyi riske atan olumsuz bir etken olarak varlık bulacaktır.

Sosyal bünyeyi tahrip eden ‘mesafe politikalarının’ yanı sıra, küresel ekonomik dinamikleri ve ulusal ekonomik düzenleri tehdit eden pandemi krizi, netice olarak yine kırılğan grupları (özellikle yoksul kesimleri) yaşamsal bir darboğaza sürüklemektedir. Nitekim Covid-19 pandemisinin hem küresel ölçekte ekonomik büyümeyi bastırması hem kısa vadede sürdürülebilir kalkınmayı olumsuz etkilemesi kaçınılmaz biçimde yoksulluğun giderek daha da derinleşmesine yol açacaktır. Pandeminin yol açtığı ekonomik durgunluk, daha düşük gelir, daha az ücretli çalışma saatleri veya doğrudan işsizlik şeklinde birçok insanın istihdamını tehlikeye sokma riskini taşımaktadır.⁹⁰

Bu çerçevede pandemi yoksulluk sınırında yaşayan insanlar, yaşlılar, engelli kişiler, gençler ve yerli halklar dahil olmak üzere nüfusları etkilemeye devam etmektedir. Erken kanıtlar, virüsün sağlık ve ekonomik etkilerinin yoksul insanlar tarafından orantısız bir şekilde karşılandığını göstermektedir. Örneğin, evsiz insanlar, virüs tehlikesine oldukça açıktırlar. Mülteciler, göçmenler veya yerinden edilmiş kişiler de daha az istihdam fırsatı, artan yabancı düşmanlığı vb. nedeniyle pandemi döneminde orantısız bir şekilde zarar görmektedir. Doğru politikalar geliştirilmediği takdirde, Covid-19

⁸⁸ Bu bağlamda ünlü İngiliz tarihçi E. P. Thompson’ın İngiliz işçi sınıfının oluşumuna dair klasik yapıtı ilgi çekici bir çözümlemeye yer vermektedir. Bkz., **Thompson, Edward Palmer** (2015) *İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu* (Çeviren: Uygur Kocabaşoğlu), 4. Baskı, İstanbul, Birikim Kitapları, s. 547 vd.

⁸⁹ **Kymlicka, Will** (2020) *Çokkültürlü Yurttaşlık* (Çeviren: Abdullah Yılmaz), 3. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, s. 300.

⁹⁰ **World Economic Situation And Prospects: Briefing No. 136** (2020) “COVID-19: Disrupting Lives, Economies and Societies”, <https://www.un.org/development/desa/dpad/publication/world-economic-situation-and-prospects-april-2020-briefing-no-136/>, s.e.t. 19.06.2020.

salgınının yarattığı sosyal kriz, orta ve uzun vadede eşitsizlik, dışlanma, ayrımcılık ve küresel işsizliği de artırabilir.⁹¹ Bu noktada ifade edilmelidir ki Covid-19 krizinin, bizatihi bireyin ruh sağlığı ve davranışları ile sosyal tutumları üzerindeki olumsuz etkisi kaçınılmaz biçimde sosyal uyumu (*social cohesion*) tehdit etmektedir. Nitekim bu kapsamda olmak üzere başlangıçta, virüsün menşei ve yayılmasından ‘sorumlu’ tutulan bazı sosyal grupların ya da ülke vatandaşlarının damgalandığı görülmüştür. Hatta damgalanarak ötekileştirilen bazı sosyal gruplara yönelik birtakım şiddet olayları ortaya çıkmıştır.⁹²

Neoliberal kapitalizmin merkezi olan ABD, bu türden sosyal sorunların pandemi krizi ile birlikte daha da derinleştiği bir ülke görünümünü vermektedir. Öyle ki sosyal bir sorun olarak ABD’deki gelir eşitsizliği, Covid-19 krizi ile birlikte yoksullar ile zenginler arasındaki sosyo-ekonomik mesafeyi daha da derinleştirme durumu yaratmıştır. Gelir düzeyi düşük olan emekçilerin, kısmen evden çalışabilme olasılıklarının daha zayıf olmasından ötürü, gelir azaltma ve iş kaybı yaşama ihtimali daha da yükselmiştir. Çalışmalarının doğası gereği virüse maruz kalma riski daha yüksek olanlar ‘temel işçiler’ (*essential workers*) olarak tanımlanmıştır. Fiziksel ve ekonomik refahlarına ilişkin söz konusu risklere ilaveten düşük gelirli çalışanların iyi sağlık hizmetlerine erişme olasılıkları ve de bu nedenle Covid-19 testi yaptırabilmeleri ve tedavi edilmeleri oldukça düşük bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹³ Halbuki özellikle acil sağlık durumlarında mali koşulların yarattığı imkansızlıkların, kişileri temel/koruyucu sağlık hizmetinden mahrum bırakan sosyo-politik ve sosyo-ekonomik pratiklerin insan haklarına aykırılığını ifade edebiliriz.

⁹¹ **United Nations- Department of Economic and Social Affairs**, “Everyone Included: Social Impact of COVID-19”, <https://www.un.org/development/desa/dspd/everyone-included-covid-19.html>, s.e.t. 19.06.2020.

⁹² **United Nations** (2020a) “Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to the Socio-economic Impacts of COVID-19”, p. 11.

⁹³ **Davidai, Shai/Day, Martin V/Goya-Tocchetto, Daniela/Hauser, Oliver P./Jachimowicz, Jon M./ Usman, Mirza** (2020) “COVID-19 Provides a Rare Opportunity to Create a Stronger, More Equitable Society”, p. 2.

Özellikle sağlık acil durumlarının ortaya çıkardığı krizin 'eşitsizlik' temelinde bir insan hakları sorunu yaratabileceğine dikkat çeken Uluslararası Af Örgütü, bu tür durumlarda tüm hükümetlerin ve diğer aktörlerin salgınla mücadele kapsamında aldıkları tedbirlerde insan hakları perspektifinin merkeze yerleştirilmesini öngörmüştür. Örgüt, ulusların Covid-19 salgınına verdikleri karşılıkların uluslararası insan hakları hukuku ve standartlarına uygun olması, ötekileştirilen grupların ve insanların ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulması, önlemlerle bağlantılı insan hakları risklerinin azaltılması ve bu risklerin ortadan kaldırılması konusunda çağrı yapmaktadır. Bu kriz, farklı dışlama biçimleri, eşitsizlik ve insan hakları ihlallerinin birbiriyle nasıl bağlantılı olduğunu ortaya koymaktadır. Hükümetlere, sağlık hakkının gereklerinin yerine getirilebilmesi noktasında yeterli bütçenin sağlandığı güçlü sağlık sistemlerine sahip olma imkanını da doğurmuştur. Herkesin yeterli yaşam standardından yararlanabilmesi için ayrımsız biçimde güçlü sosyal koruma mekanizmalarına sahip bir toplum öngörüsünü gerçekleştirecek bir toplum imkânı ortaya çıkmıştır.⁹⁴

Virüsün mutasyona uğrayarak yayılım göstermeye devam ediyor olmasından kaynaklı biçimde farklı fazlar ve dalgalar halinde pandemi riskinin süreceğine ilişkin karamsar beklenti, sosyo-ekonomik yapıya ilişkin iyimser senaryoları baltalamaktadır. Bu noktada pandeminin seyrine ilişkin olumlu beklentileri boşa çıkarırcasına 'yaşam standartlarının kötüleşmesine, sosyal refahın azalmasına, eğitim başarısının düşmesine, zihinsel sağlığın bozulmasına' bağlı biçimde giderek daha fazla sosyal ve sağlık gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Tüm bu sosyal ve sağlık temelinde ortaya çıkan gereksinimlerin birtakım toplumsal eşitsizliklere ve sosyal parçalanmanın (*social fragmentation*) derinleşmesine yol açacağı görülmektedir.⁹⁵

Sonuç olarak, sağlık hizmetleri alanında yaşanan sosyal eşitsizlik ağır bir sosyal bedel yaratmaktadır. Bu noktada özellikle 'gelir, eğitim, meslek, sosyal sınıf, cinsiyet ırk veya etnik köken gibi birtakım sosyal belirleyiciler ile

⁹⁴ **Amnesty International** (2020a) "Europe At A Crossroads Dos And Don'ts For Authorities When Responding To The Covid-19 Pandemic", p. 12-13.

⁹⁵ **Jani, Anant** (2020) "Preparing for COVID-19's Aftermath: Simple Steps To Address Social Determinants Of Health", Journal of the Royal Society of Medicine, Vol: 113, N: 6, p. 205.

birçok hastalığın görülme sıklığı ve ciddiyeti arasında bariz ve veriye dayalı biçimde kanıtlanmış bir ilişkisellik durumu söz konusudur.⁹⁶

VII. PANDEMİ DÖNEMİNDE SAĞLIK HAKKININ KORUNMASI

Küresel ölçekte ‘halk sağlığını’ tahrip edici bir pandemi yaratan Covid-19 virüsünün sosyo-legal ve sosyo-politik anlamda en yıkıcı etkilerinden birisi de ‘insan hakları siyaseti’ alanında yaşanmıştır. Bu çerçevede ‘yaşam hakkı’ başta olmak üzere, ‘sağlık hakkı; doğal çevre hakkı; güvenli ve sağlıklı koşullarda çalışma hakkı; ve sosyal güvenlik hakkı’ gibi çok sayıdaki hak alanları bu viral tehditten etkilenmiştir. Bu noktada birden çok uluslararası örgüt ortaya çıkan hak ihlallerine ilişkin uyarıcı nitelikte çerçeve raporlar yayımlamıştır. Bu kapsamda olmak üzere Uluslararası Af Örgütü’nün yayınlamış olduğu ‘*Yedi Maddede Koronavirüsle Mücadelede İşlenen Hak İhlalleri*’ başlıklı rapor özellikle, ‘sağlık hakkına’ ilişkin ihlallerin varlığına dikkat çekmiştir.

Raporda virüsün çıkış noktası olan Çin’de ilk aşamada sağlık sisteminin büyük bir yük altında olmasından ötürü yeterli düzeyde sağlık hizmetine erişimin sağlanamadığı belirtilmiştir.⁹⁷ Farklı kentlerden gelen sağlık çalışanları ile ülkenin klinik kapasitesi desteklenmiş olmasına rağmen, salgının ilk aşamasında Wuhan kentinde Covid-19 tarama ve tedavi talebi karşılanamamıştır.⁹⁸ Virüsün hızlı küresel yayılımı karşısında başta Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere benzer ‘ihlallerin’ birçok ülkede varlık göstermiştir.

Kurumsal görüş olarak Örgüt, salgının kontrol altına alınması kadar, salgını engellemenin ve tedavi etmenin de önemli olduğunu vurgulamıştır. Bu

⁹⁶ Nassif P., Luiza/Masterson, Thomas/Nikiforos, Michalis/Rios-avila, Fernando/Xavier, Laura (2020) “Pandemic of Inequality”, Public Policy Brief Levy Economics Institute of Bard College No. 149, p. 4.

⁹⁷ Amnesty International (2020b) “Explainer: Seven Ways The Coronavirus Affects Human Rights”, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/02/explainer-seven-ways-the-coronavirus-affects-human-rights/>, s.e.t. 15.06.2020.

⁹⁸ Wang, Zhicheng/Tang, Kun (2020) “Combating COVID-19: Health Equity Matters”, Nature Medicine, Vol: 26, p. 460-462.

noktada bireyin pandemik risk karşısında güvenceli kılınması açısından ‘sağlık hakkı’ alınan tüm tedbirlerin temel unsuru olarak kaydedilmiştir.⁹⁹ Kapsamı itibariyle burada sağlık hakkının, ‘*onurlu bir yaşam sürmeye elverişli en yüksek ulaşılabılır sağlık standardından yararlanma hakkı*’ olarak kabul edilmesi gerekmektedir. ‘İnsan onuruna yaraşırılık’ ilkesi ile kayıtlanan söz konusu hakka erişim noktasında kişilerin eşitlik temelinde sosyo-ekonomik durumlarının herhangi bir kısıt yaratmaması icap etmektedir.¹⁰⁰

Her ne kadar bulaş riski açısından pandemi, başlangıçta tüm bireyleri eşitleyen bir tehdit olarak ortaya çıkmış olsa da mücadele sürecinde ‘sosyal statü, ekonomik durum, sınıfsal aidiyet ve ırk’ gibi birtakım etkenler temelinde birçok eşitsizlik durumu varlık göstermiştir. O yüzden, salgının kontrol altına alınması konusundaki küresel çabaların sözü edilen ‘eşitsizlik durumlarını’ bertaraf edecek eşitlikçi bir strateji geliştirmesi, insan haklarının amaçsal gereği olarak kaydedilmelidir. Öyle ki pandemi ile mücadelenin başarısı, hak temelinde ‘sağlık eşitliği ya da hakkaniyetini’ dikkate alan sağlık hizmetleri politikası ile mümkün olabilecektir.¹⁰¹ Zira ayrımsız biçimde tümüyle toplumsal yalıtımın oluşturulabilmesinin imkansızlığı, pandemi riski karşısında tüm insanları eşitlemektedir.

Diğer yanda Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de pandemi ile mücadele sürecinde doğabilecek ‘sağlık hakkı’ ihlallerine dikkat çekerek taraf devletlere somut birtakım öneriler getirmiştir. Komite, taraf devletlere pandemi ile mücadele sürecinde yürüttükleri politikalar, çıkardıkları yasalar ve diğer idari eylemlerinde sağlığın korunması hakkına en yüksek önceliği vermek durumunda olduklarını beyan etmiştir. Bu çerçevede devletlerin yeterli sayıda hastane yatağının, yoğun bakım ünitelerinin ve ekipmanlarının bulunmasını sağlamak da dahil olmak üzere pandemi döneminde hasta olanları tedavi

⁹⁹ **Amnesty International** (2020b).

¹⁰⁰ **United Nations** (2020b), “COVID-19 and Human Rights-We Are All In This Together”, p. 4.

¹⁰¹ **Wang, Zhicheng/Tang, Kun**, p. 458.

etmek için gerekli tüm önlemleri almak durumunda olduğu noktasına dikkat çekilmiştir.¹⁰²

Pandemi ile mücadele sürecinde ‘sağlık hakkını’ korumak adına mevcut kaynakların azami ölçüde seferber edilmesinde kamu hastanelerinin yanı sıra özel hastaneler ve diğer sağlık merkezlerinin kamu kullanımına açılması öngörülmektedir. Somut biçimde bu kapsamda tanı, destekleyici bakım ve gelecekte Covid-19 için geliştirilen tüm aşı ve tedaviler dahil olmak üzere tıp etiğine saygılı, bilimsel ve tıbbi açıdan uygun, nitelikli sağlık ürünleri ve sağlık hizmetlerinin ayırım gözetilmeksizin herkes tarafından erişilebilir olması beklenmektedir.¹⁰³

Eşit erişim hakkı çerçevesinde pandeminin sürdüğü dönemde kendini etkin bir şekilde koruma imkânı olmadığı için enfeksiyon riski daha fazla olan veya yeterli sağlık hizmetlerine erişimde engellerle karşılaşan grupların - evsizler, göçmenler, mülteciler, ileri yaşta kişiler, engelliler, cezaevleri gibi farklı yerlerde özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiler vb.- haklarını korumak için belirli tedbirler öngörülüp uygulanmalıdır.¹⁰⁴

Bu çerçevede küresel sağlığın korunması noktasında önemli bir role sahip olan Dünya Bankası¹⁰⁵ da sağlık hakkının korunması amacıyla pandemi ile mücadeleye ilişkin birtakım uygulamalar geliştirmiştir. Dünya Bankası’nın küresel sağlıktaki rolü, Bankanın piyasanın ve diğer kurumların güçlü yönlerini dengelemesi ve müşteri ülkelerdeki insanlara odaklanması gereken bütünsel, bütünlük ve çok boyutlu bir görev olarak gördüğü daha iyi bir

¹⁰² **European Committee of Social Rights**, “Statement Of Interpretation On The Right To Protection Of Health In Times Of Pandemic”, 21 April 2020, p. 3-4. <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>, s.e.t. 15.06.2020.

¹⁰³ **Amnesty International** (2020a), p. 5.

¹⁰⁴ **Amnesty International** (2020a), p. 6.

¹⁰⁵ Dünya Bankası’nın sağlık politikasının odağının 1970’lerdeki nüfus kontrolünden evrilerek sağlık sistemlerinin geliştirilmesine doğru yöneldiğini söyleyebiliriz. Bkz. **Tichenor, Marlee/Sridhar, Devi** (2017) “Universal Health Coverage, Health Systems Strengthening and the World Bank”, *British Medical Journal (BMJ)*, Vol: 358, p. 1.

kalkınma anlayışıyla gelişim göstermiştir.¹⁰⁶ Pandemi risk piyasası yaratmak adına Dünya Bankası, pandemi hazırlığını ‘küresel kamu malı’ ilan ederken, küresel sağlık güvenliğini sağlamada daha merkezi bir konuma gelmiştir. Finansal bir aktör olarak Banka, küresel sağlık sorununa finansal bir çözüm sunmaya çalışmaktadır. Dünya Bankası sağlık sorunlarına ilişkin olarak piyasa temelli çözümlere özellikle vurgu yapmıştır.¹⁰⁷

Dünya Bankası Covi-19’a ilişkin olarak yapmış olduğu raporlamalarda ise pandeminin benzeri görülmemiş zorluklar yaratan bir talep ve arz şoku yarattığını kaydetmiştir. Küresel ekonomik bozulmaya yol açan bu krizin özellikle düşük gelirli ülkelerin giderek küresel finans piyasalarının dışında kaldığını vurgulamıştır. Salgının sosyal ve ekonomik sonuçlarının savunmasız kişileri orantısız bir biçimde etkilediği tespit edilmiştir. Bulaşma riski, kentsel gecekondu sakinleri ile sosyal mesafeyi daha az uygulayabilenlerin yanı sıra, bunu yapmaya gücü yetmeyen piyasa tüccarları (*market traders*) gibi gruplar arasında daha yüksek olduğu belirtilmiştir. Bu noktada alınacak ekonomik tedbirlerin önceden var olan güvenlik açıklarının alevlenmesine yönelik olması ve geçim kaynakları tehdit altında olanların desteklenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Halk sağlığına ilişkin olumsuz etkilerinin ötesinde Covid-19, insanların ‘temel hizmetlere, gıdalara ve geçim kaynaklarına’ erişimini bozarak sağlık, eğitim, beceri ve üretkenlikte zor kazanılmış insan sermayesi kazanımlarının yavaşlamasına veya tersine çevrilmesine yol açmaktadır. En yoksul ve en savunmasız hane halkı ve nüfus, özellikle ekonomik zorunluluktan sosyal mesafe kuralını uygulayamadığı veya gelire erişimi kaybettiği için daha fazla acı çekmektedir.¹⁰⁸

Şüphesiz bu noktada pandemi krizinin ortaya çıkarmış olduğu en trajik tablolardan birisi, dünyanın küresel hegemonik gücü olan ABD¹⁰⁹ kendisini

¹⁰⁶ **Ruger, Jennifer Prah** (2005) “The Changing Role Of The WORLD BANK In Global Health”, American Journal of Public Health, Vol: 95, N: 1, p. 69.

¹⁰⁷ **Stein, Felix/Sridhar, Devi** (2017) “Health as a ‘Global Public Good’: Creating A Market For Pandemic Risk”, British Medical Journal (BMJ), Vol: 358, p. 1.

¹⁰⁸ **World Bank** (2020) “Protecting People And Economies: Integrated Policy Responses To Covid-19”, World Bank Group, p. 9-10.

¹⁰⁹ ABD’nin sağlık hizmetleri alanında diğer ülkelerle karşılaştırma yapıldığında yapılan harcamanın yüksekliğine rağmen, yeterli bir sonucun elde edilememesine ilişkin dört

göstermiştir. Neo-liberal kapitalizmin ikonik temsilcisi olan bu küresel gücün pandemi ile mücadele sürecindeki performansı, ‘sağlık hakkı, sağlık sistemi ve sağlık hizmetleri’ gibi konular üzerinden insan hakları siyasetine ve daha genelde siyasal sistemine dair sorgulamaları beraberinde getirmiştir. Oldukça yüksek maliyetli olan sağlık hizmetlerinden yararlanma ve bunun da öncesinde belirli bir gelir seviyesinin altında olmaktan kaynaklanan yetersiz/sağlıksız beslenmenin yol açtığı çaresizliklere bağlı biçimde salgın sürecinden en çok etkilenen kesim, etnik azınlıklar olmuştur. Sağlıksız beslenme oranının yüksek olduğu bu kırılgan gruplar açısından ülkenin sağlık sistemi etkin bir güvence mekanizması sunmamaktadır.¹¹⁰

Tam da bu noktada Türkiye, pandeminin yıkıcı etkisine maruz kalan Amerika ve birçok Avrupa ülkesi gibi ülkelerden pozitif ayrılmıştır. Zira bu çerçevede olmak üzere mali olanakları ölçüsünde devlete ‘pozitif yükümlülükler’ getiren sağlık hakkına yatırım noktasında Türkiye, özellikle son 15 yıllık süreçte ‘sağlıkta reform politikaları’ ile oldukça ciddi gelişmeler kaydetmiştir. Türkiye, sağlık hakkı kapsamında yapılacak olan yatırımları, politik önceliği olan stratejik bir alan olarak benimsenmiş ve sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi adına pek çok reformist adım atmıştır. Yapısal reformlara dayalı biçimde son yıllarda yürütülen sağlık politikalarının semeresi, pandemi döneminde kendisini net bir biçimde göstermiştir. Büyük

hipotez öne sürülmüştür. İlki, daha fazla sağlık hizmeti alınamamasına rağmen, bunun için daha fazla harcama yapılmasıdır. İkincisi, alınan sağlık hizmetinin niteliğine ilişkindir. Başka birçok ülkeden daha fazla görüntüleme cihazlarına (MR ve BT gibi) ve diyaliz makinesine sahip olmalarına rağmen sağlık göstergeleri (sağlık hizmeti) daha iyi değildir. Üçüncüsü, sağlık sisteminin ‘eşitsizlik’ temeli üzerine inşa edilmiş olmasıdır. Dördüncü hipotez ise, hasarı onarmak için daha fazla yatırım yapılsa bile, hasta bir toplum (*sick society*) yaratılmış bulunmaktadır. Bu sistem daha fazla insanı sefalet ve çaresizliğe sürüklemektedir.’ ABD’nin sağlık sistemine ilişkin tartışma konusunda bkz., **Levins, Richard** (2020) “Is Capitalism a Disease? The Crisis in U.S. Public Health”, Brecht Forum in New York, Monthly Review, p. 16-18.

¹¹⁰ Amerika’da Covid-19 pandemisi kayıpları konusunda istatistiksel bilgi için bkz., USA CDC’nin (Centers For Disease Control and Prevention) 06 Temmuz 2020 tarihli verilere göre toplam vaka sayısı, 2.886.267 toplam ölüm sayısı 129.811 olarak kaydedilmiştir. <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/cases-updates/cases-in-us.html>, s.e.t. 06.07.2020.

yatırım kapasitesinin var ettiği sağlık hizmeti altyapısı ile Türkiye, bugüne kadar pandeminin yıkıcı etkisi ile mücadele sürecini birçok ülke ile karşılaştırıldığında başarılı biçimde yürütmüştür.¹¹¹

Sonuç olarak, Dünya Sağlık Örgütü, Uluslararası Af Örgütü ve Dünya Bankası gibi uluslararası örgütlerin kurumsal çabaları, küreselleşen dünyada eş düzeyde yıkıma maruz kalan insanlık için ölümcül tehditleri ve tehlikeleri öngörebilme ve yönetebilme noktasında yetersiz kalmaktadır. Bizatihi insan marifetiyle gerçekleşen doğanın tahrip edilmesi, ekolojik dengenin bozulması ve çevrenin kirletilmesi, ayrımsız tüm insanlığı bir uçuruma doğru sürükleyen küreselleşen bir tehdit yaratmaktadır. Dinamik biçimde giderek derinleşen hak kuramları, normatifleşen yeni hak dizgeleri ve kurumsallaşan insan hakları pratiği, ne yazık ki, küresel kamusal tehdide maruz kalan ‘risk toplumunu’¹¹² güvenceli kılabilecek bir kudrete sahip değildir.

SONUÇ YERİNE

Covid-19 pandemisi, küreselleşen dünyanın yaşam akış hızına ve momentumına uygun biçimde oldukça kısa sürede tüm küreyi saran derin bir kriz alanı yaratmıştır. İnsanlık, ‘akıllı teknolojik sistemler, ileri düzeyde rasyonalize edilmiş kurumsal örgütlenmeler, öngörebilme ölçekleri rafine edilmiş yüksek teknolojiler, incelikli istatistiksel hesaplamalar yapabilen hendeseler, toplumsallığı etkinlikle yönetme ve/ya yönlendirme kapasitesine sahip sosyal mühendislikler, dijital çağın gözetleme aygıtları ile donanmış yapay zekalar’ ve buna benzer modern çağı muhkemleştiren birçok kurucu değeri âciz bırakan bir kriz ile karşı karşıya kalmıştır. Bu kriz, modern zamanda insanlığın kolektif hafızasında yer eden birçok anlam çerçevesini, bilgi hiyerarşisini ve değer dizgesini altüst eden bir zihinsel anaför yaratmıştır. ‘Normale’ dönüş umudu ile birlikte sönmüleneceği şimdiden görülmekte olan bu anaför, yeni bir kamusal aklın yaratıcı zihinsel imkanlarının savurganlıkla

¹¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Kılıç, Muharrem** (2020) “Sağlıkta Şiddetin Önlenmesinin Mediko-Sosyal ve Yasal Dinamiği”, Rapor, Ankara, SETA Yayınları.

¹¹² Beck’in başyapıtında tanımlanmış olduğu toplumsal tipoloji için bkz., **Beck, Ulrich** (2016) Risk Toplumu, Başka Bir Modernliğe Doğru (Çeviren: Kâzım Özdoğan; Bülent Doğan), 2. Baskı, İstanbul İthaki Yayınları.

heder edileceğine dair öngörülerini tahkim etmektedir. Bütün bu umut kırıcı öngörülere rağmen akademik akıl, insanlığı ‘apansız’ yakalayan pandemi krizinin yakıcı biçimde bize hatırlattıkları üzerine teemmülde bulunma sorumluluğunu taşımaktadır.

Bu kapsamda olmak üzere, bu krizin derinleşerek ağır insani bedellere yol açmasının önündeki en önemli mücadele aygıtı ‘sağlık hizmetleri’ olmuştur. Sağlık, bir sektörel alan ve hizmet birimi olmanın ötesinde yaşamsal bir insan hakkı olarak insanın ‘onurlu yaşam’ idealitesinin temel bileşenlerinden birisini teşkil etmektedir. Ayrımsız biçimde her bir insan tekinin hak öznesi olarak değerlendirildiği bir hak kategorisi olarak ‘sağlık hakkı’, çağ dinamikleri doğrultusunda insan hakları öğretisi ve uygulamasının ‘sosyal adalet ilkesi’ temelinde derinleşerek varlık bulmuştur. Hem haklar hiyerarşisi hem de hak sistematığı açısından birinci kuşak haklar ile sosyal haklar arasında ayrıştırıcı öğretisel yaklaşımlar olmakla birlikte, bütün hak kuşak ve türleri arasında akışkan bir diyalektikten söz edebiliriz.

Ancak sağlık, toplumun emek gücü değerinin bir parçası olması yönüyle sınıf mücadelesinde bir çekişme konusu olarak tanımlanmıştır. Bu niteliği ile sağlık, endüstrileşen sektörel alanda bir tüketim malı olarak yeniden varlık bulmuştur. Böylelikle bireye özgülünen bir sosyal hak olarak sağlık, neoliberal ekonominin dinamikleri doğrultusunda sektörleşmeyle birlikte bir anlamsal bulanıklığa maruz kalmıştır. Bu durumla birlikte ‘sağlık’, hastaneler, hasta bakım merkezleri ve ilaç şirketleri de dahil olmak üzere büyük bir endüstriyel sektör olarak kendisine yatırım yapılan bir ‘meta’ olarak algılanır hale gelmiştir. Hatta öyle ki sağlık hizmetleri, bu hizmete ihtiyacı olan ve hatta olmayan varsıl insanların müşteri oldukları büyük bir pazar olarak her geçen gün büyümektedir.¹¹³ Ancak tüm donanım, ekipman ve hizmetleri ile bir ‘metaya’ dönüşen ‘sağlık endüstrisinin’ pandemi sürecinde gereksinim duyulan acil sağlık hizmetlerinin sunumu noktasında yetersizliği ve yarattığı kısıtlar ortaya çıkmıştır.

‘Sağlık endüstrisinin’ kâr maksimizasyonuna dayalı motivasyonu ve etiko-jüridik değerleri teğet geçen iş potansiyeli, sağlık hakkına ilişkin

¹¹³ Levins, Richard (2020), p. 32.

birtakım kuşkuları beraberinde getirmiştir. İlaç sanayisinden önleyici hekimlik uygulamalarına, tıbbi müdahalelerden sağlık turizmine kadar bütün unsurları ile sağlık hizmetinin endüstriyel bir ticari alana dönüşmesinin beraberinde getirdiği etik soruna dikkat çeken birçok eleştirel yaklaşım bulunmaktadır. Bu meyanda özellikle ‘sağlığın gaspından’ söz eden Ivan Illich’in radikal eleştirisi dikkat çekicidir.¹¹⁴ Özellikle neoliberal kapitalizmin mutlak egemenliğini sürdürdüğü ve sosyal adaletin dikkate alınmadığı ülkelerde sektörel dinamiklere teslim edilen ‘sağlığın gaspı’, pandemi ile mücadeleyi zaafa uğratan en büyük etken olarak varlık bulmuştur.

Özgün tarihsel dinamikleri çerçevesinde ‘sosyal adalet ve sosyal devlet ilkesi’ ile ‘refah devleti’ uygulamaları üzerinden biçimlenen sosyal hakların tanınması ile birlikte doğan kamusal maliyet, neoliberal ekonomi-politiğin üstlenmek istemediği bir durum yaratmıştır. Bu isteksizlik politikasının ‘sağlık hakkı’ bağlamında yol açtığı maduniyetler krizle mücadele sürecinde özellikle kırılğan gruplar üzerinde ölümcül bir risk doğurmuştur. Küresel piyasa ekonomisinin devlet dışı kurucu aktörleri ve dinamikleri tarafından sistematik bir yadsımaya maruz kalan sosyal haklar alanındaki yetersizlikler, pandemik krizin yıkım bilançosunu ağırlaştırmıştır.

Son yıllarda, gelirler karşısında sosyal ve sağlık harcamalardaki hızlı artış ile söz konusu harcamaları karşılamak adına zorunlu biçimde yapılan kesintilerin, sanayileşmiş ülkelerde bir finansman sorunu doğurmasından ötürü, ‘refah devleti’ uygulamalarının krizinden söz edilmektedir.¹¹⁵ Bu meyanda ‘refah devleti’, bir kriz anlatısı üzerinden neoliberal devlet kuramcılarında Marksist yorumculara ve neomuhafazakarlara kadar farklı düşünsel eğilimlerin eleştirilerine maruz kalmıştır.¹¹⁶ Ancak siyasal felsefe ve devlet kuramı üzerinden yürütülen bütün bu eleştirelilikleri paranteze alarak

¹¹⁴ Illich, kışkırtıcı bir söylemle bizatihi ‘tıp kurumunun sağlık açısından büyük bir tehlikeye’ dönüştüğünü öne sürmüştür. Ona göre tıp alanındaki profesyonelliğe dayalı egemenliğin etkisi salgın boyutlarına ulaşmıştır. Düşünür bu yeni salgının adını ‘iatrojenez’ olarak belirlemiştir. Bkz., **Illich, Ivan** (2017) *Sağlığın Gaspı* (Çeviren: Süha Sertabiboğlu), 4. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, s. 11.

¹¹⁵ **Rosanvallon**, s. 9.

¹¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., **Dericiler Yücel**, s. 81 vd.

ifade edecek olursak, Pierre Rosanvallon'un da işaret ettiği üzere kriz dönemlerinde refah devleti krizin etkilerini hafifletme işlevi görmüştür. Özellikle kriz dönemlerinin sosyo-ekonomik etkilerini hafifletmek suretiyle, dünya ekonomisinin 'keskin duraklama sarmalına hapsedilmesinin' önüne geçmiştir.¹¹⁷ İçinde bulunmuş olduğumuz pandemi krizinin öngörülebilirlikten kısmen uzak olan sosyo-ekonomik sonuçlarının yaratacağı yıkıcı etkinin hafifletilebilmesi, ancak sosyal haklar temelinde yapılandırılan 'sosyal koruma mekanizmalarının' etkin işlevselliği ile mümkün olabilecektir.

Covid-19 pandemisi ile sınırlı olmaksızın dünya tarihinde insanlığı tehdit eden tüm kitlesel salgınlar, insan yaşamına kasteden yıkıcı halk sağlığı sorunu olmanın ötesinde ağır sosyal ve ekonomik neticeler doğuran trajediler olarak tarihe geçmiştir. Bu yönüyle, yol açtığı yıkım tablosu açısından değerlendirildiğinde pandemiler yalnızca insan sağlığı açısından değil, sosyal yapı dinamikleri açısından da derinlemesine bir düşünömselliği gerekli kılmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde Covid-19 pandemisinin bulaş riski temelinde eşitlediği toplumsal sınıflar arasındaki mesafenin alınan sağlık hizmetlerinin yeterliliği ve kalitesi noktasında açıldığı görölmüştür. Pandemi süreci, bir takım sosyal belirleyiciler temelinde bazı kırılğan gruplara yönelik ayrımcılığın daha da derinleşmesine yol açmıştır. Ayrıca bazı ülke verileri dikkate alındığında pandeminin ölümcül etkisinin en çok maduniyet yaşayan toplumsal sınıflar üzerinde olduğunu göstermiştir.

Sonuç olarak küreselleşmenin bütün sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel taşıyıcı akşlarını ve hedef ayırt etmeksizin global sistemin tüm güç merkezlerini can evinden vuran pandemi krizi, insan hakları siyaseti ve uygulamaları açısından ağır maduniyetler yaratan sistemsel aklın çöküşüne tanıklık etmiştir. Bu trajik tanıklığı sona erdirecek bir düşünsel ricate gereksinim duyulduğu aşikârdır. İnsanlık adına umudu yeşertebilmenin bir gereği olan bu ricat hali, sürdürülebilir bir düşünsel yoğunlaşmayı gerekli kılmaktadır. Bir bütün olarak sosyal haklar siyasetine dair düşünömselliğimiz bu fikri mesainin önemli ayaklarından birisi olarak karşımızda durmaktadır.

¹¹⁷ Rosanvallon, s. 9.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi** (2018) Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları.
- Algan, Bülent** (2007) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Alptekin, Kamil** (2004) "Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", T Klin J Med Ethics, Law and History, S: 12, s. 132-139.
- Amnesty International** (2020a) "Europe At A Crossroads Dos And Don'ts For Authorities When Responding To The Covid-19 Pandemic".
- Amnesty International** (2020b) "Explainer: Seven Ways the Coronavirus Affects Human Rights".
- Azarkan, Ezeli** (2018) Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Balcı Gökçeoğlu, Şebnem** (2007) Tutunamayanlar ve Hukuk, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.
- Barry, Brian** (2017) Sosyal Adalet Neden Önemlidir (Çeviren: Ebru Kılıç), İstanbul, Koç Üniversitesi Yayınları.
- Beck, Ulrich** (2016) Risk Toplumu, Başka Bir Modernliğe Doğru (Çeviren: Kâzım Özdoğan; Bülent Doğan), 2. Baskı, İstanbul İthaki Yayınları.
- Bulut, Nihat** (2009) Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights**, "General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)", 11 August 2000.
- Davidai, Shai/Day, Martin V/Goya-Tocchetto, Daniela/Hauser, Oliver P./Jachimowicz, Jon M./ Usman, Mirza** (2020) "COVID-19 Provides a Rare Opportunity to Create a Stronger, More Equitable Society".
- De Campos, Thana Cristina** (2017) "The Human Right to Health and Its Corresponding Responsibilities", In The Global Health Crisis: Ethical Responsibilities, Cambridge University Press.

- Dericiler Yücel, Özge** (2014) Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Donnelly, Jack** (1995) Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (Çeviren: Mustafa Erdoğan; Levent Korkut), Ankara, Yetkin Yayınları.
- Dworkin, Ronald M.** (2011) “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, S: 28, s. 27-39.
- Dworkin, Ronald M.** (2007) Hakları Ciddiye Almak (Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ) Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.
- Ertan, İzzet Mert** (2015) Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Ertan, İzzet Mert** (2012) Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı, İstanbul, Legal Yayınevi.
- European Committee of Social Rights**, “Statement of Interpretation on the Right to Protection of Health in Times of Pandemic”, 21 April 2020.
- Freedman, Lynn P.** (2005) “Achieving the MDGs: Health Systems as Core Social Institutions”, Development, p. 19-24.
- Gevers, Sjef** (2004) “The Right to Health Care”, European Journal of Health Law, Vol: 11, N: 1, Netherlands, p. 29-34
- Goodman Timothy** (2005) “Is There A Right to Health?”, Journal of Medicine and Philosophy, Vol: 30, N: 6, p. 643-662.
- Gözler, Kemal** (2017) İnsan Hakları Hukuku, Bursa, Ekin Yayınları.
- Gruskin, Sofia/ Tarantola, Daniel** (2005) “Health and Human Rights”, Perspectives on Health and Human Rights, (ed. Sofia Gruskin; Michael A. Grodin; George J. Annas; Stephen P. Marks), New York and London.
- Güngören Bulgan, Birden** (2020) Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Harris, D. J./O’Boyle, M./Bates, E. P./Buckley, C. M.** (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çeviren: Ed. H. Dinçer), Avrupa Konseyi.
- Harris, David John/Darcy, John** (2001) The European Social Charter, (Harris ve Darcy), 2nd ed., N.Y., Transnational Publishers.

- Hayek, F. A.** (2013) *Law, Legislation and Liberty*, London and New York, Routledge.
- Hunt, Paul** (2003) “Report of the Special Rapporteur,” submitted in accordance with Commission resolution, 2002/31 E/CN.4/2003/58 13.
- Hunt, Paul** (2006) “The Human Right to the Highest Attainable Standard of Health: New Opportunities and Challenges”, *Transactions of the Royal Society of Tropical Medicine and Hygiene*, Vol: 100, p. 603-607.
- Hunt, Paul** (2008) Report of the Special Rapporteur on “The Right of Everyone to The Enjoyment of The Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, General Assembly, UN Doc A/HRC/7/11.
- Illich, Ivan** (2017) *Sağlığın Gaspı* (Çeviren: Süha Sertabiboğlu), 4. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları.
- Jani, Anant** (2020) “Preparing for COVID-19’s Aftermath: Simple Steps to Address Social Determinants of Health”, *Journal of the Royal Society of Medicine*, Vol: 113, N: 6, s. 205-207.
- Kapani, Münci** (1993) *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kılıç, Muharrem** (2020) “Sağlıkta Şiddetin Önlenmesinin Mediko-Sosyal ve Yasal Dinamiği”, Rapor, Ankara, SETA Yayınları.
- Kuçuradi, İonna** (1999) *Etik*, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları.
- Kymlicka, Will** (2020) *Çokkültürlü Yurttaşlık* (Çeviren: Abdullah Yılmaz), 3. Basım, İstanbul, Ayrıntı Yayınları.
- Levins, Richard** (2020) “Is Capitalism a Disease? The Crisis in U.S. Public Health”, *Brecht Forum in New York, Monthly Review*, p. 8-33.
- Locke, John** (2012) *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup* (Çeviren: Melih Yürüşen), 5. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları.
- Locke, John** (2004) *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* (Çeviren: Fahri Bakırcı), Ankara, Babil Yayıncılık.
- Mann, Jonathan M./Gostin, Lawrence/Gruskin, Sofia/Brennan, Troyen/Lazzarini, Zita/Fineberg, Harvey V.** (1994) “Health and Human Rights”, *Health and Human Rights*, Vol: 1, N: 1, s. 6-23.

- Marks, Stephen P.** (2013) “Emergence and Scope of the Right to Health”, In *Advancing the Human Right to Health*, (ed. José M. Zuniga, Stephen P. Marks, and Lawrence O. Gostin), Oxford University Press, p. 1-38.
- Nassif P., Luiza/Masterson, Thomas/Nikiforos, Michalis/Rios-avila, Fernando/Xavier, Laura** (2020) “Pandemic of Inequality”, Public Policy Brief Levy Economics Institute of Bard College No. 149, p. 1-16.
- Oyal/Türkiye Davası, AİHM, 4864/05 Başvuru no,** <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162088>, s.e.t. 24.05.2020.
- Porter, Dorothy** (1999) *Health, Civilization and the State: A History of Public Health From Ancient to Modern Times*, London, New York.
- Pras, Dainius** (2015) “Report of the Special Rapporteur on The Right of Everyone to The Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health”, General Assembly, UN Doc A/HRC/29/33.
- Rosanvallon, Pierre** (2004) *Refah Devletinın Krizi* (Çeviren: Burcu Şahinli), Ankara, Dost Kitabevi Yayınları.
- Ruger, Jennifer Prah** (2005) “The Changing Role of The WORLD BANK In Global Health”, *American Journal of Public Health*, Vol: 95, N: 1, p. 60-70.
- Stein, Felix/Sridhar, Devi** (2017) “Health as a ‘Global Public Good’: Creating A Market For Pandemic Risk”, *British Medical Journal (BMJ)*, Vol: 358, p. 1-4.
- Şahin, Adil** (2010) “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 59, S: 4, s. 711-766.
- Tarantola, Daniel** (2008) “A Perspective on the History of Health and Human Rights: From the Cold War to the Gold War”, *Journal of Public Health Policy*, Vol: 29, s. 42-53.
- Thompson, Edward Palmer** (2015) *İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu* (Çeviren: Uygur Kocabaşoğlu), 4. Baskı, İstanbul, Birikim Kitapları.

- Tichenor, Marlee/Sridhar, Devi** (2017) “Universal Health Coverage, Health Systems Strengthening and the World Bank”, *British Medical Journal* (BMJ), Vol: 358, p. 1-5.
- United Nations- Department of Economic and Social Affairs**, “Everyone Included: Social Impact of COVID-19”,
<https://www.un.org/development/desa/dspd/everyone-included-covid-19.html>, s.e.t. 19.06.2020.
- United Nations** (2020a) “Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to the Socio-economic Impacts of COVID-19”.
- United Nations** (2020b) “COVID-19 and Human Rights-We Are All In This Together”.
- Uygun, Oktay** (2019) *Devlet Teorisi*, 6. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Uygun, Oktay** (2013) “İnsan Hakları Kuramı”, *Kamu Hukuku İncelemeleri*, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Üzeltürk Tahmazoğlu, Sultan** (2012) *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı*, İstanbul, Legal Yayınevi.
- Wang, Zhicheng/Tang, Kun** (2020) “Combating COVID-19: Health Equity Matters”, *Nature Medicine*, Vol: 26, p. 458-464.
- WHO** (1981) “Global Strategy for Health for All by the Year 2000”, Geneva.
- WHO** (2008) “Closing The Gap In A Generation Health Equity Through Action On The Social Determinants of Health”, Geneva.
- WHO** (2020) “Basic Documents: forty-ninth edition (Including Amendments Adopted up to 31 May 2019)”, Geneva.
- World Bank** (2020) “Protecting People And Economies: Integrated Policy Responses To Covid-19”, World Bank Group.
- World Conference on Human Rights**, “Vienna Declaration and Programme of Action”, Vienna, 14-25 June 1993.
- World Economic Situation And Prospects: Briefing No. 136** (2020) “COVID-19: Disrupting Lives, Economies and Societies”.

World Health Organization (WHO) (2005) *International Health Regulations, Third Edition*, Switzerland, WHO Press.

Yamin, Alicia Ely (2019) “Struggles for Human Rights in Health in an Age of Neoliberalism: From Civil Disobedience to Epistemic Disobedience”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol: 11, p. 357-372.

Yamin, Alicia Ely (2017) “Taking the Right to Health Seriously: Implications for Health Systems, Courts, and Achieving Universal Health Coverage”, *Human Rights Quarterly*, Vol: 39, N: 2, p. 341-368.

İnternet Kaynakları

<http://www.euro.who.int/en/about-us/organization/who-at-70/milestones-for-health-over-70-years>, s.e.t. 22.05.2020.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&clang=_en, s.e.t. 22.05.2020.

<https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/cases-updates/cases-in-us.html>, s.e.t. 06.07.2020.

<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>, s.e.t. 06.07.2020.

<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-52289056>, s.e.t. 29.05.2020.

https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf, s.e.t. 22.05.2020.

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf?sequence=1>, s.e.t. 22.05.2020.

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/OProtocol_en.pdf, s.e.t. 31.05.2020.

KÜRESEL İDARE HUKUKU VE LEX SPORTIVA BAĞLAMINDA WADA’NIN RUSYA’YI OLİMPİYATLARDAN MEN ETMESİ KARARI*

Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU**

Nazlı YILMAZ***

ÖZET

Küresel idare hukuku kavramı, uluslararası literatürde son yıllarda ortaya çıkan popüler kavramlardan olmasına rağmen Türkiye’de bu konuda yapılan çalışmalar bir elin parmaklarını geçmemektedir. Uluslararası literatürde bu kavram, klasik uluslararası hukuk tanımının dışında daha geniş bir alanı tanımlamak için kullanılmaktadır. Bu konuda pek çok tartışma olmasına rağmen fikir birliği oluşmuş değildir. Bu kavramın kullanılması gerektiğini savunan yazarlar yanında, bu kavramın ifade ettiği alanın aslında uluslararası hukuk kavramı içinde yer alması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Küresel idare hukukunu yeni bir alan olarak kabul edersek ideal uygulama alanlarından biri spor hukuku alanıdır. Bu alanda uluslararası otorite olan Uluslararası Olimpiyat Komitesi (IOC) ve doping konusunda Dünya Anti-Doping Ajansı (WADA) aldığı kararlar bakımından idare hukuku gibi hareket etmekte ve küresel idare hukuku tanımlarına uymaktadır. WADA’nın 2019 tarihinde Rusya hakkında verdiği karar bunlardan biridir. Alınan kararlar spor alanındaki tüm müsabakalardan dört yıl boyunca men edilmişlerdir. Bu makale kapsamında anılan karar ile WADA kararlarının niteliği ve küresel idare hukuku kavramı incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Küresel İdare Hukuku, Uluslararası Hukuk, WADA, Uluslararası Olimpiyat Komitesi, Spor Hukuku.

* Bu çalışma, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında Nazlı YILMAZ tarafından hazırlanan “Uluslararası Hukuk Perspektifinden Küresel İdare Hukuku Tartışması” başlıklı yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi’nden yararlanılarak türetilmiştir.

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, gguneysu@anadolu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1754-953X.

*** Milli Eğitim Bakanlığı Uzmanı, nazli_yilmaz@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4686-3376, (Geliş Tarihi: 25.02.2020 – Kabul Tarihi: 14.07.2020).

**GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW AND LEX SPORTIVA
DISCUSSIONS WITHIN THE CONTEXT OF WADA DECISION ABOUT
RUSSIAN PROHIBITION FROM THE OLYMPICS**

ABSTRACT

Though the concept of Global Administrative Law has been one of the most popular subjects in international literature on international law, it has been largely ignored in Turkish academia barring few papers on the issue. It has been mainly used to describe a huge area of global relations mainly deemed outside the conventional operational area of international law. However, there seems to be no unified understanding of this term amounts to. There is a number of thinkers defending the employment of this very term whereas some others take a stance in favour of a broader understanding of the term international law with a view to also covering these emerging relations. One of the most ideal areas of operation for a global administrative law is *lex sportiva*. In this specialized domain, IOC and WADA function as if they are administration within the confines of an administrative law. One striking example for these activities is the WADA Decision on Russia, which foresaw the banning of this country from all major sport events for a period of four years. In this paper, the authors aim to probe into global administrative law and the nature of WADA decisions.

Keywords: Global Administrative Law, International Law, WADA, IOC, *Lex Sportiva*.

GİRİŞ

Klasik tanımda uluslararası hukuk denilince devletler arası ilişkileri düzenleyen hukuk akla gelmektedir¹. Ancak günümüzde uluslararası alan çok aktörlü bir yapıya bürünmüş haldedir. Uluslararası ilişkilerin tarihsel gelişimine baktığımızda temelde egemenlik yetkisini elinde tutan devletlerin korunması bulunmaktadır. Devletlerin korunma sebebi ise vatandaşlarına sağladığı temel değerler olan güvenlik, özgürlük, güven ve adalet sebebiyledir.

Kavramın İngilizce karşılığı olan “*international*” kavramı 1956 yılında Philip C. Jessup tarafından anıldığı günden bu yana “*international law*” olarak kullanılmaktadır. Bu kavram yalnızca devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalı olarak ortaya atılmıştır. Devlet altı kuruluşlar ile kamu dışı aktörlerin bu yasal sisteme dâhil oluşu, ulusal düzenlemelerin ötesine geçen uygulamaların aktörleri olmaları ile onları da kapsayacak bir hukuk sistemi ihtiyacı zaman içinde kaçınılmaz hale gelmiştir².

Sisteme giren yeni yapılar ve devlet üstü yetkilerle donatılmış yeni küresel ya da bölgesel örgütlenmelerle klasik teori geçerliliğini yitirmiştir³. Klasik teorideki gibi bu alanda artık tek aktör devletler değildir. Hatta küreselleşmenin bir sonucu olarak uluslararası alanda devletlerin rolü zayıflamış haldedir⁴. Küreselleşme ve beraberinde gelen küresel idare hukuku bütünüyle teslim olunması gereken, sorgulanmadan kabullenilmesi gereken bir hukuki müessese değildir. Ancak küreselleşmeden kaçınmak günümüzde dünyadan kopmak anlamına geldiği için, idare hukuku ile küreselleşme ilişkisinin ortaya çıkarmış olduğu küresel idare hukuku kavramı⁵ tartışmaları kaçınılmazdır. Küresel idare hukuku kavramını ortaya atan yazarlar bu

¹ **Krisch, Nico/Kingsbury, Benedict** (2006) “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, The European Journal of International Law, <<http://www.ejil.org/article.php?article=64&issue=1>> s.e.t. 07.02.2020, s.1.

² **Ruffert, Matthias/Steinecke, Sebastian** (2011) The Global Administrative Law and Science, New York, Springer, s.1.

³ **Ruffert/Steinecke**, s.1.

⁴ **Aydın, Ersel/ Rosenau, James N.** (2005) Globalization, Security, and the Nation State: Paradigms in Transition, New York, State University of New York Press. s.1.

⁵ **Çakmak**, s.122.

dönüşümü; feodal beyliklerin birleşerek ulus devletleri oluşturması benzeri bir dönüşüm olarak görmektedir⁶. Nitekim küreselleşme sürecinin, ulus devletlerin oluşma sürecinin uluslararası düzeyde bir tekrarı ve devamı olarak nitelenmesi bu çağa özgü değildir. Victor Hugo'nun 1849'daki öngörüsü de benzerdir. Ulus devletin oluşum süreci ile küreselleşmeyi paralel bir oluşum ya da bu iki sürecin birbirinin devamı, birbirinin tamamlayıcısı olduğu tezini bundan üç asır önce ileri sürmüştür.

“Bir gün gelecek, tıpkı Normandiya, Bretagne, Burgund, Lothringen, Elsa ve bütün diğer şehirlerimizin Fransa içinde kaynaştığı gibi; siz Fransa, Rusya, İtalya, İngiltere, Almanya ve kıtanın bütün milletleri zengin ferdi özelliklerinizden vazgeçmeksizin kendinizi üst bir toplulukta bir araya getirecek ve büyük Avrupa kardeşliğini kuracaksınız”⁷.

Bugünkü sisteme baktığımızda öngörüdeki kadar kesin bir birleşmeden söz edemsek de devletlerin tamamen bağımsız olarak karar alabildiğinden söz edemeyiz. Devletlerin egemenliğini kısıtlayan uluslararası kurallar ve yapılar bulunmaktadır.

Bugün devlet üstü yapılar ve küresel kurallardan etkilenmeyen bir sektör bulunmamaktadır. Devlet kontrolünden kaçmayı başarabilen ürün ve hizmetler küresel kurallara yakalanmaktadır. Dahası bazı alanlar yalnızca tek bir devletin kontrol edebileceğinden daha kapsamlı, uluslararası müdahaleyi gerektiren boyuttadır. Devletler göçmen balıkların avcılığını, sera etkisi yapan gazların salınımını, salgın hastalıkları veya küresel düzeyde etki gösteren mali krizleri önlemede yetersiz kalabilir. Çin'de çıkan Corona virüsü bugün başta Dünya Sağlık Örgütü olmak üzere küresel boyutta önlem alınmasıyla kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır. Bu noktada düzenleme yetkisinden kendi faydası için feragat etmektedir. Hatta internet yönetişimi, çevre kontrolü, olimpiyat oyunları ve ekonomik kriz gibi örnekler kendi doğası gereği

⁶ **Uygun, Oktay**, (2003) Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, Anayasa Yargısı Dergisi, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939159>> s.e.t. 13.07.2020, s.274.

⁷ **Köse, Ömer** (2003) “Küreselleşme Sürecinde Devletin Yapısal ve İşlevsel Dönüşümü”, Sayıştay Dergisi, <<https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/95906369/files/dergi/pdf/der49m1.pdf>> s.e.t. 05.02.2020, s.20.

küreseldir ve devlet yapılanmasının tek başına kontrol edemeyeceği küresel çözüm gerektiren sorunlardır⁸.

Bu bağlamda küresel idare hukukunun doğuş amacı, ihtiyaç doğrultusunda oluşacak üçüncü uluslararası hukuk katmanını meşrulaştırma ve gücün küresel ölçekte kontrolsüz uygulanmasını sınırlayacak bir mekanizma kurma üzerinedir.

Makale kapsamında küresel idare hukuku kavramı prensip ve değerleri, özneleri ve yargı fonksiyonu üzerinden incelenecektir. Devamında küresel idare hukukunun ideal uygulama alanı olarak görülen spor hukuku uygulaması son dönemde WADA tarafından verilen Rusya'nın Olimpiyat oyunlarından men edilmesi kararı üzerinden değerlendirilecektir.

I. KÜRESEL İDARE HUKUKU

Küresel idare hukuku, temel kamu hukuku işlevlerini uluslararası alana genişleterek bunu gerçekleştirmeyi önermektedir⁹. Küresel idare hukukunun, uluslararası kamu hukukundan farkı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Uluslararası kamu hukuku, devletler veya tüzel kişiliğe sahip diğer özneler ve bu öznelerin karşılıklı ilişkileri ile ilgilidir. Uluslararası kamu hukuku ise kapsam olarak son derece sınırlıdır. Ancak kapsamlı bir uluslararası antlaşma veya kapsamlı bir uluslararası örgütlenme söz konusu olduğunda devreye girecektir¹⁰. Oysa küresel idare hukuku gerek özneler, gerekse kapsam olarak daha geniş bir çerçeveyi kapsamaktadır.

Bu alandaki hukukun rolünün nasıl kavramsallaştırılması gerektiği hususunda uluslararası literatür ikiye ayrılmış durumdadır. Bir tarafta bu düzenin yeni bir hukuk dalı olarak anılmasını savunanlar bulunmaktadır. Bu yeni hukuk dalını “küresel idare hukuku” şeklinde ifade etmektedirler¹¹. Diğer

⁸ **Cassese, Sabino** (2012) *The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Global Law Press Editorial Derecho Global, s.21.

⁹ **Krisch, Nico/Kingsbury, Benedict** s.3.

¹⁰ **Ruffert/Steinecke**, s.42.

¹¹ **Marks, Susan** (2005) “Naming Global Administrative Law”, *NYU Journal of International Law and Politics*, <<https://www.ilj.org/publications/naming-global-administrative-law/>> s.e.t. 07.02.2020.

tarafıta bunun yeni bir dal olarak görülmesine gerek olmayıp, uluslararası hukukun yeni bir versiyonu olarak görülmesi gerektiğini ifade edenler bulunmaktadır. Ülkemizde küresel idare kavramı henüz alan yazınında tartışılan bir kavram olmadığı gibi Çakmak¹² ve Güneysu¹³ dışında bu konuya değinilmemiştir. Oysa uluslararası literatürde bu konu üzerine çok fazla tartışma yapılmaktadır. Küresel idare kavramını kabul eden, küresel idare hukuku açısından yasal müdahaleyi kavramsallaştıran Kingsbury, Krisch, Stewart, Esty ve Cassese bulunmaktadır. Uluslararası hukuk kavramına bağlılığını sürdürenler ise Armin von Bogdandy, Philipp Dann ve Matthias Goldmann tarafından temsil edilmektedir.

Küresel idare hukukunu, bir hukuk sistemi olarak tanımlayanların başında Kingsbury¹⁴ gelmektedir. Bu kavramın altında yasal mekanizmaları, prensipleri ve pratikleri tartışmıştır. Bu tartışmaları yaparken “uluslararası” kavramı yerine özellikle “küresel” kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Uluslararası hukukun kaynakları ile küresel idare hukukunun kaynaklarının benzer yönleri bulunduğunu kabul etmektedir. Uluslararası teamül hukuku, *jus cogens*, antlaşmalar hukukunun temel prensipleri bu benzeşen noktalardan bazılarıdır. Fakat küresel idare hukukunun bu klasik tanımın dışında unsurları da barındırdığını savunmaktadır. Krisch ve Kingsbury¹⁵ de bu sistemin yasa koyucu gibi hareket edişi, içinde pek çok kurum barınması, ulusal ile uluslararası arasındaki sınırın kaybolmaya başlamasından bahsederek; bu durumu yeni bir hukuk dalının doğuşu olarak anmaktadır.

¹² Çakmak, N. Münci (2012) “Global İdare Hukuku Tartışmaları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789362>> s.e.t. 01.07.2020.

¹³ Güneysu, Gökhan (2015) “Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku - Bir Girizgah”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <<http://openaccess.inonu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11616/3916/makale.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> s.e.t. 14.02.2020.

¹⁴ Kingsbury, Benedict (2009). “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, The European Journal of International Law, <<http://www.ejil.org/pdfs/20/1/1784.pdf>> s.e.t. 20.02.2020.

¹⁵ Krisch/Kingsbury, s.13.

Küresel idare benzeri bir düzenleyici otorite ihtiyacı, uluslararası ve hükümetler arası örgütlerin kurulması ihtiyacını doğurmuştur. Bu örgütlerin sayısı, bunları tanımlamak için kullanılan ölçüte göre değişim göstermektedir. Kısıtlayıcı bir ölçüte göre bu sayı 2004'te 245 iken, daha geniş bir ölçüte göre 7306'dır¹⁶. Casini¹⁷, ye göre bu sayılar daha yüksektir. 60.000'den fazla uluslararası organizasyon ve 2.000'den fazla küresel otorite olduğunu belirtmektedir. Bu sayıları daha anlamlı kılmak için aynı tarihlerde Birleşmiş Milletler (BM) üyesi 193 devlet olduğunu söyleyebiliriz. Daha ilginç olan bu örgütlerin kurulma hızıdır. Yüzyılın son çeyreğinde bu örgütlere kamu otoritelerinin katılımı da üç kat artmıştır¹⁸.

Bazı sektörlerde birden fazla düzenleyici otorite bulunmakta ve her örgüt farklı bir sorumluluk alanında yer almaktadır. Tüm bu örgütleri koordine etme işi de farklı örgütlerin doğumuna sebep olmaktadır. Pek çok küresel düzenleyici sistemin olduğu bu ortamda devletin sahip olduğu kamu gücü tekelinin optik bir yanılgıya dönüştüğü söylenebilir. Bu küresel yasal düzenin, devletin yerini aldığı veya daha dominant hale geldiği anlamına gelmez. Ama her ikisinin de seslerini duyurmaya başladığı söylenebilir.

A. KÜRESEL İDARE HUKUKUNUN PRENSİP VE DEĞERLERİ

Devlet yapılanması belirli kriterlere dayanmaktadır. Batılı anlamda devlet kimliği; bir takım prensip ve değerlere dayalı olarak kurulan, demokrasiye dayalı, anayasal yönetime sahip olan, birey haklarına ve özel mülkiyete dayalı ekonomisi olan yapılardır¹⁹. Anayasasının 2. maddesi de cumhuriyetin nitelikleri arasında “hukuk devleti” ilkesine yer vermiştir. Bu

¹⁶ **Cassese, Sabine** (2006) “Administrative Law Without The State? The Challenge of Global Regulation” International Law and Politics, <<http://www.iilj.org/gal/documents/administrativelawwithoutthestate.pdf>> s.e.t. 07.02.2020, s.671.

¹⁷ **Casini, Lorenzo** (2016) “The Expansion of the Material Scope of Global Law”: Cassese, Sabina (Editor), Research Handbook on Global Administrative Law, Cheltenham Edward Elgar Publishing Limited, s.26.

¹⁸ **Cassese**, s.672.

¹⁹ **Aydınlı/Rosenau**, s.42.

kavram, en kısa tanımıyla, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır. Anayasa Mahkemesi de, hukuk devletini “insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet” şeklinde tanımlamıştır²⁰.

İdarenin dayandığı temeller ülkeden ülkeye değişiklik gösterse de bir takım temel değerlere dayanma bütün hukuk düzenlerinde ortaktır. Küresel idare hukukunu da bir hukuk düzeni olarak düşündüğümüzde tıpkı devlet yapılanmasındaki gibi temel prensip ve değerleri ararız. Bu değerlerin olmaması, küresel idare hukuku olarak adlandırdığımız bu sistemi, devlet egemenliğini tehdit eden bir yapıya dönüştürebilir. Nitekim BM Güvenlik Konseyi ve Gıda Standartları Komisyonu uygulamaları bazı yazarlarca otoriter olarak anılmaktadır²¹. Berek-Erez ve Perez²² bu yeni sistemin tarafsız olmadığını, neo-liberal ve kapitalist politikalar ile şekillendirildiğini belirtmektedirler. Bunun bir sonucu olarak politik kontrol küresel olarak kapitalizm etkisindedir. Cassese²³ de benzeri görüştedir. Devlet yapılanmasında idarenin yetkileri şeffaflık, dinlenme hakkı, yargı denetimi gibi bir takım kurullarla birey lehine sınırlanmıştır. Uluslararası hukuk düzeninde devlet yetkilerinin bir kısmı küresel idareye devredilir. Küresel idarenin herhangi bir kısıtlama olmaksızın bu yetkiyi kullanacak olması düşünülemez.

²⁰ **Özbudun, Ergun** (2005) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s.382.

²¹ **Bogdandy, Armin von** (2008) “General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field”, German Law Journal, <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b85d21859fd0b8c4b202ec/1454923042394/GLJ_Vol_09_No_11_Bogdandy_2.pdf> s.e.t. 10.02.2020, s.1913.

²² **Barak-Erez, Daphne/Perez, Oren** (2013) “Whose Administrative Law is it Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State”, Cornell International Law Journal, <<https://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Barek-Erez-Perez-final.pdf>> s.e.t. 14.02.2020, s.461.

²³ **Cassese** s.235.

Tüm küresel idareyi bir bütün olarak içine alabilecek bir sistem olmadığından akla gelen ilk çözüm genel ilkelere bakma yönündedir.

Anayasamıza baktığımızda hukukun genel ilkelerinden doğrudan doğruya söz edilmemiş olmakla birlikte 138. madde bu ilkelerin hâkim tarafından bir hukuk kaynağı olarak kullanılabileceğini imâ etmektedir²⁴ (“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.” . 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin²⁵ 53. maddesi de uluslararası hukukun emredici normlarına atıf yapmaktadır:

Bir antlaşma yapılması sırasında uluslararası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından uluslararası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin uluslararası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur.

Aynı antlaşmanın 64. maddesi de bu tezi destekler niteliktedir: “Eğer uluslararası genel hukukun yeni bir emredici normu ortaya çıkarsa, bu normla çatışan mevcut herhangi bir antlaşma batıl hale gelir ve sona erer.” Her iki maddeyle ilgili sorun bu maddelerin nasıl uygulanacağı sorunudur. Uluslararası hukukun genel kabul görmüş emredici normunun hangisi olduğunu belirtmemektedir.

Hukukun genel ilkelerinin tam ve herkesçe kabul edilebilecek bir tanımını yapmak kolay olmamakla birlikte, bu konuda pozitif bir temel olarak Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün²⁶ 35. maddesinden yararlanılabilir. Bu

²⁴ “Anayasa’nın 138. Maddesine göre hâkimler, “...Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler..” ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AİHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez.”

Bu görüş, karşı oy gerekçesinde dile getirilmiştir. AYM, E: 2002/1, K: 2008/1, K.T. 29.1.2008, R.G. 01.07.2008, S. 26923.

²⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations Treaty Series, 1969, V: 1155, Türkçesi: **Gündüz**, s. 66-87.

²⁶ **BM** (1945) Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf> s.e.t. 20.02.2020.

madde, “uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkelerini” uluslararası hukukun kaynakları arasında saymıştır. Anayasa Mahkememiz de, muhtemelen bu tanımdan esinlenerek, hukukun genel ilkelerini, “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerinin benimseyip uyduğu ilkeler” olarak tanımlamıştır²⁷.

Ortak kanı hukukun genel ilkeleri olmasına rağmen bu ilkelerin hangisi olduğu konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır. Yazarlarca nedensellik, şeffaflık, genellik, insan hakları, özerklik ve işbirliği gibi kavramlar tartışılrsa da bir fikir birliği bulunmamaktadır. Dahası bu ilkelerin yazılı olduğu uluslararası kabul görmüş bir metin de bulunmamaktadır. Ulusal hukuku düşündüğümüzde bir üst norm olarak devletin anayasası bulunur. Küresel idare hukuku herkesçe kabul gören yerel idare hukukunu bir arada tutan anayasal çerçeveden yoksundur. Hükümet veya daha üst bir organ bulunmamaktadır. Sadece sektörel alt idareler bulunmaktadır. Bununla birlikte uluslararası hukukta anayasalaşma eğilimi gözlemlenmektedir. İnsan haklarının, ceza hukukunun kaynağı olarak tanınması bunun göstergelerindedir. Gene de bu örnekler, idare hukuku ile kıyaslandığında ilkel örneklerdir.

Bazı yazarlar BM Antlaşmasını; üyelik koşulları, diğer antlaşmalardan üstünlüğü (103.madde), değiştirilemezliği, uluslararası hukukun temel belgelerinden oluşu, hatta uluslararası hukuku düzenleyen temel belge oluşu, tüm ülkeleri kapsayıcı yapısı ve üye ülkeler için bağlayıcı oluşu gibi sebepler nedeniyle anayasa metni eş değerinde görmektedir. Hatta bazı yazarlar bu iddiayı bir adım daha ileri götürerek uluslararası hukuku düzenleyen temel belge oluşu sebebiyle BM Antlaşmasını, “uluslararası anayasallaşma (*international constitutionalism*)” olarak tanımlamaktadır²⁸.

BM’in kuruluşunu düzenleyen bu antlaşma Türkçeye “antlaşma” terimi ile çevrilse de orijinal hali “*Charter of the United Nations*” şeklindedir. Orijinal halinde “treaty” ya da “instrument” olarak ifade etmek yerine “charter”

²⁷ Özbudun, Ergun (2005), Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s.120.

²⁸ Ruffert/Steinecke, s.29.

terimiyle ifade edilmesi de bazı yazarların bu metni anayasa eşdeğerinde görmesine kaynaklık teşkil etmektedir²⁹.

Bahsi geçen BM Antlaşmasının 103'üncü maddesi şu şekildedir: "Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası antlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir." Metinden de açıkça anlaşıldığı üzere bu madde ile BM Antlaşmasına üstünlük tanınmış, normlar arasında daha üst seviyede bir konuma getirilmiştir. 1969 tarihli Viyana Konvansiyonu da bu maddeyi desteklemektedir. Zaten BM Antlaşmasını anayasa olarak değerlendiren yazarların temel dayanağını oluşturan etmenlerden biri de budur.

Hukuki bir kavram olarak anayasa, bir devletin temel yapısını, kuruluşunu, iktidarın devrini ve devlet iktidarı karşısında bireylerin özgürlüğünü düzenleyen bir belgedir³⁰. Teziç'in tanımından yola çıkarsak anayasa kavramının devletin yapısından ayrılmayacağı sonucuna ulaşabiliriz. Bu da uluslararası sistemde anayasa benzeri bir yapı bulunamayacağı iddiasına götürebilir. Gözübüyük³¹'e göre ise anayasalar, ekonomik ve toplumsal alanda siyasi iktidarlara yön veren temel bilgileri, bireylere sağlanan temel hak ve özgürlükleri gösterirken; temel hak ve özgürlüklerin güvencesini de oluştururlar. Gözübüyük'ün tanımıyla anayasa kavramı uluslararası literatüre daha uygundur. Anayasa kavramını tanımlama maddi ve şekli açıdan yapılacak olursa, siyasi iktidarın örgütlenmesi ile hak ve özgürlüklere ilişkin tüm normlar maddi anlamda anayasanın kapsamındadır. Burada anayasal konulara ilişkin kuralları yapan organın niteliği önemli değildir. Şekli anlamda anayasa ise, kanundan farklı usullere uyularak yapılan ve değiştirilen, biçimiyle nitelendirilen işlemlerdir.

Her ne kadar 103. madde ile BM Antlaşmasına diğer antlaşmalara göre bir üstünlük tanınmakta ve hiyerarşide daha üst bir noktaya konulsa da; BM antlaşması dahi devlet yapılanmasında anayasanın çerçeve çizen yapısını tam

²⁹ Ruffert/Steinecke, s.29-32.

³⁰ Teziç, Erdoğan (2003), Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, s.136.

³¹ Gözübüyük, Şeref (2004), Anayasa Hukuku, İstanbul, Turhan Kitabevi, s.45.

olarak kapsayamamaktadır. Bu da ana sorumluların demokratik hesap verilebilirlik gibi kontrol mekanizmalarına tabi olmamaları sonucunu doğurmaktadır³². Küresel idare hukukuna getirilen sistemsel eleştirilerin başında da bu problem gelmektedir. Devletin egemenlik yetkilerinin bir kısmından uluslararası hukuk ve düzen yararına feragat ettiğini yukarıda belirtmiştik. Yerine gelen yapıda devlettekine benzer kontrol mekanizmalarının olması beklenmektedir.

BM Antlaşmasını anayasa olarak kabul etsin veya etmesin yazarların ortak kanısı bu tür değerlere küresel idare hukukunda da ihtiyaç olduğu yönündedir. Anayasalar, kurumsal yapıyı düzenleyen belgeler olmanın ötesinde, normatif niteliğe sahip bir hak ve özgürlükler belgesi ve değerler sistemi olarak toplumsal hayatın tümünü içerir. Küresel idarenin dayandığı tüm hak ve özgürlükler ile değerleri ifade eden bir metin bulunmadığından, bu tanıma göre de BM Antlaşması Anayasa metni eş değerinde değildir.

Bu kavramların aranması gerektiği herkes tarafından kabul görse de hangi kavramların aranacağı konusunda tartışma vardır. İdare hukukunun en gelişkin örneklerinin görüldüğü batı hukukları arasında bile bu konuda ayrımlar vardır. Sadece Avrupa Birliği gibi küçük bir topluluk içinde dahi birden fazla idare hukuku sistemi kullanılmaktadır. Ekonomik bütünlüğü büyük oranda sağlamış Avrupa Birliği (AB) içinde dahi, Avrupa bütünleşmesi için bir anayasa oluşturulması fikri yıllardır tartışılmakla birlikte nihai bir sonuç elde edilebilmiş değildir.

B. KÜRESEL İDARE HUKUKUNUN ÖZNELERİ

Küresel idare hukuku yapılanmasını savunan görüşün en temel farklılıklardan biri olarak gördüğü husus özneler konusudur. Klasik teoride uluslararası hukukun aktörleri olarak devletler yer almaktadır. Ancak günümüzde gelinen noktada küresel yasal düzeninin çok sesli bir birlik olduğu söylenebilir. Geleneksel pozitivist anlayış da devletleri, uluslararası hukukun ana aktörler olarak görür. Modern pozitivistler ise hükümetler arası organizasyonları, hükümet dışı oluşumları, küresel ekonomik aktörleri ve

³² Aydınli/Rosenau, s.143.

küresel medyayı da kabul etmektedir. Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO) ve Batı Avrupa Birliği (WEU) gibi askeri antlaşmalardan, hükümetler üstü organizasyonlara, BM'den Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (ICAO), Uluslararası Ticaret Odası (ICC), Dünya Sağlık Örgütü (WHO), Dünya Ticaret Örgütü (WTO), IOC ve WADA gibi özellikli bir konuya eğilen teşkilatlara; Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Amerika ve Afrika'daki bölgesel işbirliklerine, Commonwealth ve Frankofon birliğine; G8 ve G20 ortaklıklarına kadar sayısız uluslararası organizasyon bulunmaktadır. Bu çeşitlilik içerisinde BM gibi büyük örgütlerde bile astlık üstlük ilişkisi yoktur.

Uluslararası hukukun doğuş amacı bir devletin, diğer devletlerle olan ilişkilerini düzenlemektir. Yerel güçler alınan kararları yasalarına yansıttığı ölçüde, bireyler de bundan etkilenmektedir. Özellikle çevre ve mali konularda verilen kararların ülke hukukuna yansıtılması beklenir. Klasik teoride yerel yasa koyucuların bu gibi uluslararası yükümlülüklerine uyması beklenir. Bireyler yalnızca dolaylı olarak etkilenen statüsündedir. Ancak günümüzde küresel idare hukukunun bireyleri, şirket ve sivil toplum örgütlerini doğrudan etkileyebilecekleri varsayılır.

Klasik teoride ulusal yasa koyucunun koyduğu kuralların yalnızca ülke sınırları içinde etkili olduğu kabul edilir. Fakat bu etki bazen ülke sınırlarını aşabilmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) hükümetinin ticarete aldığı bir karar Çin borsasında doğrudan etki doğurabilmektedir³³. Yerelde alınan kararların etkisi ülke sınırlarını aşsa da, diğer ülkelerin bu kararların alınması aşamasında bir etkisi olmamaktadır.

Uluslararası şirketler de küresel idarenin bir parçası olmuş durumdadır. Aldıkları kararlar bireyleri hatta ülkeleri etkileyebilmektedir. Rusya'da yapılan 2018 Dünya Kupasına günler kala Nike şirketinin aldığı karar en güncel örnektir. Şirket ABD'nin İran yaptırımları nedeniyle, İran milli futbol takımına Rusya 2018 için ayakkabı yollamayacağını beyan etmiştir. Marka, İranlı oyunculara destek olamayacağını, Beyaz Saray'ın kurallarına uymak

³³ BBC (2019, 05 06), Trump'ın ek gümrük vergisi tehdidinin ardından Çin borsası sert değer kaybı yaşadı. <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-481732022>> s.e.t. 14.02.2020.

zorunda olduklarını açıklamıştır. Alınan karar her ne kadar ABD menşeli görünse de şirket aracılığıyla uygulanmış ve İran'ı doğrudan etkilemiştir³⁴.

Bu konuda çok daha etkili başka örnekler de bulunmaktadır. Medyada bunların en ses getirenlerinden biri Çin'in en büyük telefon üreticisi Huawei'ye yapılandır. ABD menşeli bir firma olan Google ve ARM firmasının bu şirketle bağlarını keseceğini açıklaması uluslararası şirketlerin de bu alanda birer aktör olduğunun kanıtı niteliğindedir. Huawei'ye getirilen bu yasağın temelinde ABD hükümetinin siber güvenlik endişeleri yatmaktadır³⁵. Bu yasağın etkilerinin Çin menşeli Xiaomi, Matebook ve Lenovo gibi firmaları kapsayıp kapsamayacağı henüz belirsiz olsa da, füze ve Iphone yapımında kullanılan madenlerin ana tedarikçilerinden olan Çin'in vereceği karşılık küresel idarenin uluslararası anlaşmazlıklar konusunda da yeni bir boyuta geçmesine neden olabilir³⁶.

“Küresel idare hukukunda Yargı” başlığı altında açıklanacak uluslararası mahkemelerin gelişmesi de bu alana başka bir aktörün girmesine sebep olmuştur. Uluslararası mahkemelerin iş yükü arttıkça bu alanda çalışan kişi sayısı da artmaktadır. Bu alanda uzmanlaşan avukatların sayısı devletlere, iş sahiplerine ve dava açmayı düşünen bireylere yol göstermek üzere her geçen gün artmaktadır. Örneğin Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Organı bu alanda ticaret hukuku ile ilgilenen avukatlar için yeni bir uzmanlık alanı haline gelmiş durumdadır³⁷.

Küresel idare aktörleri olan bu örgütlerin işlevleri, devletteki idare hukuku işleyişinden farklılık arz eder. Devlet yapılanmasında idare hukuku,

³⁴ **BBC** (2018, 06 12), World Cup: Nike boots barred for Iran footballers amid US sanctions <<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-44457911>> s.e.t. 14.02.2020.

³⁵ **The Verge** (2019) “The case against Huawei explained”, <<https://www.theverge.com/2019/5/22/18634401/huawei-ban-trump-case-infrastructure-fears-google-microsoft-arm-security>> s.e.t. 14.02.2020.

³⁶ **The New York Times**, (2019, 05 23), “China’s Supply of Minerals for iPhones and Missiles Could Be a Risky Trade Weapon”, <<https://www.nytimes.com/2019/05/23/business/china-us-trade-war-rare-earths.html>> s.e.t. 14.02.2020.

³⁷ **Alter, Karen/Helfer Laurance/Madsen, Mikael** (2016), “How Context Shapes the Authority of International Courts”, *Law and Contemporary Problems*, <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss1/1>> s.e.t. 14.02.2020 s.24.

bireyle devlet arasındaki ilişkileri düzenler. Uluslararası idare hukuku ise devletlerarasındaki ilişkileri düzenlerken; küresel idare hukukunun tarafları hem devlet, hem bireyler, hem de ulus üstü örgütlenmeler olabilmektedir. Üye ile üye olmayan ve özel yahut kamu kurumlarını ayıran çizgi net değildir. Uluslararası Sivil Savunma Teşkilatı (ICDO) da hem ilişkili, hem bağlantılı üyelerin oy hakkı bulunmaktadır. Sivil toplum kurumlarını üye olarak kabul eden pek çok kurumsal örgüt bulunmaktadır: Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU), Dünya Meteoroloji Örgütü (WMO), ILO, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO), ICAO gibi. Örneğin Uluslararası Hava Taşımacılığı Pilotları Federasyonu (IFALPA), Uluslararası Uçak Sahipleri ve Pilotlar Derneği Konseyi (IAOPA) konseye katılmaktadır. Son olarak pek çok küresel örgüt, birlikleri (başta Avrupa Birliği) üye olarak kabul etmektedir. Dünya Ticaret Örgütü, ICDO ve Uluslararası Zeytinyağı Konseyi gibi.

Aslında küresel idare hukukunun bireyleri, hukuk öznesi olarak tanınması 1920'lerde Milletler Cemiyeti'nin kurulması ile başlamıştır. O yıllarda küresel idare hukuku öznesi olarak tarih sahnesine çıkan kişiler uluslararası örgüt çalışanlardır. Bu kişilerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen hükümler de küresel idare hukukunun ilk uygulamalarıdır. Küresel idare hukuku, uluslararası örgütlerin kendileri için çalışanlar ile ilgili yetkilerinin kullanılmasına kısıtlamalar getirerek hesap verilebilirliği ve meşruiyetlerini arttırmaktadır.

Uluslararası rejimin ulaşmaya çalıştığı amaçlardan biri de devletlerin yükümlüklerini bireylere karşı olan uygulamalarında hatırlatmaktadır. AB gibi çok uluslu yönetim örnekleri bu açıdan önemlidir. Nesli Tehlikede Olan Türlerin Uluslararası Ticaretine İlişkin Sözleşme³⁸ (CITES), ozon tabakasının incelenmesi ile ilgili Montreal Protokolü, tehlikeli atıklarla ilgili Basel Kongresi ve ILO Sözleşmeleri de buna benzerdir. Uluslararası yönetim organları klasik teorinin aksine burada doğrudan düzenleyici ve denetleyici konumunda bulunmaktadır. Pek çok uygulamada yönetim organları hükümet temsilcileri ile sivil toplum örgütlerinin bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Örneğin ILO

³⁸ The Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, United Nations Treaty Series, V: 993, 1983.

ulusal hükümetlerin temsilcileri yanında, işveren ve çalışanlardan oluşmaktadır.

Küresel örgütlerin toplantılarında hükümet dışı topluluklardan en büyük katılım sivil toplum kuruluşları temsilcilerinden oluşmaktadır. Bu yapıların katılımı, şeffaflık kriterinin gelişimine katkı sağlamaktadır. İmkân verildiği ölçüde iş dünyası ve sendika toplulukları da, tavsiye komisyonlarına üyelikler yoluyla, aktif katılım göstermektedir. Her ne kadar endüstri kollarının tamamı için temsilci öngörülse de, tüketici gruplarının katılımı maliyetler sebebiyle kısıtlı kalmaktadır³⁹.

Sivil toplum örgütlerinin bir başka işlevi uluslararası mahkemeler vasıtasıyladır. Özellikle insan hakları alanında çalışan sivil toplum örgütleri uluslararası mahkemelere test davaları açmaktadır. Böylece belli konularda hâkimleri uluslararası metinleri yorumlamaya zorlamaktadırlar. Bu kuruluşlar aynı zamanda bireylerin açtığı davalarda gözlemci olarak katılmakta, dosyalara erişim izni istemekte ya da davanın seyrini değiştirebilecek önerilerde bulunabilmektedirler⁴⁰.

Sivil toplum kuruluşlarının uluslararası mahkemeler üzerindeki etkisine somut örnek, Uluslararası Ceza Mahkemesi örnektir. Bu kuruluşlar, mahkemenin kuruluşunda etkili olmalarının yanı sıra, mahkemenin işleyişinde de aktif görev almışlardır. Mahkemenin faaliyetlerini yakından takip etmekte ve en sert eleştirileri getirmektedirler⁴¹.

Devletlerin esas özne olduğu yapılanmalar da mevcuttur. Dünya Ticaret Örgütü yapılanması buna örnektir. Bu durumlarda, bireyler ve özel sektör temsilcileri yalnızca korunan veya faydalanan konumundadır. İyi yönetim, hukukun üstünlüğü veya çevre standartları söz konusu olduğunda ya da Dünya Bankası gelişmekte olan ülkelere mali yardımda bulunacağı zaman doğrudan devletle muhatap olur, diğer güçler temsil kabiliyetine haiz değildir.

³⁹ **Steward, Richard B.** (2005), "U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law? Law and Contemporary Problems", <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1362&context=lcp>> s.e.t. 14.02.2020, s.87.

⁴⁰ **Alter ve diğerleri**, s.24.

⁴¹ **Güneysu**, s.291.

Küreselleşmeyle bölgeler, alt bölgeler ve kentler adeta yeniden keşfedilmeye ve onlara yeni anlamlar yüklenmeye başlamıştır. Tüm dünyada yerelin kendisi doğrudan bir aktör olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Bütün metropoller, dünyanın değişik kentleriyle ve uluslararası kurumlarla doğrudan ilişki kurmaya başlamıştır. Başka bir ifadeyle yerel kendi pozisyonunu, ekonomik alanda, ulus devletten ayrı olarak belirleyebilir hale gelmiştir. Her bir yerel birimin iç ve dış ilişki kurma kapasitesi artmış, bu birimler küresel idare hukukunun bir öznesi haline gelmiştir.

Yukarıda sayılan örneklerden de anlaşıldığı üzere, küresel idare hukukun öznelere klasik uluslararası hukuktaki tanımından daha geniştir. Üstelik bu alanda bir birlik olmadığı gibi örgüt yapılanmasına göre değişiklik arz etmektedir.

C. KÜRESEL İDARE HUKUKUNDA YARGI

Hukukun varlığından söz edebilmemiz için müeyyide gücüne sahip olması gerekir. Hukuk belli bir toplumda, belli bir dönemde yürürlükte olan ve devlet tarafından yaptırıma bağlanmış toplumsal davranış kurallarının bütünüdür. Yaptırım ise, hukuk kurallarına karşı gelindiğinde, kanunlar çerçevesinde kullanılan devlet gücüdür. Yaptırım unsuru, hukuk kurallarını öteki davranış kurallarından (din, ahlak, görgü vs.) ayırır. Ulusal hukuk bu güce sahiptir. Ulusal hukuk içerisindeki herhangi bir hukuk kuralını incelediğimiz zaman, kuralın emredici bir yönü olduğunu anlayabiliriz. Hukuk normu, belli şeylerin yapılmasını veya belli şeylerden kaçınılmasını emreder. Hukuk normlarına uyumun sağlanabilmesi ve sürdürülebilmesi hukuk hayatında cebir varlığını sürekli biçimde korumasına bağlı bulunmaktadır. İnsanların büyük çoğunluğu cebir kullanılmasına gerek kalmaksızın hukuk kurallarına kendileri uyarlar. Bazı ülkelerde cebir kullanılması minimum düzeye inmiş olabilir. Ancak böyle bir gözlemin geçerli olması, cebir mekanizmasının hukuk hayatı bakımından kaçınılmaz bir zorunluluk olması gerçeğini ortadan kaldırmaz. Ceza hukukunun kişiyi özgürlüğünden mahkûm etme veya idam gibi müeyyide güçleri bulunmakta, özel hukukta ise kişi malından veya parasından olabilmektedir. Hukuk uygulaması, bağlayıcı hukuk normu olmaksızın imkânsızdır. Devletin yetkili

kıldığı kişilerin kurala uyulmasını sağlamak için zor kullanma yetkisi genel ve sürekli bir durumdur.

Küresel idare hukukunu bir hukuk düzeni olarak kabul ettiğimizde benzer güvencelerin aranması kaçınılmazdır. Casini⁴² küresel idare hukukunun gelişiminin düzenleyici, yargısal, kurumsal ve prosedürel olmak üzere dört boyutlu olduğunu belirtmektedir. Küresel idare hukuku söz konusu olduğunda hesap verilebilirlik konusu da tartışılan konulardan biri olmuştur. Küresel idarenin eylemlerinin, hizmet vermesi gereken aktörlere hesap verebilirliğin sağlanması sorgulanır. Bu yetki ise bağımsız mahkemelere verilmiştir. Uluslararası sistemde ise uluslararası mahkemelerin verdiği kararların bu yetkiyi uluslararası antlaşmalardan aldığı varsayılır. Fakat devletin antlaşmayı imzalamayarak kendini bu yükümlülüğten muaf tutma veya imzalamasına rağmen yürürlüğe sokmama ihtimalleri bulunmaktadır. Hukuk devleti için temel unsurlardan sayılan yargı denetiminin nasıl sağlanacağı bu kapsamda incelenmelidir.

Avrupa siyasi bütünleşmesi ve anayasal temellerinin oluşmasındaki en büyük katkıyı kuşkusuz Avrupa Birliği Adalet Divanı (ECJ) içtihatları sağlamaktadır. ECJ, Avrupa Birliği'nin yargı organıdır ve Adalet Divanı, Genel Mahkeme ve uzmanlık mahkemeleri olmak üzere üçlü bir yapıdan oluşur. ECJ'nin temel amacı, Avrupa Birliği hukukunun Avrupa Birliği içerisinde her yerde aynı şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamaktır. ECJ, Birlik hukukunun yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlama, ulusal hukuk düzenleri ile Birlik hukuk düzeni arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, hukuki denetim, yorum, uyuşmazlık çözme, hukuk yaratma ve boşluk doldurma işlevlerini yerine getirir⁴³. Birlik hukukunun yargısal denetim fonksiyonunu yerine getiren ECJ'nin genel amacı, kurucu antlaşmaların yorumlanmasında ve uygulanmasında hukuka saygı ilkesinin gözetilmesini sağlamaktır. Bu noktada ECJ, yargıçlarının teleolojik yani amaçsal yorum yöntemini kullanarak Avrupa'nın bütünleşmesinde kurucu antlaşmaları yorumlamaktadırlar. Bu yönüyle ECJ, bir çeşit anayasaya

⁴² Casini, s.39.

⁴³ Dışişleri Bakanlığı (2015) "Bir Bakışta AB/ Avrupa Birliğinin Kurumları/ Avrupa Birliği Adalet Divanı", <https://www.ab.gov.tr/_45632.html> s.e.t. 14.02.2020.

uygunluk denetimi işlevini yerine getirmekte; yargı kararları yoluyla Avrupa siyasi bütünleşmesine gidilmektedir⁴⁴.

AB için yargı sistemi işlevini gören ECJ benzeri bir yapı küresel düzeyde bulunmamaktadır. Yukarıda küresel idare hukukunda anayasa benzeri bir metin olarak BM Antlaşması tartışılmıştı. BM bünyesinde dahi, tüm uluslararası yapıyı kapsayacak bir mahkeme yapılanması bulunmamaktadır. BM alt örgütlerinde bu türden yapılar bulunmaktadır. Ancak onların da ECJ kadar kapsayıcı olduğunu söyleyemeyiz. Bu konuda somut bir örnek, BM'nin bir parçası olan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (ITLOS) örneğidir. BM alt kuruluşu olmasına rağmen 135 ülkenin 24'ü seçim yapmış, merci bunlardan yalnızca 14'ü tarafından tanınmıştır⁴⁵. Her ne kadar ITLOS yeni bir yapılanma olsa da; yerel mahkemenin yetkisi bu konuda çok daha nettir ve anlaşmazlık olduğunda, yasa koyucular ile hukuk uygulayıcılar dâhil, her bireye uygulanacağı kesindir.

Hukuki cebrin en önemli niteliği caydırıcılık unsurunu ihtiva etmesidir. Genellik, süreklilik, rastlantısal olmamak hukuki yaptırımın temel özellikleridir. Caydırıcılık unsuru ile kast edilen, uygulanan cebrin başkalarının da aynı fiili işlemlerini önleyecek nitelik taşımasıdır. Oysa küresel idare hukukunun belirlediği kurallar, yukarıda ITLOS antlaşmasının tanınırlık sorununa değinildiği üzere, genellik unsurunu ihtiva etmemektedir. Kuralın sadece antlaşmayı tanıyan devletlere uygulanacak olması, caydırıcılık unsurunu zayıflatmaktadır.

Küresel idarenin aldığı kararların denetimini kimin yapacağı; ulusal mahkemelerle devam mı edileceği, yoksa küresel yasal sistemin kendi mahkemelerini mi kuracağı sorunu akla gelen bir diğer sorundur. Birinci ihtimalin gerçekleşmesi durumunda yerel mahkemelerin bu kuralları nasıl yorumlayacağı sorunu ortaya çıkar.

⁴⁴ **Oğuzlar, Özlem** (2006), Avrupa Anayasası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-245>> s.e.t. 20.02.2020, s.183.

⁴⁵ **Warioba, Josheph Sinde**, (2001), "Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts", MPIL Research Paper Series, <https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_warioba_5.pdf> s.44.

Küresel idare hukukunda AB örneklemindekine benzer bir üst otorite olmadığından, bu sorun çözümsüz kalmaktadır. Küresel idare hukukunda üst otoritenin boşluğu, kuralların nasıl uygulanacağı hususunda da sorun yaratmaktadır. Yerel mahkemelerin bu konuda bilgilendirilmesi için uluslararası temsil heyetlerine görev düşmektedir⁴⁶. Yerel mahkemelerin uygulaması bu aşamada önem kazanmaktadır. ICDO ve WMO gibi kurumlar çözüm mekanizmalarına ihtiyaç duymazken, küresel örgütlerin bir kısmı küresel örgütlerle ilgili konuları ulusal mahkemelere bırakmıştır.

Küresel idarenin kararlarını uygulama görevini yerel mahkemelere bırakan görüşün aksine, bazı uluslararası mahkemeler doğrudan yerel idarenin kararlarını denetleme misyonunu üstlenmiştir. New York Konvansiyonu'nun tahkim mekanizması, Madde 19'a göre faaliyet gösteren Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması (NAFTA) çok uluslu panel kararları ve hatta AİHM buna örnek gösterilebilir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları doğrudan etki göstermektedir. Uluslararası organlarca atanan yabancı yargıçları da bünyesinde barındıran Bosna Anayasa Mahkemesi gibi ulusal mahkemeler ile ulusal- uluslararası organların bir araya gelmesi ile oluşan karma (*hybrid*) ceza tahkim mercileri de ulusal mahkemelerin aldığı kararlar üzerinde denetim uygulayabilmektedir⁴⁷.

Küresel düzeydeki düzenleyici rejimler arasındaki bu alandaki farklılıklar bulunmaktadır. Uluslararası Standardizasyon Örgütü (ISO) gibi bazı küresel örgütler yalnızca devletlere eylemi için rehber olacak bir çerçeve sunarken, diğerleri yerel kurumlar için kılavuzlar oluşturmaktadır. Bazı örgütlerin kendi uygulama mekanizmaları varken, yine ISO bir uyumsuzlıkla karşı karşıya kaldığında uygulama için ulusal ya da bölgesel makamları kullanmaktadır⁴⁸. Bazıları anlaşmazlıkları çözmek için yargı organlarını kullanırken, diğerleri müzakere, uzlaşma veya arabuluculuk öngörmektedir.

⁴⁶ Steward, s.67.

⁴⁷ Kingsbury, s.44.

⁴⁸ Craig, Paul (2015), UK, EU and Global Administrative Law, Cambridge, Cambridge University Press, s.789.

En yaygın çözüm küresel idare mahkemelerinin kurulmasıdır. Bunlar genellikle “panel” denilen bağımsız organlardır. Dünya Ticaret Örgütü Uzlaşmazlık Çözüm organı, ITLOS, NAFTA antlaşması çerçevesinde faaliyet gösteren Uzlaşmazlık Paneli en bilinen örneklerdir. Dünya Bankası yatırımlarını ilgilendiren anlaşmazlıkların çözümü için kurulmuş ayrıca Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması⁴⁹, Enerji Şartı Antlaşması⁵⁰, Mercosur Sömürge Yatırım Protokolünü⁵¹ ilgilendiren anlaşmazlıkları da çözüme amacı olan ICSID, WIPO’nun Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi ve Dünya Bankası Denetim Paneli bunlardan birkaçıdır. Diğer uluslararası kurumların da benzeri organları bulunmaktadır⁵². WIPO Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü, Birleşmiş Milletlerin özelleşmiş 17 örgütünden birisidir. Alan adı kaydını elinde tutanlar ile aynı ada “.fr” veya “.ra.” gibi ulusal halleriyle sahip olanlar arasındaki uyuşmazlıkları çözümlenmektedir. İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (ICANN), internetin iş dünyası, teknik, akademik ve kullanıcı gruplarının geniş katılımıyla oluşturulmuş kâr amacı gütmeyen bir özel sektör kuruluşudur. ICANN’ı ilgilendiren uyuşmazlıklar Uyuşmazlık Çözüm Servisince çözümlenmektedir. Dünya Bankası denetim organı, Uluslararası Gıda Güvenliği Standartları ve Tehlikedeki Türlerin Uluslararası Ticaret Konvansiyonu ile ilgili olarak Gıda Standartları Komisyonu karar mekanizmasının faaliyetleri de benzeri örneklerdir.

II. SPOR HUKUKU UYGULAMASI

Spor rejimleri ve kamu makamları arasındaki ilişkiler yukarıda açıklanan küresel idare hukuku uygulamalarına bir örnek olarak hem uygulama birliği, hem de kurumsal işbirliğinin biçimlerini içermektedir.

Spor alanında oluşturulan uluslararası sistem küresel idare hukuku konusunda yukarıda tartışılan noktalarda pek çok soruna karşılık verir niteliktedir. 19. yüzyıldan bu yana özellikle Olimpiyatlarla ilgili

⁴⁹ North American Free Trade Agreement: Kuzey Amerika Serbest Ticaret Antlaşması.

⁵⁰ Energy Charter Treaty: Enerji Şartı Antlaşması.

⁵¹ Colonial Investment Protocol of Mercosur: Mercosur Sömürge Yatırım Protokolü.

⁵² Cassese, s.293.

düzenlemelerde çok yol alınmıştır. IOC tarafından düzenlenmekte olup, Olimpiyat Tüzüğü denilen ve olimpiyat oyunlarının prensip ve kurallarını belirleyen kendi anayasası bulunmaktadır. Örneğin, “spor uygulamasının bir insan hakkı olduğu” ifadesi Olimpiyatın Temel İlkelerinde yer bulmaktadır⁵³. Olimpiyat Tüzüğü, Olimpiyatın Temel İlkelerini ve temel değerlerini ortaya koymaktadır. Bunun yanı sıra, IOC’yi üst otorite olarak belirleyerek yanında diğer organlar olarak, Uluslararası Federasyonlar ve Ulusal Olimpiyat Komitelerine işaret etmektedir. Böylece idare için gerekli olan temel değerleri belirlemenin yanında sistemin temel organlarına yasal çerçeve sunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, yukarıda küresel idare hukukunun prensip ve detayları başlığında detayları açıklanan anayasa benzeri bir üst normun olmayışı problemi çözülmüş görülmektedir.

Spor alanında pek çok düzenleyici norm olmasının yanı sıra; bu alan kendi ihtilaf çözme organı olan Spor Tahkim Mahkemesi’ne (CAS) de sahiptir. 1983 yılında o dönemin IOC başkanı olan Juan Antonio Samaranch’ın katkılarıyla dünya genelinde tüm spor dallarını kapsayacak bir üst mahkeme yaratmak ülküsüyle kurulmuştur. CAS kurulduğu ilk dönemlerde fazla etkin olamamış, tanınırlık sorunlarıyla mücadele etmiş olsa da zamanla IOC’yi kontrol eden yapı haline gelmiştir. Yargı organına da sahip olması nedeniyle bazıları bu alana uluslararası spor hukuku, küresel spor hukuku veya *lex sportiva* adını vermektedir. *Lex sportiva* denilmesinin sebebi verdiği kararlar ve tavsiye kararları ile CAS’ın hukuk yaratma işlevine sahip olmasıdır. Her ne kadar verdiği tavsiye kararları bağlayıcı olmasa da, kuruma duyulan güven nedeniyle spor kuruluşlarının yapacağı tercihleri

⁵³ IOC (1956) The Olympic Games: Fundamental Principles, Rules and Regulations, General Information, Lozan
 <[68](http://library.olympic.org/Default/search.aspx?SC=CATALOGUE&QUERY=fundamental+principles+&QUERY_LABEL=#/Detail/(query:(Id:'0_OFFSET_0',Index:1,NBResults:24,PageRange:3,SearchQuery:(FacetFilter:%7B%7D,ForceSearch:!f,Page:0,PageRange:3,QueryGuid:'1a8a0618905e4f958ec3f7785a65c2f4',QueryString:'fundamental%20principles',ResultSize:10,ScenarioCode:CATALOGUE,ScenarioDisplayMode:displaystandard,SearchLabel:',SearchTerms:'fundamental%20principles',SortField:!,SortOrder:0,TemplateParams:(Scenario:',Scope:Default,Size:!,Source:',Support:'),UseSpellChecking:!)>> s.e.t. 20.02.2020.</p>
</div>
<div data-bbox=)

etkilemektedir⁵⁴. Bir önceki bölümde küresel yargı konusu tartışılmıştı. Küresel yargının bir gereklilik olduğu konusunda görüş birliği olsa da, getirilen eleştirilerden biri çok başlı yapısıydı. Spor hukuku söz konusu olduğunda, bu eleştiri de bertaraf edilmiş görünmektedir.

1993 yılında İsveç Federal Mahkemesinin CAS'ın uluslararası yargı organının sahip olması gereken özelliklerin tamamına sahip olmadığı yönündeki kararı üzerine, 1994 Paris Antlaşması ile yapısal değişikliklere gidilmiştir. Hâlihazırdaki sistem IOC'den daha bağımsız olacak şekilde kurgulanmıştır. Spor alanında çıkan uyuşmazlıkları çözümlenmek üzere tahkim ve arabuluculuk olmak üzere iki organdan oluşmaktadır. Organların her ikisi de Lozan (İsviçre)'dedir⁵⁵.

CAS tek bir mahkeme olsa da aslında verilen karar ulusal mahkeme, federasyon veya uluslararası federasyonların kararının yeniden değerlendirildiği bir tür temyiz benzeri yapılanmadır. Bu yönüyle yukarıda küresel idare hukukunda yargı başlığında değinilen yargı organlarının kararlarının tekrar değerlendirilmediği eleştirisi de bertaraf edilmektedir.

Yukarıda anlatılan girift yapısı, bireyler üzerinde doğrudan etki doğurması ve yerel hukukun üstünde yer alışı nedeniyle pek çok akademisyen, küresel idare hukukunda spor düzenlemelerini, birçok yasal düzenin bir arada bulunmasına ilişkin paradigmatik bir örnek olarak almıştır. Yine de CAS tarafından verilen kararların İsveç Federal Mahkemesince gözden geçirilmesi uluslararası mahkemelerin devletten tamamen bağımsız olamayacağını kanıtlamaktadır. 25 yılda verilen 1000'in üzerinde kararın yalnızca 30 tanesinin bu aşamaya gelmesi ve bunların yalnızca birinin bozulmasına rağmen İsveç Federal Mahkemesi tüm bu sistem için bir tür kapanış noktasıdır⁵⁶. Spor hukuku küresel idare hukuku örnekleme olarak sunulsa da,

⁵⁴ **Casini, Lorenzo** (2010), The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sports. German Law Journal, <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridgecore/content/view/2C6CAF230B302980A73466224662685A/S2071832200017326a.pdf/making_of_a_lex_sportiva_by_the_court_of_arbitration_for_sport.pdf> s.e.t. 14.02.2020, s.1319.

⁵⁵ **Casini**, s.1323.

⁵⁶ **Casini**, s.1336-1337.

küresel yargıda itiraz mercii olmadığı eleştirisi, spor hukukunda da çözülebilmiş değildir.

Olimpiyat rejimi sebebiyle devletler uluslararası bazı normları üst belgeler olarak kabul etmiş durumdadır. IOC ile ilgili iki örnek Olimpiyat sembolünün korunması ile ilgili 1981 tarihli Nairobi Antlaşması ve 2007’de BM A / RES / 62/4 Genel Kurul kararıyla kabul edilen Olimpiyat ateşkesi (*ekecheiria*)’ dir. Karar, spor ve olimpik ideal aracılığıyla barışçıl ve daha iyi bir dünya inşa etme şeklinde ifade bulmaktadır. Olimpiyat ateşkesine rağmen devletler arasındaki anlaşmazlıklar spor müsabakalarına yansımaktadır. 1970’lerdeki ABD-Çin arası ping pong diplomasisi, 1964’te Güney Afrika’nın Tokyo Olimpiyat oyunlarından çıkarılması, Soğuk Savaş sırasında ABD-SSCB arasındaki boykotlar bunun örnekleridir. Bu olumsuz örneklerle rağmen üst yönetim uluslararası spor organizasyonları ile kamu otoritelerini bir araya getirmektedir. Olimpiyat Tüzüğü 2/4 IOC’nin rolünü “sporu insanlığın hizmetine yerleştirme ve böylece barışı teşvik etme çabalarında yetkili kamu veya özel kuruluşlarla işbirliği yapmak” olarak ifade etmektedir. Ulusal düzeyde 28/5 Ulusal Olimpiyat Komitelerine hükümet organları ile işbirliği yapma misyonu yüklenmiştir. WADA kamu otoriteleri ile spor organizasyonları arasındaki bu işbirliği noktasında devreye girmektedir⁵⁷.

A. WADA YAPILANMASI

Sporda doping konusu her zaman gündemde olsa da özellikle 1960 ve 1980’lerde spor camiasında yaşanan olaylar, IOC Medikal Komisyonu’nun kurulmasına ve Avrupa Konseyi tarafından Anti-Doping Şartı’nın kabul edilmesine sebebiyet vermiştir. 1980 sonrası dönemde ise özellikle atletizm, yüzme ve bisiklet alanındaki çeşitli skandallar bu konuyu gündemde tutmuştur. Özellikle 1998 yılında bisiklet alanında ortaya çıkan skandallar sonucu IOC sporda doping konusunda dünya çapında bir konferans düzenleme kararı almıştır. Şubat 1999’da Lozan’da düzenlenen konferans

⁵⁷ Casini, Lorenzo (2009), Global Hybrid Public-Private Bodies: The World Anti-Doping Agency (WADA) <<https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/03/Casini-Global-hybrid-public-private-bodies-2009.pdf>> s.e.t. 14.02.2020.

sonucu yayınlanan Sporda Doping Deklerasyonu ile ilk kez bu alanda bir uluslararası organ kurulması teklif edilmiştir. Böylece 10/11/1999'da WADA, Lozan'da kurulmuştur. WADA, İsviçre Medeni Kanunu'nun 80 ve devamı maddelerine bağlı olarak kurulmuş özel bir vakıftır. IOC'nin teşvikiyle, uluslararası örgütlerin, hükümetlerin, kamu otoritelerinin ve sporda dopingle mücadele eden diğer kamu ve özel kuruluşların desteği ve katılımıyla kurulmuştur. Merkezi Montreal'de olan WADA'nın; Avrupa'da (Lozan), Asya'da (Tokyo), Afrika'da (Cape Town) ve Latin Amerika'da (Montevideo) olmak üzere Dünya çapında dört ofisi daha bulunmaktadır⁵⁸.

WADA iç işleyişine baktığımızda Olimpiyat otoritesi ile kamu idareleri arasındaki eşit ortaklık yönetim kurulun yapısına da yansımıştır. 18'i Olimpiyat otoritesi, 18'i kamu idareleri ve 4'ü ortaklaşa atanan toplam 40 üyeden oluşmaktadır. WADA Tüzüğü'nün, Kurulun Organizasyonu başlıklı 7. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, paydaşlar arasında eşitliği korumak için yönetim kurulu, başkanın pozisyonunun Olimpiyat otoritesi ve kamu idareleri arasında değişmesini ve özellikle de herhangi bir alternatif aday gösterilmediği sürece iki üç yıllık dönemden sonra gerçekleşmesini sağlayacaktır. Eğer başkan olimpiyat otoritesince belirlenmişse başkan yardımcısı kamu idarelerince belirlenecektir veya tam tersi durum geçerli olacaktır. Bu eşitlikçi yapı WADA yönetim kurulunun oluşumuna da yansımıştır. Yukarıda açıklanan şekilde seçilen başkan ve başkan yardımcısının yanı sıra yıllık olarak spor hareketi ve hükümetlerce seçilen beşer üyeden müteşekkildir. Bunun yanı sıra kurul kapasitesi ölçüsünde hükümetler arası organizasyonlar ve uluslararası organizasyonlar danışma amaçlı olarak çağırılmaktadır. Örneğin gerektiği durumlarda WHO veya Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı (Interpol) davet edilebilmektedir. Olimpiyat otoritesi ve kamu idarelerinin eş finansmanı ile çalışmalar sürdürülmektedir⁵⁹.

Dünya Anti-Doping Yasası (WADC), resmi olarak özel hukukun bir aracına dayansa da, içeriğine bakıldığında şu ifade yer almaktadır, “Çoğu hükümet WADC gibi özel sivil toplum araçlarına taraf olamayacak veya

⁵⁸ Casini, s.9.

⁵⁹ Casini, s.10.

bunlara bağlı olamayacaktır.” Bu itibarla hem WADA'nın karar alma sürecinde, hem de kuralların hazırlanması için prosedürde kamu yetkililerinin oynadığı rol nedeniyle oldukça karma bir nitelik sergiler. WADC, “Kurallarda yapılan değişikliklerin, uygun işaretlerden sonra; hem kamu sektörü, hem de Olimpiyat Hareketi üyelerinin oy kullanmasıyla birlikte WADA Yönetim Kurulunun üçte iki çoğunluğu tarafından onaylanacağını” belirlemektedir. WADA, tavsiyelerin alınması; bunlara cevap verilmesi; sporcuların, spor kurumlarının ve hükümetlerin tavsiye edilen değişikliklere ilişkin yapacakları işlemlerde işinin kolaylaştırılması, gözden geçirilmesi ve geri bildirimleri için bir danışma süreci sağlayacaktır.

WADC, spor örgütleri ve kamu kuruluşları arasındaki dopingle mücadele politikalarının, kurallarının ve yönetmeliklerinin uyumlaştırılması için çerçeve sunan temel belgedir. Örneğin ilk defa, bir madde veya yöntemin kullanımdan kaldırılması gerekip gerekmediğine karar vermek için evrensel kriterler belirlenmiştir. Ayrıca, WADC standardı asgari ve azami yaptırımlar için belirlerken, her bir olaydaki koşullarının göz önünde bulundurulması için esneklik sağlamaktadır. Buna ek olarak, WADC, anti-doping kural ihlali gerçekleştirdiği iddia edilen herhangi bir kişiye verilen adil yargılanma hakkı gibi önemli usul garantileri sağlamaktadır⁶⁰ Yapılanma olarak benzerlik gösterse de Gıda Standartları Komisyonu, ISO ve Basel Komitesinden farklı olarak WADA yapılanmasında cebir unsurunun daha ağır basmakta olduğunu söyleyebiliriz.

Bütün olimpik uluslararası spor federasyonları ve IOC'nin kendisi de dâhil olmak üzere yaklaşık 600 spor organizasyonu WADC'yi kabul etmiştir. Dahası Olimpiyat Tüzüğü, WADC'nin tüm Olimpiyat hareketleri için zorunlu olduğunu belirtmekte (Madde 44) ve kuralların kabulü ve uygulanması için uluslararası federasyonlar ve ulusal olimpiyat komitelerini zorunlu tutmaktadır. WADC'ye uymayan hükümetler ya da spor kurumları, Olimpiyat oyunları ya da diğer önemli uluslararası etkinliklerle için uygun bulunmayarak yaptırıma tabi tutulabilir. Cebir unsurunun ağır basmasının bir yönü de Olimpiyat Komisyonu tarafından desteklenmesinden

⁶⁰ Casini, s.13.

kaynaklanmaktadır. Önceki bölümde de ifade edildiği üzere Olimpiyat Komitesince yönetilen spor hukuku uygulaması küresel idare hukuku için ideal örneklerden birini teşkil etmektedir. Bu sistemin desteklediği WADA yapılanması da sistemin otorite ve saygınlığından faydalanmaktadır.

Devletler de WADC'nin gücünü sağlayan önemli yapılarıdır. Ekim 2005'te, uluslararası bir antlaşma olan Uluslararası Dopingle Mücadele Konvansiyonu, UNESCO Genel Konferansı'nda katılımcı hükümet temsilcilerince onaylanmıştır. Konvansiyon, hükümetlerin uyum sağlamalarına olanak sağlar. WADC'nin ilkeleri ulusal düzeyde alınacak önlemler için temel teşkil etmektedir. Devletler WADA tarafından oluşturulan kurallarla, iç politikaların uyumlu olmasını sağlayarak sporda dopingle mücadelede küresel spor düzenlemeleri ve kamu mevzuatını uyumlu hale getirmeyi hedeflemektedir. Sporda dopingle mücadelede, özel bir organ olan WADA tarafından belirlenen standartlar ve kurallar, kademeli olarak devletler tarafından “bağlayıcı” olarak kabul edilmektedir. WADA yapılanması IOC yanında, BM tarafından da desteklenmektedir. Yukarıda BM Tüzüğü'nün ve BM'nin küresel idare için üst otorite olamayacağı ancak bu konuda en yakın örneğin BM olduğu belirtilmişti. BM ve alt kuruluşlarından olan UNESCO'nun WADA'yı desteklemesi sistemin tanınırlığını artırmaktadır.

B. WADA RUSYA KARARI

WADA'nın sporda dopingle mücadele konusunda saygı duyulan bir kurum olduğu önceki bölümde açıklandı. WADA'nın Rusya kararının geçmişi 2010 yılına kadar uzanmaktadır⁶¹. O dönemde yalnızca kişilerin iddialarıyla ve gayriresmî yazışmalarla yürütülen süreç, bu kişilerin bir Alman televizyona konuşması ve bunun üzerine yayınlanan “Bir Dopingle Sırrı: Rusya nasıl şampiyon yaratıyor?⁶²” isimli belgeselle kamuoyuna yansımıştır. Belgeselde Rusya'da dopingle satın almanın ne kadar kolay olduğu, doktorların bizzat bu

⁶¹ WADA (2019a), Progress of the Anti-Doping System in Light of The Russian Doping Crisis <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/20190122_progress_of_the_anti-doping_system.pdf> s.e.t. 11.02.2020.

⁶² Dopingle – Top Secret: How Russia makes its Winners.

işe ön ayak olduğu, test dönemi yaklaşınca bunların vücuttan nasıl uzaklaştırıldığı, devletin buna bilinçli bir şekilde göz yumduğu gibi kritik detaylar bu işin içinde olan kamu görevlilerinin isimleriyle yer almaktaydı. Belgeselin yayınlandığı dönemde yürürlükte olan 2009 Dünya Anti-Doping Yasası WADA'ya kurumsal bir soruşturma yürütme izni vermediğinden bu konuda somut bir sonuç elde edilememiştir.

1/01/2015 tarihinde yürürlüğe giren Anti-Doping Yasası ile WADA'nın yetkileri artırılmıştır. Daha önce inceleme yapma yetkisi bulunmamasına rağmen 20.7.10 sayılı madde “Dopingle mücadele kural ihlallerini ve dopingi kolaylaştırabilecek diğer faaliyetleri kendi soruşturmalarını başlatma” yetkisi ile Rusya üzerinde incelemeler başlatılmıştır. Mayıs 2017’de politik etkide kalmama yönünde bir ilke karar alınmıştır. Bu andan itibaren Rusya ile ilgili çeşitli soruşturmalar yürütülmüş, bir tanesi Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı (INTERPOL) ile olmak üzere çeşitli soruşturmalar yürütülmüştür⁶³.

WADA'nın bu kararı uzun bir süreç ve yoğun bir soruşturma dönemi neticesinde verilmiştir. Bu kararının bu derece kapsamlı olması, iddiaların Moskova hükümet yetkilileri üzerine yoğunlaşması sebebiyledir. WADA'nın iddialarının temeli Moskova laboratuvarında elde edilen test sonuçlarının değiştirildiği yönündedir.

WADA'nın Uluslararası Laboratuvar Standardı, sporculardan alınan numunelerin yasaklanmış herhangi bir maddenin var olup olmadığını belirlemek için özel bir test prosedürüne tabi tutulması üzerinedir. Belirlenen doping maddelerinin mevcudiyeti teyit edilirse, sporcu Dünya Anti-Doping Yasası Dopingle Mücadele Kural İhlali, yani sporcunun örneğinde yasaklanmış madde bulunması ile suçlanır. Bir numune yasaklanmış bir maddenin varlığı açısından analiz edildiğinde, kullanılan alet analiz sonuçlarını içeren ham veriler üretir ve ham veriler, söz konusu yasaklanmış maddenin varlığını ortaya koyan delilleri içerir bir PDF belgesi üretir⁶⁴.

⁶³ WADA (2019a), s.7

⁶⁴ WADA (2019b), CRC Recommendation in Relation to Rusada <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/20191209_crc_recommendation_final.pdf> s.e.t. 19.02.2020, s.3.

2015'te elde ettiği soruşturma yetkisine dayanarak WADA bir soruşturma yürüterek Moskova laboratuvarından veriler elde eder. Soruşturma neticesinde 17/06/2016 tarihinde yolsuzluk iddialarını ispatlayacak miktarda delil elde edildiği ancak Rusya Hükümeti Soruşturma Bürosunun kararı sebebiyle veri tabanından örnek alınamadığı ifade edilir⁶⁵.

Ekim 2017'de, bir ihbarcı WADA Araştırma Birimine (WADA I&I) 1/01/2012-31/08/2015 tarihleri arasında analiz edilen numuneler için Moskova veri tabanının bir kopyasını sağlar. Rus yetkililer bu veri tabanının gerçek olmadığını iddia eder ve sonuçların devlet destekli bir doping planının parçası olarak değil, bireysel bir planın parçası olarak manipüle edildiğini iddia ederler. Ancak WADA I&I, dış bilgi kaynaklarının incelenmesi yoluyla bu veri tabanının Moskova laboratuvarındaki gerçek veri tabanının orijinal bir kopyası olduğu sonucuna varır. 2017 ve 2018 yıllarında Rus yetkililerden bu veri tabanı verileri istense de Rus hükümeti tarafından yürütülen bir soruşturma kapsamında oluşu sebebiyle bu istek reddedilir⁶⁶. Süreç açısından bakıldığında detay olarak görülebilecek bu karar, aslında küresel idare hukuku açısından önemlidir. Karar küresel idare hukukunun öznelere birisi olan WADA'ya ait inceleme soruşturma birimiyle, Rusya hükümeti bünyesindeki Soruşturma Bürosunun karşı karşıya gelmesidir. Bu aşamada Rusya hükümeti veriyi teslim etmemiştir.

Çıkmazı kırmak için WADA'nın İcra Komitesi (ExCo) bir karar verir. Bu karara göre Rus hükümeti ve WADA yetkililerince onaylanacak bağımsız bir araştırmacıya 31/12/2018'e kadar bu veriler teslim edilecektir. Çeşitli müzakerelerden sonra 17/12/2018'de WADA ekibi Moskova'ya giderek verileri teslim alır. 15/05/2019'de WADA Soruşturmacıları, 2015 verisi ile 2019 verisi arasında büyük oranda benzerlik bulunsa da, bazı alanlarda tutarsızlık olduğuna karar verir. 17/01/2019'da WADA sunulan verilerin geri tarihlendirme, disk biçimlendirme, veri tabanı yedeklerinin silinmesi, tabloların kaldırılması ve eksik olması gibi yöntemlerle değiştirilmiş olduğuna; özgün ve eksiksiz kopyanın sunulmadığına; bunda da kasıt olduğuna karar verir. Veri

⁶⁵ WADA (2019b), s.3.

⁶⁶ WADA (2019b), s.4.

tabanında yapılan bu usulsüz işlemlerin kimin talimatıyla yapıldığı tespit edilemese de tüm bu dönem boyunca laboratuvar Rus Spor Bakanlığı bünyesinde hareket etmektedir. Hatta 2016'dan beri laboratuvar Rus hükümetine bağlı soruşturma komitesince suç mahalli olarak koruma altında tutulduğundan verilen ceza kapsamlıdır⁶⁷. Yukarıda verilen ilk kararda küresel idare hukukunun iki öznesi olan WADA ve Rus hükümetlerine ait soruşturma birimlerinin karşı karşıya geldiğinden bahsetmiştik. Nihayetinde iki organ gene karşı karşıya gelmiş ve WADA kararı üstün görülerek uygulanmıştır.

Sonuçta Rusya üzerinde pek çok yaptırım kararı alınmıştır. Dört yıl boyunca üye olarak WADA komite toplantılarına katılmaktan men edilmesine karar verilmiştir. Ayrıca Gençlik Olimpiyatları (yaz ve kış); Olimpiyatlar ve Paralimpik Oyunlar (yaz ve kış) ile düzenlenen Dünya Şampiyonası gibi diğer tüm etkinliklere katılmaktan men edilmesine karar verilmiştir. Ayrıca gene dört yıl boyunca Rusya daha önceden kararlaştırılmış olsa bile herhangi bir spor etkinliğine ev sahipliği yapamayacaktır. Dahası Rusya 2032 Olimpiyatlarına ve Paralimpik Oyunlarına ev sahipliği yapmak için aday olamayacaktır. Rusya bayrağı bu dört yıl boyunca bu oyunların hiçbirinde dalgalanmayacaktır. Rusya Olimpiyat Komitesi başkanı veya üyelerinden hiçbiri bu etkinliklere katılamayacaktır. Yalnızca Rus sporcular ve destekçileri WADA tarafından istenen koşulları sağlayabilmeleri halinde katılabilecektir. Bu durumda mevcut olan ağırlaştırıcı faktörler göz önüne alındığında, Rus Anti-Doping Ajansı (RUSADA), 2019 yılı gelirinin % 10'u veya 100.000 ABD Doları tutarındaki bedeli (hangisi daha düşükse) para cezasını ödemekle yükümlü olacaktır. RUSADA üzerinde herhangi başka tedbir öngörülmezsizin dört yıllık süreçte faaliyetlerini yürütmeye devam etmesine karar verilmiştir. Bu süreçte RUSADA bağımsızlığını ispatlayacak ve bağımsız denetmenlerin gözetiminde olacaktır. Diğer anti-doping kuruluşlarının Rus sporcular üzerinde testler yapmasına müsaade edilecektir. Tüm bu süreç Rusya tarafından finanse edilecektir. Bu taleplerin karşılanma

⁶⁷ WADA (2019b), s.5-9.

durumuna göre dört yıllık süre kısaltılabileceği gibi, uzatılabilmesi de olasıdır⁶⁸.

C. KÜRESEL İDARE HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN DEĞERLENDİRME

Bu karar küresel idare hukuku açısından incelenmesi gereken bir karardır. Bu ve benzeri kararlar uluslararası hukukun klasik tanımından fersah fersah uzaklaştığını göstermektedir. Bu karar uluslararası bir organizasyonun verdiği kararın hem bireyler, hem de devlet üzerinde doğrudan etki doğuracak bir eylemi durumundadır. Bu açıdan sadece devletleri aktörler olarak gören klasik teori çürütülmüş haldedir. Dahası uluslararası organizasyon olan WADA ile Rusya devleti karşı karşıya gelmiş ve WADA kararına üstünlük tanınmıştır. Yani küresel idare hukukunun aktörleri arasında eşitlik durumu söz konusu değildir. Uluslararası organizasyon olan WADA, idare gibi hareket etmektedir. Özel hukuktaki gibi tarafların eşitliği söz konusu değildir.

Spor hukukunun kendi prensip ve değerlerini içeren anayasası niteliğindeki Olimpiyat Tüzüğü, Dünya Anti Doping Yasası (WADC) ve diğer çeşitli anlaşmalar olduğuna yukarıda değinmiştik. Doping mücadele konusu bu alanın en öne çıkan konularından biri olmuştur. Zamanla WADA'nın sahip olduğu yetkiler genişlemiş, yargı yetkisine sahip olmuş ve bu süreci şeffaf bir şekilde yürütmeye çalışmıştır.

Yargı yetkisi beraberinde müeyyideye sahip oluşuyla spor alanının küresel idare hukukunun ideal düzeni olduğu söylenebilir. Yukarıda ifade edildiği gibi hukuk kuralını diğer kurallardan ayıran unsur müeyyide yetkisine sahip oluşudur. Uluslararası hukukun klasik tanımının aksine aktörler arasında eşitlik yoktur. Kural koyan, uygulama yetkisine sahip olan bir uluslararası örgüt olarak WADA idare gibi hareket etmektedir. Devletlerin bu kuralları tanımama veya uygulamama gibi bir hakkı olmayışıyla diğer uluslararası sözleşmelerden ayrılmaktadır. Nitekim yukarıda da açıklandığı

⁶⁸ WADA (2019b), s.22.

üzere veri tabanında yer alan verilerin teslimi noktasında nihai kararı veren WADA İcra Komitesi ExCo olmuştur.

SONUÇ

Günümüzde küreselleşmeden etkilenen alanlardan biri de uluslararası hukuktur. Bugün uluslararası hukukun geleneksel tanımından çıktığı bazılarıncı ileri sürülmektedir. Küreselleşmeyle değişen uluslararası hukuk için alan-yazında türetilmiş yeni bir kavram olan küresel idare hukuku tanımı kullanılmaktadır. Ülkemizde küresel idare hukuku kavramı henüz sıklıkla tartışılmasa da uluslararası arenaya baktığımızda bu kavram yalnızca kabul edilmekle kalmamış; aynı zamanda yapısı, işleyişi ve sahip olduğu prensip ve değerler ile yargı yetkisi tartışılmaya başlanmıştır.

Geleneksel anlamda uluslararası hukuk yalnızca devletleri ve uluslararası örgütleri esas alırken, küresel idare hukukunda baş aktörler kendine özgü yapısıyla dikkat çeken örgütlerdir. Bu örgütler zaman zaman devletlerden daha üstün yetkilerle donatılmaktadır. Bu örgütler, bir anlamda, küresel idare gibi davranarak ve uluslararası hukukun geleneksel tanımın dışında çıkarak, birey ve devlet üzerinde doğrudan etki doğuracak işlemler tesis edebilmektedir.

Bu konuda Rusya hakkında verilen WADA kararı en güncel örneklerden biridir. Kararın alınması sürecinde WADA ile Rusya eşit güçteki iki özel hukuk kişisi gibi değil, idare hukuku işleyişi benzeri bir düzenle karşı karşıya gelmiştir. Nihayetinde alınan karar, dört yıl süreyle Rusya'nın resmi olarak olimpiyat ve benzeri tüm büyük spor müsabakalarından men edilmesi yaptırımıdır.

Ortaya çıkan bu sistem bir noktada devletlerin egemenlik gücüne fiili de olsa bir sınır getirebilmektedir. WADA ve lex sportiva olarak anılan düzen küresel idare hukukunun ideal uygulamalarından biri olarak görülmelidir. Diğer alanların aksine bu alan sahip olduğu prensip ve değerleri; temel hak ve özgürlükleri; yasama, yürütme ve yargı organlarını tanımlayan temel yasasıyla ideal bir düzen olarak anılmaktadır. Gelecekte diğer alanlar için de benzer detaylarla kurgulanacak küresel idare yapılarının oluşup oluşmayacağı gözlemlenmelidir. Bu, cevabının verilmiş tarzına göre hayatımızı nasıl etkileyeceği henüz tam anlamıyla bilinemeyecek önemli bir konudur.

KAYNAKÇA

- Alter, Karen/ Helfer Laurance/ Madsen, Mikael** (2016), How Context Shapes the Authority of International Courts, Law and Contemporary Problems, <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss1/1>> s.e.t. 14.02.2020.
- Aydınli, Ersel/ Rosenau, James N.** (2005) Globalization, Security, and the Nation State: Paradigms in Transition, New York, State University of New York Press.
- Barak-Erez, Daphne/ Perez, Oren** (2013) Whose Administrative Law is it Anyway? How Global Norms Reshape the Administrative State, Cornell International Law Journal, <<https://www.lawschool.cornell.edu/research/ILJ/upload/Barek-Erez-Perez-final.pdf>> s.e.t. 14.02.2020.
- BBC** (2018, 06 12), World Cup: Nike boots barred for Iran footballers amid US sanctions, <<https://www.bbc.com/news/world-middle-east-44457911>> s.e.t. 14.02.2020.
- BBC** (2019, 05 06), Trump'ın ek gümrük vergisi tehdidinin ardından Çin borsası sert değer kaybı yaşadı. <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-48173202>> s.e.t. 14.02.2020.
- BM** (1945) Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/adalet_divani.pdf> s.e.t. 20.02.2020.
- Bogdandy, Armin von** (2008) General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field, German Law Journal V: 19, No: 20, s.1909-1939, <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b85d21859fd0b8c4b202ec/1454923042394/GLJ_Vol_09_No_11_Bogdandy_2.pdf> s.e.t. 10.02.2020.
- Casini, Lorenzo** (2009), Global Hybrid Public-Private Bodies: The World Anti-Doping Agency (WADA), <<https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2017/03/Casini-Global-hybrid-public-private-bodies-2009.pdf>> s.e.t. 14.02.2020.
- Casini, Lorenzo** (2010). The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sports, German Law Journal,

<https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/2C6CAF230B302980A73466224662685A/S2071832200017326a.pdf/making_of_a_lex_sportiva_by_the_court_of_arbitration_for_sport.pdf> s.e.t. 14.02.2020.

Casini, Lorenzo (2016) “The Expansion of the Material Scope of Global Law”: Cassese, Sabina (Editor), Research Handbook on Global Administrative Law, Cheltenham Edward Elgar Publishing Limited.

Cassese, Sabine (2006) “Administrative Law Without The State? The Challenge of Global Regulation” International Law and Politics, s.663-694, <<http://www.iilj.org/gal/documents/administrativelawwithoutthestate.pdf>> s.e.t. 07.02.2020.

Cassese, Sabine (2012) The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law, Sevilla, Global Law Press Editorial Derecho Global.

Craig, Paul (2015), UK, EU and Global Administrative Law, Cambridge, Cambridge University Press.

Çakmak, Münci N. (2012) “Global İdare Hukuku Tartışmaları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789362>> s.e.t. 20.02.2020.

Dışişleri Bakanlığı (2015) Bir Bakışta AB/Avrupa Birliğinin Kurumları/Avrupa Birliği Adalet Divanı, <<https://www.ab.gov.tr/45632.html>> s.e.t. 14.02.2020

Gözübüyük, Şeref (2004) Anayasa Hukuku, İstanbul, Turhan Kitabevi.

Güneysu, Gökhan (2015), Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku-Bir Girizgah, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:6 S: 2, s.287-306, <<http://openacces.s.inonu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11616/3916/makale.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> s.e.t. 14.02.2020.

IOC (1956) The Olympic Games: Fundamental Principles, Rules and Regulations, General Information, Lozan, <[http://library.olympic.org/Default/search.aspx?SC=CATALOGUE&QUERY=fundamental+principles+&QUERY_LABEL=#/Detail/\(query:\(Id:'0_OFFSET_0',Index:1,NBResults:24,PageRange:3,SearchQuery:\(FacetFilter:%7B%7D,ForceSearch:!,f,Page:0,PageRange:3,QueryGuid:'1a8a0](http://library.olympic.org/Default/search.aspx?SC=CATALOGUE&QUERY=fundamental+principles+&QUERY_LABEL=#/Detail/(query:(Id:'0_OFFSET_0',Index:1,NBResults:24,PageRange:3,SearchQuery:(FacetFilter:%7B%7D,ForceSearch:!,f,Page:0,PageRange:3,QueryGuid:'1a8a0)>

618-905e-4f95-8ec3-f7785a65c2f4',QueryString:'fundamenta
l%20principles',ResultSize:10,ScenarioCode:CATALOGUE,ScenarioDis
playMode:display-
standard,SearchLabel:",SearchTerms:'fundamental%20principles',SortFi
eld:!\n,SortOrder:0,TemplateParams:(Scenario:",Scope:Default,Size:!\n,So
urce:",Support:"),UseSpellChecking:!\n))> s.e.t. 20.02.2020.

Kingsbury, Benedict (2009) The Concept of 'Law' in Global Administrative Law, The European Journal of International Law, <<http://www.ejil.org/pdfs/20/1/1784.pdf>> s.e.t. 20.02.2020, s.23-57.

Köse, Ömer (2003). Küreselleşme Sürecinde Devletin Yapısal ve İşlevsel Dönüşümü, Sayıştay Dergisi, s. 3-46, <<https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/95906369/files/dergi/pdf/der49m1.pdf>> s.e.t. 05.02.2020.

Krisch, Nico/ Kingsbury, Benedict (2006) "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order", The European Journal of International Law, <<http://www.ejil.org/article.php?article=64&issue=1>> s.e.t. 07.02.2020.

Marks, Susan (2005) Naming Global Administrative Law. NYU Journal of International Law and Politics, s. 995-1001, <<https://www.iilj.org/publications/naming-global-administrative-law/>> s.e.t. 07.02.2020.

Oğuzlar, Özlem (2006) Avrupa Anayasası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 173-188, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-65-245>> s.e.t. 20.02.2020.

Özbudun, Ergun (2005) Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.

Ruffert, Matthias/ Steinecke, Sebastian (2011) The Global Administrative Law and Science, New York, Springer.

Steward, Richard B. (2005), U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law? Law and Contemporary Problems, s.63-108, <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1362&context=lcp>> s.e.t. 14.02.2020.

Teziç, Erdoğan (2003), Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul.

The New York Times, (2019, 05 23), China's Supply of Minerals for iPhones and Missiles Could Be a Risky Trade Weapon,

<<https://www.nytimes.com/2019/05/23/business/china-us-trade-war-rare-earths.html>> s.e.t. 14.02.2020.

The Verge (2019, 05 22). The case against Huawei, explained, <<https://www.theverge.com/2019/5/22/18634401/huawei-ban-trump-case-infrastructure-fears-google-microsoft-arm-security>> s.e.t. 14.02.2020

Uygun, Oktay, (2003) Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi, Anayasa Yargısı Dergisi, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/939159>> s.e.t. 13.07.2020.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi - Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, Türkçesi: **Gündüz**, s.66-87.

WADA (2019a), Progress of the Anti-Doping System in Light of The Russian Doping Crisis, <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/20190122_progress_of_the_anti-doping_system.pdf> s.e.t. 11.02.2020.

WADA (2019b), CRC Recommendation in Relation to RUSADA, <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/20191209_crc_recommendation_final.pdf> s.e.t. 19.02.2020.

Warioba, Joseph Sinde, (2001), “Monitoring Compliance with and Enforcement of Binding Decisions of International Courts”, MPIL Research Paper Series, s.41-52, <https://www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_warioba_5.pdf> s.e.t. 20.02.2020.

Yılmaz, Nazlı (2019), Uluslararası Hukuk Gözünden Küresel İdare Hukuku Tartışması, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir.

**YENİ BİR İDARİ FAALİYET ALANI:
“VERBİS” (VERİ SORUMLULARI SİCİL BİLGİ SİSTEMİ)**

Doç. Dr. Dilşat YILMAZ*

ÖZET

Kişisel verilerin korunması konusu, evrensel alandaki eğilime paralel olarak, Türk hukuk sistemi içerisinde de tüm hukuk alanlarının en güncel konularından bir tanesi haline gelmiştir. Konunun uluslararası alanda yaklaşık yarım asır önce başlayan hikâyesi, teknolojik gelişmeler ve bilişim sistemleri alanındaki ilerlemeler ile daha da önemli bir hale gelmiştir. Kişisel verilerin korunması konusunun giderek artan önemi, korumanın konusu olan verilerin niteliği ile açıklanabilir. Bu sebeple uluslararası platformda ve pek çok ülkede konuya ilişkin özel nitelikli düzenlemeler yıllardır gündemdeki yerini korurken, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ülkemiz bakımından da uluslararası nitelikteki temel düzenlemeleri dikkate almak suretiyle, kişisel verilerin korunması konusunda çeşitli ilkeler getirmiş ve birtakım yöntemler öngörmüştür. Bahsi geçen yöntemlerden bir tanesi de, veri işleme konusunu daha şeffaf, hesap verebilir hale getirmek ve veri sahiplerinin haklarını koruyabilmek açısından, Kişisel Verileri Koruma Kurumu nezdinde veri sorumluları sicili tutulmaya başlanmasıdır. Bu makalede, veri sorumluları sicil bilgi sisteminin veri sahiplerinin haklarını koruma fonksiyonu ve sicil tutma faaliyetinin idare hukuku kurumları bağlamında anlamı- yargı kararlarından yararlanılmak suretiyle- konusunda bilgi verilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Kişisel Verilerin İşlenmesi, Veri Sorumluları Sicili, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, İdarenin Sorumluluğu.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, dilsat.yilmaz@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3531-6289, (Geliş Tarihi: 19.02.2020 – Kabul Tarihi: 14.04.2020).

A NEW ADMINISTRATIVE ACTION AREA: “VERBIS” (DATA CONTROLLER REGISTER INFORMATION SYSTEM)

ABSTRACT

Protection of personal data has become one of the most popular subjects of all areas of Turkish Law system, in parallel with international trend. The history of the subject that has started approximately half century ago, has become more important because of the technologic improvements and developments in information systems. The growing importance of the subject can be explained by the subject of this protection. Because of this fact, while the regulations in this area keeps their importance in international area and in many states, (Law No: 6698) Law on the Protection of Personal Data has envisaged some principles and a certain number of methods in personal data protection by taking into account basic regulations in international area. One of these mentioned methods is data controller register that is kept by Personal Data Protection Authority and aims to render the data processing clear and accountable; and to protect the rights of data subjects. In this article, it is aimed to give information about the data controller register information system's function in protection of rights of data subjects and meaning of the action of keeping register- taking into account of court decisions- from the point of administrative law institutions.

Keywords: Personal Data, Processing of Personal Data, Data Controller Register, Personal Data Protection Authority, Liability of Administration.

GİRİŞ

Kişisel veriler ve bu verilerin işlenmesi, son yıllarda neredeyse tüm hukuk dallarının ilgi alanında yer almıştır. Bu durum, söz konusu verilerin bireyin kişilik hakkı ile doğrudan ilişki içinde olmasından kaynaklanmaktadır. Kişilik hakkı, yeni tarihli bir yargı kararında “...kişi kavramını da içinde barındıran kişinin, kişi olmasından ötürü sahip olduğu, hak ve fiil ehliyeti ile hukuk düzeninin korunmaya değer bulunduğu maddi ve manevi kişisel değerleri üzerindeki mutlak haktır”¹ şeklinde tanımlanmaktadır. Kamu hukuku

¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2018/19-374, K: 2018/943, T: 25.04.2018, Yargıtay bir başka kararında, hakkın kapsamını da doktrin ve içtihatlarla yer vererek açıklamaktadır: “Öğretide kişilik hakkının değişik şekillerde tanımlandığını görmek mümkündür; “Şahsiyet hakkı, şahsın bedeni ve maddi tamamıyetine, kişiliğini teşkil eden sair unsur ve varlıklarına karşı haksız tecavüzlere kaçınılmasını herkesten talep etmek hususundaki haktır” (Jale Güral Akipek, Türk Medeni Hukuku, C.I, Başlangıç Hükümleri - Şahsın Hukuku, Ankara 1961, s.108); veya kişilik hakkı, her şahsın esaslı niteliklerinden olan şahsi varlıklarında, hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü ve keza manevi ve fikri değerleri, mesela hürriyet, şeref ve şöreti, özel hayat çevresi üzerinde korunmasını gerektiren mutlak bir haktır” (Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, 3.Baskı, İstanbul 1980, s.445); şeklindeki tanımın yanında “kişilik hakkı, kişinin var olma nedenini teşkil eden, onu oluşturan ve ilke itibarıyla da malvarlığı haklarının karşılığı olup onun dışında kalan hakların tümüdür” (Bülent Köprülü, Medeni Hukuk, 2.Baskı, İstanbul 1984, s.263) şeklinde tanımlar da yapılmıştır. Şüphesiz, yapılan tanımlamaların hepsi kişilik hakkını değişik yönden anlatmaktadır. Ancak, çok genel bir ifadeyle, kişilik hakkı, “kişinin, kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu mutlak ve tekeli haktır” şeklinde kısa ve öz bir tanımlama da yapılabilir. Doktrine göre kişisel haklar (şahsiyet hakları), kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlar. Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, düşünce ve ekonomik çalışma ve her çeşit özgürlüğü, şeref, haysiyet ve itibar, mesken masuniyeti, ölmüş yakınlarının anısı, ün, ad, sır ve resim hep kişisel varlıklardır. Bunlar sınırlı olmayıp, zaman ve mekana göre değişir. Zarar görmesi şart olan “şahsiyet hakkı” kavramı hukuk sözlüklerinde şahısların maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğü üzerindeki mutlak hakları olarak tarif edildikten sonra, vücut bütünlüğü, sağlığı, ismi, şeref ve haysiyeti resmi, hürriyetleri, sır çerçevesi, iktisadi ve fikri faaliyetleri şahsiyet hakları olarak sayılmaktadır. Yargıtay İçtihatlarına göre ise, kişilik hakkı, kişinin kendi özgür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan ve herkese karşı iler; sürülebilin mutlak bir hak olarak kabul edilmekte ve şahsiyet hakkına tecavüz, şahsiyetin kapsamına giren unsurlara tecavüzü ifade ettiği kabul edilmektedir. Şahsiyet hakkı, şahsiyeti oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hakki belirtmek üzere kullanılan deyimdir. Bu genel şahsiyet hakkının münferit unsurlar bakımından görünümüne münferit şahsiyet hakları denilebilir. Bu açıdan kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığının, beden ve ruhsal bütünlüğünün, duygu yaşantısının da ruhsal uyum ve denge, ruhsal sükun, yakınlarla olan gönül bağlılığı, aile birliği şeref ve haysiyetinin, resminin, özel hayatının gizliliğinin, sınırlarının, duygu yaşantısı ve düşünce dünyasının, manevi acılar verdirilmek yolu ile ruhsal varlıklara saldırılmasının vs. hukuka aykırı tecavüze karşı korunmasından söz edilir. Şahsiyeti oluşturan unsurların teker teker sayılması mümkün değildir. Zamanın ihtiyaçlarına göre yeni unsurlar nazara alınmaktadır...” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2012/4-179, K: 2012/412, T: 27.06.2012, Makaledeki yargı kararlarına erişim, aksi belirtilmediği sürece Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB)’ n dan sağlanmış olup, KİBB ve diğer elektronik ortam kaynakları bakımından s.e.t.: 17.02.2020.

alanında bireylerin hak ve hürriyetlerine kamu gücü ile müdahalenin imkân dâhilinde olması, kişilik hakkı konusunu özellikle kamu hukuku bakımından daha da önemli ve dikkat çekici hale getirmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında “...Kişilik haklarına saldırı halinde kişilik hakkı ister gerçek kişi isterse tüzel kişi olsun Devlete karşı Anayasa hükümleri ile idareye karşı idare hukuku hükümleri ile suç teşkil eden tecavüzlere karşı ise ceza hukuku hükümleri ile korunmuştur...” diyerek kamu hukuku ile kişilik hakkı arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır². Konunun idare hukuku boyutu da çeşitli açılardan detaylı olarak inceleme konusu yapılabilir. Bu çalışmada, makalenin yazılmakta olduğu dönemde henüz sağlanmaya çalışılan ve hakkında idare hukuku alanında yapılmış akademik çalışma tespit edilemeyen önemli bir kişisel veri koruma yöntemi olarak öngörülen veri sorumluları siciline kayıt kayıt süreci konusu, temel olarak idarenin anılan noktadaki görev ve sorumlulukları çerçevesinde ele alınacaktır. Bu bağlamda yeri geldikçe, idare hukukunun kamu hizmeti ya da idari teşkilat gibi ilgili konularına da değinilecektir.

I. VERBİS SİSTEMİNİN TEMEL KAVRAMLARI

VERBİS (Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi) sistemi 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Kanun)³ ve bu Kanuna dayanılarak hazırlanan Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik)⁴ dikkate alınarak en genel şekliyle, veri sorumlularının kontrolü altında işlenen kişisel verilerin işlenme sebebi, veri konusu kişi ya da grupları ile işlenen verinin kategorik olarak kayıt altına alındığı ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu (Kurum) tarafından tutulan sicili ifade etmektedir⁵. O halde öncelikle kısaca kişisel veri, kişisel verilerin işlenmesi ve veri sorumlusu kavramlarına açıklık getirmek gerekmektedir.

² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2014/4-213, K: 2016/70, T: 22.01.2016

³ RG. 07.04.2016, S. 29677.

⁴ RG. 30.12.2017, S. 30286.

⁵ Ayrıca bkz. <https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>

A. KİŞİSEL VERİ

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3/d uyarınca kişisel veri, “*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” yi ifade etmektedir. Bu kapsama hangi verilerin dâhil olduğuna, Anayasa Mahkemesi bir kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına da atıf yapmak suretiyle yer vermektedir: “...9. 6698 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere “... Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler” kişisel veri olarak kabul edilmektedir (E. 2013/122, K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102,12.11.2015)...”⁶.

⁶ “...10. Kişisel veri kavramı tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) açık bir şekilde düzenlenmemekle birlikte, AİHS’nin uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında 108 sayılı Sözleşme’ye atıfta bulunulmakta ve bu verilerin özel yaşamın gizliliğinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir. AİHM kararlarında kişilere ait “görüntü”, “fotoğraf”, “parmak izi”, “DNA profili”, “hücre örnekleri”, “ev adresi” ve “yaş, doğum tarihi ve fiziksel özellikler” kişisel veri kapsamında değerlendirilmektedir (Peck/Birleşik Krallık, B. No: 44647/98, 28.01.2003; Sciacca/İtalya, B. No: 50774/99, 11.01.2005; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), B. No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; Alkaya/Türkiye, B. No: 42811/06, 09.10.2012; K.U./Finlandiya, B. No: 2872/02, 02.12.2008)...”, Anayasa Mahkemesi, E: 2016/125, K: 2017/143, T: 28.09.2017, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası.

B. KİŞİSEL VERİNİN İŞLENMESİ VE VERİ SORUMLUSU

Bir üst paragrafta yapılan tanım dikkate alınarak kısaca, kişileri belirlenebilir hale getiren bilgiler⁷ şeklinde ifade edebileceğimiz kişisel verilerin işlenmesi ise; Kanun'un 3/e maddesi uyarınca "Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi" ifade etmektedir. O halde kişisel verilerin işlenmesi, bu verilerin yukarıda açıklanan niteliği göz önüne alındığında, özel hayatın gizliliği⁸ özelinde⁹ kişilerin temel hak ve hürriyetleri bakımından bir müdahale niteliğindedir ve bu sebeple de özel bir korumayı da gerekli

⁷ "...Kişisel veri, bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi olarak tanımlanabilir..." <<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf>>, 6698 sayılı Kanun Genel Gerekeçe.

⁸ Özel Hayatın Gizliliği, Anayasa m. 20/3: "...Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir".

⁹ Özel hayatın gizliliğinin kişilik hakkının unsurlarından olduğu konusunda ve konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Kılınç, Doğan** (2012) "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 3, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/623968>>, s. 1101vd., Özel hayatın gizliliğinin kapsamı için ayrıca bkz. dpn (dipnot).10., Bu noktada kişisel verilerin korunması konusunun, Anayasanın 20. maddesi kapsamında özel hayatın gizliliği bağlamında düzenlenmekle bu bağlamda ele alınmakla beraber, giderek daha özel nitelikli bir hak olma yolunda ilerlemesi bağlamında bkz. **Küzeci, Elif** (2010) "Kişisel Verilerin Korunması", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 82 (YÖK Ulusal Tez Merkezi), Ancak giderek bağımsız bir nitelik kazanma söz konusu olsa da, kişilik hakkı ile bağlantının kesilmediği vurgusu için bkz. **Taştan, Furkan Güven** (Temmuz 2017) Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, 12 Levha Yayınları, s. 56., Özel yaşamın gizliliği hakkına ilişkin temel ilkelerden beslenme olduğu yönünde ayrıca bkz. **Küzeci**, s. 82.

kılmaktadır¹⁰. Temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğinin sonucu olarak, Anayasa m. 13¹¹ hükmü kaynaklı zorunluluk, 6698 sayılı Kanun'da düzenleme

¹⁰ "...44. Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." denilerek kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur. 45. Özel hayatın korunması her şeyden önce özel hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kişiler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. 46. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, kişinin insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır..." Anayasa Mahkemesi, E: 2017/180, K: 2018/109, T: 06.12.2018, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası, "...Kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek amacıyla düzenlenen 24/03/2016 tarihli ve 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan genel gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, kişisel verilerin korunması konusunun pek çok sektörü ve kamu ya da özel pek çok kurumu ilgilendirmesi nedeniyle bir "çerçeve kanun" olarak hazırlanmıştır..." , Danıştay 15. Dairesi, YD, E: 2018/1490, T: 09.10.2018, "...Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı ifade etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu hak mutlak ve sınırsız olmayıp, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri gereğince belirli koşullarda, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere yasayla sınırlanabilir. Bu bağlamda, kişisel verilerin sistematik biçimde kayıt altına alınabilmesi için verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin yasayla düzenlenmesi zorunludur..." Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E: 2014/2242, K: 2015/4991, T: 09.12.2015.

¹¹ Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması, Anayasa m. 13: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik

yapılarak aşılmış olup¹²; söz konusu verilerin hassaslığı sebebiyle işleme hususu anılan kanunda birtakım kurallara bağlanmış, ayrıca hakkın korunmasına yönelik hükümler getirilmiştir¹³. İşte kişisel verilerin işlenmesi karşısında kişiye güvence sağlayan yöntemlerden bir tanesi de VERBİS şeklinde ifade edilen “Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi”nin kurulmuş olmasıdır. Söz konusu sisteme; işlenmekte olan kişisel veriler hakkında çeşitli kategorik tasnifli bilgiler yüklemesi yapmak suretiyle sicil tutulmasında Kurum yanında sistemin bir diğer ayağını oluşturan veri sorumlusu ise; “*Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi*” ifade etmektedir¹⁴. Söz konusu tüzel kişi, kamu hukuku ya da özel hukuk alanından olabilecektir¹⁵.

II. VERBİS SİSTEMİNİN ÇALIŞMA YÖNTEMİ

A. GENEL OLARAK

6698 sayılı Kanun’un 16. maddesi¹⁶ veri sorumluları sicilini düzenlemektedir. Bu düzenlemeye dayanarak çıkarılan Veri Sorumluları Sicili

toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”, ayrıca bkz. Anayasa m. 20/3, son cümle.

¹² Bkz. dpn. 10.

¹³ Bkz. 6698 sayılı Kanun m. 1.

¹⁴ 6698 sayılı Kanun m.3/1/ 1.

¹⁵ < <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2032/Veri-Sorumlusu-Kimdir>>

¹⁶ 6698 sayılı Kanun m. 16: (1) *Kurulun gözetiminde, Başkanlık tarafından kamuya açık olarak Veri Sorumluları Sicili tutulur. (2) Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir. (3) Veri Sorumluları Siciline kayıt başvurusu aşağıdaki hususları içeren bir bildirimle yapılır: a) Veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgileri. b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği. c) Veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri hakkındaki açıklamalar. ç) Kişisel verilerin aktarılacağı alıcı veya alıcı grupları. d) Yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler. e) Kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler. f) Kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süre. (4) Üçüncü fıkra uyarınca verilen*

Hakkında Yönetmelik'te de konu detaylı olarak düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeler uyarınca Sicil, Kurulun gözetiminde Başkanlık tarafından “kamuya açık” olarak tutulmaktadır. Kural olarak, kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler (veri sorumlusu bağlamında), veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır¹⁷. Bu yükümlülük hem Türkiye’de yerleşik olan, hem de olmayan veri sorumluları için geçerlidir¹⁸. Söz konusu yükümlülüğün sonradan ortaya çıkması halinde de, bu yükümlülük doğacaktır¹⁹. Ancak Kanunla bizatihi öngörülen muafiyet halleri yanısıra; Kurula, belli kriterleri dikkate almak suretiyle sicile kayıt yükümlülüğünden istisna tutma yetkisi verilmiştir²⁰.

1. Sistemsel Temel İşleyiş (Kaydedilecek Veriler ve Kayıt Vasıtası)

Sicile kaydedilecek bilgiler anılan düzenlemeler uyarınca, veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgileri, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri hakkındaki açıklamalar, kişisel verilerin aktarılabilceği alıcı veya alıcı grupları, yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler, kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler ve kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süredir²¹. İşte belirtilen tüm bu işlemler VERBİS adı

bilgilerde meydana gelen değişiklikler derhâl Başkanlığa bildirilir. (5) Veri Sorumluları Siciline ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

¹⁷ Kanun m. 16/2, Yönetmelik m. 5/1/a., Ayrıca genel bilgi için bkz. Yönetmelik m. 5, 6.

¹⁸ Yönetmelik 5/1/a: “...Veri sorumluları, kişisel veri işlemeye başlamadan önce Sicile kaydolmak zorundadır.”, Yönetmelik 5/1/b: “...Türkiye’de yerleşik olmayan veri sorumluları, veri işlemeye başlamadan önce veri sorumlusu temsilcisi marifetiyle Sicile kaydolmak zorundadır...”

¹⁹ Yönetmelik m. 8/2: Kayıt yükümlülüğü altında bulunmayan, sonradan kayıt yükümlüsü haline gelen veri sorumluları, yükümlülük altına girmelerini müteakip otuz gün içerisinde Sicile kaydolurlar.

²⁰ 6698 sayılı Kanun m. 16, Yönetmelik m. 16.

²¹ Kanun m. 16, Ayrıca bkz. Yönetmelik m. 9, 10., Yönetmelik m. 7/2: “Veri sorumluları sicilinde yer alan bilgilerden aşağıdakiler kamuya açıklanır: a) (Değişik: RG-28/4/2019-30758) Veri sorumlusu, varsa veri sorumlusu temsilcisi, adresi ve alınmış olması halinde KEP adresi, b) Kişisel verilerin hangi amaçlarla işlenebileceği, c) Veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri, ç) Kişisel verilerin aktarılabilceği alıcı ve alıcı grupları, d)

verilen elektronik sistem üzerinden yürütülmektedir²². Ayrıca verilerde değişiklik olması halinde veri sorumlusu bu değişikliği Başkanlığa derhal bildirmekle yükümlüdür²³.

2. Sicile Kayıt Zorunluluğu Getirilme Amacı

Sisteme ilişkin açıklığa kavuşturulması gereken husus ise, 6698 sayılı Kanun'da kişisel veri sorumlularının veri işleme bağlamında uymakla yükümlü oldukları pek çok kural bulunmakta iken, kamuya açık sicil oluşturulması ve buraya kaydın zorunlu tutulmasının neden öngörülmuş olduğudur. Öncelikle belirtilmesi gereken husus kamuya açık olmanın, kişilerin belirginleştirmeye imkân verecek şekilde teşhisine imkân verme şeklinde olmadığıdır. Kamuya yapılacak açıklamada, sadece kategorik şekilde bilgilendirme yapılmaktadır²⁴. Bilgi edinmek isteyen kişi, VERBİS sistemi üzerinden veri sorumlusunun ismini girdiğinde edinebileceği bilgi; veri sorumlusunun hangi kategorideki kişilerin, hangi kategorideki bilgilerini, hangi amaçla ve ne kadar süre ile işlemekte olduğudur. Kamuya açık tutulmanın amacı ise verilerin işlenmesinde şeffaflık ve açıklığı sağlayarak, veri sahibine işlenen verileri üzerinde denetim imkânı sağlanmasıdır. Örneğin kişi işlenmekte olan veriler bakımından işleme şartlarında mevzuata uygunluk olmadığını düşünüyorsa, veri sorumluları siciline bildirilmemiş bir kategorideki verinin işlendiğinden şüphelenmekte ise ya da işlendiği ifade edilen veri kategorisinin işleme amacı ile örtüşmediği kanaatinde ise²⁵, veri sorumlusunun adını VERBİS üzerinden girerek, veri sorumlusunun hareket

Yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler, e) Sicile kayıt tarihi ile kaydın sona erdiği tarih, f) Kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler, g) Kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süre”.

²² Yönetmelik m. 4/1/o: “o) Veri sorumluları sicil bilgi sistemi (VERBİS): Veri sorumlularının Sicile başvuruda ve Sicile ilişkin ilgili diğer işlemlerde kullanacakları, internet üzerinden erişilebilen, Başkanlık tarafından oluşturulan ve yönetilen bilişim sistemini”

²³ Kanun m. 16/4, Yönetmelik m. 13: “Veri sorumluları, Sicilde kayıtlı bilgilerde değişiklik olması halinde meydana gelen değişiklikleri, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde VERBİS üzerinden Kuruma bildirir”.

²⁴ <https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>

²⁵ <https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>

alanının tespit ederek, somut olayda kendi kişisel verilerinin işlenmesi hususunda gerekli hareket tarzını seçme imkânına sahip olabilecektir. Sicil bu yönüyle aslında, bireyin 6698 sayılı Kanun'un 10. maddesinde²⁶ öngörülen aydınlatma yükümü kapsamındaki aydınlatılma hakkının sınırını belirten, veri sorumlusu tarafından verisi işlenecek kişilere bildirilecek hususları belirten işleve sahiptir. Nitekim, Yönetmeliğin 5/1/d maddesinde, Kanun'un 10. maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak kişisel veri işleme envanterine dayalı olarak Sicile sunulan ve Sicilde yayınlanan bilgilerin esas alınacağı belirtilmektedir²⁷. Ayrıca, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ²⁸ m. 5/ç uyarınca, “*Sicile kayıt yükümlülüğünün bulunması durumunda, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde ilgili kişiye verilecek bilgiler, Sicile açıklanan bilgilerle uyumlu olmalıdır*”. Veri sorumluları sicili ayrıca, verisi işlenen/işlenecek kimsenin, 6698 sayılı Kanun uyarınca sahip olduğu hakları kullanmasını işlevsel hale getirmektedir. Çünkü, veri sahibinin Kanun'un 11. maddesi uyarınca sahip olduğu kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işleme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin

²⁶ Veri Sorumlusunun Aydınlatma Yükümlülüğü: “- (1) *Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere; a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilceği, ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür*”

²⁷ Aynı madde uyarınca, Kanununun 13 üncü maddesinde belirtilen ilgili kişi başvurularının yanıtlanmasında ve ilgili kişiler tarafından açıklanacak açık rızanın kapsamının belirlenmesinde de kişisel veri işleme envanterine dayalı olarak Sicile sunulan ve Sicilde yayınlanan bilgiler esas alınacaktır., Kişisel veri işleme envanteri tanımı için bkz. Yönetmelik m. 4/1/h., Ayrıca bkz. Kanun m. 28/2., Ayrıca bkz. <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/14a17049-71da-4417-a07b-961f75a0070e.PDF>>

²⁸ RG. 10.03. 2018, S. 30356., Aydınlatma yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Aşıkoğlu, Şehriban İpek** (2019) “Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda”, KVKD, C.1., S.2, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/904836>>

aktarıldığı üçüncü kişileri bilme hakkının kullanıldığı durumlarda verilen bilginin teyidini ve dolayısıyla buna bağlı olarak da haklarını kullanma noktasında sicile yapılan kayıt, belirleyici nitelikte olacaktır. Nitekim Yönetmeliğin yukarıda değinilen 5/1/d maddesinde, Kanun'un 13'üncü maddesinde belirtilen ilgili kişi başvurularının yanıtlanmasında kişisel veri işleme envanterine dayalı olarak Sicile sunulan ve Sicilde yayınlanan bilgilerin dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Ayrıca ifade edilmelidir ki; sicilin belirtilen işlevleri aynı zamanda; Kurumun kişisel verilerin korunmasını teyit etme noktasındaki görevini işlevsel hale getiren bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. SİCİLE KAYIT ZORUNLULUĞUNDA İSTİSNALAR

1. Genel Olarak İstisnalar (Yasal Çerçeve)

Daha önce de ifade edildiği üzere, (veri işleyen) veri sorumlularının veri sorumlularının belirtilen çerçevede siciline kayıt olmaları kuraldır. Ancak Kanun, bunu mutlak kılmayarak bazı veri işleme faaliyet gruplarını bizzat kendisi kayıttan muaf tutmuş, bazılarını söz konusu zorunluluktan muaf kılma yetkisini Kurula tanımıştır. Kanun'un 28/2. maddesi uyarınca, “a) *Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.* b) *İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.* c) *Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.* ç) *Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması”* halleri kayıt yükümlülüğünden istisnadır²⁹. Kanun m. 16/2'de ise, “...işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri

²⁹ Yönetmelik m. 15: “(1) Aşağıda belirtilen kişisel veri işleme faaliyetleri bakımından veri sorumlusunun bu faaliyetleri Sicile kayıt etmesi ve bildirmesi yükümlülüğü yoktur: a) *Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.* b) *İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.* c) *Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin*

*işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir*³⁰ denilmek suretiyle, muafiyet tanıma konusunda Kurula yetki verilmiştir.

2. Kurulun Sicile Kayıttan Muaf Tutma Yetkisi

Kurul veri sorumluları siciline kayıttan muafiyet getirme yetkisini, ilk kez, 02.04.2018 tarih ve 2018/32 sayılı kararı³¹ ile kullanmış ve karar 15.05.2018 tarihinde Kurum resmi web sayfasında yayımlanmıştır³². Bu karar

yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturma için gerekli olması. ç) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması”.

³⁰ Yönetmelik m. 16: “(1) Kurul, aşağıdaki kriterleri göz önünde bulundurarak kayıt yükümlülüğüne istisna getirebilir: a) Kişisel verinin niteliği. b) Kişisel verinin sayısı. c) Kişisel verinin işleme amacı. ç) Kişisel verinin işlendiği faaliyet alanı. d) Kişisel verinin üçüncü kişilere aktarılma durumu. e) Kişisel veri işleme faaliyetinin kanunlardan kaynaklanması. f) Kişisel verilerin muhafaza edilmesi süresi. g) Veri konusu kişi grubu veya veri kategorileri. ğ)(Ek: RG-28/4/2019-30758)Veri sorumlusunun yıllık çalışan sayısı veya yıllık mali bilanço toplamı bilgisi.(2) Kurul, birinci fıkrada sayılan kriterler çerçevesinde belirlenen istisnaların kapsamı ile uygulama usul ve esaslarını belirlemek amacıyla karar alma yetkisini haizdir. Kurul bu kararlarını uygun yöntemlerle yayımlayarak kamuya duyurur.” Bilgi için ayrıca bkz. <<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>>

³¹ Kapsam: “Herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla yalnızca otomatik olmayan yollarla kişisel veri işleyenler,18/01/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren noterler, 04/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununa göre kurulmuş derneklerden, 20/02/2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununa göre kurulmuş vakıflardan ve 18/10/2012 tarihli 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre kurulmuş sendikalardan yalnızca ilgili mevzuat ve amaçlarına uygun, faaliyet alanlarıyla sınırlı ve sadece kendi çalışanlarına, üyelerine, mensuplarına ve bağlılarına yönelik kişisel veri işleyenler, 22/04/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa göre kurulmuş siyasi partiler, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren avukatlar, 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler”

³² Daha sonra 28.06.2018 tarih ve 2018/68 sayılı karar ile Ankara, Bursa, İstanbul, İzmir ve Mersin Gümrük Müşaviri Derneklerinin 25.05.2018 tarihli dilekçeleri üzerine, 4458 sayılı

ve dipnotta künyeleri verilen kararlarda belirtilen birimlerin kayıttan ne sebeple muaf tutulduklarına ilişkin bir açıklamaya verilmemektedir. Ayrıca Kurum sayfasında VERBİS için hazırlanan rehberde de³³ anılan kararlara değinilmekle beraber, burada da neden bu yöntemle başvurulduğuna ilişkin bir açıklama yapılmamaktadır. Kronolojik olarak daha geçmişe gidildiğinde ise, 6698 sayılı Kanun'un ne genel gerekçesinde ne de madde gerekçesinde de, Kurula bu yönde bir imkânın tanınma sebebine ilişkin bir açıklama bulunmaktadır³⁴. Mevzuat açısından durum bu şekilde olmakla beraber, Kurul kararının (kollektif nitelikli) bir idari işlem olması³⁵ bu noktada dikkate alınmak durumundadır: Mevzuatımızda idari işlemler açısından genel bir gerekçe³⁶ yükümlülüğü bulunmamakla beraber³⁷, gerekçenin idarenin hukuki sınırlar içerisinde kalmasını sağlama fonksiyonu³⁸ çerçevesinde³⁹;

Gümrük Kanunu uyarınca faaliyet gösteren gümrük müşavirleri ve yetkilendirilmiş gümrük müşavirleri bakımından Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğüne istisna getirilmesine karar vermiş, akabinde 05.07.2018 tarih ve 2018/75 sayılı karar ile arabulucular bakımından Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğüne istisna getirilmesine, son olarak da 19.07.2018 tarih ve 2018/87 sayılı kararı ile yıllık çalışan sayısı 50'den az ve yıllık mali bilanço toplamı 25 milyon TL'den az olan gerçek veya tüzel kişi veri sorumlularından ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri işleme olmayanların Sicile kayıt yükümlülüğünden istisna tutulmasına karar vermiştir. Söz konusu kararlara erişim için bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu Resmi Web Sayfası (ya da Remi Gazete)., Ayrıca Kurul tarafından kayıt muafiyeti getirilen birimlerin, iradelerini kaydolma yönünde kullanmalarına engel bulunmadığı da belirtilmelidir. Bkz. <
https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>

³³ <https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>

³⁴ <<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf>>

³⁵ **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil** (Ekim 2019) Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 349.

³⁶ Sebebin bir bakıma işlemin gerekçesi olması yönünde bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 525.

³⁷ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 526.

³⁸ "...2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tüm idari işlemlerin, yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden denetleneceğinin belirtildiği, bu kapsamda takdire dayanan idari işlemlerin gerekçeli olması, gerekçelerin hukuken kabul edilebilir tarzda açık ve net bir şekilde ortaya konulması, mevzuatta atanmak/görevlendirilmek için belirlenen asgari kriterleri sağlayan fakat geçmiş hizmetleri, eğitim, özlük ve sicil durumları farklılaşan kişiler arasında tercihte bulunulurken, tercih edilen kişilerin tercih edilmeyenlere göre geçmiş çalışma, başarı, liyakat ve sicil durumuna göre üstünlüğünün ortaya konulması gerektiği, hukuka uygunluk

(idari işlemlerin hukuka uygun bir sebebe dayanmak zorunda olmanın yanısıra); gerektiğinde idarenin bu sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olarak ortaya koyma yükümü bulunmaktadır⁴⁰. İşte bu bağlamda, Kurul tarafından istisna kapsamına alma konusunda ileri sürülen (kanunda açıkça sayılanlar bakımından) kriterlerin, varlığının, her bir muafiyet kapsamında hangi somut ihtiyaca dayandığının açıklaması gerekmektedir⁴¹. Ayrıca maddede istisna belirleme bağlamında Kurulca belirlenecek “objektif kriterler” den bahsedilmek suretiyle, aslında idareye takdir yetkisi veren; soyut bir kriter getirilmiş olup, Kurul kararlarında Kanunda sayılanlar dışındaki sebeplerin duruma uygun ve gerçekleşmiş olduğunun da ispatı gerekmektedir⁴². Ancak Kanunda geçen “objektif kriterler” ifadesi de dikkate alınarak, kayıttan istisna olma kriterleri Yönetmelik m. 16’da⁴³ sayılma yolu ile daha somut şekilde belirlenmiş olduğundan, muafiyet tanınmasına yönelik Kurul işleminin denetiminde; sayılan bu hususların varlığının⁴⁴ ispatı, Kurul kararı bakımından sıhhat koşulu olarak ortaya çıkmaktadır.

Kayıt yükümlülüğüne Kurul tarafından istisna getirilmesine imkân tanıyan, Kanun’un 16. maddesinin 2. fıkrası, kayıt zorunluluğuna getirilecek istisnanın kişisel verileri işlenen kişiyi korumasız hâle getireceği, bu durumun

denetiminin ilkelerindedir...” Danıştay 2. Dairesi, E: 2015/776, K: 2015/7223, T: 09.09.2015.

³⁹ **Akıymaz/Sezginer/Kaya**, s. 527, Ayrıca, gerekçenin savunma hakkının ayrılmaz parçası olduğu yönünde bkz. **Akıymaz/Sezginer/Kaya**, s. 525.

⁴⁰ “...Hukuka uygunluk denetiminin yapılması gereken sebep unsuru idari yargıda, idareyi işlemi yapmaya iten saik olarak tanımlanmıştır. İdare tesis ettiği işlemi, gerçek ve hukuka uygun sebeplere dayandırmak zorundadır. Sebebin gerçek olması, varlığının usulüne uygun olarak yapılan tespitlerle ortaya konulmuş olması hukuka uygun olması ise idarenin işlemi dayandırdığı sebebin, kanunda tesisi için dayanabileceği öngörülen sebeplerden olması anlamına gelmektedir...” Danıştay 3. Dairesi, E: 2017/3619, K: 2018/6103, T: 12.11.2018.

⁴¹ İdare tarafından ileri sürülen sebebin var olmamasının ya da kıymet/kuvvet takdirinde hatanın işlemi sakatlayacağı konusunda bkz. **Çağlayan, Ramazan** (Ağustos 2010) İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, s. 501-504.

⁴² **Akıymaz/Sezginer/Kaya**, s. 400, **Çağlayan**, s. 500.

⁴³ Yönetmelik m. 16 kapsamı için bkz. dpn. 30.

⁴⁴ Yönetmelik m. 16 da, aynı maddede sayılan şartların kapsamını belirleme yetkisi Kurula verilmiştir.

kişinin maddi ve manevi varlığına doğrudan, ölçsüz bir müdahale olduğu, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı ve istisnanın uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, yaptığı değerlendirmede öncelikle yasa koyucunun düzenleme yaparken ölçülülük ilkesi ile bağlı olduğunu ifade etmiş, bunun da elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerini içerdiğine değinmiş; bu alt ilkelerin bilinen klasik tanımını yapmış, 6698 sayılı Kanun'un hazırlanırken yoğun olarak dikkate aldığı 95/46/EC sayılı Direktifin de ulusal veri koruma otoritelerine sicillere bildirim yapılması yükümlülüğünü kaldırma veya basitleştirme imkânı tanındığını ifade ettikten sonra, "...129. Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorunda olan gerçek ve tüzel kişiler birbirinden farklı büyüklük ve ölçekte olabileceği gibi bunlar tarafından işlenen verilerle ilgili olarak nitelik, sayı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılması gibi farklı yoğunluk ve önem derecesine sahip durumlar da olabilir. Kanun koyucunun dava konusu kuralla, söz konusu farklılıkları dikkate alarak kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin tümünün Veri Sorumluları Siciline kaydolmasına gerek görmediği ve bazılarını Kurul tarafından belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle yine Kurul tarafından verilecek kararlar kayıt zorunluluğundan istisna tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında düzenlediği dava konusu kuralın amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve orantılı olduğu anlaşıldığından ölçülülük ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. 130. Öte yandan dava konusu kuralla sadece Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilmiş olup veri sorumlularının veri güvenliğine ilişkin olarak Kanun'da öngörülen yükümlülüklerle istisna getirilmemiştir. Zira Kanun'un 12. maddesinde veri sorumlusunun veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri belirlenmiştir... Bu bağlamda veri sorumlularının yükümlülükleri bakımından bunların Sicile kayıtlı olup olmamalarının bir önemi bulunmamakta olup dava konusu kural, ilgili kişinin haklarını korumak üzere oluşturulan icrai mekanizma ve özel tedbirleri ortadan kaldıran veya zedeleyen bir düzenleme şeklinde değerlendirilemez..." sonucuna vararak başvurunun reddine karar vermiştir⁴⁵.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, E: 2016/125, K: 2017/143, T: 28.09.2017, Anayasa Mahkemesi Resmi

Ancak söz konusu istisna getirme durumu, Anayasa Mahkemesi tarafından hukuka aykırı bulunmamakla beraber, mevcut haliyle birtakım sorunlar yaratmaya da adaydır. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere, Kurulun mevcut kararları dikkate alındığında, kararlarda neden böyle bir istisna getirildiğine dair açıklama bulunmaması, daha sonra değinileceği üzere; dava açma sürelerinin kaçırılmaması halinde, bireyin savunma hakkını işlevsiz kılacak bir durum oluşturmakta iken, dava açma sürelerinin kaçırılması halinde de saydamlığı ve benzer durumda olanlar bakımından öngörülebilirliği kaldırma olasılığı yaratmaktadır⁴⁶. Bunun yanı sıra, kararın karşı oy yazılarında da karşı oy yazan üyeler tarafından da ittifakla üzerinde anlaşıldığı üzere, Kurula bu düzeyde takdire açık bir yetki verilmesi, veri sahibi gerçek kişileri korumasız bırakacaktır. Gerçekten de, bu şekilde kendisiyle ilgili işleme bakımından bilgilenme imkânı elinden alınan birey, dava açabilme hakkının dışında ve ötesinde; veri sorumlusu karşısında sahip olduğu haklarını da kullanmayacaktır. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere, yasa koyucu tarafından bu şekilde bir sicil sistemi kurulmasının temel amacı, bireylerin verileri üzerinde kontrolü sağlayabilmeleri, bu konuda veri sorumlusuna erişebilmelerine ve müdahalede bulunabilmelerine imkân tanınmasıdır. Görüldüğü üzere, Kurul kararı (ya da bizatihi yasa ile) vasıtasıyla sicile kayıt yükümlülüğünden istisna getirilme imkânı tanınması, (bu yönde gerekçelendirme eksikliği ile birlikte ele alındığında), aynı yasa koyucunun veri sahibi kişileri koruma amacı ile çelişki oluşturmaktadır. Oysa

Web Sayfası.

⁴⁶ “...İdarelerin tesis ettikleri işlemlerin (bireysel-düzenleyici) unsurlarından biri olan sebep unsuru idareyi işlem yapmaya iten hukuki neden, bir başka ifadeyle; tüm idari işlemlerde olduğu gibi işleme gerçekleştirilmeye çalışılan kamu yararına dayanan hukuki, somut durumdur. İdari işlemin sebep ögesindeki hukuka aykırılık işlem yargı mercii önüne getirildiğinde re’sen dikkate alınacaktır. Bu bağlamda; idari işlemlerin bir sebebe ve gerekçeye dayalı olması hukukun genel ilkelerinden olduğundan, bu ilke genel anlamda düzenleme veya işlem yapan idareyi uyguladığı ve düzenleme yaptığı alanda doğru ve anlamlı olgular ortaya koymaya ve denetim yapmaya zorlar. İşlemlerde gösterilen sebep ve gerekçe, işlemin yasaya uygunluğu ve dayanağını değerlendirme, itiraz edip etmeme konusunda ilgililere yardımcı olmakla birlikte, idarenin saydamlığı, savunma hakları ve idareye güven ilkeleri ve hukuk devleti anlayışının oluşumu noktalarında da kendini göstermektedir...” Danıştay 8. Dairesi, YD, E: 2016/3609, T: 16.01.2017., Ayrıca bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 527-529.

ki, veri koruma alanında çok önemli bir yer tutan Alman Anayasa Mahkemesi'nin meşhur 1983 tarihli Census kararında⁴⁷ da ifade edildiği üzere, kişinin kendi üzerinde karar alma hakkı bulunmaktadır ve bu hak, özeline ilişkin bilgilerin ne kadarının açıklanacağına karar verme yetkisini de içermektedir. Modern anlamda veri işleme de, sınırsız, toplama ve kullanıma karşı bir koruma sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Yine bu anlamda yasa koyucu hukuki öngörülebilirliği sağlamak için net düzenlemeler yapmalı, aynı zamanda ölçülülük ilkesine de riayet edilmelidir. Ayrıca yasa koyucu, verinin otomatik olarak işlenmesi bağlamında bu riskleri önlemek amacıyla, gerekli önlemleri de almalıdır⁴⁸. İşte veri sorumluları sicil sistemi de, bu önlemlerinin en belirgin örneklerindedir.

Bizatihi Kanun m. 28/2 kapsamında yasayla getirilen istisnalar için de yukarıda yapılan açıklamalar saklı kalmak kaydıyla, Kurulun kararıyla sicile kayıttan getirilen muafiyet hususuna yeniden döndüğümüzde, yasada/Yönetmelikte Kurulun anılan kararı hangi koşullar altında alabileceği belirtilmiş olmakla beraber, nihayetinde mevzuat kaynaklı koşulların içeriğini doldurma yetkisi daha önce değinildiği üzere, Kurulun takdir alanında kalmaktadır. Tabii ki, bu yetki sınırsız olarak kullanılabilir bir yetki değildir. Bu bağlamda yargısal denetim, önemli bir araç durumundadır: Türk idari yargı sistemi çerçevesinde ele aldığımızda, Kurulun veri sorumluları siciline kayıttan istisna getirilmesine ilişkin kararlarının kolektif nitelikli ve iptal davasına konu olabilecek kesin ve yürütülebilir nitelikli bir idari işlem

⁴⁷ Kararın temel noktaları bağlamında özeti ve tümüne erişim için bkz. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1983/12/rs19831215_1bvr020983en.html>, Mahkeme "informational self-determination" kavramı ile ifade ettiği bu hakkın da sınırsız olmadığına işaret etmektedir., Ayrıca bkz. **Akgül, Aydın** (2014) Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 75, 76.; Ayrıca bkz. **Kaya, Cemil** (Aralık 2011) Assessing the Transfer of Personal Data in the European Union in the Light of the Data Protection Directive, İstanbul, 12 Levha Yayınları, s. 14.

⁴⁸ Kişisel verilerin korunması hakkının bu karar ile, özel alan ve gizlilik alanından çıkarak, kişilik hakkının ayrı bir görünümü haline geldiği ifade edilmektedir. Ancak bu durumun kişilik hakkından tam bir kopuş anlamına da gelmediğine de yazar tarafından anılan karara vurgu yaparak değinilmektedir. **Taştan**, s. 56.

olduğu görülmektedir. İYUK⁴⁹ m. 14/3/d dikkate alındığında, idari işlemin iptal davasının konusunu oluşturabilmek bakımından öncelikle “kesin ve yürütülebilir” nitelikli olması gerekmektedir. İşlemin “kesin” olması ile kastedilen idarenin iradesinin nihai olarak ortaya çıkması iken⁵⁰; “yürütülebilir” yani “icrai” olmaktan anlaşılan ise, işlemin kişi ya da nesnelere hukuki statülerine hâlihazırda etki edebilmesi ya da o an için bu etki oluşmasa bile bu etkiyi doğuracak gücü haiz bulunmasıdır⁵¹. Kurulun muafiyet yaratan kararı, bu anlamda dava konusu edilebileceği noktasında şüphe olmayan bir idari işlemdir. Söz konusu muafiyet sebebiyle mağduriyet yaşayan veri sahibi kimsenin söz konusu Kurul karar bağlamında menfaat ihlali⁵² söz konusu olup, kararın iptalini isteme yetkisi mümkün olmakla

⁴⁹ 2577, RG. 20.01.1982, S. 17580.

⁵⁰ **Sezginer, Murat** (2000) İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 46.

⁵¹ **Öztürk, K. Burak** (2015) Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 45,46.; ayrıca örnek bir karar için bkz. “...2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, iptal davaları "idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan" davalar olarak tanımlanmış; 14. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde, dava dilekçelerinin, idari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden inceleneceği; 15. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ise, 14. maddenin 3/d bendinde yazılı hâllerde davanın reddine karar verileceği kurala bağlanmıştır. İdari işlemin kesinleşmesi iptal davasına konu olabilmesi için zorunlu şartlardan olup, işlemin kesin oluşu, idari karar alma sürecinde nihai işlemin ortaya çıkması bakımından önem taşımaktadır. Bir idari işlemin kesin ve yürütülebilir nitelikte olması için, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, tesis edildiği anda hukuk düzeninde değişiklik meydana getirip kendiliğinden sonuç doğurması gerekmektedir...”, Danıştay 13. Dairesi, E: 2014/2833, K: 2019/1205, T: 15.04.2019.

⁵² “...İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal denetim yoluyla sağlanmasının en etkin araçlarından biri iptal davaları olduğundan, iptal davalarında "menfaat ihlali" olarak tanımlanan subjektif ehliyet koşulunun kişiye bağlı subjektif hak ihlallerinin giderilmesinin yanı sıra idari işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi kapsamında da belirlenmesi gerekmektedir. Davacı ile iptali istenilen idari işlem arasında kurulabilecek bir ilişki veya ilgi, menfaat ihlali koşulunun varlığı için yeterlidir. Bu itibarla yargısal kararlarda menfaat ihlali koşulu, davacının idari işlemle meşru, kişisel ve güncel bir

beraber, veri sorumlusu ile sorun yaşanılacak muhtemel somut olayda; Kurul kararının yayımından itibaren 60 günlük idari dava açma süresinin⁵³ muhtemel olarak kaçırılacak olması, süre içinde kalınabilmesi halinde ise dava sürecinin belli bir zaman gerektirmesi sebebiyle bu yöntemin veri korunması bağlamında beklenen yeterli korumayı sağlayamayacak olması, yargı yolunu anılan anlamda işlevsiz hale getirmektedir⁵⁴. Bu noktada söz konusu olabileceği düşünülebilecek diğer bir yöntem ise, söz konusu Kurul kararı sebebiyle verilerin korunmasından yoksun kalınması sebebiyle, oluşan hak ihlalinin giderilmesi olacaktır ki, az önce de ifade edildiği üzere Kurul tarafından alınan kararların ilgili kişilerce dava açılma süresi içinde fark edilmesi olasılığı gündelik ve olağan hayat akışı içinde mümkün görünmemektedir. Davanın açılması halinde ise yargısal sürecin alacağı zaman bu korumayı işlevsiz kılacağı gibi, hükmedilebilecek tazminatın, kişisel veriler konusunda ortaya çıkan zararı (özellikle manevi zarar bağlamında) ortaya kaldırabilme gücü de, ayrı bir tartışma konusudur⁵⁵. O halde yapılan açıklamaların ortaya çıkardığı gerçek, kişisel verilerin işlenmesi bağlamında verisi işlenen kişiyi koruyabilme ve bu amaç doğrultusunda veri işleme faaliyetini kontrol altında tutabilmek bakımından; Kurula tanınan sicile kayıttan muafiyet getirme yetkisinin eleştiriye açık ve hassasiyet gerektiren bir durum arz ettiği. Veri sorumluları sicilinin işlevsel ve düzenli şekilde tutulması bizzat veri sahiplerini korumak noktasında beklenen ve işlevsel korumayı sağlayabilecek nitelikte olup; kayıttan getirilecek istisnalar -mevcut sistem içerisinde- veri koruma alanını ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bir kez daha vurgulanmalıdır ki, sadece Kurula tanınan sicile kayıttan istisna (muafiyet) getirme yetkisi değil, aynı zamanda Kanun'un 28. maddesinde doğrudan Kurul tarafından

menfaat ilgisinin kurulması gerektiği şeklinde tanımlanmıştır..." Danıştay 6. Dairesi, E: 2014/2663, K: 2019/2922, T: 18.04.2019.

⁵³ Bkz. İYUK m. 7.

⁵⁴ Ayrıca İYUK m. 10 ve m.11 başvuruları da somut olayın koşulları çerçevesinde (uygun olması halinde) gündeme gelebilecektir. Ne var ki başvuru süreci/ idarenin kararından geri adım atma konusundaki düşüncesi ya da akabinde dava açılması halinde yargılama süreci gibi faktörler, bu yöntemleri de işlevli göstermemektedir.

⁵⁵ Aynı çekişmeler İYUK m. 12 uygulaması bakımından da geçerlidir.

öngörülen istisnalar da, veri sahiplerinin sahip olduğu korumayı ortadan kaldırma etkisine sahip olması sebebiyle endişe yaratabilecek niteliktedir⁵⁶.

III. SİCİL TUTMA FAALİYETİ VE İDARENİN GÖREVLERİ

Bu başlık altında, -daha sonraki aşamada sicil tutma konusunda sorun içeren durumların idare hukuku bakımından anlam ve sonuçlarına ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için- idarenin sicil tutma görevi temel hususlar bakımından ele alınacaktır.

A. GENEL OLARAK İDARENİN GÖREVLERİ ve İDARİ USUL

Kanununun 16 maddesinin 1. fıkrası uyarınca, Kurulun gözetiminde, Başkanlık tarafından kamuya açık olarak Veri Sorumluları Sicili tutulur. Yine aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca ise, Veri Sorumluları Siciline ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir. Söz konusu Yönetmelik incelendiğinde, sicile bildirim yapma ve verilerin güncelliğini koruma görevinin esasen veri sorumlusuna verildiği görülmekle beraber⁵⁷, idarenin de birtakım görevleri bulunmaktadır. Öncelikle, 5. madde uyarınca (5/1/c), sicil kamuya açık biçimde tutulur. Kurul, kamuya açıklık ilkesinin sağlanması şartıyla, bu ilkenin kapsamı ve istisnalarını belirleme yetkisini haizdir. Yine Yönetmeliğin 6/1. maddesi uyarınca, Sicil, Başkanlık tarafından oluşturulup, Başkanlık, Sicilin oluşturulması, idaresi, güncel biçimde tutulması ve muhafaza edilmesi amacıyla; VERBİS'in kurulması ve işletilmesi için gerekli teknik ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür. Sicilin oluşturulmasından ve idaresinden sorumlu hizmet birimi, Veri Yönetimi Dairesi Başkanlığı iken,

⁵⁶ Ayrıca, sicile kayıttan muaf veri sorumlularının istekleri halinde sicile kaydolmaları mümkündür. Bkz.

<https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>

⁵⁷ Yönetmelik m. 5/1/e: “Veri sorumluları, Sicile sunulan ve Sicilde yayınlanan bilgilerin eksiksiz, doğru, güncel ve hukuka uygun olmasından sorumludur. Veri sorumlularının Sicile kaydolması Kanun kapsamındaki diğer yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz”, Ayrıca 6698 sayılı Kanun m. 12/1/3 uyarınca, veri sorumlusu, kendi kurum veya kuruluşunda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır.

Sicilin gözetimi Kurul tarafından gerçekleştirilir ve Veri Yönetimi Dairesi Başkanlığı tarafından üç aylık dönemler halinde hazırlanan ve kapsamı Kurul tarafından belirlenecek olan faaliyet raporu Kurula sunulur⁵⁸. Maddeden anlaşılacağı üzere, sicil oluşturulması, idaresi ve gözetimi, farklı birimlerince yapılmakla beraber Kurumun yetkisi içindedir. Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca sicildeki bilgilerin kamuya açıklanması da Kurul tarafından belirlenen yöntemler çerçevesinde yapılmaktadır. Yine Yönetmeliğin 16. maddesi uyarınca, Kurul sicile kayıt yükümlülüğüne istisna getirme ve istisnaların kapsamını, uygulama usul ve esaslarını kamuya açıklama yetkisini haizdir.

Bir üst paragrafta 6698 sayılı Kanun/Yönetmelik bağlamında aktarılan veriler ve bu düzenlemelerin tamamı incelendiğinde, ortaya çıkan bir husus da; konuya ilişkin söz konusu düzenlemelerin birer idari usul düzenlemesi niteliği taşımasıdır. İdari usul çok genel ifadesi ile idarenin somut olaylar karşısında ne şekilde hareket edeceğini öngörülür hale getirmeyi amaçlayan ve idari sürece bireylerin de katılımına izin veren bir yöntemi ifade etmektedir⁵⁹. İdarenin bu çerçevede kendini kurullarla bağlı kabul etmesi, daha sonra da değinilecek olan insanın salt insan olmaktan kaynaklanan değeri⁶⁰ şeklinde ifade edilebilecek insan onurunu garanti almak işlevini göreceği gibi, aynı zamanda idarenin kanuniliği ve kişilerin hukuki güvenliğini⁶¹ de sağlamak suretiyle hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktadır⁶².

⁵⁸ Bkz. Yönetmelik m. 6., Ayrıca bkz. Kanun m. 22, 25; Kişisel Verileri Koruma Kurulu Teşkilat Yönetmeliği (RG. 26.04.2018, S. 30403), m. 7, 14; Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmelik (RG. 16.11.2017, S. 302429), m. 7.

⁵⁹ Ayrıca bkz. **Akyılmaz, Bahtiyar** (2000) İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 65, 68, 70.

⁶⁰ “...İnsan Haysiyeti” kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır...”, Anayasa Mahkemesi, E: 1963/132, K: 1966/29, T: 28.06.1966, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası., Ayrıca bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.75,76.

⁶¹ “...Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri hukuki güvenlik ilkesidir. Hukuki güvenlik, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yaptığı işlemlerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır...” Danıştay 12. Dairesi, E: 2018/1811, K: 2019/3075, T: 25.04.2019, benzer yönde bkz. Danıştay 6. Dairesi, E: 2015/10329, K: 2019/2821, T:

B. FAALİYETİN TASNİFİ

Farklı birimlerce yerine getirilmekle beraber; genel olarak “Kurum” a verilen görevler ve Kurumun idari teşkilat içindeki tasnifi dikkate alındığında Kurum tarafından yürütülen faaliyetin bir kamu hizmeti olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bilindiği üzere kamu hizmeti, genel bir tanımla, idare tarafından bizzat ya da onun yakın denetim ve gözetimi altında özel hukuk kişileri tarafından yürütülen ve tatmininde kamu yararı bulunan (yasama organınca karar kılınan) faaliyetlerdir⁶³. Kaldı ki, inceleme konumuz bağlamında; bu hizmeti gören bir Kurumun oluşturulması da yasa koyucunun anılan hizmetin görülmesinde kamu yararı tespit etmiş olduğunun bir göstergesidir. Söz konusu kamu hizmetinin niteliğinin belirlenmesi ise, idarenin hizmeti görmekteki yükümlülüklerinin sınırlarını tespit etmek bakımından önem taşımaktadır. Bu noktada Kurumun idari teşkilat içerisinde düzenleyici ve denetleyici bir kurum olarak öngörülmüş olması da yol gösterici niteliktedir⁶⁴. Bilindiği üzere düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları, kamusal ve özel kesim etkinliklerinin temel hak ve hürriyetler ile ilişkili hale geldiği alanlarda düzeni sağlama/koruma işlevini görmektedir⁶⁵. Söz konusu işlev düzenleme yapmak, gözetimde bulunmak, yaptırım

17.04.2019, Hukuki güvenlik ilkesinde, devletin faaliyetleri ve bilhassa idari işlevin bireyler bakımından öngörülebilirliğine güven duyulmasının ve bu güvenin de hukuk düzeni tarafından korunmasının söz konusu olduğu yönünde bkz. **Dalkılıç, Elvin Evrim** (2016) Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 107.

⁶² Bkz. **Akyılmaz**, s. 72 vd.; İnsan onuru, özgürlükçü bir hukuk devletinde devletin ve hukuk düzeninin esaslı unsuru olarak kabul edilmektedir. **Şimşek, Oğuz** (2008) Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 129.

⁶³ Bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 544.

⁶⁴ Bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 296-298.,6698 sayılı Kanun bakımından örnek teşkil eden 95/46 sayılı Avrupa Birliği Direktifi ile ülkelere veri denetim otoritesi kurma görevi verilmiş olup, uygulamada iki tür yapılanma ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki daha ziyade çözüm odaklı olan “ombudsman” modeli iken, bir diğeri “düzenleyici” (regulatory) model olarak da ifade edilen kişisel verilerin korunması kanununun uygulanmasını temin eden modeldir. **Akgül**, s. 159.

⁶⁵ **Günday, Metin** (2011) İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s. 573, 574, Günday, aynı zamanda düzenleyici ve denetleyici kurumların kullandıkları yetkileri, özel kolluk yetkileri olarak nitelendirmektedir. **Günday**, s. 574.

uygulamak görev ve yetkisini de içermektedir⁶⁶. Bu anlamda, yapılan faaliyetin o alanda dirlik ve esenliği sağlamakta olduğu gerçeği, söz konusu hizmetin kamu hizmetinin özellikli bir türü olan⁶⁷ “kolluk hizmeti” olduğunu göstermektedir⁶⁸. O halde, Kişisel Verileri Koruma Kurumunun yürüttüğü hizmetin, kişisel veri sorumluları sicilinin tutulmasını kapsamak da dâhil bu bağlamda olduğu açıkça görülmektedir. Gerçekten de, Kurumun yasal görev ve yetkilerine genel olarak bakıldığında, veri korumanın düzgün bir şekilde işleyebilmesi amacıyla önlemler almak, çalışmalar yapmak, bu kapsamda idari yaptırım uygulayabilmekten oluştuğu görülmektedir. Varılan bu sonuç, kamu hizmetinin tabi olduğu temel kuralların, idarenin bu faaliyetleri dolayısıyla Kurumun yürüttüğü faaliyetler için de geçerli olmaya devam edeceğini de göstermektedir. Başka bir ifade ile kurum söz konusu hizmetin eşitlik ilkesine uygun bir şekilde⁶⁹, sürekliliğin ve değişkenliğin gerekliliklerini sağlayarak, bedelsiz olarak görmek zorundadır⁷⁰. Ayrıca bu noktada belirtilmelidir ki, Kurum tarafından yürütülen faaliyetin kolluk faaliyeti olması, veri sorumluları sicili tutulması da dâhil olmak üzere, Kurum tarafından yürütülen faaliyetlerin kural olarak özel hukuk kişilerine gördürülemeyeceği anlamına gelmektedir⁷¹. Kamu hizmeti ilkelerinin kolluk faaliyeti bakımından da geçerli olacağını belirttiğimiz bu noktada, kolluk faaliyetinin klasik unsurları olan genel güvenlik, genel sağlık, dirlik ve esenlik yanında modern unsuru olarak

⁶⁶ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 297, 298.

⁶⁷ Aynı yönde ve farklı görüşler için bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 575., “...*Bu itibarla, elektrik piyasası faaliyetlerinin, arz güvenliğini ve kamu hizmeti gerekliliklerini sağlayacak uyum içinde yürütülmesi adına düzenleme, denetleme ve kolluk faaliyetlerinde bulunma işlevlerinin kamu gücüyle yerine getirildiği bir kamu hizmeti faaliyeti olduğu sonucuna ulaşılmaktadır...*”, Danıştay 13. Dairesi, E: 2015/3731, K: 2018/3338, T: 26.11.2018.

⁶⁸ Söz konusu faaliyetin kolluk şeklinde nitelenmesi için bkz. **Günday**, s. 574.

⁶⁹ Bu bağlamda Türkiye’de ikametgâhi bulunan ve bulunmayan veri sorumlularının kayıt süreçlerinde eşit muameleye tabi tutulmaları önem arz etmektedir.

⁷⁰ İlkeler için bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 547 vd.

⁷¹ Bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 576, 578.; Bir idari faaliyetin kolluk olarak nitelendirilmesi, yargısal denetimde - örneğin kolluk faaliyetinin amacının kamu düzenini gerçekleştirmek olması gerektiği gibi-, faaliyetin kendi özelliğinden kaynaklanan farklı hususların dikkate alınmasını gerekli kılacaktır. Örneğin, kolluk işlemleri denetimine ilişkin bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 606-608, ayrıca bkz. **Günday**, s. 314-316.

karşımıza çıkan “insan onuru⁷²” nu koruma işlevinin, Kurumun faaliyetlerindeki önemi de açıkça görülmektedir⁷³. İnsan onuru, en genel şekliyle “bireyin kendine karşı duyduğu özsaygı⁷⁴” olarak tanımlanmaktadır. Soyut bir kavram olan “insan onuru”; insanın fiziksel ya da zihinsel özellikleri, cinsiyet, din, dil gibi kendisinin belirleme gücünde olmadığı özelliklerden bağımsız olup, salt insan olmakla açıklanabilir niteliktedir⁷⁵. İnsan onurunun korunması aynı zamanda kişiliğin korunmasının da bir ön koşulu olarak görülmektedir⁷⁶. Bu sebeple bireyin kişiliğinin korunması aynı zamanda kolluğun (modern) yeni bir unsuru olan⁷⁷ insan onurunun da korunmasına bağlıdır. Kurumun düzenleme ve denetleme alanında yer alan faaliyetin konusunun “kişisel veri” olması da bu durumu açıkça gözler önüne sermektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi bu gerçeği bir kararında “...46. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, kişinin insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi, daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezî olarak bir araya getirilebilmesi, verilerin veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması, verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması,

⁷² Fransız Danıştay’ının 1995 tarihli Commune de Morsang-sur-Orge kararı ile, insan onurunun, kamu düzeninin genel ahlak ögesinden ayrılarak, mutlaklaştığı ve kamu düzeninin müstakil bir unsuru haline geldiği ifade edilmektedir. **Tekinsoy Okay, Özge** (Mart 2011) İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul, 12 Levha Yayınları, s. 136., **Şeşen Çelik, Hülya** (2018) Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 23,24.;

⁷³ Genel güvenlik, genel sağlık, dirlik ve esenliğin kolluk faaliyetinin klasik unsurları olup, genel ahlakın bu unsurlara sonradan dâhil olduğu yönünde bkz. **Şeşen**, s. 21.

⁷⁴ Aktarım için bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 75,76.

⁷⁵ **Gümüş, A. Tarık** (Aralık 2010) Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü, İstanbul, 12 Levha Yayınları, s.189,190.

⁷⁶ **Sancakdar, Oğuz** (2017) “Kamu Hukukunda Kişiliğin Korunması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S.1, KİBB (Hukuk Eserleri BB).

⁷⁷ Bkz. **Tekinsoy Okay**, s. 136, **Şeşen**, s. 23,24.

kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde özel sektör unsurlarınca oluşturulan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması, terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır...⁷⁸ şeklinde ifade etmiştir. Kişisel verilerin korunması, kişiyi diğer kişilere (topluma) ve devlete karşı korumak işleviyle, negatif bir statü hakkı olarak kabul edilmekte ve kişiliğin korunmasında önemli bir araç olarak görülmektedir⁷⁹.

Bu bağlamda uygulamada sorun yaratması muhtemel olan ilkeler açısından bakıldığında; Kurum, “süreklilik” ilkesini teminen, sicilin tutulması faaliyetini kesintisiz biçimde yerine getirmek durumundadır ki, hizmetin niteliği dikkate alındığında sürekliliğin yirmi dört saat kesintisizlik olarak anlaşılması gerekmektedir⁸⁰. Çünkü kişisel veri işleme faaliyeti, gündelik hayatın bir parçası olarak; pek çok kamusal ve özel alanda süre sınırlaması olmaksızın devam etmektedir. Bu noktada özellikle belirtilmesi gereken husus, sürekliliğin sadece zamansal bir sürekliliğin ötesinde aynı zamanda hizmetin bir düzen içerisinde yürütülmesi zorunluluğunu da içermesidir⁸¹. İdare kesintisizliği sağlarken aynı zamanda, sicilin tutulması hizmetinin, elektronik/teknik sistemlerde yaşanan gelişmeler; sicil tutulmasında yaşanan sorunlar ve buna ilişkin talepler/ihyaçlar doğrultusunda tutulmasını da

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E: 2017/180, K: 2018/109, T: 06.12.2018, Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası., Ayrıca bkz. **Kılınç**, s. 1159.; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E: 2014/2242, K: 2015/4991, T: 09.12.2015.

⁷⁹ **Kılınç**, s. 1098, 1099.

⁸⁰ Süreklilik ilkesinin bazı temel hizmetlerde kesintisizliğe kadar varabilmesini gerektirirken, bazı hizmetler bakımından işleyişteki düzenliliği ifade ettiği, bu bağlamda hizmet- ihtiyaç ilişkisinin de dikkate alınması gerektiği konusunda bkz. **Ataşayan, M. Gözde** (Kasım 2012) Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, İstanbul, 12 Levha Yayınları, s. 67,68., Ayrıca bkz. **Günday**, s. 334, 335., “...Toplu ulaşım hizmetinin, kamu yararına, bir gereksinimi karşılayan kamu hizmeti niteliğinde bir faaliyet olduğu açık olup bu nedenle sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi esastır. Bu süreklilik kamu hizmetinin mutlak bir şekilde her an yürütülmesi anlamına gelmemektedir. Kamu hizmetinin yürütülmesi ile giderilecek olan gereksinimin kendini hissettirdiği anda kesintisiz olması esastır...” Danıştay 8. Dairesi, E: 2007/8336, K: 2009/2995, T: 06.05.2009.

⁸¹ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 548.

sağlamak durumundadır. Başka bir ifade ile hizmet; değişkenlik ilkesi uyarınca, ilerleyen teknoloji ve ortaya çıkan ihtiyaçlar dikkate alınmak suretiyle en etkili şekilde yerine getirilmelidir⁸². Hayatın olağan akışı içerisinde veri sorumluları sicili tutulması kapsamında meydana gelmesi muhtemel sorunlar; bilhassa bu iki ilkenin uygulanmasındaki eksikliklerden kaynaklanabilecek olup; yaşanacak aksamalar ve gecikmeler, idare hukuku anlamında sonuçları da beraberinde getirecektir.

IV. SİCİLİN TUTULMASINDA MUHTEMEL SORUNLAR VE İDARENİN SORUMLULUĞU

A. KARŞILAŞILABİLECEK MUHTEMEL SORUNLAR

Sicilin tutulması faaliyetinde ortaya çıkması muhtemel sorunların ilk akla gelebilen örneği, sicildeki kayıtların güncelliğinin sağlanmaması/sağlanamaması olarak görülebilir. Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik m. 5/1/e uyarınca sicile sunulan ve sicilde yayınlanan bilgilerin eksiksiz, doğru, güncel ve hukuka uygun olmasından veri sorumluları sorumludur⁸³. Ancak Yönetmelik veri sorumlularının bu yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlama görevini başka bir ifadeyle aslında sicilin güncel şekilde tutulmasının sağlama görevini Kuruma yüklemiştir. Anılan Yönetmeliğin 6. maddesine bakıldığında, Başkanlık (Kurum), Sicilin oluşturulması, idaresi, güncel biçimde tutulması ve muhafaza edilmesi amacıyla; VERBİS'in kurulması ve işletilmesi için gerekli teknik ve idari tedbirleri almakla görevlendirilmiştir. Ayrıca yine Yönetmeliğin 7. maddesinde Kurumca açıklanacak bilgilerin güncel olması öngörülmektedir. Ek olarak, 6698 sayılı Kanun m. 18 ve Yönetmelik m. 17 uyarınca, veri sorumluları siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında Kurumun idari para cezası uygulama yetkisinin aynı zamanda idare bakımından bir kontrol yükümlülüğü de getirmekte olduğu açıktır. Yine,

⁸² **Günday**, s. 335, **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 551, 552.

⁸³ Ayrıca Yönetmelik m. 9/2 uyarınca kişisel verilere ilişkin bilgilerin veri sorumluları tarafından sicile bildirimleri, VERBİS üzerinden yapılmaktadır., Ayrıca bkz. Yönetmelik m. 10., Yönetmelik m. 5/1/g.

Yönetmeliğin 18. maddesi ile, Yönetmeliğin uygulanması sırasında doğacak tereddütleri ve uygulamaya ilişkin aksaklıkları gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye, ilke ve standartları belirlemeye ve uygulama birliğini sağlayacak gerekli düzenlemeleri yapmaya, bu hususta gerekli her türlü bilgi ve belgeyi istemeye, bu Yönetmelikte yer almayan konularda ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde karar vermeye Kurulun yetkili kılınması da, hizmetin görülmesinde ortaya çıkacak mevcut sorunlarda, Kurumun doğrudan muhatap olduğunu açıkça göstermektedir. Son olarak, sicil bilgilerinde değişiklik yapılması ya da sicilden silinme konusunda Kuruma bildirim yapma yükümü temel olarak veri sorumlusu bakımından öngörülmüş olmakla beraber⁸⁴, yukarıda aktarılan hükümlerle beraber ele alındığında veri sorumlularını bu konuda eğitime ve yönlendirme görevi Kuruma aittir. Bu bağlamda akla gelebilecek bir diğer muhtemel sorun, yapılan arşivlemede karışıklıklar yaşanması olabilecektir⁸⁵. Az önce de aktarılan düzenlemelerden

⁸⁴ Yönetmelik m. 13: “Kayıt bilgilerinde değişiklikler (1)Veri sorumluları, Sicilde kayıtlı bilgilerde değişiklik olması halinde meydana gelen değişiklikleri, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde VERBİS üzerinden Kuruma bildirir.”, Yönetmelik m. 14: “Sicil kaydının silinmesi (1) Veri sorumlusu, sicil kaydının silinmesine ilişkin olarak VERBİS üzerinden Kuruma başvurur. (2) Kayıt yükümlüğünü gerektiren faaliyet sona erer ya da ortadan kalkarsa, sicil kaydı silinir. Bu kayıtlar, istendiğinde erişilebilir olmakla birlikte üzerinde herhangi bir değişiklik yapılamayacak şekilde tutulur.(3) Sicil kaydının silinmesi veri sorumlusunun Sicile kayıtlı olduğu dönemdeki yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz”.

⁸⁵ Ayrıca Yönetmelikte m. 9/6 da yer alan “VERBİS içerisinde belirtilen başlıkların ve içeriklerinin, veri sorumlusunun gerçekleştirdiği faaliyetleri ve Sicile iletmesi gereken bilgileri tam olarak kapsamaması durumunda; veri sorumlusu bu bilgileri ayrıca VERBİS içerisinde bu amaca ilişkin ayrılan “Diğer” başlıklı bölümlere girerek Sicile bildirimini tamamlar” hükmü Kurum sayfasında “VERBİS’te yer alan veri kategorileri Kurul tarafından veri sorumluları için kolaylık sağlaması bakımından bazı veriler için üst başlıklar halinde belirlenerek ilgili ekranlarda listelenmiştir. Bu başlıklar arasında, kayıt yapılması istenilen bir veri kategorisi yok ise “Diğer Bilgiler” kısmından yeni veri kategorisi manuel olarak eklenebilmektedir. Bu şekildeki ekleme imkânı, sadece “Veri Kategorisi” için değil “İşleme Amaçları”, “Alıcılar”, “Kişi Grupları”, “Güvenlik Tedbirleri” ekranları için de geçerlidir” şeklinde açıklanmakla beraber, sicil kaydında karışıklık yaratma potansiyeline sahip olabileceği ifade edilmelidir. <https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>, Ayrıca bkz. <https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/VER%C4%B0_SORUMLULARI_S%C4%B0C%C4%B0L%C4%B0_B%C4%B0LG%C4%B0_S%C4%B0STEM%C4%B0_KILAVUZU.PDF>

de anlaşılabilirliği üzere, sicilın doğru tutulması da, sahip olduğu yetkiler bağlamında Kurumun görevlerinden bir tanesini oluşturmaktadır ve yine yukarıda ifade edildiği üzere kamu hizmeti ve özelinde de kolluk faaliyetinin yerine getirilmesi, düzenliliği içeren bir süreklilik gerektirmektedir. Teknolojik yenilikler ve ortaya çıkan gereksinimlere ⁸⁶ uyumluluk sağlanmama/sağlanamama bağlamında faaliyette ortaya çıkabilecek aksaklıkların da muhtemel bir diğer sorun olabileceği bu bağlamda belirtilmelidir.

B. İDARENİN SORUMLULUĞU ve SORUMLULUK TÜRÜ

1. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu

Yukarıda anılan bilgiler bir araya getirildiğinde, veri sahibinin sicilın güncel, doğru, gelişmelere uygun tutulmamasından kaynaklanan zararının doğması halinde, idarenin (Kurumun) mali sorumluluğuna ilişkin ilkeler gündeme gelecektir⁸⁷. Bilindiği üzere, idarenin sorumluluğu temel olarak

⁸⁶ Bkz. **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 551, **Günday**, s. 335.

⁸⁷ Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun 17.12.2019 Tarih ve 2019/387 sayılı, - 28.12.2019 tarih ve 30992 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan- kararında sicilde yaşanan sorunlara değinilmekte ve yukarıda anılan görevleri ifa kapsamında veri sorunlarına hatırlatmada bulunulup, aynı zamanda sicile kayıt süresi uzatılmaktadır: *"...Bu amaçlardan da anlaşılacağı üzere Sicile kayıt ve bildirim yükümlülüğu, sadece süresinde VERBİS'e kayıt olunmasını değil, bununla birlikte VERBİS'e beyan edilen bilgilerin tüm kişisel veri işleme faaliyetlerini kapsayacak şekilde doğru, güncel ve güvenilir bilgilerin de beyan edilmesini kapsamaktadır. VERBİS veri tabanı üzerinden özellikle son günlerde iletilen bildirimlerle ilgili olarak yapılan araştırmada, bazı bildirimlerde işlendiği beyan edilen kişisel verilerle işleme amaçlarının, aktarım gerçekleştirildiği beyan edilen alıcı/alıcı gruplarının, veri konusu kişi gruplarının, alınan teknik ve idari tedbirlerin, özel nitelikli kişisel veriler için alınması gereken yeterli önlemlerin, yurtdışına veri aktarımının ve saklamaya ilişkin beyan edilen sürelerin örtüşmediği, bu konuda ciddi yanlışlıkların ve Kanuna/yönetmeliklere aykırılıkların olduğu görülmektedir. Bu durumun nedenlerinden birisinin de Kanunun 18 inci maddesinde öngörülen yaptırımlarla karşılaşmamak adına Kurul tarafından belirlenen süre içerisinde bir kayıt gerçekleştirmek olduğu anlaşılmaktadır... Veri sorumlularınca Sicile kayıt ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla VERBİS'e girilen bilgiler üzerinden Kurul tarafından yapılan araştırma ve değerlendirme sonucunda; a)Sicile kayıt ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi kapsamında; -Bazı veri sorumlularının sadece kayıt başvuru formunu iletmediğinin*

“kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk” olarak iki kategoriye ayrılmakta⁸⁸, kusur sorumluluğu ise sorumluluğun somut duruma uygulanacak ilk şekli olup⁸⁹, “hizmet” kusuru şeklinde ortaya çıkmaktadır⁹⁰.

Hizmet kusurunun anlamı en genel şekliyle “... idarenin, yasalarla kendisine görev olarak verilen kamu hizmetlerinin ifasında önce gerekli teşkilatı

görüldüğü, Kanununun 16 ncı maddesinde yer alan yükümlülüğün kayıt ve bildirim kapsadığı, bu nedenle Kurumca iletilen “kullanıcı adı” ve “parola” ile VERBİS’e giriş yapılarak kişisel veri işleme faaliyetlerine ilişkin bildirim tamamlanması gerektiğinin, - Sicile kayıt ve bildirim yükümlülüğününün asıl amacının kişisel veri işlemede şeffaflık, kişisel verilerin gelişigüzel işlenmesinin önüne geçilerek kişisel veri işleme faaliyetlerinin disiplin altına alınması, bu alanda kültür ve farkındalık oluşması, veri sorumlularının kişisel verisini işlediği kişilere hesap verebilmesi, veri sorumlularının Kanuna uyumu ve istisna kapsamında olmayan tüm veri sorumlularının Sicile kaydolmasınının sağlanması olduğunun, -Sicile kayıt ve bildirim yükümlülüğününün sadece Kanunda öngörülen yaptırımlarla karşılaşmamak adına süresi içerisinde bir kayıt gerçekleştirmek olarak anlaşılması gerektiği, bu amaca yönelik kayıt ve bildirimlerin Kanuna aykırılık teşkil edeceğinin, - Özellikle son zamanlarda VERBİS e iletilen bildirimler incelendiğinde, birçok bildirimde kişisel veriler ile işleme amaçları, alıcı/alıcı grupları, veri konusu kişi grupları, alınan teknik ve idari tedbirler, yeterli önlemler, yurtdışına veri aktarımı ve saklama sürelerinin örtüşmediği, bu konuda ciddi yanlışlıklar ve mevzuata aykırılıklar olduğunun görüldüğününün, -VERBİS’e beyan edilen bilgilerin doğru ve güncel olması gerektiği, bu bilgilerden ilgili veri sorumlusunun sorumlu olduğunun, -Sicile kayıtlı yükümlü olan veri sorumlularının Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik gereği kişisel veri işleme envanteri hazırlamak zorunda olduğunun ve VERBİS’e girilen bilgilerin bu envantere dayalı olarak hazırlanması gerektiğinin,- Veri sorumlularının VERBİS’e kayıt ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirirken öncelikle kişisel veri işlenmekte olan tüm süreçleri içerecek şekilde kişisel veri işleme envanteri hazırlaması ve VERBİS’e bildirim yapılırken gelişigüzel değil mutlaka söz konusu envanter baz alınarak giriş yapılması gerektiğinin,- Sicilde kayıtlı bilgilerde değişiklik olması halinde meydana gelen değişiklikleri, değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde VERBİS üzerinden Kuruma bildirilmesi gerektiğinin tüm veri sorumlularına hatırlatılmasına, ...”

⁸⁸ “...İdare, kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir...” Danıştay 10. Dairesi, E: 2018/4000, K: 2019/1895, T: 11.03.2019.

⁸⁹ Aydın, Muhammed Ali (Ocak 2016), İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 89.

⁹⁰ Çağlayan, s. 621.

kurmak; bu teşkilatın aynı, şahsi ve mali imkan ve araçlarını hizmete hazır tutmak, hizmetin ifası sırasında hizmetin zamanında ve gereği gibi işlenmesini devamlı olarak gözetmek ve hizmetin işleyişini kontrol etmek zorunda olduğu açıktır. Bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün dahi doğmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusur olup, hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan ve asli nedenini oluşturmaktadır...⁹¹. Aktarılan kararda ifade edilen hizmetin işleyişindeki bozukluk, aksaklık ya da boşluk, başka bir ifade ile sorumluluğa neden olan idareye atfedilen davranış ise; idarenin bir işleminden ya da eyleminden kaynaklanabilecek olup; idari eylemden kaynaklanma ise, idarenin aktif bir faaliyeti yansırsa, görevine girmekte olan bir konuda hareketsiz kalması⁹² şeklinde de ortaya çıkabilecektir⁹³. Nitekim Danıştay da bu hususu "...İdari eylem, idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarrufları ifade etmektedir..."⁹⁴ demek suretiyle teyit etmektedir.

2. Sorumluluk Türünün Saptanması ve Sonuçları

Yukarıda karşılaştırılması muhtemel sorunlar olarak ifade edilen hususlara da bakıldığında, veri sorumluları sicili bağlamında söz konusu olabilecek sorumluluk doğurucu ihtimallerin idarenin görev alanına giren bir konuda harekete geçmemek/yeterli derecede etkin kalamamak şekillerinde

⁹¹ Danıştay 9. Dairesi, E: 2015/9759, K: 2019/2208, T: 20.05.2019, Danıştay 10. Dairesi, E: 2018/4000, K: 2019/1895, T: 11.03.2019.

⁹² Bkz. **Günday**, s. 383.

⁹³ Ayrıca söz konusu eylem bir işlemin icrasında ortaya çıkabileceği gibi; bir idari işleme dayanmaksızın, bir idari faaliyet sırasında ortaya çıkan bir ameliye şeklinde de ortaya çıkabilecektir. **Günday**, s. 383.

⁹⁴ Danıştay 2. Dairesi, E: 2018/4122, K: 2019/1848, T: 10.04.2019.

ortaya çıkabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır. O halde, sicilin güncelliğinin ve doğruluğunun (ya da ilerleme ve yeniliklere uygunluğunun) sağlanamaması, veri sahibinin kişilik hakları bakımından zarar doğuran sonuçlara yol açmış ise, bu durum kamu hizmetinin işleyişinde süreklilik ve düzenlilik (ya da değişkenlik) sağlama anlamında bir aksaklık ve bozukluk oluşturup, Anayasa m. 125'in "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" hükmüne uygun olarak, ortaya çıkan zararlar bakımından idarenin hizmet kusuru çerçevesinde sorumlu tutulabileceği açıktır⁹⁵. Ayrıca, idare veri sahibinin talep ettiği zarar miktarını karşıladıktan sonra, Anayasa m. 129/5 hükmü uyarınca⁹⁶, ortaya çıkan zararda "kast" ya da "ağır ihmal" derecesinde kusuru olan⁹⁷ kamu görevlilerine de rücu edebilecektir; hatta anılan hükmün lafzı uyarınca idarenin bu noktada bir takdir hakkı bulunmayıp, rücu etmek zorunludur⁹⁸. Bu noktada idarenin (mali) sorumluluğu hususu yanında; veri sorumluları sicili tutulmasında Kurumdan kaynaklı ortaya çıkabilecek aksaklıklar sebebiyle memur/kamu görevlileri bakımından ilgili mevzuat çerçevesinde disiplin hukuku anlamında sorumluluk doğabileceği de ayrıca ifade edilmelidir. Son olarak belirtilmesi gereken bir konu da, kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı davranılmasının veri sorumluları bakımından da disiplin sorumluluğu yaratabileceğidir. Bu durum, veri sorumluluğu sıfatının idari birimlerde söz konusu olması durumunda gündeme gelebilecektir: Nitekim Yönetmeliğin 17. maddesi uyarınca⁹⁹, "*Veri sorumluları siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı*

⁹⁵ Aynı yönde bkz. **Atasayan**, s. 297, 341-344., Ayrıca hizmet kusuru çerçevesinde veri sahibinin zararlarını gideren idarenin de; -hizmet kusuruna sebebiyet veren haller bakımından- veri sorumlusunun kusurunu ispatı halinde veri sorumlusuna bu oranda rücu edebilmesi de mümkün olabilecektir.; Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki, 6698 sayılı Kanun m. 14/3 uyarınca "*...Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır*" hükmü sebebiyle, veri sahibinin; bu kanundaki yükümlülüklerini ihlali halinde, veri sorumlusunu sorumlu tutması da söz konusu olabilecektir.

⁹⁶ Anayasa m. 129/5: "*...Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir...*".

⁹⁷ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 748.

⁹⁸ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 746.

⁹⁹ Aynı yönde bkz. Kanun m. 18/3.

*hareket edilmesi eyleminin, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir*¹⁰⁰.

SONUÇ

Çalışma içerisinde pek çok kez ifade edildiği üzere, kişisel veriler ve bu verilerin korunması konusu; bugüne kadar daha ziyade özel yaşamın gizliliği çerçevesinde ele alınmıştır. Ancak konunun giderek artan önemi sebebiyle, konu son dönemlerde bağımsız bir hak niteliği kazanmaya başlamıştır. Ancak, kişisel verilerin korunması kişilik hakkı alanı içinde yer almakta olup, her durumda özel bir korumayı gerekli kılmaktadır. Son yıllarda iletişim teknolojileri, hizmetlerin görülme şekli ve içeriğindeki değişimler, kişileri hem idareler hem de özel hukuk kişileri şeklinde karşımıza çıkan veri sorumluları (ve de onların sorumluluğunda veri işleyenler) ile karşı karşıya getirmiştir. Anılan durum, kişisel verilerin korunması kapsamında güvenlik ihtiyacını daha da hissedilir kılmıştır.

Uzun yıllardır dünya genelinde yaşanan bu eğilim Türkiye bakımından 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile belirgin şekilde ortaya konulmuş ve görünür bir hal almıştır. Kanun, verileri işlenen gerçek kişileri korumak bakımından çeşitli önlemler öngörmektedir. Bu önlemlerden bir tanesi de, işlenen kişisel verileri ve bu verilerin çeşitli detaylarını kategorik olarak kamuya açık hale getirerek, veri sorumlularını hesap verebilir hale getirmeyi amaçlayan veri sorumluları sicili bilgi sisteminin öngörülmesidir. Veri sahibi bu sicil kaydı aracılığı ile kendisine ait verilerin hangi kapsam, amaç ve sürelerle işlenerek aslında özel alanına müdahale edilmekte olduğunu öğrenerek, yasal haklarını kullanma ve kendini koruma imkânına sahip

¹⁰⁰ Ayrıca Kanun m. 18/2 ile Yönetmelik m. 17/1 uyarınca, veri sorumluları siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket eden özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri hakkında ayrıca idari para cezası da uygulanabilecektir.

olmaktadır. İşte bu sebeple, veri sorumluları bakımından mevzuat gereği zorunluluk olan kayıt yükümlülüğüne Kanun ile doğrudan ya da (Kanunla) Kurula yetki verilerek Kurul Kararı aracılığı ile istisna getirilme imkânı tanınması, bireyin mevzuat uyarınca sahip olduğu pek çok hakkını kullanamaması, dolayısıyla kişilik hakkının korunma imkânının sınırlandırılması/ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Makalede ifade edildiği üzere, idare tarafından getirilecek istisna bakımından yargı yoluna başvurmayaya yasal ve teorik olarak bir engel bulunmamakla beraber, böyle bir başvuru dava açma süreleri çerçevesinde fiilen pek de mümkün görünmediği gibi, mümkün olduğu hallerde de yargısal sürecin belirli bir zaman aldığı düşünüldüğünde; işlevsel görünmemektedir. Bu sebeple, veri sahibinin 6698 sayılı Kanun çerçevesinde kendisine tanınan hakları gereği gibi kullanabilmesinin önemli bir aracı olan (veri sorumlularının) veri sorumluları siciline kayıt yükümlülüğü konusunda muafiyet getirilmesine imkânı sağlanması; konusuna ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir. Ayrıca, kayıttan muafiyet halinde, -muaf tutulan veri sorumluları bakımından- Kurum tarafından bir gözetim mekanizması sağlanabilmesi de önem arz etmektedir. Sicile kaydın gerçekleştirildiği durumlarda ise, sicilinin kendinden beklenen görevi görerek veri sahipleri bakımından güvence işlevi görmesinin, sicil tutma faaliyetinin bir süreklilik ve düzen (aynı zamanda ilerleme ve yeniliklere uygunluk) içinde gerçekleştirilmesi ile sağlanabileceği açıktır. Bu şekilde bir işleyiş sağlanamaması veri sahipleri için kişilik hakkı bağlamında zarar doğurabileceği gibi; idare bakımından da mali ve (memur/kamu görevlileri bağlamında) disiplin hukuku anlamında sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akgül, Aydın** (2014) Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Akyılmaz, Bahtiyar** (2000) İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/ Kaya, Cemil** (Ekim 2019), Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Atasayan, M. Gözde** (Kasım 2012) Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi, İstanbul, 12 Levha Yayınları.
- Aydın, Muhammed Ali** (Ocak 2016) İdarenin Hizmet Kusurundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Çağlayan, Ramazan** (Ağustos 2010) İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi.
- Dalkılıç, Elvin Evrim** (2016) Avrupa ve Türk İdare Hukukunda Hukuki Güvenlik ve Meşru Beklentilerin Korunması, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Gümüş, A. Tarık** (Aralık 2010) Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü, İstanbul, 12 Levha Yayınları.
- Günday, Metin** (2011) İdare Hukuku,10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.
- Kaya, Cemil** (Aralık 2011) Assessing the Transfer of Personal Data in the European Union in the Light of the Data Protection Directive, İstanbul, 12 Levha Yayınları.
- Öztürk, K. Burak** (2015) Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Sezginer, Murat** (2000) İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Şeşen Çelik, Hülya** (2018) Kamu Düzeni Kavramının Dirlik ve Esenlik Unsuru, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Şimşek Oğuz** (2008) Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Taştan, Furkan Güven** (Temmuz 2017) Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, 12 Levha Yayınları.
- Tekinsoy Okay, Özge** (Mart 2011) İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul, 12 Levha Yayınları.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

Aşıkoğlu, Şehriban İpek (2019), “Veri Sorumlularının Aydınlatma Yükümlülüğü -Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda”, KVKD, C.1., S.2, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/904836>>

Kılınç, Doğan (2012), “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 3, < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/623968> >

Küzeci, Elif (2010), “Kişisel Verilerin Korunması”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (YÖK Ulusal Tez Merkezi)

Sancakdar, Oğuz (2017), “Kamu Hukukunda Kişiliğin Korunması”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S.1, KİBB (Hukuk Eserleri BB).

< <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2032/Veri-Sorumlusu-Kimdir>>

<https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>

<https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/SORULARLA_VERB%C4%B0S.pdf>

<https://verbis.kvkk.gov.tr/UploadedFiles/VER%C4%B0_SORUMLULARI_S%C4%B0C%C4%B0L%C4%B0_B%C4%B0LG%C4%B0_S%C4%B0STEM%C4%B0_KILAVUZU.PDF>

<https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1983/12/rs19831215_1bvr020983en.html >

<<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/14a17049-71da-4417-a07b-961f75a0070e.PDF>>

<<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/a23bfe08-9b3a-4c2f-8a97-a259dcc0e667.PDF>>

<<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf> >

<<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf>>

<www.mevzuat.gov.tr>

Anayasa Mahkemesi Resmi Web Sayfası

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (KİBB)

Resmi Gazete (Mevzuat ve Kurul kararları için)

7188 SAYILI KANUN SONRASI UZLAŞTIRMA KURUMU ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin ERTUĞRUL*

ÖZET

Türk ceza hukuku sistemimizde izlenen suç ve ceza siyaseti gereği, ceza uyuşmazlıklarını çözümlenecek alternatif çözümlere önem verilmektedir. Bu alternatif çözümlerin başında, bir ceza muhakemesi enstrümanı olan ‘uzlaştırma’ kurumu gelmektedir. Bu kurumla, taraflar arasında sağlanan sulh marifetiyle mağdurun zararı telafi edilmekte, ceza muhakemesi süresi kısaltılıp adliyelerin yükü hafifletilmekte ve topluma ekonomik-sosyal faydalar kazandırılmaktadır. 1 Haziran 2005 tarihinde hukuk sistemimize giren bu müessese, dört farklı kanunla değişikliğe uğrayarak uygulama alanı genişletilmiş ve günümüze gelmiştir. Bu alanda en son değişiklik, 23.10.2019 tarihinde yürürlüğe giren ve ceza mevzuatımızda önemli değişiklikler getiren 7188 sayılı Kanun olmuştur. Bu Kanunla uzlaştırma kurumunda üç farklı düzenleme yapılmıştır. Bunlar, uzlaştırma kapsamındaki suçların genişletilmesi, uzlaştırma işlemleri için öngörülen sürenin artırılması ve uzlaştırma kapsamına giren bir suçun bu kapsama girmeyen başka bir suçla işlenmesi halinde mağdurun aynı olması durumunda uzlaştırmanın yapılamayacağına açıkça ifade edilmesidir. Bu değişikliklerle öğretilerdeki mevcut eleştirilerin dikkate alındığı söylenebilmekle birlikte, hala teori ve uygulamayı etkileyecek önemli hususlar sırasını beklemektedir. Bu hususların da kanun koyucu tarafından dikkate alınması, uzlaştırma müessesesinin daha verimli ve etkin bir şekilde uygulanması bakımından önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Onarıcı Adalet, Suç, Ceza, Uzlaştırma, Muhakeme.

* Ahi Evran Üniversitesi İİBF Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, hertugrul83@ahievran.edu.tr
ORCID-ID: 0000-0003-1372-2451, (Geliş Tarihi: 06.02.2020 – Kabul Tarihi: 27.04.2020).

ANNOUNCEMENT AFTER THE 7188 LAW ON THE EVALUATION OF CONCILIATION AGENCY

ABSTRACT

In accordance with the criminal and criminal policies pursued in our Turkish criminal law system, alternative solutions that will resolve criminal disputes are given importance. One of these alternative solutions is the ‘conciliation’ institution which is a criminal procedure instrument. With this institution, the harm of the victim is compensated by the settlement provided by the parties, the duration of the criminal procedure is reduced and the burden of the courthouses is reduced and economic and social benefits are provided to the society. This institution, which entered our legal system on June 1, 2005, was amended with four different laws and its field of application was expanded and reached to the present day. The most recent amendment in this field was the Law no. 7188, which entered into force on 23.10.2019 and introduced significant changes in our penal legislation. With this Law, three different arrangements have been made in the conciliation institution. These are the extension of the crimes within the scope of conciliation, increasing the time for conciliation, and making it clear that conciliation cannot be made if the victim is the same if a crime within the scope of conciliation is committed to another offense. While it can be said that these criticisms have taken into account the existing criticisms of the doctrine, it still awaits the order of important issues that will affect the theory and practice. The fact that these issues are taken into consideration by the legislator is important in terms of more efficient and effective implementation of the conciliation system.

Keywords: Restorative Justice, Crime, Punishment, Conciliation, Reasoning.

GİRİŞ

*Tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu insan davranışları*¹ olarak tanımlayabileceğimiz suçların işlenmesiyle hukuk düzeninin sağlamış olduğu denge bozulmaktadır². Bu dengenin yeniden tesisi amacıyla, teknik anlamda ceza ve güvenlik tedbiri olmak üzere ceza hukuku yaptırımlarına başvurulmakta, bu şekilde ceza adaleti sağlanmaya çalışılmaktadır. Klasik ceza hukuku anlayışı, cezanın birincil anlayışının faille ızdırıp çektirilmesi, acı çektirilmesi esasına dayanırken; günümüz ceza hukuku anlayışı ise, cezanın birincil amacının failin işlediği suçtan dolayı içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibrasını esas almaktadır³.

Esasen devletlerin ceza adaleti anlayışını, kendi içerisinde üçe ayırmak mümkündür: “Faile haddini bildirme yaklaşımı”, “faili ıslah etme yaklaşımı” ve günümüzde en çok etkinlik kazanan “mağdur odaklı yaklaşım” (onarıcı adalet)’dir⁴.

Faile haddini bildirme yaklaşımı, klasik ceza hukuku anlayışının bir ürünü olup tüm suçlarda asıl mağdur devlettir, failin cezalandırılması devlet menfaati gereğidir düşüncesiyle ortaya çıkmıştır⁵. Bu anlayışta, devlet fail nezdinde topluma gözdağı vererek ceza yaptırımlarına başvurmaktadır. Aslında devletin “oç alma”, “intikam alma” gibi düşüncelerle hareket etmesi, toplumda bireylerin birbirlerine hoşgörü ve affetme düşüncesi yerine öfkeyle hareket etme, birbirlerine zarar verime eğilimini artırmakta olduğundan günümüz ceza hukuku sistemlerinde tercih edilmemektedir⁶.

¹ **Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2013) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.25.

² **Özgenç, İzzet** (2019) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.31.

³ **Soyaslan, Doğan** (2018) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 48 vd.; **Özgenç**, s.31.

⁴ **Bıçak, Vahit** (2018) ‘Onarıcı Adalet Yaklaşımıyla Ceza Adalet Sisteminin Yeniden İnşası’, Adalet Şurası, Ankara, s.1 (<https://www.bicakhukuk.com/wp-content/uploads/2018/01/Vahit-B%C4%B1%C3%A7ak-2018-Adalet-%C5%9Euras%C4%B1-Tebli%C4%9F.pdf>, s.e.t:29.10.2019).

⁵ **Özgenç**, s.32.

⁶ **Bıçak**, s.2.

Faili ıslah etme anlayışında ise, işlenen suç karşılığı faile bir ceza tatbik edilmelidir; fakat burada fail, işlediği haksızlıktan dolayı sorumluluğunu hissetmeli ve kusurluluk durumundan ibrası sağlanmalıdır (Cezanın kefaret fonksiyonu)⁷. Öğretide hakim görüş, cezanın böyle bir amacının her zaman olması gerektiğidir⁸. Çünkü kişinin kusurunun temizlenmesi yoluyla topluma kazandırılması, toplumda sağlanması istenen adaletin tesis edilmesine doğrudan katkı sağlayacaktır. Başka bir ifadeyle “rehabilitasyon”, “resosyalizasyon” ya da “yeniden topluma entegre etme” olarak da ifade edebileceğimiz bu husus, cezanın infazıyla faile işlediği suçtan dolayı sorumluluğun farkına vardırılması sağlama temeline dayandığından önem arz etmektedir⁹.

Mağdur odaklı yaklaşım ise, “onarıcı”, “tazmin edici”, “uzlaştırıcı”, “tamir edici” kavramlarla ifade edilen ve dünyanın neredeyse yarı coğrafyasında etkinlik kazanan suçun ortaya çıkardığı hasarların ve kayıpların giderilmesi ve tarafların uzlaştırılması esasına dayanan bir yaklaşımdır. Bu anlayış, mağdurun uğradığı zararın sulh yoluyla telafi edilmesiyle toplumsal barış, huzur ve güvenliğin sağlanabileceğini savunmaktadır¹⁰.

⁷ **Özgenç**, s.31. Öğretide cezanın iki önemli amacından bahsedilmektedir. Bunlar cezanın genel önleme ve özel önleme amaçlarıdır. Buna göre, faile cezanın tatbik edilmesiyle “toplumun diğer fertlerine bir gözdağı verilerek” genel önleme amacı; suç işleyen “yeniden topluma kazandırılmasıyla” özel önleme amacı sağlanmaktadır. Bizim ifade ettiğimiz cezanın kefaret fonksiyonu cezanın bu özel önleme amacına denk gelmektedir. Fakat yine doktrinde cezanın kefaret fonksiyonu hataen bir misilleme olarak tanımlanmaktadır. Yani eden bulmalı, kötülüğe kötülükle karşılık verilmelidir (**Soyaslan**, s.48). Özgenç’e göre bu durum yanlış tercümeden kaynaklanmaktadır (**Özgenç**, s.31.).

⁸ **Özgenç**, s.31; **Koca, Mahmut/Üzülmmez, İlhan** (2009) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.36.

⁹ Öztürk/Erdem cezanın bu fonksiyonunu “topluma yeniden dönüş için bir köprü” olarak tanımlarken (**Öztürk/Erdem**, s.30); Soyaslan, bu kurumu, cezanın sosyal savunma teorisiyle açıklamaktadır (**Soyaslan**, s.51).

¹⁰ **Bıçak**, s.2.

I. ONARICI ADALET

Onarıcı adalet, bir suç sonucu mağdurun zararının tespiti ve sulh yoluyla tarafların bu zararın tazmininde anlaşması esasına dayanmaktadır¹¹. 1974'te bir eğitim programı olarak Kanada'da uygulanmaya başlayan mağdur odaklı bu ceza anlayışı, bilahare Amerika Birleşik Devletleri'nin Indiana eyaletinde uygulanmaya başlamış ve daha sonra ABD'nin diğer eyaletlerinde ve Avrupa'da¹² onarıcı adalet programları oluşturularak devletlerin ceza sistemlerinde yerini almıştır¹³.

Dünya üzerinde onarıcı adalet anlayışının farklı uygulama şekilleri bulunmaktadır. Bunlar çoğunlukla; uzlaştırma konferansları¹⁴, barış halkaları¹⁵ ve aile görüşmeleridir¹⁶.

¹¹ **Eriş, Uğur** (2018) 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi' Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:137, s.244; **Özbek, Mustafa Serdar** (2018) Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, Ankara, Deniz Ofset, s.6.

¹² AB ülkelerinde uzlaştırma programlarının yaygınlaşmasında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 15.09.1999 tarihli R (99) 19 sayılı "Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaştırma" konulu tavsiye kararının etkisi büyüktür (**Özbek, Mustafa Serdar** (2018) 'Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul Ve Esasları', AÜHFD, S:4, C:56, 2007, s.127.).

¹³ **Zehr, Howard** (2002) 'Perspectives on Restorative Justice' Institute of Peace and Conflict Studies at Conrad Grebel University College, s.1143; **Wachtel, Ted** (2013) 'Dreaming of a New Reality: How Restorative Practices Reduce Crime and Violence, Improve Relationships and Strengthen Civil Society' Bethlehem, PA: The Piper's Press, s.41.

¹⁴ Uzlaştırma konferansları, fail ve mağdurun yanı sıra aile ve arkadaşlarının da katıldığı toplantılardır. Burada, işlenen fiilin zararının nasıl tazmin edileceğine karar verilir. Anlaşma sağlandığında, tazmin şekli ve yolu yazılı olarak kararlaştırılır ve imzalanır. İlgili adli merciler, bu konferansı taraflara alternatif bir seçenek olarak sunmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz: **O'Connell, Terry, Wachtel, Ben, Wachtel, Ted** (1999) The Conferencing Handbook, Pipersville, PA: The Piper's Press. s.11 vd.).

¹⁵ Barış halkaları, insanların hikayelerini anlatmasına ve kendi bakış açılarını sunmalarına izin veren bir uygulamadır. Çoğunlukla bu uygulamalara fail katılmaz, fail hakkında ne yapılması gerektiğine karar verilmektedir. Bu toplantılarda, kişilerin fikirleri ve önerileri kayıt altına alınır, uzlaşma çıkmasa da adli mercilere sunulur (Ayrıntılı bilgi için bkz: **Pranis, Kay** (2005) The Little Book of Circle Processes. Intercourse, PA: Good Books, s.43 vd.).

¹⁶ 1989 yılında Yeni Zellanda'da uygulanmaya başlayan bu görüşme şekli, suçu işleyen çoğunun geniş ailesi ve arkadaşlarıyla birlikte gerçekleştirilen toplantıları ifade etmektedir.

Onarıcı adalet anlayışı, failin üzerinde yaptırım uygulanarak belirli hukuki sonuçlar doğurmaktan çok mağdurun tatmin edilmesini ön plâna çıkarmaktadır. Yani suç işlenerek bozulan adalet dengesi, sulh yoluyla tarafların anlaşılması ve zararın giderilmesiyle sağlanmaktadır. Bu anlayış, dört temel ilkeye dayanmaktadır. Bunlar; mağdurun suçtan doğan zararının mümkün mertebe tazmin edilmesi, failin cezai sorumluluğu üstlenmesi, tarafların özgür iradeleriyle uzlaşmak istemesi ve uzlaştırmacının bu ilkeleri tarafsızlıkla ele alıp görevini tamamlamasıdır¹⁷. Esasen onarıcı adalet failin tekrar topluma kazandırılmasına da hizmet etmektedir. Faile mağdur kadar saygılı davranılarak kanuna uygun hareket etmeleri ve topluma yeniden kazandırılmaları sağlanmaktadır¹⁸.

II. TÜRK CEZA HUKUKU SİSTEMİMİZDE UZLAŞTIRMA KURUMUNUN GELİŞİMİ

Türk ceza hukuku sistemimizde uzlaştırma kurumunu, incelememizin konusunu teşkil eden 7188 sayılı Kanun öncesi ve sonrası olmak üzere iki başlık altında incelemeye çalışacağız.

A. 7188 SAYILI KANUN ÖNCESİ UZLAŞTIRMA KURUMUNUN GELİŞİMİ

Uzlaştırma kurumu, hukuk sistemimize 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁹, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu²⁰ ve 5395 sayılı Çocuk

Burada çocuğun sevdikleri akraba veya yakınları sorumluluğu üstlenebilmekte ya da aileye destek vermektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz: **Doolan, Mike** (2003) Restorative Practices and Family Empowerment: Both/ and or either/or? Family Rights Newsletter. London: Family Rights Group, s.57 vd.).

¹⁷ **Bazemore, Gordon** (2005) 'Whomand How Do WeReintegrate? Finding Community in Restorative Justice' Criminology and Public Policy, Vol. 4, s. 131; **Baytaz, Abdullah Batuhan** (2013) 'Onarıcı Adalet'e Genel Bir Bakış' İÜHFİM, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akinci'ya Armağan, s. 117.

¹⁸ **Arslan, Mualla Buket Soygüt** (2010) 'Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması ve Onarıcı Adalet Anlayışı' KHD, S: 2010/1, s. 291 vd.

¹⁹ TCK'nın ilk halinde uzlaşma kurumu, 73. maddenin 8. fıkrasında şu şekilde düzenlenmişti:

Koruma Kanunu²¹ ile girmiştir. Bilahare 5560²², 5918²³, 6763²⁴ sayılı Kanunlarla uzlaştırma kurumunun kapsamı genişletilerek CMK'ya alınmıştır.

“Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar, uzlaşma

TCK MADDE 73- (8): Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.”

²⁰ CMK'nın ilk halinde, uzlaşma kurumu 253. maddesinde şu şekilde düzenlenmişti:

“(1) Cumhuriyet savcısı, yapılan soruşturmanın durumuna göre, kanunun uzlaşma yapılabilmesi olanağını verdiği hallerde, faili bu Kanunun öngördüğü usullere göre davet ederek suçtan dolayı sorumluluğunu kabul edip etmediğini sorar.

(2) Fail, suçu ve filinden doğmuş olan maddi ve manevi zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanuni temsilcisine bildirilir.

(3) Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.

(4) Cumhuriyet savcısı, fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarını sağlamak üzere, fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşamadıkları takdirde, bir veya birden fazla avukatın uzlaştırıcı olarak görevlendirilmesini barodan ister.

(5) Uzlaştırıcı, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir. Uzlaştırma süresince zamanaşımı durur.

(6) Uzlaşma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaşma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde uzlaştırma sırasında failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılmaz.

(7) Uzlaştırıcı, yaptığı işlemleri ve uzlaşmayı sağlayıcı müdahalelerini belirten bir raporu on gün içinde ilgili Cumhuriyet savcısına sunar.

(8) Zarar, uzlaşmaya uygun olarak giderildiğinde ve uzlaştırma işleminin giderleri, fail tarafından ödendiğinde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir.”

²¹ ÇKK'nın ilk halinde uzlaşma kurumu 24. maddesinde şu şekilde düzenlenmişti:

“(1) Suça sürüklenen çocuklarla ilgili olarak uzlaşma, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan veya kasten işlenen ve alt sınırı iki yılı aşmayan hapis veya adli para cezasını gerektiren ya da taksirle işlenen suçlarda uygulanır.

(2) Suç tarihinde onbeş yaşını doldurmayan çocuklar bakımından, birinci fıkrada öngörülen hapis cezasının alt sınırı üç yıl olarak uygulanır.”

Ayrıca uzlaştırma müessesesinin uygulanmasına yönelik 2017 tarihli “Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği”²⁵ çıkarılmış, bilahare 2019 yılında değişiklik yapılmıştır²⁶.

B. 7188 SAYILI KANUN’LA UZLAŞTIRMA KURUMUNDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Uzlaştırma müessesesi ile ilgili CMK’da yapılan son düzenleme, 17.10.2019 tarihinde kabul edilen ve 23.10.2019 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren *Ceza Muhakemesi Kanunu Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*’la olmuştur. Bu Kanunun 26. maddesiyle Ceza Muhakemesi Kanununun uzlaştırmayı düzenleyen 253. maddesinde, süre ile ilgili, uzlaştırmaya tabi suçlar ile ilgili ve uzlaştırma kapsamı ile ilgili üç önemli değişiklik yapılmıştır.

²² 06.12.2006 tarihinde kabul edilen ve 19.12.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı *Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*’la esas itibarıyla bir ceza muhakemesi kanunu müessesesi olan uzlaşma tamamıyla Ceza Muhakemesi Kanununa alınmıştır. Ayrıca uzlaşmaya tabi suçların sayısı artırılmıştır.

²³ 26.06.2009 tarihinde kabul edilen 09.07.2009 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5918 sayılı *Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*’la Ceza Muhakemesi Kanununun 253. maddesine 3. fıkra olarak aşağıdaki metin eklenmiştir: "Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz."

²⁴ 24.11.2016 tarihinde kabul edilen ve 02.12.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6763 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*’la uzlaşma müessesesi uzlaştırma olarak değiştirilmiş ve ceza muhakemesinde uzlaştırma başta olmak üzere alternatif çözümlerin uygulanmasında idari bir organ olarak Adalet Bakanlığı bünyesinde Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı kurulmuştur. Yine bu Kanunla, uzlaştırma kapsamına dahil suçların sayısı artırılmış ve mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suçta sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda uzlaştırma kapsamına dahil edilmiştir.

²⁵ Adalet Bakanlığınca hazırlanan bu yönetmelik, 30145 sayılı ve 05.08.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁶ Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 30395 sayılı (4. mükerrer) ve 31.12.2019 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1. Uzlaştırma Süresi İle İlgili Düzenleme

Bilindiği üzere CMK, uzlaştırma için 30 günlük bir süre öngörmüş ve bu sürenin bir defaya mahsus 20 gün artırılabilceğini düzenlenmişti. 7188 sayılı Kanunla, uzlaştırmanın ek süresi artırılmış oldu. CMK'nın 253. maddenin 12. fıkrasında yer alan “*en çok yirmi gün daha*” ifadesi, “*her defasında yirmi günü geçmemek üzere en fazla iki kez*” şeklinde değiştirildi. Böylelikle, otuz günlük uzlaştırma süresine ilaveten iki ayrı yirmi günlük süre ile uzlaştırma süresine ilave edilerek nihai uzlaştırma süresi yetmiş güne çekilmiş oldu. Bu şekilde öğretilde, uzlaştırma süresinin artırılmasına yönelik eleştirilerin dikkate alındığını söylemek mümkündür²⁷.

Gerçekten de, fail veya mağdurun başka bir yerleşim yerinde bulunması, istinabe yolunun işletilmesi gibi süreci uzatacak durumlarda bu ek sürelerin ihtiyacı ortadadır²⁸. Öğretilde bir görüşe göre, burada öngörülen süre bir düzenleme süresidir, dolayısıyla sürenin aşılmasında herhangi bir hak kaybı olmayacağı ve bir yaptırımın da uygulanamayacağı ifade edilmektedir²⁹. Diğer bir görüşe göre ise, bu süre bir düzenleme süresidir, fakat sürenin aşılması durumunda mesela raporu geç hazırlayan uzlaştırmacı hakkında bir yaptırım uygulanabilecektir³⁰. Kanaatimizce buradaki süre, bir hak düşürücü süredir, sürenin aşılması durumunda uzlaştırmacının başarısızlıkla sonuçlandığını kabul etmek gerekir ve uzlaştırmacının ilgili yönetmeliğin 49. maddesindeki disiplin sorumluluğu da söz konusu olabilecektir³¹.

²⁷ **Erdem, Mustafa Ruhan/Eser, Funda/Özşahinli, Pakize Pelin** (2017) 100 Soruda Uzlaştırma, Ankara, Seçkin, s.315-316; Bu sürenin makul olduğuna yönelik düşünceler için bkz: **Serdar**, s. 178.

²⁸ Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı tarafından uzlaştırma kurumunun değerlendirilmesi amacıyla 31 Mart 2018-1 Nisan 2018 tarihlerinde İstanbul'da "Uzlaştırma Çalıştayı" düzenlenmiştir. Bu çalıştayda, 30+30+20+20 gün olmak üzere 90 günlük bir uzlaştırma süresinin gerekliliğine dikkat çekmişlerdir. Fakat 7188 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu süre 70 (30+20+20) günde kalmıştır. (<https://www.youtube.com/watch?v=j12RdEHqJg>, s.e.t. 12.01.2020.).

²⁹ **Özbek**, s.95 (Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan Uzlaştırma Eğitim Kitabı).

³⁰ **Akbulut, Berrin / Aksan, Murat** (2019) Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, Seçkin, s.222.

³¹ Çünkü hak düşürücü süreler, hukuk sisteminde o süre içerisinde belirli fillerin yapılıp yapılmamasını ifade eder ki, sürenin geçmesiyle hukuki bir durumun meydana gelmesi

Öğretide bu sürenin varlığına yönelik eleştiriler olsa da³², kanaatimizce bu sürenin varlığı, uzlaştırmacının seri bir şekilde uzlaştırma müzakerelerini tamamlanmasını sağlayacağından varlığı önem arz etmektedir.

2. Uzlaştırmaya Tabi Suçlar İle İlgili Düzenleme

CMK'da yer alan uzlaştırma kapsamındaki suçlara, 7188 sayılı Kanunla üç yeni suç tanımı daha eklenmiştir. Bunlar; iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK, madde 117, birinci fıkra; madde 119, birinci fıkra (c) bendi), güveni kötüye kullanma (TCK, madde 155) ve suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (TCK, madde 165) suçlarıdır.

Uzlaştırmaya tabi suçların artırılması, kapsamın genişletilmesi ve yeniden düzenlenmesi gereği öğretilerde en çok dile getirilen eleştirilerin başında gelmektedir³³. Dolayısıyla yapılan bu kanun değişikliğiyle bu eleştirilerin dikkate alındığı ve uzlaşmadan elde edilen faydanın artırılması istendiğini belirtmek mümkündür³⁴. Eklenen bu suç tanımlarıyla ilgili şu açıklamaları yapmak da fayda mülahaza ediyoruz.

engellemiş olur. **Şu halde, CMK m.253/12'de ifade edilen sürelerle ilgili amir hüküm karşısında, bunun bir düzenleme süresi olduğunu kabul etmek doğru bir hukuki yaklaşım olmayacaktır, kanaatindeyiz.** Benzer yönde görüş için bkz: **Ekici Şahin, Meral/Yemenici, Kürşat** (2018) '6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma' Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, s.496.

³² **Çetintürk**, s. 544.

³³ **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2018) Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, s.832; **Erdem/Eser/Özşahinli**, s.6; **Soygüt Arslan, Mualla Buket** (2008) 'Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Temel Sorunlar ve Öneriler' Suç ve Ceza Dergisi, S:3, s.83; **Şahin, Cumhuriyet** (2005) Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin, s.777.

³⁴ Nitekim 7188 sayılı Kanunun uzlaşma kapsamına üç yeni suç tanımı ekleyen 26. maddesinin gerekçesinde şu ifadelerle yer verilmiştir: **"Düzenlemeyle, uygulamadan gelen talep ve öneriler ile günümüz çağdaş ceza adalet sistemlerinin genel yönelimi dikkate alınarak uzlaştırma kapsamındaki suç listesi genişletilmektedir. Kapsamın genişletilmesiyle, şüphelilerin doğrudan kamu davası ve cezai yaptırımlar yerine, ceza muhakemesinin onarıcı adalete dayanan kurumlarıyla karşılaşmaları amaçlanmaktadır. Böylelikle, suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzen, taraflar arasında sağlanan barış yoluyla yeniden tesis**

a. İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (TCK, madde 117, birinci fıkrâ; madde 119, birinci fıkrâ (c) bendi)

TCK'da *hürriyete karşı işlenen suçlar* bölümünde düzenlenen iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçunun temel şekli(m.117) zaten şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir. Yani bu suç tanımı CMK'da uzlaştırmaya tabi katalog suçlara eklenmeseydi de, şikâyete bağlı olmasından bahisle zaten uzlaştırmaya tabi olarak uygulanacaktı. Fakat bu suçun nitelikli hali(m.119(c)), yani birden fazla kişiyle bir kimsenin iş ve çalışma hürriyetinin ihlali re'sen soruşturulduğundan uzlaştırma kapsamında değildi. Şu halde kanun koyucu, bu suçun nitelikli halini uzlaştırma kapsamında dahil etmiş bulunmaktadır. Düzenlemede bir karışıklık olmaması için, temel ve nitelikli halini birlikte zikretmiştir. Fakat bu düzenlemeyle 117. maddenin diğer fıkralarında düzenlenen haller (2., 3., ve 4. fıkralar) uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmıştır.

b. Güveni kötüye kullanma (TCK, madde 155)

Malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu, -iş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu gibi- temel şekli (m.155/1) şikâyete bağlı ve uzlaşma kapsamında iken; nitelikli hali (m.155/2) re'sen soruşturulduğundan uzlaştırma kapsamında değildi. Yeni düzenlemeyle güveni kötüye kullanma suçu da, aynı şekilde tamamen uzlaşma kapsamına alınmış bulunmaktadır.

c. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi (TCK, madde 165)

Malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenen bu suç, TCK 167/2. maddesinde belirtilen kişilerin zararına işlenmesi halinde zaten şikâyete tabi ve uzlaşma kapsamındaydı. Kanunun bu düzenlemesiyle, bu suçun temel şekli de (m.165/1), uzlaşma kapsamına dahil oldu. Buradaki hukuki problem, bu suçun mağdurun her zaman doğrudan gösterilememesi ve kiminle uzlaşılacağına belirsiz olmasıdır. Doğrudan mağdurun gösterilemediği

edilmektedir. Ayrıca, uyuşmazlıkların alternatif usuller uygulanarak mağdur odaklı bir yaklaşımla giderilmesi, geleneksel muhakeme yoluna nazaran yargı sistemini rahatlatan ekonomik faydalar sağlamaktadır.” (<<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>> s.e.t. 04.02.2020).

suçlarda mağdur, toplumu oluşturan herkes olduğundan uzlaşma mümkün olmayacaktır. Somut olayda suç eşyasının sahibi ancak bir gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisine ait ise, uzlaşma mümkün olacaktır. Fakat eşyanın asıl sahibi tespit edilemiyorsa uzlaştırmanın yapılamayacağı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce her kanun değişikliğiyle uzlaştırmaya tabi suçlara birkaç suç tanımı eklemek yerine, daha kapsayıcı ve genel bir hüküm konulması isabetli olacaktır. Mesela, “*ağır ceza mahkemesi görevine giren suçlar hariç olmak üzere her suç için uzlaştırma mümkündür*” şeklinde bir düzenleme yapılması yerinde olacağı kanaatindeyiz.

3. Uzlaştırma Kapsamı İle İlgili Düzenleme

Yine 7188 sayılı Kanunla CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrası yeniden düzenlenmiş; *uzlaştırma kapsamına giren bir suçun bu kapsama girmeyen başka bir suçla işlenmesi halinde mağdurun aynı olması halinde uzlaştırmanın yapılamayacağı* ifade edilmiştir.

Bu düzenlemeden önce madde metninde, uzlaştırma kapsamında giren bir suçun, *bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmesi halinde, uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği* ifade ediliyordu. Mesela, konuta gündüz vakti giren bir hırsız, ev sahibini silahla yaralasa ve bir komşusunun da paralarını çalsa, önceki düzenlemeye göre bu fiillerin hiçbirisi uzlaştırma kapsamına alınmıyordu. Çünkü bu fiillerin içerisinde silahla yaralama uzlaştırma kapsamı dışında olduğundan; diğer fiiller, hırsızlık ve konut dokunulmazlığı ihlal suçları uzlaştırma kapsamında olsa da uzlaştırma yapılmıyordu. CMK 253/3'le yapılan değişiklikle, mağdurları farklı ise uzlaştırma kapsamına giren bir suç, girmeyen bir başka suçla işlense de artık uzlaştırma yapılabilecektir. Verdiğimiz örnekte parası çalınan komşu ile fail arasında uzlaştırmanın yapılması mümkün hale gelmiştir. Fakat konut dokunulmazlığı ihlal edilen ve silahla yaralanan ev sahibi için uzlaştırma yapılamayacaktır. Çünkü bu suçların mağduru aynıdır. Konut dokunulmazlığı ihlal suçu uzlaştırma kapsamında olsa da, silahla yaralama uzlaştırma kapsamı dışındadır.

Uzlaştırma kurumundan beklenen faydalar dikkate alındığında, uzlaştırma kurumunun kapsamının daha da genişletilmesi gerektiğini tekrar ifade etmek istiyoruz. Dolayısıyla uzlaştırma kapsamında giren bir suç, uzlaştırma kapsamında girmeyen bir suçla birlikte işlenirse, ağır ceza mahkemesinin alanına giren bir suç değilse, tamamen uzlaştırma kapsamına alınmalıdır, düşüncesindeyiz³⁵.

4. Uzlaştırma Kurumuna Yöneltilen Mevcut Eleştiriler

7188 sayılı Kanunla getirilen yeniliklere işaret ederken *uzlaştırma süresi, uzlaştırmaya tabi suçlar ve uzlaştırma kapsamına* yönelik eleştiri ve önerilerimizi ifade etmiş olduk. Bu konuların dışında uzlaştırma kurumuna yönelik öğretilerde eleştiri konusu edilen önemli hususları incelemek istiyoruz.

a. Şüpheli/sanığın Birden Fazla Uzlaştırmadan Yararlanmasına Engel Olunmalıdır.

Taraflar arasında sağlanan sulh marifetiyle anlaşmazlığı tamamen çözme imkanını getiren uzlaşma, toplumsal adaletin sağlanması bakımından önemli bir enstrüman durumundadır. Dolayısıyla bu enstrümanın kötüye kullanılmaması, doğru sonuç alınması için belirli tedbirlerin alınması gerekir. Her defasında konut dokunulmazlığını ihlal, hırsızlık suçundan uzlaştırma masasına gelen bir fail için, uzlaştırma bir ceza yaptırımına karşı can simidi işlevi görmemelidir. Kanaatimizce en azından aynı suçtan birden fazla uzlaştırma mümkün olmamalıdır. Başka bir ifadeyle, aynı fail için aynı tür bir suçtan bir kez uzlaştırma mümkün olmalı, ikincisi için bir ceza yaptırımı uygulanmalıdır³⁶.

b. Uzlaştırma Hem Soruşturma Hem Kovuşturma Aşamasında Denenmesi Gereken Bir Yol Olmalıdır.

2013 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı, uzlaştırmının asıl olarak soruşturma aşamasında uygulanması gerektiğine karar vermiştir³⁷.

³⁵ Benzer görüş için bkz: **Çetintürk, Ekrem** (2009) Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.485.

³⁶ **Erdem/Eser/Özşahinli**, s.7.

³⁷ Y., CGK, 22.01.2013, E: 2012/6-1142, K: 2013/17.

Mevzuatımız ise, soruşturma ve kovuşturma evresinde uzlaştırma hususunu ayrı ayrı incelese de esas olarak soruşturma aşamasında uzlaştırma yapılmasını benimsemektedir. Mesela, soruşturma evresinde uzlaştırmacının teklifi sonuçsuz kalırsa, taraflar özgür iradeleriyle Cumhuriyet savcısına her zaman uzlaştıklarını beyan edebilirler (CMK, m.253/16; Uzlaştırma Yönetmeliği, m.17/2). Artık bu durumda cumhuriyet savcısı tarafların mutabık kaldığı hukuka uygun bir edim belirleyip uzlaştırmayı gerçekleştirecektir. Fakat kovuşturma evresinde, belirli durumlarda uzlaştırma yapabileceği uzlaştırma yönetmeliğinde ifade edilmiştir. Buna göre yönetmeliğin 26. maddesinin 1. fıkrasında şu düzenleme yapılmıştır: *“Kovuşturma evresinde uzlaştırmamanın uygulanabileceği hallerde, yapılan uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen hüküm verilinceye kadar sanık ile mağdur, katılan veya suçtan zarar görenin aralarında uzlaşmaları halinde; taraflarca niteliğine uygun düştüğü ölçüde Ek-3'te yer alan Uzlaştırma Raporu Örneği'ne uygun bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve mahkemeye sunulursa, hakim bu belgeyi 25 inci maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında belirtilen kıstaslara göre inceler ve değerlendirir.”* Yani uzlaştırmacı dışında da, kovuşturma mercii uzlaştırma yapabilecektir. Fakat bu haller, madde metninin başında ifade edildiği üzere, *“kovuşturma evresinde uzlaştırmamanın uygulanabileceği haller”*dir. Bu haller ise, yine yönetmeliğin 22. maddesinde tadadi olarak sayılmıştır. Bu haller;

- a) Kovuşturma konusu suçun hukuki niteliğinin değişmesi nedeniyle uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması,
- b) Soruşturma evresinde uzlaşma teklifinde bulunulması gerektiğinin ilk olarak kovuşturma evresinde anlaşılması,
- c) Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmeksizin, iddianame yerine geçen belge ile doğrudan mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tabi bir suçun varlığı,
- d) Kovuşturma evresinde kanun değişikliği nedeniyle suçun uzlaşma kapsamına girmesidir (Uzlaştırma Yönetmeliği, m.22/1).

Şu halde soruşturma evresinde uzlaştırmacı tarafından uzlaştırma yapılamazsa, iddianamenin düzenlenmesine kadar taraflar Cumhuriyet savcısı marifetiyle de uzlaşabilecekken; kovuşturma evresinde ise belirli durumlarda

mahkeme tarafları uzlaştırılabilecektir. Mesela, soruşturma evresinde basit yaralama fiilinden uzlaştırmacının teklifini reddetmişler, kovuşturma evresinde uzlaşmaya karar verseler, yönetmeliğe göre bu mümkün olmayacaktır. Kanaatimizce bu durum uzlaştırma müessesesinin ruhuna düzenlenme amacına uygun düşmemektedir. Kanunun açıkça yasaklamadığı kovuşturma evresinde uzlaştırma kurumunu daraltacak düzenlemeleri yönetmelik yapmamalıdır. Kanaatimizce Yönetmeliğin 22. maddesine kovuşturma evresinde uzlaştırmacının uygulanabileceği hallere “soruşturma evresinde uzlaştırmacının başarısız olması” ibaresi eklenmelidir. Böylelikle uzlaştırma kurumu, hem soruşturma hem kovuşturma aşamasında denenmesi gereken bir yol olmalıdır. Yani soruşturma evresinde uzlaştırma teklifi başarısız olsa da, bir defaya mahsus olmak üzere kovuşturma evresinde de uzlaşma teklifi yapılmalıdır³⁸.

c. Kamu Tüzel Kişilerinin de Uzlaştırma Kurumundan İstifade Etmesi Gerekir.

CMK'nın 253. maddesinde, mağdurun kamu hukuku tüzel kişisi olması hâlinde uzlaştırmaya başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir(m.253/1). Başka bir ifadeyle, kanun koyucunun izlemiş olduğu ceza siyaseti gereği bir kamu hukuku tüzel kişisi suçtan zarar görse de, uzlaştırmacının tarafı olamamaktadır. Oysaki kamu tüzel kişilerine karşı işlenen suçlarda da, mesela kamu malına zarar verme suçu(TCK, m.152) gibi uzlaştırmadan yararlanılması mümkün olması gerektiği öğretide ifade edilmiştir ki,³⁹ bu düşünceye katılmaktayız. Şu halde kamu hukuku tüzel kişileri ‘fail’ veya ‘mağdur’ olması mümkün gözükmeseyse de, pekala ‘suçtan zarar gören’ sıfatına sahip olması mümkündür ve uzlaştırmacının tarafı olabilmelidir.

Bu durum, mağduru doğrudan gösterilemeyen suçlarda devletin yani kamu tüzel kişisinin mağdur olduğu ifade edilip bu suçlarda da uzlaştırmacının

³⁸ Erdem/Eser/Özşahinli, s.8.

³⁹ Serdar, s.156; Güngör, Mümin (2019) Ceza Yargılamasında Uzlaştırma, Ankara, Adalet, s.196.

mümkün olamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır⁴⁰. Yani mağduru doğrudan belli olmayan suçlarda pekala suçtan zarar gören bir gerçek kişi olabilir ve uzlaştırma kurumunun tarafı olabilir. Mesela, 16-17 yaşında evlenen bir bayanın henüz Türk ceza kanunu anlamında çocukken gebeliğini kendi imkanlarıyla mesela, kürtaj hapı içerek sonlandırması halinde ve eşinin de bundan haberdar olmadığını farz edelim. Burada söz konusu fiil TCK m.100 anlamında çocuk düşürmedir ve bu suç, şikayete bağlı değildir ve uzlaştırmaya tabi katalog suçlar arasında da sayılmamaktadır. Başka bir ifadeyle çocuk düşürme suçu, kural olarak uzlaştırma kapsamı dışındadır. Olayımızda bilahare eşin(kocanın) bu durumdan haberdar olup boşanma davası açtığı ihtimalinde ayrıca çocuğu düşüren eşinden şikayetçi olduğunu düşünelim. Burada suçun mağduru, doğrudan gösterilemediğinden toplumu oluşturan her gerçek kişidir(geniş anlamda mağdur kavramı). Ayrıca bu suçun, suçtan zarar göreni de mevcuttur; o da neslini devam ettirme hakkından mahrum kalan eşidir. Fail ise gebeliğini sonlandıran bayandır. Fail, TCK anlamında çocuk olduğu için, üst sınırı 3 yılın altında olan çocuk düşürme suçu da - mağduru toplum da olsa- uzlaştırmaya pekala tabi olmalıdır.

d. Cinsel Suçlarda Uzlaştırmanın Yolu Kapatılmamalıdır.

CMK'da 5560 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaştırma mümkünken; 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu suçlarda uzlaştırma engellenmiştir. Oysaki bu suçlarda da uzlaştırmanın mümkün olması gerektiği öğretilmiş ki,⁴¹ bu düşünceye katılmaktayız. Burada mağdurun uzlaşmak istemesi ve kendi menfaatine uygun bulması durumunda pekala uzlaştırma masasına oturabilmelidir. Esasen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaştırma yolunun kapatılması, mağdura yaşadığı acı tecrübeyi ceza muhakemesi sürecinde tekrar yaşatabilmekte ve psikolojik yönden daha fazla zarar görebilmektedir. Pekala mağdur, gizli olan uzlaştırma süreci sonunda,

⁴⁰ Akbulut/Aksan, s.88; Özbek, s.57. Devletin bir suçun mağduru olduğu görüşü klasik ceza hukuku anlayışının bir ürünüdür, yeni ceza hukuku sistemimizde sadece gerçek kişiler, suçun mağduru veya faili olabilirler (Ayrıntılı açıklama için bkz: Özgenc, s. 214 vd).

⁴¹ Serdar, s.157; karşı görüş için bkz: Güngör, s.156; Erdem/Eser/Özşahinli, s.40.

lehine yapacağı bir uzlaşma anlaşmasıyla, failin cezalandırılmasına nazaran daha fazla fayda elde edebilmesi mümkündür.

SONUÇ

Uzlaştırma, mağdur ile faili tarafsız bir üçüncü kişinin yönetiminde bir araya getirerek karşılıklı olarak birbirlerini anlamaya çalışmalarına imkan sağlamaktadır. Bu sayede fail, ceza tehdidinden kurtulma ve hatalarını telafi etme, mağdur ise suçtan dolayı oluşan maddi ve manevi zararlarını giderme fırsatı yakalamaktadır. Uzlaştırmanın, yargılama sürecinden daha hızlı şekilde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması ve yargı organlarının iş yükünü azaltması bakımından ceza adalet sistemine ve suçla bozulan toplumsal düzen ve barışın yeniden tesis edilmesi bakımından topluma yönelik faydaları da bulunmaktadır.

Şu halde fail ve mağduru uzlaşmaya götürecek önemli hususlar varken, bu müessese olabildiğince genişletilmelidir. Çünkü toplumsal barışın sağlanmasına hizmet edecek bu kurum, sayılamayacak faydayı beraberinde getirmektedir. Bu mülahazalarla, uzlaştırmaya tabi suçları belirlerken şikayete tabi suçlara ek olarak sayma yöntemi yerine “suçun ağırlığı ve cezanın miktarı” gibi objektif bir ölçütün benimsenmesi daha yerinde olacaktır. İfade ettiğimiz üzere kanaatimizce, “*ağır ceza mahkemesi görevine giren suçlar hariç olmak üzere her suç için uzlaştırma*” mümkün olmalıdır.

Esasen şikayete bağlı suçlar dışında bazı suçların da sayılarak uzlaştırma kapsamında alınmasında, bazı sakıncalar da söz konusu olabilmektedir. Yani sayma sisteminde suçların haksızlık muhtevasının ağırlığını tespitinde zorluklar çıkabilmektedir. Buna bir örnek verelim. Mesela, TCK m. 86/1-2’de düzenlenen kasten yaralama fiili uzlaştırmaya tabidir, fakat m.86/3(a)’da düzenlenen yakın akrabaya karşı işlenmesi durumunda, bu fiil uzlaştırma kapsamı dışındadır. Oysa ki, yakın akrabalar arasında yeniden barışın ve huzurun tesisi ve aile düzeninin sağlanması önem arz eder ve daha kolay olabilmektedir. Bu yönüyle bu fiilleri uzlaştırma kapsamına alarak aile düzeninin yeniden tesisine imkan sağlamak gerekir. Bir başka husus ise, yakın akrabalara karşı yaralama fiillerinde, şikayetten vazgeçilse de, bu suç re’sen

soruşturulduğundan kamu davası açılmakta ve ceza muhakemesi süreci tamamlanmaktadır. Şu halde bu suçun(TCK, m.86/3(a)) uzlaştırma kapsamına alınması aile kurumu için de önem arz etmektedir. Özetle uzlaştırmaya tabi tek tek suçların sayılması yerine kapsayıcı genel bir hüküm konulması, ifade ettiğimiz üzere daha yerinde olacaktır.

Keza cinsel suçlarda uzlaştırma imkanının getirilmesi, kamu hukuku tüzel kişilerinin de uzlaştırma masasına gelebilmesi ve aynı failin işlediği aynı suçlardan sadece bir kez uzlaştırmadan faydalanabilmesi savunduğumuz görüşlerdendir. Bu görüşlerimizin de temelinde, uzlaşma müessesesinin getirdiği öncelikli fayda olan toplumsal mutabakat yer almaktadır. Başka bir ifadeyle uzlaştırma müessesesinin kapsamı olabildiğince genişlemeli ki, toplumsal mutabakat daha fazla vakıada sağlanmış olsun.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin / Aksan, Murat** (2019) Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, Ankara, Seçkin.
- Arslan, Mualla Buket Soygüt** (2010) ‘Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması ve Onarıcı Adalet Anlayışı’ KHD, S:2010/1, s. 283-310.
- Baytaç, Abdullah Batuhan** (2013) ‘Onarıcı Adalet’e Genel Bir Bakış’ İÜHFİM, Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı’ya Armağan, s. 117-129.
- Bazemore, Gordon** (2005) ‘Whomand How Do WeReintegrate? Finding Community in Restorative Justice’ Criminology and Public Policy C:4, S:1, s. 131-148.
- Bıçak, Vahit** (2018) ‘Onarıcı Adalet Yaklaşımıyla Ceza Adalet Sisteminin Yeniden İnşası’, Adalet Şurası, Ankara, (<https://www.bicakhukuk.com/wp-content/uploads/2018/01/Vahit-B%C4%B1%C3%A7ak-2018-Adalet-%C5%9Euras%C4%B1-Tebli%C4%9F.pdf>, s.e.t:29.11.2019).
- Çetin, Soner H.** (2009) ‘Ceza Muhakemesi Kanunda Uzlaşma’ Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:82, s.1-33.
- Çetintürk, Ekrem** (2009) Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Doolan, Mike** (2003) Restorative Practices and Family Empowerment: Both/ and or either/or? Family Rights Newsletter. London: Family Rights Group.
- Güngör, Mümin** (2019) Ceza Yargılamasında Uzlaştırma, Ankara, Adalet.
- Ekici Şahin, Meral/Yemenici, Kürşat** (2018) ‘6763 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma’ Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, s.445-546.
- Erdem, Mustafa Ruhan/Eser, Funda/Özşahinli, Pakize Pelin** (2017) 100 Soruda Uzlaştırma, Ankara, Seçkin.
- Eriş, Uğur** (2018) ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Eğitimi’ Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:137, s.241-271.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan** (2009) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- O'Connell, Terry, Wachtel, Ben, Wachtel, Ted** (1999) *The Conferencing Handbook*, Pipersville, PA: The Piper's Press.
- Özbek, Mustafa Serdar** (2007) 'Ceza Muhakemesi Kanununda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları' AÜHFD, S:4, C:56, s.123-205.
- Özbek, Mustafa Serdar** (2018) *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, Ankara, Deniz Ofset.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker** (2018) *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin.
- Özgenç, İzzet** (2015) *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Ankara, Seçkin.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan** (2005) *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 13. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Pranis, Kay** (2005) *The Little Book of Circle Processes*. Intercourse, PA: Good Books.
- Soyaslan, Doğan** (2017) *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Yetkin.
- Soygüt Arslan, Mualla Buket** (2008) 'Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Temel Sorunlar ve Öneriler' *Suç ve Ceza Dergisi*, S:3, s.81-89.
- Şahin, Cumhur** (2005) *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara, Seçkin.
- Wachtel, Ted** (2013) 'Dreaming of a New Reality: How Restorative Practices Reduce Crime and Violence, Improve Relationships and Strengthen Civil Society' Bethlehem, PA: The Piper's Press.
- Wachtel, Ted** (2016) 'Defining Restorative' IIRP International Institute.
- Yerdelen, Erdal/Özbek, Mustafa Serdar/Altuntaş, Şeyda/Boz, Burak/Erdem, Dilek Özge/Yılmaz, Berna Ayšın** (2018) *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, Ankara, Adalet.
- Zehr, Howard** (2002) 'Perspectives on Restorative Justice' Institute of Peace and Conflict Studies at Conrad Grebel University College.
- <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>> s.e.t. 04.02.2020.

TEFECİLİK SUÇU

Dr. Öğr. Ü. Abdullah Batuhan BAYTAZ*

ÖZET

Ekonominin istikrarı için faiz politikalarının devletler tarafından belirlenmesi ve sürecin yalnızca devletin kontrolünde olması gerektiğinden ve bireyin içinde bulunduğu zor durumdan yararlanmak suretiyle yüksek faizli ödünç para verilmesi, bireyin içerisinden çıkamayacağı derinlikte ekonomik zorluğa düşmesine sebebiyet verebileceğinden dolayı kazanç karşılığı borç para verilmesi ancak devlet kontrolünde ve devletin izin verdiği kuruluşlar tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir. Devletin izni dışında faizle ödünç para verilmesi ise, tefecilik suçunu oluşturmaktadır.

Hukukumuzda ilk olarak 1933 tarihli 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanununun 17. maddesiyle yürürlüğe girmiş olan tefecilik suçu, günümüzde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 241. maddesinde, “kazanç karşılığı ödünç para vermek” şeklinde tanımlanmıştır. Bu çalışmada TCK'nun 241. maddesinde yer alan tefecilik suçunun tüm yönleriyle incelenmiş, tartışmalı ve problemleri alanlara yönelik çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ekonomik Suç, Tefecilik, Kazanç Karşılığı Ödünç Para Verme.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, bbaytaz@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9597-0485, (Geliş Tarihi: 12.05.2020 – Kabul Tarihi: 15.07.2020).

THE CRIME OF USURY

ABSTRACT

For the stability of the economy, interest policies should be determined by the states and the process should be controlled only by the state. Lending high-interest loans by taking advantage of the difficult situation of the person is in may cause the person to fall into economic difficulty at a depth that he cannot get out of. Therefore, Lending money in order to earn interest should only be under the control of the state. For this reason, lending money with interest without the government's permission constitutes usury crimes.

Usury crime first came into force with the Law on Loaning Loan Affairs Law No. 2279, which is regulated in 1933 and it was applied until the Turkish Penal Code No. 5237 went into effect in 2005. Subsequently, the crime of usury, which is regulated in Article 241 of the Turkish Penal Code No. 5237, is means as lending to someone else in order to earn a profit. In this study, all aspects of usury crime in Article 241 of Turkih Penal Code have been examined and solutions have been tried to be put forward for controversial and problematic areas.

Keywords: Financial Crime, Usury, Money Lending.

I. GENEL OLARAK

Sözlükte, el altından yüksek faizle ödünç para verilmesi, faizcilik, murabahacılık şeklinde tanımlanan tefecilik¹, 765 sayılı TCK’nda yer almamış, hukukumuzda ilk olarak 1933 tarihli 2279 sayılı ödünç para verme işleri kanunuyla girmiştir. Bu kanunun 17. maddesinde ifade edildiği üzere “*Tefecilik edenler bir aydan bir seneye kadar hapse ve (500) liradan (10000) liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir. Ayrıca iki seneden beş seneye kadar âmme hizmetlerinden memnuiyetlerine karar verilebilir. Bu cezalar tecil edilmez*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu madde metninde geçen tefecilik ise, kanunun 1. maddesinde belirtildiği üzere, ilgili mevzuatlara göre yetkili kılınmış olan kuruluşların dışında faizden para kazanmak amacıyla ödünç para verme işlemleriyle uğraşılması ve gerekli ruhsatı almadan menkul kıymetlerin satışına aracılık edilmesi şeklinde nitelendirilmiştir.

1983 yılında yürürlüğe konulan 1983 tarihli ve 90 numaralı ödünç para verme işleri hakkında kanun hükmünde kararname ile 1933 tarihli ve 2279 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, “tefecilik suçu”nun tanımlandığı 15. maddenin, KHK’nın kanunlaşmasıyla birlikte yürürlüğe gireceği, bu tarihe kadar 2279 sayılı kanunun cezai yaptırımını düzenleyen 17. maddesinin yürürlüğe devam edeceği ifade edilmiştir. Bu KHK kanunlaşmadığı için, 2279 sayılı kanunun 17. maddesi, 5237 sayılı TCK’nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar uygulanmıştır.

90 no’lu KHK’da ise tefecilik, devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemleriyle uğraşma anlamına gelen ikrazatçılığın izinsiz olarak yapılmasıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, izinsiz olarak ikrazatçılığın yapılması halinde oluşan tefecilik, 1933 tarihli 2279 sayılı kanunun 17. maddesinde yer alan düzenlemeye göre cezalandırılmıştır.

Nihayet 1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmiş ve kanun koyucu, tefecilik suçunu bu kanunun 241. maddesinde kaleme almıştır.

¹ <https://sozluk.gov.tr/> 24.01.2020.

Bu düzenleme sonradan yürürlüğe giren kanun olmasından dolayı, 2279 sayılı kanunun 17. maddesini yürürlükten kaldırmıştır².

Sonuç olarak mevcut kanuni düzenlemede ortaya konulduğu üzere tefecilik, kazanç elde etmek amacıyla bir başkasına borç vermek olarak kabul edilmektedir.

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Tefecilik suçu, TCK'nın 2. kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer almaktadır. Suçun düzenlendiği yer dikkate alındığında kanun koyucunun bu suçu kaleme alarak korumak istediği hukuki değer, ekonomik düzenin işleyişinin ve güvenliliğinin sağlanması olduğu ifade edilebilir³. Nitekim ekonominin istikrarı için faiz politikalarının devletler tarafından belirlenmesi ve sürecin yalnızca devletin kontrolünde olması gerekmektedir. Aksi halde tefeciliğin yaygınlaşması, ekonomik sistemde devlet politikalarına uygun olmayan faiz oranlarının ortaya çıkmasına sebebiyet verecek ve bu durum devletin ekonomik istikrarının sağlanamamasına neden olacaktır⁴.

Tefecilik suçunun bir taraftan toplumun menfaatlerini ve ekonomik düzeni korumanın yanı sıra, diğer taraftan bireyi de koruduğunun ifade edilmesi gerekmektedir. Nitekim devletin izin verdiği kuruluşlar aracılığıyla, devletin belirlediği faiz oranları üzerinden ödünç para alma imkânı söz

² Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5. Cilt (md 197-251), 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 7222.

³ Özgenç İzzet (2010) “Tefecilik Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, C: XIV, S: 1, s. 544; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Ceza Özel Hükümler, 10. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 917; Yenidünya, Caner (2013) “Tefecilik Suçu (TCK.m.241)” Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C:2, S: 6, s. 5; Bilge, Burak (2015) “Gelişen Teknolojinin Doğurduğu Yeni Bir Suç Türü: Kredi Kartı (Pos) Tefeciliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı C:1, s. 485; Bekar, Elif (2013) “Tefecilik Suçu”, İÜHF, C: LXXI, S:2, s. 506; Gün, Tayfun (2019) “Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu”, (Yüksek Lisans Tezi) Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 19; Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 5, s. 7222.

⁴ Özgenç, Tefecilik Suçu, s. 544.

konusudur. Ancak, bu kurum ve kuruluşlar ödünç para verirken bireyin geçmişten o güne kadar olan ekonomik durumunu değerlendirmekte, bunun sonucunda kredinin kısmen veya tamamen verilmesine ya da verilmemesine karar vermektedir. Bu bakımdan bireyler, yetkili kurum veya kuruluşlarla finansal bir ilişkiye girememeleri halinde, ya etrafındaki kişilerden ya da “tefeci” denilen kişilerden finansal destek almaktadır⁵.

Kişinin bir şekilde içinde bulunduğu zor durumdan yararlanmak suretiyle yüksek faizli ödünç para verilmesi, bireyin içerisinden çıkamayacağı derinlikte ekonomik zorluğa düşmesine sebebiyet verebilmektedir. Dolayısıyla içinde bulunduğu çaresizliğin kullanılması suretiyle faizle ödünç para verilmesi ve kişinin çıkmaza sokulmasının da engellenmesi gerekmektedir. Bu nedenle tefecilik suçuyla korunmak istenilen hukuki değerlerden bir diğeri de bireysel menfaatlerdir⁶.

Ancak belirtmek gerekir ki, tefecilik suçunun kanunda düzenlendiği yerin, topluma karşı suçlar başlıklı kısım olmasından dolayı, kanun koyucunun bu suç bakımından korumak istediği temel hukuki değer in serbest rekabet mekanizmasının işleyişi ve ekonomik hayatın güvenilirliği, bireyin menfaatlerinin korunması amacının ikincil nitelikte olduğunun ifade edilmesi yanlış olmayacaktır.

III. SUÇUN UNSURLARI

A. Maddi Unsur

1. Suçun Konusu

Kanunda, kazanç elde etmek amacıyla başkasına borç para vermek şeklinde tanımlanan tefecilik suçunun konusu paradır. Para, sözlükte “devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı kâğıt veya metalden ödeme aracı, nakit”⁷ ve malların değiştirilmesinde aracılık eden genel eşdeğer⁸ anlamlarına

⁵ **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, s. 4.

⁶ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 5, s. 7223; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 917; **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, s. 4.

⁷ <https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 26.01.2020.

⁸ **Hançerlioğlu,Orhan** (1981) Ekonomi Sözlüğü, 5. Bası, İstanbul, Remzi Kitapevi, s. 313.

gelmekteyse de, paranın anlaşılması tek bir tanımının olmadığı ifade edilmektedir. Bununla birlikte doktrinde paranın genel tanımı, belirli bir mal veya hizmetin bedelinin veya borçların ödenmesinde kullanılan ve genel olarak kabul gören en yaygın araç olarak tanımlanmaktadır⁹.

Paranın fonksiyonları genel kabule göre dört tane olup, bunların ilki mal ve hizmetlerin satın alınmasında bir değişim aracı olmasıdır. Tarihte öncelikle trampa şeklinde ifade edilen ve malın malla değiştirilmesi şeklinde bir form mevcut olmuşsa da, paranın devreye girmesi ile malların el değiştirilmesi kolaylaşmıştır. Paranın ikinci fonksiyonu, hesap ve değer birimi olmasıdır. Bu husus, ortaya konulan mal ve hizmetlerin değerlerinin para ile ölçülmesiyle alakalı olup, mal ve hizmetlerin belirli bir birim karşılığı paraya ise fiyat denilmektedir. Mal ve hizmetlerin parayla ölçülmesi ile bireyin, satın almak istediği mal veya hizmeti muadilleriyle karşılaştırma imkânı da doğmaktadır. Bu husus, paranın bugün kabul gören ödeme aracı olmasında büyük öneme sahiptir. Paranın üçüncü fonksiyonu, tasarruf aracı olmasıdır. Buna göre, bireylerin parayı tasarruf aracı olarak kullanmasının en önemli sebebi, paranın kendisinin bir ödeme aracı olması ve paranın kullanılması için bir başka şeye dönüştürülmesine gerek olmamasıdır¹⁰. Paranın son fonksiyonu ise, iktisat politikası aracı olmasıdır. Buna göre devletler, para arzı ve faiz oranının kontrol edilmesi suretiyle iktisat politikalarını gerçekleştirmektedirler¹¹.

Para, bugün anladığımız hale gelmesine kadar birçok farklı forma bürünmüş, gelişerek ve değişerek bugüne kadar gelmiştir. Bugün dahi gelişen teknolojiyle birlikte para, değişimine ve gelişimine devam etmektedir. Nitekim para, malların değişimi şeklinde başlayan süreçte, bir emtia olarak deniz kabuğu, fildişi gibi farklı formlara bürünmüş daha sonrasında altın ve gümüş

⁹ **Bozkurt, Yüksel / Armağan, Ebru** (2015) “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış”, İÜHFİM, C: LXXIII, S: 2, Y:2015, s. 175.

¹⁰ **Bozkurt / Armağan**, Elektronik Para, s. 175; **Üzer, Betül** (2017) “Sanal Para Birimleri”, Uzmanlık Yeterlik Tezi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara, s. 4.

¹¹ **Çarkacıoğlu, Abdurrahman** (2016) Kripto-Para Bitcoin, Araştırma Raporu, Sermeye Piyasası Kurumu Araştırma Dairesi, Ankara, 2016, s. 3 vd.; **Üzer**, Sanal Para Birimleri, s. 4 vd.

paralar genel olarak kullanılmış, devamında süreç, altın ve gümüş yerine geçen ve karşılığı altın olan banknotlara evrilmiştir¹². Bunun devamında ise, bugün de kullanılan altın karşılığı olmayan banknotlar ve madeni paralar söz konusu olmuştur. Nihayet gelinen noktada fiziksel para yerine, merkez bankaları tarafından basılan ve devletlere ait olan para birimlerini temsilen kaydi paralara dönüş gerçekleşmiştir¹³. Günümüzde ise, küresel finans sisteminde piyasadaki paraların çok az bir kısmı fiziksel para iken, geri kalan büyük kısım kaydi para şeklindedir¹⁴. Dijital ortamdaki paranın kullanımı o kadar artmıştır ki, kâğıt paranın kullanımının kaybolabileceğine dair görüşler ortaya konulmaktadır.

Dolayısıyla paranın fiziksel ya da dijital olmasının bir önemi yoktur. Tefecilik suçu bakımından, ister fiziksel veya isterse dijital formda verilsin, suçun oluşacağı kabul edilmesi gerekir. Bu noktada önemli olan husus, para ister dijital, isterse de fiziksel şekilde olsun ama arkasında bir devlet gücü ve güvencesi bulunan Türk Lirası, Euro, ABD Doları vb. olan para birimlerinden olması gerekmektedir.

Dolayısıyla kanunda yer alan düzenlemede Türk parası veya yabancı para ayrımı yapılmamasından dolayı, tefecilik suçunun konusu olan para, Türk Lirası, ABD Doları, Euro veya herhangi bir yabancı para birimi şeklinde olabilir¹⁵.

Teknolojinin hızla gelişmesi ve değişmesiyle karşımıza prensibi şifreleme yöntemine dayanan sanal paranın bir şekli olan kripto para kavramı çıkmıştır¹⁶. Bu bakımdan üzerinde durulması gereken, Bitcoin (BTC) başta olmak üzere kripto paraların hukuki niteliklerinin tespit edilmesi ve bunlar üzerinden tefecilik suçunun oluşup oluşamayacağıdır. Kripto paraların adlarında “para” ifadesi olsa da, Avrupa Merkez Bankası, Bitcoin gibi para

¹² **Hançerlioğlu**, Ekonomi Sözlüğü, s. 313.

¹³ **Bozkurt / Armağan**, Elektronik Para, s. 175.

¹⁴ <http://www.mahfiyegilmez.com/2019/11/piyasada-ne-kadar-nakit-para-var.html>, s.e.t. 29.01.2020.

¹⁵ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 5, s. 7226.

¹⁶ **Bozkurt / Armağan**, Elektronik Para, s. 175.

birimlerini, ekonomik literatürde tanımlanan şekilde para olarak kabul etmemektedir.¹⁷

Amerika Birleşik Devletleri'nde kripto paraların hukuki niteliğinin emtia olduğu kabul edilmektedir. Nitekim 2015 yılından bu yana ABD Emtia Vadeli İşlemler Komisyonu (CFTC) Bitcoin ve diğer kripto paraların emtia olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte en son 2018 yılında bir yargılamaya konu olan kripto paralar, kararda emtia olarak kabul edilmiştir¹⁸.

Benzer bir şekilde Kanada Maliye Dairesi, kripto paraları emtia olarak nitelendirmekte ve kripto paraların kullanılması suretiyle yapılan ödeme faaliyetini takas olarak kabul etmektedir¹⁹. Yine Japonya'da Ödeme Hizmetleri Kanununda kripto paraların emtia olduğu kabul edilmiştir²⁰. Alman hukukunda ise, Alman Merkez Bankası, Bitcoin'nin bir para biriminin tipik işlevlerini yerine getirmediği ve ulusal para sisteminin bir parçası olmadığı için bir para birimi olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir²¹. Ayrıca Alman Merkez Bankası, kripto paraların para olmadığı gerekçesiyle kripto para anlamına gelen "Kryptowährung" terimini değil, kripto jeton anlamına gelen "Krypto-Token" terimini kullanmayı tercih etmektedir²².

¹⁷ European Central Bank, Virtual currencieschemes – a further analysis, February 2015, s. 4. <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencieschemesen.pdf>, s.e.t. 28.01.2020.

¹⁸ <https://www.forbes.com/sites/greatspeculations/2018/03/09/cryptocurrencies-are-commodities-saysfederal-judge/#4a37641e5c09>, s.e.t. 27.01.2020.

¹⁹ <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/canada.php>, s.e.t. 27.01.2020.

²⁰ The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, Regulation of Cryptocurrency Around the World, s. 111, <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/cryptocurrency-world-survey.pdf>, s.e.t. 27.01.2020.

²¹ Thiele, Carl-Ludwig/ Diehli, Martin (2017) "Kryptowährung Bitcoin: Währungswettbewerb oder Spekulationsobjekt: Welche Konsequenzen sind für das aktuelle Geldsystem zu erwarten?", ifo Schnelldienst Zeitschrift, 22/2017, 70. Jahrgang, s. 3. <https://www.bundesbank.de/resource/blob/743056/5f5b83a30255dda9c6ba5faf21a48b2b/mL/2017-11-23thiele-ifo-pdf-data.pdf>, s.e.t. 28.01.2020; The Law Library of Congress, Regulation of Cryptocurrency, s. 40.

²² Balz, Burkhard, "Krypto-Token aus Sicht eines Zentralbankers", Central For Financial Studies (CFS) Konferenz, 08.05.2019, <https://www.bundesbank.de/de/presse/reden/krypto->

Hukukumuzda Bitcoin veya diğer kripto paralarının kullanılmasını yasaklayan veya bu sistemi tanıyan ya da kullanılmasını onaylayan herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan Bitcoin veya diğer kripto paraların hukuki nitelikleri yönünden bir belirginlik söz konusu değildir. BDDK'nın Bitcoin'e ilişkin yapmış olduğu tek değerlendirme ise, 25 Kasım 2013 tarihli 2013/32 sayılı basın açıklamasıdır. Bu basın açıklamasında "Herhangi bir resmi ya da özel kuruluş tarafından ihraç edilmeyen ve karşılığı için güvence verilmeyen bir sanal para birimi olarak bilinen Bitcoin, mevcut yapısı ve işleyişi itibarıyla Kanun kapsamında elektronik para olarak değerlendirilmemekte, bu nedenle de Kanun çerçevesinde gözetim ve denetimi mümkün görülmemektedir²³." denilmek suretiyle Bitcoin'in sanal para olduğunu, ancak elektronik para olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, Bitcoin ve diğer kripto paralar ve diğer sanal paralar, arkalarında bir otoritenin mevcut olmaması ve yukarıda paranın tanımı ve fonksiyonuna ilişkin yapılan açıklamalarda paranın taşınması gereken özellikleri tam olarak taşımaması sebebiyle bugün için para olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Ancak paranın gelişimine dair süreç dikkate alındığında Bitcoin ve diğer kripto paralar her ne kadar bugün para olarak kabul edilmiyor olsalar da, gelecekte para niteliğine sahip olma olasılıkları vardır. Nitekim ilk olarak 2018 yılında Marshall Adaları, Sovereign adlı kripto parayı resmi para olarak tanımıştır²⁴. Yine Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı tarafından 2019 yılının Temmuz ayında yayımlanan On Birinci Kalkınma Planı'nın (2019-2023) 249.5. no'lu başlığında "*Blokszincir tabanlı dijital merkez bankası parası uygulamaya konulacaktır.*" şeklinde ifade edilmesi sebebiyle ileride ülkemizde bir takım gelişmeler yaşanacağını da belirtilmesi gerekir. Son

token-aus-sicht-eines-zentralbankers796396 28.01.2020; The Law Library of Congress, Regulation of Cryptocurrency, s. 40.

²³ <https://www.bddk.org.tr/Sss-Kategori/Odeme-Sistemleri-ve-Elektronik-Para-Kuruluslari/3>, s.e.t. 26.01.2020.

²⁴ <https://www.reuters.com/article/us-crypto-currencies-marshall-islands/marshall-islands-to-issue-ownsovereign-cryptocurrency-idUSKCN1GC2UD>, s.e.t.28.01.2020.

olarak ise, Amazon ve Starbucks gibi son derece önemli firmaların da bazı ülkelerde Bitcoin'le ödeme almaya başlaması²⁵, kripto paraların geleceği açısından önem taşımaktadır.

Mevcut durumda para olarak kabul edilmeyen Bitcoin ve diğer kripto paralar, bugün için tefecilik suçunun konusunu oluşturmayacaktır. Dolayısıyla A'nın kazanç sağlamak amacıyla 1 BTC'yi B'ye 6 ay sonra 1.3 BTC olarak geri vermesi şartıyla ödünç vermesi halinde tefecilik suçunun oluşmayacağına ifade edilmesi gerekir.

Bunun yanı sıra kanunda açık bir şekilde "para" kavramının tercih edilmesi sebebiyle paranın dışında kalan altın, gümüş vs. değerli madenler, taşınır ve taşınmaz mallar tefecilik suçunun konusunu oluşturmayacaktır²⁶. Bu bakımdan belirli bir kazanç elde etmek amacıyla ödünç verilen altın bilezik, kolye, araba, gayrimenkul tefecilik suçunu oluşturmayacaktır.

Kanun, açık bir şekilde para kavramını kullanmış olmasına rağmen, doktrinde diğer bir görüş, TCK'nun 198. maddesinde yer alan değerlerin de tefecilik suçunun konusunu oluşturabileceğini ifade etmektedir²⁷. Bu görüşün temelinde ise, TCK'nun 198. maddesinde yer alan "*Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziyinet altınları, para hükmündedir.*" şeklindeki düzenleme yatmaktadır.

Bu düzenlemeye konu madde metninde ifade edilen değerler, her ne kadar para olmasalar da, paraya eşit kabul edilmektedir. Bu aşamada sorulacak soru, ceza kanunun özel hükümlerinde düzenlenen ve yalnızca parada sahtecilik suçuyla bağlantılı bir şekilde kaleme alınan düzenlemenin 241. maddede yer alan tefecilik suçu bakımından da geçerli olup olmayacağıdır.

Bu değerlerin tefecilik suçunun konusu olması gerektiğini ileri süren görüşte, her ne kadar bu düzenleme özel hükümlerde belirli bir suç bakımından ortaya konulmuş olsa da, "para" kavramının anlamının ve

²⁵ <https://blog.chainalysis.com/reports/cryptocurrency-crime-2020-report>, s.e.t.03.02.2020.

²⁶ **Özgenç**, Tefecilik Suçu, s. 546.

²⁷ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 5, s. 7227; **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, s. 11.

kapsamanın belirlenmesinde yardımcı olacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, TCK'nun 198. maddesinde yer alanlar para hükmünde sayılacağından tefecilik suçunun konusunu oluşturabilecektir. Bu bakımdan milli ziynet altınlarının veya madde metninde yer alan diğer değerlerinkazanç elde etmek amacıyla bir başkasına ödünç verilmesinin tefecilik suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir²⁸.

Belirtmek gerekir ki, tefecilik suçu bakımından “para”nın dışındaki herhangi bir ekonomik değerın kazanç elde etmek amacıyla ödünç verilmesi halinde tefecilik suçu oluşmayacaktır. Aksinin kabulü suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Yukarıda ortaya konulan görüş bakımından ise, para kavramının geniş yorumlanması sonucu 198. maddede yer alan değerlerin tefecilik suçunu oluşturduğu ifade edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde ortaya konulan bu yorum, kıyasa sebebiyet vermektedir. Zira TCK'nun özel hükümlerinde yer alan ve yalnızca parada sahtecilik suçu bakımından özel bir hüküm olan 198. maddenin diğer suç tipleri bakımından uygulanması, kanunilik ilkesinin geçerli olduğu bir sistemde doğru olmayacaktır. Nitekim kanun koyucunun para kavramını tefecilik suçu bakımından 198. maddedeki geniş şekliyle kabul etmesi halinde 241. maddede de buna benzer bir düzenleme yapması gerekirdi. Dolayısıyla, sadece parada sahtecilik bakımından öngörülen bu düzenlemenin tefecilik bakımından da geçerli olduğunun kabulü kıyastır. Kıyas ise, bilindiği üzere hukukumuzda yasak olup, bu şekilde bir yorum faaliyetinin yapılması kanunilik ilkesine aykırı olacaktır²⁹.

2. Fail ve Mağdur

Kanun koyucunun faile ilişkin özel bir vasıftan söz etmemesinden dolayı herkes bu suçun faili olabilmektedir³⁰. Suçun faili yalnızca gerçek kişi

²⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 5, s. 7228; Yenidünya, Tefecilik Suçu, s. 11.

²⁹ Baytaz, Abdullah Batuhan (2018) Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 30.

³⁰ Arslan, Tefecilik Suçu, s. 32.

olabilir. Ancak tefecilik suçunun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde tüzel kişi fail olmayacaksa da, TCK'nun 242. maddesinde yer alan düzenleme bağlamında tüzel kişinin yararına haksız menfaat sağlanması halinde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir.

Herkes tarafından işlenebilen tefecilik suçu bakımından kimin fail olduğu hususunda tam bir birlik yoktur. Bir görüş, tefecilik suçunun çok failli bir suç olduğu ve dolayısıyla bu suçun işlenmesi bakımından bir tarafta ödünç parayı veren ve diğer tarafta ödünç parayı alan olmak üzere iki kişinin varlığının zorunlu olduğunu ifade etmektedir³¹.

Bu görüş, tefecilik suçunun çok failli bir suç olmasına rağmen TCK'nun 241. maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere, izlenen suç politikası gereği yalnızca kazanç karşılığı ödünç parayı veren kişinin cezalandırıldığını, ödünç para alan kişinin cezalandırılmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, hem kazanç karşılığı ödünç parayı veren ve hem de ödünç parayı alan kişi tefecilik suçunun faili olarak kabul edilmektedir³².

Doktrinde ortaya konulan diğer görüş ise, içinde bulunduğu ekonomik sıkıntılar nedeniyle kanunda izin verildiği şekliyle kredi ilişkisi dışında ve ağır faizle borç para almak zorunda kalan ve adeta ekonomik olarak sömürülen kişinin, hukuka aykırı bir zeminde olduğunun iddia edilmesinin yanlış olduğunu, kişinin burada tefecilik suçu bakımından korunan hukuki değere zarar vermediğini, dolayısıyla fail olarak nitelendirilemeyeceğini, bu kişinin suçun mağduru olduğunu savunmaktadır³³.

Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, tefecilik suçunun kanunda düzenlendiği yerin de dikkate alınmasıyla korunan hukuki değer³⁴ ekonomik düzenin işleyişinin ve güvenliğinin sağlanması olduğu, hem ödünç

³¹ **Özgenç**, Tefecilik Suçu, s. 552; **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, s. 13.

³² **Özgenç**, Tefecilik Suçu, s. 552; **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, s. 13.

³³ **Arslan**, Tefecilik Suçu, s. 32.

³⁴ "...Topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlenen Tefecilik suçuyla bireysel menfaatlerin korunduğu düşünülse de burada asıl korunun hukuki yarar ödünç para verilmesiyle ilgili işlemleri denetlenmesi sureti ile ekonomik yaşamın güvenilirliği bir başka anlatımla kamu güvenliğidir..." (Yargıtay 11. CD., 12.3.2019, 2016/12209 Esas ve 2019/2502 Karar No'lu Kararı).

verenin, hem de alanın suçla korunan hukuki değere zarar verdikleri ve dolayısıyla her ikisinin de fail oldukları hususundaki genel görüşe biz de katılmaktayız.

Konuyla ilgili Yargıtay'ın birbirinden farklı kararları mevcuttur. Birtakım kararlarında ödünç parayı alanın tefecilik suçunun mağduru olarak kabul edilemeyeceğini ve bu kişilerin yalnızca suçtan zarar gören olabileceğini ifade etmektedir³⁵. Bir başka kararında ise, sanıktan ödünç para alan kişilerin mağdur olduğundan bahsetmektedir³⁶. Yargıtay, birtakım kararlarında ise suçun mağduru olarak hazineyi belirlemiştir³⁷. Bir başka kararında ise hazine, suçtan zarar gören olarak nitelendirilmiştir³⁸.

³⁵ “...Her ne kadar mahkemece 10/10/2013 tarihli ara kararıyla ...'ın tefecilik suçunun zarar göreni olmadığından bahisle katılma talebinin reddine karar verilmiş ise de Dairemizce benimsenen Ceza Genel Kurulunun 26/04/2016 tarihli, 2014/118 Esas ve 2016/208 sayılı Kararında da belirtildiği üzere, tefecilik suçu ile korunan hukuki yarar ve bu bağlamda suçun topluma karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi karşısında, bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireylerin tamamı, diğer bir ifadeyle kamu olduğu, eylemin belirli bir kişinin zararına olarak işlenmesi halinde bu kişinin mağdur değil, suçtan zarar gören olacağı kabulü gerektiği anlaşılmakla, ...'ın sanık hakkında tefecilik suçundan açılan kamu davasında suçtan zarar gören olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234. maddeleri gereğince davaya katılma hakkı bulunduğu ve vekilinin temyiz dilekçesinin katılma iradesini ortaya koyduğu nazara alındığında, CMK'nın 237/2 ve 260/1. maddelerine dayanılarak davaya katılan olarak kabulüne,...” (Yargıtay 5. CD.,19.09.2019 Tarih, 2016/8341 Esas ve 2019/8437 Karar No'lu Kararı).

³⁶ “...Sanık hakkında tefecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulmuş ise de; sanığın iş yerinde ele geçen kredi kartlarını nakite ihtiyaç duyduğunda kullandığını savunması, mağdurların da sanıktan komisyon karşılığı ya da faizle borç para almadıklarını beyan etmeleri karşısında, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkartılabilmesi ve suç vasfının belirlenebilmesi için,...” (Yargıtay 5. CD., 27.05.2019 Tarih, 2015/10490 Esas ve 2019/5719 Karar No'lu Kararı).

³⁷ “...Hazinenin tefecilik suçunun mağduru ve suçtan zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde Hazinenin davadan haberdar edilmediği, ancak hükümden sonra gerekçeli kararın tebliğ edilmesi üzerine Hazine vekilinin hükmü temyiz ederek davaya katılma iradesini açıkça ortaya koyduğu anlaşılmakla,...” (Yargıtay 6. CD., 23.9.2019 Tarih, 2019/462 Esas ve 2019/4541 Karar No'lu Kararı).

³⁸ “...Sanıklar hakkında tefecilik suçundan kamu davası açıldığı, katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar gören Hazinenin bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 233 ve 234.

Sonuç olarak, suçun mağduru toplumun tamamı yani kamudur. Ödünç para alan kişi ise, suç politikası gereği cezalandırılmayan faildir. Kişinin suç politikası gereği cezalandırılmaması, kişinin fail statüsünün kalkacağı anlamına gelmeyecektir. Nitekim fail ve mağdur sıfatlarının bir kişide birleşmeyeceği, diğer bir deyişle kişinin aynı suçta hem mağdur ve hem de fail olamayacağına dair genel kural³⁹ gereği borç para alan kişinin mağdur olarak nitelendirilemeyeceğinin ifade edilmesi gerekir. Ayrıca Yargıtay'ın farklı kararları olmakla birlikte hazine, suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir.

3. Fiil

Tefecilik suçu, kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi şeklinde işlenebilmektedir. Dolayısıyla tefecilik suçu, kazanç karşılığındaki ödünç paranın, borç alan kişinin mülkiyetine geçmesiyle tamamlanacaktır⁴⁰.

Fiil bakımından üzerinde durulacak ilk husus, ödünç paranın bir kazanç karşılığında verilmiş olmasıdır. Bu bakımdan suçun oluşması için ödünç para verilmesi karşılığında bir kazancın meydana gelmesi şart değildir. Önemli olan husus, ödünç para veren kişinin kazanç elde etmek amacıyla hareket etmesi olup, bu şekilde bir hareket sonucu kazancın elde edilememesi, hatta zarar bile etmiş olması tefecilik suçunun oluşmasını engellemeyecektir.

maddeleri gereğince davaya katılma ve kanun yoluna başvurma hakkının bulunduğu, kovuşturma aşamasında 12/02/2015 tarihli dilekçe ile katılma talebinde bulunduğu, mahkemece bu hususta karar verilmediği anlaşılmakla, 5271 sayılı CMK'nın 237/2 ve 260/1. maddeleri gereğince Hazinenin katılma isteminin tefecilik suçuyla sınırlı olarak KABULÜNE,...” (Yargıtay 5. CD., 08.07.2019 Tarih, 2018/9121 Esas ve 2019/6862 Karar No'lu Kararı) ; “...Sanık hakkında tefecilik suçundan kamu davası açıldığı, Hazinenin bu suçun zarar göreni olduğu, bu sıfatının gereği olarak CMK'nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip olduğu davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmesi için Hazinenin duruşmadan haberdar edilmesi gerektiği halde, iddianamenin ve duruşma gününün tebliğ edilmemesi suretiyle CMK'nın 233 ve 234. maddelerine aykırı davranılarak davaya katılma hakkının kısıtlanması,...” (Yargıtay 5. CD., 04.04.2016 Tarih, 2014/2057 Esas ve 2016/3304 Karar No'lu Kararı).

³⁹ **Katoğlu, Tuğrul (2012)**, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, Cilt 61, Sayı 2, s. 663.

⁴⁰ **Özgenç**, Tefecilik Suçu, 547; **Bekar**, Tefecilik Suçu, s. 509.

Kazanç bakımından bir diğer husus, kazancın ne olacağıdır. Bu konuda kanun koyucu özel bir kazançtan bahsetmemektedir. Dolayısıyla her türlü kazanç tefecilik suçunun oluşması bakımından yeterlidir. Nitekim elde edilmek istenilen kazanç, faiz şeklinde ortaya çıkabilir. Bu bağlamda ödünç verilen 100.000 TL tutarındaki paranın ödenmesine kadar geçecek her ay için %10 oranlı bir faiz karşılığında paranın verilmesi durumunda tefecilik suçu oluşacaktır. Yine 100.000 TL'lik tutarın karşılığında taraflarca belirlenen vadenin sonunda paranın 130.000 TL olarak geri verilmesi de benzer şekilde tefecilik suçunu oluşturacaktır.

Ancak kişinin döviz cinsinden belirli miktar parayı ödünç vermesi ve ödeme gününe kadar dövizin TL karşısında aşırı bir şekilde değer kazanmış olması halinde, kişinin en başta parayı ödünç verirken kazanç elde etmek amacıyla hareket etmemiş olmasından dolayı tefecilik suçu oluşmayacaktır⁴¹. Yine dövizin TL karşısındaki değerinin yükselme imkânı söz konusu olduğu gibi, değer kaybetme olasılığı da söz konusudur⁴².

Tefecilik suçunun oluşması bakımından verilen ödünçün her zaman para olması gerekmektedir birlikte, karşılığında elde edilmek istenilen kazancın illa da para olmasına gerek yoktur. Bu bakımdan verilen ödünç para karşılığında, verilen bedelden daha yüksek bir değere sahip olan altın gibi değerli bir madenin, kripto paranın, arabanın veya bir gayrimenkulünün alınması veya taahhüt edilmesi halinde de tefecilik suçunun oluşacağı ifade edilmesi gerekir⁴³. Zira verilen veya verilmesi taahhüt edilen şeyin ödünç verilen parayla orantılı olması halinde, ortada kazanç elde etme amacı olmayacağından, tefecilik suçunun oluşmayacağı belirtilmelidir⁴⁴. Ancak

⁴¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 5, s. 7232.

⁴² Yenidünya, Tefecilik Suçu, s. 8.

⁴³ Özbek, Tefecilik Suçu, s. 34.

⁴⁴ "...Saruhanlı ilçesinde çırçır işletmesi sahibi olan sanıkların aşamalarındaki savunmalarında, katılan ve şikayetçilere faizle borç para vermediklerini, tefecilik yapmadıklarını, pamuk üreticisi olan kişilerle imzalanan sözleşmelerin, teminat olarak alınan senetlerin ve düzenlenen müstahsil makbuzlarının o yörede yapılması ticari teamüller gereğince mutavir olan alivire alım sözleşmesi kapsamında bulunduğunu, bu sözleşme uyarınca üreticilerin hasat zamanı gelmeden önce ürününü getirmeyi taahhüt ederek kendilerinden avans aldıklarını, belirlenen zamanda taahhüt edilen ürün getirilmediği veya sözleşmeye aykırı

burada belirtilmesi gereken husus, kişinin kazanç elde etme amacıyla hareket etmemesi halinde geçerlidir. Zira manevi unsurda üzerinde durulacak olmakla birlikte, tefecilik suçu bakımından kazanç elde etme amacıyla hareket edilmesi yeterli olup, ayrıca kazanç elde edilmesi aranmamaktadır. Hatta başta kazanç elde etme amacıyla hareket edip, zarar etmesi halinde dahi tefecilik suçu oluşacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, tefecilik suçunun oluşması bakımından kazanç elde etmek amacıyla bir defa verilen ödünç paranın varlığı yeterli olacak mıdır? Yoksa tefecilik suçunun oluşabilmesi bakımından kişinin kazanç karşılığı ödünç para verme işlemini sürekli olarak gerçekleştirmek suretiyle meslek haline getirmesi mi gerekmektedir.

Bu konuda doktrinde iki ayrı görüş vardır. Bizim de katıldığımız birinci görüşe göre, kanun metninde yer almayan bir şartın suçun oluşması bakımından değerlendirilemeyeceğidir. Nitekim kanunda yer alan düzenlemede suçun oluşması bakımından bir kez dahi kazanç elde etmek

biçimde başka bir tüccara satıldığı takdirde daha önce alınan senetlerin icraya konularak aradaki vade farkının faiz olarak talep edildiğini belirtmeleri, bu nitelikteki sözleşmelerin Manisa Ticaret Borsası tarafından da onaylanması, dosya kapsamında dinlenen kimi tanıkların da sanıklardan bu şekilde avans aldıklarını, sözleşme gereğini yerine getirince haklarında icra takibi veya başkaca bir işlem yapılmadığını ifade etmeleri karşısında, sanıkların mahallinde alivire alım işiyle uğraşıp uğraşmadıklarının araştırılıp ayrıca Manisa Ticaret Borsasından da sorulmasını müteakip, konunun uzmanı Sayıştay emekli uzman denetçisi bilirkişilerden oluşturulacak bir bilirkişi heyetine dosya tevdi olunarak sanıklar tarafından gerçekleştirilen faaliyetin niteliği, alivire alım sözleşmesi ya da faizle ödünç para verme kapsamında bulunup bulunmadığı, üreticilerden alınan senetlerdeki tutarların teslimi taahhüt edilen ürünlerin rayiç değeriyle örtüşüp örtüşmediği, senetlerin vade tarihleri ve icra takibinde talep edilen faiz oranlarının suç tarihinde geçerli bulunan ekonomik koşullara uygun olup olmadığı hususlarında kesin ve tereddüte yer bırakmayacak yeni bir rapor alınması ile sanıkların vergi cezalarının iptali için açtıkları davaların reddine ilişkin kararları onayan Manisa Bölge İdare Mahkemesinin ilgili kararlarının onaylı örneklerinin getirilip gerekçeleri de irdelenerek sonucuna göre tüm deliller birlikte değerlendirilip sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken, sanık savunmalarını değerlendirmeyen dosya kapsamındaki yetersiz bilirkişi raporuyla yetinilerek eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi,...” (Yargıtay 5. CD., 30.05.2013 Tarih, 2013/4791 E. ve 2013/5969 Karar No’lu Kararı).

amacıyla ödünç verilmesi yeterli kabul edilmektedir⁴⁵. Ayrıca suçun oluşması bakımından kişinin kazanç karşılığında ödünç para verme işlemini sürekli olarak yapması ve meslek haline getirmesi aranmamaktadır⁴⁶. Aksinin kabulü ise, kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında genel kabul bu şekilde olmakla birlikte, doktrinde tefecilik suçunun oluşabilmesi bakımından bir sürekliliğin olmasını ve kişinin bu durumu meslek haline getirmesi gerektiğini savunan bir görüş daha mevcuttur⁴⁷.

Bu görüşe göre, her ne kadar yürürlükten kalkmış olsa da, 90 no'lu KHK'da kaleme alınan tefecilik tanımında yer alan ikrazatçılığın devamlı ve mutad meslek halinde yapılmasına yönelik ifadelerin bir terim olarak hukuk düzeninde yerini aldığı ve mülga olan tarihten sonra işlenen fiiller bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir⁴⁸. Ayrıca tefecilik suçunun özünde bir sürekliliğin olduğu ve aksinin kabulü halinde günlük hayatta, fahiş faiz oranlı bütün para alışverişininin tefecilik kapsamına gireceği ve bu durumun ticari hayatta birçok sorunu beraberinde getireceği ifade edilmektedir⁴⁹.

⁴⁵ **Özgenç**, Tefecilik Suçu, s. 547; Doktrinde Özbek, ise, süreklilik ve meslek edinmenin maddi unsur bakımından değil, manevi unsur kapsamında kazanç elde etme amacının ortaya konulması bakımından kabul edilebileceğini ifade etmektedir. (**Özbek**, Tefecilik Suçu, s. 38).

⁴⁶ "...Bu nedenle, 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde tefecilik suçunun, kazanç elde etmek amacıyla borç para verilmesiyle oluşacağı, bunu meslek haline getirmenin suçun unsurları içerisinde yer almadığı gözetildiğinde;..." (Yargıtay CGK, 21.5.2019 Tarih, 2017/1155 Esas ve 2019/454 Karar No'lu Kararı) "...TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesiyle oluşacağı, bunu meslek haline getirmenin suçun unsurları içerisinde yer almadığı da gözetilerek...", (Yargıtay 5. CD., 08.07.2019 tarih, 2018/9121 Esas ve 2019/6862 Karar No'lu Kararı).

⁴⁷ **Meran, Necati** (2011) Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 26-29; **Uğur, Hüsamettin** (2007) "Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S: 8, s. 68; **Arslan**, Tefecilik Suçu, s. 34.

⁴⁸ **Arslan**, Tefecilik Suçu, s. 34.

⁴⁹ **Arslan**, Tefecilik Suçu, s. 34.

a. Ödünç Paranın İletilmesi

Bu konuda üzerinde durulması gereken husus, ödünç paranın ne şekilde karşı tarafa aktarılacağıdır. Kanun koyucu, paranın ödünç verilmesi demekte, ayrıca paranın ne şekilde verileceğinden bahsetmemektedir. Bu bakımdan herhangi bir ödeme yöntemiyle iletilebileceği ifade edilebilir. Ödünç verilecek paranın iletilmesinde kullanılacak ödeme yöntemleri, nakit ödeme, çek ile ödeme, elektronik fon transferiyle (EFT) ödeme, banka kartı veya kredi kartı üzerinden ödeme ve son olarak elektronik para yöntemi şeklinde sayılabilir⁵⁰.

Paranın ödünç verilmesi sırasında kullanılacak ilk yöntem, paranın nakit olarak, yani banknot veya madeni para şeklinde verilmesidir. Bu yöntem tefecilik suçunda en çok uygulanan ödeme şeklidir.

Ödünç paranın karşı tarafa iletilmesi bakımından ikinci yöntem çektir. Yalnız bu durum aşağıda ifade edilen senet kırdırmadan farklı olup, burada ödünç veren kişinin paranın aktarılması noktasında çeki ve dolayısıyla bankayı aracı olarak kullanması söz konusudur. Doktrinde ortaya konulan bir görüş, kıymetli evrakın suçun konusu olarak değerlendirilemeyeceğini⁵¹ ve çek verilmesi halinde suçun oluşmayacağı yönündedir. Ancak ifade etmek gerekir ki, diğer kambiyo senetlerinden farklı olarak çek'in verilmesi durumunda dahi suçun konusu çek değil, paradır. Zira hukuki mahiyeti itibarıyla havale niteliğinde olan çek, poliçe ve bonodan farklı olarak iktisadi açıdan bir kredi vasıtası değil, ödeme vasıtasıdır⁵². Bu bakımdan çek, nakit dışı ödeme araçları içerisinde kâğıda dayalı bir ortamda keşidecisinin hesabından belirli bir

⁵⁰ **Çavuşoğlu, Cenk** (2015), "Elektronik Paranın Gelişimi ve Merkez Bankası Bilançosu ile Para Politikası Uygulamaları Üzerine Etkisi", Uzmanlık Yeterlilik Sınavı, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Muhasebe Genel Müdürlüğü, Ankara, s. 5 vd.

⁵¹ **Özbek**, Tefecilik Suçu, s. 31

⁵² Yazar ismi yok, "Aday Memur Hazırlayıcı Eğitimi, Kıymetli Evrak Hukuku Ders Notları", Adalet Bakanlığı Eğitim Daire Başkanlığı, s. 32, <https://edb.adalet.gov.tr/e-book/15-KIYMETL%C4%B0EVRAKHUKUKU.pdf>, s.e.t. 30.01.2020.

miktarda tutarın çek hamiline ödenmesi konusunda, bankanın yetkilendirilmesi için kullanılan bir ödeme aracı olarak tanımlanabilecektir⁵³.

Sonuç olarak diğer kıymetli evraklardan farklı olarak, bir havale yöntemi olarak kabul edilen çekin verilmesi, suçun konusunu değil, paranın aktarılmasına yönelik bir yöntemi ifade etmektedir.

Ödünç verilen paranın iletilmesi bakımından üçüncü yol ise, elektronik fon transferidir (EFT). Burada ödünç veren kişi parayı elden nakit olarak vermemekte, bir hesaptan ödünç para almak isteyen kişinin hesabına aktarılmaktadır.

Paranın aktarılmasında diğer bir yol ise, banka kartı veya kredi kartı kullanılması şeklindedir. Bu husus aşağıda değineceğimiz POS tefeciliğiyle karıştırılmamalıdır. Nitekim bu usulde bankaya borçlanma söz konusu olmayıp, para transferi noktasında banka kartının kullanılması, diğer bir deyişle bankanın aktarım sırasında aracı kılınmasıdır. Burada yalnızca ödünç verilen paranın ilgili kartlara aktarılması suretiyle borç alan kişinin hâkimiyet alanına sokulması söz konusudur.

Ödünç verilen paranın karşı tarafa aktarılması bakımından beşinci ve son usul, diğer sistemlere göre yeni olan elektronik para şeklinde iletilmesidir. Elektronik para, bilhassa internet üzerinden güvenli alışveriş için geliştirilen bir sistem olup, Kanada Merkez Bankası elektronik parayı, bilgisayar, tablet, cep telefonu ya da bir sunucu aracılığı ile saklanabilen veya kullanılabilen bir parasal değer olarak tanımlamıştır. Türk hukukunda ise, 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanunun tanımlar başlıklı 3. maddesinde “*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*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁵³ Aksoy, Ömer Cem (2016) “Türkiye’de Çek Takası ve Çek Takası Verileri Işığında Çek Kullanımının İncelenmesi” (Uzmanlık Yeterlilik), Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, Ankara, s. 7.

Elektronik para, mevduat hesabı dışında, dijital olarak bilhassa ön ödemeli kartlar veya bir takım e-cüzdanlarda nakdi parayı temsilen saklanan dijital para olarak ifade edilebilir. Buna örnek olarak ise, Paypal, Google Cüzdan, Baro Kart ve İstanbul Kart verilebilir. Tefecilik suçu bakımından ise ödünç para, kişinin elektronik para cüzdanına veya kartına para aktarmak, yatırmak şeklinde iletilebilir. Yine içerisinde belirli bir miktar para olan kartın teslim edilmesi ve elektronik cüzdanın şifresinin verilmesi de, bu suçu oluşturacaktır. Zira burada suçun konusu para olmaya devam etmekte, yalnızca ödünç paranın iletimi bakımından farklı bir usul kullanılmaktadır.

b. Senet Kıırma Suretiyle İşlenmesi

Henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması anlamına gelen işleme senet kırdırma denilmektedir. Senet kırdırmanın esasında bonoya bağlanmış bir alacağın temliki olduğunun ifade edilmesi gerekmektedir. Ancak burada önemli olan husus, arada bir alacak – verecek ilişkisi olmaksızın kişinin vadesinden evvel daha düşük bir bedeli almak suretiyle alacağını temlik etmesidir. İktisadi hayatta bu uygulamanın ortaya çıkmasının altında yatan sebepler; kişinin nakit ihtiyacını karşılamak ve hukuki yollarla tahsil edemeyeceğini düşündüğü alacağın üçüncü kişiye devredilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁵⁴.

İktisadi hayatta karşımıza çıkan bu uygulamanın, cironun ticari hayatta sağladığı kolaylığın kötüye kullanılması olduğu ve bilhassa nakit sıkıntısı içerisinde olan kişilerin içerisinde buldukları ekonomik sıkıntısının haksız bir kazanç elde etmek üzere kullanıldığı belirtilmektedir. Bu şekilde ticari bir ilişki olmaksızın senet ve çekin ciro yoluyla vadesinden evvel daha düşük bir bedel karşılığı devredilmesinin gerekçede de kaleme alındığı üzere tefecilik suçunu oluşturduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

⁵⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 5, s. 7237; Özgenc, Tefecilik Suçu, s. 549; Yenidünya, Tefecilik Suçu, s. 9.

⁵⁵ Özgenc, Tefecilik Suçu, s. 549; Yenidünya, Tefecilik Suçu, s. 9; TCK'nun 241. Maddesinin gerekçe metni: “Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, “senet kırdırma” denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek

Yukarıda ortaya konulan görüş her ne kadar Yargıtay⁵⁶ ve doktrinde çoğunlukla kabul ediliyor olsa da, senet kırdırma yoluyla tefecilik suçunun oluştuğunun kabul edilmesinin kıyasa yol açtığı ve bunun da kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı belirtilmesi gerekmektedir⁵⁷.

Zira kanun gerekçesi, her ne kadar ilgili maddenin nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklama getirirse de, kanun niteliğinde olmamalarından dolayı bir bağlayıcılıkları söz konusu değildir⁵⁸. Dolayısıyla madde gerekçesinde kanunda yer almayan bir davranışın suç olarak kabul edilmesi, kanunilik ilkesine aykırıdır.

TCK'nun 241. maddesinde yer alan düzenlemeye bakıldığında suçun oluşması için gereken fiilin “ödünç para vermek” olduğu görülmektedir. Ödünç vermek, Türkçe sözlükte, “geri almak üzere birine mal, para, eşya vb. vermek” ve iktisat terimleri sözlüğünde ise, “öneli geldiğinde geri alınmak ve ürem sağlamak amacıyla belirli bir süre için ödünç para verme” şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁹. Dolayısıyla ödünç vermek fiilinin iktisadi hayattaki anlamı, vadesi geldiğinde geri alınmak üzere getiri sağlamak amacıyla paranın verilmesi şeklinde tanımlanmaktadır.

Ancak senet kırdırmada ödünç verilen veya alınan bir para söz konusu olmayıp, alacağın belirli bir bedel karşılığında devredilmesi söz konusudur. Bu nedenle senet kırmanın ödünç para vermek şeklinde anlaşılması bir yorum

karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Çünkü, bu durumda bononun el değiştirmesi, kişiler arasında doğmuş olan bir alacak borç ilişkisine dayanmamaktadır. İfade yerinde ise, bu durumlarda, birer ödeme aracı olan bononun veya çekin kendisi satılmakta ve satın alınmaktadır.”

⁵⁶ “...Tefecilik suçu, iktisadi hayatımızda, 'senet kırdırma' denen usulle de işlenebilir. Örneğin henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur. Burada korunan hukuki değer ise, Kamu otoritesinin kontrolü dışında faiz karşılığında ödünç para verme işlemleri yapılması yasaklanmış ve suç olarak tanımlanmıştır...” (Yargıtay CGK, 17.01.2019 Tarih, 2016/1257 Esas ve 2019/12 Karar No'lu Kararı).

⁵⁷ **Özbek**, Tefecilik Suçu, s. 36; **Arslan**, Tefecilik Suçu, s. 38.

⁵⁸ **Baytaz**, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, s. 249.

⁵⁹ <https://sozluk.gov.tr/s.e.t.28.01.2020>.

faaliyeti değil, bir kıyas faaliyetidir. Kıyas da Anayasanın 38. maddesinde ve Türk Ceza Kanununun 2. maddesinde açık bir şekilde yasaklanmıştır.

Sonuç olarak ifade edilmelidir ki, senet kırdırmanın iktisadi hayatta bir kötüye kullanma yöntemi olması ve hukuk düzenine aykırı olması ayrı, suç olarak kabul edilmesi ayrı durumlardır. Bu iki hususun birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. Bu nedenle senet kırılmasının cezalandırılmak istenilmesi halinde bunun kanunilik ilkesine aykırı olarak kıyas yoluyla yapılması değil, kanuni bir düzenlemeyle ortaya konulması gerekmektedir.

c. Kredi Kartı Kullanmak Suretiyle İşlenmesi (POS Tefeciliği)

Uygulamada ve doktrinde tefecilik suçunun işlenme şekli olarak ortaya konulan bir diğer husus, kredi kartı kullanmak suretiyle gerçekleşmesi veya uygulamadaki ismiyle POS tefeciliğidir.

POS Tefeciliği, ortada gerçek bir mal satışı olmamasına rağmen, bir satış gerçekleşmiş ve malın karşılığı ücretin kredi kartı yoluyla tahsil edilmesi anlamına gelmektedir. Gerçekte olan ise, satışa konu malın bedeli olarak kredi kartından çekilen paranın, belirli bir oradaki komisyon karşılığında sözde alıcıya verilmesidir.

POS tefeciliğinin uygulamada iki ayrı şekilde meydana geldiği ifade edilmektedir. Bunların ilki, kişinin daha çok nakit sıkıntısını gidermek için yapılmaktadır. Bu halde ortada gerçek bir satış olmamasına rağmen varmış gibi gösterilip, kişinin kartından altın veya elektronik bir alet satışı karşılığında 12.000 TL'lik çekim yapılmakta ve 10.000 TL'si kart sahibine elden verilmekte, geri kalan 2.000 TL ise, yapılmış gibi gösterilen satışın vergisini ve işlem bakımından komisyonu olarak uhdesinde tutulmaktadır.

POS tefeciliğinin görünüm şekli olan diğer senaryo ise, kişinin kredi kartı borcunun ödenmesi için yapılmakta olup, uygulamada buna kartın döndürülmesi denmektedir. Bu halde öncelikle kart sahibinin bankaya olan 10.000 TL'lik kart borcu kapatılmakta, bunun karşılığında ise, kişinin kartından altın veya elektronik bir aleti satın almış gibi 12.000 TL'lik satış bedeli karttan çekilmektedir. Hatta bu bedel 12 aya kadar

taksitlendirilebilmektedir. Sözde satıcı, satış bedeli olan parayı ise bankadan geri almaktadır.

Her iki halde de ortada gerçek bir satış olmuş gibi fatura düzenlenmekte ve bu satış karşılığında tahakkuk eden vergi de ödenmektedir.

Gerek Yargıtay kararlarında⁶⁰ ve gerekse doktrindeki çoğunluk görüşünde tefecilik suçunun kredi kartı kullanılması suretiyle işlenebileceği genel olarak kabul edilmektedir⁶¹.

Ancak yukarı da ifade edildiği üzere ödünç, vadesi geldiğinde geri alınmak üzere verilmesi şeklinde anlaşılmalıdır. Fakat burada klasik bir ödünç verme işlemi söz konusu değildir. Zira burada iki değil, satıcı, alıcı ve banka olmak üzere üç ayaklı bir işlem söz konusudur. Bankanın buradaki fonksiyonu ise, kredi kartı sahibi ile arasındaki sözleşme gereği kart sahibinin yapmış olduğu işlemler sonucu ortaya çıkan bedeli banka ödemekte ve kişi bankaya borçlanmaktadır. Diğer bir deyişle kredi kartı sahibi kişi ile banka arasındaki ilişkiye göre, kredi kartı kullanılmak suretiyle yapılan harcamalarda, banka tarafından açılan gayri nakdi kredi, nakdi krediye dönüşmekte ve banka alacaklı, mal veya hizmet almış gözükken kişi ise, borçlu konumuna düşmektedir⁶².

Her ne kadar burada muvazaalı bir satış işlemi söz konusu olsa da, ortada kendisine iade edilmek üzere verilen bir ödünç yoktur. Zira burada satıcı esas olarak alıcının bankaya borçlanmasına vesile olmaktadır. Alıcıya verdiği parayı ise, alıcıdan değil, bankadan almaktadır. Bir başka deyişle,

⁶⁰ “...Ödünç paranın borç alana verilmesi ile suç tamamlanmış olacağından verilen ödünç paranın çek, senet, ipotek alınmak sureti ile ya da POS cihazı kullanılarak kredi kartından para çekmek sureti ile faizi ile birlikte tahsil edilmesi ya da garanti altına alınması tefecilik suçunun oluşumuna etki etmeyecektir...” (Yargıtay 11. CD., 30.9.2019 Tarih, 2016/7279 Esas ve 2019/6785 Karar No’lu Kararı).

⁶¹ **Özgenç**, Tefecilik Suçu, s. 550; **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, 10; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 5, s. 7241; **Gün**, Tefecilik Suçu, s. 36; **Karakehya, Hakan**(2013) “Türkiye’de Giderek Artan Hukuka Aykırı Bir Ekonomik Faaliyet Olarak Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik” International Conference on Eurasian Economies, <http://avekon.org/papers/731.pdf>, 08.07.2020, s. 933 **Giyik, Abdulbaki**, “Türk Hukukunda Tefecilik Suçu”, (Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 77.

⁶² **Arslan**, Tefecilik Suçu, s. 37.

burada ödünç para veren kişi, muvazaalı bir işlem ile ödünç para almak isteyen kişinin Bankaya borçlanmasına aracılık etmektedir. Elde ettiği gelir ise, bu aracılık bakımından bir komisyonudur.

Sonuç olarak, üç taraflı bu işlem, tefecilik suçunda ifade edilen “ödünç para verme” anlamına gelemeyecektir. Bu nedenle POS tefeciliği şeklinde kamuoyunda bilinen işlemlerin TCK'nun 241. maddesinde yer alan tefecilik suçunu oluşturmayacağına belirtilmesi gerekir. Aksi durumun kabulü ise, kıyasa sebebiyet verecek ve kanunilik ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır. Nitekim burada olan husus, kredi kartının, sözde bir satış işlemi gösterilerek, amacı dışında kullanılmasıdır.

Bir an için, Yargıtay uygulamasında olduğu üzere POS işlemlerinin tefecilik suçunu oluşturduğu kabul edildiği takdirde ise, suçun ispatı kolay olmayacaktır. Zira burada muvazaalı da olsa bir işlem ve bu işleme ilişkin fatura söz konusudur. Aynı zamanda ödünç veren kişi, muvazaalı da olsa satış karşılığı elde edilen tutarın vergisini de ödemektedir. Dolayısıyla kâğıt üzerinde gerçek bir satıştan fark söz konusu değildir. Bu bakımdan muvazaalı satışın ispatı kolay da değildir. Tefecilik suçunun ispatı ancak faturaların gerçek bir satışa dayanmadığının ve dolayısıyla sahteliğinin belirlenmesiyle söz konusu olabilecektir. Bu sahtecilik ise, ancak VUK'nun 267. maddesinde yer alan düzenlemeye göre ilgili vergi dairesinin incelemesi sonucu ortaya konulabilecek bir husustur. Bu durumla karşılaşan C. Savcılığının durumu derhal ilgili vergi dairesine bildirmesi ve inceleme yaptırması gerekmektedir. Dolayısıyla, suçun ispatı bakımından vergi dairesinde yapılan incelemeyle faturaların gerçek olmayan bir satış sonucu düzenlendiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Aksi takdirde tanık ifadeleriyle satışın muvazaalı olduğunun ortaya konulması yeterli olmayacaktır.

Yukarıda POS Tefeciliği şeklinde ifade edilen davranışlar, Yargıtay kararlarında yalnızca TCK'nun 241. maddesinde yer alan tefecilik suçunu oluşturmamaktadır. Kararlarda ifade edildiği üzere ortada gerçek bir satış olmadan bir satış varmış gibi gösterilmesi suretiyle yarar sağlanması, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun (BKKKK) "Sahte belge düzenlenmesi" başlıklı 36. maddesinde “Gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi, nakit ödeme belgesi ya da alacak belgesi düzenlemek veya bu belgelerde ne

surette olursa olsun tahrifat yapmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlayanlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.” şeklinde düzenlenen suç da oluşturmaktadır⁶³.

Yargıtay’ın POS tefeciliği şeklinde tanımlanan davranışların Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nun 36. maddesinde yer alan suç oluşturduğu hususundaki görüşüne katılmaktayız. Ancak bu suçun da ispatı bakımından yukarıda ifade edildiği üzere ilgili vergi dairesi tarafından gerçekleştirilen incelemede ödünç para veren kişinin yapmış olduğunu iddia ettiği satışın faturalarının sahteliğinin ortaya konulması gerekmekte olup, yalnızca birtakım beyanlarla ortada bir satışın söz konusu olmadığına ve dolayısıyla suçun oluştuğuna karar verilemeyeceğinin ifade edilmesi gerekmektedir.

B. Manevi Unsur

Tefecilik suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Ancak kişinin bir başkasına bilerek ve isteyerek para vermesi suçun manevi unsurunu oluşturmayacaktır. Zira kanun kanunda yer alan “*Kazanç elde etmek amacıyla...*” şeklindeki ifadeden anlaşıldığı üzere tefecilik suçunun gerçekleşebilmesi için kişinin

⁶³ “...Sanık hakkında tefecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulmuş ise de; sanığın iş yerinde ele geçen kredi kartlarını nakite ihtiyaç duyduğunda kullandığını savunması, mağdurların da sanıktan komisyon karşılığı ya da faizle borç para almadıklarını beyan etmeleri karşısında, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkartılabilmesi ve suç vasfının belirlenebilmesi için, sanığın iş yerinde bulunan POS cihazına ilişkin suç dönemlerini kapsayan komisyon miktarının ilgili banka şubesinden sorulmasından ve kredi kartı ile yaptığı çekimler karşılığında komisyon alıp almadığı ile almış ise miktarının bilirkişi marifetiyle belirlenmesinden sonra, komisyon almamış veya bankanın aldığı komisyon miktarını ya da daha azını almış ise herhangi bir mal teslimi veya hizmet ifası olmaksızın nakit ihtiyacının giderilmesi amacıyla başkalarına ait kredi kartları ile çekim işlemleri yapmak suretiyle gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlemesi şeklindeki eylemlerinin 5464 sayılı Kanunun 36. maddesine aykırılık teşkil edeceği gözetilerek, sonucuna göre bir karar verilmesi yerine eksik araştırma sonucu yazılı şekilde tefecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,...” (Yargıtay 5. CD., 27.05.2019 Tarih, 2015/10490 Esas ve 2019/5719 Karar No’lu Kararı).

kazanç elde etmek amacıyla bir başkasına ödünç para vermesi gerekmektedir⁶⁴.

Ancak yukarıda da değinildiği üzere suçun manevi unsurunun oluşabilmesi için kişinin kazanç elde etmek amacıyla hareket etmesi yeterli olup, ayrıca kazanç elde etmesi aranmamaktadır⁶⁵. Dolayısıyla kazanç elde etme amacıyla paranın verilmesi tefecilik suçunun oluşması bakımından yeterlidir. Hatta kişi, kazanç elde etme amacıyla vermiş olduğu ödünç paranın geri ödenmesinde zarar dahi etmiş olsa, suçun manevi unsurunun gerçekleşmiş olacağına belirtilmesi gerekir.

Ödünç para karşılığında faiz talep edilmesi tek başına tefecilik suçunun oluşmasına sebebiyet vermeyecektir. Burada araştırılması gereken husus, kişinin kazanç elde etme amacıyla hareket edip, etmediğidir.

Kişinin ödünç para vermesi sırasında talep etmiş olduğu faizin enflasyon oranının altında veya enflasyon oranına paralel olması kişinin kazanç elde etme arzusuyla hareket etmediğine dair bir göstergedir⁶⁶. Zira piyasa koşullarına paralel bir faiz talebinde, esas olarak kazanç elde etmek değil, paranın değerinin korunması amacı güdüldüğü düşünülebilir. Dolayısıyla kişinin, verdiği paranın enflasyon karşısında değer kaybetmemesi amacıyla enflasyonla orantılı faiz istemesi durumunda kazanç elde etmek amacıyla hareket etmediği kabul edilebilir.

⁶⁴ **Özgenç**, Tefecilik Suçu, s. 553; **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, 15; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 5, s. 7242.

⁶⁵ **Özgenç**, Tefecilik Suçu, s. 553.

⁶⁶ Her ne kadar kanunda açık bir şekilde kaleme alınmamış olsa da, suçun oluşabilmesi için ödünç verilen para karşılığında talep edilen faizin piyasa koşullarının üstünde olması gerekir. (**Özbek**, Tefecilik Suçu, s. 34; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 5, s. 7232; "...mağdurlardan ...'ın sanıktan borç para aldığını karşılığında fındık verdiğini, ...'ın sanıktan 1,5 ton fındık aldığını karşılığında 5.000 TL. meblağlı senet verdiğini beyan etmesi karşısında; adı geçen mağdurların sanıktan borç para aldıkları tarihte aldıkları para miktarı ile kaç kilo fındık alabildikleri ve sanığa verdikleri fındık bedelleri de tespit edilip vade tarihi de dikkate alınarak ödedikleri fark yüzdesine göre tefecilik suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılıp,.... değerlendirilmesinden sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdirini gerekirken eksik soruşturma yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,.... hükmün BOZULMASINA.... karar verildi." (Yargıtay 5. CD., 11.07.2018 Karar, 2016/2533 Karar ve 2018/5275 No'lu Kararı); Aksi görüş için bkzn. **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, s. 8.)

Ancak bu durum kati bir kural olarak algılanmamalıdır. Nitekim kişi ödünç parayı verdiği sırada kazanç elde etme arzusuyla hareket ederek %10 faiz talep etmiş, ancak paranın tahsilatı sırasında enflasyon oranı %15 olarak açıklanmış olabilir. Bu örnekte olduğu üzere, kişi başta kazanç elde etmek amacıyla hareket etmesine rağmen, tahsilat tarihinde belirlenen faizin enflasyon oranının altında kalması sebebiyle paranın değerinin korumak amacıyla hareket edildiği varsayılarak hatalı olacak şekilde suçun manevi unsurunun oluşmadığı sonucuna gidilebilir. Oysa kişi, başta parayı kazanç elde etmek amacıyla ödünç olarak vermiştir. Bu nedenle faiz oranının yalnızca enflasyon oranının altında kalması suçun manevi unsurunun oluşmadığı anlamına gelmeyecektir.

Diğer yandan kişinin, enflasyon oranının üzerinde faizle ödünç para vermesi de doğrudan kazanç elde etme amacıyla hareket ettiği anlamına gelmeyecektir. Enflasyon veya yasal faiz oranında yüksek bir oranla ödünç para verilmiş olması, kişinin kazanç elde etme amacıyla hareket ettiğine bir karene teşkil etse de ispat bakımından yeterli değildir. Nitekim kişinin ödünç para verdiği sırada belirlediği faiz oranı, yanlış ekonomik öngörülere dayanabilir. Bu bakımından 2020 Ocak ayında ödünç para verilmesi sırasında tüm dünyada mevcut olan Covid-19 salgını nedeniyle enflasyonun yükseleceği şeklindeki bir öngörü ile parasının değerini korumak için mevcut piyasa koşullarından yüksek faiz oranı öngörmüş olabilir. Bu öngörünün, resmi enflasyon rakamlarının tahmin edilenin altında kalması sebebiyle gerçekleşmemiş olabilir. Bu halde kişi, kazanç elde etmek amacıyla hareket etmemiş olsa da kazanç elde etmiş olabilir. Dolayısıyla talep edilen faiz oranının enflasyon oranından daha yüksek olması doğrudan kişinin kazanç elde etme amacıyla hareket ettiğini göstermemektedir.

Görüldüğü üzere tefecilik suçu bakımından faiz oranının az veya çok olmasının tek başına bir önemi söz konusu değildir. Diğer bir deyişle, faiz yüksek olması, kazanç amacını kesin olarak ortaya koymayacağı gibi, faizin azlığı da mutlak paranın değerinin korunması amacının var olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan her somut olayda diğer delillerle birlikte incelenmesi gerekmektedir.

Son olarak, ödünç para yalnız, kazanç elde etmek amacı güdülmeyen verilmiş olmakla birlikte, borcun tahsil edilmesine kadar muhtemel değer kaybının giderilmesine yönelik ek bir ödemenin talep edilmesi halinde, kazanç elde etme amacı söz konusu olmayacağından, tefecilik suçunun manevi unsuru oluşmayacaktır⁶⁷.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Tefecilik suçu bakımından ortaya çıkabilecek hukuka uygunluk hali hakkın icrasıdır. Bu bakımdan kazanç karşılığı ödünç para verme işleminin yetkili kurum ve kuruluşlarca mevzuata uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi halinde hukuka uygun kabul edilecektir⁶⁸.

Bu bağlamda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktöring ve Finansman Şirketleri Kanunu kapsamında faaliyet gösteren kuruluşlar tarafından, ivaz karşılığında kredi verilmesi, finansman sağlanması, hukuk düzeni tarafından kabul gören ekonomik bir faaliyet olup, bu işlemler TCK'nun 241. maddesinde yer alan tefecilik suçunu oluşturmayacaktır⁶⁹.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ

A. Teşebbüs

Tefecilik suçu, sırf hareket suçu olup, kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç paranın verilmesi ile tamamlanmaktadır. Sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş olmasından dolayı tefecilik suçuna teşebbüs, ancak icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesi halinde söz konusu olabilecektir⁷⁰.

Dolayısıyla tarafların kazanç karşılığında ödünç para vermek ve almak noktasında anlaşması ancak paranın karşı tarafa teslimine kadar geçecek süre zarfında failin elinde olmayan sebeplerden dolayı icra hareketlerine devam

⁶⁷ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, Ceza Özel Hükümler, s. 927.

⁶⁸ **Özgenç**, Tefecilik Suçu, s. 553.

⁶⁹ **Arslan**, Tefecilik Suçu, s. 41; **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, 15.

⁷⁰ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Cilt 5, s. 7243; **Bekar**, Tefecilik Suçu, s. 517; **Yenidünya**, Tefecilik Suçu, 16; **Arslan**, Tefecilik Suçu, s. 41.

edilememesi halinde, tefecilik suçunun teşebbüs aşamasında kaldığı ifade edilebilir. Örneğin ivaz karşılığında ödünç para verilmesi ve alınması hususunda anlaşılmasından sonra parayı teslim edecek kişinin teslimat öncesinde yakalanması durumunda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır⁷¹.

Yukarıda ifade edildiği üzere teşebbüsün, ancak icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde mümkün olmasından dolayı, icra hareketlerinin bölünmediği hallerde teşebbüs mümkün değildir.

B. İŞTİRAK

Tefecilik suçu bağlamında iştirak hükümlerine dair özel bir durum söz konusu değildir. Bu bakımdan iştirak hükümlerinin tüm türlerinin tefecilik suçu bakımından uygulanma imkânının olduğunun belirtilmesi gerekir.

C. İÇTİMA

TCK'nun 241. maddesinde yer alan tefecilik suçunun oluşması bakımından, tek bir sefer kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi yeterlidir. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere, tefecilik suçunun oluşabilmesi bakımından kişinin bu işi sürekli yapmak suretiyle meslek haline getirmesine gerek yoktur.

İçtima hükümleri bakımından suçun mağdurunun kim olduğuna dair tartışmaların sonucu önem arz etmektedir.

Zincirleme suç hükümlerinin düzenlendiği TCK'nun 43. maddesinin 1. fıkrasında mağduru belli bir kişi olmayan suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği açık bir şekilde kaleme alınmıştır. Bundan dolayı topluma karşı işlenen suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğunun belirtilmesi gerekmektedir⁷².

⁷¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, Cilt 5, s. 7243.

⁷² "...Bu nedenle, 5237 sayılı TCK'nın 241. maddesinde tefecilik suçunun, kazanç elde etmek amacıyla borç para verilmesiyle oluşacağı, bunu meslek haline getirmenin suçun unsurları içerisinde yer almadığı gözetildiğinde; değişik zamanlarda ve farklı kişilere karşı ödünç para veren kişi hakkında bir suç işleme kararı ile hareket ettiği sürece aynı Kanun'un 43.

Dolayısıyla tefecilik suçunun mağduru olarak toplumun kabul edilmesi durumunda, kazanç karşılığında ödünç parayı veren kişi, işlediği suçlar bakımından ayrı ayrı ceza almayacak, hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması imkânı söz konusu olacaktır.

Doktrinde tefecilik suçunun mağduruna dair ortaya konulan ikinci görüş, mağdurun kazanç karşılığı ödünç parayı alan kişi olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre mağdurun, toplum değil, ödünç parayı alan olarak kabul edilmesi nedeniyle, tüm tefecilik işlemleri tek bir mağdura karşı gerçekleştirilemeyecektir. Bu nedenle zincirleme suç hükümleri uygulanamayacak ve her bir tefecilik suçu için ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Ancak belirli bir kişiye birden fazla ödünç para verilmesi halinde o kişi özelinde gerçekleştirilen tefecilik suçları bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceğinin ifade edilmesi gerekir.

İçtima bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, Yargıtay uygulamasında, TCK'nun 241 maddesindeki tefecilik suçunu oluşturduğu kabul edilen ve uygulamada POS tefeciliği şekliyle bilinen davranışların aynı zamanda 5464 sayılı BKKKK'nın 36. maddesinde yer alan gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenlemesi suçunun oluşacağını kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda bizim görüşümüze göre bu davranış tefecilik suçunu oluşturmamakta ise de, Yargıtay'ın aksi fikirde olması sebebiyle TCK 241 ve BKKKK 36. maddesi arasındaki ilişkinin üzerinde durulması gerekmektedir.

Yargıtay vermiş olduğu *“Tefecilik suçu yönünden; sanığın, POS cihazlarını kullanım amaçları ve sözleşme koşulları dışında, kredi kartı sahiplerinin nakit ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanılmaktan ibaret*

maddesinde düzenlenen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir...” (Yargıtay CGK, 21.5.2019 Tarih, 2017/1155 Esas ve 2019/454 Karar No'lu Kararı); “...TCK'nın 241. maddesinde düzenlenen tefecilik suçunun, kazanç elde etmek amacıyla borç para verilmesiyle oluşacağı, bunun meslek haline getirilmesinin veya düzenli bir şekilde yapılmasının suçun unsurları içerisinde yer almadığı, suçun mağdurunun Hazine olduğu ve birden çok kişiye faiz karşılığında para verilmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı gözetildiğinde sanık hakkında TCK'nın 43/1. maddesinin uygulanmaması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır...” (Yargıtay 5. CD., 11.4.2016 Tarih, 2014/2333 Esas ve 2016/3721 Karar No'lu Kararı).

fiilinin, hem TCK'nin 241. maddesinde düzenlenen "tefecilik" suçunu, hem de 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen "gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme" suçunu oluşturması; TCK'nin 241. maddesinin genel ve 5464 sayılı Kanun'un 36. maddesinin özel norm niteliğinde olması karşısında; "özel normun önceliği" kuralı gereğince, sanık hakkında zincirleme olarak 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen "gerçeğe aykırı olarak harcama belgesi düzenleme" suçundan hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,⁷³ şeklinde kararda özel kanun genel kanun üzerinden hareket etmiş ve sonuç olarak tefeciliğe göre özel norm olan 5464 sayılı kanunun 36. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı harcama belgesi düzenleme suçunun olduğu ifade edilmiştir.

Ancak bir an olsun uygulamada POS tefeciliği kabul edilen davranışların tefecilik suçunu oluşturduğu kabul edilse dahi, TCK 241 ve BKKKK 36. maddelerinin arasındaki ilişki özel norm genel norm şeklinde görünüşte içtimaı değil, farklı neviden fikri içtimanın uygulanmasının gerektiğinin ifade edilmesi gerekir. Zira görünüşte içtima kapsamında özel norm genel norm ilişkisinin ortaya konulabilmesi bakımından gerekli olan husus, iki suçun da korunan hukuki değerlerinin aynı olmasıdır⁷⁴.

Ancak TCK madde 241 ile BKKKK madde 36 hükümlerinin korudukları hukuki değerlerin birbirlerinden farklı olduğu için özel norm – genel norm şeklinde görünüşte içtima değil, farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.

Sonuç olarak farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması ve kişinin tek bir hareketle işlediği iki suçtan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması daha yerinde olacaktır.

⁷³ Yargıtay 11. CD., 30.09.2019 Tarih, 2016/7279 Esas, 2019/6785 Karar No'lu Kararı.

⁷⁴ İçel, Kayhan (2008) "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 7, S: 14, s. 40.

V. YAPTIRIM

Tefecilik suçu işlendiğinin sabit olması halinde sanık hakkında 2 yıldan 6 yıla kadar hapis ve 500 günden 5000 güne kadar adli para cezası verilebilecektir. Bununla birlikte suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde verilecek ceza bir kat arttırılacaktır.

Ayrıca suçtan elde edilen kazanç bakımından TCK'nun 55. maddesinde yer alan kazanç müsaderesinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Kazanç müsaderesi bakımından yukarıda suçun mağdurunun kim olduğuna dair tartışma önem taşımaktadır. Zira kazanç müsaderesine karar verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekmektedir⁷⁵.

Dolayısıyla suçun mağduru olarak kazanç karşılığında ödünç para alan kişinin kabul edilmesi halinde, kazanç müsaderesine hükmedilemeyecektir. Bu halde suçun işlenmesinden elde edilen miktar, mağdura iade edilecektir.

Ancak suçun mağdurunun kazanç karşılığı ödünç para alan kişi değil, toplumun tamamı olduğunu kabul eden görüşün tercih edilmesi halinde, suçtan elde edilen kazancın, mağdur belli bir kişi olmamasından dolayı iade imkânı söz konusu olmayacak ve dolayısıyla kazanç müsaderesine karar verilebilecektir.

⁷⁵ Baytaç, Abdullah Batuhan, (2009) "Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK md. 54-55)", (Yüksek Lisans Tezi) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 95.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Ömer Cem** (2016) “Türkiye’de Çek Takası ve Çek Takası Verileri Işığında Çek Kullanımının İncelenmesi” (Uzmanlık Yeterlilik), Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü
- Arslan, Çetin** (2014) “Tefecilik Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, S:1, (23-48)
- Balz, Burkhard** (2019) “Krypto-TokenausSichteinesZentralbankers”, Central For Financial Studies (CFS) Konferenz, 08.05.2019, <https://www.bundesbank.de/de/presse/reden/kryptotoken-aus-sicht-eines-zentralbankers-796396>, s.e.t. 28.01.2020;
- Baytaç, Abdullah Batuhan** (2009) “Türk Ceza Hukukunda Müsadere (TCK md. 54-55)”, (Yüksek Lisans) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
- Baytaç, Abdullah Batuhan** (2018) Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık
- Bekar, Elif** (2013) “Tefecilik Suçu”, İÜHFİM, Cilt LXXI, Sayı 2, Yıl 2013 (499-526)
- Bilge, Burak** (2015) “Gelişen Teknolojinin Doğurduğu Yeni Bir Suç Türü: Kredi Kartı (Pos) Tefeciliği”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı C:1, (481-520)
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru** (2015) “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış”, İÜHFİM, C: LXXIII, S:2 (173-220)
- Çarkacıoğlu, Abdurrahman** (2016) Kripto-Para Bitcoin, Araştırma Raporu, Sermeya Piyasası Kurumu Araştırma Dairesi, Ankara

Çavuşoğlu, Cenk (2015) “Elektronik Paranın Gelişimi ve Merkez Bankası Bilançosu ile Para Politikası Uygulamaları Üzerine Etkisi”, (Uzmanlık Yeterlilik), Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Muhasebe Genel Müdürlüğü

European Central Bank, Virtual currencieschemes – a furtheranalysis, February 2015, s. 4
<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencieschemesen.pdf>, s.e.t. 28.01.2020

Giyik, Abdalbaki (2014) “Türk Hukukunda Tefecilik Suçu”, (Yüksek Lisans) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Gün Tayfun (2019)”Türk Ceza Kanununda Tefecilik Suçu”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

Hançerlioğlu, Orhan (1981) Ekonomi Sözlüğü, 5. Bası, İstanbul, Remzi Kitapevi
<https://www.bundesbank.de/resource/blob/743056/5f5b83a30255dda9c6ba5faf21a48b2b/mL/2017-11-23-thiele-ifo-pdf-data.pdf>, s.e.t. 28.01.2020

İçel, Kayıhan (2008) “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 7, S:14, (35-49).

Karakehya, Hakan (2013) “Türkiye’de Giderek Artan Hukuka Aykırı Bir Ekonomik Faaliyet Olarak Kredi Kartı Kullanılması Suretiyle Tefecilik” International Conference on EurasianEconomies, 2013, <http://avekon.org/papers/731.pdf>., 08.07.2020

Katoğlu Tuğrul (2012) “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, Cilt 61, Sayı 2, Yıl 2012, (657-693)

- Meran, Necati** (2011) Tefecilik Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Özbek, Veli Özer** (2010) “Tefecilik Suçu (TCK m.241)”, CHD, S:14, (29- 39)
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe İlker** (2016) Ceza Özel Hükümler, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016
- Özgenç, İzzet** (2010) “Tefecilik Suçu”, Gazi Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, C: XIV, S: 1
- The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, Regulation of Cryptocurrency Around the World, <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/cryptocurrency-worldsurvey.pdf>, s.e.t. 27.01.2020.
- Thiele, Carl-Ludwig/ Diehli, Martin** (2017) Kryptowährung Bitcoin: Währungswettbewerb oder Spekulationsobjekt: Welche Konsequenzen sind für das aktuelle Geldsystem zu erwarten?, ifo Schnelldienst Zeitschrift, 22/2017, 70. Jahrgang, (3-6)
- Uğur, Hüsamettin** (2007) “Tefecilik Suçunun Pozitif Dayanakları, Unsurları ve Uygulama İlkeleri”, Terazi Aylık Hukuk, Dergisi, S:8
- Üzer, Betül**, (2017) “Sanal Para Birimleri”, (Uzmanlık Yeterlik), Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü.
- Yaşar Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa** (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 5. Cilt (md 197-251), 2. Bası, Ankara Adalet Yayınevi.
- Yenidünya, Caner** (2013) “Tefecilik Suçu (TCK.m.241)” Banka ve Finans Hukuku Dergisi Cilt:2, Sayı: 6, Yıl:2013 (3-29).

<https://blog.chainalysis.com/reports/cryptocurrency-crime-2020-report>, s.e.t.
03.02.2020

<https://www.bddk.org.tr/Sss-Kategori/Odeme-Sistemleri-ve-Elektronik-Para-Kuruluslari/3>, 26.01.2020

<http://www.mahfiyegilmez.com/2019/11/piyasada-ne-kadar-nakit-para-var.html>, s.e.t. 29.01.2020

<https://www.reuters.com/article/us-crypto-currencies-marshall-islands/marshall-islands-to-issue-own-sovereign-cryptocurrency-idUSKCN1GC2UD>, s.e.t. 28.01.2020

<https://sozluk.gov.tr/>, s.e.t. 24.01.2020.

‘TÜRK UZAY OPERASYONLARINA İLİŞKİN KANUN’UN HAZIRLANMASI KONUSUNDA ÖNERİLER

Öğr. Gör. Dr. Tuğrul ÇAKIR*

ÖZET

Devletler uzaydaki ulusal faaliyetlerinden dolayı Uzay Anlaşması'nın VI. maddesi hükmünce ve aynı anlaşmanın VII. maddesi ve Sorumluluk Sözleşmesi'ne uygun olarak uzay araçlarının vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluk taşımaktadır. Uzaydaki özel faaliyetler Devletler tarafından izne ve devamlı takip koşuluna uyulduğu müddetçe serbest bırakılmıştır. Uzay alanındaki özel kişilerin yükselişi hem ekonomik hem de stratejik anlamda büyük rol oynayan iç hukuk düzenlemelerinin sayısının çoğalmasının altında yatmaktadır. Bununla birlikte, Devletler'in nasıl bir şekilde iç hukuklarında düzenleme yapmaları gerektiği konusunda bir yükümlülük bulunmamaktadır. Ancak, kanun şeklinde yapılan bir iç düzenleme hukuk politikalarının daha açık ve rekabetçi bir şekilde ortaya konmasını sağlamaktadır. Bu bağlamda, uzay teknolojilerinin gelişmesi ve uzay pazarının globalleşmesiyle, Türkiye'nin deuzay operasyonlarına ilişkin kanun çıkarması bir gereklilik halini almıştır. Bu çalışmanın amacı uzay hukukunun bu yönde Türkiye'de gelişimini sağlamak amacıyla birtakım önerilerde bulunmaktır. Bu kapsamda, karşılaştırmalı bir yaklaşım izlenecektir. Diğer ülkelerin deneyimleri bizim için yol gösterici olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uzay Hukukunda Sorumluluk, Uzay Operasyonları, Uzay Hukukunda Kanunlar, Uzay Politikaları, Türkiye'de Uzay Hukuku.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, tcakir@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9360-9098, (Geliş Tarihi: 07.04.2020 – Kabul Tarihi: 08.07.2020). Bu çalışma 2019 yılı aralık ayında Jean Moulin Lyon III Üniversitesi'nde savunmuş olduğumuz “*Le régime de responsabilité des opérations spatiales dans les législations nationales*” (Uzay operasyonlarından doğan sorumluluk rejiminin hukuktaki yansımaları) başlıklı doktora tezinden hareketle hazırlanmıştır.

A PROPOSAL FOR ‘TURKISH SPACE OPERATIONS ACT’

ABSTRACT

States bear responsibility for their national space activities according to Article VI of the Outer Space Treaty and liability for damages caused by space objects under Article VII of the Outer Space Treaty and the Liability Convention. The activities of non-governmental entities in outer space have been permitted to the condition of authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Outer Space Treaty. The emergence of non-governmental entities in the space field has been the origin of the multiplication of national space legislations, which have been economic and strategic tools for States. Nevertheless, States have no obligation to put in place a national space legislation relating to space operations, but it allows States to have a legal policy, which serves the development of local space industry. In this context, with the development of space technology and globalization of space market, the adoption of a national space operations act is also necessary in Turkey. The goal of this paper is to provide some recommendations to contribute to the progressive development of Space Law in Turkey. In this respect, a comparative approach will be used.

Keywords: Responsibility and Liability in Space Law, Space Operations, National Space Law, Space Policy, Space Law in Turkey.

GİRİŞ

Uzayın hayatımızdaki öneminin her geçen gün artmakta olduğu tartışılmaz bir gerçeklik halini aldı. Bu nedenle, uzay faaliyetlerinin kısa süreliğine durması bile biz “Dünyalıların” hayatlarını felç edebilecek mahiyete ulaştı. Uzay faaliyetlerinin bu denli hayatımızın içine dahil olması ve askeri anlamda da vazgeçilemez hale gelmesi bu uluslararası alanın stratejik olarak kilit bir önem kazanmasına neden olmuştur. Uzay stratejik olmanın yanı sıra aynı zamanda ekonomik anlamda da katma değerinin yüksek olması nedeniyle rekabetin en üst düzeyde gözlemlendiği ender alanlardan birisidir¹. Uzayın ekonomik büyüme ve sosyal kalkınma noktasında öneminin farkında olan Devletler ulusal uzay sanayilerinin gelişmesi için büyük bir yarış içine girmişlerdir.

1980’li yıllardan bu yana özel kişiler uzay faaliyetleri kapsamındaki etkinliklerinden dolayı kendilerinden söz ettirmektedir. Özel kişilerin bu kapsamda oynadıkları rol ABD’de başlayan bir akım olan *New Space* çerçevesinde daha da güçlenmektedir. Uzayın keşfinin İlk döneminde özel kişiler uzay faaliyetlerinin gelişmesine çok sınırlı bir katkı vermiş olsalar da bugün uzay sahnesinin esaslı bir aktörü haline gelmişlerdir. Stewart’ın da belirttiği gibi, özel faaliyetlerin gelişmesi için zemin hazırdır ve bu zemin üzerinde her geçen gün daha da güçlenmektedir².

Özel kişilerin bu yükselişi uzay hukukunun kaynakları noktasında da büyük değişimler getirmiştir³. En büyük değişim özel hukukun gelişmesi⁴ ve

¹ Hays ve Lutes uzay hakimiyeti teorisini, Alfred T. Mahan’ın deniz hakimiyeti teorisinden hareketle, geliştirmiştir. Bu bağlamda yazarlar uzayın hem güvenlik hem de ekonomik açısından önemine vurgu yapmaktadır. **Hays, Peter/ Lutes, Charles** (2007) “Towards a theory of spacepower”, *Space Policy*, 23/4 Kasım, s. 206-209.

² **Stewart, John T.** (1980), “Emerging Patterns of a Private International Space Law Regime - Evolutionary or Revolutionist”, 23th Proceedings of International Institute of Space Law (IISL) Colloquium on the law of Outer Space, s. 201.

³ Uzay hukukunun kaynakları noktasında genel olarak bkz. **Cakir, Tugrul** (2020) “Les sources du droit de l’espace”: Hobe, Stephan /Achilleas, Philippe (Editörler), 50 years of Space Law-Space Law in 50 years, The Hague, Center for Studies and research of the Hague Academy of International Law, s.83-126. (Yayınlanacak)

ulusal düzeydeki düzenlemelerin sayısının gün geçtikçe artması şeklinde olmaktadır. Günümüz itibarıyla, 20'nin üzerinde ülkede uzay operasyonlarına ilişkin bir kanunun yürürlükte olduğunu hatırlatmakta fayda var. Uluslararası düzenlemelerin 1980'li yıllardan bu yana tıkanıklık arz ettiği bu süreçte, bu nitelikteki kanunlar tartışılmaz bir önem kazanmıştır.

1967 tarihli Uzay Anlaşması'nın VI. maddesi hükmünce, özel kişilerin uzaydaki faaliyetleri devletlerin izni ve devamlı takibi koşuluna bağlanmıştır. Özel faaliyetler, sonuç olarak, bu anlaşma tarafından yasaklanmamış olup devletlerin (veya uluslararası kuruluşların) gözetiminde olduğu müddetçe serbest bırakılmıştır. Bu madde ABD ve SSCB arasındaki özel kişilerin uzaydaki varlığına ilişkin taban tabana zıt yaklaşımlara bulunan bir orta yolun somutlaşmış halidir: “*özel faaliyet ama kamusal sorumluluk*”⁵. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak özel kişiler uluslararası alanda sorumluluk taşımayacak, özel kişilerin faaliyetlerinden dolayı tüm sorumluluk Devletlerin olacaktır. Her ne kadar bir kanun çıkarma zorunluluğu getirmese de, VI. madde uzay operasyonlarına ilişkin kanunların esaslı hukuki temelini oluşturmaktadır⁶.

“Project 2001” araştırma projesine katılan uzmanlartarafından tespit edildiği üzere uzay operasyonlarına ilişkin bir kanun beş yapı taşından oluşmaktadır: izin ve devamlı takibe ilişkin hükümler, uzay cisimlerinin tesciline ilişkin hükümler, özel kişinin sorumluluğunu düzenleyen hükümler ve de son olarak ek düzenlemeler⁷. Hatırlatalım ki Devletlerin kanun yolunu

⁴ Özel kişilerin yükselişi finansman uzayın finansmanı konusunu ön plana çıkarmıştır. Bu konuda UNIDROIT'nın Uzay Protokolü ile ilgili olarak bkz. **Cakir, Tuğrul** (2017) “The Public Service Exemption in the Space Protocol in light of that found in the Luxembourg Protocol”, Proceedings of 59th International Institute of Space Law (IISL) Colloquium on the law of Outer Space, s.111-124.

⁵ **Dunk, Frans von der** (2011) “The Origins of Autorisation: Article VI of the Outer Space Treaty and International Space Law”: Dunk, Frans von der (Editör), National space legislation in Europe, Leiden, Boston, MartinusNijhoff publishers, s.3-5.

⁶ **Marboe, Irmgard** (2015) “National space law”: Dunk Frans von der/Tronchetti Fabio (Editörler), Handbook of Space Law, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, s.132.

⁷ **Gerhard, Michael/Schrogl, Kai-Uwe** (2002) “Report of the 'Project 2001' Working Group on National Space Legislation”: Bockstiegel, Karl-Heinz, 'Project 2001' – Legal Framework

seçerek bu yükümlülükler yer vermeleri uzay sözleşmelerinin getirdiği bir zorunluluktan doğmamaktadır⁸. Devletler uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini idari birtakım tasarruflar dolayısıyla da yerine getirebilirler. Ancak, uzayda giderek ticarileşmenin arttığı bu süreçte kanun seçeneği özel kişiler açısından hukuki çerçevede önemli bir stabilite ve açıklık getirmektedir⁹.

Benzer bir şekilde, kanunlar, aynı zamanda, uzay hukuk politikalarının ifade edildiği ve vücut bulduğu hukuki metinlerdir¹⁰. Bu bağlamda, uzay hukuku ve teknik gelişmeler ışığında belirlenmiş uzay politikaları birbirinin tamamlayıcısıdır ve ilki genel olarak ikincisinin somutlaştırılmış bir halidir¹¹. Şüphesiz, kanun seçeneği bu somutlaşma halinin, yönetsel anlamda sağladığı olumlu sonuçlar dolayısıyla, en uygun ifade edilmiş şeklidir. Özellikle, *New Space* bağlamında Devletler mevzuatlarının gelişen teknoloji ışığında adaptasyonunu sağladıkları ölçüde pazarda kendilerine yer açmakta veya yerlerini sağlamlaştırmaktadır. Türk uzay sanayisine rekabetçi bir güç kazandırmak amacıyla yeni bir hamle yapmak gerekliliği mevcuttur.

Bu bağlamda, 2018 Aralık ayında ulusal uzay ajansı'nın kurmuş olan ülkemizin uzay operasyonlarına ilişkin bir kanun çıkarmasının vaktinin geldiği kanaatindeyiz. Şu anda ülkemizde bu yönde bir kanunun bulunmayışı politik bir tercihtir. Politik karar alıcıların, uzay alanındaki dış gelişmelerin ışığında, uzay sektörüne bir ivme kazandırmak amacıyla, hukuk politikalarını daha güçlü bir şekilde ifade edebilecekleri bir kanun hazırlanmasınoktasında irade oluşturmaları yerinde olacaktır. Bu yönde

for the Commercial Use of Outer Space, Recommendations and conclusions to develop the present state of the law, Koln, Carl Heymanns Verlag KG, s. 529-564.

⁸ **Cakir, Tuğrul** (2017) "La garantie de l'État dans la loi française relative aux opérations spatiales: un atout de la politique juridique de la France ?", *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht* (Alman Hava ve Uzay Hukuku Dergisi), 66/1, s.104-105.

⁹ **Ministère de la recherche, Direction de la Technologie** (2002) *L'évolution du droit de l'espace en France*, s.12-13.

¹⁰ **Conseil d'État** (2006) *Pour une politique juridique des activités spatiales*, Paris.

¹¹ **Zhao, Yun** (2015) *National Space Law in China an Overview of the Current Situation and Outlook for the Future*, Leiden, Brill Nijhoff, s.11.

gelişen bir hukuk politikasının uygulanmasında Türkiye Uzay Ajansı kesinlikle büyük bir rol oynayacaktır.

Uzay alanında gelişmekte olan ülkeler bu sayede uzay sektörlerine bir dinamizm getirmiş ve sektörlerinin daha rekabetçi olmalarını sağlamıştır. Mesela, bu yönde bir hamleyle Hollanda ve Belçika gibi Avrupa ülkeleri küçük uydu sektöründe ve Yeni Zelanda ise uydu fırlatma sektöründe güçlü adımlar atmaktadır. Türkiye’de de bu yönde yapılacak bir hamleyle daha önceden etkin olan özel kişileri (mesela Türksat örneğinde olduğu gibi) daha koruyucu adımlar atılabilir ve de sektöre daha sonradan dahil olmak isteyenlerin önü daha çok açılabilir. Bu sayede, ilk gruptaki özel kişilere daha rekabetçi bir ortam sağlanabilir ve de ikinci gruptaki özel kişilere sağlanacak hukuki güvence ve ekonomik alandaki teşviklerle daha sağlam bir şekilde sektöre giriş yapmaları temin edilebilir. Küçük çaplı aktörlerin gereksinimlerine uygun olarak daha esnek bir yaklaşım geliştirilebilir. Bu bağlamda kanunda yetkili otoriteye yeterince takdir yetkisi bırakılmalıdır.

Mevcut çalışma kapsamında, bu nitelikteki bir kanunun hazırlanması halinde dikkate alınmasını arzu ettiğimiz hususların ön plana çıkarılması ve bazı önerilerde bulunulması amaçlanmaktadır.

Önerilerimizi uzay operasyonlarını kontrol sorumluluğunun yerine getirilmesi (I) ve uzay operasyonlarından doğan riskin yönetilmesi (II) olarak iki başlıkta toplamanın uygun olduğu kanaatindeyiz. Bir devamlı takip yöntemi olan uzay araçlarının tescili konusunu ayrıca incelemek yerine ilk başlıkta ele alınmanın daha faydalı olduğunu düşünüyoruz.

I. ÖZEL UZAY OPERASYONLARINI KONTROL SORUMLULUĞUNUN YERİNE GETİRİLMESİ

Devletler Uzay Anlaşması’nın VI. Maddesindeki terimleri yorumlamadan hareketle uzay operasyonlarıyla ilgili kanunlarının uygulama alanını belirler (A). Uygulama alanına giren faaliyetler ve kişiler ulusal izin ve devamlı takip prosedürüne tabi olur (B).

A. UZAY OPERASYONLARINA İLİŞKİN KANUNUN UYGULAMA ALANI

Öncelikle yersel ve maddi sınırlama (1.) daha sonra da kişisel sınırlama (2.) konusunu ele almamız yerinde olacaktır.

1. Yersel ve Maddi Sınırlama

Yersel ve maddi sınırlamanın yapılması Uzay Anlaşması'nın VI. Maddesinin ilk cümlesinde bulunan bir terim olan 'Uzaydaki faaliyetler'in (*activities in outerspace*) yorumlanmasından geçmektedir. Bu terimi ikiye ayırarak incelemek yerinde olacaktır: 'Uzay' ve 'daki faaliyetler'. İlkinden başlayalım. Uzay ve hava sahası arasında uluslararası sözleşmeler tarafından bir sınır öngörülmemiştir. Karman hattının, her ne kadar bilimsel anlamda bir sınır olarak kabul edilse de, hukuki anlamda bir bağlayıcılığı yoktur. Bununla birlikte bazı ülkelerin iki alan arasına kanunlarında bir sınır öngördüklerini de hatırlatmakta fayda var. Bu Danimarka¹², Kazakistan¹³, Güney Afrika¹⁴ ve Avustralya¹⁵'nin takip ettiği bir yaklaşım. Her ne kadar bu tek taraflı yaklaşımı benimsemesek de, bu ve benzeri yaklaşımların gelişmesi tartışmaya katkı sunması ve doğması muhtemel bir teamül kuralı dolayısıyla yakından takip edilmelidir¹⁶. Şu an için konuyla ilgili uluslararası düzeyde bir konsensüs sağlanmamıştır ve ulusal düzeyde bir sınırlama getirme gerekliliği bulunmamaktadır. Yani, söz konusu faaliyetin nerede gerçekleştiğinden

¹² **Danimarka Kanunu, Madde 4(4)**, Outer Space Act, Act no. 409 of 11 May 2016.

¹³ **Kazakistan Kanunu, Madde 1(6)**, Law of the Republic of Kazakhstan on Space Activities, 6 January 2012, No. 528-IV.

¹⁴ **Güney Afrika Kanunu, Bölüm 1**, Space affairs Act, Statutes of the Republic of South Africa- Trade and Industry No. 84 of 1993.

¹⁵ **Avustralya Kanunu, Bölüm 8**, Space Activities Act 1998 Act No. 123 of 1998 as amended by Space Activities Amendment (Launches and Returns) Act 2018.

¹⁶ **Cakir, Tuğrul** (2019) "From the unilateral Acts of States towards Unilateralism in Space Law", Proceedings of 61th International Institute of Space Law (IISL) Colloquium on the law of Outer Space, s.15-30. Bu çalışma kapsamında, uzay özelinde, tek taraflılığın her zaman olumsuz sonuçlar doğurmadığı, bazı normatif gelişmelerin kolaylaştırıcısı olduğu fikrini savunduk.

hareketle değil ama doğasından hareketle, bir tercihte bulunmak (hava faaliyeti ya da uzay faaliyeti) daha uygundur.

Şimdi ‘daki faaliyetler’ teriminin incelemesine geçebiliriz. Bir faaliyetin uzay faaliyeti olarak kabul edilmesi için tamamen uzayda gerçekleşmesi gerekmemektedir¹⁷. Bu bağlamda esas kriterimiz, uzayın keşfini sağlamak ve uzayı erişilebilir kılmak olmalıdır¹⁸. Bu koşulu sağlayan her faaliyet uzay faaliyeti olarak uzay hukukunun temel ilkelerine tabidir. Bununla birlikte hem hava sahasında hem de uzayda faaliyet gösterebilen bazı araçların (*aerospacevehicles*) durumu teknolojinin gelişmesiyle büyük önem kazanmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz kriter burada da uygulama bulmalıdır. Örnek vermek gerekirse, bu tarz bir faaliyetin eğer uzayı erişilebilir kılma amacı yoksa, uzayda kısa bir zaman geçirse dahi, uzay faaliyeti sayılmamalıdır. Bu aşamada, öncelikle, ulusal düzeyde ve özel hukuk sözleşmeleri çerçevesinde bu faaliyetlerin gelişmesinin, daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Birtakım eksiklikleri ortaya çıkan uzay sözleşmelerinin gelişen pratik üzerine yeniden gözden geçirilmesi daha isabetli olacaktır.

Kanunun maddi kapsamı dahilinde olması gereken faaliyetlerse şu şekilde olmalıdır: uzay cisimlerinin uzaya fırlatılması (veya fırlatma teşebbüsü) ve geri dönüşü ve de uzaydaki faaliyetlerinin idaresi. Bu bağlamda, uzay uygulamaları (telekomünikasyon, uzaktan algılama vb.) kapsam dışında tutulmalı ve uzay operasyonlarına yoğunlaşılmalıdır. Uyduların yörüngede transferi konusuna ayrı bir parantez açmak gerekiyor. Uzayda ticarileşmenin başlamasıyla yaygın hale gelen bu uygulamanın, özellikle 2000’li yıllarda yürürlüğe giren kanunlarda öngörüldüğünü hatırlatmakta fayda var. Daha önce Türkiye tarafından izin verilmiş bir operasyonun devrinde veya bir Türk vatandaşı lehine yapılması muhtemel bir devirde izin koşulu aranmalıdır.

¹⁷ **Gerhard, Michael** (2009) “Article VI”: Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernard/Schrogl, Kai-Uwe (Editörler), *Cologne Commentary on Space Law: Volume I, Outer Space Treaty*, Koln, Carl Heymanns Verlag, p. 108.

¹⁸ **Hobe, Stephan** (2009) “Article I”: Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernard/Schrogl, Kai-Uwe (Editörler), *Cologne Commentary on Space Law: Volume I, Outer Space Treaty*, Koln, Carl Heymanns Verlag, s.35; **Traa-Engelman, Hanneke Louise** (1993) *Commercial utilization of Outer Space, Law and practice*, Dordrecht/Boston/London, MartinusNijhoff Publishers, s.18-23.

Ülkemizin menfaatleri ve uluslararası hukuka uygunluğun temin edilmesi halinde bu devre izin verilmelidir. İzne tabi olması gereken mülkiyetin devri olmamalı, bununla birlikte efektif olarak idarenin devri koşulu aranmalıdır¹⁹. Ancak operatöre, mülkiyetin devri halinde durumdan yetkili otoriteyi vakit kaybetmeden bilgilendirme sorumluluğu yüklenmelidir²⁰. Bilinçli olarak bu yükümlülük yerine getirilmezse cezai işlem uygulanmalıdır²¹. Eğer transfer edilen operatör Türk vatandaşı değilse, bu kişinin uyruklusu olduğu devletle daha sonra oluşacak zararların tazmini konusunda Türkiye'nin menfaatlerini korumak maksadıyla bir anlaşmaya varılmalıdır²². Bir noktaya dikkat çekmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. İzin ve devamlı takip yükümlülüklerinin atfedildiği Uygun Devlet (*appropriate State*) kavramı değişken olsa da, Fırlatan Devlet kavramı benzer bir esneklik yapısına sahip değildir. Fırlatan Devlet kavramı fırlatma anında belirlenir ve Fırlatan Devlet bu vasfı daima üzerinde taşır (*Once a launching State, always the launching State*). Uygun Devlet, ulusal faaliyetlerden sorumlu olan Devlettir.

2. Kişisel Sınırlama

Uzay Antlaşması'nın VI. Maddesi ulusal faaliyetlerden (*national activities*) dolayı devletlerin sorumluluğundan bahsetmektedir. Bu kavram aynı zamanda özel kişilerin faaliyetlerini de kapsamaktadır. Bu madde nedeniyle, uzay sorumluluk rejiminin uluslararası hukuka nazaran istisnailiğinden bahsedebiliriz. Uluslararası hukukta özel kişilerin faaliyetleri devlete atfedilmesi kural olarak (ama bazı istisnalarıyla birlikte) mümkün değildir. Uzaydaysa özel kişilerin faaliyetleri devletlere istisnasız bir şekilde atfedilerek devletlerin bu faaliyetlerden sorumluluğu prensibi benimsenmiştir.

¹⁹ Örneğin bkz. **Belçika Kanunu, Madde 13**, Law of 17 September 2005 on the Activities of Launching, Flight Operation or Guidance of Space Objects consolidated text as revised by the Law of 1 December 2013 (B.O.J. of 15 January 2014).

²⁰ Mesela bkz. **Finlandiya Kanunu, Bölüm 12**, Act on Space Activities (63/2018).

²¹ Mesela bkz. **Aynı Kanunun 21.Bölümü**.

²² **Belçika Kanunu, Madde 13(4)**.

Bu yaklaşım Uzay hukukunun devlet merkezli bir hukuk olduğunun en başlıca kanıtlarından birisidir²³.

Yani, Türk uyruklu özel kişiler tarafından yurt dışından yürütülen faaliyetlerden dolayı da Türkiye'nin sorumluluğu söz konusudur. Dolayısıyla, bu faaliyetler izin prosedürüne tabi tutulmalıdır. Uzay Anlaşması'nın VI. Maddesinden doğan genel sorumluluğun ötesinde (*responsibility*), Devletlerin uzay cisimleri tarafından doğan zararlardan da sorumluluğu da vardır (*liability*). Bu sorumluluk ise aynı anlaşmanın VII. Maddesinden ve 1972 tarihli Sorumluluk Sözleşmesi'nden kaynaklanmaktadır. VII. maddenin özel kişilerle ilgili olan en önemli madde olan VI. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir²⁴. Yani, Fırlattıran Devlet aynı zamanda ulusal faaliyetlerden sorumlu olan Devlettir.

Kişisel yetki hususunun bütün Devletler tarafından aynı şekilde anlaşılması uzay hukuk sisteminin uyumu ve sağlamlığı açısından oldukça önemlidir. Bazı ülkelerin kişisel yetki konusunda dar bir yaklaşım geliştirdikleri gözlemlenmektedir: Norveç²⁵, Belçika²⁶ ve Hollanda²⁷. Kişisel yetkinin uygulanmasını belli koşullara bağlayan yaklaşım uluslararası hukuka açık bir şekilde aykırıdır ve bu nedenle kişisel yetki konusuna geniş bir perspektiften yaklaşılmalıdır²⁸. Ulusal menfaatlerimiz bu yönde bir yaklaşımı gerektirmektedir. Yetkili merciinin haberi olmadan bir uzay operasyonu yürüten kişiler hakkında idari veya cezai yaptırım uygulanmalıdır.

²³ **Dunk, Franz von der** (2015) "International space law": Dunk, Frans von der/Tronchetti, Fabio (Editörler), Handbook of Space Law, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, s.45-49.

²⁴ **Kerrest, Armel/Smith, Lesley Jane** (2009) "Article VII": Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernard/Schrogl, Kai-Uwe (Editörler), Cologne Commentary on Space Law: Volume I, Outer Space Treaty, Koln, Carl Heymanns Verlag, s.128-129.

²⁵ **Norveç Kanunu, Bölüm 1**, Act on launching objects from Norwegian territory etc. into outer space. 13 June. No. 38. 1969.

²⁶ **Belçika Kanunu, Madde 2.**

²⁷ **Hollanda Kanunu, Bölüm 2**, Rules Concerning Space Activities and the Establishment of a Registry of Space Objects (Space Activities Act) Bill (13.06.06).

²⁸ Konuyla ilgili genel olarak bkz. **Cakir, Tuğrul** (2017) "La compétence personnelle en droit spatial : un principe interprété différemment par les Etats", Revue Française de Droit Aérien et Spatial (Fransız Hava ve Uzay Hukuku dergisi), 281/1, s. 65-73.

B. UZAY OPERASYONLARININ DEVLETLERİN GÖZETİMİNDE GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

Devletler özel kişiler üzerindeki gözetimlerini izin (1) ve devamlı takip (2) mekanizmaları sayesinde gerçekleştirebilir.

1. İzin Süreci

Uzay Anlaşması'nın VI. maddesinden doğan bir diğer yükümlülük ise devletlerin yetkileri altındaki özel kişilerin faaliyetlerinin uluslararası hukuka uygun olmasını temin etmektir. Aslında, bu maddeden doğan bütün yükümlülükler tamamlayıcı bir rol oynamaktadır. İzin ve devamlı takip mekanizmasının muntazam bir şekilde yerine getirilmesi, devletin sorumluluğu altındaki özel kişilerin uluslararası hukuka bağlı kalmasını temin edecek ve de bu sayede sorumluluğunun ortaya çıkmasının önüne geçecektir. Bu nedenle, uluslararası hukuktan doğan sorumluluklara saygı gösterilmesi ve ulusal menfaatlerinin gözetilmesi izin prensibinin uygulamasının omurgasını oluşturmaktadır.

Özel kişilerin tabi olduğu izin koşulları genel olarak kanunlarda benzerlik göstermektedir. Bu koşullar üç ana başlıkta toplanabilir: özel kişinin profesyonel, finansal ve teknik anlamda yeterliliği. İlk iki konuda yeterlilik izin talep eden kişinin geçmişi, izni talep edilen operasyonu yapma kabiliyetinin olup olmadığı ve faaliyetten bir zararın doğması halinde tazmin edebilme gücü çerçevesinde değerlendirilir²⁹. İzin talebinde bulunan kişinin sigorta yaptırmış olması maddi anlamda yeterliliğine bir diğer işarettir. Teknik anlamda yeterlilik kapsamında özellikle kişilere, çevreye ve diğer uzay araçları aleyhine oluşabilecek riskin en aza indirilmesi sağlanır. Bu kapsamda, uluslararası alanda kabul görmüş standartlara (özellikle uzay atıklarının

²⁹ **Achilleas, Philippe** (2009) "La loi relative aux opérations spatiales du 3 juin 2008" *Revue juridique de l'économie publique*, n° 660, étude 2, §7.

azaltılmasına ilişkin olanlara) kanunda açıkça referans verilerek uzay etiği³⁰ açısından sorumlu bir yaklaşım sergilenmelidir³¹.

Bu yönde bir zorunluluk olmasa da kanunun diğer ülke kanunlarıyla olan ilişkisini düzenleyen bir maddeye de yer verilebilir. Bu bağlamda, yurt dışında gerçekleşen operasyonlarda, eğer söz konusu ülke belirli kriterleri sağlıyorsa, uzay faaliyetlerinin hızlanmasını temin etme maksadıyla izin sürecindeki bazı yükümlülükler hafifletilebilir³². Benzer bir şekilde, eğer Türkiye'nin operasyonun yürütüldüğü yabancı bir ülkeyle arasında ülkemizin uluslararası yükümlülüklerini temin eden bir anlaşma varsa izin muafiyeti de öngörülebilir³³. Hukuk uzay politikalarında uluslararası iş birliğini ön plana çıkaran bir yaklaşımın ulusal menfaatlerimizin korunması açısından çok önemli olduğunu hatırlatmak isteriz³⁴. Fırlatan Devletler arasında imzalanan anlaşmalar sadece uzay sözleşmelerinin uygulanmasını değil aynı zamanda kanunların da uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. Bu anlaşmalar sayesinde uzay sorumluluk rejimine önemli bir öngörülebilirlik katıldığı düşüncesini paylaşıyoruz.

³⁰ **Couston, Mireille** (2004) "Spatioéthique: Réflexions sur la teneur éthique du droit spatial", *Revue Française de Droit Aérien et Spatial* (Fransız Hava ve Uzay Hukuku dergisi), 2004/4, s.398-434.

³¹ Mesela bakınız **Avusturya Kanunu, Madde 5 ve 4(1)(4)**, Austrian Federal Law on the Authorisation of Space Activities and the Establishment of a National Space Registry (Austrian Outer Space Act, adopted by the National Council on 6 December 2011, entered into force on 28 December 2011) ve **Finlandiya Kanunu, Bölüm10; Büyük Britanya Kanunu, Bölüm 2(2)(h)**, Space Industry Act, Chapter 5, 15 march 2018.

³² **Fransız Kanunu, Madde 4(4)**, Loi n° 2008-518du 3 juin 2008 relative aux operations spatiales, *Journal Officiel de la République Française* du 4 juin 2008.

³³ **Büyük Britanya Kanunu, Bölüm 4(1)**.

³⁴ Galileo kapsamında işbirliğinin önemini vurguladığımız tebliğimiz için **Cakir, Tuğrul** (2017) "International Cooperation as an Essential Part of the Galileo Programme", European Center of Space Law (ECSL) Young Lawyers' Symposium, European Space Agency Hq, Paris/Fransa, 18/03/2017. Tebliğden hareketle hazırlanmış makaleye bu adresten ulaşılabilir, s.e.t. 5 Nisan 2020: http://www.esa.int/About_Us/ECSL_European_Centre_for_Space_Law/Young_Lawyers_Symposium

2. Devamlı Takip

Devletler tarafından uygulanan devamlı takibin esas amacı izin almış özel kişinin faaliyetlerinin uluslararası hukuka ve ulusal menfaatlere uygun olduğunu temin etmektir. Yükümlülüklerini yerine getirmeyen şahıslara idari veya cezai işlemler uygulanabilir. İdari olarak, verilmiş olan izin geri alınabilir veya bir süreliğine askıya alınabilir. Cezai olarak ise genel olarak ülkelerin kanunlarında para cezası öngörülmektedir. Ancak bazı kanunlarda, özel kişinin fiilinin ağırlığına göre hapis cezası bile söz konusu olabilir³⁵.

Devamlı takip genel olarak yerinde (*in situ*) veya birtakım belgelerin özel kişi tarafından temini şeklinde gerçekleştirilir. Bunların dışında diğer iki devamlı takip yöntemi büyük öneme sahiptir. Bunlardan ilki kapsamında, izne operatörün saygı duymakla yükümlü olduğu gereklilikler (*requirements*) iliştilerilebilir ve bu durum birçok kanunda öngörülmüştür³⁶. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz hedeflere ulaşma bağlamında teknik gerekçelerle ve de izin sürecine esneklik katması bakımından bu yönde bir ibare kanunda yer almalıdır. Bu sayede, operasyon daha güvenilir bir hale gelir ve çevreye ve üçüncü kişilere verilecek zararlar minimum seviyeye indirilebilir.

Diğer yöntem ise uzay cisimlerinin tescilidir. Bu noktada, ilgili kanuna kısa bir madde eklenerek tescil işleminin detaylarının bir yönetmelik veya kararnameyle düzenlenmesi sağlanmalıdır³⁷. Ulusal sicili tutacak merciin kim olduğu kanunda belirtilerek, 1975 tarihli Tescil Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüğün uygulamasıyla alakalı prosedür daha sonra düzenlenebilir. Bunun dışında, Tescil Sözleşmesi'nin II(2) maddesi uyarınca Fırlatan Devletler hangi devletin uzay cismini tescil edeceği konusunda bir anlaşmaya varmak durumundadır. Bu hükme uygun olarak, birden fazla Fırlatan Devlet

³⁵ **Güney Afrika Kanunu, Bölüm 23; Güney Kore Kanunu, Madde 27**, Space Development Promotion Act, Law Number 7538 May 31, 2005; **Yeni Zelanda Kanunu, Bölüm 65-68**, Outer Space and High-altitude Activities Act 2017, Public Act 2017 No 29; **İsveç Kanunu, Bölüm 5**, Act on Space Activities (1982:963)

³⁶ Bkz. **Fransa Kanunu, Madde 5; ABD Kanunu, Bölüm 50905, Chapitre 509** of Title 51 of the United States Code (U.S.C.), National and Commercial Space Programs, Bill H.R.3237, 18 december 2010.

³⁷ Bkz. **Fransa Kanunu, Madde 12**.

olması durumunda, Türkiye tarafından tescilin yapılması için bu yönde bir anlaşmanın yapılması gerekliliği kanunda vurgulanmalıdır³⁸.

II. UZAY OPERASYONLARINDAN DOĞAN RİSKİN YÖNETİLMESİ

Uzay alanındaki özel kişilerin uluslararası düzeyde sorumluluklarının olmayışı ulusal boyutta sorumluluklarının olmadığı anlamına gelmez. Özel kişinin faaliyetinden doğan zarardan dolayı ya özel kişinin uyruklusu olduğu devletin uluslararası sorumluluğu ortaya çıkabilir ya da zararın mağduru direk olarak özel kişinin sorumluluğunu iç hukuk yoluyla arayarak zararının tazmin edilmesi yoluna gidebilir. Bunoktada, kanunda zarar kavramından ne anlaşıldığı da Sorumluluk Sözleşmesi'nin I(a) maddesinden hareketle ifade edilebilir. Bu arada, bazı kanunların, daha geniş bir anlayışla, çevreye verilmiş olan zararları da kapsam alanına alarak, Sözleşmenin uygulama alanını genişlettiklerini hatırlatmakta fayda var³⁹. Ayrıca Sözleşme'nin VII. Maddesi uyarınca üçüncü şahıslar dışındaki zarar görenler, mesela Fırlatan Devletin vatandaşları, Sözleşme'nin kapsamı dışında tutulmuştur. Bu nedenle bazı Devletler, kanunlarında, mağdur olması muhtemel vatandaşlarını koruyucu bir mekanizma öngörmektedir⁴⁰. Bu yönde, Türk vatandaşlarını koruyucu bir mekanizma kanunumuzda da öngörülebilir. Kanunların getirdiği bu ve benzeri yaklaşımlar mağdurların zararının tazmin edilmesini kolaylaştırarak sorumluluk rejiminin açıklarını kapatmakta ve de güçlendirmektedir. Bunun yanında, özel kişiye, Sorumluluk Sözleşmesi'nde öngörülen zararın değerlendirildiği diplomatik sürece, katılma hakkı tanınabilir⁴¹.

³⁸ Mesela bakınız **Belçika Kanunu, Madde 14(1); Avusturya Kanunu, Madde 9(3); Avustralya Kanunu, Madde 76(3); Güney Kore Kanunu, Madde 8(5); Danimarka Kanunu, Bölüm 5(2); Rusya Federasyonu Kanunu, Madde 17(4)**, Law of the Russian Federation about space activity, Decree No. 5663-1 of the Russian House of Soviets.

³⁹ Örneğin bakınız **Fransa Kanunu, Madde 1(1)**.

⁴⁰ **Belçika Kanunu, Madde 15(2); Büyük Britanya Kanunu, Bölüm 34(2); Rusya Federasyonu Kanunu, Bölüm 30(1); Danimarka Kanunu, Madde 11(1); Finlandiya Kanunu, Bölüm 7**.

⁴¹ Mesela bakınız **Belçika Kanunu, Madde 15(2)**.

Devletlerin özel kişinin faaliyetleri kapsamında oluşan zararı uluslararası alanda tazmin etmeleri halinde, zarardan sorumlu özel kişiye rücu edebilmeleri genel olarak kanunlarda öngörülmektedir. Bu vesileyle, risk bir nebze de olsa devletler tarafından özel kişilerle paylaşılmaktadır. Ayrıca, rücu mekanizmasının aleyhlerine uygulanma ihtimali özel kişileri faaliyetlerinde daha dikkatli davranmaya itmektedir. Hukuki güvenliği sağlamak amacıyla bir rücu mekanizması kanunumuzda da öngörülmelidir. Bu öngörme açık bir şekilde olmalı, kime karşı ve hangi koşullarda uygulanacağı, hangi istisnaların getirildiği net olarak ortaya konmalıdır.

Herhangi bir rücu halinde, üçüncü kişilerde oluşabilecek zararın tazminini sağlamak amacıyla, özel kişinin sorumluluğunun bir sonucu olarak, sigorta yaptırma zorunluluğu getirilmelidir. Uzun faaliyetlerinin ticarileşmesiyle doğan sigorta müessesesi (uzay sözleşmelerinde bir zorunluluk olmasa da) bu faaliyetlerin gelişmesine büyük katkı sağlamaktadır. İç hukukta öngörülen bu zorunluluk Sorumluluk Sözleşmesi'nin mağdurları koruyucu yapısını sağlaştırma adına bir gereklilik haline gelmiştir. Bu bağlamda, Fırlatan Devletlerin ve uzay operasyonlarına katılan kişilerin ek sigortalı (*additional insured*) olması yönünde bir ibare kanuna konulmalıdır⁴². Sigorta zorunluluğuna hangi hallerde istisna getirileceği hususu kamu yararı ve risk faktörü göz önünde bulundurularak belirlenmelidir⁴³. Bu bağlamda, start-upların ve bilimsel araştırma merkezlerinin gelişmesi hızlandırılabilir. Kanun çerçevesinde getirilebilecek bu yönde bir esneklik ülkemiz açısından olumlu sonuçlar doğurabilecek bir dinamizm sağlayacaktır kanaatindeyiz.

Devletlerin uluslararası alanda sorumluluklarının zamansal ve maddi anlamda uzay sözleşmeleri tarafından sınırlandırılmadığını hatırlatmak yerinde olacaktır. Bu yüzden, uzay sorumluluk rejimi, uzay faaliyetlerinin çok riskli olmasından dolayı, uluslararası hukukun diğer dallarına nazaran ağır ve katı ama bir o kadar da mağduru koruyucu bir rejimdir. Her ne kadar eksiklikleri olsa da, uzay sorumluluk rejiminin çağ dışı olduğu ve özel

⁴² Örneğin bakınız **Fransa Kanunu, Madde 6(3)**.

⁴³ Örneğin bakınız **Avusturya Kanunu, Madde 4§4; Finlandiya Kanunu, Bölüm 8(1)**.

faaliyetlerin önünü tıkadığı fikrine katılmıyoruz, aksine uzay sorumluluk rejimindeki katılığın Devletleri daha ciddi bir şekilde özel kişilerin faaliyetleri üzerinde kontrol uygulamaya ve sorumlu davranmaya ittiğini söyleyebiliriz. Ayrıca, iç hukukta özel kişilerin sorumluluklarını hafifletici yönde risk paylaşımı yaparak Devletlerin özel kişilere bir kalkan görevi gördüklerini de iddia edebiliriz.

Zaten, Devletlerin bu sınırsız sorumluluğu özel kişilere tam olarak yansıtması özel kişilerin kaldıramayacağı bir yük anlamına gelecektir. Bunun yanında, sınırsız bir sorumluluğun bulunduğu bir durumda sigorta müessesesinin yaşaması pratik olarak mümkün değildir. Maddi anlamda operatörün sorumluluğunda sınırlamaya gitmek sonuç olarak bir zorunluluk arz etmektedir⁴⁴. Bu bağlamda piyasadaki genel olarak kabul gören standart 60 milyon avro tutarındadır ve kanunumuzda da bu şekilde bir ibare yer alabilir⁴⁵. Aynı şekilde, burada da kamu yararı gözetilerek gelişmekte olan start-upların sorumluluklarının duruma göre maddi açıdan sınırlandırılması konusunda bazı kolaylıklar öngörülebilir.

Özel kişilerin sorumluluğunu sınırlandıran bir diğer faktör kusur konusudur. Hatırlatalım ki uzay cisimlerinin uzayda vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluk kusura dayalıdır. Bu kapsamda, mağdurun zararın oluşmasındaki payı dikkate alınarak, operatörün sorumluluğu hafifletilebilir ya da ortadan kaldırılabilir⁴⁶. Bu durum, Devletlerinin iç hukuklarını dış çerçeveye uygun bir şekilde yansıtmalarının bir diğer örneği olarak öne sürülebilir. Operatörün kasıtlı davranışına da izin koşullarına açık bir aykırılığı sonucunda oluşan zararlarda, rücu halinde yukarıda bahsettiğimiz maddi açıdan sınırlanan miktarla Devletin bağlı olmayacağı da belirtilmelidir⁴⁷. Hata hususunun nasıl belirleneceği hususunda yukarıda bahsi geçen uluslararası standartlar (özellikle uzay atıklarının azaltılmasına ilişkin olanlar) büyük öneme sahiptir. Bu standartların iç hukuklarda bağlayıcı hale

⁴⁴ Zamansal anlamda bir sınırlandırma için bkz. **Fransa Kanunu, Madde 13** son paragraf.

⁴⁵ **Avusturya Kanunu, Madde 4(4); Finlandiya Kanunu, Bölüm 7(4).**

⁴⁶ **Fransa Kanunu, Madde 13; Danimarka Kanunu, Madde 11(3); Büyük Britanya Kanunu, Bölüm 34(3)(b); Avustralya Kanunu, Bölüm 67.**

⁴⁷ **Fransa Kanunu, Madde 14; Avusturya Kanunu, Madde 11(2).**

gelmesi kusur kavramı konusunda ortak bir anlayışın oluşmasına ve daha da önemlisi uzay faaliyetlerinin daha güvenilir olmasına hizmet etmektedir.

SONUÇ

Son olarak birkaç noktaya dikkat çekmenin uygun olduğu kanaatindeyim. Diğer ülkelerin kanun yapma sürecindeki deneyimleri hukuk uzay politikalarımızın oluşturulması ve kanunun hazırlanması sürecinde bizim için çok önemlidir. Özellikle Türk uzay sanayisinin gelişimine benzerlik gösteren ülkelerin deneyimleri büyük değer taşımaktadır. Benzer bir şekilde, özel sektörün beklentilerine kesinlikle kulak verilmelidir. Oluşturulacak kanunun başarısı, bu beklentilerle ülkemizin uzay alanındaki uluslararası yükümlülükleri arasında sağlam bir denge bulunmasından geçmektedir. Türk uzay sanayisini güçlendirecek ve rekabet gücü katacak adımları atmanın tam zamanının geldiği ve bu aşamada uzay operasyonlarına ilişkin kanunun hazırlanmasının olumlu sonuçlar getireceği kanaatindeyiz. *Old Space* tam olarak bitmiş değil ama varlığını daha çok hissettiğimiz *New Space*, dinamik bir yaklaşımı takip etmeyi ve de hukuku güçlü bir uzay politikasının aracı olarak kabul etmeyi mecbur kılıyor.

KAYNAKÇA

- Achilleas, Philippe** (2009) “La loi relative aux opérations spatiales du 3 juin 2008” *Revue juridique de l'économie publique*, n° 660, étude 2.
- Cakir, Tuğrul** (2017) “La compétence personnelle en droit spatial : un principe interprété différemment par les Etats”, *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (Fransız Hava ve Uzay Hukuku dergisi)*, 281/1, s. 65-73.
- Cakir, Tuğrul** (2017) “La garantie de l'État dans la loi française relative aux opérations spatiales : un atout de la politique juridique de la France ?”, *Zeitschrift für Luft-undWeltraumrecht (Alman Hava ve UzayHukukuDergisi)*, 66/1, s.104-112.
- Cakir, Tuğrul** (2017) “International Cooperation as an Essential Part of the Galileo Programme”, *European Center of Space Law (ECSL) Young Lawyers' Symposium*, European Space Agency Hq, Paris/Fransa, 18/03/2017. Tebliğdenhareketle hazırlanmış makaleye bu adresten ulaşılabilir, s.e.t. 5 Nisan 2020: http://www.esa.int/About_Us/ECSL_European_Centre_for_Space_Law/Young_Lawyers_Symposium
- Cakir, Tuğrul** (2017) “The Public Service Exemption in the Space Protocol in light of that found in the Luxembourg Protocol”, *Proceedings of 59th International Institute of Space Law (IISL) Colloquium on the law of Outer Space*, s.111-124.
- Cakir, Tuğrul** (2019) “From the unilateral Acts of States towards Unilateralism in Space Law”, *Proceedings of 61th International Institute of Space Law (IISL) Colloquium on the law of Outer Space*, s.15-30.
- Cakir, Tuğrul** (2020) “Lessources du droit de l'espace”: Hobe, Stephan/Achilleas, Philippe (Editörler), 50 years of Space Law-Space

- Law in 50 years, The Hague, Center for Studies and research of the Hague Academy of International Law, s.83-126. (Yayınlanacak)
- Conseil d'État** (2006) *Pour une politique juridique des activités spatiales*, Paris.
- Couston, Mireille** (2004) "Spatioéthique : Réflexions sur la teneur éthique du droit spatial", *Revue Française de Droit Aérien et Spatial* (Fransız Hava ve Uzay Hukuku dergisi), 2004/4, s.398-434.
- Dunk, Frans von der** (2011) "The Origins of Autorisation: Article VI of the Outer Space Treaty and International Space Law": Dunk, Frans von der (Editör), *National space legislation in Europe*, Leiden, Boston, MartinusNijhoff publishers, s.3-28.
- Dunk, Franz von der** (2015) "International spacelaw": Dunk, Frans von der/TronchettiFabio (Editörler), *Handbook of Space Law*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, s.29-126.
- Gerhard, Michael/Schroghl, Kai Uwe** (2002) "Report of the 'Project 2001' Working Group on National Space Legislation": Bockstiegel, Karl-Heinz, 'Project 2001' – Legal Framework for the Commercial Use of Outer Space, Recommendations and conclusions to develop the present state of the law, Koln, Carl Heymanns Verlag KG, s. 529-564.
- Gerhard, Michael** (2009) "Article VI": Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernard/Schrogl, Kai-Uwe (Editörler), *Cologne Commentary on Space Law: Volume I, Outer Space Treaty*, Koln, Carl Heymanns Verlag, s.103-125.
- Hays, Peter/ Lutes, Charles** (2007) "Towards a theory of spacepower", *Space Policy*, 23/4 Kasım, s. 206-209.
- Hobe, Stephan**(2009) "Article I": Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernard/Schrogl, Kai-Uwe (Editörler), *Cologne Commentary on Space*

Law: Volume I, Outer Space Treaty, Koln, Carl Heymanns Verlag, s.25-43.

Kerrest, Armel/Smith, Lesley Jane (2009) “Article VII”: Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernard/Schrogl, Kai-Uwe (Editörler), Cologne Commentary on Space Law: Volume I, Outer Space Treaty, Koln, Carl Heymanns Verlag, s.126-145.

Marboe, Irmgard (2015) “National spacelaw”: Dunk, Frans von der/Tronchetti, Fabio (Editörler), Handbook of Space Law, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar Publishing, s.127-204.

Ministère de la recherche, Direction de la Technologie (2002) L'évolution du droit de l'espace en France.

Stewart, John T. (1980), “Emerging Patterns of a Private International Space Law Regime - Evolutionary or Revolutionist”, 23th Proceedings of 61th International Institute of Space Law (IISL) Colloquium on the law of Outer Space, s.201-208.

Traa-Engelman, Hanneke Louise (1993) Commercial utilization of Outer Space, Law and practice, Dordrecht/Boston/London, MartinusNijhoffPublishers.

Zhao, Yun (2015) National Space Law in China an Overview of the Current Situation and Outlook for the Future, Leiden, Brill Nijhoff.

BAŞVURULAN KANUNLAR

- ABD Kanunu**, Chapter 509, Title 51 of the United States Code (U.S.C.), National and Commercial Space Programs, Bill H.R.3237, 18 december 2010.
- Avustralya Kanunu**, Space Activities Act 1998 Act No. 123 of 1998 as amended by Space Activities Amendment (Launches and Returns) Act 2018.
- Avusturya Kanunu**, Austrian Federal Law on the Authorisation of Space Activities and the Establishment of a National Space Registry (Austrian Outer Space Act, adopted by the National Council on 6 December 2011, entered into force on 28 December 2011).
- Belçika Kanunu**, Law of 17 September 2005 on the Activities of Launching, Flight Operation or Guidance of Space Objects consolidatedtext as revised by the Law of 1 December 2013 (B.O.J. of 15 January 2014).
- Büyük Britanya Kanunu**, Space Industry Act, Chapter 5, 15 march 2018.
- Danimarka Kanunu**, Outer Space Act, Act no. 409 of 11 May 2016.
- Finlandiya Kanunu**, Act on Space Activities (63/2018).
- Fransa Kanunu**, Loi n° 2008-518 du 3 juin 2008 relativeauxopérationsspatiales, Journal Officiel de la RépubliqueFrançaisedu 4 juin 2008.
- Güney Afrika Kanunu**, Space affairs Act, Statutes of the Republic of South Africa- Trade and Industry No. 84 of 1993.
- Güney Kore Kanunu**, Space Development Promotion Act, Law Number 7538 May 31, 2005.
- Hollanda Kanunu**, Rules Concerning Space Activities and the Establishment of a Registry of Space Objects (Space Activities Act) Bill (13.06.06).
- İsveç Kanunu**, Act on Space Activities (1982:963)

Kazakistan Kanunu, Law of the Republic of Kazakhstan on Space Activities, 6 January 2012, No. 528-IV.

Norveç Kanunu, Act on launching objects from Norwegian territory etc. into outer space. 13 June. No. 38. 1969.

Rusya Federasyonu Kanunu, Law of the Russian Federation about space activity, Decree No. 5663-1 of the Russian House of Soviets.

Yeni Zelanda Kanunu, Outer Space and High-altitude Activities Act 2017, Public Act 2017 No 29.

KANUNLARLA YASAKLANMIŞ İŞLERİN VERGİLENDİRİLMESİ VE KAZANÇ MÜSADERESİ

Arş. Gör. Muhammet DURDU*

ÖZET

Vergiye doğuran olayın kanunlarla yasaklanmış olması vergilendirmeyi nasıl etkileyecektir? Bu hususta Vergi Usul Kanunu, 9 uncu maddesinde açıkça, vergilendirmeyi etkilemeyeceği yönünde düzenleme yapmıştır. Fakat konusu suç olan veya kabahat teşkil eden bir fiil sebebiyle elde edilen gelirin vergilendirilmesi çeşitli sakıncalar doğurmaktadır. İlk başta, vergi hukuku, kanunla yasaklanmış fiilleri aklamış gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu tür kazançlar hakkında kazanç müsaderesi veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirinin uygulanması, fail hakkında, gerçekten bir kazanç elde etmeden vergi ödemesini gerektirebilmektedir. Bu husus caydırıcılık açısından faydalı gibi görünse de, vergiyi bir tür caydırıcılık unsuru olarak görmenin doğru olmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca suç işlemiş bile olsa, bir kişi hakkında müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi neticesinde iktisadi bir kazanç olmadan vergilendirme yapılması, vergi adaletine ve mülkiyet hakkına aykırı bir durumdur. Zira ekonomik yaklaşım ilkesi gereği duruma iktisadi açıdan bakılırsa, kazanç müsaderesine veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine tabi tutulan bir gelir ortadan kalkmıştır ve vergilendirilecek bir kazanç yoktur.

Anahtar Kelimeler: Vergiyi Doğuran Olay, Müsadere, Kazanç Müsaderesi, Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Ekonomik Yaklaşım.

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, mdurdu@erbakan.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4912-4410, (Geliş Tarihi: 03.02.2020-Kabul Tarihi: 12.03.2020).

TAXATION OF WORKS PROHIBITED BY LAW AND CONFISCATION OF EARNINGS

ABSTRACT

How will the tax-prohibited event affect taxation? In this regard, Article 9 of the Tax Procedures Law explicitly states that it will not affect taxation. However, the taxation of income from a criminal offense or misdemeanor has several drawbacks. At first, it gives the impression that tax law justifies acts prohibited by law. Furthermore, the application of a confiscation or transfer of ownership to such gains may require for the perpetrator to tax payment without actually making a profit. Although this may seem useful in terms of deterrence, it is emphasized that it is not right to regard tax as a form of deterrence. In addition, even if he committed a crime, taxation without an economic gain as a result of confiscation or transfer of property to a public is contrary to tax justice and property rights. Because, from an economic point of view, in accordance with the principle of economic approach, income subject to confiscation or transfer of ownership to the public has disappeared and there is no taxable income.

Keywords: Tax Incidents, Confiscation, Confiscation of Earnings, Transfer of Ownership to the Public, Economic Approach.

GİRİŞ

Vergi Usul Kanunu'nun 9/2 hükmüne göre vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş olması vergilendirmeyi etkilememektedir. Bir faaliyetin “*kanunlarla yasak edilmiş olma*”sı farklı şekillerde tezahür edebilir. İlk olarak mezkûr kazancın elde edildiği faaliyet suç olarak ihdas edilip karşılığında diğer müeyyidelerin yanında kazanç müsaderesi uygulanabilir. İkinci olarak bu faaliyet kabahat olarak düzenlenip elde edilen kazanç hakkında mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari yaptırımını uygulanabilir. Son olarak kazancın elde edildiği faaliyet kabahat olarak düzenlenmekle birlikte, kazanç hakkında herhangi bir müeyyide öngörülmemiş olabilir. Vergi Usul Kanunu'nun mezkûr düzenlemesi karşısında tüm bu durumlarda vergilendirme gerçekleşecektir. Fakat başka bir hukuk dalının yasakladığı bir faaliyeti vergi hukukunun her şey normalmiş gibi vergilendirmesi doktrinde tartışmalar oluşturmuştur.

Kanunlarla yasaklanmış bir faaliyetten elde edilen kazancın vergilendirilmesi, “*vergilendirilmiş kazanç kutsaldır*” sloganına aykırılık oluşturmakta mıdır? Konusu suç veya kabahat teşkil eden bir faaliyetten elde edilen kazancın, kazanç müsaderesi veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yoluyla failin elinden kamu lehine alınması ve bu kazanç hakkında aynı zamanda vergi hukuku kurallarının uygulanması ne tür sonuçlar doğurur? Bu tür faaliyetlerin vergilendirme dışında tutulması vergide adalet ilkesine aykırılık oluşturur mu? Bu konuda ortaya çıkan bu ve benzeri tartışmalar hususunda doktrinde bir uzlaşmaya varılamadığı görülmektedir. Bu çalışmada bu tartışmalara yeni bir bakış açısı kazandırmak amaçlanmaktadır.

Çalışmada, suçta kullanılması veya benzeri sebeplerle eşya müsaderesine veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilen eşyaların, servet vergilerinin akıbeti hususuna girilmemiştir. Bu hususta bir muktezada vergi idaresinin, kanaatimizce haklı olan görüşü verilmekle yetinilmiştir.

Çalışmada ilk olarak ceza hukuku ve kabahatler hukuku muvacehesinde kazanç müsaderesi ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi açıklanmaya çalışılmıştır. Daha sonra vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasaklanmış olması durumunda vergilendirmenin nasıl etkileneceği araştırılmıştır. Sonuç olarak kanunlarla yasaklama durumunun niteliğine göre ayrıma gidilmesi

gerektiği, her durum için kendine özgü vergi kurallarının uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

I. KAZANÇ MÜSADERESİ VE MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ

Müsadere, kanuni bir yetkiye dayanılarak bir malvarlığının sahibinden veya zilyedinden alınarak kamu mülkiyetine geçirilmesini ifade eder¹. Doktrinde başka bir tanıma göre ise işlenen bir suç sebebiyle, kanuni kaideler muvacehesinde, kişinin bir şey üzerindeki mülkiyet hakkının sona erdirilerek mülkiyetin devlete veya diğer kamu tüzel kişilerinden birine geçirilmesidir². Bir başka tanıma göre ise müsadere, bir suçla ilgili olan eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi anlamına gelir³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre müsadere; *“kanunda yazılı durumlarda belirli malların mülkiyet hakkının sahiplerinden alınarak devlete geçmesini sağlayan bir güvenlik tedbiridir”*⁴. Müsaderede amaç, kamulaştırmada olduğu gibi kamunun ihtiyacı olan bir şeyi kamu mülkiyetine geçirmek değil, işlenen suç karşısında bir yaptırım uygulamaktır⁵. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi ise, Kabahatler Kanunu'nun 18 inci maddesinde düzenlenen ve konusu kabahat olan şeyler hakkında uygulanan, müsadere benzeri özelliklere sahip idari bir tedbirdir. Birçok hususta müsadere ile benzer özelliklere sahip olsa da aralarında farklar da vardır.

A. KAZANÇ MÜSADERESİ

1. Genel Olarak Müsadere Kavramı

Müsadere çeşitli açılardan tasniflere tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan ilki genel-özel müsadere ayrımıdır. Genel müsadere, failin suçla ilgisi olsun

¹ Aslan, Buğra Han (2016) Kazanç Müsaderesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 28.

² Günler, Kemal (2014) “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 18, S: 3-4, s. 850.

³ İçel, Kayıhan (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, Beta, s. 627.

⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/157, K. 2012/1858, T. 18.12.2012.

⁵ Gedik, Doğan (2016) Müsadere, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 2.

olmasın tüm malvarlığının müsadere edilmesidir. Özel müsadere ise failin yalnızca suçla ilgisi olan malvarlığının müsaderesidir. Genel müsadere, sadece faili değil failin mirasçılarını da cezalandırmaktadır. Ayrıca siyasi suçlar için yoğunlukla uygulandığı görülmüştür⁶. Bu sebeple uluslararası insan hakları bildirelerinde yasaklanan genel müsadere, Türkiye’de Cumhuriyet tarihi boyunca 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’ndan beri yasaklanmıştır⁷. Bunun yanında 1982 Anayasası’nın 30 uncu maddesine göre; “*kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz*”. Bu hükümde basın organları ile ilgili belirtilen hususlarda özel müsadere de yasaklandığı görülmektedir. Bunun yanında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 78. maddesi, genel müsadere cezasını düzenlemektedir ve mer’idir. Mezkûr hükmün bu haliyle Anayasaya aykırı olduğu açıktır.

Müsadere bir başka açıdan ihtiyari-mecburi olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrıma göre, suçun işlendiği sabit olduğunda, kanuni düzenlemede, hakime takdir hakkı vermeden müsadere uygulanması öngörülüyorsa mecburi müsadere, suçun işlendiği sabit olmasına rağmen müsadere uygulayıp uygulamama hususunda hakime takdir hakkı sağlanıyorsa ihtiyari müsadere söz edilir⁸. 5237 sayılı Kanun’un sistematüğinde “*müsadere*” veya “*müsadere edilir*” gibi ifadeler kullanıldığı görülmektedir. Bu ifadeler mecburi müsadere sisteminin kabul edildiğini çağırırsa da m. 54 f. 3’te getirilen şu düzenleme ihtiyari müsadere sisteminin benimsendiğini göstermektedir: “*suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı*

⁶ Anayasa Mahkemesi’ne göre genel müsadere cezası, demokratik toplum gereklerine aykırıdır: “*İtiraz konusu genel müsadere cezası, sınırlandırmayı aşan, hakkı ortadan kaldıran niteliği ile bu ölçünün dışına taşıdığı gibi, modern ceza hukukundaki gelişmeyle de çelişki yaratmaktadır. Bu durumun demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşamayacağı kuşkusuzdur*”. Bkz: Anayasa Mahkemesi, E. 1987/28, K. 1988/16, T. 03.06.1988, RG: 20.08.1988-19905.

⁷ **Acar, Hüseyin** (2019) “Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu”, (Doktora), Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 58.

⁸ **Aslan**, s. 33, 34.

olacağı anlaşıldığında, müsadere sine hükmedilmeyebilir". Bu düzenleme kanun yapma tekniği açısından eleştirilebilir. Zira ayrı bir fıkra halinde böyle bir hüküm ihdas etmektense, "müsadere edilebilir" veya "müsadere olunabilir" şeklinde hükümler ihdas edilseydi, bu fıkranın ihdasına lüzum kalmazdı. Kanunları uygulayacak olan hakîmlerin böyle bir takdir hakkını, suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı durumlarında müsadereye hükmetmeme şeklinde kullanması beklenir. Ayrıca yaptırımların orantılı olması gereği de bu sonuca ulaşmamızı sağlayacaktır. Ayrıca hakîme takdir hakkı tanıyan fıkrada sadece suçta kullanılan eşya ile sınırlandırılmış olması eleştiri konusu olmuştur⁹.

Konusuna göre müsadere, eşya ve kazanç müsadere olarak ikiye ayrılmaktadır. Eşya müsadere genel olarak suçla ilgili olan eşyaların, tekrar suç işlenmesini önlemek amacıyla kamu mülkiyetine geçirilmesidir. Kazanç müsadere ise suç işlemek suretiyle elde edilen kazançların kamu mülkiyetine geçirilmesidir. 5237 sayılı TCK'da bu ayrımı esas alarak müsadereyi düzenlemiştir.

Yargıtay ve AYM uygulamasında müsadere kelimesi yerine "zoralmı" kavramının kullanıldığı da müşahade edilmektedir¹⁰. Ancak bu kullanımın yerinde olduğunu söylemek zordur. Zira zoralmı kelime anlamı olarak, bir şeyin mülkiyetinin kamu mülkiyetine geçirilmesinden ziyade, elkoymaya benzer bir şekilde, bir şeyin üzerinde, gerekirse zora dayanarak sahibinin zilyetliğinin sona erdirilmesi anlamını çağrıştırmaktadır¹¹. Ayrıca hukukta teknik bir tabir halini almış kelimelerin yerine Türkçe karşılıklarını üretmek doğru değildir. Böyle durumlarda hukuk terminolojisinde karmaşa ortaya çıkmakta, yeni üretilen kelimeler, ilgili mefhumu ifade etmede eksik

⁹ **Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan** (2019) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 579; Aşağıda görüleceği üzere müsadere sadece suçta kullanılan eşya ile sınırlı değildir.

¹⁰ Bu kararlara bazı örnekler: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1975/9-367, K. 1976/22, T. 26.01.1976; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/1297, K. 2013/82, T. 05.03.2013; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2014/631, K. 2016/349, T. 11.10.2016; AYM kararına bir örnek: Anayasa Mahkemesi, E. 1995/20, K. 1996/4, T. 01.02.1996, RG: 31.07.1996-22713.

¹¹ Aynı yönde bkz: **Aslan**, s. 27; **Gedik**, s. 7; **Günler**, s. 851.

kalmaktadır. Dünya üzerinde yaşayan dillerin birbirini etkilemesi kaçınılmazdır. Hukuktaki her kavram için yabancı kökenli meşhur olmuş kelimeleri kullanmak yerine “özgün” Türkçe kelime üretmek, Türkçenin zenginliğini de köreltmektedir. Kelimeler üretilerek değil halk tarafından uzun süreler kullanılarak dildeki yerini alır. Küreselleşmenin bu derece yoğunlaştığı bir dönemde, Türkçenin batı veya doğu dillerinden etkilenmesi bir yozlaşma olarak görülmemelidir. Kanaatimizce bu tür faaliyetlerin Türkçeye veya Türk medeniyetine herhangi bir faydası olmayacaktır. Şu hususu da belirtmekte yarar vardır. Burada eleştirilen, var olan Türkçe kelimeleri kullanmak değil, dile yerleşmiş yabancı kökenli kelimeleri dışlamak için kelime üretmektir. Yabancı bir kelimenin anlamını tam olarak ifade eden Türkçe kökenli bir kelime varsa tabii ki Türkçe kelime kullanılmalıdır. Eleştiri konusu yapılan, dilimizi bütün dünya dillerinden soyutlayacağız gibi bir amaçla hareket edilmesidir.

Müsadere ile elkoyma kurumunu birbirine karıştırmamak gerekir. Müsadere ilk derece yargılamasının sona ermesi ve kasıtlı bir suçun işlendiğinin sabit görülmesi üzerine uygulanan yaptırımdır. Elkoyma ise ceza yargılaması sürerken delillerin tespiti ve korunması amacıyla uygulanan bir koruma tedbiridir. Müsadere ile mülkiyet devlete geçerken elkoymada mülkiyet sahibinde kalmaktadır¹². Elkoyma Ceza Muhakemesi Kanunu m. 123 gereği müsadere için bir ön işlem niteliğini kazanabilir. Mezkûr hükme göre eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınır. Rızaen teslim edilmezse elkonulabilir.

TCK m. 54 f. 1 gereği müsadere sadece kasıtlı işlenen suçlarda mümkündür¹³. TCK’da güvenlik tedbirlerinin uygulanması için failin kusurlu

¹² Öztürk / Erdem, s. 581; Günler, s. 857; Gedik, s. 72, 73.

¹³ Kazanç müsaderesini düzenleyen 55 inci maddede açıkça bu şart aranmasa da, orada da kasıt şartı aranacaktır. Bkz: Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner (2014) Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt, 2. Baskı, Ankara, Adalet, s. 1994; Özgenç, İzzet (2015) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 810; Aksi görüşe göre kazanç müsadereyi uygulanabilmesi için kast şartı olmayıp taksirle işlenen suçlarda da kazanç müsadereyi mümkündür. Hatta failin kusurlu olması da şart değildir. Yeter ki fiil hukuka aykırı olsun. Bkz: İçel, s. 632.

olması şart değildir¹⁴. Müsadere için kastın şart koşulması, müsadereyi diğer güvenlik tedbirlerinden farklılaştırmaktadır. Buna karşılık müsadere hükümlerinin uygulanabilmesi için failin cezalandırılması şart değildir. Fail hüküm kurulmadan evvel ölürse, dava zamanaşımı dolarsa, şikâyetten vazgeçme vuku bulursa, uzlaşma sağlanırsa veya genel af çıkarsa kamu davası düşeceği için müsadereye de hükmedilemeyecektir¹⁵. Bu durumda yalnızca niteliğindeki tehlike sebebiyle müsadereye tabi eşyanın müsaderesi hususunda davaya devam edilecektir. Failin ölümü, şikâyetten vazgeçme veya genel af hüküm verildikten sonra meydana gelirse müsadereyi etkilemeyecek, kamu mülkiyetine geçirilen şey iade edilmeyecek veya verilen hüküm yerine getirilecektir. Özel af ise sadece hapis cezasını kaldırdığı için müsadereye etki etmeyecektir. Failin ön ödemede bulunması kanundaki açık hüküm gereği müsaderenin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir (TCK 75/5)¹⁶. Hukuka uygunluk sebepleri varsa hukuka aykırı bir eylem oluşmayacağı için müsadereye hükmedilemeyecektir¹⁷. Faile ait eşya, kazanç veya kaim değerlerin müsadere edilebilmesi için işlenen suç ile bağlantısının ispat edilmesi şarttır¹⁸.

Fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş ise Yargıtay uygulamasına göre eşya müsaderesine hükmedilmelidir¹⁹. Kanaatimizce kazanç müsaderesi için de aynı sonuca varılmalıdır. Zira hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanığın suç işlediği sabittir. İşlediği bu suçtan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilerek hapis cezasından kurtulsa bile, suçtan elde ettiği kazancın yanına kâr kalması ceza adaletine uymayacaktır²⁰. Kamu davasının

¹⁴ Özgenç, s. 650.

¹⁵ Uzlaşma hususunda farklı görüş için bkz: Aslan, s. 94.

¹⁶ Gedik, s. 243-262.

¹⁷ Aslan, s. 76, 77, 89.

¹⁸ Gedik, s. 221.

¹⁹ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2012/26116, K. 2013/23757, T. 06.06.2013.

²⁰ Aksi görüş için bkz: Güngör, Devrim / Toroslu, Haluk (2016) "Müsadere ve Hükmin Açıklanmasının Geri Bırakılması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, s. 1978; Yargıtay'a göre de hükmün açıklanmasının

açılmasının ertelenmesi durumunda, müsadereye tabi eşya var ise bu eşya için de deneme süresi beklenmelidir. Süre iyi hal ile geçirilirse, süre sonunda, niteliği gereği müsadereye tabi eşya dışındaki eşyaların müsadere edilmemesi gerekir²¹. Hapis cezasının ertelenmesi durumunda ise sadece hapis cezasının ertelenmesi söz konusu olduğu için müsadere kararı etkilenmeyecektir²².

2. Kazanç Müsaderesi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda müsadere, konusu açısından kazanç müsaderesi ve eşya müsaderesi olmak üzere ikili bir ayırım ile düzenlenmiştir. Kanuna göre eşya müsaderesi, kasıtlı bir suç ile alâkası bulunan eşyanın müsaderesidir. Bu alaka farklı şekillerde tezahür edebilir:

- Suçun işlenmesinde kullanılması ile
- Suçun işlenmesine tahsis edilmesi ile
- Suçtan meydana gelmesi ile
- Suçun işlenmesi için hazırlanan eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması ile²³

Kazanç müsaderesi ise suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine denir. Tanımdan ve TCK m. 55'ten anlaşılacağı üzere, kazanç müsaderesine tabi olan dört çeşit kazanç bulunmaktadır;

- Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatler,
- Suçun konusunu oluşturan menfaatler,
- Suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler,

geri bırakılması kararları müsadereyi de kapsar. Bkz: Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2012/29234, K. 2012/33484, T. 26.12.2012.

²¹ **Gedik**, s. 296.

²² **Gedik**, s. 300.

²³ Bu tür eşyaların suç işlenmemiş olsa bile müsaderesi, güvenlik tedbirlerinin niteliğine uymadığı, bir nevi önleyici polisiye tedbiri olduğu yönünde bkz: **Aydın, Öykü D.** (1993) "Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası'nda Müsadere", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S: 1-4, s. 146, 147.

- Bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar.

Kazanç müsadereci, modern ceza hukukunda caydırıcılık konusunda çok etkili bir yaptırımdır²⁴. Zira suç işleme niyetine sahip birçok fail, yüksek kazançlar elde etme uğruna bir süre hapiste kalmayı göze alabilmektedir. Ancak suçtan elde ettiği kazancın kamuya geçirileceğini bilen bir fail suç yoluna hiç girmeyebilecektir²⁵.

Ceza hukukunda yaptırımlar, cezalar ve güvenlik tedbirleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Cezalar suç işlemiş bir failin, işlediği suçun karşılığı olarak, ıslah amacıyla ve işlenen suç ile oluşan toplumsal bir tepki olarak verilmektedir. Güvenlik tedbirleri ise toplum için tehlikeli olan, yeni bir suç oluşturma potansiyeline sahip kişilere yönelik olarak uygulanan yaptırımlardır²⁶. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu sistematüğinde müsadere, güvenlik tedbirleri bölümünde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme şekli eleştirilmiştir. Zira özellikle kazanç müsaderecinin niteliği cezalara daha yakındır. Mesela suç işleyerek banka hesabında yüksek miktarlar biriktiren bir failin bu hesabındaki paraların müsadere edilmesi, faili cezalandırma amacına

²⁴ Acar, s. 6.

²⁵ Kazanç müsadereci 5237 sayılı TCK'nın kanunlaşma sürecinde tasarı metninde yer almamıştır. Bilahare Komisyon aşamasında eklenmiştir. Komisyon metne kazanç müsaderecinin eklerken şu gerekçeye dayanmıştır: "Maddede, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek etkin bir yaptırım olarak kazanç müsaderecinine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde kazanç müsadereci kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsadereci olanaklı hâle getirilmiştir. Böylece, kazanç müsadereci, "karapara aklama", uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur. Bu hükmün uygulanmasında mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacak, bunlara ait maddi değerler kazanç müsaderecinine tabi tutulmayacaktır".

²⁶ Kazanç müsaderecinin lehindeki ve aleyhindeki görüşler için bkz: Aslan, s. 17-24.

Cezanın amacı suçluyu, işlediği suç sebebiyle oluşan kusurundan ibra etmektedir. Bkz: Özgenç, s. 649, 650.

yönelik olarak yapılmaktadır. Bir banka hesabında öylece duran paraların kamu güvenliğini tehdit ettiği, suç potansiyeli taşıdığı söylenemez²⁷. Buna mukabil bu paranın müsadere failin cezalandırılması açısından çok etkin bir yöntemdir. Bu sebeple, her ne kadar TCK'da güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olsa da, kazanç müsaderecinin ceza niteliğinde bir yaptırım olduğu belirtilmelidir²⁸. Bununla birlikte elde edilen kazancın suçun mağduruna iade edilmesi durumunda kazanç müsaderecinin hükmedilmeyeceğini öngören TCK m. 55 cümle 2 gereğince ceza olma niteliği de zayıflamaktadır. Zira ceza olsaydı, adli para cezalarında olduğu gibi, mağdura iadede bağımsız olarak kamu adına takibat yapılması gerekirdi. Bununla birlikte müsaderecinin güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesi, hükmi şahıslar hakkında cari olmasına vesile olmuştur. Eğer ceza niteliğinde düzenlenseydi, hükmi şahısların cezai mesuliyeti bulunmadığından dolayı hükmi şahıslar hakkında müsadere tatbik edilemeyecekti²⁹.

Kazanç müsadereci pozitif hukukumuzda 5237 sayılı TCK ile girmiştir. Önceki ceza kanunu zamanında kanunda bulunmamasına rağmen Yargıtay uygulamasında kabul edilmiştir³⁰.

²⁷ Failin suçtan elde ettiği kazancı başka bir suçu işlerken kullanabilmesi de mümkündür. Bkz: **Acar**, s. 10.

²⁸ Başka bir görüşe göre suçun işlenmesi için hazırlanan eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması dışındaki eşya müsadereci ile kazanç müsadereci nitelik olarak güvenlik tedbiri değil cezadır. Bkz: **Gedik**, s. 30, 31.

²⁹ **Günler**, s. 856.

³⁰ “Sanıklardan İbrahim Başbuğ, suç tarihinden sonra kardeşi Ayla Başbuğ adına kiralanan iki adet banka kasasında saklattığı altınların tamamının suç konusu sikkelerin satışından elde edilen para ile alındığı, tüm dosya içeriği ve Ayla Başbuğ’un 22.11.1984 tarihinde polis görevlilerine verdiği ifadede açıklıkla anlaşılması karşısında: Ayla Başbuğ’un “zapdedilen altınların kendisine ait olduğu, sikke satışından elde edilen para ile altın alındığını bilmediği” yolundaki sonraki beyanlarına itibar edilmemiş, kasalarda bulunan altınların değerinin, İbrahim Başbuğ’un hissesine düşen miktardan fazla olup olmadığını ve bu altınlar arasında Ayla Başbuğ’a ait takılar bulunup bulunmadığının tesbitine gerek görülmemiştir. Taşınır Kültür varlıklarının izinsiz ticaretini yapmak suretiyle elde edilen paraların, bu failin irtikabından husule geldiği; suçtan husule gelen bu paralardan hissesine düşenin zoralmı önlemek için altın alıp saklatan sanık İbrahim Başbuğ’un eyleminin kanuna karşı hile teşkil ettiğini gözönünde tutarak, zapdedilip emanete alınabilen bu para ve altınların tümünün zoralmına karar verilmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmadığından, C:Başsavcılığının (3)

TCK'nın 54 üncü maddesinin 2 inci fıkrasına göre, müsadere konusu olan eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir. Bu düzenleme ile Türk ceza hukukunda kaim değerın müsaderesi kabul edilmiştir. Şüphesiz bu uygulama yerinde bir uygulamadır. Zira suçtan elde ettiği kazançla fail, çeşitli hukuki ilişkiler içerisinde girerek bu kazançları farklı şekillere tahvil edebilecektir. Mesela suçtan elde ettiği para ile ev satın alan failin sahip olduğu bu ev, suçtan elde ettiği para ile elde etmiş olduğunun ispatlanmış olması kaydıyla müsadereye tabi tutulacaktır.

54 üncü maddenin üçüncü fıkrasında ise, kazanç müsaderesine konu olan şeyin, Türk Medeni Kanunu'nun iyiniyet kuralları uyarınca, üçüncü kişi tarafından iktisap edilmesi halinde, bu kazanımın korunacağı düzenlenmiştir. İyiniyetli üçüncü kişinin hakkının korunması TCK'nın ilk halinde kazanç müsaderesi açısından yer almamıştır. Bilahare 2009 yılında 5918 sayılı Kanun ile TCK'nın 55 inci maddesine eklenen üçüncü fıkra ile kazanç müsaderesi açısından da iyiniyetli üçüncü kişinin hakkının korunması sağlanmıştır³¹. Böyle bir durumda fail hakkında kaim değer müsaderesine gitmek gerekir³².

nolu itiraz nedeni de yerinde görülmemiştir". Bkz: Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1987/9-526, K. 1988/57, T. 22.02.1988. Bununla beraber aksi yönde Yargıtay kararı da vardır. Bkz: **Aykın, Hasan / Okumuş, Banu** (2007) "Vergilendirilmiş Her Kazanç Kutsal Mıdır?" Vergi Sorunları Dergisi, S: 231, s. 144.

³¹ Söz konusu değişikliği yaparken kanun koyucu şu gerekçeye dayanmıştır: "Suçun işlenmesi suretiyle elde edilen ya da suçun konusunu oluşturan eşya bilahare yani suç tamamlandıktan sonra bir başkasının mülkiyetine geçebilir. Eşyayı bu özelliğini bilerek iktisap eden kişinin fiili esasen suç oluşturduğu için, bu durumda kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerin işletilmesi bakımından bir sorun söz konusu değildir. Ancak, suçun işlenmesi suretiyle elde edildiğini veya suçun konusunu oluşturduğunu bilmeden Türk Medeni Kanununun koruduğu iyiniyet kuralları (md. 3) çerçevesinde eşyayı iktisap eden kişi bakımından hukuk uygulamamızda bir sorun varlığını halen devam ettirmektedir. 55 inci maddede, kazanç müsaderesiyle bağlantılı olarak da kaim değer müsaderesine ilişkin hükme yer verilmesine rağmen, suçtan elde edilen veya suçun konusunu oluşturan eşyayı suç tamamlandıktan sonra iktisap eden kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın elindeki eşyaya elkonulmakta ve hatta eşya müsadere edilmektedir. Büyük bir haksızlığa sebebiyet veren bu uygulamanın önüne geçebilmek amacıyla 55 inci maddesinin ikinci fıkrasına bir cümle eklenmiştir". Komisyon

Bunun yanında elde edilen kazancın bir mağdura ait olması durumunda da kazanç müsadereğine hükmedilmeyecek, haksız kazanç mağdura verilecektir. Eğer müsadere veya elkoyma işlemi yapılmamışsa, mağdura hukuk mahkemesinde dava açma hakkı olduğu bildirilecektir³³.

Kazanç müsadere, suçtan elde edildiği ispatlanmış olan ekonomik değerler üzerinde mümkündür. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu husus vurgulanmaktadır. Bir kararında Mahkeme; *“Sanık ...'dan elde edilen 550 TL'nin suçun işlenmesinden elde edildiğine ilişkin, kuşkuyu aşan delil bulunmadığı gözetilmeden, iadesi yerine müsadereğine karar verilmesi,... Yasaya aykırı, sanıklar ve müdafilerinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükümlerin CMUK'nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA”* şeklinde karar vermiştir³⁴. Bir başka kararında ise; *“Sanığın uyuşturucu madde satışından elde ettiği kazancın ne kadar olduğu net olarak tespit edilerek, buna göre sanık hakkında TCK'nın 55. maddesindeki kazanç müsadereğine hükmolunması gerekirken, sanıktan elde edilen paranın tamamının müsadereğine karar verilmesi.... Yasaya aykırı Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan hükmün BOZULMASINA”* sonucuna vararak kazanç müsadereğine hükmedilecek miktarın net olarak tespit edilmesini istemiştir³⁵. Şüphesiz kazanç müsadere yapılrken, suçtan elde edilen gelirin tam olarak tespit edilmesi, mülkiyet hakkına riayet açısından mühimdir. Ancak sanığın işlediği suçtan ne kadar gelir elde ettiğinin tam olarak tespit edilmemekle birlikte, dosyadaki delillerden suçtan gelir elde ettiği sabit ise, tanık ifadeleri veya banka hesap hareketleri gibi deliller göz önüne alınarak yaklaşık bir miktarın kazanç müsadereğine tabi tutulması gerektiği düşünülmektedir. Bu düşüncede bile,

aşamasında bu hükmün ikinci fıkrada değil, üçüncü fıkrada bağımsız olarak düzenlenmesine karar verilmiştir.

³² Uygulamada bu yönde davranılmaması eleştiri konusu olmuştur. Bkz: **Özgenç**, s. 812, 813. Aksi görüş için bkz: **Gedik**, s. 240.

³³ **Gedik**, s. 235.

³⁴ Yargıtay. 10. Ceza Dairesi, E. 2018/27, K. 2018/4427, T. 23.05.2018; Yargıtay'ın bu yönde yerleşik içtihadı vardır. Bir başka içtihat için bkz: Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2018/1949, K. 2018/7486, T. 30.10.2018.

³⁵ Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2016/2256, K. 2017/1455, T. 11.04.2017.

sanığın suçtan belli bir miktar gelir elde ettiğinin dosyadaki delillerle sabit olması ve sanık tarafından işlediği suç sebebiyle ne kadar kazanç elde ettiğinin açıklanmaması gerekir. Böyle bir durumda sanığa, suçtan elde ettiği kazanç miktarını açıklamayarak, müsadere den kurtulma imkânı tanınmaması gerekir. Netice itibariyle, kazanç müsadere sine hükümlenirken, sanığın suçtan gelir elde ettiğinin sabit olması aranmakla birlikte, net kazanç yerine, yaklaşık kazanç müsadere sinin de kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Kazanç müsadere sine hükmedilirken, vergi hukukunda olduğu gibi, failin suç işlerken yaptığı harcamalar indirilecek midir? Şüphesiz, suç işleyen bir kişinin böyle bir hak verilmesi hakkaniyete uygun olmayacaktır. Zira bir kişi suç işleyerek herhangi bir hak elde etmemelidir. Bu sebeple brüt kazancın hepsinin müsadere si gerekir³⁶. Aksine işlediği suç dolayısıyla elde ettiği kazanç değer kazanmışsa, eklenen değer in de müsadere si gerekecektir.

B. MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ

Failin işlediği suç kabahat niteliğinde ise, işlediği kabahat nedeniyle elde ettiği kazancın akıbeti ne olacaktır? Eski TCK'da kabahat ve suç ayrımı yapılmadan düzenleme yapıldığı için, suçlar için uygulanan müsadere hükümleri kabahatler hakkında da uygulanmaktaydı. 5237 sayılı TCK ile birlikte, kabahatler TCK kapsamından çıkarılmış, 5326 sayılı Kanun ile ayrı bir Kabahatler Kanunu düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 18 inci maddesine göre TCK'daki müsadere nin karşılığı olarak Kabahatler Kanunu'nda "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" kurumu düzenlenmiştir. Mezkûr hükme göre "kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine" karar verilebilir. Maddeden anlaşılacağı üzere, kabahatler için iki tür mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilebilir. Bunlardan ilki kabahatin konusunu oluşturan eşya, diğeri kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşyadır. Bunların dışında kabahatler için ayrıca "kazançların mülkiyetinin kamuya geçirilmesi" tedbiri düzenlenmemiştir. TCK'da kazanç müsadere sinin açıkça düzenlendiği nazara

³⁶ Aksi yönde bkz: **Özcan, Onur** (2007) "Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu", (Yüksek Lisans) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 175, 176.

alınırsa, Kabahatler Kanunu'nda, kabahatlerden elde edilen kazançlar hakkında böyle bir düzenleme yapılmamasının anlamı, kabahatten elde edilen kazancın mülkiyetinin kamuya geçirilememesi olması gerekir. Bununla beraber, her ne kadar “eşya” tabiri kullanılmış olsa da, kabahatlerden elde edilen kazanç, Kabahatler Kanunu m. 18'deki “*kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşya*” kapsamına sokulması mümkün olabilir. Nitekim Kabahatler Kanunu m. 33 ve 34 gereği, dilencilik ile kumardan elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilebilmesi için kanunda açık hüküm bulunması gerekir. Bu sebeple kabahatten elde edilen kazancın/gelirin mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi için Kabahatler Kanunu m. 33 ve 34'te olduğu gibi kanunda açık hüküm olması gerekir.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi, müsadere ile benzer özelliklere sahip olsa da, aralarında farklılıklar da bulunmaktadır. Her ikisinde de nihai olarak şey üzerindeki mülkiyet malikinin elinden çıkıp kamuya geçmektedir. Her ikisinde de kaim değerın müsadere veya mülkiyetinin kamuya geçirilmesi mümkündür. Müsaderenin uygulanabilmesi için bir ceza mahkemesi kararı gerekirken mülkiyetin kamuya geçirilmesi bir tür idari tedbirdir. Bu sebeple idari makamlar tarafından uygulanır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirinin uygulanması için ilgili kabahat hükmünde açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Buna mukabil, müsadere TCK'nın genel hükümler kısmında düzenlenmiş olup, lüzumunda ilgili her suç için uygulanabilecektir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarının icra edilebilmesi için ilgili idari kararın kesinleşmesi beklenirken müsadere böyle bir şart yoktur.

II. VERGİYİ DOĞURAN OLAYIN KANUNLARLA YASAKLANMIŞ OLMASI

Vergi Usul Kanunu'nun 9/2 hükmüne göre “*Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz*”. Bu hüküm ile kişilerin veya vergiye tabi kurumların yaptıkları faaliyetlerin kanuna uygun olmasının veya kanunlara aykırı olmasının, hatta suç teşkil etmesinin vergilendirmeyi etkilemeyeceği vurgulanmıştır. Herşeyden evvel hükmün kanun sistematigi içerisinde düzenlenişine

bakıldığında, eleştiri konusu olduğu görülmektedir³⁷. Zira düzenleme VUK'un "Vergi ehliyeti" başlıklı 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yapılmıştır. Mezkûr maddenin ilk fıkrasında ise şu hüküm vardır: "Mükellefiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyet şart değildir". Vergiyi doğuran olay ile ilgili bir müessesenin vergi ehliyeti başlıklı bir maddede düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Bunun yerine vergiyi doğuran olayı düzenleyen VUK'un 19 uncu maddesinde düzenlenmesi kanun sistematigi açısından daha doğru olabilirdi. Duruma başka bir açıdan bakılırsa, kanun koyucunun VUK'un 9 uncu maddesinde, diğer hukuk dallarındaki kısıtlamaların vergi sorumluluğunu etkilemeyeceğini düzenlemek istediği anlaşılmaktadır. Zira ilk fıkrada medeni hukuktaki ehliyet kurallarının, ikinci fıkrada ise ceza veya idare hukuku kuralları çerçevesinde suç veya kabahat oluşturan fiillerin vergi sorumluluğunu etkilemeyeceği belirtilmiştir. Bu sebeple 9 uncu maddenin başlığı "Vergi mükellefiyeti ve sorumluluğunun kapsamı" olarak düzenlenseydi daha kapsayıcı bir başlık olurdu. Üstelik 8 inci maddenin başlığı "Mükellef ve vergi sorumlusu" olduğu için kanuni sistematige de uygun olurdu.

Kanunlarla yasaklanmış bir işten elden edilen gelirin vergi konusu olabilmesi için, kanunlarla belirlenen vergiyi doğuran olaya uygun olması gerekmektedir³⁸. Mesela rüşvet suçunu örnek vermek gerekirse, bu suç neticesinde bir kazanç elde edilse de, bu kazanç 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 2'deki 7 tür kazanç unsurundan herhangi birine dâhil olmadığı için gelir vergisinin konusunu teşkil etmeyecektir³⁹. Buna karşılık, uyuşturucu ticareti ile iştiğal eden bir kimsenin kazancı "ticari kazanç" kapsamına girdiği için gelir vergisine tabi olacaktır. Doktrinde bir görüşe göre, yeni bir gelir oluşturan yasak faaliyetler (mesela uyuşturucu ticareti) gelir üzerinden alınan vergilere tabi olurken sadece ekonomik unsurun el değiştirmesine sebep olan

³⁷ **Taylar, Yıldırım** (2013) "Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay", (Doktora Tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 200, 201.

³⁸ **Çağan, Nami** (1977) "Vergi Hukuku Açısından Yasak Faaliyetler", Prof. Dr. Bülent N. Esen'e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 84; **Gökçay, Şerif Emre** (2018) Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kapsamı, Niteliği ve Sınırları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 429.

³⁹ **Yılmaz**, s. 23.

yasak işlemler (mesela rüşvet ve hırsızlık) gelir üzerinden alınan vergilere tabi olmayacaktır⁴⁰.

Kanunlarla yasaklanmış işlerin vergilendirilmesi, hukuk sistemine bütüncül olarak bakıldığı zaman sakıncalar içermektedir. Vergi Usul Kanunu'nun 5 inci maddesi gereği, mükelleflerin, vergilendirme işlemlerini sağlamak amacıyla vergi idaresine verdikleri bilgilerin sır olarak saklanması gerekmektedir. Mükelleflere tanınan bu hak, onların daha güvenle beyanda bulunması için elzemdir. Beyan sistemine dayanan vergilendirmelerde, mükelleflerin vergi idaresine sır saklama hususunda güvenmeleri gerekir. Bu sebeple sağlanan bu hak yerinde bir düzenlemedir. Fakat kanunlara aykırı faaliyet yapan bir mükellefin, yaptıkları işlerin vergilendirilmesini sağlamak üzere vergi idaresine beyanda bulunması üzerine vergi idaresi ne yapacaktır? Vergi mahremiyeti gereği bu bilgiyi soruşturma makamlarına bildirmekten geri mi duracaktır? Mesela uyuşturucu ticareti yapan bir şahıs, bu durumu vergi idaresine bildirerek vergisini ödemek isterse, vergi idaresi, Vergi Usul Kanunu m. 5 gereği sadece vergiyi tahsil etmekle mi yetinecektir yoksa soruşturma makamlarını durumdan haberdar mı edecektir? Bir görüşe göre her türlü kanuna aykırı işlem için vergi mahremiyeti kuralları uygulanarak bilgiler verilmemelidir⁴¹. Katıldığımız ikinci görüşe göre ise konusu suç veya kabahat oluşturan işlemlerin tespit edilmesi durumunda, vergi idaresi tarafından gerekli bildirimlerin yapılması gerekir⁴². Zira hukuk sistemi bir bütündür ve suçu bildirmeme TCK'da ayrı bir suç olarak kabul edilmiştir (m. 278). Ayrıca kamu düzeninin sağlanması için doğru olan yol da budur.

Doktrinde bir görüşe göre, kanunlarla yasaklanmış faaliyetlerden elde edilen kazançlar, muafiyet veya istisna kapsamında kalması sebebiyle vergiden kurtulamayacaktır. Mesela, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 28 gereği

⁴⁰ **Demirci, Azmi** (2010) "Suç Fiilleri ile Bu Fiillerden Sağlanan Kazanç veya Malvarlığı Unsurlarının Vergilendirilmesi; Vergilendirmenin CMK'nın "Elkoyma" ve TCK'nın "Müsadere" Hükümleri Karşısındaki Durumu-I", *Yaklaşım*, S: 209, s. 87, 88.

⁴¹ **Çağan**, s. 104.

⁴² **Ergüney, Halit Kaan** (2014) "Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti ve Banka Sırrı ile Karşılaştırılması", (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 68, 69; **Demirci**, *Durumu-I*, s. 89, 90.

yasak olmasına rağmen seyyar satıcılık yapan devlet memuru, normalde seyyar satıcılar gelir vergisinden muaf olmasına rağmen, seyyar satıcılık sebebiyle de gelir vergisi mükellefi olacaktır. Bu görüşe göre Gelir Vergisi Kanunu m. 21 gereği, elde ettiği gayrimenkul gelirini beyan etmeyen kişinin, kısmi istisna hükmünden faydalanamayacağı yönündeki hüküm bu sonuca ulaşmada dayanak noktası olmuştur⁴³. Kanaatimizce bu tür bir yorum vergi hukukundaki kıyas yasağına takılacaktır. Başka bir ifadeyle, mükellefin, yaptığı kanuna aykırı fiil sebebiyle elde ettiği gelir, vergiden muaf veya istisna ise, bu durumdan faydalanması gerekir. Aynı yazar haklı olarak, kanunlarla yasaklanmış işlerin çoğunlukla gizli yapılması sebebiyle standart zamanaşımı sürelerine değil, daha uzun sürelere tabi olması gerektiğini belirtmektedir⁴⁴.

Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasaklanmış olmasının vergi mükellefiyeti veya sorumluluğunu etkilememesi, kanunlarla yasaklanmış işlemlere hukuki meşruiyet sağlayabilecektir. Buna karşılık kanunlarla yasaklanmış faaliyetler dolayısıyla gelir elde edenlerin vergilendirilmemesi, kanuna uygun surette gelir elde edenlere yönelik haksızlık oluşturacak ve vergi adaletine aykırı olacaktır⁴⁵. Ayrıca kanunlarla yasaklanmış fiillerle elde edilen kazançlar ceza hukukunun konusuna giriyorsa kazanç müsaderesinin, kabahatler hukukunun konusuna giriyorsa mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari tedbirinin konusunu teşkil edecektir. Bununla birlikte kanunlarla yasaklanmış olmasına rağmen bu tür faaliyetlerden elde edilen kazançların müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine tabi olmaması da söz konusu olabilir. Bu ihtimallerin vergilendirme üzerindeki etkisinin ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Uygulamada genellikle suç konusu olması sebebiyle eşya müsaderesine tabi tutulan araçların motorlu taşıtlar vergisinin ne zamana kadar tahakkuk edeceği de tartışma konusu olmuştur. Kazanç ile alakası olmamakla beraber, suçta kullanılması sebebiyle eşya müsaderesine tabi tutulan taşınır-taşınmaz

⁴³ **Taylar**, s. 217, 218.

⁴⁴ **Taylar**, s. 245.

⁴⁵ **Çağan**, s. 83. Doktrinde bir görüşe görüşe göre, kanunlarla yasaklanmış faaliyetlerden elde edilen kazançların vergi dışı bırakılması verginin kanuniliği ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. Bkz: **Taylar**, s. 199.

eşyanın servet vergileri bu çalışmanın kapsamı dışında olmakla birlikte, vergi idaresinin, eşyanın müsadere edildiği tarihe kadar servet vergisi mükellefiyetinin devam edeceği görüşünde olduğunu belirtmekle yetiniyoruz⁴⁶.

A. VERGİYİ DOĞURAN OLAYIN SUÇ TEŞKİL ETMESİ

Konusu suç teşkil eden bir fiil neticesinde elde edilen kazancın vergilendirilmesi, bu suçun işlenmesini engelleyici olmaktan ziyade cesaretlendirici bir vazife görecektir. Gerçekten suç işleyerek kazanç elde eden bir kişinin, bu kazancı bir şekilde vergi idaresi tarafından tespit edilip vergilendirilecek olursa, suç işleyen kişide işlediği suçun devlet nezdinde meşru olduğu algısını doğurabilecektir. Bu misale hukuk tekniği açısından bakılırsa, ceza hukuku ile vergi hukukunun bağımsız hukuk dalları olduğu, bu sebeple birisi tarafından yapılan bir işlemin diğeri için geçerli olmasının zorunlu olmadığı düşünülebilir ve bu tür işlemler hukuka uygun kabul edilebilir. Konuya bir de sıradan vatandaş nazarıyla bakılırsa durum bu kadar basit olmayacaktır. Vatandaş, işlediği suç sebebiyle elde ettiği kazancın, devletin vergi memurları tarafından diğer normal kazançlar gibi vergilendirilmesini, aynı devletin savcılarını tarafından ise suç soruşturması veya kovuşturmasına tabi tutulmasını anlamakta güçlük çekebilir⁴⁷. Aynı zamanda hukuk sistemine (özellikle vergi sistemine) olan güveni sarsılır⁴⁸. Mesela akaryakıt kaçakçılığı yapıp bu faaliyetinden elde ettiği kazancından vergi ödeyen bir kişinin bu şekilde düşünmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu

⁴⁶ **Artvin Defterdarlık Gelir Müdürlüğü**, Müsadere edilen araçlarda MTV, Özelge No: B.07.4.DEF.0.08.10.00-08-OZELGE-001-16.

⁴⁷ Konusu suç olan kazançların vergilendirilmesi “*vergilendirilmiş kazanç kutsaldır*” sloganıyla da çelişmektedir. Bkz: **Demirci**, *Durumu-I*, s. 85; **Arslan, Cem Barlas** (2008) “Kanunda Suç Sayılan Faaliyetlerin Vergilendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S: 27, s. 131.

⁴⁸ Günlük hayatta imar mevzuatına aykırı yapılan evlerin yıkılması esnasında, evleri yıkılan kişilerin ödedikleri emlak vergisi ve çevre temizlik vergisinden bahisle “*Bu evin vergisini ödedim. Yıkacaksanız neden vergi alındı?*” tepkisi de kişilerin vergi sistemine olan güveninin sarsıldığını göstermektedir. Bkz: **Özyer, Mehmet Ali** (2015) *Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, 7. Baskı, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, s. 59; Aksi görüşe göre bu durumda hukuk birliği zedelenmeyecek, tam tersi tahkim edilecektir. Bkz: **Taylar**, s. 236.

sebeple konusu suç teşkil eden fiiller için vergilendirme yapılması hukuk siyaseti açısından yerinde bir davranış değildir⁴⁹. Ayrıca konusu suç olan kazançların vergiye tabi tutulması, bu tür kazançların, meşru faaliyette bulunan bir şirketin veya kişinin meşru kazançları arasına sokularak “aklanması” kolaylaştıracağı belirtilmektedir. Bu sebeple Vergi Usul Kanunu m. 9’a bir ekleme yapılarak suç soruşturması ve kovuşturmasına tabi olan kazançlar hakkında vergilendirmenin, soruşturma veya kovuşturmanın bitmesine kadar bekletilmesi, bu sürede zamanaşımının da işletilmemesi önerilmektedir⁵⁰.

Konusu suç teşkil eden bir faaliyet sebebiyle elde edilen kazancın vergilendirilmesinin bu tür sakıncalarının yanında, fail açısından da adil sonuçlar doğurduğunu söylemek zordur. TCK m. 55 gereği suçtan elde edilen kazançların kazanç müsaderesine tabi tutularak tamamının devlet mülkiyetine geçirileceği düşünülürse, ortaya fail açısından adil olmayan bir durum çıkacaktır. Buna göre failin, suçtan elde ettiği kazancının tamamı, kazanç müsaderesi ile kamuya geçirilmesinin yanında, bir de artık elinde olmayan bu kazanç sebebiyle vergi ödemesi gerekmektedir. Bu hususta elde edilen kazancın hukuki nitelendirmeye tabi tutularak sonradan ne suretle olursa olsun elden çıkmasının vergilendirmeyi etkilemeyeceği, bu sebeple yapılan vergilendirmenin hukuka uygun olduğu savunulabilmektedir⁵¹. Ancak vergi hukukunda geçerli olan ekonomik yaklaşım ilkesi gereği kazancın iktisadi

⁴⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz: **Dura, İsmail Hakkı** (2014) Suç Geliri ve Vergi Arasındaki Romantik İlişki: Gençler Anlaşmış Olsa Da Aileler Razi Değil!, 20.08.2014, <http://www.vergisorumlari.com.tr/yazi/i-hakki-dura/suc-geliri-ve-vergi-arasindaki-romantik-iliski--gencler-anlasmis-olsa-da-aileler-razi-degil!/94>, (s.e.t. 22.10.2019).

⁵⁰ **Dura, İsmail Hakkı** (2007) “Kara Para Üzerine Yazılması Gerekenler: Vergi Usul Kanunu’nun 9 uncu Maddesine Dair Bir Yaklaşım”, Vergi Sorunları Dergisi, S: 231, s. 73-79.

⁵¹ Bu düşünceye göre, vergi ile kazanç müsaderesinin koruduğu hukuki yararlar farklıdır. Kazanç müsaderesi ceza hukuku alanında bir müeyyide iken vergi, vatandaşın devlete karşı bir ödevidir. Bkz: **Yılmaz, Hacer** (2018) “Vergi Usul Kanunu’nun 9/2 Maddesi Hükmünün Müsadere ve Ekonomik Yaklaşım Perspektifinden Değerlendirilmesi”, Vergi Raporu Dergisi, S: 222, s. 24; **Taylar**, s. 242; **Özfidan, Tahir** (2014) “Müsadere Edilen Gelir Vergilendirilir Mi”, Vergi Sorunları Dergisi, S: 313, s. 114. Teorik olarak bu görüş doğru olsa da, pratik sonuçları açısından adaletsiz olduğu düşünülmektedir.

niteliğine bakılmalıdır. Bu niteliğe bakıldığı zaman, tamamı kazanç müsadereesine tabi tutulan kazancın iktisadi olarak yok olduğu kabul edilmelidir⁵². Böyle olunca da ortada vergilendirilecek bir gelir kalmamaktadır⁵³. Bu sebeple konusu suç teşkil eden kazanç müsadereesine tabi tutulan kazançların vergi hukukunun konusunu oluşturmaması gerekmektedir⁵⁴. Zira ekonomik yaklaşım ilkesi, sadece kamu lehine uygulanıp, mükellef lehine olan durumlarda göz ardı edilirse haksızlık oluşacağı aşikârdır⁵⁵. Bu açıklamalar bir tarafa, lafzi yorum yapılacak olursa, suçtan elde edilen kazancın kazanç müsadereesine tabi tutulması, onun vergilendirilmesine engel teşkil etmemektedir⁵⁶.

⁵² Doktrinde bir görüşe göre kazanç müsadereesine tabi olan kazanç iktisadi olarak yok olsa da mali olarak varlığını sürdürmektedir ve vergilendirilebilir. Bkz: **Taşdelen** Aziz, (2004) “Vergi Hukuku Kurallarının Kara paranın Aklanmasının Önlenmesindeki Önemi”, Türkiye Maliye Sempozyumu “Türkiye’de Vergi Kayıp ve Kaçakları, Önlenmesi Yolları”, s. 550, 551; Failin işlediği suç sebebiyle elde ettiği kazanç, kazanç müsadereesi vesilesiyle elinden alınsa da, ilk suç işlediği anda elde ettiği menfaat varlığını sürdürmektedir. Bkz: **Gökçay**, s. 450.

⁵³ Aksi görüş için bkz: **Taşdelen**, s. 520. Kazanç müsadereesi sonucu kazanç devlete geçmekle birlikte kazanç sonucu oluşan ödeme gücünün devlete geçmeyeceği yönündeki görüş için bkz: **Yılmaz**, s. 27.

⁵⁴ Bu konuda farklı bir görüşe göre ekonomik yaklaşım ilkesi suçtan elde edilmiş gelirlerin vergilendirilmesini gerektirir. Bkz: **Yılmaz**, s. 19; Eğer işlenen suç sebebiyle kazanç müsadereesine gidilmemişse mezkûr görüşe katılmaktayız. Ancak kazanç müsadereesine tabi olan bir kazancın iktisadi anlamda bir kazanç olmadığını düşünmekteyiz.

Başka bir görüşe göre ise eski ceza kanunu zamanında kazanç müsadereesi olmadığı için konusu suç teşkil eden kazançların vergilendirilmesi yerinde bir uygulama iken 5237 sayılı TCK’yla beraber kazanç müsadereesinin ihdas edilmesi, konusu suç teşkil eden kazançların vergilendirilmesini engellemelidir. Bkz: **Aykın / Okumuş**, s. 147, 148.

⁵⁵ Aksi görüşe göre, suç teşkil edip kazanç müsadereesine konu olan kazançların vergilendirilmesi vergi adaletinin gereğidir. Bkz: **Yılmaz**, s. 29; **Taşdelen**, s. 518; Aynı yönde başka bir görüşe göre kazancın elde edilmesi vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi için yeterli olup, başka hukuk dallarına ilişkin düzenlemeler vergi sorumluluğunu sona erdirmemektedir. Bkz: **Kaya, Murat** (2013) “Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Vergisel Boyutu”, Uzman Bakış, S: 1, 2013, s. 125.

⁵⁶ **Yılmaz**, s. 22; Dünya uygulamaları da bu yönde ilerlemektedir. Bkz: **Günay, Hamdi Furkan** (2019) “Kanunların Yasak Saydığı Faaliyetlerden Elde Edilen Gelirin Vergisel Boyutu: Türkiye ve Seçilmiş Ülke Örnekleri”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C: 15, S: 176, s. 1742.

Nitekim uygulamada Danıştay bu yönde karar vermektedir. Bir kararında, herhangi bir faaliyette bulunmamasına rağmen fatura keserek komisyon alan kişinin vergi kaçakçılığı suçu işleyerek kazanç elde etmesi durumunda, elde ettiği komisyon ücretlerinin ticari kazanç olarak vergiye tabi tutulması gerektiğini belirtmektedir⁵⁷. İlginç bir Yargıtay kararında ise, tefecilik suçu işleyen kişinin sermayesinin eşya müsadere kapsamında müsadere edileceği, ödünç olarak verilen para nedeniyle kazancın vergi kaybı kısmının Hazine'ye, kalan kısmın ise zarar gören konumundaki gerçek kişiye iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁸.

Nitekim mevzuatımızda, bu hususta somut bir misal vardır. Gelir Vergisi Kanunu m. 82/2 gereği ihale, artırma ve eksiltmelere iştirak edilmemesi karşılığında elde edilen hâsılat gelir vergisine tabi iken bu fiil aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun 235 inci maddesine göre ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaktadır. Bu suç yoluyla elde edilen kazanç Türk Ceza Kanunu m. 55 gereği kazanç müsadere tabi tutulmakla birlikte Gelir Vergisi Kanunu m. 82 gereği vergilendirmeye tabi tutulacaktır. Aynı yönde, Vergi Usul Kanunu'nun 367 nci maddesine göre *“Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz”*. Her ne kadar bu hüküm kaçakçılık cezası ve vergi kabahatleri hakkında ihdas edilmiş olsa da, kanun koyucunun bu konudaki siyasetini ortaya koymaktadır. Başka bir açıdan olaya bakıldığında, Gelir Vergisi Kanunu m. 41 gereği, konusu suç veya kabahat teşkil eden fiiller sebebiyle oluşan tazminat, ceza gibi giderlerin matrahtan indirilmesine müsaade edilmemektedir. Konusu suç veya kabahat teşkil eden fiiller sebebiyle oluşan giderlerin matrahtan indirilmesine müsaade edilmemesine rağmen bu tür fiiller sebebiyle elde edilen kazançların vergi konusu yapılması haksızlık oluşturacaktır⁵⁹. Bu tür görüşlerin desteklenmesinin temel nedeni, suçlu da olsa bir kişiye müstahakkından daha fazla ceza verilmesinin adalete aykırı olduğudur.

⁵⁷ Danıştay 3. Dairesi, E. 1992/883, K. 1994/179, T. 26.01.1994.

⁵⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/4733, K. 2016/4801, T. 09.05.2016.

⁵⁹ **Aykın / Okumuş**, s. 148.

Mevcut mevzuat bu tür faaliyetlerin vergilendirilmesini gerektirmekle birlikte, olması gereken açısından bakıldığında, kazanç müsadereğine tabi tutularak devletin mülkiyetine geçirilen bir kazanç hakkında vergi idaresinin harekete geçmemesi gerekmektedir. Eğer vergi idaresi vergilendirme yaptıktan sonra kazanç müsadereği yoluna gidilecekse, müsadere edilecek miktardan ödenen vergi mahsup edilmelidir. Suç işleyen bir kişinin mülkiyet hakkının bulunduğu kabul edildiği sürece bu sonuca varmak gerekmektedir⁶⁰. Aksi takdirde suç işlemiş olması sebebiyle bir kişinin ve mirasçılarının mülkiyet hakkına orantısız müdahale gerçekleşmiş olur. Bu konuda aksi görüşe göre, suç işleyen kişi hakkında hem kazanç müsadereği hem vergi uygulanması caydırıcılığı artıracaktır⁶¹. Kanaatimizce vergi, caydırıcılığa katkı unsuru olarak görülmemelidir. Zira verginin bir “ceza” gibi görülmesi, vergiye gönüllü uyumu artırmaya yönelik faaliyetlerin anlamsızlaşmasına sebep olacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre, kazanç müsadereği ve vergilendirmenin aynı anda uygulanması sebebiyle failin, elde ettiğinden daha fazlasını devlete ödemesi haksızlık oluşturmaz. Zira suç işlememekle birlikte, elde ettiği kazancı beyan etmemesi sebebiyle bir mükellef hakkında hem vergi aslı hem vergi ziyayı cezası hem de özel usulsüzlük cezası kesilmesi mümkün olabilir. Bu durumda mükellef beyan etmediği gelirden daha fazla bir vergi ve cezası ile karşılaşabilir. Bu durumda nasıl haksızlık oluştuğu ileri sürülemezse, kazanç müsadereği ile vergilendirmenin aynı anda uygulanması da haksızlık oluşturmaz⁶². Bu görüş kendi içerisinde tutarlı olsa da, kazanç müsadereğine tabi tutulan bir kazancın iktisadi olarak yok olduğu düşünülürse, farklı bir durum olduğu anlaşılacaktır.

⁶⁰ Sanık hakkında hem kazanç müsadereği hem vergilendirme hükümlerinin uygulanmasının hiçbir sakıncası bulunmadığı yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz. Bu görüş için bkz: **Yılmaz**, s. 24.

⁶¹ **Arslan**, s. 131; **Kaya**, s. 126; **Özfidan**, s. 114.

⁶² **Demirci, Azmi** (2010) “Suç Fiilleri ile Bu Fiillerden Sağlanan Kazanç veya Malvarlığı Unsurlarının Vergilendirilmesi; Vergilendirmenin CMK’nın “Elkoyma” ve TCK’nın “Müsadere” Hükümleri Karşısındaki Durumu-II”, *Yaklaşım*, S: 210, s. 83.

Yargıtay uygulamasında kazanç müsaderesine başvurmak için suçtan elde edilen gelirin net olarak tespiti istenmektedir⁶³. Suçtan elde edilen gelirin Yargıtay ölçütlerine göre “net” olarak tespit edilememesi durumunda vergi idaresi devreye girerek, kazancın gerçek mahiyetini esas alıp vergilendirme ve cezalandırma işlemlerini yapması gerektiği düşünülmektedir.

Uyuşturucu ticareti, kaçakçılık gibi bazı suçlar kazanç müsaderesi-vergilendirme tartışması söz konusu olsa da, bir kısım suçlar vergiyi doğuran olayı meydana getirmediği için vergi hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Zira vergi hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesi gereği kanuni tanımda yer almayan gelir unsurları vergiye tabi tutulamaz. Bu açıdan doktrinde; rüşvet, zimmet, ihtilas (nitelikli zimmet), kalpazanlık, şantaj, yağma ve dolandırıcılık suçları vergiyi doğuran olayı gerçekleştirmedikleri için vergi hukukunun konusuna girmeyecektir⁶⁴.

Doktrinde hem kazanç müsaderesi hem vergi hükümlerinin aynı anda uygulanmasının sakıncalarını gidermek üzere öne sürülen tavsiyeler üç başlık altında toplanmıştır. Bu tavsiyeler şunlardır; müsadere edilen kısmın vergi matrahından indirilmesi, Maliye Bakanlığı'na müsadere edilen kazançlara ilişkin vergiyi kaldırma yetkisi verilmesi, müsadere edilen kazançlarla ilgili hiç vergilendirme yapılmaması veya alınan verginin iade edilmesi⁶⁵. Müsadere edilen kısmın vergi matrahından indirilmesi, mükellefler arasında eşitliği bozacaktır. Zira kimi mükelleflerin suçtan elde edilen kazançları tam tespit edilirken diğerlerinin tespit edilememesi söz konusu olabilir. Bu durumda indirim nasıl yapılacaktır? Ayrıca bu usulde vergilendirilecek suç unsuru kazanç ile müsaade edilecek kısım birbirine kural olarak eşit olması gerektiği için hiç vergi almama sonucunu doğuracaktır. Maliye Bakanlığı'na yetki verilmesi ise, ceza hukuku ve vergi hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Hem ceza hukukunda hem de vergi hukukunda idare, vergiyi veya cezayı kanunda yeri olmadıkça kaldıramaz veya kanunda yeri

⁶³ Yargıtay'ın bu yönde yerleşik içtihadı vardır. Bu içtihatlardan sadece ikisi için bkz: Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2018/27, K. 2018/4427, T. 23.05.2018; Yargıtay 10. Ceza Dairesi, E. 2018/1949, K. 2018/7486, T. 30.10.2018.

⁶⁴ **Çağan**, s. 97.

⁶⁵ **Taylar**, s. 243, 244.

olmayan yeni bir vergi veya ceza uygulayamaz. Kanaatimizce, müsadere edilen kazançların kanun icabı vergi kapsamı dışında tutulması hukuk mantığı ve güvenilirliği açısından en doğru yoldur.

B. VERGİYİ DOĞURAN OLAYIN KABAHAT TEŞKİL ETMESİ

Konusu kabahat teşkil eden fiiller sebebiyle elde edilen kazançlar için ise Kabahatler Kanunu m. 18 gereği “*mülkiyetin kamuya geçirilmesi*” idari tedbiri uygulanacaktır. Ancak kazanç müsaderesinden farklı olarak bu tedbirin uygulanabilmesi için ilgili kabahat düzenlemesinde, mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirinin uygulanacağına açıkça yer alması gerekmektedir. Bu sebeple konusu kabahat olmasına rağmen, kabahat düzenlemesi yapan hukuki metinde, mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirinin uygulanacağına ilişkin bir ibare yoksa bu tedbir uygulanamayacaktır. Kabahatler Kanunu m. 33 ve 34’te, dilencilik yapan ve kumar oynayan kişilerin bu fiilleri sebebiyle elde ettikleri gelirin, mülkiyetinin kamuya geçirileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple dilencilik yapan veya kumar oynayan kişinin elde ettiği tüm kazanç idari bir tedbir olarak kamu mülkiyetine geçirilecektir⁶⁶. Buna karşılık, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 28 gereği memurların ticaret veya diğer kazanç getirici işleri yapma yasakları vardır. Mezkûr Kanunda, bu yasağa aykırı olarak elde edilen kazançların mülkiyetinin kamuya geçirileceği düzenlenmemiştir. Bu sebeple memurların ticaret veya diğer kazanç getirici işler yaparak elde ettikleri kazançlar, kabahatler hukukunun kapsamı dışındadır.

1. İşlenen Kabahat Vesilesiyle Elde Edilen Gelir Hakkında Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Tedbirinin Uygulanması

Vergiye doğuran olayın kabahat teşkil etmesi ve bu kabahat dolayısıyla elde edilen kazanç hakkında mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri

⁶⁶ Mevzuatımızda, kabahat konusu eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi yönünde düzenlemeler de vardır. Kazançlarla ilgili olmadığı için bunların sadece yerini belirtmekle yetiniyoruz: 4207 sayılı Kanun m. 7; 2521 sayılı Kanun m. 13; 3284 sayılı Kanun m. 7; 5977 sayılı Kanun m. 8.

uygulanması, vergilendirmeye engel olmalıdır. Zira kişinin hukuka aykırı fiili sebebiyle elde ettiği kazanç kamu tarafından elinden alınmıştır. Kişinin iktisadi olarak elinde bir kazanç kalmamıştır. Bunun üzerine, kabahatli kimseden, suç ile alakası olmayan malvarlığından vergi vermesini istemek haksızlık oluşturacaktır. Ayrıca kabahatli kimselerin işledikleri kabahat sebebiyle henüz idari bir tedbir olan mülkiyetin kamuya geçirilmesi ile karşılaşmadan evvel vergi istenmesi bu fillerin meşru olduğu algısını doğuracaktır. Bu hususta kazanç müsaderesine tabi olan kazançlarla ilgili değerlendirmelerin bu konuda da geçerli olduğu belirtilmelidir. Zira her ne kadar kabahatler, suçlar kadar hukuk düzenini ihlâl etmese de, hukuka aykırı olma durumları devam etmekte ve kamu düzenini bozmaktadırlar. Bu sebeple mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilen kazançlar hakkında vergilendirme yoluna gidilmemesi gerekir.

Bununla birlikte zaten mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine tabi olan kumar oynama kabahati, Gelir Vergisi Kanunu gereği herhangi bir gelir unsuruna girmediği için vergiye tabi olmayacaktır⁶⁷. Danıştay'ın görüşüne göre ise, kumarda kazanan kişi, veraset ve intikal vergisinin mükellefi olacaktır⁶⁸.

2. İşlenen Kabahat Vesilesiyle Elde Edilen Gelir Hakkında Herhangi Bir Müeyyide Uygulanmaması

İşlenen kabahat vesilesiyle elde edilen kazançların, idari bir tedbir olarak mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi, bu hususun ilgili kanun maddesinde açıkça yazmasına bağlıdır. Yukarıda verilen misalde olduğu gibi, bir memurun yasak olmasına rağmen ticaret yaparak gelir elde etmesi gibi durumlarda ise, kanunda açık düzenleme olmadığı için mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilemeyecektir. Bu tür kazançlar hakkında vergi hukuku kurallarının işletilerek ilgili kişiler hakkında vergi asılları, fer'ileri ve cezalarına

⁶⁷ Çagan, s. 95.

⁶⁸ Danıştay 7. Dairesi, E. 1998/96, K. 1999/1502, T. 15.04.1999.

ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir⁶⁹. Zira eşitlik ilkesi ve ekonomik yaklaşım ilkesi bunu gerektirmektedir. Ayrıca bu kişilerin elde ettikleri kazançlar, tamamen yanlarına kâr olarak kalmaktadır. İdari veya cezai bir tedbir olarak, ilgili kazancın mülkiyetinin kamuya geçirilmemesi durumunda vergilendirme yapılması ve özellikle vergi cezalarının kesilmesi vergi adaleti açısından elzemdır. Bu tür kazançlar hakkında uzlaşma hükümlerine başvurulması durumunda vergi idaresinin daha katı davranması hakkaniyetin gereğidir.

SONUÇ

Vergi hukukunda devletin hem mükellefler arasındaki eşitliği sağlamak amacıyla hem de ekonomik yaklaşım ilkesinin bir gereği olarak, hukuka uygun faaliyetler sebebiyle elde edilen gelirleri vergilendirdiği gibi hukuka aykırı olarak yapılan faaliyetler sebebiyle elde edilen gelirleri de vergilendirmesi adil karşılanabilir. Ancak hukuka aykırı faaliyetlerden elde edilen gelirler hakkında ceza hukukunun veya kabahatler hukukunun harekete geçerek bir müeyyide olarak bunların mülkiyetini kamuya geçirirse vergi hukukunun sessiz kalması gerekmektedir. Zira bu kazanç diğer hukuka uygun faaliyetlerden elde edilen kazançlarla aynı kefeye konursa, hem “*vergilendirilmiş kazancın kutsallığı*” söylemi sorgulanmaya başlamakta hem de fail açısından haksız bir durum ortaya çıkmaktadır. Failin işlediği kabahat veya suç sebebiyle elde ettiği kazanç, mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı veya kazanç müsadere kararıyla tamamen elinden alınırken bir de elinden alınan bu kazancın vergisini ve vergi cezalarını ödemek zorunda kalabilmektedir. Bu durumun caydırıcılığa katkı olarak yorumlandığı görülmekle birlikte bu anlayışın doğru olmadığı düşünülmektedir. Zira bu takdirde vergi, bir nevi “ceza” veya “müeyyide” olarak görülmekte, bu durum ise vergiye gönüllü uyumu artırmaya yönelik çabaları anlamsızlaştırmaktadır. Bu sebeple hakkında müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi müeyyidesi uygulanan kazançlar hakkında vergi uygulanmaması gerektiği

⁶⁹ Bu hususta doktrinde fikir birliği vardır. Bkz: **Kaya**, s. 121; Aynı yöndeki görüş için bkz: **Günay**, s. 1738.

düşünülmektedir. Eğer vergi ve vergi cezaları alındıktan sonra bu müeyyidelerin uygulanması gerekirse, ödenen verginin mahsup edilerek cezanın uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Bazı kazançların konusu hukuka aykırı olmakla beraber, bu tür kazançların kazanç müsaderesi veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine tabi tutulmadıkları görülmektedir. Konusu suç teşkil eden kazançların, kazanç müsaderesine tabi olması için suçu düzenleyen metinde kazanç müsaderesine yönelik açık hüküm gerekmemesine rağmen, mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri açısından tam tersi bir durum caridir. Başka bir ifadeyle, mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari tedbirinin uygulanabilmesi için kabahati düzenleyen maddede açıkça bunun düzenlenmesi gerekmektedir. Bu düzenlemenin yapılmadığı bazı kabahat türlerinden elde edilen kazançların herhangi bir müeyyideye tabi olmadıkları görülmektedir. Bu tür kazançlar hakkında ise, vergilemede adalet ve ekonomik yaklaşım ilkesi gereği hem vergi hem de vergi cezalarının uygulanması gerekmektedir. Hatta vergi idaresinin uzlaşmaya gidilmesi durumunda daha katı davranması gerektiği düşünülmektedir. Bu tür kazançların da hukuka aykırı yollarla elde edildiği, bu sebeple “*vergilendirilmiş kazanç kutsaldır*” söylemine aykırı olduğu düşünülebilir. Ancak hukukta iki seçenek arasında kalındığı zaman daha az zararlı olanın seçilmesi gerekmektedir. Bu tür kazançların vergilendirilmesi verginin “*kutsal*” niteliklerine aykırı olabilir. Fakat vergilendirmemek piyasada vergi ödeyen mükelleflere karşı ciddi bir adaletsizlik doğuracaktır. Bunun yanında bu tür faaliyetlerden elde edilen kazancın tamamen failin yanına kâr kalmasına sebep olacaktır.

KAYNAKLAR

- Acar, Hüseyin** (2019) “Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu”, (Doktora), Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Arslan, Cem Barlas** (2008) “Kanunda Suç Sayılan Faaliyetlerin Vergilendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, S: 27, s. 129-131.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner** (2014) Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Aslan, Buğra Han** (2016) Kazanç Müsaderesi, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Aydın, Öykü D.** (1993) “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasası’nda Müsadere”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 43, S: 1-4, s. 143, 156.
- Aykın, Hasan / Okumuş, Banu** (2007) “Vergilendirilmiş Her Kazanç Kutsal Mıdır?” Vergi Sorunları Dergisi, S: 231, s. 141-150.
- Anayasa Mahkemesi**, Kararlar Bilgi Bankası, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, (s.e.t. 25.10.2019).
- Çağan, Nami** (1977) “Vergi Hukuku Açısından Yasak Faaliyetler”, Prof. Dr. Bülent N. Esen’e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 83-110.
- Demirci, Azmi** (2010) “Suç Fiilleri ile Bu Fiillerden Sağlanan Kazanç veya Malvarlığı Unsurlarının Vergilendirilmesi; Vergilendirmenin CMK’nın “Elkoyma” ve TCK’nın “Müsadere” Hükümleri Karşısındaki Durumu-I”, Yaklaşım, S: 209, 2010, s. 85-93, (Durumu-I).

- Demirci, Azmi** (2010) “Suç Fiilleri ile Bu Fiillerden Sağlanan Kazanç veya Malvarlığı Unsurlarının Vergilendirilmesi; Vergilendirmenin CMK’nın “Elkoyma” ve TCK’nın “Müsadere” Hükümleri Karşısındaki Durumu-II”, Yaklaşım, S: 210, s. 80-83.
- Dura, İsmail Hakkı** (2007) “Kara Para Üzerine Yazılması Gerekenler: Vergi Usul Kanunu’nun 9 uncu Maddesine Dair Bir Yaklaşım”, Vergi Sorunları Dergisi, S: 231, s. 73-79.
- Dura, İ. Hakkı** (2014) Suç Geliri ve Vergi Arasındaki Romantik İlişki: Gençler Anlaşmış Olsa Da Aileler Razi Değil!, 20.08.2014, <http://www.vergisorunlari.com.tr/yazi/i-hakki-dura/suc-geliri-ve-vergi-arasindaki-romantik-iliski--gencler-anlasmis-olsa-da-aileler-razi-degil!/94>, (s. e. t. 22.10.2019).
- Ergüney, Halit Kaan** (2014) “Türk Vergi Hukukunda Vergi Mahremiyeti ve Banka Sırrı ile Karşılaştırılması”, (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Gedik, Doğan** (2016) Müsadere, 2. Baskı, Ankara, Adalet.
- Gökçay, Şerif Emre** (2018) Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesinin Kapsamı, Niteliği ve Sınırları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Günay, Hamdi Furkan** (2019) “Kanunların Yasak Saydığı Faaliyetlerden Elde Edilen Gelirin Vergisel Boyutu: Türkiye ve Seçilmiş Ülke Örnekleri”, Legal Mali Hukuk Dergisi, C: 15, S: 176, s. 1725-1746.

- Güngör, Devrim / Toroslu, Haluk** (2016) “Müsadere ve Hükmin Açıklanmasının Geri Bırakılması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, s. 1967-1980.
- Günler, Kemal** (2014) “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 18, S: 3-4, s. 849-876.
- İçel, Kayıhan** (2014) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, Beta.
- Kaya, Murat** (2013) “Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Vergisel Boyutu”, Uzman Bakış, S: 1, s. 116- 127.
- Legalbank**, Elektronik Hukuk Bankası, <https://mevzuatvekararlar.legalbank.net/arama>, (s.e.t. 25.10.2019).
- Lexpera**, İçtihat, <https://www.lexpera.com.tr/kullanici-profil>, (s.e.t. 31.10.2019).
- Özcan, Onur** (2007) “Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu”, (Yüksek Lisans) Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özfidan, Tahir** (2014) “Müsadere Edilen Gelir Vergilendirilir Mi”, Vergi Sorunları Dergisi, S: 313, s. 107-115.
- Özgenç, İzzet** (2015) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan** (2019) Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Özyer, Mehmet Ali** (2015) Vergi Usul Kanunu Uygulaması, 7. Baskı, İstanbul, Maliye Hesap Uzmanları Derneği.

- Taşdelen, Aziz** (2004) “Vergi Hukuku Kurallarının Kara paranın Aklanmasının Önlenmesindeki Önemi”, Türkiye Maliye Sempozyumu “Türkiye’de Vergi Kayıp ve Kaçakları, Önlenmesi Yolları”, s. 508-553.
- Taylar, Yıldırım** (2013) “Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay”, (Doktora Tezi) Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yılmaz, Hacer** (2018) “Vergi Usul Kanunu’nun 9/2 Maddesi Hükmünün Müsadere ve Ekonomik Yaklaşım Perspektifinden Değerlendirilmesi”, Vergi Raporu Dergisi, S: 222, s. 18-30.

VERGİ USUL KANUNU KARŞISINDA DEFTER-BEYAN SİSTEMİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Şeyma SARICALAR*

ÖZET

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte vergilendirmeye ilişkin işlemler elektronik ortam üzerinden yürütülmeye başlanmıştır. Hem vergi inceleme elemanları hem de mükellefler açısından pratik bir uygulama olan elektronik defter uygulamaları gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır. Elektronik defter uygulamalarından biri ise Defter-Beyan Sistemi'dir. Defter-Beyan Sistemi, 2018 yılı itibarıyla bazı mükellefler tarafından zorunlu olarak kullanılmaya başlanmıştır. Tebliğ ile getirilen bir uygulama olan Defter-Beyan Sistemi üzerinden defterlere ilişkin ödevler, beyanname verme ve bildirimde bulunma yükümlülükleri yerine getirilmektedir. Yeni bir sistem olması nedeniyle bazı hususların ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Öncelikle Defter-Beyan Sistemi'ne ilişkin hükümler yalnızca ilgili tebliğlerde yer almakta, vergi kanunlarında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir diğer husus ise, Defter-Beyan Sistemi'nin Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen ödevlere ilişkin hükümlere olan etkisidir.

Bu doğrultuda çalışmamızda öncelikle Defter Beyan Sistemi'yle ilgili tebliğ maddelerine yer verilecektir. Sistemi kullanmak zorunda olan mükellefler, Sistem'e ilişkin esaslar ve son olarak aykırılık neticesinde uygulanacak ceza ve sorumluluk hükümleri incelenecektir. Sonrasında ise Defter Beyan Sistemi'nin Vergi Usul Kanunu hükümleri üzerindeki etkisi çeşitli konular bakımından ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Defter-Beyan Sistemi, Defterler, Belgeler, Vergi Beyanı, Elektronik Defter.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, ssaricalar@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0462-6815, (Geliş Tarihi: 16.03.2020 – Kabul Tarihi: 19.06.2020).

ASSESSMENT OF THE BOOK-DECLARATION SYSTEM AGAINST THE TAX PROCEDURE LAW

ABSTRACT

Transactions regarding taxation have started to be carried out electronically with the development of technology. Electronic book applications, which are a practical application for both tax examiners and taxpayers, are becoming more common. One of the electronic book applications is The Book-Declaration System. The Book-Declaration System has started to be used by some taxpayers as of 2018. Through The Book-Declaration System, which is an application brought by the Communique, liabilities related to books, declaration, notification obligations are fulfilled. Since it is a new system, some issues need to be examined separately. First of all, the provisions regarding The Book-Declaration System are only included in the relevant communiqués and there is no regulation in the tax law. Another issue is the effect of The Book-Declaration System on the provisions related to the duties in The Tax Procedure Law.

In this regard, in our study, firstly, the articles of notification regarding The Book-Declaration System in the Communique will be included. Afterwards, the taxpayers who are obligated to use the system, the principles regarding the System and finally the penalty and liability provisions to be applied as a result of the violation will be examined. Afterwards, the effect of The Book-Declaration System on the provisions of The Tax Procedure Law will be discussed.

Keywords: The Book-Declaration System, Accounting Books, Documents, Tax Declaration, Electronic Book.

GİRİŞ

Devlet, toplumun ihtiyaçlarını karşılayabilmek ve eksiksiz bir hizmet sunabilmek adına birtakım harcamalar yapmak zorundadır. Kamu harcamaları olarak nitelendirilen bu harcamalar ise vergi ve benzeri gelirleri içeren kamu gelirleri ile finanse edilmektedir. Kamu gelirlerinin en önemli kaynağı olan verginin doğru ve eksiksiz bir şekilde elde edilmesi için birtakım kurallar öngörülmüştür. Maddi ödev olan vergi borcunun ödenmesinin yanı sıra şekli ödevler de vergi kanunlarında hüküm altına alınmıştır.

Türk vergi sisteminde vergiler temel olarak beyan esasına dayalı alınmaktadır. Mükellefin beyan etmiş olduğu hususlar matraha esas alındığı için ayrıca önem taşımaktadır. Bu nedenle defter, kayıt ve belgelerin doğru bir şekilde tutulması için belirli kurallara uyulması gerekmektedir. Defter tutma, bir dönem içinde gerçekleşen değer hareketlerini tespit etmek amacıyla bu işlemlerin kaydedilmesi olarak tanımlanabilir¹. Defter tutma ödevinin etkin bir şekilde yerine getirilmesi için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda çeşitli ödevler öngörülmüştür. Vergi Usul Kanunu'nun 215-219. maddeleri arasında kayıt düzenine uyulması, 220-226. maddeleri arasında defterlerin tasdik ettirilmesi, 227-242. maddeleri arasında defter kayıtlarını belgelendirme, 253-256. maddeleri arasında defter ve belgelerin muhafaza ve ibrazı düzenlenmiştir. Ayrıca vergi yükümlülerinin beyanname verme ve bildirim ödevleri de bulunmaktadır.

Gelişen teknoloji, bürokrasinin azaltılması isteği, maliyetlerin düşürülmesi gibi amaçlarla Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 242, mükerrer 257 ve yetkiye ilişkin diğer maddeleri ile elektronik ortamda defter, kayıt ve belgelerin oluşturulması hakkında usul ve esasları belirlemek için Maliye Bakanlığı² yetkili kılınmıştır. Maliye Bakanlığı da bu yetkisini kullanarak 2018

¹ **Karayalçın, Yaşar** (1988) Muhasebe Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 7.

² İlgili madde hükmünde "Maliye Bakanlığı" ibaresi geçmekle birlikte 9 Temmuz 2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 703 No'lu Kanun Hükmünde Kararname ile Maliye Bakanlığı, "Hazine ve Maliye Bakanlığı" olarak değiştirilmiştir. Ancak Vergi Usul Kanunu'nun ilgili maddelerinde "Maliye Bakanlığı" kullanıldığı için çalışmamızda da güncel mevzuat hükmü kullanılacaktır. Aynı husus diğer bakanlıklar için de geçerlidir.

yılı itibarıyla Defter-Beyan Sistemi'ni uygulamaya başlamıştır. Defter-Beyan Sistemi, bazı mükellefler açısından zorunlu bir uygulama olup şekli ödevlerin sistem üzerinden yürütülmesini sağlamaktadır. Böylelikle hem mükellef hem de vergi idaresi açısından defter ve belgelerin takip edilmesi kolaylaşmaktadır.

Yeni getirilen bir uygulama olan Defter-Beyan Sistemi'nin kullanılmaya başlanması tartışmaya açık bazı noktaların oluşmasına da sebep olmuştur. Çalışmamızın amacı, Defter-Beyan Sistemi'ne ilişkin kuralların açıklanarak tereddütlerin giderilmesinin yanı sıra Sistem'in Vergi Usul Kanunu hükümleri üzerindeki etkilerini de tespit etmektir. Çalışmamızda öncelikle Defter-Beyan Sistemi'nin kanuni dayanakları üzerinde durulacaktır. Defter-Beyan Sistemi'ne ilişkin hükümler incelenecek ve Sistem hakkındaki kurallar tespit edilecektir. Maliye Bakanlığı'nın, Kanun'un kendisine vermiş olduğu yetkiye dayanarak çıkarmış olduğu tebliğlerin niteliği ve kanunla ilişkisine yer verilecektir. Son olarak, Defter-Beyan Sistemi'nin Vergi Usul Kanunu hükümlerinin işlevselliğine olan etkisi değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK

Vergi hukukunda defter tutma yükümlülüğü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 171 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Maddede esas olarak fiziki şekilde defter tutma yükümlülüğünden bahsedilmekle birlikte teknolojinin gelişmesi, bürokrasinin azaltılması isteği ve masrafların düşürülmesi gibi amaçlarla elektronik defter uygulaması da ülkemizde kullanılmaya başlanmıştır. 2020 yılı itibarıyla elektronik defter uygulamalarının kullanıcı sayısı 125.000'e ulaşmıştır³.

Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 242. maddesi ve mükerrer 257. maddesiyle Maliye Bakanlığı'na defter ve belgelere ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir. Maliye Bakanlığı da Kanun tarafından verilmiş olan yetkisini kullanarak "Elektronik Defter" ve "Defter-Beyan Sistemi" uygulamalarını getirmiştir.

³ Gelir İdaresi Başkanlığı, E-Defter, <<http://www.edefter.gov.tr/edefterkayitlikullanilar.html>> s.e.t. 09.03.2020.

Elektronik defter (E-defter), 1 Sıra Numaralı Elektronik Defter Genel Tebliği⁴ ile birlikte uygulanmaya başlanmıştır. 2011 yılında sadece bilanço esasına göre defter tutmakta olan mükelleflerin isteğe bağlı olarak kullanabildikleri bir uygulama olan elektronik defter, 421 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği⁵ ile bazı mükellefler için zorunlu hale getirilmiştir. Elektronik deftere ilişkin son tebliğ ise 3 Sıra No'lu Elektronik Defter Genel Tebliği (Sıra No:1)'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'dir⁶. Bu Tebliğ ile elektronik defter kullanmakla yükümlü olan mükelleflerin kapsamı genişletilmiştir.

Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 242. maddesinin ikinci fıkrasında elektronik defter, tutulması zorunlu olan defterlerde bulunması gereken bilgileri kapsayan elektronik kayıtlar şeklinde tanımlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, şekli hükümler dışında Vergi Usul Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na⁷ göre tutulması zorunlu olan defterlerde yer alması gereken bilgileri içeren elektronik kayıtlar bütününe elektronik defter denir.

486 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nin⁸ 2. maddesinde elektronik defterin amacı düzenlenmiştir. Buna göre, elektronik defterin amacı teknolojinin gelişmesi ve idari ihtiyaçlara uygun olarak defterlerin revize edilebilmesini kolaylaştırmak, kağıt ortamında basımı, onayı ve muhafazası gibi yükümlülüklerin elektronik ortamda yerine getirilmesini sağlamak, mükelleflerin vergiye gönüllü bir şekilde uyumunu arttırmak, elektronik denetimi sağlamak ve firmalar arasında ortak bir standart oluşturabilmektir.

Vergi Usul Kanunu'nda elektronik deftere ilişkin ayrıntılı olarak düzenleme yapılmamakla birlikte mükerrer 242. ve mükerrer 257. maddelerinde elektronik deftere ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun defter tutma yükümlülüğünü düzenleyen 66. maddesinde

⁴ Resmi Gazete Tarihi: 13/12.2011, Resmi Gazete Sayısı: 28141.

⁵ Resmi Gazete Tarihi: 14/12/2012, Resmi Gazete Sayısı: 28497.

⁶ Resmi Gazete Tarih: 19/10/2019, Resmi Gazete Sayısı: 30923.

⁷ Resmi Gazete Tarihi: 14/2/2011, Resmi Gazete Sayısı: 27846.

⁸ Resmi Gazete Tarihi: 17/12/2017, Resmi Gazete Sayısı: 30273.

de elektronik defterlere ilişkin usul ve esasların Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılacak ortak bir tebliğ ile belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Elektronik defter uygulamasının aktif olarak kullanılmaya başlanmasının ardından Maliye Bakanlığı, yeni bir sistem uygulamaya koymuştur. 2018 yılı itibarıyla 486 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile "Defter-Beyan Sistemi" yürürlüğe girmiştir. Elektronik defter uygulamasına göre farklılıklar içeren ve yeni bir sistem olan Defter-Beyan Sistemi belirli grup mükellefler için zorunlu bir uygulamadır. Elektronik defterden farklı olarak Defter-Beyan Sistemi'nde vergi beyannamesi, bildirim ve dilekçeler elektronik ortamda verilebilmektedir. Ayrıca Defter-Beyan Sistemi'nde elektronik defter uygulamasına göre daha fazla defterin tutulmasına müsaade edilmektedir.

486 No'lu Tebliğ'e göre, mükelleflerin kayıtlarının elektronik ortamda tutulması, belgelerin elektronik ortamda oluşturulması, defter tutmak zorunda olanların defterlerinin elektronik sistem üzerinde oluşturulması ve saklanması, vergi beyannamesi, bildirim ve dilekçelerin de aynı şekilde elektronik ortamda gönderilebilmesi ile elektronik ortamda belge düzenlenebilmesi amacıyla Defter-Beyan Sistemi oluşturulmuştur. Sistem ile birlikte mükelleflerin yükümlülüklerine ilişkin bürokratik işlemlerin ve maliyetlerin azaltılmasının yanı sıra kayıt dışı ekonomi ile mücadelenin arttırılması da hedeflenmektedir. Bu sayede vergiye gönüllü uyum sağlanacağı ifade edilebilir.

II. DEFTER-BEYAN SİSTEMİ'NİN ESASLARI

A. KULLANMAKLA YÜKÜMLÜ OLANLAR

Defter-Beyan Sistemi'ni kullanmakla yükümlü olan mükellefler 486 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde belirtilmiştir. Buna göre; serbest meslek kazancı olan ve işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler Defter-Beyan Sistemi üzerinden defterlerini tutmak zorundadır. Ayrıca, basit usule tabi olan mükelleflerin kayıtlarının da elektronik ortamda oluşturulması ve Sistem üzerinden tutması zorunludur.

Defter-Beyan Sistemi'ni kullanmak zorunda olan mükelleflerden birincisi işletme hesabına göre defter tutanlardır. İşletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler, ikinci sınıf tüccarlardır. İkinci sınıf tüccar olarak kabul edilenler ise Vergi Usul Kanunu'nun 178. maddesinde belirtilmiştir. 2020 yılı rakamlarına göre⁹; satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 280.000 TL'yi veya satışlarının tutarı 390.000 TL'yi aşanlar; Hizmet satışıyla uğraşanların bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 140.000 TL'yi aşanlar; Mal ve hizmet satışının birlikte yapılması halinde hizmet satışından sağlanan iş hasılatının beş katı ile yıllık mal satış tutarının toplamı 280.000 TL'yi aşanlar birinci sınıf tüccar sayılır. Birinci sınıf tüccar sınıfına girmeyen tüccarlar, kurumlar vergisi mükelleflerinden işletme hesabı esasına göre defter tutmalarına Maliye Bakanlığı'nca müsaade edilenler ve yeniden işe başlayan tüccarlar yıllık iş hacimlerine göre sınıflandırılıncaya kadar ikinci sınıf tüccar sayılırlar. İkinci sınıf tüccar grubuna dahil olan mükelleflerin tutmak zorunda olduğu defter ise işletme hesabı defteridir. İşletme hesabı defterinin içermesi gereken bilgiler ve uyulması gereken şekle ilişkin kurallar Vergi Usul Kanunu'nun 194. maddesinde belirtilmiştir. İşletme hesabı defterinin sol tarafına gider, sağ tarafına ise hasılat kaydedilir.

Sistemi kullanmakla yükümlü olan ikinci mükellef grubu, serbest meslek kazancı olanlardır. Serbest meslek kazancı, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 65. maddesinde, "*Serbest meslek faaliyetini sermayeden ziyade şahsi mesaiye, ilmi veya mesleki bilgiye ve ihtisasa dayanan ve ticari mahiyette olmayan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması*" şeklinde tanımlamıştır. Serbest meslek faaliyetini yürüten kişilere ise serbest meslek erbabı denmektedir. Gelir Vergisi Kanunu'nun 66. maddesinde belirtilen kişilerin yürüttükleri faaliyet dolayısıyla serbest meslek erbabı sayılacakları hüküm altına alınmıştır. Vergi Usul Kanunu'nun 210. maddesine göre serbest meslek erbabı, serbest meslek kazanç defteri tutmaktadır. Defterin bir tarafına giderler yazılırken diğer tarafına ise hasılat

⁹ Her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre değişen sınırlar, 2020 yılı için 01.01.2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 27.12.2019 tarih ve 30991 (2. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 513 sıra no.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile belirlenmiştir.

kaydedilir. Gider tarafına, yapılan giderlerin türü ile yapıldığı tarih kaydedilir. Hasılat tarafına ise ücretin alındığı tarih, hasılatın miktarı ile kimden alındığı yazılır. 210. maddenin son fıkrasına göre, doktorlar istedikleri takdirde, yukarıda belirtilen içeriği protokol defterinde göstermek şartıyla ayrı kazanç defteri tutmayabilirler.

Sistemi kullanması zorunlu olan üçüncü mükellef grubu ise Gelir Vergisi Kanunu'na göre kazancı basit usulde tespit edilenlerdir. Gelir Vergisi Kanunu'nun 37. maddesinde gelir vergisine tabi olan ticaret ve sanat erbabı düzenlenmiştir. Ticaret ve sanat erbabı kazancın tespit usulüne göre basit usul ve gerçek usulde vergilendirilenler olarak ikiye ayrılır. Gelir Vergisi Kanunu'nun 46. maddesine göre basit usulde vergilendirilmek için mükellefin taşıması gereken genel ve özel şartlar vardır. Genel şartlar Kanun'un 47. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu şartlar; kendi işinde bilfiil çalışmak veya bulunmak; işyeri mülkiyetinin iş sahibine ait olması halinde emsal kira bedeli, kiralanmış olması halinde yıllık kira bedeli toplamı büyükşehir belediye sınırları içinde 2020 takvim yılı için 11.000 TL'yi aşmamak, diğer yerlerde 2020 takvim yılı için 7.000 TL'yi aşmamak; ticari, zirai veya mesleki faaliyetler dolayısıyla gerçek usulde gelir vergisine tabi olmamaktır. Kanun'un 48. maddesinde ise özel şartlar düzenlenmiştir. Buna göre; satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satanların yıllık alımları tutarının 2020 takvim yılı için 140.000 TL'yi aşmaması veya yıllık satışları tutarının 2020 takvim yılı için 220.000 TL'yi aşmaması; belirtilenlerin dışındaki işlerle uğraşanların bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hâsılatının; 2020 takvim yılı için 70.000 TL'yi aşmaması; özel şartlardan ilk ikisinde yazılı işlerin birlikte yapılması halinde, yıllık satış tutarı ile iş hasılatı toplamının 2020 takvim yılı için 140.000 TL'yi aşmaması gerekmektedir.

Gelir Vergisi Kanunu'na göre kazancı basit usulde tespit edilenler, gelir vergisi açısından defter tutma ödevinden muaf tutulmuştur. Ancak ikinci sınıf tüccarların tabi olduğu usul ve esaslara göre belge düzenlemek zorundadırlar. 215 Seri No'lu Gelir Vergisi Tebliği'ne¹⁰ göre, bu kişilere belge vermedikleri günlük hasılatları için gün sonunda tek bir fatura düzenleme kolaylığı

¹⁰ Resmi Gazete Tarihi: 06/12/1998, Resmi Gazete Sayısı: 23545.

sağlanmıştır. Düzenlenen faturanın alıcı kısmına “... tarihli toplam hasılat” şeklinde bir ibare yazılması gerekmektedir. Ayrıca bu mükellefler (dolmuş işletenler hariç), müşterileri istediği takdirde fatura veya perakende satış belgesi vermek zorundadır.

Defter-Beyan Sistemi’ni kullanma zorunluluğu yalnızca üç grup mükellef için zorunlu tutulmuştur. Kanaatimizce, kullanım zorunluluğunun kısıtlı tutulmasının olası sebepleri izlenme kolaylığı ve diğer defterlerin karmaşıklığı olarak değerlendirilebilir. Gelir Vergisi Kanunu’na göre kazancı basit usulde tespit edilenler gelir vergisi açısından defter tutmaktan muaftır. Ancak bu mükellefler belge tutmak ve saklamak zorundadır. Belgelerin Sistem üzerinden daha kolay takip edilebileceği düşünülerek bu mükellef grubu için Defter-Beyan Sistemi’ni kullanma zorunluluğu getirildiği değerlendirilebilir. İşletme hesabı esasına göre defter tutanlar ve serbest meslek erbaplarının defterlerini Sistem üzerinden tutması ise kontrol açısından kolaylık sağlamaktadır. Defter-Beyan Sistemi’yle birlikte mükellefin defterleri, belgeleri, beyannameleri ve bildirimleri tek bir yerde bulunmaktadır. Bu durum ise gerek vergi idaresi gerek mükellef açısından kullanım kolaylığı sunmaktadır. Sadece üç mükellef grubu için zorunlu tutulmasının diğer olası sebebi ise defterlerin türlerinden kaynaklanmaktadır. İşletme hesabı esasına dahil olanlar işletme hesabı defteri tutarlar ve bu defterin sol tarafına gider, sağ tarafına gelirler yazılır. Daha açık bir ifadeyle, işletme hesabı defteri kolay bir usul içermektedir. Aynı şekilde serbest meslek erbaplarının tutmuş oldukları defterler de sol tarafına gider, sağ tarafına gelirler yazılmak suretiyle kolay bir usulde tutulmaktadır. Ancak Sistem’i kullanmak zorunda olmayan mükellef grupları incelendiğinde defterlerinin daha karmaşık bir sisteme sahip olduğu görülmektedir. Bilanço hesabı esasına göre defter tutanlar bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bilanço hesabı esasında üç ayrı defter tutulmasının yanı sıra defterlerin birbirine ait bilgileri içermekte ve kayıtların tutulma şekilleri daha karışık bir usule tabi olduğu görülmektedir. Sistem’in yeni uygulanmaya başlaması da göz önüne alındığında daha karışık bir usulü olan defterlerin uygulamaya dahil edilmediği ve izlenme kolaylığı nedeniyle yalnızca üç grup mükellef için Sistem’in zorunlu tutulduğu ifade edilebilir.

Defter-Beyan Sistemi kullanma zorunluluğu, basit usulde ticari kazancı olan ve serbest meslek erbabı olan mükellefler için 01.01.2018 tarihinde, işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler için ise 01.01.2019 tarihinde başlamıştır.

486 No'lu Tebliğ'e göre, kurumlar vergisi mükelleflerinden işletme hesabı esasına göre defter tutmalarına Bakanlık tarafından müsaade edilenler, bilanço esasına göre defter tutan mükellefler ile gelirleri sadece ücret, gayrimenkul sermaye iradı ile diğer kazanç ve iratlardan veya bunların birkaçından veyahut tamamından oluşan gelir vergisi mükellefleri Defter-Beyan Sistemi'ni kullanamazlar.

Tebliğ'de, ikinci sınıf tüccarlar birinci sınıfa geçerek bilanço esasına göre defter tutmaya başlayacakları takip eden takvim yılı başından itibaren Defter-Beyan Sistemi'ni kullanamayacakları düzenlenmiştir. Basit usule tabi olup Sistem'i kullanan mükellefler de basit usulden yararlanmayı istemediklerini ve bilanço usulüne göre vergilendirilmeyi talep edenler de ya dilekçelerinde belirttikleri tarihten ya da izleyen takvim yılının başından itibaren Sistem'i kullanamazlar. Fakat geçmiş dönemlere ait bilgileri görüntüleme amacıyla Sistem'e giriş yapabilirler.

B. SİSTEMİ KULLANMA YETKİSİ OLANLAR

Sistem'i kullanma yetkisi verilenler 486 No'lu Tebliğ'in 13. maddesinde ikili bir ayırım yapılarak belirtilmiştir. Buna göre, Sistem üzerinden defter tutma, beyanname ve bildirim gönderme işlemlerinde yetki, 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu¹¹ ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca vergi beyannamelerini meslek mensuplarına imzalatma mecburiyetine göre değişmektedir. İmzalatma zorunluluğu bulunan mükelleflerden, kendisine elektronik olarak beyanname göndermek için kullanıcı kodu, parola ve şifre verilenlerin kendileri veya meslek mensupları tarafından, diğerleri için meslek mensupları tarafından Sistem üzerinden defter tutma, beyanname ve bildirim gönderme işlemleri yapılabilir.

¹¹ Resmi Gazete Tarihi: 13/06/1989, Resmi Gazete Sayısı: 20194.

Tebliğ'e göre, imzalatma zorunluluğu bulunmayan mükelleflerden, kendisine elektronik beyanname verebilmek için kullanıcı kodu, şifre ve parola temin edilenler kendileri veya meslek mensupları ya da basit usule tabi mükellefler için bağlı buldukları meslek odaları; diğerleri için meslek mensupları veya basit usule tabi mükellef açısından bağlı buldukları meslek odaları tarafından söz konusu işlemler yapılabilir. Defter-Beyan Sistemi'ni meslek mensubu veya meslek odası vasıtasıyla kullanan mükellefler, herhangi bir işlem yapmadan, sadece görüntüleme amacıyla da Sistem'i kullanabilirler.

C. BAŞVURU VE KAYIT

Mükellefler, Sistem'i kullanmaya başlayacakları takvim yılından önceki ayın son gününe kadar, o gün de dahil olmak üzere, www.defterbeyan.gov.tr adresi üzerinden ya da gelir vergisi yönünden bağlı oldukları vergi dairesi aracılığıyla başvuruda bulunmalıdır. Bu kapsamda 486 Sıra No'lu Tebliğ'in geçici 1. maddesine göre 31.12.2017 tarihine kadar Sistem'i kullanmak üzere başvuru tarihleri; serbest meslek erbapları için 31.1.2018, basit usule tabi olan mükellefler açısından ise 30.06.2018 olarak belirlenmiştir. Ancak 499 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği¹² ile birlikte basit usule tabi mükellefler için tarih 30.09.2018 olarak değiştirilmiştir.

Tebliğ'in başvuruyu düzenleyen 5. maddesine göre, Defter-Beyan Sistemi uygulanmaya başladıktan sonra mükellefiyeti oluşan ve bu Sistem'i kullanmakla yükümlü olanlar kendileri ya da sorumlu kişiler aracılığıyla işe başlama bildiriminin yapıldığı günü izleyen 7. iş günü mesai bitimine kadar gelir vergisi yönünden bağlı oldukları vergi dairesine veya "www.defterbeyan.gov.tr" adresi üzerinden başvuru yapabilecektir.

Basit usule tabi mükelleflerden; sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenlediği veya kullandığı tespit olunanların, bu durumun kendilerine tebliğ edildiği tarihi takip eden aybaşından önce; mevcut işine Gelir Vergisi Kanunu'nun 51. maddesinde belirtilen faaliyetleri ilave edenlerin, bu faaliyetlere dair işe başlama bildirimlerinin verildiği günü izleyen 7. iş günü sonuna kadar; işletme hesabı esasına göre defter tutacak

¹² Resmi Gazete Tarihi: 29/05/2018, Resmi Gazete Sayısı: 30435.

olan mükelleflerin defter tutmaya başlamadan önceki takvim yılının son gününe (bu gün dahil) kadar, kendileri veya belirtildiği şekilde aracılık ve sorumluluk yetkisi verdiği kişiler aracılığıyla gelir vergisi bakımından bağlı buldukları vergi dairesi veya “www.defterbeyan.gov.tr” adresi üzerinden başvuru yapmaları gerekmektedir.

Mükellefin sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullandığı veya düzenlediğine dair tespit işlemi vergi idaresi tarafından yapılmaktadır. Her ne kadar tespit işleminin idare tarafından yapılmasının temel hak ve özgürlükler açısından ihlal teşkil edebileceğine dair değerlendirmeler olsa da idari işlemler kesin hüküm niteliğinde olmayıp kesin karar niteliğinde geçici bir etkiye sahiptir¹³. Aksi mahkeme kararıyla sabit olana kadar işlemin hukuka uygun kabul edilmesine, idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması denilmektedir¹⁴. Diğer bir ifadeyle, idari işlem iptal davası neticesinde iptal edilene veya yapılan başvuru üzerine veya idare tarafından kendiliğinden geri alınana, kaldırılana kadar kanuni dayanağa sahip, hukuka uygun olarak kabul edilir¹⁵. Hukuka aykırı unsurlar bulunduğu değerlendirilen idari işlem için iptal davası açılması mümkündür. Vergi idaresinin yaptığı tespit işlemleri de idari işlem olduğu için bu işlemlere karşı yargı organlarına başvurmak mümkündür.

486 No’lu Tebliğ’de Vergi Usul Kanunu’nun 179. maddesi uyarınca ikinci sınıfa geçerek işletme hesabı esasına göre defter tutacak olan mükelleflerin, söz konusu maddede belirtilen şartların tahakkuk ettiği takvim yılının son gününe (bu gün dahil) kadar; gerçek usulde vergilendirilirken Gelir Vergisi Kanunu’nun 46. maddesi gereği yazılı olarak basit usule tabi olma talebinde bulunan mükelleflerin ise belirtilen maddede yer alan şartların gerçekleştiği takvim yılının son gününe (bu gün dahil) kadar kendileri veya yukarıda belirtildiği şekilde aracılık ve sorumluluk yetkisi verdiği kişiler aracılığıyla “www.defterbeyan.gov.tr” adresi üzerinden elektronik ortamda

¹³ Yaşar, Hasan Nuri (2014) İdare Hukuku, İstanbul, Der Kitabevi, s. 275.

¹⁴ Atay, Ender Ethem (2014) İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 447.

¹⁵ Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil (2014) Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 380.

veya gelir vergisi yönünden bağlı buldukları vergi dairesine başvuru yapmaları gerektiği belirtilmektedir.

Tebliğ'e göre, Defter-Beyan Sistemi'ne giriş yapabilmek için kullanıcı kodu ve Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası ve şifre bilgileri kullanılmaktadır. Şifre bilgisi, mükellefin veya noter aracılığıyla yetkilendirmiş olduğu kişi tarafından gelir vergisi bakımından bağlı bulunan vergi dairesine yapılan başvuru ile alınmaktadır.

Tebliğ'de işlemlerin defterlere kaydı, ait oldukları aya ait katma değer vergisi beyannamesinin verilmesi gereken son günden fazla geciktirilemeyeceği belirtilmiştir. Takvim yılının son ayına dair kayıtların, takvim yılına ait gelir vergisi beyannamesinin verilmesi gereken son gün saat 23:59'a kadar yapılması mümkündür. Basit usule tabi olan mükelleflerin alış ve giderleri ile satış ve hasılatlarına ilişkin üçer aylık kayıtlar, izleyen ayın sonuna kadar Sistem'e kaydedilir.

Rakam veya yazıların defter ve kayıtlara hatalı girilmesi durumunda, Tebliğde belirtilen kayıt zamanı içinde, Sistem üzerinden yanlış kayıt güncellenebilir veya iptal edilerek doğru kayıt aynı şekilde tekrar girilebilir.

D. SİSTEM ÜZERİNDEN TUTULABİLECEK DEFTERLER ve BELGELER

Defter-Beyan Sistemi üzerinden işletme defteri, çiftçi işletme defteri, serbest meslek kazanç defteri, amortisman defteri, envanter defteri, damga vergisi defteri, ambar defteri ve bitim işleri defteri elektronik ortamda tutulabilmektedir. Hekimler tarafından protokol defterine yapılan kayıtlar ile borsa acentaları ile noterler ve noterlik görevini ifa ile yükümlü olanlar tarafından resmi defterlere tutulan kayıtlardan bağımsız olarak, yükümlülüğe ilişkin olarak yapılan işlemlerin kayıt zamanına dair süreler içinde Sistem'e kaydedilmesi gerekmektedir.

486 No'lu Tebliğ'e göre mükellefler, Sistem üzerinden tutacakları envanter defterinde, amortisman defterinde veya amortisman listelerinde üzerinden amortisman ayrılan kıymetleri ve bunların amortismanlarını gösterebilirler. Amortisman tabi iktisadi kıymetlere dair işlemler, 01.01.2019

tarihinden itibaren zorunlu olarak Defter-Beyan Sistemi'nde bulunan "Sabit Kıymet Yönetimi" üzerinden takip edilecektir. Ayrıca Sistem üzerinden tutulan kayıtlar esas alınarak işletme hesap özeti, zirai kazanç hesap özeti, serbest meslek hesap özeti ile basit usul hesap özeti Sistem tarafından oluşturulur. Sistem ile birlikte gelir ve giderler elektronik ortamda saklanabilir, verilmesi gereken beyanname, bildirim ve dilekçeler elektronik ortamda gönderilebilir ve Vergi Usul Kanununca düzenlenmesi gereken zorunlu belgeler düzenlenebilir.

486 No'lu Tebliğ'in kayıt zamanını düzenleyen 7. maddesine göre, Defter-Beyan Sistemi üzerinden tutulan defterlerin açılış onayı, ilk defa veya yeniden işe başlama ve sınıf değiştirme hallerinde defteri kullanmaya başlamadan önce, izleyen faaliyet dönemlerindeki açılış onayları ise defterlerin kullanılacağı faaliyet döneminin ilk gününde Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından elektronik ortam üzerinde yapılır. Açılış onayı Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen tasdik hükmündedir. Kapanış onayı ise defterlerin ait oldukları takvim yılının son ayını takip eden 4. ayın sonuna kadar Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yine elektronik ortamda yapılır.

Tebliğ'in 9. maddesine göre Defter-Beyan Sistemi üzerinden tutulan defterler, Vergi Usul Kanunu kapsamında geçerli kanuni defter olarak kabul edilir. Sistemi kullanmak zorunda olan mükelleflerden defter tutmakla yükümlü olanların kağıt ortamında tuttukları defterlerin hukuki geçerliliği yoktur. Gelir İdaresi Başkanlığı, Sistem üzerinden tutulan defterlere ilişkin format ve standartlarda değişiklik yapabilir. Ayrıca kayıt oluşturma süreci ve vergi güvenliğine dair standartlara uyma yükümlülüğü de getirebilir. Bu zorunluluk mükellef gruplarına göre farklılaştırılabilir.

Vergi Usul Kanunu kapsamında düzenleme yükümlülüğü bulunan fatura ve fatura yerine geçen belgeler, serbest meslek makbuzu, müstahsil makbuzu, gider pusulası, sevk irsaliyesi ve benzer diğer belgeler, Defter-Beyan Sistemi üzerinden veya Sistem aracılığıyla elektronik ortamda düzenlenebilir. Tebliğ'in 11. maddesinde belirtilmiş olan Sistem üzerinden belge düzenlenmesi, mükellefler için zorunlu olmayıp isteğe bırakılmıştır. Defterlerin tutulmasının zorunlu olduğu bir Sistem'de, belgelerin tutulmasının da zorunlu olmasıyla kayıt birliği ve kontrolü daha kolay

sağlanabilecektir. Bu nedenle, elektronik ortamda belgelerin düzenlenmesinin mükellef için zorunlu tutulmaması tartışılmaya değer bir husustur.

E. SİSTEM ÜZERİNDEN TUTULAN DEFTERLERİN MUHAFAZA VE İBRAZİ

486 No'lu Tebliğ'in muhafaza ve ibrazı düzenleyen 10. maddesine göre, Defter-Beyan Sistemi'nin kullanılmasıyla birlikte işlemlerin elektronik ortamda kayıt altına alınması ve her işleme ait logların kaydedilmesine bağlı olarak defterlerin mükellefler tarafından ayrıca kağıt olarak saklanmasına gerek yoktur. Sistem üzerinden defterlerin görüntülenmesi, yazdırılması veya farklı dosya formatları ile indirilmesi mümkün olmakla birlikte, bu şekilde kaydedilmiş olup sonrasında kaydedilmiş/indirilmiş bulunan belgenin hukuki anlamda bir geçerliliği bulunmamaktadır.

Elektronik defter uygulamasından farklı olarak Defter-Beyan Sistemi'nde, Sistem üzerinden tutulan defter ve kayıtların muhafaza yükümlülüğü Gelir İdaresi Başkanlığı'na aittir. Başkanlık elektronik ortamda oluşturulmuş olan defterleri muhafaza ederek mükelleflerin kullanımına hazır bir şekilde bulundurmaya yükümlüdür. Böyle bir durumun ticari hayatın gizliliği açısından tartışmaya açık olduğu da yapılan değerlendirmeler arasındadır¹⁶. Vergi Usul Kanunu'nun 362. maddesinde düzenlenen vergi mahremiyetini ihlal suçu ile vergi işlemleri ve incelemeleriyle uğraşan memurların mükellefin ve ilgili kimselerin şahıslarına, işlem ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine dair öğrendikleri sırları ve gizli kalması gereken diğer hususları ifşa edemeyecekleri güvence altına alınmıştır. Vergi mahremiyetini ihlal edenler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddesine göre cezalandırılır. Vergi mahremiyetini ihlal yasağı, Vergi Usul Kanunu'nun 362. maddede belirtilen kişiler görevden ayrılışları dahi devam eder. Defter ve kayıtları muhafaza yükümlülüğü bulunan Gelir İdaresi Başkanlığı da vergi mahremiyetini korumak zorundadır.

¹⁶ Arslan, Cenk Murat (2018) "Elektronik Olarak Düzenlenen Defter ve Belgelerin Kapsamı Genişletildi", Vergi Dünyası, S:439, s. 73.

Aksi halde ilgili maddeler uyarınca gerekli yaptırımların uygulanması söz konusudur.

Tebliğ'e göre, mükellefiyetine dair defter ve belgeleri ibraz etmesi talep edilen mükellefler, talepte bulunan birim ile ibrazı talep edilen bilgilerin içeriğini ve ibraz talep yazısının bir örneği ile birlikte ibraz süresinin sonundan en geç 10 gün önce gelir vergisi yönünden bağlı olduğu vergi dairesi aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirir. Başkanlık bu bildirimle ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmıştır.

İlgili makamların, mükellefe ulaşamamaları ya da ibraz yazısının mükellefe tebliğ edilememesi halinde, bu durumu açıklayan belgelerle mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığı'na başvurmaları mümkündür. Başkanlık, istenildiği takdirde defterlerin kağıt, elektronik, manyetik ya da optik araçlar aracılığıyla eksiksiz ve okunabilir bir halde ibraz edilmesine yönelik tedbirleri almak ve ibraza yönelik farklı usul ve şekiller belirleme konusunda yetkili kılınmıştır.

F. CEZA VE SORUMLULUK

486 No'lu Tebliğ'in 17. maddesinde belirtildiği üzere, Defter-Beyan Sistemi'ni kullanmak zorunda olmasına rağmen Tebliğ'de belirtilen süreler içerisinde başvuruda bulunmayan, başvuru yapmış olmakla birlikte süreler içerisinde kayıt yapma, defter tutma, beyanname verme, bildirim ve dilekçe gönderme, belge düzenleme ve benzeri zorunlulukları yerine getirmeyen mükellefler hakkında Vergi Usul Kanunu'nun ilgili ceza hükümleri uygulanır.

Sistem'i kullanan mükelleflerin, Sistem dışında kağıt veya elektronik ortamda kayıt yapmaları, defter tutmaları ve Sistem harici yollarla beyanname göndermeleri yasaklanmıştır. Sistem haricinde defter tutmaları halinde hiç defter tutmamış sayılırlar. Sistem dışında beyanname gönderdikleri takdirde hiç beyanname vermemiş kabul edilirler. Kayıt ve işlemlerin yapılmamış, defterlerin tutulmamış ve beyannamelerin verilmemiş sayılması dolayısıyla Vergi Usul Kanununun ceza hükümleri uygulanır.

Tebliğ'e göre, kendisine kullanıcı kodu ve parola verilenler, bunların güvenliğinden de sorumludurlar. Sistem'i kullananların, kullanıcı kodu ve

parolalarını başka amaçla kullanmaları, üçüncü kişilere açıklamaları, devretmeleri, kiralamaları ve satmaları mümkün değildir. Kullanıcılar, kullanıcı kodu ve parolalarının kaybedilmesi, çalınması gibi durumlarda Vergi İletişim Merkezi'ne veya ilgili vergi dairesine bilgi vermekle yükümlüdür.

Tebliğ'in 17. maddesine göre, Sistem'i doğrudan kendisi kullananlar, Sistem'e yapılan kayıtların ve bilgilerin içeriğinden ve doğruluğundan kendileri sorumludur. Aracılık ve sorumluluk sözleşmesi imzalanarak yetki verilen kişiler aracılığıyla Sistem'i kullanan mükellefler, Sistem'e işlenecek her türlü bilginin meslek mensubuna veya meslek odasına tam ve doğru bir şekilde sunulmasından sorumludur. Meslek mensubu veya meslek odası ise deftere işlenen bilgilerin doğruluğundan ve beyanname, bildirimler ve dilekçelerin defter kayıtlarına ve kayıtların dayandığı belgelere aykırılığından doğan vergi ziyana bağlı olan vergi, kesilecek ceza ve hesaplanacak faizlerin ödenmesinden mükellefle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur. Gelir İdaresi Başkanlığı'nın bu konuda herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Maddenin devamında, beyanname, bildirim ve dilekçelere dair düzenlemeler bulunmaktadır. Buna göre, beyannamelerin onaylanmasıyla otomatik olarak hazırlanan tahakkuk fişleri veya ihbarnameler Sistem üzerinden mükellefe, vergi sorumlusuna veya bunların yetkilendirdiği gerçek veya tüzel kişilere iletilir. İletilmesiyle birlikte tebliğ gerçekleşmiş kabul edilir.

Sistem üzerinden yapılan işlemlerin, kayıtların ve deftere kaydedilmesi işlemlerinin ve beyanname, bildirim ve dilekçelerin verilmiş/düzenlenmiş sayılması için Sistem üzerinden onaylanması gerekir. Aksi takdirde işlem yapılmamış sayılır. Onaylanacak işlem, yapılması gereken sürenin son günü saat 23:59'a kadar tamamlanmalıdır. Elektronik ortamda yapılan işlemlerin tespit ve tevsikinde Başkanlık veya vergi dairesi kayıtları esas alınmaktadır.

G. DİĞER HUSUSLAR

486 No'lu Tebliğ'in 14. maddesine göre, Sistem'i kullanan mükelleflerin ölümü, gaipliği veya mükellefiyetin sonlandırılması durumlarında; ölüm, gaiplik veya sonlandırma tarihlerinden itibaren Defter-Beyan Sistemi'ne kayıt

yapma, defter tutma ve beyanname gönderme özellikleri kullanılamayacaktır. Bu tarihe kadar yapılması gereken işlemler ve onların gerektirdiği yükümlülükler kapsam dışında bırakılmıştır. Ayrıca geçmiş dönemlere dair kayıtlar da görüntülenebilecektir.

Tebliğ'in 12. maddesine göre, mücbir sebep, bölgesel veya ulusal uzun süreli elektrik veya internet kesintileri, siber saldırı gibi Başkanlık ve mükellef, meslek mensubu veya meslek odaları bakımından Sistemi kullanamaz hale getiren durumlar meydana gelebilir. Bu durumlarda, Sistem kapsamında yer alan belge, kayıt, defter, beyanname, bildirim ve dilekçelerin belirtilecek olan süreler içinde elektronik ortam haricinde düzenlenmesi ve muhafaza edilmesi, Tebliğ'de belirtilen sürelerin uzatılması, şartların ortadan kalkması halinde ise işlemlerin Sistem'e aktarılması hakkındaki usul ve esasları Başkanlık belirlemeye yetkilidir.

III. DEFTER-BEYAN SİSTEMİNİN VERGİ USUL KANUNU HÜKÜMLERİNE ETKİSİ

Maliye Bakanlığı tarafından 486 No'lu Tebliğ ile getirilen bir uygulama olan Defter-Beyan Sistemi ile birtakım tartışmaya açık hususların ortaya çıktığı ifade edilebilir. Bu noktada incelenmesi gereken ilk durum, vergi kanunları ile Maliye Bakanlığı'na verilen yetkinin ve tebliğlerin niteliğine ilişkindir.

Vergi hukukunun kaynakları sınıflara ayrılırken çeşitli ölçütler kullanılmaktadır. Kaynaklar üretildiği organa göre, bağlayıcı kaynak – yardımcı kaynak ayrımına göre veya güncel – eski kaynağa göre sınıflandırılmaktadır¹⁷. Bağlayıcılık niteliği göz önüne alındığında ise kaynakları bağlayıcı ve yardımcı kaynak olarak tasnif etmek mümkündür. Bir kaynağın bağlayıcılığından bahsedebilmek için yeni bir vergi normu koyması gerekmektedir¹⁸. Bağlayıcı niteliği haiz kaynakların içerdiği kuralların üst

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz, **Taşkan, Yusuf Ziya** (2019) Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 39.

¹⁸ **Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 15.

hukuk kurallarına aykırılığı yargı yoluyla denetlenmektedir. Bağlayıcı niteliği olmayan, verginin aslını değiştirmeyen, mevcut düzenlemelerin açıklaması niteliğinde olan, diğer bir ifadeyle kişiler ve uygulamacılar için yol gösterici özelliği bulunan kaynaklar ise yardımcı kaynaklardır¹⁹. Vergi hukukunun bağlayıcı kaynakları; anayasa, kanun, cumhurbaşkanlığı kararnameleri, cumhurbaşkanı kararları, uluslararası antlaşmalar, yönetmelikler, düzenleyici genel tebliğler, anayasa mahkemesi kararları ve içtihadı birleştirme kararlarıdır. Yardımcı kaynaklar ise; açıklama genel tebliğleri, iç genelgeler, özele (mukteza), sirküler, diğer yargı kararları, doktrindir, örf ve adettir²⁰.

Maliye Bakanlığı, kendisine Anayasa'nın 124. maddesi ile verilen "...kanunların uygulanmasını sağlamak..." görev ve yetkisini genel tebliğler aracılığıyla kullanmaktadır. Vergi kanunlarının sayısının çok olması, öncelikle ekonomideki değişiklikler olmak üzere farklı nedenlerle vergi kanunların sık sık değişmesi nedeniyle algılanmasında ve yorumlanmasında yaşanan tereddütleri gidermek, vergi idaresini aydınlatmak ve uygulamada birliği sağlamak amacıyla genel tebliğler yayımlanmaktadır²¹. Genel tebliğler, işlevleri ve dayanakları esas alınarak doktrinde ikiye ayrılarak incelenmektedir: Uygulama (düzenleyici) ve açıklama (yorum) genel tebliğleri. Vergi kanunlarında açık bir şekilde Maliye Bakanlığı'na verilen yetkiye dayanarak çıkartılan genel tebliğler, uygulama (düzenleyici) genel tebliğidir. Doktrindeki genel görüşe göre uygulama genel tebliğlerinin bağlayıcı niteliği bulunmaktadır²². Bu tebliğler ile Maliye Bakanlığı, vergi kanunlarında

¹⁹ **Kırbaş, Sadık** (2012) Vergi Hukuku, Ankara, Siyasal Kitabevi, s. 20-21; **Bilici, Nurettin** (2016) Vergi Hukuku, 37. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s. 22.

²⁰ Örf ve adet, kanunda yazılı olmaması koşuluyla bağlayıcı olmayan kaynaklar arasında yer almaktadır. Kanunda yer alıyorsa bağlayıcı kaynaklar arasında kategorize edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Mutluer, M. Kamil/Dayanç Kuzeyli, N. Nilay** (2019) Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 116; **Taşkan**, s. 69; **Saraçoğlu, Fatih/Pürsünlerli Çakar, Elif** (2019) Vergi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.8.

²¹ **Oktar, S. Ateş** (2017) Vergi Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi, s. 40; **Öner, Erdoğan** (2016) Vergi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 36.

²² **Öncel/Kumrulu/Çağan ve diğerleri**, s. 19; **Kaneti, Selim/Ekmekci, Esra/Güneş, Gülsen/Kaşıkçı, Mahmut** (2019) Vergi Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 36; **Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2017) Vergi Hukuku, 8. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, s. 36; **Taşkan** (2019), s. 64; **Mutluer/Dayanç Kuzeyli**, s. 113-114.

kendisine tanınan sınırlar içinde düzenleme yapar²³. Maliye Bakanlığı'nın görüş açıklamak amacıyla çıkardığı ve bağlayıcı olmayan genel tebliğler ise açıklama (yorum) genel tebliği olarak adlandırılmaktadır²⁴.

Uygulama genel tebliğleri, vergi kanunları tarafından Maliye Bakanlığı'na verilen yetkiye dayanarak oluşturulan düzenleyici işlemlerdir. Hem uygulama hem yorum genel tebliğleri sayı verilerek Resmi Gazete'de yayımlanır. Kanunun Maliye Bakanlığı'na vermiş olduğu yetki vergi kanunlarında genellikle "usul ve esasları belirleme yetkisi" şeklinde ifade edilmektedir. Nitekim Defter-Beyan Sistemi'yle ilgili bazı hususlarda da Vergi Usul Kanunu'nun 175, mükerrer 242, mükerrer 257 maddelerinde usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Yetkiyi düzenleyen kanun maddelerinde yer alan "usul ve esasları belirleme" biçimindeki ifade nedeniyle Maliye Bakanlığı'nın bazı durumlarda kendisine verilen yetkiyi aştığı değerlendirilmektedir. Bu durumun dayanağını ise, düzenleyici bir işlem olan tebliğler ile kanun hükümlerinin lafzı ve amacı dışına çıkılması oluşturur²⁵.

Vergi kanunlarında, tamamının veya bir maddesinin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ve açıklanması gerekliliği gibi durumlarla karşılaşmaktadır. Uygulamada birliğin sağlanması, kanun maddelerinin doğru ve etkin bir şekilde uygulanması için ayrıntılı açıklamalar yapılması gibi amaçlarla bağlayıcı nitelikte olan genel tebliğler Resmi Gazete'de yayımlanmaktadır. Bu tebliğlerde yapılan açıklamalar ile mükellef ve vergi dairesi bilgilendirilmekle birlikte tebliğde belirtilen hususlar kendileri için bağlayıcı nitelik taşımaktadır²⁶.

²³ **Pehlivan, Osman** (2015) Vergi Hukuku, Celepler Matbaacılık, s. 36.

²⁴ **Baykara, Bekir** (2001) "Vergi Kanunları İle İlgili Genel Tebliğler Ve İç Genelgelerin Hukuki Anlamı Ve Değeri", Vergi Dünyası, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/2771>> s.e.t. 09.03.2020.

²⁵ **Taşkan, Yusuf Ziya** (2010) Vergi Yönetiminin Düzenleyici İşlemleri, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 52-53.

²⁶ **Uyanık, Namık Kemal** (2001) "Genel Tebliğler Ve Muktezalar", Vergi Dünyası, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/2776>> s.e.t. 09.03.2020.

Maliye Bakanlığı'nın düzenleyici işlemi olan tebliğ ile yapılan düzenlemelerin sınırını ise düzenlemenin dayanağı oluşturur. Diğer bir ifadeyle, Bakanlık kendisine verilen yetkileri kanunun kendisine verdiği sınırlar içinde ve kanunun lafzı ile amacına uygun bir şekilde kullanmakla yükümlüdür²⁷. Nitekim Danıştay'ın kararına konu olan olayda, Maliye Bakanlığı kendisine verilen usul ve esasları belirleme yetkisini kullanarak genel tebliğ yayımlamıştır. Bu Tebliğ ile müteselsil sorumluluk kapsamının genişletildiği, böylece Kanun'un öngördüğü yetkinin sınırlarının aşıldığı ve Kanun'da öngörülmeleyen bir yükümlülük oluşturulduğu gerekçesiyle Tebliğ'in iptaline karar verilmiştir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından da onanarak kesinleşmiştir²⁸.

Kanaatimizce, 486 No'lu Tebliğ açısından da açıklanan hususlar tartışılmaya değerdir. Tebliğ'in yetkiyi içeren maddesi incelendiğinde, Vergi Usul Kanunu'nun 175, mükerrer 242 ve mükerrer 257. maddeleriyle elektronik ortamda defter tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi Maliye Bakanlığı'na bırakılmış ve Bakanlık da bu yetkisini kullanarak Tebliğ ile düzenleme yapmıştır. Her ne kadar Bakanlık usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmış ise de Tebliğ ile mükelleflere Kanun'da öngörülmeleyen birtakım yükümlülükler getirdiği, Kanun'daki yükümlülüklerden bazılarını ortadan kaldırdığı ve ödevlere aykırılık neticesinde yaptırımlar öngördüğü belirtilmelidir. Bu noktada ise vergilerin kanuniliği ilkesi ile tebliğlerin niteliği birlikte incelenmelidir. Kanunilik ilkesi, devlet tarafından vergilendirme yetkisinin yalnızca kanun suretiyle kullanılmasını ifade etmektedir. Bir başka anlatımla, vergilerin kanuniliği ilkesi devletin vergilendirme yetkisini genel, soyut, kişisel olmayan ve yasama organınca anayasal usullere uygun bir şekilde

²⁷ **Acar, Mustafa Gürhan** (2001) "Genel Tebliğ ve Muktezanın Vergi Hukuku Bakımından Mahiyeti Ve Mükellef İle İdare Bakımından Bağlayıcılığı" Vergi Dünyası, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/2786>> s. e.t. 09.03.2020.

²⁸ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E: 2000/238, K: 2001/20, Karar Tarihi: 12/01/2001. Kanun'da öngörülmeleyen sınırlamaların Tebliğ gibi düzenleyici işlemler ile getirilmesi nedeniyle Danıştay kararlarına konu olan olaylar bulunmaktadır. Bkz: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu, E: 2017/232, K: 2017/266, Karar Tarihi: 25/04/2017; Danıştay 4. Daire, E: 2005/1890, K: 2006/3186, Karar Tarihi: 26/12/2006.

çıkartılan kanunlarla kullanılmasını ifade etmektedir²⁹. Vergiyle ilgili her türlü düzenlemenin kanunlarda yazılı olması gerekmektedir³⁰. Vergilerin kanunla koyulması, vergi yükünü etkileyen tüm unsurların da kanunla düzenlenmesine dair bağlayıcı bir sınır çizmektedir. Bu kapsamda; mükellef, konu, vergiyi doğuran olay, muafık ve istisnalar, matrah, oran, tahsil zamanı ve şekilleri gibi temel hususlar kanunla düzenlenmelidir³¹.

Kumrulu'ya göre, verginin kanuniliği ilkesi, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin kanun ile getirilmesini zorunlu kılmasının yanı sıra verginin ana öğelerinin tespitinin de kanunla belirlenmesini gerektirmektedir³². Kaneti/Ekmekci/Güneş/Kaşıkçı, kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgili kişilere yükletilmesine olur vermesi bunun kanunla koyulduğu anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Nitekim mali yükümlerin tahsil usulleri, yaptırımları gibi çeşitli usulleri vardır ve bu yönleri kanun ile yeterince çerçevenmemişse kişilerin temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaktadır³³. Saban da temel ölçü yasa olduğu için yasa kapsamı dışındaki veya yasanın kapsamını genişletecek şekilde yapılan düzenlemelerin hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir³⁴. Çağan'a göre, devlet vergilendirme yetkisi ile kişilerin hak ve özgürlük alanına çeşitli müdahalelerde bulunmaktadır³⁵. Vergilendirme, devletin kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelttiği etkin müdahalelerden biri olduğu için bu müdahalenin sınırlarının ve koşullarının anayasada belirtilerek kişilere güvence sağlanması gerektiğini ifade etmektedir³⁶.

²⁹ **Karakoç, Yusuf** (1996) Türk Vergi Hukukunda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara, Anayasa Yargısı 13. Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 323.

³⁰ **Bilici**, s. 13.

³¹ **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 24.

³² **Kumrulu, Ahmet** (1988) "Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Nedeniyle Vergi Borcunda Objektif Sorumluluk Esasına Dayanan Teselsül", Türkiye Barolar Birliği Dergisi <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19883-1067>> s.e.t. 09.03.2020.

³³ Kaneti/Ekmekci/Güneş ve diğerleri, s. 57.

³⁴ **Saban, Nihal** (2016) Vergi Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, s. 36.

³⁵ **Çağan, Nami** (1982) Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 144.

³⁶ **Çağan, Nami** (1984) "Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, C:1, s. 171.

Güneş'e göre, vergiden doğan ödevler de kurucu öğeleri tamamlayan bir öge olduğu için, kanunla düzenlenmelidir. Ayrıca kanunda öngörülen ana öğelere ilişkin olarak yürütmeye ve vergi dairesinin takdirine dair hiçbir açık nokta bırakılmaması gerektiği de Güneş tarafından ifade edilmiştir³⁷. Baykara'ya göre, verginin kanuniliği ilkesi gereği kanun hükmü ile verilen yetki, verginin esas noktalarına değil, tali hususlarına uygulanan ve çok sınırlı olan bir yetki olmalıdır³⁸. Bu kapsamda, tebliğler kanunun verdiği yetkiye dayanarak çıkartılmış olsalar da tebliğ ile vergi yükünü etkileyen veya değiştiren düzenlemeler yapılamaz. Diğer bir ifadeyle, tebliğ ile yalnızca usule yönelik düzenlemeler yapılabilir³⁹.

Doğrusöz'e göre, Maliye Bakanlığı'na Kanun tarafından tanınmış olan yetki hiçbir zaman idareye, kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki bahşetmez, yasama yetkisinin devri anlam ve sonucuna neden olacak şekilde veya kanunla yapılan düzenlemelerin kapsamını değiştirecek, genişletecek veya daraltacak şekilde değerlendirilemez⁴⁰. Bu nedenle şekli ödevler de geniş anlamda vergi ödevi kapsamında kalacağı için bu hususların da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir⁴¹. Aksi takdirde yürütme organına, vergiye dair şekli bir mükellefiyetin getirilmesine ilişkin bir yasama yetkisinin devri söz konusu olur ki bu duruma Anayasa da izin vermemektedir. Ayrıca Doğrusöz, idarenin kanunen tutulması zorunlu defterin tutulma zorunluluğunu kaldıracak ve gerektiğinde kanunda öngörülmemiş defter ve belge tutma zorunluluğu getirmesinin de Anayasa'ya aykırı olduğunu ifade etmektedir⁴².

³⁷ **Güneş, Gülsen** (2014) Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 134.

³⁸ **Baykara**, s.e.t. 09.03.2020.

³⁹ **Şenyüz/Yüce/Gerçek**, s. 36.

⁴⁰ **Doğrusöz, Bumin** (2000) "Yargı Kararları Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirilmesi", Anayasal Mali Düzen, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, 14-16 Mayıs 1998, İstanbul, s. 140-141.

⁴¹ **Tekbaş, Abdullah** (2009) Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi, Ankara, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, s. 248; **Buyrukoğlu, Selçuk/Bozdoğan, Duygu** (2015) "Danıştay İçtihatlarında Vergilendirmede Kanunilik" Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, S:10/1, s. 270.

⁴² **Doğrusöz**, s. 141.

Nitekim bu husus Anayasa Mahkemesi'ne konu olan bir kararda da şu şekilde belirtilmiştir: "...Genel Tebliğle yükümlülük getirme ve yaptırım belirleme olanağı veren yasa kuralları Anayasa ile bağdaşamaz..."⁴³

Şenyüz/Yüce/Gerçek'e göre, verginin kanuniliği ilkesi vergileme alanında yürütme organının ve idarenin yetkili kılınamayacağını ifade etmektedir. Kanunilik ilkesi, yasama organı dışındaki organların vergi yükü veya vergi yüküne denk etki oluşturacak düzenlemelerin yapılmamasını da ihtiva etmektedir. Şenyüz/Yüce/Gerçek, ilkenin oldukça katı bir şekilde yorumlanmasını, bu kapsamda vergi yükünü değiştiren düzenlemelerin ancak ve ancak doğrudan yasama organı tarafından kanunla yapılması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanunilik ilkesi, kanunla düzenlenmesi gereken hususların idarenin düzenleyici işlemleriyle yapılmasına izin vermemektedir. Vergilerin kanunla alınması ile keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları da engellemektedir. Bu durum ise mükelleflere güvence sağlar ve ilke hukuki güvenliğin güvencesini oluşturur⁴⁴. Karakoç da vergilerin kanuniliği ilkesi ile belirsizliklerin, güvensizliklerin ve keyfiliklerin önlenmesinin amaçlandığını ifade etmektedir. Hızlı hareket edilmesi ve çabuk düzenleme zaruretleriyle Anayasa'da belirtilen sınırlar içinde kanunla yetki verilmesi mümkündür. Ancak verilen yetkilerin sınırlarının çok belirli olmaması ve bu yetkilerin, vergilendirme yetkisinin devri biçiminde uygulanmasına neden olmaktadır⁴⁵.

486 No'lu Tebliğ incelendiğinde, bazı mükelleflere Defter-Beyan Sistemi üzerinden defter tutma, saklama, vergi beyannamesi, bildirim ve dilekçelerin elektronik ortamda verilmesi zorunluluğu şeklinde yeni bir yükümlülük getirilmiştir. Söz konusu mükelleflerin, kağıt ortamında tuttıkları defterler tutulmamış; beyannamelerinin, bildirim ve dilekçelerinin fiziki ortamda verilmesi halinde beyannamelerinin, bildirim ve dilekçelerinin verilmemiş sayılacağı Tebliğ ile hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce, vergi ödevinin tamamlayıcı bir unsuru olan ödevlerin kanuni temelleri

⁴³ Anayasa Mahkemesi, E:1990/29, K:1991/37, Tarih: 15.10.1991.

⁴⁴ Şenyüz/Yüce/Gerçek, s. 25.

⁴⁵ Karakoç, Yusuf (2014) "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, Özel S. 2013, s.1298.

bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle, ödevle ilişkin temel esaslar öncelikle kanunda belirtilmeli, düzenleyici işlemler ile yalnızca ayrıntılar düzenlenmelidir. Vergi ödevinin öngörülmesi vergi yükünü etkileyen, mükellefe yeni bir sorumluluk yükleyen, usul ve esaslara ait olmayan asli bir konudur. Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca vergi ödevi, yükümlüsü ve konusuna dair düzenlemeler kanunda yer almalıdır. Kanunda düzenlenmeyen bir hususun, yeni bir ödev getirecek şekilde Tebliğ ile belirlenmesinin verginin yasallığı ilkesini zedeleyebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak uygulamada Maliye Bakanlığı, usul ve esasları belirleme yetkisini geniş yorumlamakta ve kanunda düzenlenmesi gereken yükümlülükleri tebliğ ile getirmektedir.

486 No'lu Tebliğ ile hükümlere uyulmadığı takdirde kişiler hakkında ceza hükümlerinin uygulanacağı da düzenlenmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi yer almaktadır. 38. madde; *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”* hükmü ile suçta kanunilik ilkesini; *“Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.”* hükmü ile cezada kanunilik ilkesini düzenlenmiştir. Anayasa'ya uyumlu bir şekilde Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde de suçta ve cezada kanunilik ilkesi hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda suç ve cezalar kanun ile kabul edilip düzenlenmelidir. Yürütme organı tarafından yapılan düzenleyici işlemlerle bir eylem suç haline getirilemez, ceza veya güvenlik önlemi koyulamaz⁴⁶.

Kabahatler bakımından da 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun⁴⁷ 4. maddesinde *“1.Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir. 2. Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.”* kuralı yer almaktadır. Hükme göre, kabahatler düzenleyici işlemlerle belirlenebilmekte ancak yaptırımın türü, süresi, miktarı

⁴⁶ Eroğlu, Onur (2013) “Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunilik İlkesi” Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, S:8(3), s. 167.

⁴⁷ Resmi Gazete Tarihi: 31/03/2005, Resmi Gazete Sayısı: 25772-Mükerrer.

düzenleyici işlemlerle hüküm altına alınamamaktadır. Kanun koyucu kabahat oluşturan bir davranışı tüm unsurlarıyla düzenleyebileceği gibi çerçeve hüküm de oluşturabilmektedir. Çerçeve hükmün içeriğinin doldurulması ise idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilmektedir. Ancak idare çerçeve hüküm bulunmadığı takdirde kendiliğinden kabahat sayılan davranışları belirleyememektedir⁴⁸. Ancak Başaran Yavaşlar'a göre, kanunda yer alan çerçeve hükmü yeterli görerek kabahatlerin idare tarafından belirlenmesine izin vermek hem Anayasa'nın 73. maddesine hem de 38. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Çerçeveyi kanun belirlemiş olsa dahi vergisel kabahat oluşturacak hareketin idare tarafından belirlenmesi uygun değildir⁴⁹.

Defter-Beyan Sistemi'nin Vergi Usul Kanunu hükümlerine etkisi bakımından incelenmesi gereken diğer bir konu ise ödevlere ilişkindir. Maliye Bakanlığı'nın 486 No'lu Tebliği'nde, Defter-Beyan Sistemi'ni kullanan mükellefler açısından Vergi Usul Kanunu'nda öngörülen şekli ödevlere göre büyük farklılıklar bulunmaktadır. Tebliğ'e göre, Defter-Beyan Sistemi'ni kullanan mükelleflerin, Vergi Usul Kanunu'nda belirtilen kağıt ortamında defter tutma, kayıt düzenine uyma, defterleri onaylatma, belge düzenine uyma, defter ve belgelerini saklama ve beyanname verme ödevleri ortadan kalkmaktadır. Bir başka anlatımla Tebliğ hükmü, kanuni bir yükümlülük olan şekli ödevlerden bir kısmını işlevsiz bırakmaktadır. Vergi Usul Kanunu'nda şekli ödevleri düzenleyen 95 madde bulunmaktadır. Vergi Usul Kanunu'ndaki yetkiye ilişkin birkaç maddeye dayanarak yayımlanan Tebliğ hükmü ile Kanun'un şekli ödevleri düzenleyen 24 maddesi işlevsiz kalmaktadır. Gerek verginin kanuniliği ilkesi gerek genel tebliğin niteliği dikkate alındığında Maliye Bakanlığı'nın düzenleme yetkisinin anayasa ve kanun hükmünü yok sayacak derecede olup olamayacağı tartışılmaya değer bir husustur. Nitekim Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilen ve kanunla düzenlenen hususların, idarenin düzenleyici işlemi olan genel tebliğ ile anayasa ve kanun hükümlerini yok sayacak şekilde belirlenmesi söz konusudur. Bu noktada

⁴⁸ Şenyüz, Doğan (2017) Vergi Ceza Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi, s. 39.

⁴⁹ Başaran Yavaşlar, Funda (2006) "İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları" Vergi Dünyası, Temmuz 2006, s.163.

Anayasa'da da hüküm altına alınan vergilerin yasallığı ile suç ve cezaların kanuniliği ilkelerinin ihlal edildiği hususu da ayrıca değerlendirilmelidir.

Vergi Usul Kanunu'nda işlevsiz kalan şekli ödevler değerlendirilecek olursa; Tebliğ'in 1. maddesinde Defter-Beyan Sistemi'ni kullanmak zorunda olanlar düzenlenmiştir. Vergi Usul Kanunu'nun 172. maddesine göre fiziki olarak defter tutma yükümlülüğü bulunanlar; ticaret ve sanat erbabı, ticaret şirketler, iktisadi kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler, serbest meslek erbabı ve çiftçilerdir. Tebliğ ile serbest meslek erbabı, işletme hesabı esasına göre defter tutanlar ve basit usule tabi mükelleflerin kayıtlarının elektronik ortamda tutulması zorunluluğu getirilmiştir. Tebliğ'in 17. maddesine göre, Sistem dışında defter tutanlar hiç defter tutmamış sayılarak ilgili mükellef hakkında Vergi Usul Kanunu'nun ilgili ceza hükümleri uygulanır. Bir başka deyişle, Tebliğ'de belirtilen üç mükellef grubu, normlar hiyerarşisinde üst konumda bulunan Kanun hükmüne göre defter tutmaları halinde kanuni ödevini yerine getirmemiş sayılmaktadır.

Kanun ve Tebliğ hükümleri arasında farklılık bulunan bir diğer ödev, kayıt düzenine ilişkindir. Kanun'un 219. maddesinde kayıt zamanına ilişkin farklı durumlara göre on gün, kırk beş gün veya günü gününe kayıtların defterlere işlenmesi hakkında hüküm bulunmaktadır. Ancak Tebliğ'in 7. maddesinde işlemlerin deftere kaydı, ait oldukları ayın katma değer vergisi beyannamesinin verilmesi gereken son gün olan ayın 26. gününden fazla geciktirilemez. Basit usule tabi mükelleflerin ise üçer aylık kayıtlarını, izleyen ayın sonuna kadar Sistem'e kaydetmeleri gerekmektedir. Görüldüğü üzere, Kanun maddesi ile Tebliğ hükmü tamamen farklı süreler içermektedir. Tebliğ'de belirtilen sürelere uymayanlar hakkında ise ceza hükümleri uygulanmaktadır.

Defterlerin onay zamanı ve onay makamı, Kanun'un 221. ve 223. maddesinde düzenlenmiştir. İşe devam etmekte olanlar, defterin kullanılacağı yıldan önceki son ayda; yeniden işe başlayanlar, sınıf değiştirenler ve yeni mükellefiyete girenler, mükellefiyet tarihinden önce defterlerini yetkili makamlara onaylatmalıdır. Onay makamı ise, iş yerinin, iş yeri olmayanlar için ikametgahın bulunduğu yerdeki noter veya noterlik görevini ifa ile mükellef olanlardır. Menkul kıymet ve kambiyo borsasındaki acentaları için

borsa komiserliği tarafından onaylanır. Tebliğ'in 9. maddesinde ise onay zamanı ve makamı farklı düzenlenmiştir. İlk defa veya yeniden işe başlama ile sınıf değiştirme durumlarında kullanmaya başlamadan önce, izleyen dönemlerdeki açılış onayları ise defterin kullanılacağı faaliyet döneminin ilk günü onaylanır. Onay makamı ise Gelir İdaresi Başkanlığı'dır. Tebliğ'e uygun olarak onay yükümlülüğünü yerine getirmeyenler, Kanun hükmüne göre yükümlülüklerini yerine getirirler dahi, defterlerini onaylatmamış sayılmaktadır.

Defterlerin muhafaza ve ibraz yükümlülüğü hakkında da Kanun ve Tebliğ değişik kurallar içermektedir. Muhafaza ve ibraz ödevi, Kanun'un 253 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili buldukları yılı takip eden takvim yılından itibaren beş yıl süre ile mükellefler defterlerini saklamak ve talep edildiği takdirde yetkililere ibraz etmekle yükümlüdür. Tebliğ'in 10. maddesinde ise, defterlerin ayrıca kağıt ortamında saklanmasına gerek olmadığı, kağıt ortamında tutulması halinde hukuki bir geçerliliğinin bulunmadığı açık bir şekilde belirtilmektedir. Ayrıca, Sistem üzerinden tutulan defter ve kayıtların saklama yükümlülüğü de Kanun'un aksine mükellefe değil, Gelir İdaresi Başkanlığı'na aittir. Saklama yükümlülüğü Tebliğ ile mükelleften Gelir İdaresi Başkanlığı'na aktarılmıştır.

İbraz yükümlülüğü konusunda Kanun ve Tebliğ arasında bariz bir farklılık bulunmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, saklama yükümlülüğü Gelir İdaresi Başkanlığı'na ait olduğu için mükelleflerin ibrazı talep edilen bilgileri edinebilmek için Gelir İdaresi Başkanlığı'na bildirimde bulunması gerekmektedir.

Normlar hiyerarşisine göre, altta yer alan norm üstteki norma uygun olmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, genel tebliğler kanuna, kanun ise anayasaya aykırı olmamalıdır. Ancak gerek kanun hükmü gerek genel tebliğler incelendiğinde anayasaya ve kanuna aykırılıklar olduğu ifade edilebilir. Genel tebliğ ile düzenlenen ödevler ve cezalar ile Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümleri işlevsiz kalmaktadır. Defter-Beyan Sistemi'ne dair düzenlenmesi gereken ve verginin esasını teşkil edecek hususların anayasa hükümleri ile çatışmayacak şekilde, normlar hiyerarşisi gözetilerek kanunun ilgili maddelerinde belirtilmesi gerektiği söylenebilir.

SONUÇ

Teknoloji çağının gelmesiyle birlikte hayatı kolaylaştırmak, kontrolün daha rahat sağlanması gibi sebeplerden dolayı devlet kurumları da yeniliklere uyum sağlayarak birtakım uygulamalar getirmiştir. Bu uygulamalardan biri olan Defter-Beyan Sistemi de mükellefin defter tutmak, kayıt düzenine uymak, saklama ve ibraz gibi şekli ödevlerini yerine getirmesini kolaylaştırmayı ve vergi dairesi açısından da denetimi hızlandırmayı amaçlamaktadır.

Yeni uygulamaların yürürlüğe girmesiyle birlikte birtakım hususlar da tartışmaya açık hale gelmektedir. Defter-Beyan Sistemi incelendiğinde temel olarak iki konunun ele alınması gerekmektedir. Ele alınması gereken ilk durum, Vergi Usul Kanunu ile Maliye Bakanlığı'na verilen usul ve esasları belirleme yetkisinden kaynaklanmaktadır. Bu yetki ile Maliye Bakanlığı, kanunda çerçevesi belirlenmiş bir konu hakkında ayrıntılı bir düzenleme yapmak ve usul ve esasları belirlemek için tebliğ yayımlamaktadır. 486 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği de bu yetkiye dayanarak çıkartılmıştır. Ancak Tebliğ'in içeriği incelendiğinde Kanun'da düzenlenmeyen, çerçevesi belirlenmemiş yeni bir uygulamanın yürürlüğe girdiği görülmektedir. Bu noktada tespit edilmesi gereken, Maliye Bakanlığı'nın tebliğ ile düzenleme yetkisinin sınırlarıdır. Düzenleyici işlemlerin sınırını kanuni dayanağı ve anayasal ilkeler oluşturur. Dolayısıyla düzenleyici işlemler ile kanunun verdiği yetkinin dışına çıkılmaması doktrinde de değerlendirilmektedir. Kanaatimizce, Kanun ile verilen yetkinin Maliye Bakanlığı tarafından geniş yorumlandığı söylenebilir.

Ele alınması gereken bir diğer konu ise tebliğ ve kanun arasındaki ilişkidir. Normlar hiyerarşisi gereği, her norm bir üstünde bulunan norma uygun olarak belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle, alt norm, üstte yer alan norma aykırı olmamalıdır. Ancak 486 No'lu Tebliğ incelendiğinde Vergi Usul Kanunu hükümlerini işlevsiz kıldığı kanaatimizce değerlendirilmektedir. Tebliğ hükümleri ile getirilen yükümlülüklerin bir kısmının, Vergi Usul Kanunu'nda yer alan şekli ödevlere ilişkin hükümlere aykırılık teşkil edebileceği tartışmaya değer bir konudur. Verginin yasallığı ile suç ve cezaların yasallığı ilkesi de göz önüne alındığında, vergi borcunu ödemeyi

sağlayan şekli ödevler de vergiye ilişkin temel hususlardandır ve kanunla düzenlenmelidir. Bu durum karşısında Defter-Beyan Sistemi'ne ilişkin temel noktaların, en azından ilkeler düzeyinde, Vergi Usul Kanunu'nda açıkça düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Defter-Beyan Sistemi üzerinden defterlerin tutulması belirli mükellefler için zorunlu olmasına karşın Sistem üzerinden belgelerin oluşturulması mükellefin isteğine bırakılmıştır. Uygulama açısından bütünlük sağlanması, Defter-Beyan Sistemi'nin pratik bir sistem olması gibi durumlar da göz önüne alındığında belgelerin oluşturulmasının da Sistem üzerinden yapılması gerekliliği değinilmesi gereken bir konudur. Özellikle defterlerini elektronik ortamda tutmakla yükümlü olan mükellefler açısından defterlerin dayanağını teşkil eden kayıtların da elektronik ortamda bulunmasının işlem ve denetim kolaylığı sağlayacağı ifade edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, mükelleflerin iş grupları dikkate alınarak belirlemelerin yapılması gerekmektedir. Böylece elektronik uygulamalar mükellefler açısından bir kolaylık haline getirilerek elektronik defterlerin kullanımının yaygınlaştırılması mümkün hale gelecektir.

Mükellefler açısından ödevlerin yerine getirilmesinin tek bir uygulama üzerinden yürütülmesi, iş ve işlemlerin takip kolaylığı göz önüne alındığında Defter-Beyan Sistemi pratik bir uygulamadır. Bu uygulamanın üç mükellef grubu için kısıtlı tutulmasının takip kolaylığı, defterlerin türleri gibi çeşitli olası nedenleri bulunsa dahi Sistem'in yaygınlaştırılarak kullanılmasının gerek elektronik ortamda defterlerin tutulması gerek Defter-Beyan Sistemi'nin amacına hizmet edeceği göz önüne alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2014) Türk İdare Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Arslan, Cenk Murat** (2018) “Elektronik Olarak Düzenlenen Defter ve Belgelerin Kapsamı Genişletildi”, Vergi Dünyası, S:439, s. 64-74.
- Atay, Ender Ethem** (2014) İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Başaran Yavaşlar, Funda** (2006) “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları” Vergi Dünyası, Temmuz 2006, s.131-178.
- Bilici, Nurettin** (2016) Vergi Hukuku, 37. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Buyrukoğlu, Selçuk/Bozdoğan, Duygu** (2015) “Danıştay İçtihatlarında Vergilendirmede Kanunilik” Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, S:10/1, s. 263-282.
- Çağan, Nami** (1982) Vergilendirme Yetkisi, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları.
- Çağan, Nami** (1984) “Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C:1, s. 171.
- Doğrusöz, Bumin** (2000) “Yargı Kararları Işığında Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Türk Vergi Mevzuatının Değerlendirilmesi”, Anayasal Mali Düzen, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu, 14-16 Mayıs 1998, İstanbul, s. 135-160.
- Eroğlu, Onur** (2013) “Vergi Ceza Hukuku Açısından Kanunilik İlkesi” Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, S:8(3), s. 157-180.

- Güneş, Gülsen** (2014) Verginin Yasallığı İlkesi, 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kaneti, Selim/Ekmekci, Esra/Güneş, Gülsen/Kaşıkçı, Mahmut** (2019) Vergi Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Karakoç, Yusuf** (1996) Türk Vergi Hukukunda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara, Anayasa Yargısı 13. Anayasa Mahkemesi Yayını.
- Karakoç, Yusuf** (2014) “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:15, Özel S. 2013, s.1259-1308.
- Karayalçın, Yaşar** (1988) Muhasebe Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kırbaş, Sadık** (2012) Vergi Hukuku, Ankara, Siyasal Kitabevi.
- Mutluer, M. Kamil/Dayanç Kuzeyli, N. Nilay** (2019) Vergi Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Oktar, S. Ateş** (2017) Vergi Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Türkmen Kitabevi.
- Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami/Göker, Cenker** (2019) Vergi Hukuku, 28. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Öner, Erdoğan** (2016) Vergi Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Pehlivan, Osman** (2015) Vergi Hukuku, Celepler Matbaacılık.
- Saban, Nihal** (2016) Vergi Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Saraçoğlu, Fatih/Pürsünlerli Çakar, Elif** (2019) Vergi Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.

- Şenyüz, Doğan** (2017) Vergi Ceza Hukuku, 10. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi.
- Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan** (2017) Vergi Hukuku, 8. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi.
- Taşkan, Yusuf Ziya** (2010) Vergi Yönetiminin Düzenleyici İşlemleri, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Taşkan, Yusuf Ziya** (2019) Vergi Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Tekbaş, Abdullah** (2009) Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi: Türkiye Değerlendirmesi, Ankara, T.C. Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı.
- Yaşar, Hasan Nuri** (2014) İdare Hukuku, İstanbul, Der Kitabevi.

İNTERNET KAYNAKLARI

Acar, Mustafa Gürhan (2001) “Genel Tebliğ ve Muktezanın Vergi Hukuku Bakımından Mahiyeti Ve Mükellef İle İdare Bakımından Bağlayıcılığı” Vergi Dünyası, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/2786>> s.e.t. 09.03.2020.

Baykara, Bekir (2001) “Vergi Kanunları İle İlgili Genel Tebliğler Ve İç Genelgelerin Hukuki Anlamı Ve Değeri”, Vergi Dünyası, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/2771>> s.e.t. 09.03.2020.

Gelir İdaresi Başkanlığı, E-Defter, <<http://www.edeften.gov.tr/edeferkayitlikullanici.html>> s.e.t. 09.03.2020.

Kumrulu, Ahmet (1988) “Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Nedeniyle Vergi Borcunda Objektif Sorumluluk Esasına Dayanan Teselsül”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1988-19883-1067>> s.e.t. 09.03.2020.

Uyanık, Namık Kemal (2001) “Genel Tebliğler Ve Muktezalar”, Vergi Dünyası, <<http://www.vergidunyasi.com.tr/Makaleler/2776>> s.e.t. 09.03.2020.

KAMU KAYNAKLARININ ETKİN KULLANIMININ SOSYAL HAKLARA ETKİSİ

Arş. Gör. Eda YILDIZ*

ÖZET

Sosyal hakların gerçekleştirilmesi, bir hukuki problem olarak güncelliğini hiçbir zaman kaybetmemekte, anayasal sistemin başlıca konularından biri olarak varlığını sürdürmektedir. Her ne kadar, sosyal hakların tanınıp tanınmayacağına yönelik tartışmalar tarihsel olsalar da ekonomik kriz gibi istisnai durumlarda sözü geçen tarihsel tartışmalar biçim değişikliğine uğrayarak da olsa tekrarlanmaktadır. Ayrıca, sosyal hakların kapsamı sürekli olarak genişlemekte, gerçekleştirilmelerinde takip edilen usuller de çeşitlenmektedir. Bu açıdan, sosyal hakların tarihin akışı içindeki seyrini izlemek, siyasal ve hukuki sistemdeki kuruluşunu ve işleyiş mekanizmalarını gözlemlemek, bu hakların bugün alması gerekli olan biçimi tespit etmek açısından önem arz etmektedir. Kamu kaynaklarının sosyal hakların gerçekleştirilmesi bağlamında etkin kullanımı, mali koşullara, toplumun ihtiyaçlarına, yönetimin kalitesine ve toplumdaki talebin derecesi ile talepleri karşılamanın siyasi maliyetine bağlı olarak değişkenlik gösterir. Bu değişkenlerdeki değişimin hızı, kamu kaynaklarının kullanımında etkinliğin sağlanmasında olumlu ve olumsuz etkisi olan faktörlerin güncel olarak incelenmesini gerekli kılmaktadır. Zira haklar, yalnızca anayasalarda ve yasalarda kapsamı belirlenmekle gerçekleştirilemezler. Onları güvence altına almak için, zeminlerini de korumak gerekir.

Anahtar kelimeler: Liberal Devlet, Sosyal Devlet, Sosyalizm, Sosyal Demokrasi, Sosyal Haklar, Kamu Kaynakları.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, eyildiz@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2682-6770, (Geliş Tarihi: 13.02.2020 – Kabul Tarihi: 17.03.2020).

THE IMPACT OF EFFECTIVE USE OF PUBLIC RESOURCES ON SOCIAL RIGHTS

ABSTRACT

The realization of social rights never loses its current status as a legal problem and continues to be one of the main issues of the constitutional system. Although the discussions about whether social rights will be recognized are historical, in exceptional cases such as the economic crisis, the mentioned historical discussions are repeated, albeit with a change of form. In addition, the scope of social rights is constantly expanding and the procedures followed in their implementation are diversified. In this respect, it is important to monitor the course of social rights in the course of history, to observe the establishment and functioning mechanisms in the political and legal system, to determine the form that these rights should take today. The effective use of public resources in the context of the realization of social rights varies depending on financial conditions, the needs of the society, the quality of management and the degree of demand in the society and the political cost of meeting the demands. The speed of the change in these variables necessitates the up-to-date analysis of the factors that have a positive and negative impact on ensuring the effectiveness in the use of public resources. Because rights cannot be realized only by determining their scope in the constitutions and laws. In order to secure them, it is also necessary to protect their ground.

Keywords: Liberal State, Social State, Socialism, Social Democracy, Social Rights, Public Sources.

GİRİŞ

Liberalizm, devletin mümkün olabildiğince küçük ve bireylerin hayatı üzerindeki devlet etkisinin mümkün olduğunca az olduğu devlet modelinin temelindeki düşüncedir. Adalet, güvenlik hizmetleri dışında onu hem pozitif anlamda hem de negatif anlamda duyumsamak zordur. Liberal devletin varlığının hissedilmemesindeki pozitif yan, bu tür bir devletin bireysel hak ve özgürlüklere müdahalesinin minimum seviyede olmasıdır. Negatif yan ise vatandaşın hayatını idame ettirmesinde devleti bir dayanak olarak yanında hissedememesinden kaynaklanır. Böyle bir devletin sosyal adaletin sağlanması, dezavantajlı grupların sosyal ve ekonomik varlığının güçlendirilmesi, fırsat eşitliğinin sağlanması gibi yükümlülükleri yoktur. Vatandaşlar doğal seleksiyon kuralları içinde hayatlarını idame ettirmeye çalışırlar. Bu tür bir devlet anlayışının sürdürülebilirliğinde karşılaşılan zorluklar, sosyal hakların varlığının kabulünü ve sosyal devletin ortaya çıkmasını beraberinde getirmiştir.

Sosyal hakların kabullenilmesi ancak devletlerin, liberal düzenin kökünden tehdit edilmesi karşısında onu belirli tavizler vererek de olsa koruma refleksleriyle gerçekleştirebilmiştir. Düzenin kökünden tehdit edilmesi, sanayi devrimini izleyen sömürü düzenine karşı yükselen hayat şartlarının iyileştirilmesine yönelik itirazları müteakip, Marksizm'in yükselişiyle gerçekleşmiştir. Sosyalizm, Marx ve Engels tarafından oluşturulan Komünist Manifesto (bundan sonra Manifesto) yeni bir sisteme kavuşmuştur. Sosyal hakların doğmasına ve devletlere kabul ettirilmesine yol açan toplumsal hareketlere kaynaklık eden bu düşünce yapısına göre, tarih, sınıf savaşlarından ibarettir. 19. Yüzyıl itibarıyla bu savaşın sanayinin doğurduğu burjuva sınıfı ile işçilerden oluşan proleterya arasında olduğu ifade edilir. Sanayi, emeğe ihtiyaç duyar. Üretim için mutlak gerekli olan emeğin sahibi işçilerdir. Burjuva, doğal olarak düşmanını doğurmuştur. Burjuva yönetiminde işçiler, köleleştirilir. Bir sınıfın diğer sınıfı yönetmesinin tek yolu onu köleleştirmektir. Fakat bir sınıfı devamlı olarak ezebilmek için ona hiç değilse belli yaşam koşullarını sağlamak zorunludur. Modern emekçinin yaşam koşullarının sanayinin gelişmesine zıt bir şekilde git gide kötüleşmesi, işçilerin yaşamlarını idame ettiremeyecek duruma gelmeleri bu devamlılığı kırar. Burjuvazi, yönetemez hale gelir. İşçiler,

başta parçalı ve ayrı ayrı olsa da burjuvanın üretim süreçlerini kolaylaştırmak için yarattığı güçlü ulaşım ve iletişim ağının katkısıyla gittikçe güçlenip birleşerek burjuva ile savaşırlar ve sonunda yenmeleri kaçınılmazdır.¹ Manifesto'da yer aldığı biçimiyle komünistlerin amacı, *“proleteryanın bir sınıf olarak oluşması, burjuvazinin egemenliğinin sona erdirilmesi, siyasal iktidarın proleterya tarafından ele geçirilmesi”* dir. Bu, reformcu anlayışla bağdaşmamaktadır. Bütüncül bir sistem değişikliğine ve özel mülkiyetin ortadan kaldırılmasına işaret etmektedir.²

Sosyalizmin hukuku dönüştürmesi, ekonomi politığın eleştirisi üzerinden olmuştur. Modern sanayi toplumunun önemli bir aktörü olan işçilerin üretmeye ve kapitalist sistem içinde rollerini ifa etmeye devam etmeleri için sosyal hakların kabulü zorunlu hale gelmiştir. Komünist bakışın hukuka yansması, sosyal hakların yasalarla ve anayasalarla tanınması şeklinde cereyan etmiştir. Özel mülkiyetin ortadan kalkması ve proleterya diktatörlüğü tehdidi altında olan devletler, kendilerine pozitif yükümlülük yükleyen sosyal hakları meşru kabul etmek durumunda kalmışlardır.

Sosyal devletlerin başarısı sosyal hakları sağlama kabiliyetleriyle ölçülmüştür. Devlet, sosyal hakları yerine getirebilmek için kamudan elde ettiği kaynakları kullanır. Kaynakların etkin kullanılması, sosyal devletin amacını gerçekleştirmek adına oldukça önemlidir. Etkin kullanımı olumlu yönde etkileyen faktörler arasında, toplumun ihtiyaçlarının öncelik sırasına göre doğru belirlenmesi, profesyonel planlama, katılımcı yönetim ve etkin denetim mekanizmalarının varlığı sayılabilir. Popülist siyaset, aşırı borçlanma, nepotizm ve yolsuzluk ise, etkin kullanımı olumsuz etkileyen faktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunların yanında politik kültürün harcamaların şekillenmesinde önemli bir payı bulunmaktadır.

Devletlerin sosyal haklara yaklaşımının ve sosyal hakları gerçekleştirme yolunda tercih ettiği politikanın belirlenmesinde, siyasal ideolojilerin etkilerini

¹ Moore, Samuel/Engels, Friederich (Editor and translator) (1888), Manifesto of the Communist Party, 1st English Edition of Marx, Karl/Engels, Friederich (1848), Manifest der Kommunistischen Partei, Chicago, Charls H. Kerr&Company (Çeviren: Üster, Celal/Deşiş, Nur, Komünist Manifesto, 22. Basım, İstanbul, Can Yay.) s.49-65.

² Moore/Engels, s.66.

güçlü bir şekilde görmek mümkündür. Günümüzde bu ideolojilerin başında neo-liberalizm gelmektedir. Bunun karşısında sosyalizm, temel düşünce zeminini koruyarak da olsa yeni formlarıyla ve söylemleriyle neo-liberal düzene karşı yeni yaklaşımlar önermektedir. Bu sebeple çalışmamızın ilk kısmında kamu harcamalarını hangi siyasal ideolojilerin nasıl etkilediği üzerinde durulacaktır. İkinci kısımda ise kamu kaynaklarının kullanımında etkinliği artıran ve azaltan faktörler incelenecektir.

I. SOSYAL HAKLARIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ VE KAMU GELİRLERİNİN KULLANIMINDA BAZI SİYASİ İDEOLOJİLERİN ETKİLERİ

A. LİBERALİZMİN ETKİSİ

Liberalizmin önemli düşünürlerinden John Locke'a göre, doğal yaşam halinde insanlar mutlu, huzurlu ve özgür yaşamaktaydılar.³ Bu yaşam biçimini muhafaza etmek için bir toplum sözleşmesi yapmışlardır.⁴ Zira doğal yaşamda hem kişilerin hakları daima tehdit altındadır hem de bireyler haklarına tecavüz edilmesi durumunda cezalandırma hakkını bizzat kullanmaktadırlar.⁵ Cezalandırmada objektif kıstasların olmaması, gayrı adil ve çatışmacı bir topluma dönüşme tehlikesi yaratmaktadır.⁶ Bu tehlikenin önüne herkesin herkesle yaptığı bir sözleşmeyle geçilebileceği görülmüştür.⁷ Locke, eşitliğe, her insanın kendi doğal özgürlüğünü sağlayacak eşit haklara sahip olması perspektifinden yaklaşmıştır. Bu yaklaşım, hukuki eşitlik yaklaşımı olup, sosyal eşitlik anlayışından uzaktır.⁸ Özgürlüğü doğal siyasi yükümlülüklerin olmaması biçiminde, mülkiyet ise egemene karşı ileri sürülebilecek bir hak

³ Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat (2016) Genel Kamu Hukuku, 12. Basım, İstanbul, Der Yay., s.131.

⁴ Ağaogulları, Mehmet Ali (Editör) (2018) Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, 8. Baskı, İstanbul, İletişim Yay., s.493.

⁵ Ağaogulları, s.493, Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s.131.

⁶ Ağaogulları, s.493, Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s.131.

⁷ Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut, s. 132.

⁸ Tanör, Bülent (1978) Anayasa Hukuku'nda Sosyal Haklar, 1. Basım, İstanbul, MAY Yay., s.79.

olarak algılamıştır.⁹ Esasen burada, burjuvazinin yalnızca egemene karşı değil, halktan gelecek talep ve baskılara karşı korunma isteğinin de etkisi büyüktür.¹⁰ Zira devlet, yasal düzenlemelerle burjuvaziye korurken, işçi-işveren ilişkilerini görmezden gelmiştir.¹¹ Bu temelde, ekonomik özgürlük de, kişinin devletten veya diğer kişilerden gelecek bir zorlama olmaksızın tercih ettiği şekilde ekonomik yaşama katılabilmesi biçiminde telakki edilmiştir¹² ve bunun devletin müdahalesinin en az olduğu bir ortamda mümkün olacağı düşüncesi hakim olmuştur. Zira ekonomik haklar mutlak olup, sınırlama kabul etmezler.¹³ Sosyal haklar ve ekonomik hakların tanımı ve içeriği tartışmalarında¹⁴ ileri sürülen görüşlerden birinde ifade edildiği gibi, sosyal haklar gelişirken, ekonomik haklar geriler.¹⁵

Liberal devlet savunucuları devletin sosyal ve ekonomik hakları sağlamadaki rolü üzerinde farklı görüşlere sahip olmuşlardır. John Stuart Mill, Jeremy Bentham, Adam Smith, David Hume gibi klasik liberaller, devletin kamu hizmetinde ya da sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanmasında bir ölçüde rol almasını kabul ederler.¹⁶ Devletin ekonomiye müdahalesinin arttığı merkantilist yönetime tepki olarak görüşlerini dile getirmiş olan Smith, herkesin kendi çıkarı doğrultusunda hareket etmesini doğal özgürlük sistemi olarak adlandırmış, bu durumun toplumu zenginleştireceğini ve refahı getireceğini savunmuştur. Bununla birlikte, kamunun yararına olan bazı

⁹ Ağaogulları, s.486.

¹⁰ Tanör, s.57.

¹¹ Tanör, s.57.

¹² Savaş, Vural Fuat (2013) “Ekonomik Haklar, Refah Devleti ve Adalet Üstüne Bazı Düşünceler”: Güriz, Adnan (Editör) Adalet Kavramı, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., s.125-137, s.126.

¹³ Tanör, s.77.

¹⁴ Bulut, Nihat (2009) Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yay., s.67.

¹⁵ Tanör, s.77. Ekonomik hakların sosyal haklarla birlikte zikredilerek yakın anlamda kullanıldığı yaklaşım için bkz. Algan, Bülent (2007) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yay., s.28.

¹⁶ Brennan, John (2012) Libertarianism: What Everyone Needs to Know, 1st Edition, London, Oxford University Press (Çeviren: Yayla, Atilla (2015) Liberteryenizm, 1. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, s.35.

harcamaları devletin yapması gerektiğini dile getirmiştir. Örneğin, iletişim, eğitim, bayındırlık işleri (yol, köprü liman yapımı vs.) yapmanın birey çıkarlarıyla uyumlayabileceğinden hareketle devletin bu harcamaları yapması gerektiği görüşünü ortaya koymuştur.¹⁷ Bayındırlık işleri için kamu giderlerinden faydalanmaya gerek olmadığını, bunların genelde kendi masraflarını karşılamaya yeterli bir gelir sağlayacak şekilde kolayca yönetilebileceğini ifade etmiştir.¹⁸ Savunmayı, adaleti, devletin baş makamının saygınlığını destekleme giderlerini de devletin üstlenmesi gereken giderler arasına dahil eden Smith, bu giderleri karşılayacak gelirin kısmen hükümdara veya devlete özgü olan sermaye ve toprak gelirinden elde edilen kâr ya da faizden, ağırlıklı olarak da vergilerden sağlanabileceğini belirtmiştir.¹⁹ Vergilerin devlet tarafından; kesin, öngörülebilir, malî imkanlar ölçüsünde, ödeme kolaylığı sağlayacak biçimde ve zamanında toplanmasını gerekli ve adil görür.²⁰ Bununla birlikte devletin vergi düzenlemelerinde dikkatli olması gerektiği konusunu da atlamaz.²¹ Buna rağmen tüm klasik liberallerin sosyal adalet ve kamu hizmetinin devletçe üstlenilmesi konusuna aynı şekilde yaklaştığını söylemek mümkün değildir. Zira bazıları, görüşlerini sosyal adalet kavramı ortaya çıkmadan önce ifade etmiştir.²²

Adalet problemi, “ortak iyi” ya da “fayda”nın ne demek olduğu sorusu etrafında gelişen bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu noktada klasik liberaller arasında saydığımız Jeremy Bentham ve J.S. Mill’in görüşleri önem

¹⁷ **Smith, Adam** (1776) *The Wealth of Nations*, 1st Edition, London, W. Strahan and T. Cadell (Çeviren: Derin, Haldun, Milletlerin Zenginliği, 5. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yay.) s. 763.

¹⁸ **Smith**, s.805.

¹⁹ **Smith**, s.917,927.

²⁰ **Smith**, s.927-929.

²¹ Dört etkenin, devlet hazinesine katkı sağlamaması gerekenden çok daha fazla miktarda vergiyi halkın cebinden çıkaracağını öngörür: Bu etkenler, mealen; ”Vergi toplanmasında, bahşiş ile çalışan çok sayıda memurun çalıştırılması, halkı çalışmaktan ve yeni uğraş alanlarına girmekten yıldırarak kadar yüksek miktarda vergilerin alınması, verilerin mükelleflere mantıksız gelen oranlarda belirlenmesinden ötürü kaçakçılığın artması ve vergi tahsildarlarının halkı yoğun şekilde sıkıştırılmalarının getireceği psikolojik deformasyonun sebep olduğu yıpranma” şeklindedir. **Smith**, s.929-930.

²² **Brennan**, s.39.

arz etmektedir. Bentham'a göre yasa koyucunun konusu kamunun mutluluğu, muhakeme ilkesi de "genel fayda" olmalıdır ve bu ifadeden herkes aynı şeyi anlamalıdır.²³ Bireyin ve topluluğun çıkarının neliğini Bentham şöyle açıklar:

*"Bir bireyin faydasına ya da çıkarına uygun olan, kendi toplam refahını artırmaya yönelendir. Bir topluluğun çıkarına veya faydasına uygun olan ise topluluğu oluşturan bireylerin toplam refahını artırmaya yönelendir."*²⁴

Mill ise bir şeyde hak sahibi olmayı, toplumun bir kişiyi o şeyin üzerinde hak sahibi olarak savunmak zorunda olması ile açıklar. Ona göre toplum bunu ancak "genel fayda" için yapar.²⁵ Geliştirdiği adalet teorisiyle liberaller arasında önemli bir yer edinmiş olan Rawls, Bentham ve Mill'in faydacılık ve devlet tarafından ortak iyinin sağlanması üzerine kurdukları teoriye karşı çıkar.²⁶ Çoğunluğun çıkarı yerine bireysel özgürlüğün önemine vurgu yapar.²⁷ Bireylerin özgürce elde ettikleri değerleri paylaşmalarının ve sosyal adalet ilkelerini benimsemelerinin toplumdaki temel kurumlar içindeki hakların ve ödevlerin tahsis edilmesinin yolunu sağladığını ifade eder.²⁸ Ona göre;

*"İnsanlar, adalet kavramının keyfi bir farklılık içinde olmaması, uygun bir denge nosyonunu içermesi, kabul ettikleri şekliyle adalet ilkelerini yorumlamalarına imkân verilmesi durumunda adil kurumların bu şekilde açıklanması konusunda anlaşabilirler."*²⁹

Katı liberaller devletin "jandarma devlet", ya da "gece bekçisi" olması gerektiğine, yalnızca bir mahkeme sistemi, askeri koruma ve polis hizmeti

²³ **Bentham, Jérémie** (1830) *Traité de législation civile et pénale*, Volume 1, Trad. Par. Étienne Dumont, Troisième éditions, Paris, Rey et Gravier Libraires, pp. 1-152 (Çeviren: Asal, Barkın (2011), *Yasamanın İlkeleri*, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yay., s.1)

²⁴ **Bentham**, s.2.

²⁵ **Mill, John Stuart** (1863) *Utilitarianism*, 1st Edition, London, Parker, Son and Bourn, West Strand (Çeviren: Murteza, Gökhan, *Faydacılık*, 1. Basım, İstanbul, Pinhan Yay.), s.86.

²⁶ **Beriş, Hamit Emrah** (2002) "Çağdaş Liberalizmde Farklı Yönelimler: John Rawls ve Robert Nozick", *Liberal Düşünce Dergisi*, S:28, s.197-205, s.198.

²⁷ **Beriş**, s.198.

²⁸ **Beriş**, s.199; **Rawls, John** (1999) *A Theory of Justice*, Harvard University Press (Çeviren: Coşar, Vedat Ahsen (2017) 1. Baskı, Ankara, Phoenix Yay), s.32-33.

²⁹ **Rawls**, s.34.

sağlaması gerektiğine inanır.³⁰ Bu düşünürlerin görüşleri arasında vergi toplanmasının dahi hak ihlali olduğu yer alır. Katı liberallere Robert Nozick³¹, Murray Rothbard ve Eric Mack örnek verilebilir.³²

1. Sosyal Haklara Neo-Liberal Bakış

Sosyal devlet anlayışı yıllar içerisinde değişim ve dönüşüm geçirmiş, farklı biçimlerde uygulanmış ve farklı kesimlerden eleştiriler almıştır.³³ 1970’lerde yaşanan ekonomik krizin sosyal devlet uygulamalarına dayandırılması neticesinde, devletin küçülmesini ve sosyal adaleti sağlamaya yönelik faaliyetlerinden vazgeçmesini tek çıkış yolu olarak gören neo-liberal yaklaşım ağırlık kazanmıştır. 1980 ve sonrasında İngiltere’de Margeret Thatcher, ABD’de Ronald Reagan ile can bulan neo-liberaller sosyal devlet düşüncesine karşı tepkilerini bu görüş çerçevesinde ortaya koymuşlardır.³⁴ Friedrich Von Hayek, Milton Friedman, Robert Nozick, neo-liberal akımın temsilcilerindedir.

Sosyal devlete karşı tepkiyi doğuran, ekonomik kriz ve küreselleşme olmuştur.³⁵ Neo-liberal görüşe göre devletin ekonomik ve sosyal yaşamdaki rolü küçültülmeli, serbest pazarın rolü artırılmalıdır.³⁶ Refah devleti, piyasayı boğmaktadır, çalışma tasarruf etme ve yatırım yapma dürtülerini

³⁰ Brennan, s.37.

³¹ Nozick’in “Devlet, Anarşi ve Ütopya” adlı eserine yazdığı sunuşta Murat Borovali, onu doğrudan Neo-Liberal akımın içinde telakki etmiş, katı liberal olarak vasıflandırmamıştır. “Katı Liberal”, Brennan’ın yaptığı sınıflandırmadan bir alıntıdır. Bkz. Brennan, s.196; Nozick, Robert (1974) Anarchy, State and Utopia, 1st Edition, New York, Basic Books (Çeviren: Oktay, Alişan, Anarşi, Devlet ve Ütopya, 2. Baskı İstanbul Bilgi Üniv. Yay., İstanbul) s.10.

³² Brennan, s.37.

³³ Toprak, Oğuz (2012) Refah Devleti ve Kapitalizm, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yay., s.14-22.

³⁴ Brennan, s.38.

³⁵ Güzel, Ali (2012) “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”: Kaboğlu, İbrahim (Editör), Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yay., s.285.

³⁶ Güzel, s.285.

aşındırmaktadır.³⁷ Neo-liberal akımın temsilcilerinden Hayek, devletin kamu hizmetinde var olmasını fakat rolünün en az seviyede olması gerektiğini savunurken sosyal adaleti bir “serap” olarak nitelendirmiştir.³⁸

Neo-liberal görüşe göre, eğer sosyal hakların varlığı kabul edilecek olursa, devletin serbest piyasaya müdahalesinin artması gerekir. Bu da liberal devletin amaçladığı özgürlük ortamına bir engeldir. Devletin varlık gayesi, güvenliği sağlamak ve özgürlüğe müdahale etmemektir. Bundan fazlasına devlet karışmamalıdır. Katı liberallerden Nozick de “Anarşi, Devlet ve Ütopya” adlı eserinde bu görüşünü dile getirmiş³⁹ ve sosyal devlet anlayışını eleştirmiştir.⁴⁰ Sosyal adalet ve dağıtıcı adalet kavramlarını eş anlamlı olarak kullanan Nozick, adaletin hak edişe bağlı olduğunu ve bir dağıtımdan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir.⁴¹ Devlet tarafından eğitim ve sağlık hizmetinin ücretsiz verilmesini ve bireylerin belirli asgari standartlarda yaşayabilmeleri için ekonomik destek sağlanması gibi konularda bireylerin hakları olduğu görüşünü yanlış bulmuştur.⁴²

Klasik liberallerden Hume’un kamu çıkarı diye bir şeyden bahsetmek mümkün olsa da, kamu çıkarının ne olduğu konusunda herkesin farklı düşünebileceği düşüncesini⁴³ izleyen Hayek’e göre sosyal adalet, belli bir grubun taleplerini kabullenmemiz gerektiği düşüncesini gizlemeye yarayan, içi boş bir kavramdır.⁴⁴ Aynı şekilde Brennan da, liberal demokratik meclislerin

³⁷ **Esping-Andersen, Gøsta (1996)** "After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy", (Gøsta, Esping-Andersen (Editör)(1996), Welfare States in Transition: National Adaptations in Global Economies, Londra, Sage Publications, s. 1-3 (Çeviren: Yakut Çakar, Burcu/Balaban, Utku Barış“Altın Çağ Sonrası? Küresel Bir Ekonomide Refah Devleti İkilemleri”: Buğra, Ayşe/ Keyder, Çağlar (Editör) (2013) Sosyal Politika Yazıları, İstanbul, İletişim Yay.), s.55.

³⁸ **Hayek, Friederich A.** (2012) Law, Legislation and Liberty, 1.Edition, London, Taylor&Francis Group (Çeviren: Yayla, Atilla/Erdoğan, Mustafa/ Öz, Mehmet (2012) “Hukuk, Yasama ve Özgürlük”, 1. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yay), s. 512.

³⁹ **Nozick**, s.59-88.

⁴⁰ **Nozick**, s.201-299.

⁴¹ **Nozick**, s.208-210.

⁴² **Nozick**, s.13.

⁴³ **Hayek (2012)**, s.219.

⁴⁴ **Hayek (2012)**, s. 215-216.

ortak iyinin ne olduğu veya nasıl gerçekleştirileceği üzerinde anlayamayacaklarını, çıkmaza gireceklerini ve bunun da diktatörce tercihleri gündeme getireceğini öngörmüştür.⁴⁵ Kavramın belirsizliği, çoğunluğu elde bulunduran grubun çıkarlarının genel çıkar olarak dayatılmasını olası hale getirir.⁴⁶ Bu yüzden kamu çıkarı, çıkarlar toplamı değil, herkesin özgül amaçlarını gerçekleştirmesine olanak sağlayan ortamın yaratılması olarak anlaşılmalıdır. Genel refaha hizmet eden durum budur.⁴⁷ Bu durum, bir anlamda amaçlar üzerinde anlaşma gayesini ulaşılamaz görmek ve muhtemel ihtiyaçların karşılanmasına yarayacak uygun araçların tedariki konusunda anlaşmak anlamına gelir. Araçların kimin amacına ne kadar hizmet ettiği ise bilinmez.⁴⁸ Genel refah, bir düzen algılayışıdır. Bu düzenin yaratımı, herhangi bir grubun korunmasına yönelik aktif davranışı reddeder. Genel iyilik, ancak toplumdaki farklı gruplara ait çıkarların dengelenebilmesi halinde sağlanır. Fakat devletin buradaki yaklaşımı birtakım çıkarları gerçekleştirmeye yönelik olmamalıdır.⁴⁹ Sözü edilen düzen, devletin kolektif hakları tesis etme konusunda aktif olmamasını gerektirir. Bununa birlikte, genel refah düzeni tasavvurunda devletin, kendisine tevdi edilen maddi kaynakları mal ve hizmet sağlamak amacıyla kullanırken adil davranma yükümlülüğünün varlığı yadsınmaz.⁵⁰

Hayek'in, yine klasik bir liberal olan Adam Smith'in kamu hizmetlerinin devletin ödevi olduğu savını destekler nitelikteki görüşlerine göre, kamu sektörünün özel sektörden ayrı bir mevcudiyetinin olması, kamu hizmetlerinin sadece kamu sektörü tarafından yapılacağı anlamına gelmez.⁵¹ Vergi toplamanın kişilerin haklarının ihlali anlamına geleceğini savunan⁵² Nozick'in aksine Hayek, sosyal hakları tesis etmede kamu sektörünün bir ağırlığının olması gerektiği fakat bunun ancak vergi toplamakla sınırlı

⁴⁵ Brennan, s. 187.

⁴⁶ Hayek (2012), s. 220.

⁴⁷ Hayek (2012), s. 221

⁴⁸ Hayek (2012), s. 222.

⁴⁹ Hayek (2012), s. 226.

⁵⁰ Hayek (2012), s. 227.

⁵¹ Hayek (2012), s. 498.

⁵² Nozick, s.16-17.

olabileceğini ifade eder. Kamu hizmetinde özel sektöre ağırlık vermenin isabetli olduğu görüşündedir ve bunun kamu hizmetinin belli bir çoğunluğa odaklı şekilde yapılmasını önleyeceğine ve azınlığın taleplerini karşılayan arzı da sağlayacağına inanır.⁵³ Hatta Hayek, kamuya en etkili hizmetlerin idealist ve bir davaya adanmış kişi ve gruplarca, kendi ifadesiyle “bağımsız sektör” tarafından yapıldığını savunmuştur.⁵⁴ Öte yandan, yazar, rekabete dayalı serbest piyasanın kamu hizmetleri üzerindeki ağırlığının kaliteyi getireceğinin de altını çizmiştir. Aynı görüşü Butler’ın da dile getirdiği görülmektedir.⁵⁵ Bu noktada kamu tercihi teorisinden söz etmek mümkündür. Bu teoriye göre, bireyler karar alırken kamusal yararı değil kendi çıkarlarını gözetirler. Şirket yöneticileri, bürokratlar ve vatandaşların tümü buna dahildir.⁵⁶ Şu durumda kamu hizmetlerinin kamu sektörü tarafından yapılıyor olması, mutlaka kamu menfaatinin gözetildiği anlamına gelmeyebilir.⁵⁷ Kamu eliyle bir gruba, kişiye veya ideolojiye katkı sağlamak amacıyla da kamu hizmeti yapılabilir. Zira kamunun eli olan kamu görevlileri ve hangi hizmetlerin nasıl yürütüleceğine karar verme konumunda olan kişiler de kendi menfaatlerini, dolayısıyla içinde buldukları grup ve sahiplendikleri ideolojileri dikkate alabileceklerdir.

Neo-liberal yaklaşımın ve küreselleşmenin hem kamu hizmeti hem de sosyal politikalar yönünden etkileri olmuştur. Uluslararası sermayenin büyüklüğü, ulusal ekonomileri hem borçlandırmış, vergi cennetleri yaratarak vergi toplamayı zor hale getirmesi gibi yollarla yıpratmaya hem de kontrol etmeye başlamıştır. Sınır ötesi ekonomik faaliyetler ve küresel ölçekteki piyasa odaklı değişimin uluslararasılığı devletlerin sosyal politikalarını belirlerken

⁵³ **Hayek (2012)**, s.500; **Hayek, Frieridrich (1944)** *The Road to Serfdom*, 1. Edition, London, Routledge Press (Çeviren: Feyzioğlu, Turhan/Arşan, Yıldırım/Yayla, Atilla, Kölelik Yolu, 4. Baskı, Ankara, Liberte Yay.), s.63-64.

⁵⁴ **Hayek (2012)**, s.500.

⁵⁵ **Butler, Eamonn (2013)** *Foundations of a Free Society*, 1st Edition, London, Institute of Economic Affairs (Çeviren: Şahin, Hakan (2016) *Özgür Toplumun Temelleri*, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yay., s. 181.)

⁵⁶ **Akçagündüz, Emre (2010)** “Kamu Tercihleri Teorisi ve Türkiye’ye Olan Etkisi Üzerine”, *Ekonomi Bilimleri Dergisi*, C:2, S:2, s.29-34.

⁵⁷ **Brennan**, s. 180.

sınırlı ve bağımlı hareket etmelerine sebep olmuştur.⁵⁸ Bu durum, ulus devletlerin serbest piyasa taleplerine uyum sağlamaktan başka şansları kalmadığı için harcamaları kısımaya yöneldikleri biçiminde de ifade edilmektedir.⁵⁹ Ayrıca hem soğuk savaş dönemi bakımından hem de 11 Eylül sonrasında NATO gibi uluslararası kuruluşların üye ülkelerin savunma harcamalarında artışa sebep olması da küreselleşmenin kamu harcamaları üzerindeki bir diğer etkisi olmaktadır.⁶⁰ Küreselleşme olgusunun, özel olarak kamu hizmetleri üzerindeki etkisi, devletin kamu hizmetinde üretici rolünden sıyrılmaya başlayıp koruyucu ve düzenleyici bir rol üstlenmeye başlaması olmuştur.⁶¹ Devletin küçülmesine yönelik anlayış ön plana çıkmış, devlet küçülürken hizmet kalitesinin artmasına yoğunlaşmıştır. Bununla birlikte, çevrenin korunması, AIDS ve uyuşturucuyla mücadele gibi yeni hizmet alanları tanımlanmıştır.⁶² Bu çerçevede, yeni kamu yönetimi anlayışı ön plana çıkmıştır. Buna göre, bürokrasi kamu hizmetinde verimliliği düşürmektedir ve hantallığa sebebiyet vermektedir. Hizmetler, özel hukuk sözleşmeleri ile özel sektöre yaptırılmalıdır.⁶³ Devletin rolü hizmeti sağlamak değil, hizmet üreten kuruluşlara altyapı hazırlamak, rekabet ortamı sunmak, vatandaşların bürokrasiyi denetleyebilmesine imkân sağlamak, sonuç odaklı hareket etmek,

⁵⁸ **Surrender, Rebecca** (2004) "Modern Challenges to the Welfare State and the Antecedents of the Third Way": (Lewis, Jane, Surrender, Rebecca (Editör) (2004), *Welfare State Change Towards a Third Way?*, 1st Edition, New York, Oxford University Press, s. 3-24.

⁵⁹ **Kleinman, Mark** (2002) "Crisis? What Crisis? Continuity and Change in European Welfare States": *A European Welfare State? European Social Policy in Context*, s. 1-27, 1. Baskı, London, Palgrave Macmillan (Çeviren: Yakut-Çakar, Burcu/Balaban, Utku Barış (2011) "Kriz mi? Ne Krizi? Avrupa Refah Devletlerinde Süreklilik ve Değişim": Keyder, Çağlar/Buğra, Ayşe (Editör) (2011) *Sosyal Politika Yazıları*, İletişim Yay., 5. Baskı, İstanbul), s.169.

⁶⁰ NATO'nun yayınladığı, üye ülkelerin savunma harcamalarına ilişkin 2019 yılı tahmini verileri için bkz. <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/nato-ulkelerinden-savunmaya-buyuk-harcama/1515187>>, s.e.t. 08.08.2019.

⁶¹ **Göküş, Mehmet** (2011) *Kamu Hizmeti: Kuram, Politika, Uygulama*, 1. Baskı, Konya, Çizgi Kit., s.33.

⁶² **Göküş**, s.37.

⁶³ **Göküş**, s. 40.

vatandaşları müşteri olarak görmek olmalıdır.⁶⁴ Devlet kamu hizmetinde “kürek çeken değil yöneten” olmalıdır. Kamu hizmetlerini mümgüzelkün olduğunca sözleşme ve benzeri düzenlemelerle özel sektöre yaptırmalı, fonksiyonu daha çok, istenen sonuçlara ulaşmaya ve hizmetleri özel sektöre taşımaya yarayacak geliştirici yöntemler bulmak olmalıdır.⁶⁵ Hizmeti alanlara seçenek yaratmak, bürokratik yapıyı ortadan kaldırmak da devletin bu bağlamda hedefleri arasında olmalıdır.⁶⁶ Bu yeni anlayış, kendini Anglosakson ülkelerde daha çok hissettirmiştir.⁶⁷ Bununla birlikte, 19. Yüzyılda Belçika, İspanya, Fransa gibi ülkelerde de yol ve demiryolları yapımına özel kişilerin dahil edildiği görülmüştür.⁶⁸

Kamu hizmetlerini özel hukuk kişilerinin üstlendiği durumlar hukuk düzeninde kamu-özel iş birlikleri (KÖİ) olarak isimlendirilmektedir.⁶⁹ KÖİ’ler, sözleşmesel iş birlikleri ve kurumsal ortaklıklar olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilir.⁷⁰ Kurumsal iş birlikleri, idarenin de içinde bulunduğu bir proje grubunun bir işletme kurarak bu işletme çerçevesinde hizmet ettiği ortaklıklardır.⁷¹ Sözleşmesel iş birlikleri, imtiyaz, yap-işlet-devret, işletme ve bakım sözleşmesi gibi sözleşmeler yoluyla kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi biçiminde gerçekleşir.⁷²

⁶⁴ **Genç, Fatma Neval** (2007) “Türkiye’nin Küreselleşme Politikası ve Kamu Yönetimine Etkileri”: Eryılmaz, Bilal/Eken, Musa/Şen, Mustafa Lütfi (Editör), Kamu Yönetimi Yazıları: Teoride Değişim Yeniden Yapılanma Sorunlar ve Tartışmalar, 1. Baskı, Ankara, s.258-278.

⁶⁵ **Denhardt, Janet/Denhardt, Robert** (2011) *The New Public Service: Serving, Not Steering*, New York, M.E. Sharpe Yay., s.13.

⁶⁶ **Denhardt / Denhardt**, s. 14.

⁶⁷ **Denhardt / Denhardt**, s. 15.

⁶⁸ **Evren, Çınar Can** (2016) *Kamu-Özel İş Birlikleri: Kamu Hizmetlerinin Özel kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukukî Rejimi*, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yay., s.35.

⁶⁹ **Evren**, s. 25-35.

⁷⁰ **Evren**, s. 193.

⁷¹ **Evren**, s. 194.

⁷² **Evren**, s. 219.

B. SOSYALİZMİN ETKİSİ

Sosyal hakların bugünkü biçimine ulaşmasında, sosyalizmin Marksizm öncesi algılanış biçiminin büyük bir tesiri vardır. Zira 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde yer alan hukukî eşitlik ilkesinin gerçek bir eşitlik sağlamadığı, burada sözü edilen eşitliğin realize edilmeye muhtaç olduğu bu dönemde ileri sürülmüştür.⁷³ Sosyalizmin sözcük olarak ilk ne zaman ve kim tarafından kullanıldığıyla ilgili tartışmalar mevcuttur.⁷⁴ Bununla birlikte sonraları Marx ve Engels tarafından “ütopik sosyalizm” diye adlandırılan sosyalizm, Sint-Simon, Fourier ve Owen tarafından temsil edilmiştir.⁷⁵ Engels, bu üç düşünürün ortak özelliğinin, proleteryanın çıkarlarını korumak amacıyla değil, bütün insanlığı kurtarmak amacıyla ortaya çıkmaları ve ortak sağduyuyla adalete dayanmaları olduğunu ifade etmiştir.⁷⁶ Tarih olarak 1800-1830 arasına rastlayan dönemde entelektüel çevrede gelişen ve jakobenlerden etkilenen bir sosyalizm görülür. Bu düşüncenin işçi hareketlerine doğrudan etkisini görmek için 1830'lu ve 1940'lı yılları beklemek gerekecektir.⁷⁷ 19. Yüzyılın ilk yirmi yılında İngiltere'de, entelektüel alanda Owen ile gelişen sosyalist düşünce ile aynı dönemi paylaşmakla birlikte bu düşüncelerden bağımsız olarak devam eden toplumsal hareketler bulunmaktaydı.

Fransa'da daha çok kırsalda ve zanaatkarlar odaklı gerçekleşen ve İngiltere benzeri yasal engellemelerle karşılaşan işçi hareketleri, Fransız İhtilali ile güçlenen burjuvazinin gölgesi altında varlığını sürdürme gayreti içerisinde

⁷³ **Bulut**, s.45-46.

⁷⁴ **Thomas, Jean Paul** (1996) “Socialisme”: Raynaud, Philippe, Rials, Stéphane (Editör), Dictionaire de Philosophie Politique, 1ère édition, Paris, Presses Universitaires de France (Çeviren: Yerguz, İsmail (1996) “Sosyalizm”: (Çeviren: Yerguz, İsmail/Sevil, Necmettin Kamil, Ergun, Emel, Dilli, Hüsnü (2011) Siyaset Felsefesi Sözlüğü, 2. Baskı, İstanbul, İletişim Yay)), s.815-830.

⁷⁵ **Engels, Friedrich** (1968) Socialism: Utopian and Scientific, Sixth Printing, Moscow, Progress Publishers (Çeviren: Ünalan, Önder (1990) “Ütopik Sosyalizm ve Bilimsel Sosyalizm”, 6. Baskı, Ankara, Sol Yay.) s.67; **Uslu, Ateş** (2015) “Büyük Britanya ve İspanya'da İşçi Hareketlerinin Başlangıcı ve Ütopya Düşüncesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C:70, S:1, s. 35-63.

⁷⁶ **Engels**, s.67.

⁷⁷ **Uslu**, s. 36.

olmuştur.⁷⁸ Bunların içinde, Fransa’da yaşanan sefaletin sorumlusu olarak görülen Direktuar idaresine karşı darbe teşebbüsünde bulunan, Babeuf liderliğindeki “Eşitler Hareketi” de vardır.⁷⁹ Hareket, yayınladığı bildirisinde, 1789 ihtilalinin getirdiği prensipteki hak eşitliğinden daha ileri olan, hakiki bir eşitlik talep etmiştir. Toprak üzerinde mülkiyetin kalkmasını ve mal ortaklığı kurulmasını sağlamak istemişlerdir. Bu girişim, başarısız olmuştur.⁸⁰

19. yüzyılın başından itibaren sosyalizmin gelişimi Fransa’da iki düşünür ve yarattıkları ekoller üzerinden ilerlemiştir. Bunlar Fourier ve Saint-Simon’dur. Fourier, tüm insanlığın durumunun iyileştirmesine yönelmiştir. Fourier’in görüşleri, “... işçi sınıfının “refahını” sağlamak gibi bir hedef koymak yersizdir, keza bu durumda işçilerin tembelliğe itilme tehlikesi vardır. İngiltere’de zamanla artan dilenci sayısı bu duruma örnektir. Buna karşılık, “sınai çekim” mekanizmasını uygulamak, çalışmayı zevke dönüştürmek ve insanların çalışmayı benimsemesini sağlamak gerekmektedir. Yapılması gereken, tüm arzuları sanayiye uygulama sanatını geliştirmektir” biçiminde aktarılmıştır.⁸¹ Ona göre sosyalizmin hedefi tüm sınıfları memnun etmek olmalıdır. Eşitlik, arzulanan bir şey değildir, hatta düşünür onu “siyasal zehir” olarak isimlendirir.⁸² Bireylerin çabaları mutlaka birleşmelidir, aksi takdirde yapılan her şeyin israf olması söz konusu olmakta ve keşfedilenlerin yeniden keşfolunması gerekmektedir.⁸³ Rekabet yıkıcıdır ve yerini dayanışma ve anlaşma almalıdır, bireycilik ise yerini birlik ve beraberliğe bırakmalıdır.⁸⁴ Rekabet, ücretli emek adı altında köleliği diriltmekten başka bir işe yaramaz. Fourier, çalışma hakkını toplumun temel taşı olarak görür. Yapılan iş

⁷⁸ **Louis, Paul** (1946) Histoire Du Socialisme En France: 1789-1945,4th Edition, Paris, Libraire Marcel Rivieré el Cie (**Çeviren: Hulûsi, Şerif** (1966) Fransız Sosyalizmi Tarihi, Çev., İstanbul., Dördüncü Yay., s.22.

⁷⁹ **Louis**, s.26.

⁸⁰ **Louis**, s.27-32.

⁸¹ **Uslu**, s.58. (Charles Fourier’in 1829’da yayınladığı “ Le Nouveau Monde industriel et sociétaire ou Invention du procédé d’industrie attrayante et naturelle distribuée en séries passionnées” adlı eserinden aktarım)

⁸² **Uslu**, s.58.

⁸³ **Louis**, s.52.

⁸⁴ **Louis**, s.52.

karşılığında adil ücret alınması ve herkesin çalışma hakkına sahip olması bir arada gerçekleştirilmezse, ona göre özgürlük, eşitlik ve kardeşlik idealleri bir anlam ifade etmez.⁸⁵ Fourier'in düşüncesinde sınıf mücadelesine rastlanmaz. Düşünür bunun yerine bir medeniyeti tamamen kaldırıp yerine yeni bir medeniyet koymak niyetindedir.

Dönemin bir diğer öncü düşünürü olan Saint-Simon, özel mülkiyetin ve mülk sahiplerinin toplumdaki var oluşunu destekler, bununla birlikte bütün toplumun sanayiye dayanması nedeniyle sanayici sınıfın (imalatçılar, tacirler, işçiler) hâkim olduğu bir yönetim kurgular.⁸⁶ Zira onlar, yeni bir toplum inşa edecek, bunca yıkımın ardından toplumun mutluluğunu üretime dayalı olarak gerçekleştirecek olanlardır.⁸⁷ Yönetimde eğitimli kişilerin etkin olmasını önemser. 1789 ihtilalinin zorunlu olduğunu kabul etmekle beraber⁸⁸, Jakobenlerden etkilenmez, eşitlik ve özgürlüğün bireycilik sonucu ortaya çıkmış olmasından hareketle rekabet ve iktisadi anarşiye yol açtığını ifade eder.⁸⁹ Hedeflediği, görevler hiyerarşisine dayalı, ücret adaletinin sağlandığı bir teşkilatlanma ve herkesin değil, yalnız aydınların yönetimde yer aldığı bir istibdat modelidir.⁹⁰ Saint-Simon'un bu otoriter yaklaşımından etkilenen birçok düşünür, sosyalizmi bireycilik karşıtı ve toplumsal dayanışma yanlısı bir şekilde ele alır.⁹¹ Bu düşünce yapısına tepki olarak Leroux, "Bireycilik ve Sosyalizm" isimli makalesini yayınlamış, bu makalenin 1847'deki tekrar basımında, kardeşlik, eşitlik, birlik kavramlarını feda etmeden, bireyi ve toplumu uzlaştıran bir sosyalizmin mümkün olduğunu dile getirmiştir. Böylece sosyal demokrasinin ilk çerçevesini çizdiği söylenmektedir.⁹²

⁸⁵ **Louis**, s.54.

⁸⁶ **Uslu**, s.54.

⁸⁷ **Meriç, Cemil** (1995) Saint-Simon:İlk Sosyolog, İlk Sosyalist, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yay., s.49-50.

⁸⁸ **Louis**, s.41.

⁸⁹ **Uslu**, s.49.

⁹⁰ **Louis**, s.41.

⁹¹ **Besnier**, s.816.

⁹² **Besnier**, s.816.

C. SOSYAL DEMOKRASİNİN ETKİSİ

Sosyal demokrasi, sosyalizmden kökünü alan, fakat sosyalizmin yükselttiği eşitlik, refah ve hizmet taleplerini burjuva demokrasinin kurallarına uyarak gerçekleştirme gayretini taşıyan düşünce olmuştur.⁹³ Temsili demokrasiyi, haklarını elde etmek ve işçi sınıfını ezilmekten kurtarmak için meşru bir araç olarak gören sosyal demokratlar, sosyalizmin devrimci ruhunu öldürmekle suçlanmış olsalar da tarih boyunca birçok sosyal kazanımı bu demokrasi içinde kalma tavırları ile elde etmişlerdir. Hatta sosyalizmin getirdiği hak ve eşitlik anlayışının parlamentoda temsil edilmesini sağlamaları sebebiyle, çöken sosyalizmin mirasının yaşamasını sağladıkları ifade edilebilir. Liberal demokrasi sistemine entegre duruşları, Sosyal Demokratları Lenin, Stalin ve Mao'nun totalitarizminden uzak tutmuş ve geniş kitlelere fayda sağlamayı vadeden reformist çizgilerine kavuşturmuştur.

Liberal demokratik zeminde siyasal iktidarı elde etmek, çoğunluğun oyuna sahip olmaktan geçtiğinden, sosyal demokratlar, salt sınıf savunusu üzerinden siyaset yapmamışlar ve yalnızca işçi sınıfının oylarına talip olmamışlardır. Bunun yerine geniş bir tabanın desteğini almak istemişlerdir. Bu uğurda sosyalist olmayan partilerle koalisyon da yapmışlardır.⁹⁴ Sağlık hizmetinin sağlanması, eğitimde ileri bir seviyeye ulaşılması, emekli aylıklarında iyileştirme, çevrenin korunması, kadın ve çocuk hakları gibi herkese hitap eden siyasi hedefler üzerinde yapılan siyaset, sosyal demokratların toplumda belirli bir uzlaşmanın mimarı olmalarını kolaylaştırmıştır.⁹⁵ Yine de bu tercih, yekpare ve sürekli bir tercih değildir. Farklı ülkeler ve klikler bakımından bu konuda ayrılıklar gözlenmiştir.⁹⁶

⁹³ **Przeworski, Adam** (1985) *Capitalism and Social Democracy*, 1. Edition, Cambridge, Cambridge University Press (Çeviren: Atabağsoy, Naim/Çoban, Funda/Ata, İlkay/Torlak, Soner (2012) *Kapitalizm ve Sosyal Demokrasi*, 1. Baskı, Ankara, Phoenix Yay.), s.19-30.

⁹⁴ **Merkel, Wolfgang/ Petring, Alexander/Henkes, Christian/ Egle, Christoph** (2011) *Social Democracy in Power: The Capacity to Reform*, 1st Edition, London, Routledge (Çeviren: Özcan, Kıvanç/Baltacı, Erhan (2012) *İktidarda Sosyal Demokrasi*, 1. Baskı, İstanbul, Phoenix Yay, s.21.)

⁹⁵ **Przeworski**, s.49-51.

⁹⁶ **Przeworski**, s. 53.

Sosyal demokrasideki “demokrasi” vurgusu, bu düşüncenin sosyal hakları liberal demokrasi koşulları içinde gerçekleştirmesi kadar, başka bir şeyi daha ifade eder. Demokrasi, iktidarın denetlenmesini de içeren bir yapıdır. Bundan doğan bir zorunluluk olarak sosyal demokrasi de, sosyal refahın sağlanması hususunda iktidarın halka verdiği sözlerin tutulup tutulmadığını takip etmeyi amaç edinmiştir.⁹⁷ Meyer, bu amacın gerçekleştirilmesinin sosyal demokrasinin ilgi alanının politik sistem, temel haklar sistemi, politik kamusal alan, politik kültür, sivil toplum, politik ekonomi, eğitim sistemi gibi disiplinleri içine alacak şekilde genişlemesi ile sağlanabileceğini öngörmüştür.⁹⁸ Bu anlamda sosyal demokratlar hem iktidarda hem muhalefette sosyal standartların korunması ve geliştirilmesi maksadına hizmet etmeyi hedeflemişlerdir.

Sosyal demokrat partiler açısından sosyal devletin yaşatılması temel bir amaç olarak benimsenmiştir.⁹⁹ Sosyal devlet karşıtı düşüncenin yoğunlaştığı 1970’li yıllara kadar da bu amacın gerçekleşmesini sağlamak iktidardaki sosyal demokratlar bakımından mümkün olabilmıştır. Bu tarihlerden sonra yeniden dağıtım güçlü ekonominin karşısında bir engel olarak görülmüş, muhafazakâr ve neo-liberal partiler sosyal demokratlarla karşı karşıya gelmiştir.¹⁰⁰ 1990’lı yıllar ve sonrasında küreselleşme ve yaşanan sosyal değişimin sosyal demokrat iktidarların politikaları üzerinde etkisi olmuştur. Küreselleşme egemenlik yetkilerinin küresel yapılara belli ölçüde devrini gerektirmiş ve bu mali yönetimi yakından ilgilendirmiştir.¹⁰¹ Toplumun yaşlanması, işçi sınıfının küçülmesi, hayat tarzlarının bireyselleşmesi, postmateryalist değerlere geçiş de sosyal değişimin sosyal demokrat politikaları etkileyen unsurları olarak ön plana çıkmıştır.¹⁰²

⁹⁷ Meyer, Thomas, Hinchman, Lewis (2008) The Theory of Social Democracy, 1st Edition, Cambridge (Çeviren: Ersöz, Ekrem Berkay (2015) Sosyal Demokrasi Kuramı, 1. Baskı, Ankara, Phoenix Yay, s.9-17.)

⁹⁸ Meyer/Hinchman, s.16.

⁹⁹ Merkel/ Petring/ Henkes/ Egle, s.25.

¹⁰⁰ Merkel/ Petring/ Henkes/ Egle, s.27.

¹⁰¹ Merkel/ Petring/ Henkes/ Egle, s.37-43.

¹⁰² Merkel/ Petring/ Henkes/ Egle, s. 44

Sosyal demokrasi İngiltere’de İşçi Partisi’nin 1900 yılında kurulmasıyla demokratik düzlemde yerini almıştır. Parti, bir sınıf yahut ideoloji partisi olmayıp, farklı sınıflardan kişileri bünyesinde toplamış, fikirlerden çok kişilerin genel mali durumunun iyileştirilmesiyle ilgilenmiştir. Onun bu yönünün, kısa zamanda büyümesine temel teşkil ettiği söylenmektedir.¹⁰³ Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra İngiltere’de ikinci büyük siyasal güç haline gelen parti, 1924’te ve 1929’da liberallerin desteğiyle azınlık hükümetleri kurmuştur.¹⁰⁴ 1930’larda muhalefette olan İşçi Partisi, 1945’te millileştirme, yeniden yapılanma, genel refah hizmetlerinin genişletilerek uygulanması politikasının ilgi görmesiyle iktidara gelmiştir.¹⁰⁵ Parti, 1951 seçiminde mağlup olmuş, 1966’da yeniden iktidara gelmiştir. 1979’da Margeret Thatcher başbakanlığında Muhafazakâr Parti iktidara geldikten sonra İngiltere’nin mali çehresi değişmiştir. Özelleştirme ve deregülasyon hareketleri hayata geçirilmiştir. Neo-liberalizm İngiltere’de etkin güç olmuştur.¹⁰⁶ 1997’de Tony Blair liderliğinde İşçi partisi yeniden iktidara gelmiştir. Böylece sosyal gelişmelerde yeniden bir atılım dönemi yaşanmıştır. Kamusal hizmetlerin, özellikle sağlık ve eğitim sektörünün yoğun olarak geliştirilmesi, yoksullukla kararlı bir mücadele ve asgari ücretin kabulü bu atılımın birer parçasıdır.¹⁰⁷

Sosyal demokrasi, Almanya’da terim olarak ilk kez 1848 devriminden önce kullanılmış olup, erken dönem algılanışı daha sonra kazanmış olduğu

¹⁰³ **Soysal, Mümtaz** (1957) “İngiliz İşçi Partisi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi C:12, S:1, s.74-91.

¹⁰⁴ **Minkin, Lewis/Seyd, Patrick** (1991) İngiltere İşçi Partisi: Fincancı, Yurdakul (Editör), Batı Avrupa’da Sosyal Demokrasi, Çev. Yurdakul Fincancı, Türkiye Sosyal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı, İstanbul, s.58.

¹⁰⁵ **Güriz, Adnan** (1998) Sosyal Demokrasi İdeolojisi, 1. Baskı, Ankara, AÜHF Döner Sermaye Yay. No:49, s.180.

¹⁰⁶ **Gombert, Tobias** (2009) Grundlagen der Sozialen Demokratie – Lesebuch der Sozialen Demokratie 1. Akademie für Soziale Demokratie, Bonn (Çeviren: Hallaç, Recai (2010) Sosyal Demokrasi El Kitabı-1: Sosyal Demokrasinin Temelleri, 3. Baskı İstanbul, Friedrich-Ebert-Stiftung Sosyal Demokrasi Akademisi) s.111.

¹⁰⁷ **Gombert**, s.111.

anlamdan farklıdır.¹⁰⁸ Sosyal demokrasinin Alman fikir dünyasında ilk taşıyıcısı Lassale'dir. Lassele, sosyal kurumları halk ruhu (Volksgeist) kavramı üzerinden açıklamıştır.¹⁰⁹ Ona göre, halk ruhu değiştikçe halka tanınan hakların kapsamının da değişmesi gerekir. Bu değişim Avrupa toplumunun sosyalleşmesi şeklinde olacaktır. Bu yolu açacak olan genel oy hakkıdır. Devlet insanların hürriyet doğrultusunda gelişmesine yardım edecek ve son aşamada işçiler genel oy hakkı vasıtasıyla devletten sosyalizmi kurmasını isteyebilecektir.¹¹⁰ Bu görüşler sosyal demokrasinin liberal demokrasi içindeki hak mücadelesi anlayışı ile uyumluluk arz etmiştir.

Lassale'in görüşlerinin somut bir görünüm kazanması, bizzat kurduğu "Genel Alman İşçi Partisi" ile olmuştur. Partinin yayınladığı Gotha Programı'nda üretim araçlarının mülkiyetinin toplum mülkiyetine dönüştürülmesinin gerekliliği ve emekçi halkın demokratik bekçiliği amaç olarak bir arada bulunmaktadır.¹¹¹ Burada hem sosyalizmin hem de demokratlığın izlerini görmek mümkündür. Vatandaşlara genel, eşit, dolaysız, gizli oy hakkı tanınması, halkın yasama süreçlerine katılması, basın ve toplanma özgürlüğünün korunması da programda yer almıştır.¹¹² Partinin adı Alman Sosyal Demokrat Parti (SPD) olarak değiştikten sonra Gotha Programı'nın yerine yürürlüğe giren Erfurt Programında Marksist görüş ağırlık kazanmıştır, fakat bu durum bir Marksist devrim ile sonuçlanmamıştır.¹¹³ Bu dönemde Sosyal Demokrat partinin görevi, işçi sınıfının üretim araçlarını toplum mülkiyetine çevirme mücadelesine bilinç ve birlik kazandırmak ve onu sorunlu olduğu hedefe yönlendirmek şeklinde açıklanmıştır.¹¹⁴ Bu kapsamda, en fazla sekiz saatlik iş günü, 14 yaşından küçük çocuklar için çalışma yasağı, haftada en az 36 saat dinlenme süresi gibi

¹⁰⁸ **Breuilly, John** (1991) Almanya'da Sosyal Demokrasi: Fincancı, Yurdakul (Editör), Batı Avrupa'da Sosyal Demokrasi, Çev. Yurdakul Fincancı, Türkiye Sosyal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı, İstanbul, s.9.

¹⁰⁹ **Güriz**, s.30.

¹¹⁰ **Güriz**, s.31.

¹¹¹ **Güriz**, s. 139-141.

¹¹² **Güriz**, s. 141.

¹¹³ **Güriz**, s. 142.

¹¹⁴ **Güriz**, s. 143.

talepler gündeme getirilmiştir ve sınıf politikasından uzak, hak mücadelesi odaklı söz konusu programıyla parti, vatandaşların üçte birinin oyunu bir müdet elinde tutmayı başarmıştır.¹¹⁵ Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, 1921 yılında “sosyal hukuk” u hedef olarak belirleyen Görlitz Programı, 1925 yılında sosyal politikaları öne çıkaran Heidelberg Programı uygulamaya konmuştur. 1929 kriziyle birlikte SPD'nin etkinliğinde azalma olmuş, 1933 seçimlerinden İkinci Dünya Savaşı'nın bitimine kadar Hitler'in anti-demokratik uygulamalarıyla mücadele önem kazanmıştır.¹¹⁶ Savaşın bitiminden sonra 1945'te sosyal demokrasinin şartlarını hürriyet, sosyal adalet ve hoşgörü olarak tanımlayan Hannover bildirgesinin ilkeleri esas alınmıştır. 1959 yılında Bad Godesberg bildirgesi partide Kant'ın görüşlerini ve Hristiyan ahlakı, hümanizm ve klasik felsefeyi öne çıkarmış, adalet ve refahın parti hedeflerindeki öncelikli konumunu da muhafaza etmiştir.¹¹⁷ 1986'da Willy Brandt, partinin üç ilkesini barışı korumak, bireysel ve sosyal hakları geliştirmek, adaleti gerçekleştirmek olarak açıklamış, 1989 programı hürriyet, adalet ve dayanışmayı partinin temel değerleri olarak belirlemiştir.¹¹⁸ Bu ilkeler, Alman sosyal demokrasisinin üzerinde yükseldiği temelleri teşkil etmiştir.

Sosyal reform ve siyasal demokrasi, Almanya ve İngiltere örneklerinde olduğu gibi, diğer ülkelerde de sosyal demokrasiyi oluşturan unsurlar olmuştur. Günümüzde de sosyal demokrasinin duruşu bu eksende ilerlemektedir. Zaman içerisinde iktidarda olan sosyal demokrat partilerin sayısı azalmıştır. Günümüzde, 1929 ve 1970 ten sonra neo-liberalizmin, bu kez sağ popülizm ve milliyetçilikle beraber etkinliğini artırdığı görülmektedir. Bunun karşısında sol siyasete düşenin sermaye ve halk arasındaki ayrımına vurgu yaparak, sağ popülizmin düşmanlık “biz ve onlar” ayrımının getirdiği şiddet odaklı (antagonistik) siyasete karşı demokratik çatışma odaklı (agonistik) siyaseti egemen kılmak olduğu ifade edilen görüşler arasındadır. Popülizmden her koşulda uzak durulması gerekliliğine vurgu yapan görüşler

¹¹⁵ **Güriz**, s. 144-145.

¹¹⁶ **Güriz**, s. 145-149.

¹¹⁷ **Güriz**, s. 150.

¹¹⁸ **Güriz**, s. 153.

de bulunmaktadır.¹¹⁹ Tüm bunların yanında, günümüzde karşılaşılan sorunların çözümünde sosyal reformculuğun çaresiz kaldığı, daha radikal çözümlere başvurulması gerektiği görüşü de dillendirilmektedir.¹²⁰

1. Sosyal Devlette Sosyal Haklar

Sosyal devlet ile liberal devlet arasındaki fark, Göze tarafından liberal devletin kendi içinde gerçekleştirdiği bir aşama olarak açıklanmıştır.¹²¹ Temel hak ve özgürlük, eşitlik ve mülkiyet anlayışı bakımından liberal devlet ile sosyal devlet aynı perspektife sahiptir.¹²² Sosyal devlet, liberal devletten farklı olarak, bireyi sosyalliği içerisinde ve kurduğu kuruluşlarla, bir diğer deyişle örgütlenme hakkıyla birlikte ele alır.¹²³ Bunun yanında, sosyal devlette, liberal devlette benimsenen, devletin bireylerin haklarını kullanmalarına karışmaması olarak tarif edebileceğimiz negatif özgürlük anlayışından devletin kişilerin gelişiminin sağlanması için ekonomik ve sosyal koşulları sağlaması gerektiğini öngören pozitif özgürlük anlayışına geçiş gözlenmiştir.¹²⁴ Devlet bu hakların varlığını kabul eder ve kullanımının mümkün olduğu bir devlet yapısını oluşturmakla mükelleftir.¹²⁵ Sosyal haklardan söz edebilmek için ise

¹¹⁹ **Mouffe, Chantal** (2018) *For a Left Populism*, 1st Edition, New York, Verso Edidion NLB (Çeviren: Yanık, Aybars (2919) *Sol Popülizm*, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yay., s.50.)

¹²⁰ 'System deadlock': Joker artistically diagnoses modern world's ills – Zizek, <https://www.google.com/amp/s/www.rt.com/news/472541-joker-movie-horror-violence-zizek/amp/> (s.e.t: 11.02.2020)

¹²¹ **Göze, Ayferi** (2010) *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yay., s.203.

¹²² **Göze**, s.203.

¹²³ **Göze**, s.204.

¹²⁴ **Göze**, s.209.

¹²⁵ **Tanör**, s.23. Sosyal hakların sadece devletin pozitif edimiyle sağlanabileceği yönündeki görüşün bir yanlığının eseri olduğunu vurgulayan Tanör, sosyal hakların sağlanmasında devletin yalnızca pozitif değil, negatif yükümlülüklerinin de bulunduğunu ifade etmiştir. Ayrıca sosyal hakların yalnızca devlete karşı değil, özel kişilerin müdahalelerine karşı da ileri sürülebileceği üzerinde durmuştur. Bu görüş, günümüzde insan haklarının yalnızca dikey değil, aynı zamanda yatay etkisinin de bulunduğu paradigması üzerinden dile getirilmektedir. Buna göre insan hakları, devlet-birey ilişkileri yanında bireylerin kendi aralarındaki ilişkilere de uygulanır. Bu durum, devletin sorumluluğunu genişletmektedir.

devletin ekonomiye müdahalesinin fazla olduğu, vergi toplayarak kamusal harcamalar yaptığı bir sistemin varlığı zorunludur.¹²⁶ Sosyal devlet anlayışıyla birlikte 20. Yüzyılda birçok devletin anayasasına giren haklar; çalışma hakkı, eğitim hakkı, gıda hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı, çalışma şartlarının iyileştirilmesiyle ilgili haklar, angarya yasağı, bir kısım sendikal haklar, grev ve toplu sözleşme yapma hakkı gibi haklar olmuştur.¹²⁷ Fakat sosyal hakların eksiksiz bir dökümünü yapmak Tanör'e mümkün gözükmemiştir. Bu tür haklar, sosyal eşitsizliklerin giderilmesi için düzeltilmesine hizmet ederler.¹²⁸ Refah devleti ya da sosyal devlet anlayışına göre devlet ekonomik ve sosyal hakları sosyal politikalar ve kamu hizmeti yoluyla sağlar. Bunların liberal devletlerde de uygulanabileceğini, liberal düşüncede de yer bulduğunu yukarıda ifade etmiştik. Sosyal devletteki sosyal politikalar ve kamu hizmetlerinin farkı, liberal devlette yapılan parça parça yardımların ve gündelik çözümlerin aksine, sosyal eşitsizliğin giderilmesini ve bu yolda bir yeniden dağıtımı amaçlamasıdır.¹²⁹

a. Sosyal Politikalar

Kessler sosyal politikayı, “*Sosyal sınıfların hareketleri, gelişme ve çekişmeleri ve mücadeleleri karşısında devleti ve hukuk düzenini ayakta tutmaya ve sürdürmeye yönelmiş bir politikadır.*” biçiminde tanımlamıştır.¹³⁰ Tanör'e göre; “*Devletin sosyal alana girmesi ve karışması, iktisadi ve sosyal*

Bu temele dayanılarak, şartları oluştuğunda özel kişiler arasında gerçekleşen ihlallerden devlet sorumlu tutulabilmektedir. Ayrıntı için bkz.; **Knox, John H.** (2008) “Horizontal Human Rights Law”, *The American Journal of International Law*, Vol:102, No:1, s.1-2; **Poroy, Mehmet Akif** (2006) “Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:80, S:3, s.1006 vd.

¹²⁶ **Akad/ Vural Dinçkol/ Bulut**, s.292.

¹²⁷ **Tanör**, s.71.

¹²⁸ **Tanör**, s.79.

¹²⁹ **Dericiler, Özge Yücel** (2014) *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, Onikilevha Yay.1. Baskı, İstanbul, s.28.

¹³⁰ **Kessler, Gerhard** (1945) “İçtimai Siyaset”, çev. Orhan Tuna, Gençlik Kitabevi, İstanbul., s.4.

*bakımdan güçsüz kimselerin korunması amacına yöneliktir. Sosyal karışmacılığın özü budur ve buna sosyal politika da denebilir.*¹³¹ Çubuk'un tanımı ise "Sosyal politika, toplum organizmasının birer uzvu olarak yaşayan birimlerin hareketlerinden doğan mücadelelerini, tezatlarını ve farklılıklarını sosyal adalet ilkelerine göre çözümlenmeyi ve bu suretle devletin bütünlüğünü, toplumun refahını, toplum başarısını sağlamayı hedef alan tedbirlerin tümüdür" şeklindedir.¹³² Sosyal politikaların ortaya çıkış sebebi, bu etmenlerin yol açtığı çatışmayı ortadan kaldırıp sosyal dengeyi sağlama ihtiyacıdır.¹³³ Refah devleti (sosyal devlet), sosyal politikası olan devlettir.¹³⁴ Bununla birlikte sosyal politikaların tamamen insan hakları temeli üzerine inşa edildiği düşünülemez.¹³⁵ Bireylere yoksulluktan kurtuluşu sağlamayı hedefleyen sosyal politikalar olabileceği gibi, yoksulluğu kabul edilebilir ve baş edilebilir düzeye çekmeyi, salt toplumsal kontrolü sağlamayı hedefleyen sosyal politika uygulamaları da söz konusu olabilir.¹³⁶ Ayrıca sosyal politikaların uygulanması için sosyal hak kavrayışının bulunması da mutlak bir zorunluluk değildir.¹³⁷ Sosyal politikaların sırf sosyal mühendislik ya da siyasi propaganda amacıyla yapılabileceği de ifade edilmiştir.¹³⁸

Sosyal devlet (refah devleti), sosyal hak kavramına dayalıdır. Burada dayanılan hakların genel olarak yaşama ve maddi manevi varlığı geliştirme hakkı olduğu söylenebilir. Bunların ardından eğitim hakkı, sağlık hakkı, ulaşım hakkı, çalışma hakkı, angarya yasağı, konut hakkı vs. olmak üzere diğer sosyal haklar gelir. Bu sebeple sosyal devletlerde sosyal politika

¹³¹ Tanör, s.87.

¹³² Çubuk, Ali (1979) Sosyal Politika, 1. Baskı, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yay. No:123, s.9.

¹³³ Koray, Meryem/Topçuoğlu, Alper (1987) Sosyal Politika, 1. Baskı, İzmir, Karınca Matbaacılık, s. 3; Çubuk, s.8.

¹³⁴ Dericiler, s.77.

¹³⁵ Dericiler, s.77.

¹³⁶ Dericiler, s.77.

¹³⁷ Dericiler, s.78.

¹³⁸ Titmuss, Richard M. (2008) "What is Social Policy": Leibfried, Stephan/Mau, Stephen, Welfare States: Construction, Deconstruction, Reconstruction: Analytical Approaches Vol:1, 1st Edition, Edward Elgar Publishing., s.138-148.

uygulamalarının işlevi sosyal eşitsizlikleri ve yoksulluğu gidererek bu haklar bakımından devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerini yerine getirmesi olmalıdır. Bu işlevin yerine getirilmesi bağlamında sosyal politikaların hedefleri, kazançlardaki aksamalara karşılık risk yönetimi ve sigortası, hayat döngüsü içinde yenden dağıtım, haneler arasında yeniden dağıtım olarak adlandırılan zenginden fakire, sermayeden emeğe, aile olmayanlardan ailelere aktarım, refah arzı eksikliği ile sonuçlanacak dışsallıkları düzeltme, vs. biçiminde çeşitlenebilir.¹³⁹ Sosyal politikanın oluşumu ve gelişiminde başka aktörlerin de rolü bulursa dâhi, devletin başlıca rolü oynadığı söylenebilir.¹⁴⁰ Sosyal hakların sağlanması, başta devletin anayasa ve yasalarla bu hakları güvence altına alması, daha sonra bu hakların kullanımının sağlanacağı altyapıyı ve imkanları sağlama konusunda sorumluluk alması ile mümkün olmaktadır. Bu, devletin ekonomik düzene müdahalesini gerektirmektedir. Bu müdahaleler çeşitli zeminlerde gerçekleşebilir. Sosyal politikaların uygulanması ancak yeterli ekonomik büyümenin sağlanmasıyla mümkün olabileceğinden, sosyal uzlaşma ve sosyal dengenin sağlanması bağlamında devletin ilk müdahale alanı dengeli ekonomik büyümenin sağlanması olacaktır.¹⁴¹ Devletin, çalışma ilişkilerine belirli bir yasal çerçeve oluşturması ve sendikal hakları tanımmasının yanında iş uyuşmazlıklarında uzlaştırıcı rol oynaması ve bu esnada adil dengeyi gözeten bir tutum içerisinde olması, ayrıca işveren sıfatıyla işçi-işveren ilişkilerinde yer aldığıda çalışanlarının hakları konusunda hassas olması önem arz etmektedir.¹⁴² Ayrıca devletin, sosyal politikaların uygulanmasına yönelik verimlilik, hakkaniyet, ve dayanışma ile ilgili müdahaleleri olabilir.¹⁴³ Verimlilik, ya da bu çalışmada anılan biçimiyle kamu kaynaklarının etkin kullanımı, bireysel faydaların sosyal maliyete en azından eşit olduğu bir sosyal seviyenin yakalanması olarak açıklanabilir.¹⁴⁴ Gelirin ya da olanakların adil olarak dağılıp dağılmadığı konusu ile ilgili denetim ve tedbirler hakkaniyet, vatandaşlar arasında bazı mal

¹³⁹ Kleinman, s.162.

¹⁴⁰ Koray/ Topçuoğlu, s.29.

¹⁴¹ Koray/ Topçuoğlu, s.36.

¹⁴² Koray/ Topçuoğlu, s.41-42.

¹⁴³ Kleinman, s.163.

¹⁴⁴ Kleinman, s.163.

ve hizmetlerin sağlanmasında işbirliği yapılmasının desteklenmesine yönelik tedbirler dayanışma tedbirleri olarak adlandırılabilir.¹⁴⁵

Sosyal politikalar 19.yüzyıl başlarında İngiltere’de uygulanmaya başladığında, yalnızca sosyal yardımlarla sınırlı olarak anlaşılmaktaydı.¹⁴⁶ Fakir evleri açarak işsizleri ve fakirleri buralarda toplamak, yaşlı evleri ve çocuk yuvaları oluşturmak bu anlayışın ürünleriydi.¹⁴⁷ Yardım faaliyetlerinden farklı olarak, 1802 yılında mensucat sanayiinde çalıştırılan çocukların çalışma koşullarını düzenleyen bir kanun çıkarılmışsa da, bu, dönemde büyük etki yaratan bir tedbir olamamış, fakat çalışma hayatına ilişkin ileri tarihlerde alınacak etkili tedbirler açısından bir temel teşkil etmiştir.¹⁴⁸ Sanayi devriminin gelişimini izleyen yıllarda sosyal politikalara bakış açısı değişmiş, işçi sınıfının talepleri kendini belirgin şekilde göstermeye başlamıştır. Bunu çalışma hayatının düzenlenmesine ve sosyal güvenliğe ilişkin çıkarılan yasalar izlemiştir.¹⁴⁹ Sosyal politikalar, zamanla işçi sınıfının taleplerini aşmış ve kapsam olarak genişlemiş, genel olarak toplumun güçsüz kesimlerini kapsayan gelir aktarımı uygulamaları sosyal politikalar içinde yerini almıştır.¹⁵⁰ Toplumun tüm bireylerine yönelik eğitim, sağlık konut gibi hizmetler sosyal politika uygulamalarına dahil olmuştur.¹⁵¹

b. Kamu Hizmeti

21. yüzyılın dünyasında, devletin, toplumun ihtiyaçlarını yerine getirme yükümlülüğünün bulunduğu görüşü üzerinde, mutabakat oluşmuştur. Bu yükümlülüğün derecesi ve genişliği üzerinde farklı anlayışlar bulunduğu¹⁵²

¹⁴⁵ Kleinman, s.164-165.

¹⁴⁶ Çubuk, s.27.

¹⁴⁷ Çubuk, s.27.

¹⁴⁸ Talas, Cahit (1967) Sosyal Politika, 3. Basım, Ankara, Sevinç Matbaası, s. 118.

¹⁴⁹ Talas, s.118-139; Çubuk, s.27; Koray/ Topçuoğlu, s.25-26.

¹⁵⁰ Koray/ Topçuoğlu, s.26.

¹⁵¹ Koray/ Topçuoğlu, s.24.

¹⁵² Ulusoy, Ali (1999) “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:48, S:1-4, s.165-176; Coşkun, Selim/ Dulkadiroğlu, Hakan (2018) “Amerika Birleşik Devletleri’nde İdari

gibi, zaman içinde bu anlayışlarda değişimler de gözlenmiştir. Kamu hizmeti, genel olarak, “*giderilmesinde kamu yararı bulunan bir toplumsal ihtiyacı karşılamak amacıyla, kamu tüzel kişileri ya da onların gözetim ve denetimi altında özel girişim tarafından özel bir hukuksal düzen içinde yürütülen etkinlikler*” olarak tanımlanmıştır.¹⁵³ Türk Anayasa Mahkemesi, bir kararında “kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanmasını”¹⁵⁴, başka bir kararında “köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesi ve benzeri etkinlikleri”¹⁵⁵ kamu hizmeti olarak değerlendirmiştir. Devletin kamu hizmeti niteliğindeki faaliyetleri için bir liste yapmak mümkün değildir. Giderilmesinde kamu yararı bulunan ihtiyaçlar zaman içinde değişiklik gösterebilir. Burada önemli olan, hangi toplumsal ihtiyaçların giderilmesinde kamu yararı olduğunun belirlenme şeklidir. Bu belirlemede, konuya ilişkin farklı yaklaşımlar etkili olabilmektedir. Liberal teze göre sadece devletin tabii görevleri olan savunma, güvenlik ve adalet hizmetlerinin görülmesinde kamu

Devletin Gelişimi ve Woodrow Wilson’un Etkisi”. Journal of Political Administrative and Local Studies, C:1, S:2, s.21-54.

¹⁵³ **Göküş**, s.24.Türk Danıştay’ının benzer tanımı için bkz. Danıştay 13. D., E:2008/5151, K:2008/6509, T:26.09.2008. Bir başka benzer tanımı Türk Anayasa Mahkemesi yapmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E:994/43- K:994/42-2, T: 9.12.1994. Gözlerin benzer tanımı için bkz. **Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku, 2.Cilt, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yay, s.253. Bu tanım, kamu hizmetinin neliği hakkında doktrinde yapılmış önceki tartışmaların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu konuda Duguit, Jéze ve Truchet tarafından öne sürülmüş görüşler için bkz. **Ulusoy, Ali** (2004), Kamu Hizmeti İncelemeleri, 1. Baskı, Ankara, Ülke Kit. s.12-13. Kamu hizmetini açıklamak için, organik açıdan, maddi açıdan ve biçimsel açıdan yapılan farklı tanımlamalar için bkz. **Göküş**, s., 23-24. Kamu hizmetini, kamu kesimi-özel kesim ayrımı temelinde teknik olarak tanımlayan görüşler için bkz. **Karahanoğulları, Onur** (2015) Kamu Hizmeti: Kavram ve Hukuksal Rejim, 3. Bası, Ankara, Turhan Kit. s.10-17. Kamu hizmetini devletin, üretici güçlerin korunması, üretim ilişkilerinin korunması ve geliştirilmesi ve toplumsal karşıtlıkların üzerinde yer almak ve güçlü olmak biçiminde ifade edilen üç işlevi çerçevesinde açıklayan görüş için bkz. **Karahanoğulları**, s.17-27. Kamu hizmetini, toplumsal dayanışmanın toplumsal işbölümü sonucu zor kullanma tekeli elde bulunduranlara yüklediği görevler olarak ele alan Duguit’in görüşü için bkz. **Karahanoğulları**, s.27-38.

¹⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, E:973/32-K:974/11, T: 26.3.1974.

¹⁵⁵ Anayasa Mahkemesi, E:994/71-K:995/23, T: 28.6.1995.

yararı vardır.¹⁵⁶ Liberal devletlerde de çöplerin toplanması gibi, zorunlu, sürekli ihtiyaçların görülmesinde kamu yararı bulunduğu kabul edilir. Fakat bu tür hizmetlerin özel kişilerce görülmesi gerektiği görüşü hakimdir.¹⁵⁷ Bunun aksine müdahaleci görüşe göre, halkın müşterek gereksinimlerini karşılamaya yönelik bütün faaliyetlerde kamu yararı vardır.¹⁵⁸ Pozitivist teze göre ise hangi hizmette kamu yararı olduğunu, yasa koyucu ve idarî organlar belirler.¹⁵⁹ Yasa koyucunun belirlemeleri ve Anayasa yargısının içtihatıyla konu netlik kazanır.¹⁶⁰ Kamu hizmeti, belirli ilkeler çerçevesinde görülür Bu ilkeler, süreklilik ve düzenlilik, eşitlik ve tarafsızlık, değişkenlik ve uyarılma ile bedelsizliktir.¹⁶¹ Gözler, ayrıca lâiklik ilkesinden de söz etmiştir. Bu ilke, hizmetlerin din konusunda tarafsız kalınarak yerine getirilmesi ve dinî hizmetlerin diğer hizmetlerden ayrı olarak ele alınması anlamına gelir.¹⁶² Bu ilke, Fransa'da da uygulanmaktadır.¹⁶³ Bununla birlikte, mutlak suretle her ülkede uygulandığını söylemek mümkün değildir.¹⁶⁴ Süreklilik ve düzenlilik ilkesi kamu hizmetinin kesintisiz olarak yerine getirilmesini, eşitlik ve tarafsızlık, kişilerin aynı koşul ve nitelikleri taşıyanlara aynı biçimde kamu hizmeti sunma dışında herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın kamu hizmetinden faydalanabilmelerini, bedelsizlik, hizmetten yararlananlardan herhangi bir karşılık alınmamasını ifade eder.¹⁶⁵ Bu ilkeler zaman içinde değişime uğramıştır. Örneğin bedelsizlik ilkesindeki dönüşüm, hizmet alanların ve kamu hizmetlerinin çoğalması sonucu olarak gerçekleşmiştir.

¹⁵⁶ Gözler, s.257.

¹⁵⁷ Çakmak, N. Münci (2013) İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yay., 1. Bası, Ankara. s.449.

¹⁵⁸ Gözler, s.259.

¹⁵⁹ Gözler, s.260.

¹⁶⁰ Gözler, s.261.

¹⁶¹ Göküş, s.25-29, Karahanoğulları, s.188-221; Gözler, s.297-349; TAN, Turgut, "İdare Hukuku", Turhan Kit., 2. Bası, 2013, Ankara, s. s.357-362; Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/ Kaman, Nur/ Özdemir, Eyüp/ Üstün, Gül/ Tekinsoy, Okay (2015) İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Onikilevha yay, s.503-515.

¹⁶² Gözler, s.323.

¹⁶³ Gözler, s.325.

¹⁶⁴ Gözler, s.323.

¹⁶⁵ Göküş, s.25-29, Karahanoğulları, s.188-22.

Buna göre, hizmetten yararlanmayanların bir malî yük altında kalmalarının önüne geçmek adına hizmetten yararlananlardan belli bir miktar ücret alınması gereklidir.¹⁶⁶ Buna karşılık, yap-işlet-devret modeli gibi, kamu hizmetinin özel hukuk kişilerince görülmesini öngören düzenlemelerde, devlet tarafından, kişilerin hizmet alımına yönelik garantilerin verilmesiyle hizmetlerden yararlanmayan kişilerin de vergi yoluyla bedel ödemesi gündeme gelebilmektedir.¹⁶⁷ Bu ilkelere, zaman içinde yenileri eklenmiştir.18.3.1992 tarihinde Fransa'da kabul edilen Kamu Hizmetleri Şartı'nda, sözü geçen ilkeler dışında, şeffaflık, sorumluluk, yalınlık, ulaşılabilirlik, katılım, uyum ve güvenilirlik, işleyiş ilkeleri olarak sayılmıştır.¹⁶⁸ Adı geçen şartta, sayılan ilkelerin hakları etken kılacağıının vurgulanmış olması dikkat çekicidir. Bu şartın benzeri İngiltere'de de çıkarılmıştır.¹⁶⁹ Fakat İngiltere'de ki şart, ülkenin konuyla ilgili genel tutumunu yansıtmıştır. Bu doğrultuda şart, kamu hizmetini mümkün olduğunca serbest pazar içine sokmak ve minimumda tutmak üzerine kuruludur.¹⁷⁰ Avrupa Birliği hukuku içinde Corbeau ve Commune d'Amelo kararlarıyla kamu hizmetinde yeni ilkeler benimsenmiştir.¹⁷¹ Bu ilkeler, kalite ve etkinlik, yurttaşlık (temel hizmet hakkı), katılım ve açıklık ilkeleridir. Etkinlik ilkesi tüketicinin korunması ve hizmetin rekabet gücü ile ilgilidir. Yurttaşlık ilkesi, her yurttaşın belirli kalite ve makul fiyatlarla insan için vazgeçilmez nitelikte olan su, elektrik, gaz, iletişim gibi temel kamu hizmetlerine ulaşmaya hakkı olduğu anlamını taşır. Katılım ilkesi kamu hizmetinden yararlananların karar alma süreçlerine katılımının gerekliliğine vurgu yapar.¹⁷² Açıklık ilkesi ise hizmete ilişkin her bilginin yararlananlara ulaştırılması gerekliliğine ilişkindir.¹⁷³ Kamu hizmetinde gözetilen bu ilkeler, yapılan işleri salt teknik meseleler olmaktan

¹⁶⁶ Göküş, s.29.

¹⁶⁷ Evren, s.73-83.

¹⁶⁸ Karahanoğulları, s.248.

¹⁶⁹ Karahanoğulları, s.249.

¹⁷⁰ Karahanoğulları, s.248; Ulusoy (2004), s.83.

¹⁷¹ Ulusoy (2004), s.101.

¹⁷² Ulusoy (2004), s.101.

¹⁷³ Ulusoy (2004), s.102.

çıkartır, siyasi etik ve anlayışın gereklilikleri ile bütünleştirir.¹⁷⁴ Kamu hizmeti konusundaki tartışmalar, bu ilkeler üzerinden devam eder ve temel olarak, hizmetlerin devlet tarafından sağlanması ya da sınırlı bir kamusalılık ile yürütülerek satılması arasında devam eder.

Kamu hizmeti yoluyla sosyal hakların sağlanabilmesi için hizmetlerin, serbest ekonominin yarattığı eşitsizliği telafi eden bir yönünün bulunması elzemdir. Örneğin, toplu taşıma hizmeti, bir ulaşım aracı sahibi olmayan bireylerin ulaşım hakkını sağlarken, ücretsiz eğitim hizmeti, parasal kaynaklardan yoksun olup olmadığına bakılmaksızın her bireyin eğitim alabilmesini sağlar. Devletin yol, köprü, hastane yapımı ve işletilmesi gibi hizmetlerden ücret almaması yahut düşük ücret alması, sağlık hakkı ve ulaşım hakkını herkes bakımından kullanılabilir hale getirecektir. Kamu hizmetlerinin sağlanmasında farklı yöntemler izlenmektedir. Kamu hizmeti kamu kurumları tarafından sağlanabildiği gibi, farklı usullerle görevlendirilmiş özel hukuk kişilerince de sağlanabilmektedir.¹⁷⁵ Kamu hizmetinin hangi usulle gerçekleştirileceğine yasa koyucu yahut idare karar verir.¹⁷⁶ Bu belirlemede hukukî değil, teknik ölçütler nazara alınır.¹⁷⁷

II. SOSYAL HAKLARIN GERÇEKLEŞTİRİLMESİNDE KAMU HARCAMALARININ ETKİNLİĞİNİ ARTIRAN VE AZALTAN FAKTÖRLER

Kamu kaynaklarının etkin kullanımını, bir kamu yönetimi meselesi olarak ele almak mümkündür. Geniş anlamda kamu yönetimi, devletin tüm etkinliklerini içerir.¹⁷⁸ Dar anlamda kamu yönetimi ise yürütme organınca gerçekleştirilen faaliyetler olarak anlaşılır.¹⁷⁹ Dar anlamda kamu yönetimi,

¹⁷⁴ **Wilson, Woodrow** (1887) "The Study of Administration", *Political Science Quarterly*, Vol: 2, No: 2, pp. 197-222 (Çeviren: Abadan, Nermin (1961) "İdarenin İncelenmesi": Woodrow Wilson: Seçme Parçalar, Türk Siyasî İlimler Derneği Yay., İstanbul, s. 63.)

¹⁷⁵ **Gözler**, s.380-466; **Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Tekinsoy**, s.515-538.

¹⁷⁶ **Gözler**, s.383.

¹⁷⁷ **Gözler**, s.383.

¹⁷⁸ **Özer, Mehmet Akif** (2019) *Yeni Kamu Yönetimi*, 3. Baskı, Ankara., Gazi Kitabevi, s. 9.

¹⁷⁹ **Özer**, Ankara, s. 9.

devletin araçlarını gerçekleştirecek biçimde örgütlenmiş insan gücü, araç gereç ile bunların yönetimini kapsar.¹⁸⁰ Sosyal politikaları ve kamu hizmetini uygulayan merkezi yönetim ve yerel yönetimlerdir. Devlet, sosyal hakları gerçekleştirme amacını yerine getirebilmek için bu kamu yönetimi örgütlerine ihtiyaç duyar ve amacını bu örgütler kanalıyla gerçekleştirir. Parlamento, hükümet, belediye başkanlığı ve belediye meclisi olarak sayabileceğimiz siyasal karar organlarınınca alınan kararlar çeşitli araçlar yoluyla hayata geçirilir. Bu zincir içerisinde kamu kaynaklarının kullanımı meselesi karar aşmasında siyasal organlar bakımından ve uygulama aşamasında çeşitli kamu görevlileri ve özel hukuk kişileri bakımından gündeme gelir. ABD başkanlığı da yapmış olan Woodrow Wilson'un belirttiği üzere, idarenin en önemli hedefleri arasında mümkün olan en üstün etkinlik seviyesini en az maliyetle yakalamak bulunmalıdır.¹⁸¹

Kamu kaynaklarının kullanımını düzenleyen ve uygulamaya geçirenlerin seçimden ve halkın denetiminden bağımsız olarak görev yapan kamu görevlileri olması da etkin kullanım üzerinde etkili olan başka bir konudur. Demokrasi açısından hassas nokta olarak kabul edebileceğimiz bürokratik yapının, kamu çıkarına hareket etmelerinin sağlanması demokrasi açısından önemli bir gerekliliktir.¹⁸²

Kamu kaynaklarının etkin kullanımı ne anlama gelmektedir? Bu sorunun cevaplanmasında çeşitli yaklaşımlara rastlanmaktadır. Erken dönem düşünürlerden Frederick Taylor, bilimsel yönetim metodunu¹⁸³, Willoughby güçlü yönetim, sert hiyerarşi ve net iş bölümünü¹⁸⁴, Gulick ise POSDCORB olarak kodladığı ve planlama, organizasyon, kadrolaşma, yönetim, koordinasyon, raporlama ve bütçelemeden oluşan sistemi kamu kaynağının

¹⁸⁰ **Özer**, Ankara, s.7.

¹⁸¹ **Wilson**, s.53.

¹⁸² **Mosher, Frederick C.** (1968) *Democracy and the Public Service*, 1. Baskı, New York, Oxford Yay, s. 5.

¹⁸³ **Taylor, Frederick W.** (1911) *The Principles of Scientific Management*, 1st Edition, New York and London, Harper&Brothers Publishers (Çeviren: Akın, Bahadır (2016) *Bilimsel Yönetimin İlkeleri*, Ankara, Liberte Yay, s.13.

¹⁸⁴ **Willoughby, W.F.** (1927) *Principles of Public Administration*, 1. Baskı, Washington, The Brookings Institution, s.1-7.

etkin kullanımı için geçerli formül olarak görmüştür.¹⁸⁵ Etkinliğin salt mekanik olarak algılanmasının yanlış olduğunu düşünenler ise idarecilerin tıpkı siyasetçiler gibi özgürlük, eşitlik ve adalet konularıyla da ilgilenmesi gerektiğini dile getirmişlerdir.¹⁸⁶ 1957’de Simon, etkinliği mekanik bir olgu olarak görüp onu yönetim ilkelerinden ayrı bir konumda telakki etmiş ve idarenin performansını belirlemede salt etkinliği ele almanın sakıncalar doğurabileceğini dile getirmiştir.¹⁸⁷ Etkinliği rasyonalite olarak algılayan Simon’a göre, özgürlük, adalet ve eşitlik gibi prensiplerden bağımsız olarak, etkinlik, uygun araçların kullanılması suretiyle hedeflenen sonuçlara ulaşılmasından ibarettir.¹⁸⁸ Benzer şekilde Dahl da etkinliği teknik bir mesele ve kendi başına bir ilke olarak ele almış, idarecilikte ilk başvurulması gereken ilkenin etkinlik değil katılım olduğunu öne sürmüştür.¹⁸⁹ Yeni kamu hizmeti ya da yeni kamu yönetimi anlayışı olarak da açıklanan neo-liberal yaklaşım ise etkinliğin anahtarını kamusal harcamaları özel sektöre yaptırmakta görür. Bu anlayışa göre özel sektörün dinamikleri kamusal harcamaların daha etkin yapılmasını sağlar. Neo-liberallerden Hayek, hükümetin harcamalarını, özel sektörün takatının kesildiği zaman işe karışacağı ve kamu yatırımı için kaynakları en az masraf ve toplum için en fazla fayda ile kullanacağı tarzda zamana yayması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁹⁰ Smith, kamu kaynaklarının etkin kullanılması meselesine pesimist yaklaşmıştır. Ona göre yöneticilerin (eserde hükümdarların) işlerinin hep savurganca yönetilmesi onları başarısızlığa sürüklemektedir.¹⁹¹ Hükümetlerin malî girişimlerinde başarısızlıklarının nedenleri olarak savurganlık, serveti bitmez tükenmez görerek bir planlama

¹⁸⁵ **Gulick, Luther** (1937) “Notes on the Theory of Organisation”: Gulick, L./Urwick, L. (Editör), Papers on the Science of Administration, 1. Baskı New York, Institute of Government, s.1-46.

¹⁸⁶ **Denhardt / Denhardt**, s. 8.

¹⁸⁷ **Denhardt / Denhardt**, s. 9.

¹⁸⁸ **Denhardt / Denhardt**, s. 9.

¹⁸⁹ **Denhardt / Denhardt**, s. 11; **Dahl, Robert** (1947) “The Science of Public Administration: Three Problems”, Administration Review, C:1, S:7, s. 1-11.

¹⁹⁰ **Hayek** (2012), s. 512.

¹⁹¹ **Smith**, s. 919.

yapmadan kaynakları harcamak olarak görür.¹⁹² Sonuç itibariyle kamu kaynaklarının etkin kullanıldığını gösteren unsurlar, az masraf, çok fayda, hizmete kolay ve hızlı erişim olarak sayılabilir.

Teknik yaklaşımların, kamu kaynaklarının kullanımı konusunda elbette ki önemli bir payı vardır. Kamusal ihtiyaçların öncelik sırasına göre doğru tespiti, profesyonel ve teknoloji odaklı planlama kaynakların kullanılma tekniğinde belirleyici unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Teknik yaklaşımlar bir yana, demokrasinin gereklilikleri ile ilgili meselelerin, kamu kaynaklarının etkin kullanımı konusuna etkisinin büyük olduğunu söylemek mümkündür. Patronaj ilişkileri, nepotizm, yolsuzluk, popülist siyaset ve onun yol açtığı planlama dışı harcamalar sebebiyle gerçekleşen aşırı borçlanma, kamu kaynaklarını etkin kullanmada demokratik değerlere bağlılığın önemini ortaya koyan sorunlar olarak ön plana çıkmaktadır. Bu sorunlar, sosyal hakların gerçekleşmesini zorlaştırdığı gibi, bu haklardan faydalanmada eşitsizlik ve adaletsizliğin açığa çıkması tehlikesini gündeme getirmektedir. Ayrıca kamu kaynaklarının kullanılmasının etkin bir şekilde denetlenmesi ile kamu yönetimine ilişkin kararlarda halkın karar alma süreçlerine dahil edilmesi, demokratik bir toplumda sosyal hakların sağlanması için önemli araçlar arasında yerini almaktadır.

A. KAMU HARCAMALARININ ETKİNLİĞİNİ ARTIRAN FAKTÖRLER

1. Kamusal İhtiyaçların Öncelik Sırasına Göre Doğru Tespiti

Kamusal ihtiyaçların neler olduğunun belirlenmesi ve bunların doğru biçimde sıralanması sorunu, kamu yararı kavramı ile yakından ilişkilidir. Belirli bir tanımının yapılmasında dahi zorlanılan bu kavrama neo-liberallerin yaklaşımı, kamu yararının ne olduğunun asla belirlenemeyeceği biçiminde olmuştur. Onlara göre kişisel menfaatlerin toplamı kamu menfaatini oluşturur ve bu da piyasa koşullarında arz-talep dengesine göre belirlenir.

Hayek'e göre, işleyen bir ekonomide, ne ihtiyaç olduğuna yönelik bilgi anlamında *enformasyona*, insanları enformasyon doğrultusunda hareket

¹⁹² Smith, s. 919.

etmeye yönlendiren *müşevviklere* ve enformasyonu ve müşevviklere daha iyi cevap vermeyi mümkün kılan *öğrenmeye* ihtiyacı vardır. Piyasa ekonomisinde enformasyon fiyatlar, müşevvikler özel mülkiyet, öğrenme ise kâr ve zarar hesabıdır. Kamu yararının ve genel iyinin ne olduğuna ilişkin bilgiye sahip olamayacağımızdan ötürü kamusal ihtiyaçları sıralamamız da mümkün değildir. Öyleyse piyasaya terk edilecek kamu hizmeti de fiyatlar, özel mülkiyet ve kâr-zarar hesabıyla yürütülebilir.¹⁹³

Toplumsal ihtiyacı doğru tespit etmek, kamu hizmetini iyi yürütebilmenin ve sosyal adaleti sağlayabilmenin ilk koşuludur. Denhardt'lara göre kamu hizmeti bir iş yönetimi olarak değil, demokrasi yönetimi olarak ele alınmalıdır.¹⁹⁴ Bunu genel anlamda kamu kaynağının yönetimi için söylemek mümkündür. Burada, insanların neye ihtiyacı olduğunu onlara anlatmak yerine onları dinlemek, sevk ve idare etmek yerine hizmet etmek bilincinin yerleşmesi önemlidir.¹⁹⁵ Bu şekilde kamusal harcamalarda, ön plana gerçek ihtiyaçların geçmesi temin edilebilir. Mali yönetimde de bu perspektifle kaynakların daha etkin kullanımı sağlanabilir.

İhtiyacın belirlenmesinde, ihtiyacın doğrudan ihtiyaç sahibinden, yani halktan öğrenilmesi kadar, bu konunun belirlenmiş kıstaslar çerçevesinde ele alınması da sosyal adaletin sağlanması bakımından önem arz eder. İhtiyacın, bireysel isteklerle koşut şekilde değerlendirilmesi adil sonuçlara yol açmayacağından, diğer seçenek olan, ihtiyacı bir toplumda insan onuruna yaraşır şekilde yaşam sürmeye yetebilecek koşulların sağlanması için gerekli olan mal ve hizmet olarak değerlendirme yoluna gidilmektedir.¹⁹⁶ Fakat bu kıstas da toplum adını verdiğimiz varlığın ve içerisinde bulunduğu koşulların değişkenliği göz önüne alındığında kalıcı bir belirleyicilik sağlayamayabilecektir.¹⁹⁷ Şu durumda, insan onuruna yaraşır koşulların, her

¹⁹³ Brennan, s.189.

¹⁹⁴ Denhardt / Denhardt, s. 3.

¹⁹⁵ Denhardt / Denhardt, s. 3.

¹⁹⁶ Petring, Alexander (2012) "Sozialstaat und Sozialdemokratie-Lesebuch der Sozialen Demokratie, Bonn, Friedrich Ebert Stiftung (Çeviren: Hallaç, Recai (2013) Sosyal Demokrasi El Kitabı 3: Sosyal Devlet ve Sosyal Demokrasi, Friedrich Ebert Vakfı Siyaset Akademisi Birimi, 2. Baskı, İstanbul, s.23.)

¹⁹⁷ Petring, s.23.

birey ve her zaman ile durum için özel olarak değerlendirilmesi gereklidir. İhtiyacın sıralanması problemi de belirlenmesi problemine benzerlik gösterir. İhtiyaç sıralaması hangi kişi ve kişi gruplarının bakış açısından ve hangi kıstasa göre değerlendirilecektir? Bu sorunun yanıtına ulaşmak için, insan onuruna yaraşan yaşam biçiminin temel gerekliliklerini belirlemek gereklidir. Bunların barınma, gıda, eğitim, sağlık, ulaşım şeklinde belirlenmesi mümkündür. Bu listeye yaşanılan coğrafya, zorlayıcı toplumsal normlar gibi dış etkenler sebebiyle özel ihtiyaçların eklenmesi mümkündür. Bu şekilde belirlenen temel ihtiyaçlar, planlamada ilk sıraya alınmalıdır. Temel ihtiyaçların kendi içinde yapılacak sınırlama ise, hangi ihtiyaç kaleminde yeterliliğin sağlanmış, hangisinde sağlanamamış olduğunun tespiti önceliklidir. Kamu kaynaklarının, onurlu yaşam için gerekliliğin sağlanmış olduğu ihtiyaçlardan diğer kalemlerine aktarılması sağlanmalıdır. Bunun ardından, yeterliliğin sağlanamadığı ihtiyaç kalemleri arasında en zayıf kalan, en az düzeyde karşılanabilen ihtiyaçtan, onurlu yaşam bakımından doyuma en yakın olan ihtiyaca doğru bir sıralama yapılmalıdır. Örneğin, sınıf kapasitesi, kütüphanesi, ekipmanları açısından tam olan bir okulun bulunduğu, fakat hastanesinin bulunmadığı yahut ekipman, sağlık çalışanı ve ameliyathane gibi hayati eksiklikleri bulunan bir hastaneye sahip idari çevreye bir okul daha yapılması kamu kaynağının etkin şekilde kullanılmadığını, başka bir ihtiyaç açısından sosyal hakların gerçekleştirilmesi noktasında tereddütler oluştuğunu gösterecektir.

2. Profesyonel ve Teknoloji Odaklı Planlama

Mosher'in ifade ettiği gibi, uzmanlık alanları, halk için hizmete dönüştürülebilecek sosyal mekanizmalardır.¹⁹⁸ Günümüzde gittikçe çeşitlenmektedirler ve her biri toplumsal ihtiyaçlara cevap verecek yönler bulundurmaktadır. Örneğin, mühendislik alanları, yol yapımı, ulaşım araçlarının güvenlik aksamalarının temin ve kontrolü, kamu binalarının inşası, bakımı ve restorasyonu konularında, eğitim bilimleri, eğitimin kalitesinin artırılmasında, sağlık yönetimi, kamu hastanelerinin etkili hizmet

¹⁹⁸ Mosher, s.102.

sunmasında, maliye, kamu gelir ve giderlerinin planlamalarının doğru şekilde yapılmasında katkı sağlayacak uzmanlık alanlarıdır. Kamu görevlilerinin ve yöneticilerin, kamu hizmetiyle uyuşan uzmanlık alanlarından seçilmesi, doğru planlama ve ekonomik uygulamayı beraberinde getireceğinden, kamu kaynaklarının etkin kullanımında büyük öneme sahiptir.

Teknoloji hem sosyal politikaların etkisinin kuvvetlenmesinin hem de kamu hizmetinin daha hızlı, daha az maliyetle ve daha etkin şekilde sunulmasının sağlanması açısından önemli bir faktör halini almıştır. Bu bağlamda büyük bir yer tutan bilgi ve iletişim teknolojilerinden özel olarak bahsetmek gerekir. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin, kamu kaynaklarının kullanımına hem karar alma hem uygulama konusunda etkileri bulunmaktadır. Sosyal medya, online imza kampanyaları, internet üzerinden faaliyet gösteren sosyal inisiyatifler, sosyal politikaların yönünü belirlemede yön verici olabilmektedir. Toplumların değişken yapısı içerisinde, dezavantajlı hale gelen grup ve kişilerin tespitinde bu tür yapılar kamu politikasının belirlenmesi ve sosyal politikaların ihtiyaca cevap verecek şekilde uygulanmasına önemli katkı sunabilmektedir.

Kamu hizmetleri konusunda bilginin toplanması aşamasında bilgi ve iletişim teknolojilerinin rolünü yadsımak zordur. Bu konuda Twitter ve Youtube mecralarının baskın etkisi göze çarpmaktadır. Bu tür teknolojilerin varlığından önce, kamu hizmetindeki eksiklik ve aksaklıkların tespit edilmesi, kurumsal denetimin inisiyatifi kapsamında değerlendirilmekteydi yahut bu eksiklik veya aksaklıklardan doğan bir somut uyuşmazlık çerçevesinde idari yargı yoluna başvurulabilmekteydi. Bugün, belediyelerine ve yetkililerine bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bu aksaklıkları bir uyuşmazlık meydana gelmeden yahut kurumsal denetimdeki ihmallerin teşkil ettiği engellere takılmadan bildirmek ve süreci bu kanallardan takip etmek hizmet alıcılar açısından mümkün olabilmektedir. Bu imkân ancak hizmet sağlayıcıların bilgi ve iletişim teknolojilerini aktif şekilde kullanmalarıyla somutlaşabilmektedir. Bu hem katılım hem şeffaflık açısından önemli bir atılıma işaret etmektedir.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Kırışık, Fatih/ Sezer, Özcan (2015) Bilgi ve İletişim Teknolojilerinin Kamu Politikası Oluşturma Sürecindeki Rolü, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 11, Yıl 11, Sayı 2, s.199-215.

Bilginin işlenmesini gerektiren kamu hizmetleri bakımından e-devlet uygulaması güçlü bir örnek teşkil etmektedir.²⁰⁰ Bu uygulama, kamu hizmetinin elektronik ortamda sunulmasını mümkün hale getirmektedir.²⁰¹ Örneğin, vatandaşlar kamusal işlerinde ihtiyaç duydukları bilgi ve belgelere e-devlet üzerinden ulaşabilmekte, farklı kurumlara muhtelif işlemler için başvuruda bulunabilmekte yahut UYAP yoluyla adli işlemlerini takip edebilmektedir.

Akıllı şehir uygulaması, teknoloji odaklı kamu hizmetinde önemli bir örnek olarak kendini göstermektedir. Akıllı şehir ifadesinden kentlerin kaynaklarını daha etkin kullanmaları ve şehir sakinlerine daha iyi hizmet sunmalarını sağlayan bir “modernleşme” çabasını anlamak gerektiği ifade edilmiştir.²⁰² Akıllı şehirlerin bileşenleri; akıllı hareketlilik/ulaşım, akıllı yaşam, akıllı yönetim, akıllı çevre, akıllı ekonomi ve akıllı insanlar olarak somutlaştırılmaktadır.²⁰³ Akıllı şehir uygulamalarının kamu kaynağının etkin kullanımını sağladığı bir alan olarak ulaşım örnek verilebilir. Bu örnekte, görme engelli vatandaşların toplu taşıma araçlarından etkin şekilde faydalanması, bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla sağlanmıştır. Otobüse binmek isteyen görme engelli bir vatandaş, bulut sistemine bildirimde

²⁰⁰ **Sarı, Ömür Kadri** (2019) İdare Hukuku Bağlamında E-Devlet Dönüşümü ve Uyap, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yay.; **Şahin, Ali/ Örseli, Erhan** (2016) Teoriden Uygulamaya E-Devlet, 1. Baskı, Ankara, Atlas Yayınları; **Şahin, Ali** (2016) Türk Kamu Yönetiminde Yapısal Dönüşüm ve E-Devlet, Ankara, Atlas Yayınları.

²⁰¹ **Kırışık/ Sezer**, s.202.

²⁰² **Elvan, Lütfi** (2017) “Akıllı Şehirler: Lüks Değil İhtiyaç”, İTÜ Vakfı Dergisi, S:77, İstanbul, s. 6-10.

²⁰³ **Elvan**, s. 7. Akıllı hareketlilik/ulaşım bileşeni bilgi ve iletişim teknolojileri destekli entegre ulaşım sistemleri; akıllı yaşam, sağlık, eğitim, kültür, bireysel güvenlik, konut kalitesi; ekonomik refah ve turistik cazibenin artırılması gibi konularda teknolojinin kullanımıyla iyileştirme sağlanması; akıllı yönetim, katılımcı ve şeffaf bir yönetimin teknoloji yoluyla temin edilmesi; akıllı çevre, sürdürülebilir kaynak yönetiminin ve çevre kirliliğini önleyici teknolojilerin hayatın bir parçası haline getirilmesi; akıllı ekonomi, Bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak verimlilik artışı, e-ticaret, ileri üretim ve tedarik sistemleri, akıllı kümelenmeler ve iş ekosistemleri ile yaşayan laboratuvarlar gibi uygulamalar, akıllı insanlar insanların bilgi ve iletişim teknolojileri kullanma ve üretme becerilerinin geliştirilerek yaratıcılığı ve inovasyonu özendirilen kapsayıcı bir toplum oluşturulması anlamına gelmektedir.

bulunmakta, o bulut sistemi otobüs şoförünü durakta görme engelli bir kişi olduğu konusunda uyarmakta, şoför böylece durakta kendisine durması için işaret eden yahut o durakta incek bir yolcu bulunmasa dahi durmaktadır. Yahut trafik ışığı yanma aralık ile müddetlerinin yol durumuna entegre olarak sürekli güncellenmesi, cep telefonu uygulamalarından faydalanılarak otobüs duraklarının takip edilebilmesi ulaşım hizmetinde kaynakların etkin kullanımını sağlayan akıllı şehir uygulamalarıdır. Bu uygulamaların çeşitlenip çoğalabilmesi, bilgi ve iletişim, atık yönetimi, enerji ve teknoloji eğitimi konusunda alt yapının güçlü olmasına bağlıdır. Bu da, bu tür alt yapılar için belirli bir bütçe ayrılmasını ve alt yapı geliştirme çalışmalarına planlamada yer verilmesi ile bu konuda uzman kişi ve kuruluşlardan destek alınmasına bağlıdır.

3. Katılımcı Yönetim

Yönetime katılım olgusu kamu kaynaklarının kullanımı bakımından iki farklı şekilde ele alınabilir. Bunlardan ilki Mosher'in işaret ettiği karar verme süreçlerine kamu personelinin katılımıdır. Kamu hizmetindeki karar alma süreçlerine katılım konusu üzerinde duran Mosher'e göre katı hiyerarşik düzen içerisinde bir kişinin verdiği emir niteliğindeki kararın yukarıdan aşağıya doğru uygulanmasının yerine, hiyerarşide alt basamaklarda bulunan personelin karar verme süreçlerine katılması etkili bir hizmet elde etme amacına daha çok hizmet eder.²⁰⁴ Bu seçenek tercih edildiğinde zor kararların verilmesinde farklı fikir ve uzmanlıklardan faydalanma imkânı artar. Kararlara karşı direnç azalır, personel kararları sahiplenir ve daha özenli şekilde uygular ve uygulamada ortaya çıkan problemlerde inisiyatif kullanma gücünü kendinde bulur. Bu da sorunların hızlı çözülmesini sağlar. Katılımcı yönetimin diğer yüzü hizmet ve yardımlardan faydalanan kesim olan halkın yönetime katılımıdır. Tüm vatandaşların gerek doğrudan gerekse kendilerini temsil eden aracı kurumlar vasıtasıyla karar alma süreçlerine katılmaları, ihtiyaçların doğru tespit edilmesi ve en etkin şekilde giderilmesinde büyük öneme sahiptir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, gerek bilgi ve iletişim

²⁰⁴ Mosher, s.16.

teknolojilerinin kullanımı ile, gerekse yüz yüze iletişim yoluyla katılımın sağlanması, teknik açıdan sosyal hakların sağlanmasına fayda verdiği gibi, demokratik bir yönetim için de olmazsa olmazdır.

4. Etkin Denetim Mekanizmalarının Varlığı

Kamu kaynağı kullanımında denetim, idarenin yargısal ve yargı dışı yollardan denetimiyle gerçekleşir. Yargı dışı yollar siyasi denetim, idari denetim, kamuoyu ve baskı grupları denetimi ile ombudsmanlık yoluyla gerçekleşmektedir. Bunun yanında halkın idareyi sosyal medya yoluyla etkin şekilde denetlemeye başlaması da bu denetim yollarına çağımızda eklenen bir yeni model olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargısal denetim, idari yargı ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla gerçekleşmektedir.

Denetim kavramı, sorumluluk kavramıyla birlikte ele alınmalıdır. Sorumluluğun iki türü bulunur. Bunlar objektif sorumluluk ve subjektif sorumluluktur. Objektif sorumluluk kamu görevlilerin idari üstlerine karşı ve yargıya karşı sorumluluğudur. Subjektif sorumluluk, bir diğer deyişle, “*sorumlu davranma*”, bir prensip meselesidir. Genel olarak halka ve özel olarak baskı gruplarına, yapılan hizmetin türü ile ilgili olarak profesyonelliği temsil eden kurum ve kişilere karşı sorumlu “*hissetmeyi*” ifade eder.²⁰⁵ Objektif sorumluluk ile subjektif sorumluluğun çatışması da olası bir durumdur.²⁰⁶ Denetim mekanizmasının etkin olmadığı durumlarda bu çatışmanın belirginleştiği görülebilir. Böyle bir durumda objektif sorumluluğu işletecek bir mekanizma bulunmaz. Subjektif sorumluluk konusunda kamu görevlisi, hiyerarşik üstünden farklı bir sorumluluk anlayışı içerisinde hareket ettiğinde denetim mekanizmaları bu kez kamu görevlisine karşı, hiyerarşik ilişkinin gerekleri üzerinden işletilebilir. Bu noktada Mosher, politika ile idare arasındaki güçler ayrılığından söz eder. Bunu, yasama-yürütme arasındaki güçler ayrılığına benzetir. Böyle bir ayrımın yokluğunda, kamu hizmetinin halkın çıkarına yapılmasını tehlike altında görür.²⁰⁷ Bu ayrımın ortadan

²⁰⁵ Mosher, s.9-10.

²⁰⁶ Mosher, s.10.

²⁰⁷ Mosher, s. 4-6.

kalkmasıyla eş zamanlı olarak, yasama-yürütme-yargı erkleri arasındaki ayrılığın da ortadan kalktığı düşünüldüğünde, denetimsizliğin etkisinin derinleştiği açık bir şekilde görülür.

Yukarıda saydığımız denetim yollarının etkin biçimde çalışması, esasen politika ile idarenin arasında bir ayrılığın olması gerektiği fikrinin benimsenmesiyle mümkün olur. Halkın sosyal medya aracılığıyla yaptığı denetimin etkililiği, onun politikayla olan bağının son derece zayıf olmasından yahut hiç bulunmamasından ileri gelmektedir. Doğrudan bir ihtiyacın, sosyal adaletsizliğin yahut hizmetteki bir eksikliğin ifadesi olarak ortaya çıkan halkın doğrudan denetimi, bireylerin sosyal haklardan faydalanmada yaşadığı sorunların doğrudan yansımaları şeklinde ortaya çıktığından, görmezden gelinmesi, yöneticilerin siyasi fayda beklentilerine zarar verecektir. Bunun bilincindeki yöneticiler, bu tür çıkışlara kayıtsız kalmamayı tercih etmektedir. Ayrıca, hak talebinin ifadesi biçimindeki sosyal medya paylaşımlarının diğer sosyal medya kullanıcıları tarafından destek görmesi yöneticiler üzerinde, bu paylaşımlara karşı kayıtsız kalmanın otoriteye karşı tepkinin yayılmasına ve kitlesel eylemlere yol açabileceği baskısını yaratmaktadır. Zira Suriye, Irak, Lübnan gibi örneklerde süreç bu şekilde işlemiştir.

B. KAMU HARCAMALARININ ETKİNLİĞİNİ AZALTAN FAKTÖRLER

1. Popülist Siyaset

Hayek, sosyal devlet eleştirisinde politikacıların, seçmen desteğini sağlayabilmek için belirli grupların özgül amaçlarını, ihtiyaçlarını karşılamaya gayret ettikleri tespitinde bulunmuştur. Ona göre politikacılar genel refahın sağlanmasıyla yetinmezler. Zira genel refahın sağlanmasından kimin ne kadar faydalanacağı bilinmez. Dolayısıyla genel refahı sağlamanın, yöneticiler bakımından siyasi getirisi yoktur.²⁰⁸ Bugün, tüm batı demokrasilerinde sosyal haklar kataloğunun gün geçtikçe genişlemesinin sebebini, siyasi partiler arasındaki “vaat yarışı” nda gören görüş de bu görüşe paralel bir noktada

²⁰⁸ Hayek (2012), s. 226.

durmaktadır.²⁰⁹ İfade edilen görüşler, siyaset biliminde “popülizm” olarak isimlendirilen politik davranış biçimi ile benzeşmektedir. Belirli ekonomi politikalarının yerindeliği konusunda anlaşılan geniş seçmen kitlesinin bulunması²¹⁰, o politikaların teknik faydası ve altyapı çalışmalarına uygunluğu ile politikanın hedeflediği getirinin ihtiyaç sıralamasında hangi basamakta olduğu dikkate alınmaksızın uygulanmasına sebep olabilmektedir. Bu durum, halkta oluşan beklentinin bir filtreden geçirilmeksizin politika olarak belirlenmesi biçiminde gerçekleşebileceği gibi, siyasi rant beklentisi olan siyasilerin toplumda olağanüstü fayda sağlama vaadiyle alt yapı çalışması yapılmaksızın bir politika ileri sürmeleri ve bu yapay politika etrafında yapay bir çoğunluk meydana getirmeleri şeklinde de tezahür edebilir.

Ekonomik popülizmi, erken yaşta emeklilik, mahallelerde yaşayanların görüşleri, beklentileri, günlük yaşam pratikleri dikkate alınmadan, merkezîyetçi, popülist politikalar bağlamında emlak eksenli gerçekleşen kentsel dönüşüm projeleri²¹¹, geçici ekonomik-sosyal yardım uygulamaları²¹² gibi örneklerde görmek mümkündür. Bu örneklerin sosyal haklara katkı yapmaları da pekâlâ mümkündür. Ancak, burada yapılan işin neliğinden çok, hangi şartlarda yapıldığı ve arka planında malî kaynakların doğru dağılımının sağlanmış olması önem arz etmektedir.

2. Yönetilemeyen Borçlanma

Borçlanma, Eğilmez’in ifadesiyle; “...*kamu giderlerinin kamu gelirlerinden fazla olması sonucunda ortaya çıkan finansman açığından dolayı meydana gelir.*”²¹³ Kamu giderlerinin gelirleri aşmasında planlama eksikliği ve

²⁰⁹ Savaş, s.127.

²¹⁰ Sayan, Serdar/ Berument, Hakan (1997) “Türkiye’de Siyaset, Ekonomik Popülizm ve Hükümetler”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:15, S:2, s. 171 – 185.

²¹¹ Mutlu Kılıç, Elif/Göksu, Aliye Emel (2018) “Bir Kentsel Dönüşüm Deneyimi: Kadifekale-Uzundere İkileminde Bireysel Öyküler Üzerine Düşünmek”, Planlama Dergisi, C:2, S:28, s. 201–217.

²¹² Baloğlu, Uğur (2019) “Demokrasi, Popülizm ve Yok Olan Doğa”, Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, C:1, S:6, s.99-129.

²¹³ Eğilmez, Mahfi (2018) Kamu Maliyesi, 4. Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi, s. 102.

popülist politikaların etkisi vardır.²¹⁴ Politik rekabet ve popülist politikalar, hükümetleri, vergilemeden harcama yapmaya alıştıırır.²¹⁵ Oluşan gelir gider uyumsuzluğu ya borçlanma ile, ya da vergi artırımı, giderlerin kısılması, enflasyonun artması göze alınarak para basılması ile çözümlenir.²¹⁶ Borçlanma, kamu sektörü ile özel sektör arasındaki zenginlik paylaşımından da kaynaklanabilmektedir. Zira, gelişmekte olan ülkeler gelişmiş ülkelerden daha yoksul olmalarına rağmen onlardan daha az borçlanmaktadır.²¹⁷

Devletler, sosyal hayattaki ve siyasetteki istikrarın korunması amacıyla borçlanmayı yüksek oranda tercih etmektedirler. Borçlanma, iç kaynaklardan yahut dış kaynaklardan yapılabilir. Borçlanmanın artması ve kamu ekonomisinde geri ödemeye ve borçları yönetememeye ilişkin sorunlar doğması, başta sosyal harcamalar olmak üzere kamu giderlerinde kısıtlamaya gidilmesi sonucunu doğurabilir. Bu kötü etkileri önlemek için borç servisi tekniklerine başvurulur. Bunlar iç ve dış borçlanmadan doğan anapara, faiz, komisyon gibi giderlerin ödenmesi, mevcut bir borcun vadesinin uzatılması, mevcut bir borcun faizinin değiştirilmesi, borçların sermayeye dönüştürülmesi olarak sıralanabilir.²¹⁸ Borçlanmanın yönetilebilmesi ve azaltılması için sermaye kesiminden artan oranlı sermaye vergisi alınması ve merkez bankasının yetkilerinin artırılması gibi öneriler ileri sürülmektedir.²¹⁹

Kamu borçlanmasının, sosyal haklarla ilgisi, borç yönetilemediğinde ortaya çıkar. Kamu harcamaları malî dengenin sağlanması kısıldığında, sosyal hakların gerçekleştirilmesinin kaynağı kısıtlanmış olur. Yunanistan'ın uzun

²¹⁴ **Gür, Timur Han/Akbulut, Hale** (2012) “Gelişmekte Olan Ülkelerde Politik İstikrarın Ekonomik Büyüme Üzerine Etkisi”, *Sosyo Ekonomi Dergisi*, C:1, S:1, s.281-300.

²¹⁵ **Buchanan, James M./Wagner, Richard/Werckling, William H./ Olson, Mancur** (1978) “The Political Biases of Keynesian Economics”: Tullock, Gordon (Editor), *Fiscal Responsibility in Constitutional Democracy-Studies in Public Choice Vol:1*, Leiden, Martinus Nijhoff Social Sciences Division, s.79-96,

²¹⁶ **Eğilmez**, s.114.

²¹⁷ **Piketty, Thomas** (2013) *Le capital au xxie siècle*, 1ère édition, Paris, Éditions de Seuil (Çeviren: Koçak, Hande (2014) *Yirmi Birinci Yüzyılda Kapital*, 1. Basım İstanbul, Türkiye İş Bankası Yay., s.590.)

²¹⁸ **Eğilmez**, s.110.

²¹⁹ **Piketty**, s. 600-605.

yıllar cari açığının üstesinden borçlanmayla geldikten sonra, 2009'dan itibaren fon bulmakta zorlanmaya başlaması bütçe açığı ve borç krizi üzerinden tanımlanan ekonomik krize girmesine neden olmuştur.²²⁰ Bu krizle beraber, kamu harcamaları gittikçe kısıtlanmış, kemer sıkma politikaları uygulanmaya başlamıştır. 2007-2015 arasında OECD verilerine göre sağlık harcamalarının gayri safi yurtiçi hasıla (GSYH) içindeki payı %6,8'den %5,3'e, genel kamu hizmetlerinin payı ise GSYH'nin %11,7'sinden %9,9'una gerilemiştir.²²¹ Cari açığın, dış ticaret hacminin artması, kalıcı yabancı yatırım gibi etkenlerle kapatılamaması ve bu sebeple tercih edilen borçlanmanın da yönetilememesi, dolaylı olarak kamu kaynaklarının sosyal hakların gerçekleştirilmesi için kullanılmasına engel olmaktadır.

3. Nepotizm ve Yolsuzluk

Nepotizm, kişisel ilişkiler ve patronaj ilişkileri yoluyla kişi ya da kuruluşlara menfaat sağlanması olarak tanımlanabilir. Kamu yönetiminde nepotizmin varlığı, kamu kaynaklarının sosyal hakları gerçekleştirmek için değil, kişisel veya kurumsal menfaat sağlamak için kullanılmasına yol açar. Bu durum kamu kaynağının etkin kullanılmasına engel teşkil eder ve yolsuzluk gibi başka sapmalara da temel teşkil eder.

Nepotizm probleminin kaynağı, yönetimin siyasallaşması problemi olarak kendini göstermiştir. Woodrow Wilson, yönetimin siyasal etkilenmenin dışında kalabilmesinin sağlanmasını devlet yönetimini siyasetten ayrı olarak ele alabilmek ile mümkün görmüştür.²²² Yönetimin siyasallaşması, kamu hizmetine girişte eşitlik ilkesinin uygulanmasını zorlaştırdığı gibi, kamu hizmetlerinin sürekliliğini de zedelemektedir. Zira, hükümet değiştiğinde, önceki hükümetin kararlaştırdığı ya da uygulamaya koyduğu hizmetler yarıda kalabilmekte, yağma sistemiyle oluşturulmuş bürokrasi bu hizmetlerin yahut yeni hükümetin projelerinin siyasi kazanıma

²²⁰ Akçay, Belgin (2012) "Yunanistan Ekonomisinde Devlet Borç Krizi-Cari Açık İlişkisi", Maliye Dergisi, S:163, s.15-35.

²²¹ Oecd (2017), "Government at a Glance, Country Fact Sheet: Greece", <https://www.oecd.org/gov/gov-at-a-glance-2017-greece.pdf>, (S.e.t: 24.09.2019)

²²² Wilson, s. 63-64.

dönüşmesini engellemeye kanalize edilebilmektedir. Kamu hizmetinden keyfi uzaklaştırmalar da bu bağlamda söz konusu olabilmektedir.²²³

Kamu hizmetinde, daha geniş ifadesiyle kamu yönetiminde nepotizm konusu, bir devletin liberal, neo-liberal ya da sosyal devlet çizgisini takip etmesinden bağımsız olarak kendini gösterir. Nepotizm, herhangi bir görüş çizgisinin sahip çıktığı bir değer olarak değil, genel bir sapma olarak anlaşılmaktadır. Neo-liberallerden Hayek, hukuk devleti ve işler bir piyasa düzeninin muhafazası için belirlenmiş standartları taşıyan herkesin hizmet sağlamak için gerekli ruhsatı almaya hak kazanabilmesinin gerekliliğine vurgu yapmıştır.²²⁴ Anayasası gereği bir sosyal devlet olan İzlanda'da, 2000-2009 arası ulusal çapta yapılan anket sonuçlarına göre seçmenlerde nepotizmin yerel siyasette büyük rol oynadığı inancı %35 oranında kendini göstermiştir.²²⁵

Nepotizm, maddi menfaat elde etmek için olduğu kadar siyasi menfaat elde etmek için de başvurulmuş bir yol olmaktadır. Siyasi menfaate, politik hayat içerisinde kalıcılığın sağlanması yahut siyasi propaganda desteği alınması hedeflerinin gerçekleşmesi açısından bakıldığında, nepotizmin bu alanlarda siyasi oluşumlara önemli menfaat sağladığı söylenebilir. Alınan desteğin karşılığı, maddi menfaat veya kadro şeklinde istihdam, doğrudan para yahut arazi, arsa tahsisinde ve ihalelerde öncelik olarak somutlaşabilmektedir. Tersinden bir yaklaşım ile, yeni siyasi iktidarın eski iktidarla birlikte anılan ya da o iktidar tarafından devlet hizmetine kazandırılan kurumları kamu hizmetinden ve sosyal yardımlardan dışlaması, ihtiyaç duyulan kaynak ve alan tahsisinde geri plana itilmesi de bu kapsamda değerlendirilebilir.

Kamu personeli seçimi, nepotizmin önemli bir boyutu olarak karşımıza çıkar. İdeoloji farklılıklarının fazla sert olmadığı ABD açısından Mosher, bürokraside toplumun nasıl temsil edilmesi gerektiği üzerinde tartışırken, kişilerin memleketleri, meslekleri gibi konular üzerinde durmuştur.²²⁶ Bu

²²³ Özer, s. 20.

²²⁴ Hayek (2012), s.516.

²²⁵ Kristinsson, Gunnar Helgi, "Political Control and Perceptions of Corruption in Icelandic Local Government", Icelandic Review of Politics and Administration C:1, S:11, s.1-18.

²²⁶ Mosher, s.11-14.

anlamda, bürokrasideki temsili aktif temsil ve pasif temsil olarak ikiye ayırmış, aktif temsiline belli özel çıkar gruplarının isteklerini uygulatmak bakımından aktif bir tutum izleyen büyük gruplardan oluşan bir bürokrasiden, etkin bir kamu hizmeti beklemenin gerçekçi olmadığını dile getirmiştir. Pasif temsili demokrasiyi daha uygun görerek, bürokraside her kesimden insanın eşit şekilde yer almasını kamu hizmetinin herkesin çıkarına ve herkes bakımından etkin olmasını sağlayabileceğini ifade etmiştir. Bu ayrım, siyasi görüş ve ideolojileri merkeze alarak, sert ideolojik ayrılıkları bünyesinde barındıran ülkeler düşünülerek yeniden ele alındığında, karşılaşılan tablo daha net olmaktadır. Bir siyasi görüş birliği üzerine inşa edilmiş bürokrasilerde kamu personelinin, kendisini var eden ideolojiye, halka rağmen bağlanması kaçınılmaz olacaktır. Bu da kamu kaynaklarının halkın sosyal haklardan daha iyi faydalanması için kullanımı yerine, ideolojinin kuvvetlenmesi üzerine kurulmuş bir kamu hizmeti anlayışı ile harcamaların ideolojik çoğunluğun ihtiyaçlarına göre düzenlenmesini ve hatta sosyal yardımların dahi bu ideolojik çerçeveye içerisinde istismarını beraberinde getirecektir.

4. Politik Kültürün Kamunun Mali Kaynaklarının Kullanımına Etkisi

Kamu kaynağı ve onun kullanımına bakışta politik kültür ve değerler algısı önemli bir yer tutmaktadır. Kamu kaynağının etkin kullanımını olumsuz yönde etkileyen faktörlere karşı ortaya çıkan toplumsal reaksiyon, o faktörlerin varlığını devam ettirmesi yahut ortadan kalkmasına etki eder. Örneğin, Avusturya'da 2017'de yapılan milletvekili seçimleri öncesi çekilen ve bir Rus oligarkının yeğeni ile iktidar ortağı Avusturya Özgürlük Partisi (FPÖ) başkanı Heinz Christian Strache arasında geçen yolsuzluk pazarlığını açığa çıkaran videonun ortaya çıkmasının ardından Avusturya'nın başkenti Viyana'da binlerce kişi gösteri düzenlemiştir.²²⁷ Halk nezdinde oluşan tepki önce Strache'nin istifasını, ardından erken seçimi zorunlu kılmıştır. Bu durumun gerçekleşmesinde halk nezdinde oluşan tepkinin rol oynadığı

²²⁷ Avusturya'da Halk Koalisyonu Karşı Sokakta, <https://www.timeturk.com/avusturya-da-halk-koalisyonu-karsi-sokakta/haber-1088261> s.e.t. 26.09.2019.

değerlendirilmektedir. Öyle ki, Avusturya Başbakanı Kurz, “FPÖ hem Avusturya’nın imajını zedeledi hem de görevi olumsuz yönde kullanacağı izlenimi oluşturdu” ifadelerini kullanmıştır.²²⁸ Sözü geçen olayların ardından başbakan Kurz’un Strache ile arasına bu ifadesinden de anlaşılacağı üzere belirli bir mesafe koymuştur. Bu hamlenin getirisi olarak 29 Eylül 2019’daki erken seçimde Kurz liderliğindeki Avusturya Halk Partisi (ÖVP) %38 oyla seçimin galibi olmuştur. FPÖ ise büyük bir oy kaybıyla %17,3’e gerilemiştir.²²⁹

Politik kültürün kamu kaynaklarının etkin kullanımı üzerindeki etkisine bir diğer örnek Bolivya’dan verilebilir. Bolivya, 1990’larda, Cochabamba Su Savaşları ile ön plana çıkmış bir ülkedir. Bu tarihlerde yükselişte olan neo-liberal anlayış sonucu suyun sağlanması ile ilgili kamu hizmetinin, kâr-zarar odaklı idaresi sonucu kırsal kesimde suya ulaşım imkanı ortadan kalkan insanlar ve kentlerde temiz suya farklı sebeplerle erişemeyenler bir mücadele vermişlerdir.²³⁰ Halkın sahip olduğu toplumsal bilinç ve mobilizasyon sonucu kentin özelleştirilmiş su firması olan SEMAPA yeniden yerel yönetimin kontrolü altında hizmet vermeye başlamıştır.²³¹ 2003 Yılında Bolivya’nın La Paz kentinde gerçekleşen gösterilerde de benzer gelişmeler yaşanmıştır. La Paz tepelerinde kırsal kesimlerden gelen yoğun göç dalgası sonucu oluşmuş yerleşim birimi El Alto’da, diğer ülkelere ucuza gaz satılmasını protesto eden ve petrol tesislerinin devletleştirilmesini isteyen binlerce kişi güvenlik güçleriyle çatışmış, protestolardan sonra Cumhurbaşkanı Gonzalo Sanchez de Lozada istifa etmiştir.²³² Yerine kendisi de Bolivya’nın kırsal kesiminden olan ve “anti-empyalist” mücadelede ön

²²⁸ Yolsuzluk Avusturya’da Erken Seçimi Getirdi, <http://yeniozgurpolitika.net/yolsuzluk-avusturyada-erken-secimi-getirdi/> s.e.t. 26.09.2019.

²²⁹ Avusturya’da seçim: Sebastian Kurz liderliğindeki Halk Partisi Birinci, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-49869960>.

²³⁰ **Özbay, Özdeş** (2017) “Uluslararası Su Hakkı Mücadeleleri”: İlhan, Akgün/Erdoğan, Erkin/Yüce, Nuran/Özbay, Özdeş (Editör) Türkiye’de ve Dünyada Su krizi ve Su Hakkı Mücadeleleri, Özdeş Özbay, Sivil ve Ekolojik Haklar Derneği, İstanbul, s.13.

²³¹ **Razavi, Nasya S.** (2019) ‘Social Control’ and the Politics of Public Participation in Water Remunicipalization, Cochabamba, Bolivia”, *Water*, C:7, S:11, s.1455-1474.

²³² Bolivya’da Varoş Ayaklanması, https://www.bbc.com/turkce/haberler/2011/07/110713_bolivia_s.e.t.30.09.2019.

safta yer almasıyla bilinen Evo Morales seçilmiş, Morales'in ilk icraatlarından biri petrol tesislerini millileştirmek olmuştur. Sonrasındaki gelişmeler karşısında halkın aktivizmi devam etmiştir. Örneğin 2011'de Bolivya'da başkent La Paz'da, semtlerinde su, elektrik ve kanalizasyon altyapısının iyileştirilmesini talep eden on binlerce kişi bir anayolu trafiğe kapayıp, fuel-oil ve gaz tankerlerinin yolunu kesmiştir.²³³ Halkın mobilize olması Bolivya için yerleşik bir politik kültür olmuştur. Fakat bu kültürün, mali durumu iyileştirecek olsa bile popüler olmayan politikaların uygulanmasına engel olduğu da yapılan değerlendirmeler arasında bulunmaktadır.²³⁴

SONUÇ

İnsan haklarının tarihsel akış içindeki devinimi göstermektedir ki, medeni ve siyasal alandaki adalet, sanayi ve tüketim toplumunun birer parçası olan bireylere yeterli gelmemiştir. Sosyal adalettaki bozulmalar, medeni ve siyasal haklara sahip olmanın anlamını azaltmıştır. Medeni ve siyasal hakların realize edilmesinin bir aracı olarak, sosyal haklar koruma altına alınmıştır. Yine zaman göstermiştir ki, sosyal hakları hak bildireleri anayasalar ve kanunlarla hüküm altına almak yeterli olmamıştır. Kamu kaynaklarının gereği gibi edinilip kullanılmaması ve siyasi rant adına hükümetlerce yapılan manevralar, sosyal haklar adına ihdas edilmiş hükümleri yapaylaştırmıştır. Böylece, sosyal hakların realize edilmesi gerekliliği gibi yeni bir sorunla yüz yüze gelinmiştir.

Sosyal hakların sağlanmasında asıl olan, liberal demokrasiden, kişisel hak ve özgürlüklerden ödün vermeksizin, ekonomik özgürlüklere kanunî ve ölçülü sınırlamalar getirerek ve adil bir vergi sistemi oluşturarak kamu kaynağı elde etmek, piyasa üzerinde etkin bir denetim mekanizması ve dengeli ekonomi politikaları uygulayarak krizlerin önüne geçmeye çalışmak ve kamu kaynaklarını etkin bir biçimde kullanmaktır.

²³³ Bolivya'da Varoş Ayaklanması,

https://www.bbc.com/turkce/haberler/2011/07/110713_bolivia_s.e.t.30.09.2019.

²³⁴ **Brienen, Marten** (2016) "A Populism of Indignities: Bolivian Populism Under Evo Morales", *Brown Journal of World Affairs*, C:1, S:23 s. 77-93.

Kamu kaynaklarının edinilmesi, üzerinde yapılan hukukî işlemler ve bu kaynakların kullanımı, bir ülkenin kamu idaresinin şekillenmesinde temel teşkil eder. Bu alandaki düzenlemeler, insan hakları, özellikle de sosyal haklar ile doğrudan bağlantılıdır. Doğal kaynakların, sınırları dahilinde yaşayan insanlara maliyeti en düşük şekilde fayda sağlayabilmesi ve bu kaynakların korunabilmesi, halktan toplanan vergilerin karşılığının kamu hizmeti ve sosyal yardım olarak alınabilmesi, bir devlette sosyal hakların gerçekleştirildiğine yönelik ipuçlarıdır. Bu çıktıların elde edilebilirliği ve kalitesi kamu kaynağının ne kadar etkin kullanıldığını gösterir.

Kamusal ihtiyaçların öncelik sırasına göre doğru tespiti, profesyonel ve teknoloji odaklı planlama, katılımcı yönetim ve etkin denetim mekanizmalarının varlığı etkin kullanımı olumlu yönde etkileyen faktörlerdir. Kamu kaynaklarının etkin kullanımını olumsuz etkileyen popülist siyaset, yönetilemeyen borçlanma, nepotizm ve yolsuzluğun varlığı, bir ülkede kamu kaynaklarının etkin kullanımını olumlu yönde etkileyen uygulamaların benimsenmesini zorlaştırdığı gibi, bu etkenlere rağmen var olan teknoloji odaklı planlama gibi olumlu gelişmeleri de anlamsızlaştıracak etkiye sahiptir. Yargısal denetimin siyasetten bağımsız ve etkin denetim yapması önem arz etmektedir. Bu etkenlere tek başına hukuk ile karşı koymak ise mümkün değildir. Politik kültürün, merkezi ve yerel yönetimlerce kamu kaynaklarının etkin kullanımını olumlu yönde etkileyen yöntemlerin tercih edilmesinde olduğu kadar, kamu kaynaklarının etkin kullanımını olumsuz etkileyen etkenlere karşı verilecek mücadelede de bir ağırlığı bulunmaktadır. Olumlu uygulamaları kuvvetli şekilde talep eden ve talep ettiklerini gerçekleştirme eğilimindeki siyasetçilere oy veren, aynı zamanda popülist siyasetle mobilize edilemeyen, yönetilemeyen borçlanma sebebiyle kamu harcamalarında kısıntıya gidilmesi halinde bunun sorumlularını siyasi olarak cezalandıran, nepotizm ve yolsuzluğa karşı sert tepkisini ortaya koyan bir toplum, güçlü bir politik kültürü oluşturacaktır. Demokrasilerde yargısal denetim kadar, siyasi denetim de önemlidir. Siyasi denetimin adresi olan halk, etkin bir denetim mekanizması olarak sistemin merkezinde yer aldığı anda, sosyal haklarının ihlal edilmesi de zorlaşacaktır.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali** (Editör) (2018) Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, 8. Baskı, İstanbul, İletişim Yay.
- Akad, Mehmet/Vural Dinçkol, Bihterin/Bulut, Nihat** (2016) Genel Kamu Hukuku, 12. Basım, İstanbul, Der Yay.
- Akçagündüz, Emre** (2010) "Kamu Tercihleri Teorisi ve Türkiye'ye Olan Etkisi Üzerine", Ekonomi Bilimleri Dergisi, C:2, S:2, s.29-34.
- Akçay, Belgin** (2012) "Yunanistan Ekonomisinde Devlet Borç Krizi-Cari Açık İlişkisi", Maliye Dergisi, S:163, s.15-35.
- Baloğlu, Uğur** (2019) "Demokrasi, Popülizm ve Yok Olan Doğa", Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, C:1, S:6, s.99-129.
- Bentham, Jérémie** (1830) *Traité de législation civile et pénale*, Volume 1, Trad. Par. Étienne Dumont, Troisième édition, Paris, Rey et Gravier Libraires, pp. 1-152 (Çeviren: Asal, Barkın (2011), Yasamanın İlkeleri, 1. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yay.)
- Beriş, Hamit Emrah** (2002) "Çağdaş Liberalizmde Farklı Yönelimler: John Rawls ve Robert Nozick", Liberal Düşünce Dergisi, S:28, s.197-205.
- Thomas, Jean Paul** (1996) "Socialisme": Raynaud, Philippe, Rials, Stéphane (Editör), *Dictionnaire de Philosophie Politique*, 1ère édition, Paris, Presses Universitaires de France (Çeviren: Yerguz, İsmail (1996) "Sosyalizm": (Çeviren: Yerguz, İsmail/Sevil, Necmettin Kâmil, Ergun, Emel, Dilli, Hüsnü (2011) *Siyaset Felsefesi Sözlüğü*, 2. Baskı, İstanbul, İletişim Yay))
- Brennan, John** (2012) *Libertarianism: What Everyone Needs to Know*, 1st Edition, London, Oxford University Press (Çeviren: Yayla, Atilla (2015) *Liberteryenizm*, 1. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları.
- Breuilly, John** (1991) *Almanya'da Sosyal Demokrasi: Fincancı, Yurdakul* (Editör), *Batı Avrupa'da Sosyal Demokrasi*, Çev. Yurdakul Fincancı, *Türkiye Sosyal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı*, İstanbul.

- Brienen, Marten** (2016) “A Populism of Indignities: Bolivian Populism Under Evo Morales”, *Brown Journal of World Affairs*, C:1, S:23 s. 77-93.
- Buchanan, James M./Wagner, Richard/Werckling, William H./ Olson, Mancur** (1978) “The Political Biases of Keynesian Economics”: Tullock, Gordon (Editor), *Fiscal Responsibility in Constitutional Democracy-Studies in Public Choice Vol:1*, Leiden, Martinus Nijhoff Social Sciences Division, s.79-96.
- Butler, Eamonn** (2013) *Foundations of a Free Society*, 1st Edition, London, Institute of Economic Affairs (Çeviren: Şahin, Hakan (2016) *Özgür Toplumun Temelleri*, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yay.)
- Coşkun, Selim/ Dulkadiroğlu, Hakan** (2018) “Amerika Birleşik Devletleri’nde İdari Devletin Gelişimi ve Woodrow Wilson’un Etkisi”. *Journal of Political Administrative and Local Studies*, C:1, S:2, s.21-54.
- Çakmak, N. Münci** (2013) *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı*, Seçkin Yay., 1. Baskı, Ankara.
- Çubuk, Ali** (1979) *Sosyal Politika*, 1. Baskı, Ankara, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yay. No:123.
- Dahl, Robert** (1947) “The Science of Public Administration: Three Problems”, *Administration Review*, C:1, S:7, s. 1-11.
- Denhardt, Janet/Denhardt, Robert** (2011) *The New Public Service: Serving, Not Steering*, New York, M.E. Sharpe Yay.
- Dericiler, Özge Yücel** (2014) *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, Onikilevha Yay.1. Baskı, İstanbul
- Eğilmez, Mahfi** (2018) *Kamu Maliyesi*, 4. Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi.
- Elvan, Lütfi** (2017) “Akıllı Şehirler: Lüks Değil İhtiyaç”, *İTÜ Vakfı Dergisi*, S:77, İstanbul, s. 6-10.
- Engels, Friedrich** (1968) *Socialism: Utopian and Scientific*, Sixth Printing, Moscow, Progress Publishers (Çeviren: Ünalın, Önder (1990) “Ütopik Sosyalizm ve Bilimsel Sosyalizm”, 6. Baskı, Ankara, Sol Yay.)

- Esping-Andersen, Gøsta** (1996) "After the Golden Age? Welfare State Dilemmas in a Global Economy", (Gøsta, Esping-Andersen (Editör)(1996), Welfare States in Transition: National Adaptations in Global Economies, Londra, Sage Publications, s. 1-3 (Çeviren: Yakut Çakar, Burcu/Balaban, Utku Barış "Altın Çağ Sonrası? Küresel Bir Ekonomide Refah Devleti İkilemleri": Buğra, Ayşe/ Keyder, Çağlar (Editör)(2013), Sosyal Politika Yazıları, İstanbul, İletişim Yay.)
- Evren, Çınar Can** (2016) Kamu-Özel İş Birlikleri: Kamu Hizmetlerinin Özel kişilere Sözleşme Yoluyla Gördürülmesinin Hukukî Rejimi, 1.Baskı, Ankara, Seçkin Yay., s.35.
- Genç, Fatma Neval** (2007) "Türkiye'nin Küreselleşme Politikası ve Kamu Yönetimine Etkileri": Eryılmaz, Bilal/Eken, Musa/Şen, Mustafa Lütfi (Editör), Kamu Yönetimi Yazıları: Teoride Değişim Yeniden Yapılanma Sorunlar ve Tartışmalar, 1. Baskı, Ankara, s.258-278.
- Gombert, Tobias** (2009) Grundlagen der Sozialen Demokratie – Lesebuch der Sozialen Demokratie 1. Akademie für Soziale Demokratie, Bonn (Çeviren: Hallaç, Recai (2010), Sosyal Demokrasi El Kitabı-1: Sosyal Demokrasinin Temelleri, 3. Baskı İstanbul, Friedrich-Ebert-Stiftung Sosyal Demokrasi Akademisi)
- Göküş, Mehmet** (2011) Kamu Hizmeti: Kuram, Politika, Uygulama, 1. Baskı, Konya, Çizgi Kitabevi.
- Göze, Ayferi** (2010) Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Gözler, Kemal** (2009) İdare Hukuku, 2.Cilt, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayınları.
- Gulick, Luther** (1937) "Notes on the Theory of Organisation": Gulick, L./Urwick, L. (Editör), Papers on the Science of Administration, 1. Baskı New York, Institute of Government, s.1-46.
- Gür, Timur Han/Akbulut, Hale** (2012) "Gelişmekte Olan Ülkelerde Politik İstikrarın Ekonomik Büyüme Üzerine Etkisi", Sosyo Ekonomi Dergisi, C:1, S:1, s.281-300.
- Güriz, Adnan** (1998) Sosyal Demokrasi İdeolojisi, 1. Baskı, Ankara, AÜHF Döner Sermaye Yay. No:49.

- Güzel, Ali** (2012) “Sosyal Devlet ve Sosyal Haklar”: Kaboğlu, İbrahim (Editör), Anayasal Sosyal Haklar: Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayınları.
- Hayek, Friederich A.** (2012) Law, Legislation and Liberty, 1.Edition, London, Taylor&Francis Group. (Çeviren: Yayla, Atilla/Erdoğan, Mustafa/ Öz, Mehmet (2012), “Hukuk, Yasama ve Özgürlük”, 1. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları)
- Hayek, Friederich A.** (1944) The Road to Serfdom, 1. Edition, London, Routledge Press (Çeviren: Feyzioğlu, Turhan/Arşan, Yıldırım/Yayla, Atilla, Kölelik Yolu, 4. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları)
- Kessler, Gerhard,** (1945) İctimaî Siyaset (Çeviren: Orhan Tuna, Gençlik Kitabevi, İstanbul.)
- Kırışık, Fatih/ Sezer, Özcan** (2015) Bilgi ve İletişim Teknolojilerinin Kamu Politikası Oluşturma Sürecindeki Rolü, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 11, Yıl 11, Sayı 2, s.199-215.
- Kleinman, Mark (2002)** “Crisis? What Crisis? Continuity and Change in European Welfare States”: A European Welfare State? European Social Policy in Context , s. 1-27, 1. Baskı, London, Palgrave Macmillan (Çeviren: Yakut-Çakar, Burcu/Balaban, Utku Barış (2011) “Kriz mi? Ne Krizi? Avrupa Refah Devletlerinde Süreklilik ve Değişim”: Keyder, Çağlar/Buğra, Ayşe (Editör)(2011) Sosyal Politika Yazıları, İletişim Yay., 5. Baskı, İstanbul)
- Knox, John H.** (2008) “Horizontal Human Rights Law”, The American Journal of International Law, Vol:102, No:1, s.1-2,
- Koray, Meryem/Topçuoğlu, Alper** (1987) “Sosyal Politika”, Karınca Matbaacılık, İzmir.
- Kristinsson, Gunnar Helgi, “*Political Control and Perceptions of Corruption in Icelandic Local Government*”, Icelandic Review of Politics and Administration C:1, S:11, s.1-18.
- Louis, Paul** (1946) Histoire Du Socialisme En France: 1789-1945,4th Edition, Paris, Libraire Marcel Rivière el Cie (Çeviren: Hulûsi, Şerif (1966) Fransız Sosyalizmi Tarihi, Çev., İstanbul., Dördüncü Yayınları.

- Moore, Samuel/Engels, Friederich** (Editor and translator) (1888) Manifesto of the Communist Party, 1st English Edition of Marx, Karl/Engels, Friederich (1848) Manifest der Kommunistischen Partei, Chicago, Charls H. Kerr&Company (Çeviren: Üster, Celal/Değiş, Nur, Komünist Manifesto, 22. Basım, İstanbul, Can Yay.) s.49-65.
- Meriç, Cemil** (1995) Saint-Simon:İlk Sosyolog, İlk Sosyalist, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları
- Merkel, Wolfgang/ Petring, Alexander/Henkes, Christian/ Egle, Christoph** (2011) Social Democracy in Power: The Capacity to Reform, 1st Edition, London, Routledge (Çeviren: Özcan, Kıvanç/Baltacı, Erhan (2012) İktidarda Sosyal Demokrasi, 1. Baskı, İstanbul, Phoenix Yay, s.21.)
- Meyer, Thomas, Hinchman, Lewis** (2008) The Theory of Social Democracy, 1st Edition, Cambridge (Çeviren: Ersöz, Ekrem Berkay (2015) Sosyal Demokrasi Kuramı, 1. Baskı, Ankara, Phoenix Yay, s.9-17.)
- Mill, John Stuart** (1863) Utilitarianism, 1st Edition, London, Parker, Son and Bourn, West Strand (Çeviren: Murteza, Gökhan, Faydacılık, 1. Basım, İstanbul, Pinhan Yayınları.
- Minkin, Lewis/Seyd, Patrick** (1991) İngiltere İşçi Partisi: Fincancı, Yurdakul (Editör), Batı Avrupa'da Sosyal Demokrasi, Çev. Yurdakul Fincancı, Türkiye Sosyal Ekonomik Siyasal Araştırmalar Vakfı, İstanbul, s.58.
- Mosher, Frederick C.** (1968) Democracy and the Public Service, 1. Baskı, New York, Oxford Yayınları.
- Mouffe, Chantal** (2018) For a Left Populism, 1st Edition, New York, Verso Edidion NLB (Çeviren: Yanık, Aybars (2019) Sol Popülizm, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları.)
- Mutlu Kılıç, Elif/Göksu, Aliye Emel** (2018) “Bir Kentsel Dönüşüm Deneyimi: Kadifekale-Uzundere İkileminde Bireysel Öyküler Üzerine Düşünmek”, Planlama Dergisi, C:2, S:28, s. 201–217.
- Nozick, Robert** (1974) Anarchy, State and Utopia, 1st Edition, New York, Basic Books (Çeviren: Oktay, Alişan, Anarşi, Devlet ve Ütopya, 2. Baskı İstanbul Bilgi Üniv. Yay., İstanbul)

- Özby, Özdeş** (2017) “Uluslararası Su Hakkı Mücadeleleri”: İlhan, Akgün/Erdoğan, Erkin/Yüce, Nuran/Özby, Özdeş (Editör) Türkiye’de ve Dünyada Su krizi ve Su Hakkı Mücadeleleri, Özdeş Özby, Sivil ve Ekolojik Haklar Derneği, İstanbul
- Özer, Mehmet Akif** (2019) Yeni Kamu Yönetimi, 3. Baskı, Ankara., Gazi Kitabevi, s. 9.
- Petring, Alexander** (2012) “Sozialstaat und Sozialdemokratie-Lesebuch der Sozialen Demokratie, Bonn, Friedrich Ebert Stiftung (Çeviren: Hallaç, Recai (2013) Sosyal Demokrasi El Kitabı 3: Sosyal Devler ve Sosyal Demokrasi, Friedrich Ebert Vakfı Siyaset Akademisi Birimi, 2. Baskı, İstanbul.)
- Piketty, Thomas** (2013) Le capital au xxie siècle, 1ère édition, Paris, Éditions de Seuil (Çeviren: Koçak, Hande (2014) Yirmi Birinci Yüzyılda Kapital, 1. Basım İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları)
- Poroy, Mehmet Akif** (2006) “Yatay İlişkilerde Pozitif Sorumluluk İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, İstanbul Barosu Dergisi, C:80, S:3, s.1006 vd.
- Przeworski, Adam** (1985) Capitalism and Social Democracy, 1. Edition, Cambridge, Cambridge University Press (Çeviren: Atabağsoy, Naim/Çoban, Funda/Ata, İlkay/Torlak, Soner (2012), Kapitalizm ve Sosyal Demokrasi, 1. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınları).
- Rawls, John** (1999) A Theory of Justice, Harvard University Press (Çeviren: Coşar, Vedat Ahsen (2017) 1. Baskı, Ankara, Phoenix Yayınları)
- Razavi, Nasya S.** (2019) ‘Social Control’ and the Politics of Public Participation in Water Remunicipalization, Cochabamba, Bolivia”, Water, C:7, S:11, s.1455-1474.
- Sarı, Ömür Kadri** (2019) İdare Hukuku Bağlamında E–Devlet Dönüşümü ve Uyarı, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Savaş, Vural Fuat** (2013) “Ekonomik Haklar, Refah Devleti ve Adalet Üstüne Bazı Düşünceler”: Güriz, Adnan (Editör) Adalet Kavramı, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., s.125-137, s.126.

- Sayan, Serdar/ Berument, Hakan** (1997) “Türkiye’de Siyaset, Ekonomik Popülizm ve Hükümetler”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:15, S: 2, s. 171 – 185.
- Smith, Adam** (1776), *The Wealth of Nations*, 1st Edition, London, W. Strahan and T. Cadell (Çeviren: Derin, Haldun, Milletlerin Zenginliği, 5. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yay.) **Soysal, Mümtaz** (1957) “İngiliz İşçi Partisi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi C:12, S:1, s.74-91.
- Sunay, Reyhan** (2015) “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:1, s.9-52.
- Surrender, Rebecca** (2004) “Modern Challenges to the Welfare State and the Antecedents of the Third Way”: (Lewis, Jane, Surrender, Rebecca (Editör) (2004) *Welfare State Change Towards a Third Way?*, 1st Edition, New York, Oxford University Press, s. 3-24.
- Şahin, Ali/ Örseli, Erhan** (2016) *Teoriden Uygulamaya E-Devlet*, 1. Baskı, Ankara, Atlas Yayınları.
- Şahin, Ali** (2016) *Türk Kamu Yönetiminde Yapısal Dönüşüm ve E-Devlet*, Ankara, Atlas Yayınları.
- Talas, Cahit** (1967) *Sosyal Politika*, 3. Basım, Ankara, Sevinç Matbaası.
- Tanör, Bülent** (1978) *Anayasa Hukuku’nda Sosyal Haklar*, 1. Basım, İstanbul, MAY Yay., s.79.
- Taylor, Frederick W.** (1911) *The Principles of Scientific Management*, 1st Edition, New York and London, Harper&Brothers Publishers (Çeviren: Akın, Bahadır (2016), *Bilimsel Yönetimin İlkeleri*, Ankara, Liberte Yayınları.)
- Titmuss, Richard M.** (2008) “What is Social Policy”: Leibfried, Stephan/Mau, Stephen, *Welfare States: Construction, Deconstruction, Reconstruction: Analytical Approaches Vol:1*, 1st Edition, Edward Elgar Publishing., s.138-148.
- Toprak, Oğuz** (2012) *Refah Devleti ve Kapitalizm*, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayınları.

- Ulusoy, Ali** (1999) “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:48, S:1-4, s.165-176.
- Ulusoy, Ali** (2004) Kamu Hizmeti İncelemeleri, 1. Baskı, Ankara, Ülke Kitabevi.
- Uslu, Ateş** (2015) “Büyük Britanya ve İspanya’da İşçi Hareketlerinin Başlangıcı ve Ütopya Düşüncesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C:70, S:1, s. 35-63.
- Willoughby, W.F.** (1927) Principles of Public Administration, 1. Baskı, Washington, The Brookings Institution.
- Wilson, Woodrow** (1887) “The Study of Administration”, Political Science Quarterly, Vol: 2, No:2, pp. 197-222 (Çeviren: Abadan, Nermin (1961), “İdarenin İncelenmesi”: Woodrow Wilson: Seçme Parçalar, Türk Siyasî İlimler Derneği Yay., İstanbul.)
- Yıldırım, Turan/ Yasin, Melikşah/ Kaman, Nur/ Özdemir, Eyüp/ Üstün, Gül/ Tekinsoy, Okay** (2015) İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul, Onikilevha Yayınları.

İNTERNET KAYNAKLARI

- “NATO ülkelerinden savunmaya büyük harcama”, <<https://www.aa.com.tr/tr/dunya/nato-ulkelerinden-savunmaya-buyuk-harcama/1515187>>, s.e.t. 11.02.2020.
- “System deadlock: Joker artistically diagnoses modern world's ills – Zizek”, <https://www.google.com/amp/s/www.rt.com/news/472541-joker-movie-horror-violence-zizek/amp/> s.e.t. 11.02.2020.
- “Avusturya'da Halk Koalisyonu Karşı Sokakta” <https://www.timeturk.com/avusturya-da-halk-koalisyonu-karsi-sokakta/haber-1088261> s.e.t. 26.09.2019.

- “Avusturya’da seçim: Sebastian Kurz liderliğindeki Halk Partisi birinci”,
<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-49869960>
- “Bolivya’da Varoş Ayaklanması”
https://www.bbc.com/turkce/haberler/2011/07/110713_bolivia s.e.t.
30.09.2019.
- “Donald Trump Ordered to Pay \$2 Million for Charity Fraud”,
<https://www.motherjones.com/politics/2019/11/donald-trump-ordered-to-pay-2-million-for-charity-fraud>
- OECD, “Government at a Glance, Country Fact Sheet: Greece”, 2017,
<https://www.oecd.org/gov/gov-at-a-glance-2017-greece.pdf> s.e.t.
11.02.2020.
- “Yolsuzluk Avusturya’da Erken Seçimi Getirdi”,
<http://yeniozgurpolitika.net/yolsuzluk-avusturyada-erken-secimi-getirdi/> s.e.t. 26.09.2019.

MAHKEME KARARLARI

- Anayasa Mahkemesi, E:994/43- K:994/42-2, T: 9.12.1994.
Anayasa Mahkemesi, E:973/32-K:974/11, T: 26.3.1974.
Anayasa Mahkemesi, E:994/71-K:995/23, T: 28.6.1995.
Danıştay 13. D., E: 2008/5151, K: 2008/6509, T:26.09.2008.

FELSEFİ PERSPEKTİFTEN HUKUKSAL BİR RETORİKE BAKIŞ: BELEDİYE ŞİRKETLERİ VE İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİ

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ*

ÖZET

Hukuk felsefesi literatürünün bitmeyen tartışmalarından birisinin, “*ideal olan, doğal hukuk mudur, pozitif hukuk mudur?*” tartışması olduğunu söylemek mümkündür. Bu tartışmanın daha alt metninde yer alan tartışmalardan birisi de hukuki sonuç doğuracak olan her türlü eylemin kodifiye edilip edilmeyeceği noktasındadır. Elbette polarize olmuş bu tartışmanın içerisinde hem doğal hukuk hem de pozitif hukuk cephesinde çeşitli kazanımlar elde etmek mümkündür. Özellikle “*yoruma açık kodifiye olan yasanın aynı zamanda manipülasyonlara da açık olabileceği*” pozitif hukukun, hukuk teorisi adına bir kazanımıdır. Çalışma esas itibarıyla teknik boyutlarıyla belediye ile bağlantılı şirket olgusunu ve bağlantılarını özetleyecektir. Sonrasında İSTTELKOM ve BelKo adlı şirketlerin, varlıklarının hukuki dayanaklarını yorumlamak suretiyle, uygulamada yol açtıkları ve mahkeme kararları ile teyit edilmiş hukuka aykırılıkları dilsel bir yöntem ile analiz edecek; pozitif hukuk teorisi adına bir kazanım elde etmeye çalışacaktır. Bu analiz ve kazanım doğrultusunda belediyelerin idare olarak uymakla zorunlu olduğu temenni edilen kanunilik ilkesi adına bir sonuca ulaşılabacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Felsefesi, Dil Felsefesi, İdarenin Kanuniliği İlkesi, Belediye Şirketi, Semantik, Sentaktik.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, muhammedemin.yildiz@bozok.edu.tr, ORCID ID: 000-0003-0835-5853, (Geliş Tarihi: 15.02.2020 – Kabul Tarihi: 13.05.2020).

**A LEGAL RETORIC OVERVIEW FROM PHILOSOPHICAL
PERSPECTIVE: MUNICIPALITY COMPANIES AND THE PRINCIPLE
OF
LAW OF ADMINISTRATION**

ABSTRACT

One of the endless discussions of the philosophy of law literature is possible to say that “*Is ideal law natural law or positive law?*”. One of the discussions in the lower text of this discussion is whether or not any action that will have legal consequences should be coded. Of course, in this polarized discussion, it is possible to achieve various achievements both on the natural law and the positive law side. Especially, “if the code is open to interpretation, it can also be open to manipulations” idea is an achievement that on behalf of the theory of positive law. This study will summarize the company phenomenon and connections related to the municipality with its technical dimensions. It will examine how BelKo and İSTTELKOM interpreted the legal code of assets. And it will analyze their illegal practice which has been confirmed by the Competition Authority with linguistic methods. It will try to form an idea in the name of positive law theory. In line with this analysis and idea, a conclusion will be reached on behalf of the lawfulness principle, which is expected to be compulsory by municipalities.

Keywords: Philosophy of Law, Linguistic, Principle of Law of Administration, Municipality Companies, Semantics, Syntactics.

I. İDARENİN TERCİHLERİ AÇISINDAN BELEDİYE ŞİRKETLERİ

İdarenin varlık sebepleri arasında kamuya hizmet verilmesi yer almaktadır. Alışlageldik bir yöntem olarak, idare, kamuya hizmeti vergiler karşılığında sunmaktadır. Bu yöntemle idare kamudan vergi toplar, ilgili hizmetlerin sunulması için gereken finansmanı bu vergiler ile karşılar. Fakat tek yöntemin bu şekilde vergi karşılığı sunulan kamu hizmeti olduğunu söylemek doğru olmaz. Bir diğer yöntem, daha yeni olarak telakki edilebilecek olan kamu işletmeciliği yöntemidir. Bu yöntemde idare, kamuya verdiği hizmeti vergiler ile finanse etmez. Doğrudan kamunun tüketimi hesaplanır, fiyatlandırılır ve kamuya bu hizmetler tüketilmesi için bir fiyat karşılığında sunulur. Bu işletmecilik modeli “*kullanan öder*” olarak ifade edilmektedir.¹ Özellikle yerel yönetimler yani belediyelerin çoğu kurdukları belediye şirketleriyle, çöp, otopark, ulaşım gibi hizmet kollarında kamu işletmeciliği modeline göre hizmet vermektedir. Özellikle I. Dünya Savaşı, 1929 Ekonomik Buhranı ve II. Dünya Savaşı sonrası kamuya hizmetin verilmesi konusunda devletlerin ciddi roller üstlendiği görülmektedir. Bu dönemde bu gibi maliyetli hizmetleri karşılayabilecek kadar büyük kaynakların sadece devletler olduğu düşünüldüğünde bu durum, devlete kamu idaresi görevini yüklemiştir. 1970’li yıllara kadar bu geleneksel idare modelinin devam ettiği söylenebilmektedir.² Ülkemizde ise 1984 yılından itibaren belediye şirketlerinin hızla arttığı, merkezi idarenin şirketleşme eğilimlerine olumlu bakmaya başladığı söylenmektedir. Özellikle şirketlerin belediye çalışanı olan yönetim üyeleri üzerinde vesayet yetkisini kullanarak belediyelerin kamu hizmeti sağladığı görülmektedir.³

¹ **Demirbaş, Tolga / Çetinkaya, Özhan / Güneş, Vuslat / Bektaş, Nur Belkis** (2017) “Yeni Kamu İşletmeciliği Bakış Açısıyla Türkiye’de Belediyelerin Şirketler Yoluyla Hizmet Sunma Modelinin Değerlendirilmesi”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C: 15, S: 30, s. 146.

² **Demirbaş vd.**, s. 147.

³ **Küçük, Hülya** (2015) “Türkiye’de Belediye Şirketlerinin Denetimi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Journal of International Management, Education and Economics Perspectives*, C: 3, S: 1, 2015, s. 40. **Dilbirliği, Muhterem** (1995) “Belediye Şirketleri”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C: 4, S: 2, 1995, s. 68.

Hukuk dünyası içerisinde, belediye şirketi fenomeninin farklı isimlendirmeleri mevcuttur. Bu isimlerden hangilerinin kullanılacağı da yine idarelerin, yargı organlarının, yasama dilinin ve belediyelerin tercihlerine bağlı olarak değişebilmektedir. Öncelikle bu isimlerin sözlük anlamlarına bakılacak olursa, yaygın bir kullanım olan şirket kelimesi “İki ya da daha çok kişinin ekonomik bir amaç güderek emek ve sermayelerini bir araya getirerek oluşturdukları ekonomik birlik”⁴ anlamındadır. Bir diğer yaygın kullanım ise iştirak kelimesidir. İştirak kelime anlamıyla “ortak olma, ortaklık, paydaşlıktır.”⁵ Önemli kullanımlardan diğerleri de teşebbüs ve teşekkül kelimeleridir. Teşebbüs, “tarım, sanayi, bankacılık gibi değişik iş alanlarında kar sağlamak amacıyla sermaye yatırılarak kurulmuş olan ve mal ya da hizmet üretimi yapan ekonomik birim”⁶ anlamındadır. Son olarak teşekkül “belirli bir varlık ve biçim kazanma, oluşma, oluşum; kurulma, örgüt” anlamındadır⁷. Bu tanımlardan yola çıkarak “belediye iktisadi teşebbüsü, belediye iktisadi teşekkülü”, “belediye iştiraki”, “belediye şirketi” kavramlarının da hukuki tanımlarının ele alınması isabetli olur. Belediye iktisadi teşebbüsü(teşekkülü)⁸ yani BİT.’ler, “belediye tarafından kurulan veya belediyenin ortak olduğu, özel hukuk hükümlerine tabi, yönetimlerinde belediye ağırlığı söz konusu olan, belediyeden bağımsız bir bütçe ile işletilen ve bütçelerinin bu faaliyetlerden elde ettiği kar ile oluşturan, belediyenin görev alanına giren alanlarda faaliyet

“Yazar burada bu şirketlerin idarenin vesayet yetkisi altında olmasını olağan karşılamakta, buna gerekçe olarak ise idarelerin bu şirketlerin sermaye ve kaynaklarını oluştururken kamunun kaynaklarını aktardıklarını ifade etmektedir.”

⁴ TÜBA, (2011) Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü Sosyal Bilimler, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, s. 1086.

⁵ TDK (1999), Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Cilt 2, 9. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Sözlük Bilim ve Uygulama Kolu Yayınları, s. 2097.

⁶ TÜBA, s. 1130.

⁷ TDK, s. 2207.

⁸ **18.06.1984 tarihli 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**, iktisadi teşebbüs isminin ortak bir ad olduğunu belirtmektedir.

Tanımlar ve Kısaltmalar, Madde 2 – 1. Kamu iktisadi Teşebbüsü “Teşebbüs”; iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır. **2.** İktisadi devlet teşekkülü “Teşekkül”; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür.

gösteren oluşumlardır.”⁹ Belediye şirketi “*belediye tarafından kurulan sermayesinin yarısından fazlasının veya yönetiminin belediyeye ait olduğu veya belediyenin ortak olduğu, belediyenin görev alanında faaliyet gösteren, belediye bütçesinden bağımsız fakat belediye bütçesi ile bütçesi konsolide edilen, özel hukuk kişisi olan, pazarlanabilen mal ve hizmetler üreten, ilke olarak yerel toplumun sosyal maksimizasyonunu amaçlayan, ticari amaç güden ve TTK hükümlerine tabi olan oluşumlardır.*”¹⁰ Belediye iştiraki ise “*belediyenin sermaye ve yönetim ortaklığı kurmak amacıyla halihazırda kurulmuş olan özel hukuk tüzel kişisi konumunda katıldığı şirket*”¹¹ olarak tanımlanmaktadır. Çeşitli özelliklerine göre farklı isimler tercih edilse de bu makalenin iddiası olan idare konumundaki belediyelerin, belediye ile bağlantılı şirketler vasıtasıyla idarenin kanunilik ilkesinin retorik halinden faydalanarak bu ilkeyi devre dışı bırakmalarında yer alan belediye ile bağlantılı şirket olgusu, sermaye, yönetim ve diğer sair bağlarının oranına ve miktarına bakılmaksızın idare ile bağlantılı olan her özel hukuk tüzel kişisi için geçerlidir. Bu bağlantılar detaylı olarak incelenecek fakat bundan sonra çalışma içerisinde incelenen oluşumlar “*Belediye ile Bağlantılı Şirket*” adıyla idare ile bağlantılı, kamu hizmeti sunmak amacıyla kurulmuş veya ortaklıkla oluşturulmuş her türlü özel hukuk tüzel kişisini anlatmak amacıyla kullanılacaktır.

II. HUKUKİ DAYANAKLARI BAKIMINDAN BELEDİYE ŞİRKETLERİ

Belediye ile bağlantılı şirketlerin dayanakları için sadece kanuni dayanaklar ifadesini kullanmak çok doğru değildir. Zira belediye ile bağlantılı şirketlerin varlığı aynı zamanda mahkeme kararları ile de tasdik edilmektedir. O yüzden kanuni değil daha geniş ifade ile hukuki kaynakların doğru

⁹ **Malbeği, Nida** (2018) “Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C: 18, S: 1, s.34.

¹⁰ **Küçük**, s. 41.

¹¹ **Bektaş, Mücahit / Olgun, İbrahim** (2017) “Belediye Şirketleri ve İştirakler”: Ateş, Hamza / Bıykoğlu, Mücahit (Editörler), Belediye ve Kamusal İlişkiler, 1. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, s. 247.

hiyerarşik sıra ile yukarıdan aşağıya doğru sıralanması hukuki varlıklarının anlaşılması açısından yeterli olacaktır.

İlk olarak belediyelerin hukuki varlığı açısından başat kanunlardan birisi olan 5393 sayılı Belediye Kanunu, 70. maddesinde “*Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir*” diyerek belediyelerin görev alanlarıyla sınırlı kalacak şekilde şirket kurabileceklerini belirtmiştir. Belediyelerin kendilerine verilen hizmet ve görev alanları dışında bir alanda şirket kuramayacakları bu madde ile belirtilmiştir.¹²

Bir diğer başat kanun ise 5126 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu’dur. Doğrudan Büyükşehir Belediyelerini ilgilendiren bu kanunun 26. maddesi “*Büyükşehir belediyesi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir. Genel sekreter ile belediye ve bağlı kuruluşlarında yöneticilik sıfatını haiz personel bu şirketlerin yönetim ve denetim kurullarında görev alabilirler. Büyükşehir belediyesi, mülkiyeti veya tasarrufundaki hafriyat sahalarını, toplu ulaşım hizmetlerini, sosyal tesisler, büfe, otopark ve çay bahçelerini işletebilir; ya da bu yerlerin belediye veya bağlı kuruluşlarının % 50’sinden fazlasına ortak olduğu şirketler ile bu şirketlerin % 50’sinden fazlasına ortak olduğu şirketlere, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın belediye meclisince belirlenecek süre ve bedelle işletilmesini devredebilir. (Ek cümle: 12/11/2012-6360/10 md.) Ancak, bu yerlerin belediye şirketlerince üçüncü kişilere devri 2886 sayılı Kanun hükümlerine tabidir*” diyerek Şirket kurma yetkisini büyükşehir belediyelerine de tanımıştır.¹³ İlerleyen bölümde detaylandırılacak olan, kuruluşa ilişkin çeşitli meselelerin de bu madde metninde yer aldığı görülmektedir.

5216 sayılı kanunun yukarıda verilen 70. maddesinde %50 ve üzeri ortaklık için 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda yer alan izinlere tabi olmamak hali düzenlenmişse de %50 den az sermaye ortaklığı yoluyla bir şirkete ortak olma ya da bağlantı kurma durumu 4046 sayılı Özelleştirme

¹² Demirbaş vd., s. 155.

¹³ Demirbaş vd., s. 157.

Uygulamaları Hakkında Kanun'un 26/4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede “Belediyeler ve diğer mahalli idareler ile bunların kurdukları birlikler tarafından ticari amaçla faaliyete bulunmak üzere ticari kuruluşlar kurulması, mevcut veya kurulacak şirketlere sermaye katılımında bulunma, Cumhurbaşkanının iznine tabidir” denilerek, gerekli iznin mevcut olması durumunda belediyelerin sermaye katılımı yoluyla da şirketlerle bağlantı kurabileceği belirtilmiştir.

İdarenin iktisadi hayata girişi sadece kanunlara değil çıkarılan özel bir kanun hükmünde kararname ile de tasdik edilmiştir. Bir önceki bölümde bahsedildiği üzere 1984 yılı ile kamu işletmeciliği modelini benimsemeye başlayan idare, bu tercihini 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile desteklemiştir. 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, açık şekilde iktisadi teşebbüs, iktisadi teşekkül, müessese, iştirak, bağlı ortaklık, işletme gibi çeşitli yapıları tanımlamıştır. Ayrıca bu KHK ile kamunun bu yapılar ile hangi şart ve durumlarda bağlantı kurabilecekleri açık şekilde düzenlenmiştir.

Kanun bahsi dışında belediye ile bağlantılı şirketlerin hukuki dayanaklarına ilişkin önemli bir argüman da T.C. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 2005/95 E., 2007/5 K. sayılı 24.01.2007 tarihli karardır. Bu kararda “... Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini zorunlu kılmaktadır. Buna göre, iptali istenilen kuralda belediyelerce kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının, belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki (piyasa şartlarının gözetileceği) görev ve hizmetler olacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle Belediyelerin Anayasanın 127. maddesinde belirtilen mahalli müşterek ihtiyaçlardan Anayasanın 128. maddesi kapsamı dışında kalanları sermaye şirketleri aracılığıyla yürütebileceği sonucuna varılmaktadır. Açıklanan nedenlerle, 70. madde hükmü Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal

isteminin reddi gerekir. ...” denilerek belediyeler ile bağlantılı şirketlerin varlığının Anayasa açısından aykırılık teşkil etmediği sonucuna varılmıştır.

III. İDARE İLE ŞİRKETLER ARASINDA BAĞLANTILAR

Belediye ile bağlantılı şirketler özelinde, makalenin birinci bölümünde ve 233 sayılı KHK'nın tanımlar maddesinde görüleceği üzere, belediye ile bağlantılı birçok yapının olduğu görülmektedir. Bu yapıların tek tek incelenmesi bu çalışmanın bağlamı olamayacağı için, belediye ile bağlantılılık olgusunun incelenmesi, hipotezin kurulması açısından yeterli görülmektedir. Bu kapsamda belediye ile şirket arasında sermaye açısından, yönetim bağı ve tüzel kişiliği açısından, son olarak da organik bağ açısından çeşitli incelemeler yapılacaktır.

A. SERMAYE BAĞI

Belediye ile bağlantılı şirketlerdeki sermayelerin belediyeye ait miktarları, şirketlerin türüne göre çeşitlilikler göstermektedir. Literatürde görünen, belediye ile bağlantılı bu şirketlerin sermaye yapıları yoktan kurulmuş şirketler, katılım yoluyla ortak olunan şirketler ve kayıt dışı şirketleşme başlıkları altında incelendiğidir.¹⁴

Öncelikle yoktan kuruluş, sıfırdan kuruluş ile Belediye ile bağlantılı şirketler kurulabilmektedir. Bu gibi şirketlerin kurulması ise doğrudan 5216 sayılı kanunun 26. madde hükmü ile 5393 sayılı kanunun 70. madde hükmü gereğidir. Bu maddelere dayanarak sıfırdan kurulan şirketlerde çoğunlukla şirket ana sermayesi belediye kaynaklarından oluşturulur. Dolayısıyla bu gibi şirketlerin belediyeler ile sermaye bağlarının %100 oranında olduğu söylenebilmektedir. Bu şirketler sadece yine yukarıda belirtilen gerekli izin ve belediyeye verilen görev ve hizmet alanlarıyla sınırlı olmak zorundadır.¹⁵

¹⁴ Okutan, Emre (2019) “Belediye Şirketlerinin Denetiminde 6085 sayılı Sayıştay Kanunu Sonrası Dönem”, Dış Denetim Dergisi, C: 18, S: 1, s.163.

¹⁵ Demirbaş vd., s.159. Okutan, s.163.

Sermaye katılımı yoluyla şirketleşme ise farklı oranlara, farklı usul ve kaidelere tabi olarak gerçekleşen yollardan birisidir. Bu tür bir katılım yolu ile bir şirketin belediye ile bağlantılı hale gelmesi, 4046 sayılı kanunun yukarıda verilen 26. maddesi ile 2886 sayılı kanun ile ilgilidir. Bu şekilde şirketleşme konusunda iki tartışma gözlemlenmiştir. Bunlardan birincisi %50 üzerinde katılım halinde 2886 sayılı kanuna göre izin alınmadan mı yoksa 4046 sayılı kanuna göre izin alınarak mı katılım yapılacağı meselesidir. Bir diğeri de bir şirketin kaç hissesinin belediyeye ait olması durumunda belediye şirketi olacağı meselesidir. Bu meseleler çalışmanın bağlamı dışında kaldığı için açıklanmayacaktır. Belediye şirketi vb. isimlendirmelerden bağımsız şekilde belediyeler, bahsedilen bu şirketlerle %50 den fazla veya %50'den az olmak üzere çok çeşitli oranlarda sermaye bağı kurabilmektedir.¹⁶

Son olarak kayıt dışı şirketleşme olarak adlandırılan bazı şirketleşme metodlarından bahsetmek mümkündür. İlk olarak bunlardan birincisi hibe yoludur. İvazsız bir hibe söz konusu ise belediye meclis kararına ihtiyaç duyulmaksızın belediyenin şirketleşmesi mümkündür. Fakat hibe yolu ile şirketleşme arttığı için İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü tarafından 2008/31 sayılı bir genelge ile bu hibeler bakanlığın onayına tabi kılınmıştır. Bir diğere yöntem ise pay artımıdır. Bu yöntemle göre belediyeler daha önceden sermaye katılımı yoluyla ortak oldukları şirketlerde sermaye pay artımına gidebilmekte ayrıca bu yolu kullanırken herhangi bir izne tabi olmaksızın şirket ortaklıklarını %50 üzerine çıkarabilmektedirler. Son olarak belediye ile bağlantılı şirket tarafından başka bir şirket kurulması ya da başka bir şirkete belediyeye tanınan izin sorumlulukları olmaksızın katılım sağlanması mümkündür. Bu da dolaylı şirket sahipliği olarak adlandırılmaktadır. Bursa Büyükşehir Belediyesi'nin bir şirketi olan Bursa Kültür Anonim Şirketi tarafından BESAS'da %17, BİNTED AŞ'de %17, BURULAŞ'da %96 ortaklıklarının bulunması bu duruma örnek verilmiştir.¹⁷

¹⁶ Demirbaş vd., s. 159.

¹⁷ Güneş, Vuslat (2014) "Türkiye'de Belediye Şirketleri ve Bursa Büyükşehir Belediyesi'nin Mali Açından Değerlendirilmesi", (Yüksek Lisans Tezi), Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 101.

B. YÖNETİM BAĞI

Belediye ile bağlantılı şirketlerin yönetimleri ile belediye arasındaki bağın da farklı çeşitlerde olabilir ve bu çeşitliliğin de yine şirketlerin tür ve yapılarına göre değiştiği görülür.

Öncelikle belediyeler tarafından yoktan kurulan tamamı belediyelere ait olan şirketlerin yönetim kurulu başkanları, belediyenin de tüzel kişiliğini temsil eden belediye başkanlarıdır. Bununla birlikte, belediye şirketlerinin hukuki dayanaklarından birisi olan 5216 sayılı kanunun 26. maddesi, belediye genel sekreterleri, belediye ve bağlı kuruluşlarının yöneticilerinin bu şirketlerinin yönetim ve denetim kurullarında yer alabileceğini söyleyerek belediye başkanları dışında da belediye yöneticilerinin şirket yönetimlerinde yer alabileceğini ifade etmiştir.¹⁸

Belediyelerin katılım yoluyla ilişki kurdukları şirketler için ise durumun daha değişken olduğu söylenebilir. Öncelikle 5216 sayılı kanunda verilen temsil hakkının yanında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu da 334. maddesinde kamu tüzel kişiliklerinden birine, pay sahibi olmasalar bile temsil hakkı verilmiştir. Ayrıca yönetim kurulunda bulunan belediyece atanan kişilerin sadece belediyelerce görevden alınabileceğini, ayrıca bu yöneticilerin genel kurulca seçilen yönetim kurulu üyeleriyle aynı hak ve sorumluluklara sahip olduğu bu kanun maddesinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla belediyenin katılım yoluyla dahi olsa doğrudan veya dolaylı yöntemlerle pay sahibi olduğu şirketlerde belediye ile bağlantılı üye üzerinde vesayet yetkisi kullanarak yönetime dahil olduğu görülmektedir. Bununla ilgili olarak çeşitli büyükşehir belediyelerinde de “İştirakler Komisyon Müdürlüğü”, “İşletme ve İştirakler Dairesi Başkanlığı” adıyla kurulan ve bu bahsedilen yönetim yetkisini koordine eden birimlerin bulunduğu görülmektedir. Kayıt dışı şirketleşme metoduyla kurulan şirketlerde de aynı şekilde, bu şirketlerde sermayedar olan diğer iştiraklerin üzerinden kurulan yönetim bağı ile dolaylı bir yönetim bağı kurulmaktadır.

¹⁸ Köksal, Tunay (1993) “Belediye Şirketlerinin Hukuki Rejimi ve Şirketleşme Uygulamaları”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C: 2, S: 6, s.161.

C. ORGANİK BAĞ

Bu çalışmanın iddiasında en önemli paya sahip olan organik bağ, şirketler ile belediyelerin arasında olan diğer bağlantılara göre daha soyut bir bağdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu tarafından açık bir tanımı olmasa da özellikle Yargıtay'ın organik bağın ne olduğuna ilişkin yerleşik tanımları mevcuttur. Buna tanımlara göre organik bağ, iş, işçi, istihdam, adres, yönetim, yetkili, devir, reklam, evraklar gibi konularda ortaklık arz etmesi durumudur.¹⁹ Özellikle sermaye ve yönetim bağında olduğu gibi hukuki dayanaktan ve idarenin yapısından sadır olmadığını, o yüzden uygulamanın gözlenmesi ile elde edilecek bir bağ olduğunu söylemek de doğru olacaktır. Dolayısıyla da belediye ile bağlantılı şirketlerin sunduğu ürün ve hizmetler hukuk dışındaki bir disiplin ile incelenmeye muhtaçtır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki belediye ile bağlantılı şirketin belediye ile organik bağını gösteren en önemli varlığı, belediye ile birlikte anılan markası ve değeridir. Marka, *“üretici veya satıcı firmanın mal veya hizmetlerini tanımlayabilmek, pazardaki diğer işletme mal veya hizmetlerinden ayırt edebilmek için kullanılan, yasal olarak koruma altına alınıp kullanıldığında ticari marka adını alan isim, terim, tasarım, sembol veya bu kavramların bileşimidir.”*²⁰ Markanın önemli olan noktası, bir ürünün satın alınmasında tüketicinin eğilimine etki etmesidir. Burada da marka değeri kavramı devreye girmektedir. Marka değeri, *“bir mal ya da hizmet tarafından bir firmaya ve/veya o firmanın müşterilerine sağlanan değeri artıran (ya da azaltan), bir markanın ismine ve sembolüne bağlı aktif ve pasif varlıklar topluluğu olup en önemli varlık kategorileri; marka farkındalığı, marka sadakati, algılanan kalite ve marka çağrışımlarıdır.”*²¹ Bu kategorilerden marka farkındalığı, markanın zihinde öne gelmesi, tüketicinin zihnindeki varlığın gücü olarak tanımlanır.²²

¹⁹ T.C. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi E. 2016/10373 K. 2019/7259 T. 10.9.2019, T.C. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi E. 2017/23657 K. 2019/15532 T. 9.9.2019, T.C. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2018/4161 K. 2019/5878 T. 8.10.2019.

²⁰ Zengin, Burcu / Güngördü, Aybegüm (2015) “Marka Değerinin Hesaplanması Üzerine Ampirik Bir Çalışma: Finans ve Pazarlama Boyutu”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 2, 2015, s.285.

²¹ Zengin / Güngördü, s.285.

²² Zengin / Güngördü, s.286.

Algılanan Kalite ise tüketicinin marka, mal ya da hizmetten rakip firmalarla karşılaştırıldığında beklenen performansı sağlamadaki üstünlüğünün algılanmasıdır.²³

Marka değerini arttıran bu ölçütler nispetinde belediye ile bağlantılı şirketlerin markalarını incelemek gerekir. Öncelikle bir markanın devlete, idareye, belediyeye ait olmasının, ya da bu varlıklarca desteklenir olmasının ilk yarattığı etkinin marka farkındalığı olduğu söylenebilir. Zira ortalama bir belediyenin (bu özellikle İstanbul veya Ankara gibi eski büyük şehirler olduğunda daha fazla söz konusu olacaktır) yaşı, görev ve faaliyet alanındaki bilinirliği, bir çöp konteynırından bir ulaşım aracının üzerinde logosunun yer aldığı düşünüldüğünde, belediyelerin varlık gücü, markanın üzerinde çok ciddi bir etkiye sahip olacaktır. Yine bir tüketicinin bir markayı tercihinde, o markanın arkasında kamu gücünü bulduran bir varlığın olduğunu bilmesi, markayı o kamu gücünün kaynakları, sermaye varlığı, insan kaynakları gücü ile birlikte mütalaa etmesine neden olacaktır. Nitekim tüm belediyeler, belediyelerin algı ve varlık güçlerinin markaya etkilerinin farkındadır.

2018 yılında internette “*Vaaz Arası Türk Telekom Reklamı*” adıyla yayınlanan bir videoda bir din adamının vaaz ettiği sırada, “...*şimdi özel olsa yapmayız da bir devletin kurumu olduğu için, kendisini de çok sevdiğimiz bir arkadaşımız da rica etti hocam istirhamımdır söyleyelim dedi, elbette ki söyleyelim. Türk Telekom’un kampanyaları var. Haliyle çocuklarımız okula gidiyor, lazım oluyor evde vesaire. Evde sabit telefonu olanlara 20 gb internet 15 TL imiş, sabit telefonu olmayan arkadaşlara ise 30 TL imiş. Bunun içinde modemi olmayan arkadaşlara gelip kuracağız diyor. Bu şekilde ihtiyacı olan arkadaşlarımız komşularımız bundan istifade ederler inşallah*” dediği görülmüştür. Videoda ismi geçen kuruluşun bilgisi dahilinde bu olayın yaşanıp yaşanmadığı tartışmasından bağımsız olarak din görevlisinin giriş cümlesinde “*Devlet olduğu için*” ifadesi duyulmuştur. Hâlbuki Türk Telekom adlı firma 2005 yılında özelleştirme politikaları kapsamında özelleştirilmiş ve %55 oranında hissesi Lübnan menşeli Oger Telekom firmasına satılmıştır. Fakat markanın varlık devlet gücü ile ciddi bir bütünlüşme söz konusudur.

²³ Zengin / Güngördü, s.287.

Dolayısıyla bu şirket, devletin yani idarenin üstün kamu yararının ve kamu gücü kullanmanın avantajlarını hala taşıyabilmektedir. Arkasındaki idare gücün dolayı öyle kuvvetlidir ki marka, kendisine, özelleşmesinden 13 yıl sonra bile devlet destekli marka olarak bir uhrevi bir meselenin içerisinde “belki de vatana devlete ve dolayısıyla kamuya fayda” motivasyonu ile yer bulabilmektedir.



Resim 1: Halk ekmekek ürün fotoğrafı

Belediyelerce kasıtlı olarak marka değerinin artırılması hususunda da en çok öne çıkan örneklerin başında belediyelerin gıda

şirketlerince üretilmiş olan ürünler gelmektedir. 26 Ağustos 1978 yılında

üretime başlayan ve İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne ait olan İstanbul Halk Ekmek A.Ş., dar gelirli insanların ekmekek ihtiyacını karşılamak amacıyla kurulmuş olan bir iktisadi teşekküldür.²⁴

Yapı incelendiğinde belediyelerin tasarruf alanlarında olan şehrin farklı yerlerinde birçok dağıtım noktası olduğu, ayrıca “çölyak” hastaları için üretilen özel ekmeğe kadar ürün çeşitliliğine sahip olduğu görülmektedir. İstanbul Halk Ekmek A.Ş. adlı teşekkül tarafından üretilen ürünlerin tüm paketlerinde, ön yüzlerinde mavi şerit içerisinde İstanbul Büyükşehir Belediyesi yazmakta, ön ve arka yüzlerinde İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin 50 yıldır²⁵ kullandığı logo bulunmaktadır. Yine benzer bir örnek olarak Hamidiye Kaynak Suları A.Ş. verilebilir. Bu şirket de 1979 yılından itibaren İstanbul Büyükşehir Belediyesi iştiraki olarak kurulmuş



Resim 2: Hamidiye su ürün fotoğrafı

²⁴ <<http://www.ihe.istanbul/s/kurulus-24>> s.e.t. 11.02.2020.

²⁵ Bkz. **Estan, Hakan**, Başarılı Türk Markalarının Ardındaki İlginç Logo Hikayeleri, <<https://medium.com/@Seyyahil/basarili-turk-markalarin-ardindaki-ilginç-logo-hikayeleri-d3cb1d5efbf6>>, s.e.t. 11.02.2020.

olan ve içme suyu alanında faaliyet gösteren bir markadır.²⁶ Halk Ekmek ürününe olduğu şekliyle Hamidiye Su ürünlerinde de İstanbul Büyükşehir Belediyesi yazmakta ve logosu bulunmaktadır. Ayrıca her iki şirketin internet sitesinde de İstanbul Büyükşehir Belediyesi logoları bulunmaktadır. Buradan hareketle belediyelerin, inkâr etmediği gibi marka değerlerini artırmak amacıyla bilinçli şekilde kullanmaları, idare ile şirket arasındaki organik bağ çok net göstermektedir.



Resim 3: İHE web sayfa görüntüsü

Hamidiye Su web sayfa görünümü

IV. BELEDİYE İLE BAĞLANTILI ŞİRKET ÖRNEKLERİ

Çalışmanın iddiasının işleme için örnek belediye şirketleri ve uygulamalarından bahsetmek isabetli olacaktır. Bu şirketler yukarıda verilen üç bağlantı olan sermaye bağı, yönetim bağı ve organik bağ açısından incelenecektir. Bu şirketler İSTTELKOM Bilgi Teknolojileri ve Elektronik Haberleşme A.Ş. ile BelKo Ankara Kömür ve İhtiyaç Maddeleri Limited Şirketi'dir.

A. "İSTTELKOM" BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE ELEKTRONİK HABERLEŞME ANONİM ŞİRKETİ

İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından 2012 yılında İSTTELKOM Bilgi Teknolojileri ve Elektronik Haberleşme A.Ş. kurulmuştur. İSTTELKOM adı ile faaliyet gösteren bu şirket, İstanbul Büyükşehir Belediyesi sınırları içerisinde kamunun elektronik haberleşme ihtiyacını gidermek için 5809 sayılı

²⁶ <<https://hamidiye.istanbul/history>> s.e.t. 11.02.2020.

Elektronik Haberleşme Kanunu'na göre özel teşebbüs olarak kurulmuştur. Şirket bünyesinde haberleşme altyapı hizmetleri, veri merkezi hizmeti, telsiz hizmeti, WiFi Hizmeti, IoT Hizmeti, akıllı kent mobilyaları hizmetlerini vermektedir.²⁷

İSTTELKOM şirketinin sermaye yapısına bakıldığında 3 adet yine İstanbul Büyükşehir Belediyesi Şirketi olduğu görülmektedir. Bunlardan İstanbul Enerji A.Ş. %35, BELBİM İstanbul Elektronik Para ve Ödeme Hizmetleri A.Ş. %35, İSBAK İstanbul Bilişim ve Akıllı Kent Teknolojileri A.Ş. %30 şirketleridir. Yine Şirketin yönetim yapısına bakıldığı zaman, Yönetim Kurulu Başkanı olan Doç. Dr. Pelin ALPKOKİN'in İBB Raylı Sistemler Daire Başkanı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla İSTTELKOM adlı anonim şirketin hem ortaklık yapısında hem de yönetim yapısında İstanbul Büyükşehir Belediyesi ile bağı bulunmaktadır.²⁸ Son olarak organik bağı da var olduğu söylemek mümkün olacaktır. Bu bağlamda İSTTELKOM şirketinin web sayfasında ve yaptığı saha çalışmalarında İBB'ye ait logoları kullandığı görülmektedir.²⁹

²⁷ <<https://isttelkom.istanbul/kurumsal/hakkimizda/>> s.e.t. 11.02.2020.

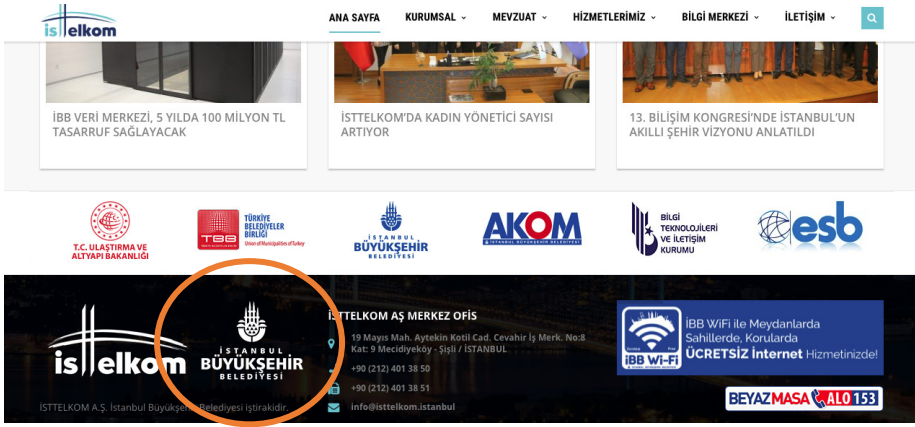
²⁸ **TÜRKİYE TİCARET SİCİLİ GAZETESİ** (2019), S. 9886, s. 237.

<<https://isttelkom.istanbul/kurumsal/kurumsal-yonetim/#ortaklik-yapisi>> s.e.t. 11.02.2019.

<<https://isttelkom.istanbul/kurumsal/kurumsal-yonetim/#yonetim-kurul>> s.e.t. 11.02.2019.

<<https://www.ibb.istanbul/CorporateUnit/Detail/75>> s.e.t. 11.02.2019.

²⁹ <<https://isttelkom.istanbul/istanbula-ortak-haberlesme-altyapisi-geliyor/>> s.e.t. 11.02.2019.



Resim 5: İSTTELKOM web sayfası görünümü



B. “BelKo” ANKARA KÖMÜR VE İHTİYAÇ MADDELERİ LİMİTED ŞİRKETİ

Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 22.04.1986 tarihinde “*BelKo Ankara Kömür ve İhtiyaç Maddeleri Limited Şirketi*” kurulmuştur. BelKo ismiyle faaliyet gösteren bu şirket, Ankara’da ısınma problemini çözmek amacıyla hayata geçirilmiştir. Dolayısıyla yüksek kalorili, ucuz kömür satış ve taşıma hizmetleri sunmuştur. Fakat doğalgazın yaygınlaşması dolayısıyla hizmetlerini kömür taşıma hizmeti ile sınırlandırmıştır. Bu hizmetin yanında havaalanı taşımacılık hizmetini BelKo Air markası altında sürdürmekte, ayrıca soğuk depolama ve antrepoculuk hizmeti vermektedir.³⁰

BelKo adlı şirketin ortaklık yapısına bakıldığında BelKo’nun bir limited şirket olduğu ve %99,67 hissesinin Ankara Büyükşehir Belediyesine, %0.33 hissesinin Ankara Halk Ekmek A.Ş.’ne ait olduğu görülmektedir.³¹ Şirketin yönetim kadrosuna bakıldığında Müdürler Kurulu Başkanı Halit ÖZDİLEK’in Ankara Büyükşehir Belediyesi İşletme ve İştirakler Dairesi başkanı olduğu, Müdürler Kurul Üyesi Baki KERİMOĞLU’nun Ankara Büyükşehir Belediyesi Genel Sekreter Yardımcılığı görevini yürütmekte olduğu görülmektedir.³² Aleni bilgiler doğrultusunda sermaye ve yönetim bağı olduğu, bu şirket için de kesinlikle söylenebilecektir.

Organik bağ konusunda BelKo markasının ana sayfası ve taşıma hizmetlerini verdiği araçların üzerinde Ankara Büyükşehir Belediyesi logolarının bulunduğu görülmektedir.

³⁰ <<https://www.belko.com.tr/info.html>> s.e.t. 13.01.2020.

³¹ <<https://www.ankara.bel.tr/kurumsal/belediye-sirketleri>> 11.02.2020.

³² <<https://direct.ankara.bel.tr/genel-sekreter/genel-sekreter-yardimcisi-faruk-cinki/sletme-ve-stiraklar-dairesi-baskanligi>> s.e.t. 11.02.2020.



Anasayfa

Kurumsal

Galeri

BelKoAir Havaalanı Taşımacılığı

BelKo Soğuk Hava Deposu

Şikayet ve Öneri

İletişim



Resim 7: BelKo yönetim binası web sayfası görüntüsü



Resim 8: BelKo araç resmi

V. İDARENİN KANUNİLİĞİ İLKESİNİN BELEDİYE İLE BAĞLANTILI ŞİRKETLER AÇISINDAN FELSEFİ BİR YORUM

Anayasa'nın temel çıkış mantığı, iktidarlar ile halk arasında bir köprü kurmak; halka, iktidarlarına karşı bir güvence sağlamak olmuştur. Bu güvenceler ise genellikle hak temelli olmakla birlikte bazı durumlarda idarelerce uyulması beklenen ilkeler olarak da karşımıza çıkmaktadır.

Hukuken tanımlamak gerekirse en çok kabul gören tanım, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsününün 38. Maddesinde yer alan “uygar milletlerce tanınan” genel kurallardır. Ulusal ve uluslararası düzeylerde tanımlanan ilkelerden en bilinenleri, iyi niyet(bonofides), ahde veya(pacta sunt servanda), kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılmaması ilkeleridir.³³ Bu ilkeler üstünlüğü bakımından da Anayasa'nın ötesinde milletlerarası hukukta dahi devleti bağlayıcı ilkeler olarak yer almaktadır. Mevcut Anayasada bu ilkelere uyulması gerektiğine ilişkin bir maddeye yer verilmese de ilkelere bağlı kalınması, hukuk devleti ilkesine bağlı kalınması adına destek ölçü norm olarak uygulanmalıdır ve uygulanmaktadır.³⁴ Nitekim AYM tarafından verilen kararlarda, Anayasa olarak adlandırılacak olan yapının kurallarının bu ilkelerle ters düşmesi veya ters düşeceği şekilde uygulanması halinde hukuk düzeninin bütünlüğünün bozulacağı belirtilmiştir. Ayrıca işlemlerinde hukukun ana ilkelerine dayanmayan devletin de hukuk devleti niteliğini kazanamayacağı ifade edilmiştir.³⁵ Anayasa'nın verdiği en önemli güvencelerden birisinin de hukuk devleti ilkesi olduğu düşünüldüğünde, hukuk devleti olmak, ilkelere uymak ile var olmak, hukuk devleti vasfının yer aldığı maddeden sonraki anayasa maddelerinde tanımlanan birçok hakkın talep edilebilirliğinin güvencesini beraberinde getirmektedir.

Devletin keyfiliğini önlemek adına en temel vasıflardan biri olan hukuk devleti olmak, anlaşılacağı üzere idarenin hukuk ve normlar ile sınırlanması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum ile denilebilmektedir ki, hukuk devleti

³³ **Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi**, (2018) 1882 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, İnkılâp Kitabevi, s. 527.

³⁴ **Tanör / Yüzbaşıoğlu**, s. 527.

³⁵ **Tanör / Yüzbaşıoğlu**, s. 528.

olmanın en önemli çıktılarında birisi idarenin kanuni davranma yükümlülüğü altında olmasıdır. Bu yükümlülük ise bir ilke olarak ifade edilen “*İdarenin Kanuniliği İlkesi*”dir. İdarenin kanuniliği ilkesi ise genel olarak Anayasa’nın 2. maddesi belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden olan “*Hukuk Devleti*”nden başlayarak Anayasa’nın 13. maddesi, 123. maddesi, 124. maddesi ve daha devamında birçok Anayasa, kanun, yönetmelik vb. mevzuat hükümlerini ihtiva etmektedir.³⁶ Doktrinde de idarenin kanuniliği ilkesinin ihtivasında bir görüş, ilkenin idarenin kanuni olması, kanunlara saygılı olması ve davranışlarını kanun içerisinde tutması anlamına geldiğini belirtmiştir.³⁷ Yine başkaca bir görüş, idarenin kanuniliğinden anlaşılması gerekenin, idarenin kanunla kurulması ve görevlerinin kanunlarca belirlenmesi olarak algılanması olduğunu; kanunilik ilkesinin, idarenin eylem ve işlemlerinde kanunlara ve hukukun genel ilkelerine uyması gerekliliğini ifade ettiğini belirtmiştir.³⁸ Son olarak ise idarenin kanuniliği ilkesinin, idarenin hem eylemlerinde, hem kuruluş ve teşkilatlarında hem de belirli konularda faaliyette bulunmasında kanuni yetkiye sahip olması gerektiğini bir görüş olarak ileri sürmüştür.³⁹ Görüleceği üzere gerek kanun, gerek idare hukukunun doktrini, idarenin her yönüyle kanuna uygun olması gerekliliği noktasında uzlaşmıştır. Fakat uzlaşma gereken nokta “*İdarenin Kanuniliği İlkesi*”ne kazandırılan yorum ile ilgilidir. Dar bir yorum perspektifi ile bu ilke, sadece bir idari organın kuruluşu, görevleri ve yetkisiyle mi sınırlı kalmalıdır? Başka bir ifade ile bu ilke kendisine yorumla kazandırılan anlamlarla, sadece belirli uygunlukları mı göstermelidir? Yoksa geniş perspektife göre, bir görüşte ifade edildiği gibi⁴⁰ kanunlara uygun olmak gerekliliğinin doğrudan hukuk devleti ile ayrılmaz bir ilişkisi mi vardır? İdarenin hangi ad ve

³⁶ Akbulut, Emre (2013) Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 10.

³⁷ Balta, Tahsin Bekir (1970) İdare Hukuku Genel Konular, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, s. 126-127.

³⁸ Yıldırım, Turan / Yasin, Melikşah / Karan, Nur / Özdemir H. Eyüp / Üstün, Gül Okay / Tekinsoy / Özge (2012) İdare Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, s. 4.

³⁹ Günday, Metin (2004) İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 41, 42.

⁴⁰ Gözler, Kemal (2013) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 4. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 14.

görünümde olursa olsun, eylemlerinde kanuna aykırı davranmaması mı gerekmektedir? Bu soruların cevabı için kanunilik ilkesi semantik ve sentaktik⁴¹ açıdan incelenebilir.

“İdarenin Kanuniliği İlkesi”

Semantik: Kanunilik kelimesi tamlama içerisinde yer almakta ve
→ idarenin sahip olması gereken bir niteliğe işaret etmektedir.

Sentaktik: İdare için her durumda beklenen kanuna uygun hareket etme, kanunun sınırları içerisinde kalma eylemidir.

Semantik: Belirli bir şekil sıhhati aranmaksızın, beklenen hal ve süreklilik gereği uyulması gereken kuraldır. ←

Sentaktik: İdarenin her durumda kanuna uygun davranacağı kabulü üzerine inşa edilmiş şekil sıhhat şartı aranmayan kuraldır. ←

Kanunilik kelimesinin kökünü oluşturan kanun kelimesi, bir tanımda “yasa, geçerli olan kural”⁴², bir tanımda ise “yasama organınca belirli kurallara uyularak çıkarılan, herkes için bağlayıcı olan tüzel düzenleme”⁴³ anlamında kullanılmaktadır. Bir diğer tanımlamada ise “kanuna uyma durumu, yasallık”⁴⁴ olarak tanımlanmaktadır. Bu kavramın vergide kanunilik, suçta ve cezada kanunilik gibi farklı kullanımları mevcuttur. Bu kavram hangi tamlamanın içerisinde kullanılırsa kullansın “ancak kanun ile” anlamını

⁴¹ **Semantik:** Anlamın sözcüğün cümle içerisindeki yerine bakılarak oluşturulmasıdır.

Sentaktik: Anlamın sözcüğün içinde bulunduğu cümlenin bütünsel anlamına bakılarak çıkarılmasıdır.

Uzun, Ertuğrul (2017) Hukuk Göstergebilimi, 1.Baskı, İstanbul, Nora Kitap, s. 67-77.

⁴² **TDK**, s. 1191.

⁴³ **TÜBA**, s. 662.

⁴⁴ **Yılmaz, Ejder** (2016) Hukuk Sözlüğü, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 354.

vermektedir.⁴⁵ Kanun ve kanunilik kelimesinin yarattığı psikolojik durum ile ilgili oldukça önemli bir çalışmada, yasa ya da kanun kelimesinin yarattığı bir inançtan sıkça bahsedilmektedir. Pascal ve Montaigne'nin düşüncelerine atfen, yasaların kendi kendilerine adil olmayacakları, yasa koyucunun ve etrafında yer alanların iradelerinin her zaman yasaya müdahil olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla burada kanun kelimesini bireylerde yaratmış olduğu “güvenilirlik” algısının sorunlu olduğu eleştirilmektedir. Güvenirlik kelimesi kanunda olması gereken tüm yükü taşımakta, yek bir kelimenin bu ağır yükü tek başına taşımasına olan inancın irrasyonel olduğu vurgulanmaktadır.⁴⁶ Çünkü her kanun ve her uygulayıcı kendi söylem ve uygulamalarını şu vaatle süslemektedir, “*adil düzen kurulacaktır.*”⁴⁷ Bu yapıbozumcu düşüncenin işaret ettiği nokta çok açık olarak, bir söylemin içerisinde kanun geçmesinin onu adil yapmayacağı ya da kanuna yüklediğimiz o aşkın güvenliği sağlamayacağı görüşüdür. İlke kelimesinin irdelenmesi için gereken nokta da ilkecilik anlayışıdır. İlke bir tanımda “*temel düşünce, temel inanç, umde ve prensip*”⁴⁸ olarak ifade edilmekte; felsefi olarak yapılan bir diğer tanımda ise “*...mantıkla, her türlü akıl yürütmenin kendisine dayanmak, kendisine uygun olmak durumunda olduğu düşünce yasasını; kendisinden başka önermelerin çıkarsandığı genel önermeyi, bir çıkarımda, çıkarımın başına yerleştirilen ve kendisi başka önerme ...*”⁴⁹ olarak belirtilmektedir. Her iki tanımın da ortak paydasının somut olmama hali ya da bir düşüncenin soyut ürünü olma hali olduğu görülmektedir.

Düşünceme göre bu iddiayı tartışabileceğim en iyi örnek, idarelerin “*Kanuni*” davranmaları gerektiğini içeren bir ilkeye rağmen idarelerin

⁴⁵ **Şirin, Tolga** (2019) Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 72-74.

⁴⁶ **Derrida, Jacques** (2014) “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, (Çeviren: Direk, Zeynep (2014), Çelebi, Aykut (Hazırlayan), Şiddetin Eleştirisi Üzerine, 2. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları, s.56.

⁴⁷ **Sağlam, Rabia** (2014) Yapıbozumsal Adalet, 1. Baskı, Ankara, Tekin Yayınları, s. 123-124.

⁴⁸ **TDK**, (1999) Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük, Cilt 1, 9. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Sözlük Bilim ve Uygulama Kolu Yayınları, s. 1071.

⁴⁹ **Cevzici, Ahmet** (1999) Paradigma Felsefe Sözlüğü, 3. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayınları, s. 459.

kanundan sapmaları, bu sapmalara da başka kanunlardan dayanak bulmalarındır. Bu duruma örnek teşkil edecek, mahkemeler tarafından tespit edilmiş örnekler aşağıda verilmiştir.

1999 yılında bir şikayetçi tarafından yapılan başvuruda BelKo adlı şirkete, Ankara ilindeki kömür ithalat işi münhasıran verilmiş, ilin kömür pazarında tekelleşmeye yol açıldığı iddiası ileri sürülmüştür. Rekabet Kurumunca kömür ithalatı ile ilgili mevzuat, kömür ithalatı ile ilgili riskler dahil tüm teknik detaylar, ürünün pazarı, İstanbul ve Bursa illerindeki kömür ithalatının durumları, BelKo'nun kömür alım maliyetleri, satış fiyatları, ihaleleri, yaptığı kömür alımları, kar ve zarar tabloları, stok durumları, personel ve personel giderleri, otomobil alımları, helikopter başışı dahil tüm detaylar incelenmiştir. İnceleme sonrasında BelKo adlı teşebbüsün yasal olarak bir tekel haline getirildiği, pazara yeni girişlerin ise bundan dolayı kapatılmış olduğu belirtilmiştir. Başta fiyatlama olmak üzere, birçok suiistimal edilebilecek konuda da yasal düzenlemelerin yapılmadığı belirtilmiştir. Ayrıca bu şirketin bir belediye şirketi olması dolayısıyla, alışlageldik bir ticari davranış olan maksimum kar minimum zarar davranışının değiştiği saptanmıştır. Buna bağlı olarak da BelKo şirketinin farklı yatırımlara giriştiği, bu yatırımların ise maliyetlerinin aşırılığı nedeniyle özensiz bir yönetim sergilendiği ifade edilmiş, bu durumun da kömür fiyatlarına aşırı yansıtıldığı belirlenmiştir. Eş değerlere sahip başkaca coğrafyalarda yer alan kömür işletmeleri ile kıyaslandığında ise BelKo'nun fiyat politikasının emsallerine göre %50-60 oranında fazla olduğu ortaya çıkarılmıştır. Sonucunda ise BelKo adlı şirkete idari yaptırım uygulanmış, idareye ise (Ankara Büyükşehir Belediyesi, İçişleri Bakanlığı, Ankara Valiliği, Ekonomi Bakanlığı, Çevre Bakanlığı) adil rekabet ortamının sağlanması gerektiği söylenerek, görüşlerinin alınmasına karar verilmiştir.⁵⁰ BelKo tarafından söz konusu kararın yürütülmesinin durdurulması ve iptali talebiyle açılan davayı inceleyen Danıştay 10. Dairesi, 05.12.2003 tarih ve E:2001/4817, K:2003/4770 sayıyla verdiği kararda; davacı tarafından hem esasa hem de usule ilişkin olarak ortaya konulan tüm itirazları reddetmiş ve Rekabet Kurulu kararını

⁵⁰ **BelKo Başvurusu**, T.C. Rekabet Kurumu, D1/1/H.U.-99/1, K.S: 01-17/150-39, T: 06.04.2001.

onamıştır. Danıştay 10. Dairesi'nin bu kararı, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun (IDDK) 02.12.2004 tarih E:2004/2540, K:2004/1927 sayılı kararıyla, dava dilekçesinde duruşma istemi bulunmasına karşın, duruşma yapılmaksızın esas hakkında karar verildiği gerekçesiyle bozulmuştur. IDDK'nın bozma kararından sonra konuyu inceleyen Danıştay 13. Dairesi, 30.12.2008 tarih ve E:2008/6492, K:2008/8399 sayılı kararıyla soruşturmayı yürüten Rekabet Kurulu üyesinin, nihai kararın verileceği Kurul toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, BelKo hakkındaki dava konusu Rekabet Kurulu kararını iptal etmiştir. Bu usulden bozma niteliğindeki karar üzerine kurul yeniden görüşerek, "Ankara İli şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarı"nda başka teşebbüslerin satış yapmasını engelleyecek şekilde kendisine sağlanan tekel imtiyazının verdiği rahatlıkla kömür alımında ve sonrasında oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olmak ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığına ve böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine oybirliği ile karar vermiştir.⁵¹

Türkiye genelinde İSTTELKOM adlı şirket de dahil olmak üzere "Altyapı İşletmeciliği Hizmeti" vermek konusunda yetkilendirilmiş yüz elli iki adet⁵² lisanslı şirket bulunmaktadır. Yine belirtmek gerekir ki altyapı işletmeciliğinde, halkın mülkiyetinde fakat belediyenin tasarrufunda bulunan alanlardan (metrolar, İBB yetkisinde olan cadde ve sokaklar vb. çok geniş bir alanı kapsar) fiber optik kabloların geçirilmesi, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin iznine tabi olmakta ve ücret karşılığında sağlanmaktadır. Hal böyleyken ve İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin aynı yetkilendirmeye sahip bir iştiraki olmasına rağmen İstanbul Büyükşehir Belediyesi, 2014 yılı Elektronik Haberleşme Müdürlüğü ücret tarifesinin 5. maddesinde, 2015 yılı Elektronik Haberleşme Müdürlüğü ücret tarifesinin 5. maddesinde, 2016 yılı Elektronik Haberleşme Müdürlüğü ücret tarifesinin 5. maddesinde, 2017 yılı

⁵¹ **BelKo Başvurusu**, T.C. Rekabet Kurumu, D1/1/H.U.-99/1, K.S: 09-32/703-163, T: 08.07.2009.

⁵² <https://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/yetkilendirmearama.xhtml?jsessionid=d8PJVbb305R_xXvB9KgVQ9aCPYQcaDXEwU15ntgp.dnzweb> s.e.t. 13.01.2020.

Elektronik Haberleşme Müdürlüğü ücret tarifesinin 5.maddesinde, “İBB; her tür haberleşme sistem ve ekipmanları tesis yerini Kamu kurum ve kuruluşları ile İBB'ye bağlı Genel Müdürlük ve İştiraklerine iş bu tarifedeki maddelerde belirtilen ücretlerden hiç birini almadan (ücretsiz) olarak kullanılabilecektir.” İfadesi yer almış; tarifeler idare mahkemelerince her yıl düzenli olarak iptal edilmiştir.⁵³ İstanbul Büyükşehir Belediyesi, kendi iştiraki olan İSTTELKOM 'a altyapılarını ücretsiz ve izne tabi olmadan sağlama imkânını, rekabet kurallarına rağmen sağlamıştır. Konu Rekabet Kurumu'na da yansımıştır. Rekabet Kurulu 12.04.2019 tarihinde verdiği kararda, İSTTELKOM şirketinin İstanbul ilinde altyapı kurulum pazarında hâkim durumda olduğunu tespit etmiş, ilgili tesis paylaşım protokolü ile 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiğini saptamıştır ve de cezai yaptırım uygulamıştır. Yine Tesis Paylaşımı Protokolü'nün İBB iştirakleri dışında şirketlere altyapının kısmen veya tamamen kullanılmaması ile maliyetine katlandıkları altyapılarının İBB'ye devredilmesine ilişkin maddeleri de oybirliği ile iptal edilmiştir. BelKo kararında olduğu gibi ilgili idareye görüş gönderilmiştir.⁵⁴

Verilen örneklerde belediye ile yönetim-sermaye ve organik anlamda ilişkisi çok net olan bu şirketlerin, bir idareden beklenemeyecek gayri hukukilikte davrandığı tespiti yapılmıştır. Bu tespitlerle birlikte bu şirketlerin “*asil görüntüleri*” olan idarelere görüş gönderilmiştir. İdare üzerinde yaptırım gücü olmayan Rekabet Kurulu'nun kararlarının aslında gösterdiği maddi gerçek, idarelerin kendilerini idari sorumluluklarının olmadığı bir alana, ki o alan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olmaktır, kote etmeleridir. Öyleyse bir şeye kanuni demenin içerisinin çok dolu olmayan vaadi ile bir şeye ilke demenin mistik⁵⁵ görüntüsü birleştiğinde ortaya çıkan sonuç, kuralın, yorumu yapanın onu anlamlandırmasından sadır hale geldiğidir. Zira bir tarafta kamu hizmetini ve dayanak maddelerde geçen görev alanlarını son derece geniş

⁵³ <<https://www.ibb.istanbul/SitePage/Index/174>> s.e.t. 13.01.2020.

⁵⁴ **İSTTELKOM Başvurusu**, T.C. Rekabet Kurumu, 2017-2-11, K.S: 19-15/214-94, T: 11.04.2019.

⁵⁵ “Mistik” ifadesi Jacques Derrida tarafından yasanın gücünü anlatmak için kullanılan bir ifadedir. Ayrıntı için bkz. **Derrida**, s. 66.

yorumlayarak spor salonu, tuvalet, fırın, metro, internet-veri, yakıt hizmeti, otobüs üretim, otopark, büfe, kültür ve medya işletmeciliği⁵⁶ yapan belediyeler vardır. Diğer tarafta ise kanunilik ilkesini son derece dar yorumlayarak sadece idareye uygulanabileceğini fakat idare ile bağları son derece güçlü olan özel hukuk tüzel kişisi statüsündeki belediye ile bağlantılı şirketlere uygulanamayacağını çünkü idarenin kanunilik ilkesinin sadece idarenin kuruluş, görev, yetki konularıyla sınırlı olduğunu savunan belediyeler bulunmaktadır. Fakat darlık-genişlik konusunda bu denli ayrık yorumlamayı yapan belediyeler de dikkat çekmek gerekirse aynı belediyelerdir.

SONUÇ

Bu çalışmanın iddiası, idare konumundaki belediyelerin, belediye ile bağlantılı şirketler vasıtasıyla idarenin kanunilik ilkesinin retorik halinden faydalanarak bu ilkeyi devre dışı bıraktıklarıdır. Söz konusu retorik hal, dilsel bir belirsizliğin sonucudur.

Bu belirsizliğin anlaşılması için gerekli olan Saussure'den Marmont'a devam eden süreçte gizlidir. Ferdinand Saussure dil için şu açıklamayı getirir: *“Dilde yalnız ayrılıklar vardır. Ama iş bu kadar ile bitmez: Bir ayrılık genellikle salt nitelikli artılı öğeler gerektirir, bir türlü öğeler arasında ortaya çıkar; oysa, dilde, yalnızca, artılı öğelerden yoksun ayrılıklar vardır. İster gösterileni ister göstereni ele alalım, dilde dizgeden önce var olan kavramlara da seslere de rastlamayız; ancak dizgeden doğan kavramsal ayrılıklarla sessel ayrılıklar buluruz. Bir göstergedeki kavram ya da ses özdeşliği onu çevreleyen göstergelerin kavram ya da ses özdeşliğinden daha az önem taşır. Anlamına da seslerine de hiç dokunulmadan, komşu öğelerden birinin değişime uğramasıyla bir öğenin değerce değişebilmesi bunu tanımlar.”*⁵⁷ Özü itibarıyla dil kavramların dizgeden önce var olmadığı, kavramsal ayrılıkların ise dizgeden sonra doğduğu bir ortamdır.

⁵⁶ <<https://www.ibb.istanbul/SitePage/Index/149>> s.e.t. 11.02.2020.

⁵⁷ Saussure, Ferdinand (1998) Genel Dilbilim Dersleri, Çeviren: Berke Vardar, İstanbul, Multilingual, s. 178.

Farklılıkları açığa vuran böyle bir tanım, herkesin aynı şeyi anlaması ve uygulaması amacını varlık nedeni haline getiren hukukta, farklılıkların nasıl ve neden olduğu konusuna yönelen eleştirel ve yapıbozumcu hukuk düşün dünyası için bulunmaz bir tanımdır. Algridas Greimas tarafından dizgede oluşan bu anlamsal farklılık dikkat çekici bulunduğu için, hukuksal iletişim süreci içerisinde yer alan dizgeler incelenmiş ve bu inceleme hukuk ile dilin kesişiminin en açık görüntüsünü oluşturmuştur. Hukuk metinlerinde görülen anlam ile altta yatan anlamın açığa çıkarılması, farklılıkları açıklamak adına umut vaat edici olmuştur.⁵⁸ Hukuk ve dil kesişimi noktasından hareket eden çalışmalarıyla Andrei Marmor'un belirlediği hukukta yorum ve dil kıstasları, genel olarak çatışmadan kaynaklı belirsizlikler ve semantik belirsizlikler olarak iki kategoride incelenmektedir. Çatışmadan kaynaklı belirsizliklerde öne çıkan olgu, bir hukuki uyumsuzluğa birden fazla normun uygulanabilir, bu uygulamadan da birden fazla sonuç elde edilebilir olmasıdır. Yani iki normun aynı olayı düzenleme çabasındaki çekişmesidir.⁵⁹ Bir diğer ve üzerinde durulacak olan belirsizlik ise semantik belirsizliklerdir. Semantik belirsizlikler ise çok veya belirsiz olan semantik anlamlar dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Çoğu zaman kelimelerin kapsamları öylesine geniştir ki, bu kapsamın içinde neyin olup olmadığını gösteren bir metin olmaksızın bu kapsamın belirlenmesi imkânsız hale gelmektedir. Marmor bu konuya ilişkin olarak, turkuazın mavi olup olmadığını, 1,75 boyunda bir kimsenin uzun sayılıp sayılmayacağı gibi örnekler vermektedir.⁶⁰

Kanaatimce “ilke” ve “kanunilik” kelimeleri semantik belirsizlik bağlamında ve üstlendikleri anlam yükü bağlamında ele alınması gerekmektedir. Düşünceden sadır olma belirsizliği üzerine yükseldiğini düşündüğüm ilke kavramı, içerisinde neyi kapsayıp kapsamadığı konusunda oldukça muğlaktır. Özellikle, bir şeyi ilke yapan değerın sürekliliği tahmin

⁵⁸ Greimas, Algridas Julien / Courtés, Joseph (1982) Semiotics and Language, Çeviren: Crist Patte vs., Bloomington, Indiana University Press, s. 108.

⁵⁹ Arıkan, Engin (2019) Sert Pozitivizm, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 172.

⁶⁰ Marmor, Andrei (2011) “Can the Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech”, Marmor Andrei / Soames, Scott (Editörler), Philosophical Foundations of Language in Law, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.146-148.

edilse bile, bu sürekliliğin ne kadar süre olması gerektiği, hangi kişi veya kurumların prensipleri olması gerektiği konuları muğlaktır. Ayrıca ilke kelimesinin, değişmez, sürekli, uyulması tercihli değil zorunlu olan kural çağrışımı kelimedenden olan beklentiyi de çok artırmaktadır. Kanuniliğin de benzer şekilde, kanunlardan oluşan ve kendi öğelerinin bile birbirleriyle çatıştığı koca bir kanunlar kümesine riayet etmek anlamı da beklentiyi çok artırmaktadır. Bu beklentinin yanında belirtildiği üzere, süljelerin bu belirsizliğe aynı standartlarla riayet edeceğini düşünmek de başka bir belirsizliktir.⁶¹

Bahsettiğim bu muğlaklıklar mevcut incelenen olaylarda da Andrei Marmor'un ifadesiyle problematik, sorunun soruyu doğurduğu bir durumu ortaya çıkarmaktadır.⁶² Öyleyse belirlilik beklentisi içerisinde olan yurttaşlar ve hukukçular olarak şu soruları sormak hakkımızdır. İdarenin teşebbüsleri, teşekkülleri, şirketleri idare midir, idarenin sorumlulukları altında mıdır? Bu teşebbüslerin bağlantılı oldukları idarelerin kimliklerini kullanmaları kanuni midir? Kanuni ise idarenin kanuniliği ilkesi ile bağlular mıdır? Soruları ise bu problematik durumun küçük bir parçası, başka bir ifadeyle daha yeni yuvarlanmaya başlamış kartopudur. Hukukun hayatın olağan akışını aynen yazılı hale getiremiyor olması, hukukta semantik belirsizliklerle dolu ilkelere medet ummamızı gerektirmez. Temenni, kanunun kolayca; hatta verilen örneklerde olduğu gibi isteğe göre yorumlanacak başka kanunlarca aldatılmamasıdır.

⁶¹ **Yüksel, Mehmet** (2015), "Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, s. 24.

⁶² **Marmor, Andrei** (2007) "What Does the Law Say? Semantic and Pragmatic in Statutory Language", USC Legal Studies Research Paper Series, C: 7, S: 9, s.2.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Emre** (2013) Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Arıkan, Engin** (2019) Sert Pozitivizm, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Balta, Tahsin Bekir** (1970) İdare Hukuku Genel Konular, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi.
- Bektaş, Mücahit / Olgun, İbrahim** (2017) “Belediye Şirketleri ve İştirakler”: Ateş, Hamza / Bıyıkoglu, Mücahit (Editörler), Belediye ve Kamusal İlişkiler, 1. Baskı, İstanbul, Der Yayınları.
- BelKo Başvurusu**, T.C. Rekabet Kurumu, D1/1/H.U.-99/1, K.S: 01-17/150-39, T: 06.04.2001.
- Cevizci, Ahmet** (1999) Paradigma Felsefe Sözlüğü, 3. Baskı, İstanbul, Paradigma Yayınları.
- Demirbaş, Tolga / Çetinkaya, Özhan / Güneş, Vuslat / Bektaş, Nur Belkis** (2017) “Yeni Kamu İşletmeciliği Bakış Açısıyla Türkiye’de Belediyelerin Şirketler Yoluyla Hizmet Sunma Modelinin Değerlendirilmesi”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C: 15, S: 30, SS. 145-175.
- Derrida, Jacques** (2014) “Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli”, Çeviren: Direk, Zeynep Hazırlayan: Çelebi, Aykut, Şiddetin Eleştirisi Üzerine, 2. Baskı, İstanbul, Metis Yayınları.
- Dilbirliği, Muhterem** (1995) “Belediye Şirketleri”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C: 4, S: 2, 1995, SS: 65-80.
- Gözler, Kemal** (2013) Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 4. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Günday, Metin** (2004) İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Güneş, Vuslat** (2014) “Türkiye’de Belediye Şirketleri ve Bursa Büyükşehir Belediyesi’nin Mali Açından Değerlendirilmesi”, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Greimas, Algridas Julien / Courtes, Joseph** (1982) *Semiotics and Language*, Çeviren: Crist Patte vs., Bloomington, Indiana University Press.
- İSTTEK KOM Başvurusu**, T.C. Rekabet Kurumu, 2017-2-11, K.S: 19-15/214-94, T: 11.04.2019.
- Köksal, Tunay** (1993) “Belediye Şirketlerinin Hukuki Rejimi ve Şirketleşme Uygulamaları”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, C: 2, S: 6, SS: 55-62.
- Küçük, Hülya** (2015) “Türkiye’de Belediye Şirketlerinin Denetimi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Journal of International Manahement, Education and Economics Perspectives*, C: 3, S: 1, 2015, SS: 39-52.
- Malbeği, Nida** (2018) “Belediye İktisadi Teşebbüsleri Üzerine Bir İnceleme”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C: 18, S: 1, SS: 31-60.
- Marmor, Andrei** (2007) “What Does the Law Say? Semantic and Pragmatic in Statutory Language”, *USC Legal Studies Research Paper Series*, C: 7, S: 9, SS. 1-22.
- Marmor, Andrei** (2011) “Can te Law Imply More Than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech”, *Marmor Andrei / Soames, Scott* (Editörler), *Philosophical Foundations of Language in Law*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press.
- Okutan, Emre** (2019) “Belediye Şirketlerinin Denetiminde 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu Sonrası Dönem”, *Dış Denetim Dergisi*, C: 18, S: 1, SS: 31-60.
- Sağlam, Rabia** (2014) *Yapıbozumsal Adalet*, 1. Baskı, Ankara, Tekin Yayınları.
- Saussure, Ferdinand** (1998) *Genel Dilbilim Dersleri*, Çeviren: Berke Vardar, İstanbul, Multilingual.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi**, (2018) *1882 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, İnkılâp Kitabevi.
- TDK** (1999) *Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük*, Cilt 1-2, 9. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Sözlük Bilim ve Uygulama Kolu Yayınları.
- TÜBA** (2011) *Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü Sosyal Bilimler*, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi.

TÜRKİYE TİCARET SİCİLİ GAZETESİ (2019), S: 9886, SS: 237.

Uzun, Ertuğrul (2017) Hukuk Göstergibilimi, 1.Baskı, İstanbul, Nora Kitap.

Yıldırım, Turan / Yasin, Melikşah / Karan, Nur / Özdemir H. Eyüp / Üstün, Gül Okay / Tekinsoy / Özge (2012) İdare Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları.

Yüksel, Mehmet (2015), “Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 1, SS: 9-26.

Zengin, Burcu / Güngördü, Aybegüm (2015) “Marka Değerinin Hesaplanması Üzerine Ampirik Bir Çalışma: Finans ve Pazarlama Boyutu”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C: 17, S: 2, 2015, SS: 282-298.

İNTERNET KAYNAKLARI

<<http://www.ihe.istanbul/s/kurulus-24>> s.e.t. 11.02.2020.

<<https://direct.ankara.bel.tr/genel-sekreter/genel-sekreter-yardimcisi-faruk-cinki/sletme-ve-stiraklar-dairesi-baskanligi>> s.e.t. 11.02.2020.

<<https://direct.ankara.bel.tr/genel-sekreter/genel-sekreter-yardimcisi-faruk-cinki/sletme-ve-stiraklar-dairesi-baskanligi>> s.e.t. 11.02.2020.

<<https://hamidiye.istanbul/history>> s.e.t. 11.02.2020.

<<https://isttelkom.istanbul/istanbula-ortak-haberlesme-altyapisi-geliyor>> s.e.t. 11.02.2019.

<<https://isttelkom.istanbul/kurumsal/hakkimizda/>> s.e.t. 11.02.2020.

<<https://isttelkom.istanbul/kurumsal/kurumsal-yonetim/#ortaklik-yapisi>> s.e.t. 11.02.2019.

<<https://isttelkom.istanbul/kurumsal/kurumsal-yonetim/#yonetim-kurul>> s.e.t. 11.02.2019.

<[https://medium.com/@Seyyahil/başarılı-türk-markaların-ardındaki-ilginç-logo-hikayeleri-d3cb1d5efbf6](https://medium.com/@Seyyahil/basari-ly-tyrk-markalarin-ardindaki-ilginç-logo-hikayeleri-d3cb1d5efbf6)>, s.e.t. 11.02.2020.

<<https://www.ankara.bel.tr/kurumsal/belediye-sirketleri>> 11.02.2020.

<<https://www.belko.com.tr/info.html>> s.e.t. 13.01.2020.

<<https://www.ibb.istanbul/CorporateUnit/Detail/75>> s.e.t. 11.02.2019.

<<https://www.ibb.istanbul/SitePage/Index/149>> s.e.t. 11.02.2020.

<<https://www.ibb.istanbul/SitePage/Index/174>> s.e.t. 13.01.2020.

<https://yetkilendirme.btk.gov.tr/Yetkilendirme/yetkilendirmearama.xhtml;jsessionid=d8PJVbb305R_xXvB9KgVQ9aCPYQcaDXEwU15ntgp.dmzweb> s.e.t. 13.01.2020.

Estan, Hakan, Başarılı Türk Markaların Ardındaki İlginç Logo Hikayeleri, <[https://medium.com/@Seyyahil/başarılı-türk-markaların-ardındaki-ilginç-logo-hikayeleri-d3cb1d5efbf6](https://medium.com/@Seyyahil/basari-ly-tyrk-markalarin-ardindaki-ilginç-logo-hikayeleri-d3cb1d5efbf6)>, s.e.t. 11.02.2020.

THE FRAGILE RELATION BETWEEN THE CONSTITUTION AND SOCIETY: *GLASS and SILVER*

Arş. Gör. Anıl Güven YÜKSEL*

ABSTRACT

The idea of the modern constitution, which emerged with the secularization of political power, was born from the understanding that this new power, which does not derive its source from divine grounds, should again be limited by the superior nondivine rules of the human mind. Thus, every new beginning of societies after this intellectual break has been crowned with a new constitutional text; It has become common practice to accompany these texts with the preambles that describe the philosophy, legitimacy and spirit of the new order in a literal language. Although it is widely accepted that constitutions reflect the society's general will, this new relationship between the society and constitution, which is usually produced after some national or global struggles, is fragile. Essentially, the text of the constitution is like a thin *glass*, through which the political and legal grounds behind can be seen. The preambles, on the other hand, undertake the function of the material called "*silver*", which transforms the *glass* into *mirror* with the holy, emotional and literary expressions found in its content. Silvered by the traditional and sacred references of the preamble, the constitution has now become a mirror in which the political area behind it is rendered invisible. Although the preambles are rarely included in the main text of the constitution, they mostly regarded as symbolic texts without legal value; however, it has been observed that in some examples even some expressions in preambles with symbolic value are included in the block of constitutionality by the judicial bodies charged with the constitutional review. In this case, the preambles, which contain vague and hard to interpret expressions, have become a legal instrument of the constitutional order, partially or completely. In this study, the analogy of *glass and silver* established for constitutional texts was tested comparatively over various constitutional texts; after analyzing the practices regarding the legal value of the preambles, the effects of operating some unclear expressions in the constitutional order have been revealed as part of the *glass-silver* analogy and solutions have been proposed.

Keywords: Modern Constitutions, Preambles, Review of Constitutionality, Block of Constitutionality, Legal Value.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, agyuksel@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0408-8199, (Geliş Tarihi: 02.04.2020 – Kabul Tarihi: 25.06.2020).

ANAYASA İLE TOPLUM ARASINDAKİ KIRILGAN İLİŞKİ:

CAM ve SIR

ÖZET

Siyasi iktidarın dünyevileşmesiyle ortaya çıkan modern anayasa fikri, kaynağını ilahi temellerden almayan bu yeni iktidarın yine ilahi olmayan, insan aklının mahsulü üstün kurallar yoluyla sınırlandırılması anlayışından doğmuştur. Böylelikle, toplumların bu düşünsel kopuştan sonraki her yeni başlangıcı yeni bir anayasal metinle taçlandırılmış; bu metinlere, kurulan yeni düzenin felsefi temellerini, haklılığını ve ruhunu edebi bir dille anlatan başlangıç kısımlarının eşlik etmesi yaygın bir uygulama haline gelmiştir. Her ne kadar toplumun genel iradesini yansıttığı yaygın olarak kabul görse de, genellikle ulusal ya da küresel birtakım mücadelelerden sonra üretilen anayasalar ile toplum arasındaki bu yeni ilişki kırılmalıdır. Esasen anayasa metni, tek başına, dayandığı politik ve hukuki temelleri açıkça gösteren ince bir *cam* gibidir. Başlangıç metinleriyse, içeriğinde rastlanan kutsal, duygusal ve edebi ifadelerle, *camı* aynaya dönüştüren “*sır*” adı verilen materyalin işlevini üstlenir. Başlangıç metninin geleneksel ve kutsal referanslarıyla sırlanan anayasa, artık arkasındaki politik alanın görünmez kılındığı bir aynaya dönüşmüştür. Başlangıç kısımları nadiren anayasanın temel metnine dahil edilmiş olmakla birlikte, çoğunlukla hukuki değeri olmayan sembolik metinler olarak değerlendirilmiş; ancak kimi örneklerde sembolik değerdeki başlangıç metinlerinde yer alan bazı ifadelerin dahi anayasallık denetimiyle yetkili organlar tarafından anayasallık bloğuna dahil edildiği gözlemlenmiştir. Bu durumda denilebilir ki, içerisinde muğlak, yorumlanması güç ifadeler barındıran başlangıç metinleri kısmen veya tamamen anayasal düzenin hukuki bir enstrümanı haline gelebilmiştir. Bu çalışmada, anayasal metinler için kurulan *cam ve sır* benzerliği, çeşitli anayasa başlangıç metinleri üzerinden karşılaştırmalı olarak incelenmiş; başlangıç metninin hukuki değeri hususundaki uygulamalar analiz edildikten sonra *cam-sır* benzerliğinin bir parçası olarak hukuki olmayan kimi ifadelerin kullanımının anayasal düzende yarattığı etkiler ortaya konmuş ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Modern Anayasalar, Anayasaların Başlangıç Kısımları, Anayasallık Denetimi, Anayasallık Bloğu, Hukuki Değer.

INTRODUCTION

This article is based on the idea that constitutions mirror societies' will.¹ Firstly the interest in studying the process of the formation of constitutional texts was brought forth by the incertitude if legal texts would have the necessary power to reflect the society on their own, and then the grounds of the disintegration between the traditional and the modern set the historical starting point. Preparation of written constitutional texts in search of a new order led the study to examine the instruments used by these texts to create their own legitimacy, thus the chapters generally called “*Preambles of Constitutions*” have come to light.

Based on disengagement in an intellectual meaning –secularization of the power-, constitutions intend to explain and legitimize themselves and emphasize their powerful nature in the first place. At this point a task and a need of a dialogue between the constitution and the society² comes into

¹ The idea of *constitutions mirror or reflect the societies* is a very common analogy mostly used in the field of daily politics. Accordingly, its simple, basic and literal meaning is considered with regard to general principles of constitutional law in this study. However, it must be stated that there are some remarkable authors who mention this analogy with reference to different points of view. As one of these few authors, to HABERLE, a constitution is not only a “normative set of rules”, but also “a mirror of cultural heritage and the foundation of its expectations”. see **Häberle, Peter** (2000) “The Constitutional State and its Reform Requirements”, *Ratio Juris*, V:13, I:1, p.77-79. Similarly, CHAMBERS sees the constitutions as superior texts created to reflect the identity of the society. see **Chambers, Simone** (2004) “Democracy, Popular Sovereignty, and Constitutional Legitimacy”, *Constellations*, V.11 I.2, p. 158-160. On the other hand, TRIBE questions whether “a constitution is simply a mirror in which one sees what one wants to see” in one of his academic works on how the constitutional interpretation should work while criticising several decisions of US Supreme Court. see **Tribe, Laurence H. / Dorf, Michael C.** (1991) *On Reading the Constitution*, 1. Edition, Harvard University Press.

² The term “society” is preferred in this article to name the people of a/any defined country mostly because of its inclusive broad meaning independently of the new modern determinants. On various points of this article, this term can be understood in relation with the other social ties such as citizenship or nationality etc. with respect to the main subject of the chapter or the paragraph in question. But in general terms, the relation claimed in this article is considered as a relation between the constitution and “the society” which reflects

question, and I think that the mentioned preambles undertake the critical role. Such that, for the societies who had lived in the shadow of the natural law or by obeying divine norms for a thousand years without a constitution claimed to be made by their own, long before the occurrence of modern constitutions, this fresh relationship with the constitution in the new and secular order is fragile and is natural to be so. So let's think that the constitution is a fragile, smooth, thin glass; and preambles are like the "silver" metal which is used in silvering process. When *silver* is coated over the glass, it makes us forget how fragile the glass is; it turns it into a mirror. The political area behind the silvered side becomes invisible. What is seen when looked at the constitution from the axis of preamble is surely the society itself. In this study, whether the transformation we claimed can actually be granted by preambles will be discussed; meanwhile, various preambles of constitutions will be addressed in their own historical process.

I. HISTORICAL PROCESS AND THE TRANSFORMATION THAT LED TO WRITING A CONSTITUTION

Today, the concept of constitution is explained emphatically as the *organization and functioning of the state and the guarantee of the freedom of individuals*³, *the structure and the transfer of the power and the freedom of individuals against the authority*⁴ by many studies including the definition of the constitution. Of these underlined contents, the institutions equivalent to the state authority or the ruling power had existed before the 18th century, which is accepted as the beginning of constitutionalist movements; the functioning of the system in city states, feudal systems or empires was bound to written or unwritten rules. A superior body of divine rules of which the rulers weren't able to assert the contrary or the antecedent comprehension of natural law in those times show that the difference put forward by the concept

basically to the social ties of the people under the same political authority, inspiring by the common naming of "social contract" for the constitutions.

³ **Maddex, Robert L.** (2008) *Constitutions of the World*, 3. Edition, Washington, CQ Press, p. xi.

⁴ **Teziç, Erdoğan** (2019) *Anayasa Hukuku*, 23. Edition, İstanbul, Beta, p. 10, 171-172.

of constitution doesn't derive from an understanding of a powerful superior norm. Hence, it will be more convenient to seek the difference in a relatively new concept: *the individual*. This doesn't direct the search to the appearance of the individual in the constitutions by no means; on the contrary, it points to the historical transformation that granted the power to establish constitutions, in other words, a new set of rules of a supreme level. The modern constitutions, "*practically without exception, (...) were drawn up and adopted because people wished to make a fresh start, so far as the statement of their system of government* ".⁵ The principle of a *fresh start/new beginning* is important; it requires the rejection of the old. The adjective *modern* is even more important; it expresses the separation of the current time from the *traditional* and it is the most familiar word of the transformation debated in this study.

The history of the constitution is co-written with the history of disengagement and diffractions. Numerous breaking points can be seen before the greatest disengagement, summarized as *secularization of the political power*; this disengagement -which introduced the concepts of modernization and westernization to the recent history, in fact, set these concepts as the ultimate aim and identify, mostly, Europe as the center- separates the Eastern and Western understandings of public life and the ruling authority. Modern constitutions made by people of modern period are filtered texts following this path and linking what is left to a new path after each disengagement. It is necessary to follow the same paths to understand these texts, more importantly, intellectual-oriented "preamble" parts of these texts, which will be studied further later.

While *Renaissance, Reformation, Enlightenment and French Revolution* – among others- can be sorted as the most significant experiences mentioned as the breaking points during the process of disengagement from the traditional understanding; constantly *energetic and outward-looking*⁶ during aforesaid

⁵ **Whare, K. C.** (1966) *Modern Constitutions*, 2. Edition, London, Oxford University Press, p. 6.

⁶ **Mcneill, William H.** (Senior Editor) (2005) *Berkshire Encyclopedia of World History* Vol. 4, Massachusetts, Berkshire Publishing Group, p. 1591.

period, Europe, on its own, had somehow set its course which enabled this transformation long before. First of all, though “*not unique to Europe*”, feudalism⁷ and the divided regime of the feudal system⁸ which are claimed to facilitate understanding modernism for they were put forward in the same geography, must be mentioned. The new “estate” consisting of town representatives and the fact that Kings would consult local lords and merchants when necessary, led Europe open to economic developments and the transformation accompanying them.⁹ Secondly, the translation of artifacts of Ancient Greek into Latin turned into the effort to base Christianity upon rational grounds, and Christianity and the Church became an increasingly powerful figure in the social and political life.¹⁰ Finally came “*discovery*” of – and *the conquests* on- the new world, which led to numerous qualitative changes in the history of humanity.¹¹ It disorganized economic relationships with the price revolution in Europe, led to an uncertain perception of the future and put a grim nature causing intellectual conflicts in every sense in the center of the period.¹²

In an abovementioned environment, as the difference between the idea to reach the divine and secular practices became more apparent, a door to the complementary movements of Renaissance and Reformation which coincided in the same period was opened.¹³ On one hand, the individual who severed ties with the past and moved forward with Renaissance which is defined as “*renewal of life*”, “*rebirth*”, awoke; Machiavelli explained politics, thus being in

⁷ For the claim see **Pierson, Christopher** (2011) *The Modern State*, 2. Edition, London, Routledge, p. 32.

⁸ For detailed information on feudalism see **Poggi, Gianfranco** (1978) *The Development of the Modern State*, 1. Edition, California, Stanford University Press, p. 16-35.

⁹ **McNeill** (2005), p. 1602-1603.

¹⁰ For the new activity of Christianity in the period and for “*The Theory of Two Swords*” see **Ağaoğulları, M. Ali / Köker, Levent** (2011) *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, 6. Edition, İmge, p. 198-202.

¹¹ **Harman, Chris** (2002), *A People’s History of the World*, 2. Edition (Reprinted), London, Bookmark, p. 161-178.

¹² **McNeill, William H.** (1999) *A World History*, 4. Edition, Oxford, Oxford University Press, p. 302-308.

¹³ **McNeill** (1999), p. 311-325.

power, as technical; and he severed them from religious dogma and moral values.¹⁴ On the other hand; the tension between the Church that got used to being a part of the power, and those who believe that the Church diverged from Christianity induced Reformation; and finally Martin Luther claimed that, though originated from the God, the ruling power is entrusted to secular people by the God; secular rulers who must obey divine laws can't be judged by any institutions in the World.¹⁵

The transformation found and suggested openly or vaguely by these two movements was ensured in the period of Enlightenment, which is defined as the period between English Revolution and French Revolution¹⁶, and sometimes as the period between “*Age of Faith and Age of Ideologies*”¹⁷. With Enlightenment, people of the time were saved from the darkness they were trapped into and from “*immaturity*”¹⁸; and the greatest obstacle before this salvation and progression was marked as the Church.¹⁹ In the pursuit of a virtuous life, mind had to be trained and rendered critical; this critical mind had to be guided to free actions with the notion of equality.²⁰ This guidance not only put the individual to the center, willingly or unwillingly, but also stood the consent of people against divine grounds as a source of legitimacy with *Montesquieu and Rousseau*.²¹ Once the source of legitimacy was separated from the divine, the law steered the wheel to positive law from natural law;

¹⁴ **Ağaoğulları, M. Ali / Köker, Levent** (2013) *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 4. Edition, Ankara, İmge, p. 159-160, 165-227.

¹⁵ **Ağaoğulları / Köker** (2013), p. 96-97, 115-122.

¹⁶ **Ağaoğulları, M. Ali** (2012) “Aydınlanma: Düşünceler Yumağı”: Ağaoğulları, M. Ali (Editor), *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler*, 3. Edition, İstanbul, İletişim, p. 517.

¹⁷ **Lee, Stephen J.** (1984) *Aspects of European History 1494-1789*, 2. Edition, London and New York, Routledge, p. 194.

¹⁸ **Ağaoğulları, M. Ali / Zabcı, F. Zulha / Ergün, Reyda** (2009) *Kral Devletin Ulus Devlete*, 2. Edition, Ankara, İmge, p. 239-240.

¹⁹ **Çiğdem, Ahmet** (2013) *Aydınlanma Düşüncesi*, 8. Edition, İstanbul, İletişim, p. 49.

²⁰ See. **Ağaoğulları/Zabcı/Ergun**, p. 245-318.

²¹ **Ağaoğulları/Zabcı/Ergun**, p. 321-353.

enhanced and empowered by the predictability and security, positive law rendered the future of modern people predictable.²²

Although continually advanced modern concept of law, having progressed to the maximum point on the axis of predictability and certainty, approached natural law again, from which it was separated after a point; what is remarkable at first glance is the line outstretching to the written texts. During the process ongoing in the transition of natural law - positive law – and *again* natural law, the fact that natural rights theories - which are maintained from the Enlightenment movement - surprisingly fostered positive law wasn't that it refused that people had inborn rights. The gravitation to what is written and signed should be explained as; the desire that most people will choose to protect their rights and the belief that they will control the government whose authorities are determined and limited by the society. Thus, the transformation of the laws- that will re-establish the equality, disrupted in contradiction to the state of nature by the society; according to Montesquieu²³- into the concept of positive law that holds the line of human rights in legal texts is not seen as a good and expected result. The effort to limit those in power that started over the reflex – and occasional experiences – that the king or the ruler won't obey what belongs to the people, or the will of people, finally crowned this limit with a constituting, legitimate and supreme document free of divine foundations:

A constitution is not a thing in name only, but in fact. It has not an ideal, but a real existence; and wherever it cannot be produced in a visible form, there is none. A constitution is a thing antecedent to a government, and a government is only the creature of a constitution. The constitution of a country is not the act of its government, but of the people constituting its government. It is the body of elements, to which you can refer, and quote article by article; and which contains

²² **Saygılı, Abdurrahman** (2014) Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında Devlet, 1. Edition, Ankara, İmaj, p. 203.

²³ **Cohler, Anne M. / Miller, Basia C. / Stone, Harold S.** (Editors) (1989) Montesquieu: The Spirit of Laws (Cambridge Texts in the History of Political Thought), 1. Edition, London, Cambridge University Press, p. 114.

*the principles on which the government shall be established, the manner in which it shall be organised (...).*²⁴

The inclination to protect individual freedoms from the intervention of the government first showed up in written texts listing the rights, firstly in England starting from 17th century, consequently in America during the 18th century.²⁵ Due to the allegiance to the British crown by written agreements, US Colonies' appointing written rules for separation from the crown and for the division of power while organizing as a federal state was taken naturally; the constitution of 1787 of US Colonies is accepted as the first modern constitution.²⁶ After 1789 Revolution, in line with the *Declaration of Rights of Man and of the Citizen* which set forth that the constitution is not only a document to organize the structure of the state, but also to limit its power; with the help of the tradition that written and explicitly set rules must be implemented in the activities regarding the business of the French bourgeoisie, French Constitution of 1791 became the first written constitution of the continental Europe.²⁷

In today's modern world - where constitutional law is accepted as a discipline and historical data is analyzed comparatively, moreover where "the constitution" as a concept is molded with numerous elements aforementioned -, search of the oldest text closest to a constitution – which can be deemed as the starting point of constitutionalism movement- goes back to Magna Carta of 1215. Even though it is questionable whether it is a "declaration (or bill) of rights" or not, Magna Carta is a document limiting the authority and the power of the King in England in favor of feudal aristocracy, in fact, it is the remainder of four consecutive royal charters in ten years which integrated at

²⁴ **Paine, Thomas** (2017) *The Writings of Thomas Paine: Including All Four Original volumes*, 1. Edition, North Charleston, Createspace, p.73.

²⁵ **Gemalmaz, M. Semih** (2007) *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 6. Edition, İstanbul, Legal, p. 63. Gemalmaz uses this description specifically for American texts. For detailed information on *Virginia Declaration of Rights* of 1776 and *United States Declaration of Independence* of the same date see **Gemalmaz**, p. 63-68.

²⁶ **Teziç**, p. 161.

²⁷ **Teziç**, p. 161-162.

last one.²⁸ According to Plucknett, the fact that Magna Carta is referred such momentarily - despite the documents of the rights recognized for the people by the King in Europe in almost same years such as Royal Charter of Spain of 1215 and Royal Charter of Hungary of 1222- doesn't derive from the content, but from the fact that the text was used in the history: "*The Charter (Magna Carta) gradually grew bigger than the mere feudal details which it contained and came to be a symbol of successful opposition to the Crown (...)*"²⁹, as he said.

The fact that the text is discussed and interpreted in this manner prompts us to question a problematic hypothesis with regard to the social adoption of constitutional texts. Not certain if necessary, but the claim from the beginning is; constitutions made by the people reflect people's will, in a way, it is the mirror of the political orientation of the society. However; the accuracy of this thesis becomes to be examined by the antithesis that "*what a constitution says one thing, and what actually happens in practice may be quite another*".³⁰ Produced hastily in the pursuit of a new beginning - and in spite of everything, in the name of this pursuit-, constitutions raise a fragile relationship with the society to which it addresses. Indeed, "*We must be ready to admit that although almost all countries in the world have a constitution, in many of them the constitution is treated with neglect or contempt*".³¹

What is expressed hereby is not a suggestion that the fragility between the constitution and the society can be overcome by suspending the constitutional limits on the state authority until they are socially accepted, nor by abolishing the constitutions. However; our desire is to draw the attention on the danger of turning constitutional texts into holy texts and of ensuring this transformation through newly produced moral concepts, in a way leading this fragility to a literal breaking point.

As is seen, for the constitutions written with the aim of a new order by rejecting the old, the most significant determinant that prompts the state to

²⁸ Gemalmaz (2007), p. 22-26.

²⁹ Plucknett, Theodore F. T. (1948) *A Concise History of Common Law*, 4. Edition, London, Butterworth & Co. Ltd, p. 25.

³⁰ Wheare, p. 4.

³¹ Wheare, p. 4.

the new is the historical and the intellectual process in the state itself and in the World. The primary problem we put forward here regarding these new constitutional texts is the *exceeding* instruments and concepts used to legitimize the new order, to teach their necessity, or occasionally, to impose them. These instruments that cause -contrary to its purpose- complexity and indifference rather than improve the social and legal significance of constitutional texts generally take place in preambles of constitutions along with many other comprehensible and pacifying legal values that don't pose such a danger.

II. CONSTITUTIONS' TENDENCY OF SELF-EXPRESSION: THE PREAMBLES

Preambles, as literary texts explaining reasons and philosophical grounds of preparation of the constitution³² or as “powerful motivators” expressing the “end of the constitutional project”³³, are chapters defined with the fact that they set forth the fundamental thoughts and principles of the constitutions³⁴ and of the social collectivity ties³⁵, and they mostly are not included in the constitutional text³⁶.

Although the origins of a preamble to legal instruments traces to the writings of Ancient Greek philosopher Plato³⁷, the first constitution including a preamble is the US Constitution of 1787, accepted as the first modern

³² **Özbudun, Ergun** (2005) *Türk Anayasa Hukuku*, 8. Edition, Ankara, Yetkin, p. 71.

³³ **Ginsburg, Tom / Foti, Nick / Rockmore, Daniel** (2013) “We the Peoples!: The Global Origins of Constitutional Preambles”, *George Washington International Law Review*, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper, No. 664; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 447, p. 105.

³⁴ **Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2005) *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 11. Edition, İstanbul, Beta, p. 46.

³⁵ **Göncü, Levent** (2007) “Siyasal İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *AÜHFHD*, C: 56, S: 1, p. 150.

³⁶ However, the Constitution of the Republic of Turkey (1982) as the former Constitution of 1961 stated through a norm that the Constitution includes the part of the Preamble. See **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, p. 29-30.

³⁷ **Ginsburg, Tom / Foti, Nick / Rockmore, Daniel**, p. 107 (with reference to *Laws* by Plato).

constitution; the text is only one sentence comprising of 52 words putting forth federal states' aim of uniting and future objectives:

*We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution of the United States of America.*³⁸

The reference to the people in the preamble of the US Constitution was a major influence on other constitutions³⁹; claiming to be produced by people and through the will of people, the tendency of these texts to repeat the claim from the very beginning took place in Constitutions of France and Poland of 1791, followed by Constitutions of Canada in 1876, Columbia in 1887 and Germany in 1886 and became almost a custom practice.⁴⁰ However; it must be noted that in the constitutions produced in Europe after the Second World War, the emphasis shifted to the expression that institutions would use the authority to write constitutions *on behalf of people*⁴¹; which clearly is not accidental. After the spread of the idea that the constitutions have determined the organization of the state and will do so, it became unnecessary to re-mark the constitution as the production of people's will; the authority given to the representatives gained importance.⁴²

³⁸ **The Constitution of the United States of America** (1789) <<https://www.law.cornell.edu/constitution/preamble>> l.a.d. 30.03.2020.

³⁹ **Wheare**, p. 54.

⁴⁰ **Sunay, Zühal Aysun** (2006) "Türk Anayasa Hukukunda Anayasaların Başlangıç Kısımları" (Master's), Ankara University, Institute of Social Sciences, p. 9.

⁴¹ **Wheare**, p. 55.

⁴² For instance; the **Spanish Constitution** (1978) links the preamble to the main text as: "Therefore, the Cortes pass and the Spanish people ratifies the following." <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf>, l.a.d. 27.09.2019. **Constitution of Portuguese Republic** (1976), with an emphasis on "the people's legitimate representatives" and continues as: "Meeting in plenary session on 2 April 1976, the Constituent Assembly does hereby pass and decree the following Constitution of the Portuguese Republic." <<https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic>>, l.a.d. 27.09.2019.

The constitutional preambles can be divided into various categories according to their content. For example Orgad speaks about five themes related to general theme of a preamble as the *sovereign, historical narratives, supreme goals, national identity and god or religion*⁴³, while Frossini examines the preambles under diverse subtitles some of which are similar to the Orgad's classification, but also adding the themes of *the form of state and the form of government, and territorial identity (terra nostra)*.⁴⁴ Existence of all these categories in a defined constitution generally depends on the reasons behind the necessity of writing a constitution with a preamble. The reasons prompting the states to write a constitution including a preamble can be grouped under three headings, as Sunay does, relying on the idea that the dynamics of adding a preamble are similar to the dynamics of constitutional reforms⁴⁵: *establishment of a new state and declaration of independence of a state freed from an occupation; the change of political regime of a country after a revolution, coup d'état or reforms; and positive influence of other constitutions*.⁴⁶ While it is easy to give examples of the constitutions of a newly-established state⁴⁷ – almost all of whom refers to the source of sovereignty and the fundamental goals reflecting some certain categories of Orgad⁴⁸ - with regard to the adoption to a specific ideology, in particular, and to the specification of the principles on which the state is based; the story and the importance of the war of independence is prominent in the texts of the states that gained independence after an occupation.⁴⁹ The emphasis on independence and the

⁴³ **Orgad, Liav** (2010) "The Preamble in Constitutional Interpretation", International Journal of Constitutional Law, Vol.8 N.4, p.716-718.

⁴⁴ **Frosini, Justin O.** (2012) Constitutional Preambles at a Crossroads between Politics and Law, 1. Edition, San Marino, Maggioli Editore, p. 34-47.

⁴⁵ For the mentioned similarity Sunay based on, please see **Atar, Yavuz** (2000) Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı, Konya, Mimoza, p. 21.

⁴⁶ **Sunay**, p. 10-20.

⁴⁷ Given the full version in the previous chapters of the study, the US Constitution's preamble puts forward clear and short principles for the new order.

⁴⁸ **Orgad, Liav**, p. 216-217.

⁴⁹ Different from the others which are written after a war which just finished, even though Poland, which defines its recent history over disputes, conflicts and suppression, gained its

opposition against colonialism mentioned in the preamble of the Constitution of Indonesia is a striking example of this first category:

*Whereas independence is the inalienable right of all nations, therefore, all colonialism must be abolished in this world as it is not in conformity with humanity and justice; And the moment of rejoicing has arrived in the struggle of the Indonesian independence movement to guide the people safely and well to the gate of the independence of the state of Indonesia which shall be independent, united, sovereign, just and prosperous; By the grace of God Almighty and motivated by the noble desire to live a free national life, the people of Indonesia hereby declare their independence (...).*⁵⁰

Preambles of the constitutions in the second sub-class that derive from a reform or a revolution concentrate on the philosophy of revolution; because as long as political objectives that cause a revolution in the constitutions are not adopted, revolutionary forces will not abdicate and let the country run its course.⁵¹ The preambles in this sub-class are generally considered as long texts

independence after the Second World War along with lost lands, it was suppressed by the regime until 1989, the end of socialism and it mentioned the struggle of independence that lasted throughout its history in the preamble of the **Constitution of the Republic of Poland** (1997): *“Having regard for the existence and future of our Homeland, Which recovered, in 1989, the possibility of a sovereign and democratic determination of its fate, We, the Polish Nation - all citizens of the Republic, Both those who believe in God as the source of truth, justice, good and beauty, (...)Beholden to our ancestors for their labours, their struggle for independence achieved at great sacrifice, for our culture rooted in the Christian heritage of the Nation and in universal human values, Recalling the best traditions of the First and the Second Republic, Obligated to bequeath to future generations all that is valuable from our over one thousand years’ heritage, Bound in community with our compatriots dispersed throughout the world, Aware of the need for cooperation with all countries for the good of the Human Family, Mindful of the bitter experiences of the times when fundamental freedoms and human rights were violated in our Homeland, (...)”*, <<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>>, l.a.p. 27.03.2020.

⁵⁰ For the full text of **The Constitution of Republic of Indonesia** (1945), <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/id/id048en.pdf>>, l.a.p. 27.03.2020.

⁵¹ **Sunay**, p. 13-14. (with reference to **Preuss, Ulrich K.** (1991) “The Politics of Constitution Making: Transforming Politics into Constitutions”, *Law and Policy*, V:13, N:2, p. 107-123.) For quotes from the preambles of the Constitutions of China and Iran established in this manner see **ibid**, p. 15-16. For instance, these historical expressions are in the preamble of

since they speak about the soul of the revolution and the political structure as in the instance of Iran, including *historical narratives*.⁵² For a current example, the (*new*) Constitution of the Republic of Cuba (2019) which provides a long preamble starting by “We Cuban Citizens” and with a historical narrative of the war of independence against Spanish colonists, determines the political background of the revolution of 1959 as the philosophical identity of the text:

(...) by those who promoted, participated in, and developed the first organizations of laborers, farm workers, and students; disseminated socialist ideas; and founded the first revolutionary, Marxist, and Leninist movements (...) GUIDED by the most advanced revolutionary, anti-imperialist, Cuban-Marxist, Latin American, and universal thought, in particular by the ideal and example of Martí and Fidel, as well as the social emancipation ideas of Marx, Engels, and Lenin; SUPPORTED in proletariat internationalism, fraternal friendship, the help, cooperation, and solidarity of the peoples of the world, particularly those of Latin America and the Caribbean; Reference to fraternity/solidarity DETERMINED to carry forward the triumphant Revolutions of Moncada and Granma, of the Sierra (...); COMMITTED to Cuba never returning to capitalism as a regime sustained by the exploitation of man by man, and that it is only in socialism and communism that a human being can achieve his or her full dignity; CONSCIOUS that national unity and the leadership of the Communist Party of Cuba; IDENTIFIED with the tenets displayed in the concept

the **Constitution of Islamic Republic of Iran** (1979) after the Islamic Revolution: “After slightly more than a year of continuous and unrelenting struggle, the sapling of the evolution, watered by the blood of more than 60,000 martyrs and 100,000 wounded and disabled, not to mention property damage, came to bear fruit amidst the cries of “Independence! Freedom! Islamic government!” (...) On 12 and 13 February 1979, the world witnessed the collapse of the monarchical regime... Unanimously, the Iranian people declared their final and firm decision, in the referendum on the Islamic Republic, to bring about a new political system, that of the Islamic Republic”, https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989.pdf?lang=en, l.a.p. 27.03.2020.

⁵² Frosini (2012), p. 29. For the division of long – short preambles also see Frosini (2012), p. 29-30. For detailed information on historical narratives see Orgad, p. 717 and Frosini (2012), p. 37-30.

*of Revolution, as expressed by the Commander in Chief Fidel Castro on the 1st of May of the year 2000 (...).*⁵³

Finally, the effect of trends, as named by Sunay, is non-negligible when it comes to constitutional developments, as in every field; thereby, when a concept becomes widespread, other constitutions will get their share.⁵⁴ This effect which can also be defined as *borrowing the language* of other constitutions, does not only mean taking the same words but borrowing and using them in an innovative way.⁵⁵ Particularly after the Second World War, increase in constitutions with reference to international human rights law and principles led to similar contents in preambles with different forms of similar expressions; while on the other hand the phrase “we the people” as having a more direct sense of democracy gained popularity, unlike Europe, among the new constitutions of decolonized countries, instead of “we the representatives”.⁵⁶

Justice, equality, peace, freedom, tolerance, reconciliation and agreement can be listed as the values and principles mentioned in the preambles the most.⁵⁷ These notions presents a picture such as the constitutions including

⁵³ **The (new) Constitution of the Republic of Cuba** (2019), <https://www.constituteproject.org/constitution/Cuba_2019.pdf?lang=en> and for original text see <<http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%2040%20KB-1.pdf>> l.a.p. 30.03.2020. It should be stated that the **former constitution of Cuba (1976)** also had a long preamble as the new one and conserved the points of political backround and nearly all the political objectives and ideology: “(...) *GUIDED by the ideology of José Martí, and the sociopolitical ideas of Marx, Engels, and Lenin; AND HAVING DECIDED to carry forward the triumphant Revolution of the Moncada and the Granma, of the Sierra and of Girón under the leadership of Fidel Castro, which, sustained by the closest unity of all revolutionary forces and of the people, won full national independence, established the revolutionary power, carried out democratic changes, started the construction of socialism and, under the direction of the Communist Party, continues said construction with the objective of building a communist society.*” **The Constitution of the Republic of Cuba (as amended to 2002)** (1976), <<http://constitutionnet.org/sites/default/files/Cuba%20Constitution.pdf>> l.a.p. 30.03.2020.

⁵⁴ Sunay, p. 18-20.

⁵⁵ Ginsburg, Tom / Foti, Nick / Rockmore, Daniel, p. 106.

⁵⁶ Ginsburg, Tom / Foti, Nick / Rockmore, Daniel, p. 118-120.

⁵⁷ Sunay, p. 23-24.

them adopt the traditional values and determinants, but it must be stated that the intense repetitions of these terms create an impression that constitutions on their own are not sufficient to evoke an agreement or consensus.⁵⁸ On the other hand; following the historical process, concepts such as human rights, democratic government, state of law, separation of powers are seen to be included epidemically in preambles.⁵⁹ Here, concerns over the consolidation of legitimacy of the states led to the creation of a cover that will succor when the ideals, which should be ensured through loyalty to these principles in the constitutional text itself, are not provided. Furthermore, expressions as ‘customs, language and culture and the common history will *try to be protected*’ or ‘*efforts for this will be made*’ draw picture of a constitutional order that is relatively better than the old one but could still come short and make excuses for it, rather than an ideal constitutional order in which those principles are compulsorily and certainly applied. In this context, Spanish *people*, who have a rather assertive constitution, after a 36-year dictatorship, compared to its counterparts with respect to the main text, adopted a tone off from certainty in the preamble produced on their behalf:

The Spanish Nation, desiring to establish justice, liberty, and security, and to promote the wellbeing of all its members, in the exercise of its sovereignty, proclaims its will to: Guarantee democratic coexistence within the constitution and the laws, in accordance with a fair economic and social order; Consolidate a State of Law which ensures the rule of law as the expression of the popular will; Protect all Spaniards and peoples of Spain in the exercise of human rights, of their culture and traditions, languages and institutions; Promote the progress of

⁵⁸ For example; *The Constitution of the Slovak Republic* emphasizes the awareness of being a state and underlines the idea of living together despite all: “*We, the Slovak nation, bearing in mind the political and cultural heritage of predecessors and the experience gained through centuries of struggle for our national existence and statehood (...)*”. **The Constitution of the Slovak Republic** (1992) <<https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>> l.a.p. 30.03.2020.

⁵⁹ For a table with the most popular phrases in the preambles see **Ginsburg, Tom / Foti, Nick / Rockmore, Daniel**, p. 122 (Table 3) ; For diverse instances on popular words used in preambles from all around the World see **Uran, Peri** (2015) *Anayasaların Başlangıç Kısımları*, İÜHFİM, C: LXXIII, S: 1, p. 224-225.

*culture and of the economy to ensure a dignified quality of life for all. Establish an advanced democratic society, and cooperate in the strengthening of peaceful relations and effective cooperation among all the peoples of the earth.*⁶⁰

Specifically the expressions bedighting preambles, such as *respectful, desiring, believing, bearing in mind* etc., display a weak and ambiguous nature compared to the constitutional norms of the main text laying similar responsibilities on the government more severely. Indeed, being general or vague does not directly mean that this kind of phrases has no operative role in constitutional order, as Gözler mentions.⁶¹ Operational characteristic of the preambles will be briefly discussed in the next part of the study, but the problem here looks more like linguistic rather than operational by speaking of weak “personal” preferences. By those emotional expressions, not essentially the text of constitution, but individuals who personally - or through representatives- generate constitutions, namely the society is described and defined.⁶² Although we find the idea that constitutions are the mirror of the society in dispute, through an optimistic reading, we can say that not the constitution itself, but their preambles reflect the will and choices of not the entire society, but of those who win –at war, civil war, politics etc.-.⁶³ In this respect, preambles change the outlook of the written document, the concrete product of the fragile relationship between the main idea of constitution and the society as the reader. Before any additional effect, the main written text of the constitution on its own is a smooth, thin glass. When looked across, the political field behind it can be seen.

⁶⁰ **Spanish Constitution** (1978) l.a.p. 30.03.2020.

⁶¹ **Gözler, Kemal** (1999) *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 1. Edition, Bursa, Ekin, p.45. (Also, for a general and in depth evaluation on the normativity, legality and validity see the same work).

⁶² For a detailed discussion on the changing content of term “people” see **Forkosch, Morris D.** (1968) *Who are the People in the Preamble to the Constitution*, *Case Western Reserve Law Review*, V:19, I:3, p.674-707.

⁶³ For the claim of “constitutions as autobiographies” or as a “self definition” see **Addis, Adeno** (2018) “Constitutional Preambles as Narratives of Peoplehood”, *ICL Journal*, 12 (2), p.139-142.

The metal layer called “*silver*” renders the part of the glass over which it spreads into a mirror and shows those who face it themselves; however, it also makes what is behind the part that turned into a glass invisible. Preambles are the substance that turns glass into a mirror; “*the silver*”. Starting with familiar, euphonic concepts and literary expressions, preambles turn these into a set of constituted values which are hard to understand and interpret, furthermore, they extract the transparency of the glass by marking entire society as the part of the process of production; instead put the mirror behind of which can’t be seen and, in time, is forgotten. The mirror is also fragile but what “the silver” does is to make us forget that the mirror also can be broken. While the first thought that comes to mind when looking at a glass is that it is breakable, what is seen in the first place when looking into a mirror is the person himself. The fact that the mirror can also be broken is remembered after a long time; maybe when looked continuously without a break. “We, the people (...)” in the mirror tidy not the one in the mirror, but what is in us up.

It hereby must be noted that as said for constitutions in the previous chapter, we are not discussing the necessity of preambles. What is determined as the problem is not that preambles adopt clear principles as democracy, unitary state, human rights etc.; it is that preambles, along with these, present concepts – either new ones or sometimes adding weak intentions to the certain principles- which are difficult to be adopted or applied, or whose content and necessity of adoption can be better explained in the main constitutional text such as *national peace, a quality life, in the name of God* or *morals* as indispensable divine-like values. This, for certain, is the result of the aim of adapting -by maintaining the same influence- the sacred whose effective, instructive and binding selves are not questioned.⁶⁴ Nevertheless, an effort of

⁶⁴ However, in a manner to improve the effect of the texts and to endorse the legitimacy of the holy to the text, there are direct emphasis on Christianity. **The Constitution of Ireland** (1937) uses expressions that might be considered as a reciprocal search of holiness: “*In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, (...)*”. <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en>>, l.a.p. 30.03.2020. For other examples on the

this nature causes loss of value of what is legal and creates the impression that unless placed in literary chapters of constitutional texts, values respecting a rightful and pacific order and the faith in law will not be embraced.

Foregoing loss of value becomes the most controversial while silvering of the glass –as a judicial activity- and when some expressions in preambles are used as legal instruments. The proof of this fragile relationship must be sought where preambles are used operatively by the constitutional courts. This naturally leads us to the subject of preambles' legal meaning.

III. LEGAL VALUE AND OPERATION OF PREAMBLES

As abovementioned, whether to add preambles to the constitutions, determining the content of these texts or declaring these texts as a part of the original text through a constitutional norm – despite the fact that general practice is negative⁶⁵ – are up to the constituent assembly to decide. In this case, legal force of a preamble can be determined, firstly, through instruction of the assembly and in cases that there are no instructions or rules, through interpretation and looking at implementation of constitutional adjudication.⁶⁶ Preambles can be grouped under three separate categories according to their legal value as; nonbinding *symbolic/ceremonial texts* helping to organize a auto-disciplined society, *interpretive texts* as guiding frameworks for constitutional courts and *substantive texts* as self-contained resources with respect to fundamental rights.⁶⁷ As for the preamble of the Constitution of France (1958); while it is under substantive texts category that the scope of the preamble was extended and the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789) and the preamble of the former French constitution (1949) was

subject *see* **Smith, Peter J. / Tuttle, Robert W.** (2017) “God and State Preambles”, 100 *Marquette L. Rev.* 757.

⁶⁵ **Ginsburg, Tom / Foti, Nick / Rockmore, Daniel**, p.104; **Sunay**, p. 73.

⁶⁶ **Frosini, Justin O.** (2017) “Constitutional Preambles: More Than Just a Narration of History”, *University of Illinois Law Review*, N: 2, p. 628.

⁶⁷ **Orgad**, p. 722, 724, 726.

included in the Constitutional text by interpretation⁶⁸, it is usually the *Constitutional Courts (or Supreme Courts)* that determine the legal value of the preambles. As a matter of fact, the following was added to the *block of constitutionality* within the history of the preambles: fundamental principles of the republic by a decision by *Conseil Constitutionnel* of France⁶⁹; the expression “We the People...” by *Supreme Court* in the United States strengthening the idea of federal government⁷⁰; the whole text of the preamble as a real legal norm especially in relation with the constitutional principles (art. 1) by the *Corte Constitucional* of Colombia⁷¹; the entire preambles of both constitutions of Bosnia and Herzegovina and Republic of Srpska, as being integral parts of the constitutional texts, by *The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina* and again the entire preamble by the *Indian Supreme Court* as being a key instrument to clarify the constitutional norms.⁷²

The block of constitutionality (*bloc de constitutionnalité, bloque de constitucionalidad*) comprises of the norms taken as standards – even if they are not *articulated* directly in text of the constitution - during the review of constitutionality on the laws.⁷³ In this respect, while the positivist approach upholds the necessity of implementation of only the constitutional text with normative base during the constitutionality review⁷⁴; the natural law approach, which built up a reputation with the influence of human rights theory and international and regional conventions, suggests considering other principles

⁶⁸ **Orgad**, p. 727. For the analogy of “Matrioska Doll” for French system on preambles see **Frosini** (2012), p. 64-65.

⁶⁹ **Frosini** (2012), p. 67-75.

⁷⁰ **Welch, John W. / Heilpern, James** (2018) “Recovering Our Forgotten Preamble”, *Southern California Law Review*, V: 91, p.1080-1083. However, different from the French Conseil, the Supreme Court refers very rarely to the preamble only in case the constitutional norm is *vogue*. **Frosini** (2017), p. 608-611.

⁷¹ **Quinche Ramírez, Manuel F.** (2009) *Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y Sus Reformas*, 3a Edición, Rosario, Universidad de Rosario, p. 72-73.

⁷² **Orgad**, p. 728-730; **Frosini** (2017), p. 618-622.

⁷³ **Arango Olaya, Mónica** (2004) “El bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Presedente Revista Juridica*, p. 79.

⁷⁴ **Gözler, Kemal** (2000) “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C:55, S:3, p.98-99.

and standards such as general principles of law – whether or not it directly takes place in the Constitution-.⁷⁵ With regard to positive approach, the debate goes through only whether the preamble is determined as a part of the main constitutional text, but for the perception of natural law, the content of the block of constitutionality is not limited to the constitutional text and this extension brings up the problem of usage of principles in preambles as *reference norms*, as an important subject of this study.

As stated before, while referring to the qualities of the republic in the Article 2 of the Constitution of the Republic of Turkey, the expression of “fundamental tenets set forth in the Preamble” is used, and the Article 176 states the preamble as the integral part of the text of the constitution.⁷⁶ Reminding that this is not a common practice, the Constitution of Syria of 2012, as the former constitution of 1973, declares the preamble a part of the constitution, as well.⁷⁷ While the impact of the preambles on the interpretation by the constitutional courts whose authority includes determining the legal force of these texts is evident by the examples above, the possible major effect of the preambles on constitutional review in case they are normatively included in the constitution is worth seeing.⁷⁸ Being a unique instance for substantive texts, the preamble to the Constitution of the Republic of Turkey consists of a long single sentence including diverse expressions and principles:

⁷⁵ **Turhanoglu, Pinar** (2007) “Türk Anayasa Yargısında Ölçü Normlar Bloğu” (Masters), Anadolu University, Institute of Social Sciences, p. 24; **Yüzbaşıoğlu, Necmi** (1993) Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF Yayınları, İstanbul, p. X.

⁷⁶ **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, p. 56.

⁷⁷ **Constitution of the Syrian Arab Republic** (2012), article 151 states that “*The Preamble of the Constitution is considered part and parcel of the Constitution*”, <https://www.constituteproject.org/constitution/Syria_2012.pdf?lang=en> I.a.d. 30.03.2020. Article 150 of the former constitution (1973) stated “*The preamble of this Constitution is considered an integral part of it.*” <<https://carnegie-mec.org/diwan/50255?lang=en>> I.a.d. 30.03.2020.

⁷⁸ For the division of substantive – supportive reference norms and more detailed information on the issue see **Tanör / Yüzbaşıoğlu**, p. 523-545. For a critique on and refusal of this division see **Gözler, Kemal** (2011) *Anayasa Hukukunun Genel Teorisine Giriş* Cilt II, 1. Edition, Bursa, Ekin, p. 787-788.

Affirming the eternal existence of the Turkish Motherland and Nation and the indivisible unity of the Sublime Turkish State, this Constitution, in line with the concept of nationalism introduced by the founder of the Republic of Turkey, Atatürk, the immortal leader and the unrivalled hero, and his reforms and principles; Determining to attain the everlasting existence, prosperity, material and spiritual wellbeing of the Republic of Turkey, and the standards of contemporary civilization as an honourable member with equal rights of the family of world nations; (...) That no protection shall be accorded to an activity contrary to Turkish national interests, Turkish existence and the principle of its indivisibility with its State and territory, historical and moral values of Turkishness; the nationalism, principles, reforms and civilizationism of Atatürk and that sacred religious feelings shall absolutely not be involved in state affairs and politics as required by the principle of secularism; (...) With these IDEAS, BELIEFS, and RESOLUTIONS to be interpreted and implemented accordingly, thus commanding respect for, and absolute loyalty to, its letter and spirit; Has been entrusted by the TURKISH NATION to the democracy-loving Turkish sons' and daughters' love for the motherland and nation.⁷⁹

Constitutional Court of the Republic of Turkey used the expressions in the preamble as reference norms in the period of the Constitution of 1982 as in the period of the former Constitution of 1961; moreover, it operates the fundamental principles mentioned in the preamble while reviewing the constitutional amendments as these principles are included in principles of the republic (art. 2) whose amendment are prohibited by the article 4 of the constitution.⁸⁰ The principles in the preamble are sometimes considered as the most significant instrument of an interpretation compatible to the spirit of the constitution and sometimes are expressed as the base of Republic's nature; and yet the court occasionally attributed the principles of the preamble as more important even within constitutional norms.⁸¹ During the review of the

⁷⁹ **Constitution of the Republic of Turkey** (1982), <https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf> l.a.d. 30.03.2020.

⁸⁰ For the legal value and applicability of the principles mentioned in the preamble see **Yüzbaşıoğlu** (1993), p. 116-129.

⁸¹ **Turhanoğlu**, p. 34.

constitutionality on the laws, the principles of the preamble were used as instruments of interpretation, furthermore, in the framework of interpretation, the principles were studied in detail and redefined⁸²; particularly concepts of “*nationalism of Atatürk*”, “*Turkish national interests*” “*an honorable member with equal rights of the family of world nations*” “*secularism*” attained unique meanings.⁸³ For sure it is the constitutional courts who clarify the meaning and content of the constitutional principles⁸⁴, but along with the debates on judicial operation of the preamble, the problem of ‘whether or not all the expressions in preamble are applicable for constitutional interpretation’ is also argued among Turkish scholars.⁸⁵ In this point, Oder’s reminding is worthy of attention: using the pure political or beyond-the-law concepts of the preamble does not accord with the legal interpretation.⁸⁶ Undoubtedly, some expressions in the preamble can be brought into a legal meaning by interpretation as Turkish Constitutional Court did for *nationalism of Atatürk* or being *an honorable member with equal rights*

⁸² **Göl, Mevlüt** (2015) “Anayasaların Başlangıç Kısımlarının Hukuki Değeri” (Masters), Istanbul University, Institute of Social Sciences, p. 259-262.

⁸³ **Turhanoglu**, p. 37-46.

⁸⁴ **Gözler, Kemal** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 3. Edition, Bursa, Ekin, p. 194.

⁸⁵ While most of the authors agree on the direct applicability of those which correspond to a concrete norm in the main constitutional text, SOYSAL and GÖZLER are the opinion of that whole text of the preamble has legal force to be operated in the constitutional review. GÖZLER adds that not only the principles in the preamble but also the principles mentioned in the articles 1, 2, 3 of the constitution should be rarely referred; the other clear constitutional norms should be preferred instead. ÖZBUDUN suggests using undetermined expressions only as supportive norms while YÜZBAŞIOĞLU claims that principles in the preamble are superlative over all the other norms of the constitution, reminding at the same time that it is not easy to produce directly-operative norms from the preamble. Finally, ODER claims that some of the principles in the preamble can be concretized reviewing with the other constitutional norms by a systematical interpretation. *see Oder, Bertil Emrah* (2010) *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1. Edition, İstanbul, Beta, p. 29; **Yüzbaşıoğlu** (1993), p. 118; **Özbudun**, p. 71-72; **Gözler** (2000), p. 194, 201; **Soysal, Mümtaz** (1990) *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 8. Edition, İstanbul, Gerçek, p.173.

⁸⁶ **Oder, Bertil Emrah** (2010) *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, 1. Edition, İstanbul, Beta, p.28. Oder, here, refers to the similar emphasises of Tanör and Yüzbaşıoğlu on the same issue citing **Tanör /Yüzbaşıoğlu**, p.75-77.

of the family of world nations but operating all the text encircled by beyond-the-law phrases as a legal instrument leads to multifarious suggestions about the principles produced from the preamble, in other words a confusion in constitutional order.

As can be seen in the examples, preambles as literary texts, whether or not attributed a legal force in advance, have potential to be dealt with along with the most important documents which determine and limit the fundamental organization of the state and human rights and freedoms, and to become limitlessly stronger. This potential could either pave the way to progression toward the ideal claim of the constitution with dulcet emphasis – such as freedom, equality-, or to the contrary, it could pave the way of restraint and suppression.⁸⁷ While an unholy, ready- to-be-changed legal discussion medium based on political orientation only to be accepted through a rational view could free and strengthen the social awareness; these values and concepts, which are attributed holiness, only serve to suppress social opposition and to name the opposite thinking as enemy. Besides, the variant practices of the constitutional courts (or *supreme courts*) on the operation of the preambles and the endeavours by the constitutional law scholars to place these texts on the legal grounds, applying diverse methods, create an uncertainty and this uncertainty feeds the same suppression.

Consequently, solely with the long debates on their legal value, preambles, which are seen before the constitution itself when the booklet of the constitution is opened, blur the main text. Here comes the need to repeat the claim at the beginning of the article. Preambles freezes the fragile transition between the constitutional norms and the society with a thicker layer of *silver* this time; moreover, the silvered glass – *the mirror* – increases the visible distance once more. To overcome this and raise that awareness once again are important not to break the glass in a tick once it is fragility is realized but to, approach it –being aware of its fragility- with caution, to change, update and adopt it.

⁸⁷ Uran, p.227.

IV. CONCLUSION

Constitutional texts - claimed to establish the state, assign its elements, guarantee human rights and draws the social line without changing its nature - are products of the secularization of political power as the result of many breaking points throughout the historical process. This new era, radically diverged from the old concept that bases its legitimacy on divine grounds, have a reputation for being predictable and producing its rules completely in real World by unsacred hands. This relatively new concept turned into a movement of constitutionalism in time; establishment of new governments, salvation from an occupation, wars of independence, changes of regime, in a word, "*each new beginning*" of people was crowned with superior legal texts. While the preparation of these texts stood upon the categorical rejection of the past, mostly with the instinct to prove its necessity, or rather its obligation, it somehow turned into embracing the same old divine instruments. The concern to remark or adopt the necessity, rather the indispensability, of the constitution required the emphasis that they are products of the people to which they are addressed; and while this emphasis was placed at the beginning of the texts, it also led to the need of divineness of customs, fancy expressions and the glow of literary descriptions. If what is formed between the society improving from the old to the new and the constitution that is closer than the one celestial is a fragile, smooth glass; what is going to provide the glow needed and stabilize it is the metal "*the silver*". What is hereby called *the silver* is the preamble that hides the merits, accessibility and the content of the main text of constitution.

Preambles implicitly set forth the historical process, the great and rightful struggle at the background of the constitution and fundamental principles of the new beginning and at the same time names and marks the people that establishes the constitution. The opposition against the constitutional norms becomes a self-denial. That constitution - as a whole - was written as there were no other options. Apparently, there was no trust in that legal values, the text of the constitution must include, can be apprehended through reason and no faith in that what is legal can persuade people.

The comfort of the holy was hung onto, to the contrary of the aim and to the opposite of the claim; the constitutions that should be the product of political choices turned into constituted, modern divine obligations. Nevertheless, it must be reminded that non-existence of a written constitution is an alternative. As in the example of the British who weren't less interested than the others in limiting the government action and defend rights and freedom of the people, it became possible to limit the parliament that won a victory against the King and attained the honor of the supreme legal institution through legal understanding and values adopted by people.⁸⁸ To repeat, what makes Magna Carta so privileged is the awareness of opposition off of which still something can be produced even after eight hundred years.⁸⁹ What is hereby stated is not the non-necessity of the written constitutions indeed; on the contrary, the possibility of a legal order where people are aware of the power and the limits of the state authority and are on guard against the potential violation of their rights by the governmental institutions without a newly produced text referring to beyond-the-law values and highlighting its necessity constantly in the first place. The claim is not that the example of United Kingdom fully corresponds to this proposal; as is seen it is only used as the starting point to carry the fundamental discussion of *divine-like unclear values in constitutions* upon the further debates after having read this article. Thus, it is neither necessary nor required to turn principles that should remain legal into holy words by covering them in *silver*, or to liken legal texts into holy books. Constitutions should be built indeed, but without ignoring the fundamental principles of the constitutionalism and the historical background that caused the necessity of a constitution produced by human reason. Preambles can be added to the constitutional texts for sure, but remembering the potential threats of beyond-the-law expressions on constitutional order. While leaving the preambles as symbolic texts is an option, the most proper solution is using certain expressions with a legal terminology in case of determining them as an equal part of the constitution. Because constitutional norms, ideally, draw the lines and limits of the state authority and guarantee

⁸⁸ **Whare**, p. 10-11.

⁸⁹ **Plucknet**, same in *footnote 28*.

rights and freedoms as legal products of historical challenges and political preferences effected by national and global incidents. So, the spirit of the constitution arises in these preferences reflecting to the constitutional text as a whole and it must be open to be tested instead of covering it by divine and beyond-the-law expressions in order to strengthen the supremacy and the social adaptation of constitutional norms as legal values. A contrary situation, the most, could lead to a disintegration in constitutional order, or the least, loss of value of the law itself.

BIBLIOGRAPHY

- Addis, Adeno** (2018) “Constitutional Preambles as Narratives of Peoplehood”, *ICL Journal*, 12 (2), p. 125-181.
- Ağaoğulları, M. Ali / Zabcı, F. Zulha / Ergün, Reyda** (2009) *Kral Devleten Ulus Devlete*, 2. Edition, Ankara, İmge.
- Ağaoğulları, M. Ali / Köker, Levent** (2011) *Tanrı Devletinden Kral Devlete*, 6. Edition, İmge.
- Ağaoğulları, M. Ali** (2012) “Aydınlanma: Düşünceler Yumağı”: Ağaoğulları, M. Ali (Editor), *Sokrates’ten Jakobenlere Batı’da Siyasal Düşünceler*, 3. Edition, İstanbul, İletişim,
- Ağaoğulları, M. Ali / Köker, Levent** (2013) *Kral Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 4. Edition, Ankara, İmge.
- Arango Olaya, Mónica** (2004) “El bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Presedente Revista Juridica*, p. 79-102.
- Atar, Yavuz** (2000) *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya, Mimoza.
- Chambers, Simone** (2004) “Democracy, Popular Sovereignty, and Constitutional Legitimacy”, *Constellations*, V: 11, I: 2, p. 153-173.
- Cohler, Anne M. / Miller, Basia C. / Stone, Harold S.** (Editors) (1989) *Montesquieu: The Spirit of Laws (Cambridge Texts in the History of Political Thought)*, 1. Edition, London, Cambridge University Press.
- Çiğdem, Ahmet** (2013) *Aydınlanma Düşüncesi*, 8. Edition, İstanbul, İletişim.
- Doğan, Meltem** “Başlangıç Hükümleri” (2012): Yıldız, Ahmet (Editor) *Karşılaştırmalı Anayasa Çalışmaları*, 1. Edition, Ankara, TBMM Araştırma Merkezi.
- Forkosch, Morris D.** (1968) Who are the People in the Preamble to the Constitution, *Case Western Reserve Law Review*, Vol.19 I.3, p.644-712.
- Frosini, Justin O.** (2012) *Constitutional Preambles at a Crassroads between Politics and Law*, 1. Edition, San Marino, Maggioli Editore.

- Frosini, Justin O.** (2017) “Constitutional Preambles: More Than Just a Narration of History”, *University of Illinois Law Review*, N: 2, p. 603-628.
- Gemalmaz, M. Semih** (2007) *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 6. Edition, İstanbul, Legal.
- Ginsburg, Tom / Foti, Nick / Rockmore, Daniel** (2013) “‘We the Peoples’: The Global Origins of Constitutional Preambles”, *George Washington International Law Review*, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper, No. 664; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 447, p. 101-139.
- Göl, Mevlüt** (2015) “Anayasaların Başlangıç Kısımlarının Hukuki Değeri” (Masters), Istanbul University, Institute of Social Sciences.
- Gönenc, Levent** (2007) “Siyasal İktidar Kavramı Bağlamında Anayasa Çalışmaları İçin Bir Kavramsal Çerçeve Önerisi”, *AÜHFİD*, C: 56, S: 1, p. 145-168.
- Gözler, Kemal** (1999) *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 1. Edition, Bursa, Ekin.
- Gözler, Kemal** (2000) “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var mıdır?”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C:55, S:3, p. 81-101.
- Gözler, Kemal** (2011) *Anayasa Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt II*, 1. Edition, Bursa, Ekin.
- Gözler, Kemal** (2019) *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Edition, Bursa, Ekin.
- Harman, Chris** (2002), *A People’s History of the World*, 2. Edition (Reprinted), London, Bookmark.
- Häberle, Peter** (2000) “The Constitutional State and its Reform Requirements”, *Ratio Juris*, V: 13, I: 1, p. 77-94.
- Lee, Stephen J.** (1984) *Aspects of European History 1494-1789*, 2. Edition, London and Newyork, Routhledge.
- Maddex, Robert L.** (2008) *Constitutions of the World*, 3. Edition, Washington, CQ Press.
- McNeill, William H.** (1999) *A World History*, 4. Edition, Oxford, Oxford University Press.

- Mcneill, William H.** (Senior Editor) (2005) Berkshire Encyclopedia of World History Vol. 4, Massachusetts, Berkshire Publishing Group.
- Oder, Bertil Emrah** (2010) Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, 1. Edition, İstanbul, Beta.
- Orgad, Liav** (2010) “The Preamble in Constitutional Interpretation”, International Journal of Constitutional Law, V: 8, N: 4, p. 714-738.
- Özbudun, Ergun** (2005) Türk Anayasa Hukuku, 2. Edition, Ankara, Yetkin.
- Paine, Thomas** (2017) The Writings of Thomas Paine: Including All Four Original volumes, 1. Edition, North Charleston, Createspace.
- Pierson, Christopher** (2011) The Modern State, 2. Edition, London, Routledge.
- Plucknett, Theodore F. T.** (1948) A Concise History of Common Law, 4. Edition, London, Butterworth & Co. Ltd.
- Poggi, Gianfranco** (1978) The Development of the Modern State, 1. Edition, California, Stanford University Press.
- Preuss, Ulrich K.** (1991) “The Politics of Constitution Making: Transforming Politics into Constitutions”, Law and Policy, V: 13, N: 2, p. 107-123.
- Quinche Ramírez, Manuel F.** (2009) Derecho Constitucional Colombiano de la Carta de 1991 y Sus Reformas, 3a Edición, Rosario, Universidad de Rosario.
- Saygılı, Abdurrahman** (2014) Kutsallık ile Rasyonellik Sarkacında Devlet, 1. Edition, Ankara, İmaj.
- Smith, Peter J. / Tuttle, Robert W.** (2017) “God and State Preambles”, 100 Marquette L. Rev. 757.
- Soysal, Mümtaz** (1990) 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 8. Edition, İstanbul, Gerçek.
- Sunay, Zühal Aysun** (2006) “Türk Anayasa Hukukunda Anayasaların Başlangıç Kısımları” (Doctorate), Ankara University, Institute of Social Sciences.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi** (2005) 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 11. Edition, İstanbul, Beta.
- Teziç, Erdoğan** (2019) Anayasa Hukuku, 23. Edition, İstanbul, Beta.

- Tribe, Laurence H. / Dorf, Michael C.** (1991) *On Reading the Constitution*, 1. Edition, Harvard University Press.
- Turhanoğlu, Pınar** (2007) “Türk Anayasa Yargısında Ölçü Normlar Bloğu” (Masters), Anadolu University, Institute of Social Sciences.
- Uran, Peri** (2015) *Anayasaların Başlangıç Kısımları*, İÜHF, C: LXXIII, S: 1, p.223-248.
- Welch, John W. / Heilpern, James** (2018) “Recovering Our Forgotten Preamble”, *Southern California Law Review*, V: 91, p.1021-1138.
- Wheare, K. C.** (1966) *Modern Constitutions*, 2. Edition, London, Oxford University Press.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi** (1993) *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İÜHF Yayınları, İstanbul.

Online Sources (Full Texts of the Constitutions)

- <https://www.law.cornell.edu/constitution/preamble>.
- http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf.
- <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic>.
- <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.
- <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/id/id048en.pdf>.
- https://www.constituteproject.org/constitution/Iran_1989.pdf?lang=en.
- <http://constitutionnet.org/sites/default/files/Cuba%20Constitution.pdf>.
- https://www.constituteproject.org/constitution/Cuba_2019.pdf?lang=en.
- <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%20240%20KB-1.pdf>.
- <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>.
- <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en>.
- https://www.constituteproject.org/constitution/Syria_2012.pdf?lang=en.
- <https://carnegie-mec.org/diwan/50255?lang=en>.
- https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf.

ÖZEL HUKUK

THE IMPORTANCE OF LEGAL KNOWLEDGE IN SUSTAINABLE INNOVATION PROCESS

Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE*

Asst. Prof. Dr. Dr. Lutz PESCHKE**

ABSTRACT

Legal knowledge has great importance in every step of production and management. During the process of sustainable developments, a close relation between innovation process and law has to be considered. Every step of the innovation process and management depends on legal regulations. The engineers, producers, managers should be aware of law, to avoid problems in the future and not to make mistakes in the production and innovation process. To know the regulations help them in various ways. Accordingly, the knowledge about rights and obligations helps them to negotiate safely with the other parties. They know about the boundaries of their liabilities what they are working on. They keep the protection of their work especially on legal regulations. Additionally, during the production phase the protection of environment has to be considered. There are many international agreements which are signed by the States on environment, climate change, sustainability, waste management, renewable energy, etc. Managers and directors in the innovation process need to know about these complex issues. In this paper, the quintuple helix innovation model will be introduced which describes innovation process based on knowledge circulation between academia, industry, politics and the media- and culture based public for sustainable developments. Afterwards, relevant legal aspects of sustainable innovation process will be clarified by giving examples from the practice in national and international level.

Keywords: Legal Knowledge, Quintuple Helix Innovation Model, Law and Innovation, Innovation Process, Sustainable Development.

* Comparative Law, Ankara Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law, Turkey, seldag.peschke@gmx.net, ORCID ID: 0000-0003-3679-6525, (Geliş Tarihi: 03.03.2020-Kabul Tarihi: 28.03.2020).

** Department of Communication and Design, Bilkent University, Turkey, lutz.peschke@bilkent.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9513-3257, (Geliş Tarihi: 03.03.2020-Kabul Tarihi: 28.03.2020).

YENİLİKLERE İLİŞKİN SÜREÇ İÇİNDE HUKUKİ BİLGİNİN ÖNEMİ

ÖZET

Inovasyon, günümüzün ekonomik gelişmesinde itici güç haline gelmiştir. Bu çerçevede, üretim ve yönetim aşamasında, hukuk bilgisi büyük önem arz etmektedir. Sürdürülebilir gelişmeler içinde, yenilik süreci ile hukuk arasında yakın bir ilişki vardır. Gelişmenin sürdürülebilir olması için, hukuki düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Mühendisler, üreticiler, yöneticiler, teknik işlerle uğraşan kişiler gelecekte karşılaşacakları sorunları önlemek ve üretim ve yenilik sürecinde hata yapmamak için hukuk kurallarının farkında olmalı ve görev alanları içerisinde bunları uygulamalıdır. Hukuki düzenlemeleri bilmek, yöneticilere ve idarecilere çeşitli şekillerde yardım eder. Buna göre, kendi haklarını ve yükümlülüklerini bilen yönetici, diğer tarafla güvenli bir şekilde hukuki işlem yapar ve zarara uğrama riski daha az olur, çalıştığı konularda yasal yükümlülüklerinin sınırlarını bilir, faaliyetlerinin hukukten korumasını sağlar. İlâveten, üretim aşamasında çevrenin korunması da dikkate alınmalıdır. Devletler tarafından çevre, iklim değişikliği, sürdürülebilirlik, atık yönetimi, yenilenebilir enerji vb. konularında imzalanmış birçok uluslararası anlaşma vardır. Inovasyon sürecinde çalışan yöneticilerin ve idarecilerin bu karmaşık konuları ve bunlara ilişkin hukuki düzenlemeleri bilmesi gerekir. Bu makalede, sürdürülebilir gelişmeler içinde yer alan akademi, sanayi, siyaset, medya ve kültür temelinde, insanlar arasındaki bilgi dolaşımına ilişkin inovasyon sürecini tanımlayan beşli sarmal yenilik modeli tanıtılmıştır. Makalede ayrıca, inovasyon süreci ile yakından ilgili, ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerden örnekler verilerek açıklamalar yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuki Bilgi, Beşli Sarmal Yenilik Modeli, Hukuk ve Inovasyon, Yenilik Süreci, Sürdürülebilir Kalkınma.

INTRODUCTION: THE QUINTUPLE HELIX INNOVATION MODEL

Aiming to combat the climate change and to enable sustainable developments, new innovation processes are closely related with knowledge production in the systems of academia, economy, politics and the media- and culture-based public as well as the natural environment of the society. Sustainable developments need responsible research and innovation processes (RRI) where every system participates collaboratively on the knowledge of other systems. Von Schomberg defines RRI as "[a] transparent, interactive process by which societal actors and innovators become mutually responsive to each other with a view to the (ethical) acceptability, sustainability and societal desirability of the innovation process and its marketable products in order to allow a proper embedding of scientific and technological advances in our society."¹ For the assessment of responsible research and innovation (RRI), the European Commission publish metrics and indicators, such as gender equality, science literacy and education, public engagement, open access, ethics and governance².

These approaches led to the awareness that the collaboration of academia, economy and politics as the drivers of progress and innovation has to be extended by two more entities: the media and culture-based public and the natural environment of society. Accordingly, Carayannis and Campbell³ developed the Quintuple Helix Innovation model. The model is a communication model which sets the focus on knowledge production and

¹ **Von Schomberg, René** (2013) "A Vision of Responsible Innovation": Owen, Richard/Bessant, John/Heintz, Maggy (Editors), *Responsible Innovation: Managing the Responsible Emergence of Science and Innovation in Society*, Hoboken, NJ, Wiley.

² **Ravn, Tine/Nielsen, Mathias W./Mejlgaard, Niels** (2015) Metrics and indicators of Responsible Research and Innovation Progress report D3.2. Monitoring the Evolution and Benefits of Responsible Research and Innovation (MoRRI), <https://www.rri-tools.eu/documents/10184/47609/MORRI-D3.2/>, l.a.d. 25.11.2019.

³ **Carayannis, Elias G/Campbell, David F J** (2010) "Triple Helix, Quadruple Helix and Quintuple Helix and How Do Knowledge, Innovation and the Environment Relate To Each Other?", *International Journal of Social Ecology and Sustainable Development*, I: 1, V: 1, p. 41-69.

circulation. The five systems contribute to the circulating knowledge with know-how derived from the knowledge production on the way to responsible innovations. On the other hand, they get knowledge from other systems through the circulating knowledge. Every system contributes with its own capital as a result of knowledge production for the sustainable development: human capital (educational system), economical capital (economic system), political and legal capital (political system), information and social capital (media-based and culture-based system) and natural capital (natural environment). As a consequence, environmental communication and science communication have to include the transformation process of knowledge between the systems of the Quintuple Helix⁴. This innovation model explains the innovation processes as a transformative activity which is not isolated from the processes of other systems.

I. THE FUNCTION OF LEGAL KNOWLEDGE

In social and business life each person is subject to both unwritten social rules and to written laws. Without regulations and legal institutions, life in society would be most probably in chaos. During the history of mankind, people become dependent on rules and laws, as without any rule security of the society cannot be provided⁵. “Ubi societas, ibi ius” (wherever there is society, there is law) is a very famous expression of the Romans which signifies the presence of law in every society.

The law makers during the history, first adopted the moral rules into law. In the formation of written rules, the religion and customs have also played important roles which were the main discussions in the history for the legal philosophers. After the codification movement in Europe at the end of the nineteenth century, many continental European countries had a

⁴ **Peschke, Lutz** (2019) The Impact of Greta Thunberg on Environmental Communication in Germany, Lutz Peschke (Ed.) *Visuality of the Anthropocene. A Concept for a Poster Exhibition*. Norderstedt: BoD.

⁵ **Aybay, Rona** (2012) *Introduction to Law*, 4. Edition, Istanbul, Istanbul Bilgi University Press, p. 4.

codification period, both for public law and private law⁶⁷. In the Anglo -Saxon countries, the concept of uncodified law is effective and is still primary source, for that reason the majority of the legal rules are derived from customary principles and judicial precedents⁸.

Society requires orders to regulate relations amongst its members. To ensure this order, law promotes the common good of the society and resolves the disputes, encourages the people to be honest, act in justice and obey the public order. All the rules and principles that regulate and limit the conduct of individuals in a society may be called law or legal order.

Law is a combination of set of rules which has important impact on the administration of the country, on the development of society and economy. Willis describes law specifically, as a principle, rule, or standart in accordance with which justice is administered⁹. In order to regulate a society, legal rules are set down in written form which are enacted according to the needs and the requirements of their time. Under this context, it is easy to mention that each country has its own national regulations which are valid inside the borders of that country. The fundamental principles are identical in each country, as they are based on mostly foreign doctrines which effect also the national legal systems¹⁰.

In the globalizing world, besides the national ones, there are also international regulations, agreements, treaties. These international regulations are enforced by many countries which are declared as international legal regulations, but are also considered as a part of their national legislation¹¹.

⁶ **Güneş Ceylan, Seldağ** (2004) "The Effect of Roman Law on Modern Legal Systems", Gazi University Law Review, I: 1-2, V: 8 (1-2), p. 75-93.

⁷ **Güneş Ceylan, Seldağ** (2011) "The Affect of Classical Law Period on Corpus Iuris Civilis and The Reflections on Modern Laws", Maltepe University Law Review, V: 1-2, p. 93-113.

⁸ **Sims, Vanessa** (2010) English Law and Terminology, 3. Edition, Baden Baden, Nomos, p. 19.

⁹ **Willis, Hugh Evander** (1925) "Definition of Law", Virginia Law Review 12, p. 203-214.

¹⁰ **Ansay, Tuğrul/Wallace, Don** (2011) Introduction to Turkish Law, 6. Edition, Ankara, Wolters Kluwer/Seçkin, p. 1.

¹¹ Turkish Constitution Article 90 declares that treaties concluded with foreign states and international organisations on behalf of the Republic of Turkey, shall be considered inside

Legal rules are applied in range of situations, and relationships in daily life, as housing, neighborhood and community matters, in educational and public institutions, family relations, commerce, purchase and sale, work and employment and many more¹². In the last years, as a result of the developments in technology, new legal fields are suggested and new legal contents are formed.

High technology industries require wide range of legal topics according to their needs like, robotic law, data protection, intellectual property, aeronautics and space law, IT law and many others. New legal regulations are formed parallel to the implementation of industry and technology. For example, IBM as a technological company, has generated legal knowledge to perform a strategic plan to deliver specific technologies to the software commons. The combination of specific knowledge with specific software technology makes IBM's legal knowledge exclusive and exceptional¹³.

Today, the economy has its own regulations, sometimes it is affected by the customs, sometimes by the culture, but the legal rules are put into force to keep the safety and the security of the people in every condition.

Currently, in the global world commercial life is growing rapidly. By the adoption of new technologies, the goods are produced in a very fast and easy way. This rapid production brings discussions and litigations additionally. Conceiving an economy which includes the production, management and technology, is very complex and there is a need to know legal regulations. Legal literacy is a key factor for the long-term success in the business life. Law provides numerous sources both facilitative and adversarial, to gain and sustain strategic advantages¹⁴.

of the national legislation when they are adopted by the Turkish Grand National Assembly by a law which approves the ratification.

¹² **Halliday, Simon/Morgan, Bronwen** (2013) "I Fought the Law and the Law Win? Legal Consciousness and the Critical Imagination", *Current Legal Problems*, I: 1, V: 66, p. 1-32.

¹³ **Orozco**, p. 714.

¹⁴ **DiMatteo, Larry A.** (2010) "Law as a Source of Strategic Advantage", *American Business Law Journal*, V: 47, I: 4, p. 727-794.

In the responsible innovation, it is important to balance stimulating technology and the protection of fundamental rights and values. Legal knowledge is unique in management and innovation process, as it combines knowledge of attorneys and managers to a new and enhanced understanding of legal structures inside the organization which includes compliance offices, grievance procedures, rules and action plans.

II. THE ROLE OF LAW IN THE INNOVATION AND MANAGEMENT PROCESS

In the development process of production and technology, law is an indispensable element which effects the influence of the companies as well as the countries. The development of a country depends on how the rule of law is applied, which means justice and equality for everyone. In this sense, the respect of legal rules brings the success and wealth to the society and to the economy. In the business life there are many regulations for different cases which take place in different levels of the innovation process¹⁵.

There are many scholars who recognize that legal mechanisms play an important role in the strategies of the firms. Because of the new approaches, in the innovation process legal knowledge plays an important role. High technology industries mostly deal with securities, tax, contract, patent, tort, labor, and other legal issues¹⁶. There are also fields which are uncertain and unrestrained. The technology changes so quickly that traditional legal procedures and institutions are mostly unable to catch up these new developments.

Law touches actually on many aspects of management activity. Managers comprehend the strategic aspects of decision making on legal matters, as well as their administrative affairs¹⁷. For that reason, there is quite

¹⁵ **Marks, Susan** (2011) "Law and the Production of Superfluity", *Transnational Legal Theory*, I: 1, V: 2, p. 1-24.

¹⁶ **Wessel, Milton R.** (1988) "What is Law Science and Technology Antway?", *Jurimetrics Journal* 29, p. 259-267.

¹⁷ **Orozco, David** (2010). "Legal Knowledge as an Intellectual Property Management Resource", *American Business Law Journal*, V: 47, I: 4, p. 686-726.

close relation between law, innovation and technology. Under these conditions, the firms should be aware of the new regulations and develop their legal policies in their working fields. Currently, artificial intelligence, advanced robotics, wearables and 3D printing are used in the productions. For example, robots started to enter into the business life and the lives of the individuals. Robots are working in households, in the factories, inside the hospitals, in the offices, even in the public transportation. In the last years, there is a big discussion on legal and ethical issues of their legal status, autonomy and liability.

Today's technologies are concentrated in certain industries with the automotive, electronics and aerospace sectors. In these areas, the products are designed, produced, assembled, distributed, consumed, serviced, disposed and even reused. The global supply chains have formed to deliver goods. Hence, the legal regulations effect the whole technology production process and the management phase¹⁸.

Innovation process is influenced by many branches of law. In the commercial world, many litigations occur because of trademark, false advertising, unfair competition, rights of publicity, post sale confusion, sponsorship and etc. related within the subject matters and the policies of the companies¹⁹.

In the last years, the number of innovation and knowledge based companies are increasing rapidly. Intellectual property right is one of the most controversial issues of the companies which are the key beneficiaries of the marketplace. These companies successfully execute intellectual property strategies which support high level strategic vision and goals. Intellectual property is protected in legal regulations under patents, copyright and trademarks which the people can get financial benefit from what they invent or create²⁰.

¹⁸ **Cornish, William** (2006) *Intellectual Property*, 5. Edition, London, Thomson/Sweet&Maxwell, p. 20.

¹⁹ **Fang, Anyu** (2012) "Trademark Law and Industry Myths", *Journal of High Technology Law* 13, p. 88-136.

²⁰ **Sims**, p. 140.

Some companies use legal knowledge to combine patents and trademarks to increase customers' switching costs. There are some models which analyse the strategies of the firms during innovation period²¹.

All the firms want to protect themselves from any kind of infringement against their companies. The creations of the mind, like inventions, literary and artistic works, designs and symbols, names and images which are used in commerce are also protected under intellectual property law.

Some firms produce legal knowledge that matches the firm's unique strategic vision. These strategies, which combine commercial and legal issues, are considered to be very effective. Due to the nature of intellectual property assets, which has different rules and variation of foreign intellectual property regulations, there is a need for strong legal protection. Intellectual property owners are particularly vulnerable when they are in international trade²². However, many risks can be reduced with a well-planned strategy and legal knowledge.

Copyright is also an important issue which can be seen in every step of innovation process. The protection of copyright was started to be used in the 18th century²³, since then it is changed according to the time and the needs of the society.

Copyright protects the owner with powerful remedies against the person who violates his work, including a precaution to avoid infringing his rights, the impoundment and destruction of all reproductions of his work which violate his rights, a recovery of his actual damages and any additional

²¹ Orozco, p. 713.

²² Chester, J.F./Hsu, Sophilia (2012) "Going Global: A Legal Primer for Innovation- and Knowledge – Based Companies", *International Trade Law Journal*, I: 2, p. 3-20.

²³ Copy right law was adopted from England relating to literary and artistic property which was valid in USA. The Act of 1710 assured protection to the author for his assigns of any map, chart or book for fourteen years. By the end of the 19th century, International Copyright Act of 1891 was enacted in USA which made the copyright available for the foreigners first time.

profits or legal losses realised by the infringer or a recovery of statutory damages and attorneys fees²⁴.

The problems arising from intellectual property, copyright, patent, trademark are the most observed legal issues which affect the innovation and production phases in a company²⁵. Patent law uses legal rights to stimulate private investment in new, useful and beneficial technologies. Patents give exclusive rights to their owners for the commercial exploitation of inventions to secure the profits of the owners. Today, many firms have their own patents or they are using the patents of the others by the permissions of the owners of these rights under patent regulations. The limitations on the duration of protection under copyright and patent law are related to the issue of balancing the optimal degree of public access to intellectual property and the property rights of the owners of the protected material²⁶.

In the production process, generally every firm has its own trademark which is protected according to the legal norms. Trademark law deals with balancing the rights of trademark owners and the others which prohibits the competitors from using the same symbols of their own wares that indicates the same names and slogans of their goods and services²⁷. But, knowledge of trademark law alone, however is not sufficient to generate a value to a firm, unless this knowledge is combined with financial and marketing knowledge²⁸.

In the production phase also the protection of environment is another important subject. Environmental law is a branch of law, which has a mixed character between public law and private law²⁹. In the international level, there

²⁴ **Brown, Ralph S./Denicola, Robert C.** (2005) Copyright, 9. Edition, New York, Foundation Press, p. 4.

²⁵ **Goldstein, Paul/Reese, R. Antony** (2008) Copyright, Patent and Trademark and Related State Doctrines, 6.Edition, New York, Foundation Press, p. 17.

²⁶ **Dreyfuss, Rochelle Cooper/Kwall, Roberta Rosenthal/Strandburg, Katherine/Zimmerman, Diane L.** (2010) Intellectual Property, 2. Edition, New York, Foundation Press, p. 2-3.

²⁷ **Goldstein/Reese**, p. 17.

²⁸ **Orozco**, p. 689.

²⁹ **Hannes, Veinla** (2000) "Codification of Environmental Law", *Juridica International* 5, p. 58-67.

are many agreements which are signed by the States on environment, climate change, energy efficiency, waste management and renewable energy³⁰. Ozone treaties, Kyoto Protocol, United Nations Framework Convention on Climate Change are the main international treaties on the protection of environment. Although these international treaties are all valid and binding for the signatory countries, sometimes it is hard for the producers to understand these new developments because of their complexity. Most of the signatory countries have national regulations on the protection of environment, and besides the international treaties are prepared for the good of all humankind³¹. So these regulations are valid world wide for the companies which are from the signatory countries. These companies respect the provisions of the agreements on environment during their production and management³².

Today there are changes in the regulations according to the needs of the commercial life. In some fields, law makers have the difficulty to catch the current developments and form legal regulations. In these cases legal rules are formed later on, according to the new requests from the economy and society. By the influence of innovation Technologies, the legal needs of the society and business life increases rapidly which causes new legal norms to be formed.

Currently, the point of control over the IT systems has shifted from hardware to software which shifts further to information technologies. In the last decade, the ability to store and process large quantities of data and the development of more sophisticated software have enhanced the ability of IT systems to make markably accurate predictions about people and events³³. Data miners create databases of personal information, such as contractual informations, purchasing histories, and profiles of personal interests³⁴. As a

³⁰ **Birnie, Patricia W./Boyle, Alan E./Redgwell, Catherine** (1994) *International Law and Environment*, Oxford, Oxford University Press.

³¹ **Sands, Philippe/Peel, Jacqueline** (2018) *Principles of International Environmental Law*, 4. Edition, Cambridge, Cambridge University Press.

³² **Alca, Süheyla Suzan** (2011) "The Liability Principles in the Protection of Environment in the Frame of Supreme Court Decisions", *Yeditepe University Law Journal (YUHFJ)*, I: 1, V: 8, p. 40.

³³ **Wessel**, p. 262.

³⁴ **DiMatteo**, p. 739.

result of that, the presentation and control of data became much more competitive and there is a big discussion in the last years in the legal understanding of privacy.

Internet has accelerated the collection of data and the collection, storage, usage, dissemination of information and the access to databanks became the connecting links between information technologies and legal rules³⁵. Data of the individuals are protected in many countries all around the World in the national level³⁶, although in some countries it is a new regulation³⁷. In Europe, EU Directive 95/46 which was being used since years, has been abolished with the adoption of new regulation General Data Protection Regulation (GDPR) in 2018. So each company in the innovation should declare their privacy and security policies with regards to national data protection codes or acts including EU regulations. In the last years, law firms are being asked by their clients to provide Data Loss Prevention (DLP) tools to secure the flow of their data³⁸.

All the companies in Europe besides the companies out of Europe in the World which have commercial relations with them have to adopt the new regulation and store or share their data, accordingly. These companies should put into action clear and well-communicated policies how to handle and share the confidential information. All firm members should have security education regularly and be informed about the new legal changes. So the legal norms on data are improved according to the current developments and the needs³⁹.

³⁵ **Kilian, Wolfgang** (1981) "Information Technology and Law" Victoria University of Wellington Law Review 11, p. 81-92.

³⁶ The Federal Data Protection Act in Germany came into effect in 1978.

³⁷ **Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz** (2016) "New Media Between Communicative and Normative Studies": Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz (Editörler), *New Media and Law: A Comparative Study*, Ankara, Yetkin, p. 19.

³⁸ **Donato, Brian/Gossmeier, Michele/ Moore, Kevin/Segger, Jon** (2018) "What Do You Need to Know About Cybersecurity?", *AALL Spectrum*, p. 15-17.

³⁹ **Voigt, Paul/Von dem Bussche, Axel** (2017) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Heidelberg, Springer, p. 2.

Private ordering mechanisms such as contracts, are essential elements of legal knowledge and span companies with varying degrees of resources and managerial ability. Contract is a promise which has legal consequences⁴⁰ and is the indispensable legal instruments of the production and management process. There are several competitive advantages of contracts which are the strategic tools for the companies in the business life. By the technological developments, the importance of contracts have grown over the last decades, as they are also used to create new information products. Specific contracts create strategic advantages and give value to the companies. However, these contracts are often designed to advance one party's competitive advantage at the expense of the other contracting party⁴¹. In the business life one of the most used contract is the sale of goods⁴².

By the technological advancements, the legal gaps in the regulations became wider, especially in innovation technologies. In the technology landscape, new competition rules are valid among producers and countries. Although the legal systems of North America, Europe and Asia (China, Japan and South Korea) are different, they are the competing leaders of the world technology. New technologies have not disrupted all industries in the same way and at the same time. Sometimes, even within the same industry, the technologies have a dramatically different impact and value.

When managers and lawyers enter into group learning, which turns to an organizational routine, at that moment new knowledge is generated. In this sense, legal knowledge may add value to the firm, and expands the behaviours of the managers according to their specific expertise. For that reason, the manager, directors of the companies, especially who are in the decision

⁴⁰ **Willis, Hugh Evander** (1925) "Definition of Law", Virginia Law Review 12, p. 203-214.

⁴¹ **DiMatteo**, p. 729; Eren, Fikret (2015) Law of Obligations, Istanbul, Yetkin, p. 3.

⁴² **Schlicht, Ekkehart** (1996) Firms, Markets, and Contracts, Heidelberg, Springer; In the global commerce there are basic legal agreements like United Nations Convention on the Contracts for the Sale of Goods (CISG) which is one of the most used convention in international trade. With this convention international uniform rules are created to govern contracts for the international sale of goods. Besides, this convention develops commerce in international level and removes legal barriers in different social, economical and legal systems in international trade .

making positions should be trained in legal issues and according to each case they should examine carefully their rights and responsibilities.

CONCLUSION

The peculiarities of commercial life render some rules for the regulation of commercial transactions. Companies and countries have launched significant transformation and policy initiatives on innovation processes, production and technology. In this context legal regulations play an important role in the production process and technology. The future of production and technology depends on the needs of the governments, companies and societies as well as the sustainable innovation processes. The pre-requisite is an effective collaboration inside the Quintuple Helix with a balanced exchange and circulation of knowledge through all five systems. The political system contributes with its political and legal capital. Hence, to neglect the knowledge of legal rules would weaken the potential of sustainable innovation processes, especially in business life. In the field of production, legal norms are enacted and applied according to the requirements. Technological innovations can be used every phase in the production where they are allowed by the legal rules. Each phase of the production is engaged with different legal issues.

The legal rules related with production and technology are regulated in different branches of law. Governments, businesses and members of the civil society foster a growing production system by adopting the new Technologies. Under these conditions, in every step of production, management and technology, there are legal issues which regulates the system.

As a result, today, decision makers in the system of economy must be aware of legal regulations besides the innovation processes. The companies are obliged to rethink and retool innovation processes according to their development strategies. Firms have to set right policies, make ready their work forces, infrastructure and develop new technologies within the limits of legal regulations to guarantee efficient and sustainable developments inside the Quintuple Helix collaboration.

BIBLIOGRAPHY

- Alica, Süheyla Suzan** (2011) “The Liability Principles in the Protection of Environment in the Frame of Supreme Court Decisions”, *Yeditepe University Law Journal (YUHFD)*, I: 1, V: 8, p. 37-90
- Ansay, Tuğrul/Wallace, Don** (2011) *Introduction to Turkish Law*, 6. Edition, Ankara, Wolters Kluwer/Seçkin.
- Aybay, Rona** (2012) *Introduction to Law*, 4. Edition, Istanbul, Istanbul Bilgi University Press.
- Birnie, Patricia W./Boyle, Alan E./Redgwell, Catherine** (1994) *International Law and Environment*, Oxford, Oxford University Press.
- Brown, Ralph S./Denicola, Robert C.** (2005) *Copyright*, 9. Edition, New York, Foundation Press.
- Carayannis, Elias G/ Campbell, David F J** (2010) “Triple Helix, Quadruple Helix and Quintuple Helix and How Do Knowledge, Innovation and the Environment Relate To Each Other?”, *International Journal of Social Ecology and Sustainable Development*, I: 1, V: 1, pp. 41-69
- Chester, Jim F./Hsu, Sophilia** (2012). “Going Global: A Legal Primer for Innovation- and Knowledge – Based Companies”, *International Trade Law Journal*, I: 2, pp. 3-20.
- Cornish, William** (2006) *Intellectual Property*, 5. Edition, London, Thomson/Sweet&Maxwell.
- DiMatteo, Larry A.** (2010) “Law as a Source of Strategic Advantage”, *American Business Law Journal* I: 4, V: 47, pp. 727-794.

- Donato, Brian/Gossmeyer, Michele/ Moore, Kevin/Segger, Jon** (2018) “What Do You Need to Know About Cybersecurity?”, AALL Spectrum.
- Dreyfuss, Rochelle Cooper/Kwall, Roberta Rosenthal/Strandburg, Katherine/Zimmerman, Diane L.**(2010) Intellectual Property 2. Edition, New York, Foundation Press.
- Eren, Fikret** (2015) Law of Obligations, Istanbul, Yetkin.
- Fang, Anyu** (2012) “Trademark Law and Industry Myths”, Journal of High Technology Law, 13, pp. 88-136.
- Güneş Ceylan, Seldağ** (2004) “The Effect of Roman Law on Modern Legal Systems”, Gazi University Law Review, I: 1-2, V: 8 (1-2), pp. 75-93.
- Güneş Ceylan, Seldağ** (2011) “The Affect of Classical Law Period on Corpus Iuris Civilis and The Reflections on Modern Laws”, Maltepe University Law Review, V: 1-2, pp. 93-113.
- Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz** (2016) “New Media Between Communicative and Normative Studies”: Güneş Peschke, Seldağ/Peschke, Lutz (Editörler), New Media and Law: A Comparative Study, Ankara, Yetkin.
- Goldstein, Paul/Reese, R. Antony** (2008) Copyright, Patent and Trademark and Related State Doctrines, 6.Edition, New York, Foundation Press.
- Halliday, Simon/Morgan, Bronwen** (2013) “I Fought the Law and the Law Win? Legal Consciousness and the Critical Imagination”, Current Legal Problems, I: 1, V: 66, pp. 1-32.
- Hannes, Veinla** (2000) “Codification of Environmental Law”, Juridica International, V:5, pp. 58-67.

- Kilian, Wolfgang** (1981) “Information Technology and Law”, Victoria University of Wellington Law Review, V: 11, pp. 81-91.
- Marks, Susan** (2011) “Law and the Production of Superfluity”, Transnational Legal Theory, I: 1, V: 2, pp. 1-24.
- Mathias W./Mejlgaard, Niels** (2015) Metrics and indicators of Responsible Research and Innovation Progress report D3.2. Monitoring the Evolution and Benefits of Responsible Research and Innovation (MoRRI), <<https://www.rri-tools.eu/documents/10184/47609/MORRI-D3.2/>> l.a.d. 25.11.2019.
- Orozco, David** (2010) “Legal Knowledge as an Intellectual Property Management Resource”, American Business Law Journal, V: 47, I: 4, pp. 686-726.
- Peschke, Lutz** (2019) “The Impact of Greta Thunberg on Environmental Communication”: Peschke, Lutz (Editor) *Visuality of the Anthropocene. A Concept for a Poster Exhibition*. Norderstedt: BoD.
- Ravn, Tine/Nielsen, Mathias W./Mejlgaard, Niels** (2015) Metrics and indicators of Responsible Research and Innovation Progress report D3.2. Monitoring the Evolution and Benefits of Responsible Research and Innovation (MoRRI), <<https://www.rri-tools.eu/documents/10184/47609/MORRI-D3.2/>> l.a.d. 25.11.2019.
- Sands, Philippe/Peel, Jacqueline** (2018) *Principles of International Environmental Law*, 4. Edition, Cambridge, Cambridge University Press.
- Schlicht, Ekkehart** (1996) *Firms, Markets, and Contracts*, Heidelberg, Springer.

- Sims, Vanessa** (2010) *English Law and Terminology*, 3. Edition, Baden Baden, Nomos.
- Voigt, Paul/Von dem Bussche, Axel** (2017) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, Heidelberg, Springer.
- Von Schomberg, René** (2013) “A Vision of Responsible Innovation”: Owen, Richard/Bessant, John/Heintz, Maggy (Editors), *Responsible Innovation: Managing the Responsible Emergence of Science and Innovation in Society*, Hoboken, NJ, Wiley.
- Wessel, Milton R.** (1988) “What is Law Science and Technology Anyway?”, *Jurimetrics Journal* 29, pp. 259-267.
- Willis, Hugh Evander** (1925) “Definition of Law”, *Virginia Law Review* 12, pp. 203-214.

SERMAYE ŞİRKETLERİNİN GENEL KURUL KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ HAKKINDA YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİ'NİN BİR KARARI ÜZERİNE ELEŞTİREL BİR YAKLAŞIM

Dr. Öğr. Üyesi A. Oğuzhan HACIÖMEROĞLU*
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY**

ÖZET

Türk Ticaret Kanunu'nun öngördüğü kurucu şekli unsurları düzenleyen emredici hükümlere aykırı olarak alınan anonim ve limited şirket genel kurul kararları yoklukla malûldür. Bir genel kurul kararının yoklukla malûl olduğunun tespiti her zaman talep edilebilir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 28.11.2017, E: 2016/6325 ve K: 2017/6651 sayılı kararında bir genel kurul kararının alındığından itibaren uzun süre geçtikten sonra yokluğunun tespitinin talep edilmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali anlamına geleceğine hükmetmiştir. İşbu çalışmamızda Yargıtay'ın mezkûr kararı eleştiri konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yokluk, Butlan, Tespit Davası, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Genel Kurul Kararı

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, ohaciomeroglu@ybu.edu.tr/oguzhaciomeroglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1838-4116.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, kaaksoy@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9239-7257, (Geliş Tarihi: 13.05.2020 – Kabul Tarihi: 05.07.2020).

A CRITICAL APPROACH TO THE DECISION OF THE 11TH CIVIL CHAMBER OF THE COURT CASSATION ON INVALIDITY OF GENERAL MEETING RESOLUTIONS OF CAPITAL COMPANIES

ABSTRACT

Resolutions adopted by general meeting of joint stock companies and limited liability companies, which are against compulsory procedural provisions of Turkish Commercial Code, do not legally exist. There is no term of limitations to bring action for declaratory judgment in this case. The 11th Civil Chamber of the Court of Cassation ruled that the bringing this action after a long time passed after the resolution of the general meeting would be a violation of the prohibition of abuse of the rights (11th Civil Chamber of the Court of Cassation, Dated 28 November 2017, Numbered 2017/6651). In this study, the mentioned decision of the Court of Cassation is criticized.

Keywords: Nonexistence, Nullity, Action for Declaratory Judgement, Prohibition of Abuse of Rights, General Meeting Resolution

GİRİŞ

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin aşağıda özeti zikrolunan kararı limited şirket genel kurul kararlarının geçersizliğinin tespitine ilişkindir. Yüksek mahkeme kısaca bir genel kurul kararının yok hükmünde¹ olduğunun tespitinin uzun süre dava edilmemesi halinde bu kararın artık geçerli hale geleceği sonucuna varmıştır². Çalışmamız bu sonucun hukuken doğru olup olmadığı ile ilgilidir. Bu sebeple çalışmamızda limited şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlük halleri ve bunlara ilişkin davaların ne kadar süre içerisinde açılması gerektiği üzerinde durulacak ve akabinde söz konusu kararın yerindeliği üzerinde kısa bir değerlendirme yapılacaktır. Çalışmamızın kapsamını gereksiz yere arttırmamak adına limited şirketlerde genel kurul toplantısının yapılma sürecinin nasıl olduğu ve kararların ne şekilde alındığı üzerinde durulmayacaktır. Fakat eleştiri konusu yaptığımız Yargıtay kararı çağrısız genel kurul toplantısında alınan bir karara ilişkin olduğu için çağrısız genel kurul hakkında kısa bir bilgi verilecektir.

Her ne kadar söz konusu Yargıtay kararına konu olan genel kurul kararları limited şirkete ilişkin olsa da yaptığımız değerlendirme anonim şirketler için de geçerlidir. Bununla birlikte dava konusu olan genel kurul kararları 6762 sayılı (mülga) Türk Ticaret Kanunu³ döneminde alındığı için çalışmamızda mesele hem mülga hem de şu an yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴ açısından irdelenecektir.

¹ Her ne kadar mezkûr kararda yüksek mahkeme “*batıl*” ifadesini kullanmış olsa da aşağıda yapacağımız izahattan da istidlal olunacağı üzere söz konusu genel kurul kararı aslında “*yok*” hükmündedir.

² Yargıtay 11. H.D.'nin son dönemde ve aynı yönde verdiği diğer kararları için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2016/12761, K: 2018/1791, T: 08.03.2018 ve E: 2019/3, K: 2019/7182, T: 13.11.2019. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 25.03.2020.

³ R.G. T. 9/7/1956, S. 9353.

⁴ R.G. T. 14/2/2011, S. 27846.

I. HUKUKİ PROBLEM

A. C. adlı şahıs, C. O. A. S. Ltd. Şti'nin %45 oranda pay sahibidir. G. C. adlı şahıs ise aynı şirketin hem ortağı hem de müdürüdür. Söz konusu şirkette 23.12.1995 tarihinden itibaren farklı tarihlerde ve çağrısız olarak gerçekleştirilen genel kurullarda sermaye artırım kararları alınmıştır. Bu genel kurulların hiçbirine A.C. katılmamıştır. Fakat G.C., bu genel kurul kararlarının altına A.C. sanki toplantıya katılmış gibi göstererek onun yerine (sahte) imza atmıştır. G.C.'nin sahte imzalarla aldığı sermaye artırım kararları neticesinde A.C.'nin şirketteki %45'lik pay oranı %0,1'e düşmüştür. Bunun üzerine A.C., toplantı çağrısı yapılmadan ve imzası taklit edilmek suretiyle sahte imzalarla alınan sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarının “mutlak butlanla batıl ve yok hükmünde olduğunun tespitiyle iptallerini”⁵ ve davalı şirkette %45 oranında pay sahibi olduğunun tespitini 31.12.2012 tarihinde açtığı dava ile talep etmiştir.

Davalı taraf ise, davacının 17 yıl sonra bu davayı açmış olmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ve üç aylık iptal davası açma süresinin geçmiş olduğunu ileri sürerek davanın reddini istemiştir.

İlk derece mahkemesi “davacının kendi kabulünde olan sermaye artış kararına göre pay oranının %40 olduğunu, bundan sonra yapılan davaya konu sermaye artış kararlarında davacı adına atılan imzaların davacının eli ürünü olmadığını, bu imzaların bilirkişi incelemesi sonucu sahte olduklarının anlaşıldığını, davaya konu sermaye artış kararlarının ana sözleşme değişikliğine ilişkin olup 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 513'üncü maddesinin birinci fıkrasında öngörülen nisapla alınmadığından yok hükmünde olduğunu, sermaye ödemesinin davacı tarafça yapıldığının kesin olarak kanıtlanamadığından bu durumun davacının yapılan işlemlere sonradan onay verdiği şeklinde yorumlanamayacağını, davacının dava hakkını bilerek kötüye kullandığına dair savunmayı kanıtlayan somut bir delilin gösterilmediğini, sadece uzun süre geçmiş olmasının davacının dava hakkını

⁵ Her ne kadar söz konusu kalıbın teorik açıdan hatalı olduğunun farkında olsak da çalışma konumuzu teşkil eden Yargıtay kararında davacının talebinin bu yönde olduğu belirtildiği için aslına sadık kalmak açısından biz de çalışmamızın en azından bu kısmında mezkûr kalıbı aynen kullanmayı tercih ettik.

kötüye kullandığı sonucunu ortaya koymayacağını belirterek, 12/11/1997, 17/09/1998, 28/09/2001, 17/06/2004, 23/05/2005, 14/12/2009, 02/02/2010 ve 28/11/2011 tarihli sermaye artış kararlarının yokluğuna ve davacının davalı şirkette %40 pay sahibi olduğunun tespitine” karar vermiştir.

Karar davalı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi “*butlanın ileri sürülmesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde mümkün olduğunu, hakkın kötüye kullanılması hallerinin neler olduğunun her davada somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerektiğini ve geçen sürenin dikkate alınarak genel kurul kararlarının butlanının ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı niteliği haiz olup olmadığının değerlendirilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle hüküm tesisinin doğru olmaması sebebiyle”* ilk derece mahkemesinin kararını davalı lehine oyçokluğuyla bozmuştur⁶. Bu üzerine davacı karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, karar düzeltme talebini de oyçokluğuyla reddederek aynı yönde karar vermiştir⁷.

II. ÇAĞRISIZ GENEL KURUL

Anonim ve limited şirket genel kurul toplantıları, davetin belli bir prosedüre tâbi tutulup tutulmadığına göre çağrılı ve çağrısız genel kurul toplantısı şeklinde ikiye ayrılır⁸. Hem 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda⁹ anonim ve limited şirketin genel

⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2016/6325, K: 2017/6651, T: 28.11.2017.

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020.

⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/1328, K: 2019/6943, T: 07.11.2019.

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020.

⁸ **Orbay Ortaç, Nurdan/ Al Kılıç, Şengül** (2018) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Genel Kurula Katılması, TFM, 2018, C. 4, S. 2, s. 222.

⁹ Aslında limited şirket genel kurulu bakımından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na nazaran önemli değişiklikler yapıldığı söylenebilir. 6762 sayılı kanunda limited şirkette ortak sayısına göre bir ayırım yapılmakta ve ortak sayısı 20’den fazla olan limited şirketlerde anonim şirket genel kuruluna ilişkin hükümlerin limited şirkete de uygulanacağı esas benimsenmekte idi. 6102 sayılı kanunda ise ortak sayısına göre bir ayırım yapılması anlayışı terk edilmiş ve bazı konular hariç anonim şirket genel kuruluna ilişkin hükümlere atf yapılmıştır. Söz konusu kanunun 617’nci maddesinin

kurul toplantılarına ortakları davet belli başlı kurallara¹⁰ bağlanmıştır¹¹. Kanun koyucu genel kurul toplantılarına davet şekillerinin az ortaklı şirketler açısından pratik olmayacağı düşüncesiyle her iki kanunda da çağrısız genel kurul toplantısını düzenleme ihtiyacını hissetmiştir. 6762 sayılı kanunun 370'inci maddesine göre anonim şirketlerde bütün payların sahip veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde genel kurul toplantılarına dair olan diğer hükümler saklı kalmak şartıyla toplantıya davet hakkındaki merasime riayet etmeksizin de genel kurul olarak toplanabilirler. Mezkûr hükme benzer bir düzenlemenin aynı kanunun 538'inci maddesinin beşinci fıkrasında limited şirketler için de ihdas edildiği görülmektedir. Söz konusu maddeye göre bütün ortaklar; aralarından biri itirazda bulunmadığı

üçüncü fıkrası bunun en iyi örneğidir (**Erdoğan, Abdullah** (2013) "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", GÜHFD, C.XVII, Y.2013, S.3, s. 40). Filhakika mezkûr düzenlemeye göre toplantıya çağrı, azlığın çağrı ve öneri hakkı, gündem, öneriler, çağrısız genel kurul, hazırlık önlemleri, tutanak, yetkisiz katılma konularında anonim şirketlere ilişkin hükümler, Bakanlık temsilcisine ilişkin olanlar hariç, kıyas yoluyla limited şirkete de uygulanır.

¹⁰ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Narbay, Şafak** (2006) "TTK Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", HPD 2006, S. 7, s. 168 vd.

¹¹ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 368'inci maddesine göre anonim şirket genel kurul toplantısına davet, esas sözleşmede gösterilen şekil ve surette ve her halde Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan ve toplantı günleri dahi olmamak üzere, toplantı vaktinden en az iki hafta önce yapılmalıdır. Senetleri nama yazılı olan pay sahipleriyle önceden şirkete bir hisse senedi tevdi ederek ikametgâhını bildiren pay sahiplerine, taahhütlü mektup gönderilmesi suretiyle de toplantı günü bildirilir. Aynı kanunun 538'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre limited şirket genel kurul toplantısına ortaklar şirket sözleşmesinde gösterilen şekilde ve eğer sözleşmede bu hususta hüküm yoksa taahhütlü mektupla davet edilir ve bu davet toplantıdan en az beş gün önce yapılır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 414'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre ise anonim şirkette genel kurul toplantıya, esas sözleşmede gösterilen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanan ilanla çağrılır. Bu çağrı, ilan ve toplantı günleri hariç olmak üzere, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılır. Pay defterinde yazılı pay sahipleriyle önceden şirkete pay senedi veya pay sahipliğini ispatlayıcı belge vererek adreslerini bildiren pay sahiplerine, toplantı günü ile gündem ve ilanın çıktığı veya çıkacağı gazeteler, iadeli taahhütlü mektupla bildirilir. Mezkûr düzenleme aynı kanunun 617'nci maddesinin üçüncü fıkrasının yaptığı yollama gereği limited şirket genel kurul toplantılarına davet için de uygulanır.

takdirde toplantıya çağırma hakkındaki merasime riayet etmeksizin de genel kurul halinde toplanabilirler. Böyle bir toplantıda bütün ortaklar hazır olmak şartıyla, genel kurulun yetkisine dâhil olan hususlar müzakere edilerek karara bağlanabilir. 6102 sayılı kanunun 416'ncı maddesine göre ise anonim şirketlerde bütün payların sahipleri veya temsilcileri, aralarından biri itirazda bulunmadığı takdirde, çağrıya ilişkin usule uyulmaksızın, genel kurul olarak toplanabilirler ve bu toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler. Kanun koyucu 6102 sayılı kanunda limited şirketlerde çağrısız genel kurul toplantısını 617'nci maddenin üçüncü fıkrasında 416'ncı maddeye yollama yaparak düzenlemiştir.

Hem mülga hem de şu an yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nun yukarıda bahsi geçen maddelerine bakıldığında anonim ve limited şirketlerde çağrısız genel kurul toplantısının yapılmasının belli şartlara bağlandığı görülmektedir. Bu şartlar; bütün pay sahipleri veya temsilcilerinin toplantıda hazır bulunması ve hiçbirinin toplantıya itirazda bulunmamasıdır. İtirazın doğrudan yapılacak olan çağrısız genel kurul toplantısına veya karar alınmasına ilişkin olması gerekir¹². Her iki kanunda da çağrısız genel kurul toplantısı için toplantı yetersayısı bütün pay sahipleri veya temsilcilerinin hazır bulunması şeklinde belirlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, bu konu bakımından 6762 sayılı kanundan farklı olarak, çağrısız genel kurulda geçerli bir karar alınabilmesinin söz konusu toplantı yetersayısının devamlılığına bağlı olduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Söz konusu iki şartın, çağrısız genel kurul toplantısında alınacak kararların kurucu unsuru olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla herhangi bir pay sahibinin veya temsilcisinin toplantıda hazır bulunmaması ya da toplantıyı terk etmesi veyahut toplantıya itiraz etmesi halinde çağrısız genel kurul mevcut değildir ve artık karar

¹² **Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Camoğlu, Ersin** (2014) Ortaklıklar Hukuku C. 1, 13. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 477-478, N. 669; **Moroğlu, Erdoğan** (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 120. *Saka*'ya göre ise itirazın, genel kurulun çağrı yöntemine yönelik olması gerekir. Yazar, gündeme yapılan itirazların toplantıya engel teşkil etmeyeceğini savunmaktadır (**Saka, Zafer** (2004) Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul, Vedat, s. 110).

alınamaz. Şayet söz konusu şartların eksikliğine rağmen karar alınırsa, bu karar yoklukla malûldür¹³.

III. GENEL KURUL KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜK HALLERİ

Hukuki işlemler, sözleşme ve karar şeklinde ikiye ayrılır. Her iki hukuki işlemin de hükümsüz olması mümkündür. Bu hükümsüzlük hali baştan itibaren olabileceği gibi daha sonra da olabilir. Karar şeklindeki bir hukuki işlemin hükümsüz olması, onun yöneldiği hukuki sonucu gerçekleştirme gücünün olmadığı anlamına gelir¹⁴.

Limited şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlük halleri, yokluk, butlan ve iptal edilebilirlik şeklinde karşımıza çıkar¹⁵.

A. YOKLUK

Bir hukuki işlemin kurucu unsurlarının eksik olması hâlinde, o işlem yok hükmündedir¹⁶. Yok hükmünde olan işlemler varlık kazanamazlar ve bu

¹³ **Moroğlu**, s. 118 vd. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2016/8889, K: 2017/6204, T: 15.11.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020.

¹⁴ **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla** (1993) Borçlar Hukuku 7. Bası, İstanbul, s. 374; **Oğuzman, M. Kemal** (1985) Medeni Hukuk Dersleri, 5. bası, İstanbul, s. 138; **Tekinay, Selahattin Sulhi** (1984) Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 4. Bası, İstanbul, s. 117; **Önder, M. Fahrettin** (2005) “Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, DEÜHFD, C. 7, S. 1, s. 107.

¹⁵ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2013/11-1048, K: 2014/430, T: 02.04.2014 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020.

¹⁶ **Edis, Seyfullah** (1979) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, Ankara Üniversitesi, s. 147; **Kocayusupaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona / Arpacı, Abdulkadir** (2014) Borçlar Hukuku C.1, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Baskı, İstanbul, Filiz, §43, N. 1; **Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami** (2016) Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul, Vedat, N. 742; **Bahtiyar, Mehmet** (2020) Ortaklıklar Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta, s. 196; **Antalya, Gökhan** (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul, Legal, s. 127.

sebeple amaçlanan hukuki ilişki de kurulamaz¹⁷. Bir hukukî işlemin kurucu unsuru irade beyanıdır¹⁸. Dolayısıyla irade beyanının bulunmadığı hâllerde artık o hukukî işlemin var olmadığı kabul edilmelidir¹⁹. Genel kurul kararlarının da kurucu unsurları vardır. Bir kararın alınış sürecinde eğer bu kurucu unsurlar eksikse o karar yok hükmündedir²⁰.

Yokluk mahkeme tarafından re'sen göz önüne alındığı gibi, menfaat sahipleri tarafından da süresiz olarak ileri sürülebilir²¹. Hatta doktrinde, kurucu unsurlarının eksikliği hâlinde artık bir sözleşmenin varlığından bahsedilemeyeceğini, dolayısıyla var olmayan bir sözleşmenin hükümsüzlüğünden bile söz edilemeyeceğini ifade eden görüşler yer almaktadır²².

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bir genel kurul kararının kurucu unsurları eksikse o karar yok hükmündedir. Buna rağmen ne 6762 sayılı ne de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda limited şirket genel kurul kararlarının yokluğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaktadır. Filhakika Türk hukuk sistemi içinde özü itibariyle yokluk yaptırımını doğrudan düzenleyen bir hükme rastlamak da mümkün değildir²³.

¹⁷ **Oğuzman / Barlas**, N. 742; **Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2016) Anonim Şirketler Hukuku C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, s. 4; **Tekil, Fahiman** (1981) Borçlar Hukuku, İstanbul, s. 93; **Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 406; **Oğuzman, M. Kemal /Öz, Turgut** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 17. Bası, İstanbul, Vedat, s. 130.

¹⁸ **Eren**, s. 348; **Kırca (Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar)**, s. 4.

¹⁹ Bir hukuki işleme irade beyanına ek olarak kurucu unsurların eklenmesi mümkündür. Örneğin, kişi evlenme konusundaki iradesini, evlendirme ile yetkili memur dışında başka bir kimsenin huzurunda açıklarsa söz konusu evlilik yok hükmünde olacaktır. (**Oğuzman/Barlas**, N. 744).

²⁰ **Moroğlu**, s. 77 vd.; **Önder**, s. 107.

²¹ **Antalya**, s. 127; **Oğuzman/Barlas**, N. 725.

²² **Kocayusupaşaoğlu (Hatemi / Serozan/ Arpacı)**, §43, N. 1; **Edis**, s. 147.

²³ Bu durumun belki tek istisnası, Türk Medeni Kanunu'nun dernek genel kurul kararlarının iptaline ilişkin 83'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasıdır. Söz konusu düzenlemede, "genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklıdır" ifadesi

Şirket genel kurul kararlarının yokluğu, genel hükümlerden kaynaklanabileceği gibi şirketlere ilişkin özel hükümlerden de kaynaklanabilir²⁴. Doktrinde, şirketler hukuku bağlamında yokluğun, kurucu şekli emredici hükümlere aykırılık durumunda ortaya çıkacağı savunulmaktadır²⁵. Yokluğun bir hukuki işlemin kurucu unsurundaki eksikliği ifade etmesinden hareket edildiğinde, kurucu unsurun belirlenmesi önem arz eder. Bu sebeple çok taraflı bir hukuki işlem olan limited şirket genel kurul kararlarının kurucu unsurunun ne veya neler olduğu belirlenmelidir. Bir genel kurul kararının varlığından bahsedilebilmesi için iki temel unsur bir arada bulunmalıdır. Bu unsurlar, genel kurul ve karardır²⁶. Dolayısıyla bir genel kurul, kanunun öngördüğü şekli emredici hükümlere aykırı bir şekilde toplanmış veya karar almışsa, alınan bu karar yoklukla malûldür²⁷.

Doktrinde bir görüş, yok hükmünde olan genel kurul kararının şeklen meydana geldiğini fakat doğmamış sayıldığını ifade etmektedir²⁸. Bir başka görüş ise yokluk yaptırımının kararın içeriğiyle değil meydana gelişle alakalı olduğunu ve bu sebeple kararın şeklen dahi meydana gelmediğini savunmaktadır²⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, *“kavram olarak yokluk; bir hukuki işlemin doğabilmesi için öngörülen ve kurucu nitelikte olan emredici hükümlere aykırılık hâlidir. Bu aykırılık, işlemin unsurlarında eksikliğe yol açar ve işlemi "yokluk" ile sakat hâle getirir. Yok sayılan işlem, şeklen dahi meydana gelmemiştir. Yokluk, bunu ileri sürme konusunda hukuki menfaati bulunan herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir ve tespit ettirilebilir, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınır. Mahkemenin vereceği tespit hükmü, bu durumu açıklayıcı niteliktedir”* diyerek

geçmektedir. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu düzenlemede açıkça yokluk yaptırımından bahsetmektedir.

²⁴ Önder, s. 111.

²⁵ Kırcıca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 6; Moroğlu, s. 33; Bahtiyar, s. 198; Şener, Oruç Hami (2019) Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 505; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan (2013) Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora, s. 342.

²⁶ Moroğlu, s. 77 vd.; Önder, s. 107.

²⁷ Poroy /Tekinalp/Camoğlu, s. 527.

²⁸ Önder, s. 107.

²⁹ Kırcıca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 4

bu görüşü kabul etmiştir³⁰. Mezkûr görüş bu durumdan hareket ederek, genel kurul kararlarının yokluğunun ancak genel kurulun meydana gelişini düzenleyen hükümlere aykırılık sonucu ortaya çıkabileceği sonucuna ulaşmaktadır³¹. Kanaatimizce burada ikinci görüşe itibar edilmelidir. Başka bir deyişle yoklukla malûl olan genel kurul kararı şeklen dahi meydana gelmemiştir. Zira “yok” olan bir şeyin şekli anlamda varlığından bahsetmek mantiken ve hukuken mümkün değildir.

İsviçre hukukunda, yokluk ve butlan arasında bir ayırım yapmak yerine her iki kavramı da kapsayacak şekilde “*Nichtigkeit*” kavramının kullanıldığı görülmektedir³². İsviçre hukukunda yok hükmündeki genel kurul kararları için “*Schein Beschlüsse*”³³ veya “*Nicht Beschlüsse*”³⁴ kavramları kullanılmaktadır³⁵. Yani İsviçre hukukunda butlan ile yokluk arasında bir fark olduğu kabul edilmekle beraber ayrı bir yaptırım mekanizması öngörülmemiştir³⁶. Dolayısıyla söz konusu hukuk sistemi bakımından Türk

³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2013/11-1048, K: 2014/430, T: 02.04.2014.

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020.

³¹ **Kırca (Şehirli Çelik/ Manavgat)**, s. 4. Sözleşmeler hukukunda şekle aykırılığın yaptırımı tartışmalıdır. Doktrinde butlan, yokluk ve kendine özgü geçersizliğe tabi olduğu yönünde görüşler vardır. Tartışma konusunda bkz. **Kocayusupaşaoğlu (Hatemi / Serozan/ Arpacı)**, §29, N. 2 vd. Doktrinde **Nomer** ise yokluk hâllerinin sadece usule ilişkin sebeplerden değil aynı zamanda içeriğe ilişkin nedenlerden de kaynaklanabileceğini savunmaktadır (**Nomer, Haluk Nami** (2008) Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul, Seçkin, s. 68 vd.)

³² Örneğin **İsBorK m. 706/1/a**. Ayrıca bkz. **Truffer, Roland/Dubs, Dieter** (2012) Artikel Kommentar zu OR Art. 698-706b, [içinde: Basler Kommentar Obligationenrecht II, Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Watter, Rolf], Basel, Helbing&Lichtenhahn, Art. 706b, N. 17-18.

³³ **Sözde/Görünürde Karar**.

³⁴ **Olmayan Karar**.

³⁵ **Truffer/Dubs**, Art. 706b, N. 17 vd.

³⁶ **Truffer/Dubs**, Art. 706b, N. 17-18; Herkes tarafından ileri sürülebileceği yönünde bkz. **Böckli, Peter** (2009) Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Zürich, Schulthess, §16, N. 156;

hukukundaki gibi sonuçları itibariyle butlandan ayrılan bir yokluk kavramından bahsetmek mümkün değildir. Ancak İsviçre hukukunda şekle ilişkin ağır eksikliklerden kaynaklanan butlan hâllerinin, genel itibariyle Türk hukuku bağlamında yokluk yaptırımına benzer olduğu söylenebilir³⁷.

Yokluk, özü itibariyle şeklen dahi var olmayan genel kurul kararlarına ilişkin bir yaptırımdır. Bundan dolayı bu yaptırıma sebebiyet verecek eksiklikler de genellikle genel kurula ilişkin usulî noktalarda tezahür eder. O hâlde örnek mukabilinde bir sayma yapılırsa³⁸; çağrı yapılmadan toplanan genel kurullarda alınan kararlar³⁹, çağrı yapılmamasına eş bir durumda toplanan genel kurullarda alınan kararlar⁴⁰, toplantı ve karar nisaplarına riayet edilmeksizin alınan kararlar⁴¹, Ticaret Bakanlığı temsilcisinin bulunması gerektiği hâllerde, temsilci olmaksızın gerçekleştirilen toplantılarda alınan kararlar⁴², hakkında hiç oylama yapılmadığı hâlde, yapılmış gibi gösterilen kararlar ve yetkisiz kişiler tarafından yapılan çağrı ile toplanan genel kurulda alınan kararlar⁴³ yoklukla malûldürler.

Schott, Bertrand (2009) Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich/St. Gallen, Dike, §7, N. 3.

³⁷ Bu sebeple yokluğa ilişkin konularda İsviçre kaynaklarına yapılan atıflar, bu kaynaklarda butlan başlığı altında yer almaktadır. *Kırca* da eserinde bu hususu ifade etmektedir. (**Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat)**, s. 6 vd.).

³⁸ **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 7 vd.

³⁹ **Domaniç, Hayri/Arslanlı, Halil** (1989) Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. III, İstanbul, s. 633; **Moroğlu**, s. 100; **Deryal, Yahya** (2000) Ticaret Hukuku, 4. Bası, Trabzon, Derya, s. 400; **Önder**, s. 111. Çağrısız genel kurula ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 416'ncı maddesi bu durumun istisnasıdır. Mezkûr hükme aykırı olarak toplanan anonim ve limited şirket genel kurulunda alınan kararlar da yoklukla malûldür. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2000/10968 K: 2001/1616, T: 26.02.2001 (**Önder**, s. 121-122); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/3976, T: 2018/3976 K: 2019/5402, T: 16.09.2019.

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020.

⁴⁰ Örneğin genel kurul toplantısından bir gün önce çağrının yapılması.

⁴¹ **Çamoğlu, (Poroy/ Tekinalp)**, N. 722a; **Önder**, s. 111.

⁴² **Korkut, Ömer** (2012) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana, Karahan, s. 37.

⁴³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/112, K: 2019/6571, T: 22.10.2019.

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020 .

B. BUTLAN

Türk Borçlar Kanunu'nun⁴⁴ 27. maddesine göre, *emredici hükümlere, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*⁴⁵. Bir hukuki işlemin, kurucu unsurlarının tamam olmasına rağmen, geçerlilik şartlarının mevcut olmaması hâlinde o hukuki işlem batıl olacaktır⁴⁶. Batıl olan hukuki işlem ölü doğmuştur⁴⁷. Dolayısıyla, böyle bir hukukî işlem kural olarak başından itibaren geçersizdir; hüküm ve sonuçlarını doğurmaz⁴⁸.

Bu açıdan bakıldığında yokluğun ve butlanın sonuçlarının aynı ve fakat sebeplerinin farklı olduğu söylenebilir. Zira her ikisinde de hukuki işlem baştan itibaren geçersiz olduğu için beklenen hüküm ve sonuç doğmaz. Fakat bir hukuki işlemin yoklukla malûl olabilmesi için kurucu unsurlarının eksik olması gerekirken; batıl olabilmesi için kurucu unsurları tamam ama geçerlilik şartları eksik olmalıdır.

Butlan tıpkı yokluk gibi, süresiz olarak bütün menfaat sahipleri tarafından ileri sürülebildiği gibi, mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınmaktadır⁴⁹. Butlan yaptırımının sınırını Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır⁵⁰.

Butlanın Türk şirketler hukukundaki tarihi gelişimine bakıldığında, herhangi bir pozitif düzenleme bulunmaksızın doktrin ve yargı kararlarıyla gelişen bir süreç izlediği görülmektedir. Gerçekten de 6762 sayılı Türk Ticaret

⁴⁴ R.G. T. 4/2/2011 S.27836.

⁴⁵ TBK'da butlan yerine kesin hükümsüzlük terimi kullanılmıştır. (e)BK m. 20'de ise butlan terimi tercih edilmişti.

⁴⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 174.

⁴⁷ **Reisoğlu, Safa** (2004) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul, Beta, s. 121; **Akıntürk, Turgut** (2001) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, Beta, s. 56; **Kılıçoğlu, Ahmet** (2003) Borçlar Hukuku, 3. Bası, Ankara, s. 50.

⁴⁸ **Kocayusupaşaoğlu (Hatemi / Serozan/ Arpacı)**, N. 10; **Antalya**, s. 129.

⁴⁹ **Edis**, s. 148; **von Tuhr, Andreas** (1983) Borçlar Hukuku C. 1-2, , Ankara, Yargıtay, (Çeviren: Edege, Cevat), s. 222; **Antalya**, s. 131; **Oğuzman/Öz**, s. 175; **Kocayusupaşaoğlu (Hatemi / Serozan/ Arpacı)**, §43, N. 20-21; **Pulaşlı, Hasan** (2013) "Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi", GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, s. 891.

⁵⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 176.

Kanunu döneminde anonim ve limited şirket genel kurul kararlarının butlanına ilişkin özel bir hüküm mevcut değildi. Ancak genel hüküm olarak butlanı düzenleyen 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi, hem Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesindeki genel atıf hükmü⁵¹, hem de Türk Ticaret Kanunu'nun 1'inci⁵² maddesi gereği, anonim ve limited şirket genel kurul kararlarının butlanı açısından da uygulama alanı bulmuştur. Dolayısıyla bir genel kurul kararı şeklen geçerli olsa bile konusu itibariyle Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20'nci maddelerine aykırı ise batıldır. Böyle bir kararın ise sonuçlarını meydana getirmesi mümkün değildir⁵³.

Mülga Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu döneminde doktrinde şirketler hukukuna özgü butlan sebeplerinin belirlenmesi gerektiği fikri serdedilmiştir⁵⁴. Nihayet 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 447'nci maddesi ile anonim şirket genel kurul kararlarının butlanına ilişkin pozitif bir düzenleme ihdas edilmiştir⁵⁵. Söz konusu hüküm ile uzun yıllara dayanan anonim şirket genel kurul kararlarının butlanına ilişkin uygulama hükme bağlanmış ve butlan sebepleri somut bir şekilde gösterilmiştir⁵⁶. Mezkûr düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nun 622'nci maddesi gereği limited şirket genel kurul kararları için de uygulanma kabiliyetini haizdir.

İsviçre hukukunda ise, anonim şirket genel kurul kararlarının butlanı, 1991 yılında gerçekleştirilen revizyon ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun 706b

⁵¹ TMK m. 5: "Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır".

⁵² TTK m. 1/1: "Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır". Benzer hüküm 6762 sayılı ETTK m.1/1'de de yer almaktaydı. Buna göre "Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir cüzüdür".

⁵³ Mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde doktrinde "sadece belli bir yönde sonuç doğurması taahhüdünü içeren oy anlaşmasıyla oluşturulmuş bir genel kurul kararının ahlaka aykırılık teşkil edeceği ve bu sebeple BK. m. 20 gereği batıl olacağı" görüşü dermeyan edilmiştir (Önder, s. 108).

⁵⁴ **Tekinalp, Ünal**, "Genel Kurul Kararlarının Butlanında Anonim Ortaklığa Özgü Sebeplerin Kabulü İhtiyacı", BATIDER, C. XXV, S. 4, s. 5 vd.

⁵⁵ Anonim şirket genel kurul kararlarının butlanına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Korkut**, s. 51 vd.

⁵⁶ Bkz. TTK m. 447'nin gerekçesi.

maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm Türk Ticaret Kanunu 447'nci maddesinin mehzadır⁵⁷.

Türk Ticaret Kanunu'nun 447'nci maddesine göre, “*genel kurulun, özellikle pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran; pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran ve anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan, kararları batıldır.*” İsviçre Borçlar Kanunu'nun 706b maddesinde de hemen hemen aynı hâllerin, ifade farklılıkları ile butlan sebepleri olarak sayıldığı görülmektedir.

Madde lafzında geçen “*özellikle*” ifadesinden de anlaşıldığı üzere hem Türk Ticaret Kanunu'nun 447'nci hem de İsviçre Borçlar Kanunu'nun 706b maddesinde sayılan genel kurul kararlarının butlan sebepleri tahdidi değildir. Her iki kanunun da lafzı bu yönde açıktır⁵⁸. Bu bağlamda doktrinde genel itibariyle kabul edildiği üzere Türk Ticaret Kanunu'nun 447'nci maddesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinde yer alan butlan düzenlemesini dışlamamaktadır. Bir başka ifadeyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesine dayanılarak, genel kurul kararlarının butlanının ileri sürülebilmesi de mümkündür⁵⁹. Dolayısıyla mülga Türk Ticaret Kanunu dönemindeki genel kurul kararlarının butlanına ilişkin uygulamadan tam olarak vazgeçildiğini söylemek mümkün değildir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile sadece anonim ve limited şirket genel kurul kararlarını batıl hale getiren birtakım sebepler tadâdi bir şekilde düzenlenmiştir.

C. İPTAL EDİLEBİLİRLİK

Yoklukla malûl veya batıl olan bir hukuki işlem baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Bunlar dışında kalan diğer sakatlık halleri iptal edilebilirliktir. Bu sakatlık halinde karar hukuken geçerlidir, fakat kararın

⁵⁷ Bkz. TTK m. 447'nin gerekçesi.

⁵⁸ Her iki maddenin de lafzında, butlanla sakat genel kurul kararları sayılırken “*özellikle (insbesondere)*” ifadesine yer verildiği görülmektedir.

⁵⁹ Kırca (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 18 vd.; Korkut, s. 99 vd.; Moroğlu, s. 158 vd.

bünyesinde yer alan bir nedenden dolayı iptali talep edilebilir. İptali talep edecek kişiler kanunun öngördüğü süre içerisinde bunu talep etmelidirler. Aksi halde söz konusu karar bünyesinde barındırdığı eksikliğe rağmen geçerliliğini muhafaza edecektir.

D. ŞİRKETLER HUKUKU AÇISINDAN YOKLUK ile BUTLAN ARASINDAKİ TEMEL FARKLAR

İsviçre hukukuna nazaran, Türk hukukunda yokluk ile butlan arasında daha net bir ayırım vardır. Yukarıda da bahsedildiği üzere İsviçre hukukunda, yokluk ile butlan arasında bir farklılığın mevcut olduğu kabul edilmekle beraber, sonuçları itibariyle bir ayırım yapılmamaktadır. Her ne kadar her iki sakatlık halinde de hukuki işlem başından itibaren geçersiz olsa da Türk hukukunda bu iki hükümsüzlük hali bakımından birkaç önemli farklılığın var olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki tahvil müessesesi ile ilgilidir. Butlanın aksine yoklukta tahvil yoluna gidilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶⁰. Ayrıca daha önce de vurguladığımız üzere yokluk ile butlan arasında sebepleri yönünden de farklılık mevcuttur. Bir genel kurul kararının yok hükmünde olabilmesi için kanunun öngördüğü kurucu unsurların eksik olması gerekirken, batıl olabilmesi için ise ya Türk Ticaret Kanunu'nun 447'nci ya da Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesindeki sebeplerin gerçekleşmesi gerekir.

Zikrolunan bu farklılıkların yanında söz konusu iki hükümsüzlük hali arasındaki temel fark, hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında ortaya çıkar. Butlanın aksine yokluğun tespitinin dava edilmesi halinde karşı tarafın yani davalının, davacının hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal ettiğini ileri sürmesinin mümkün olmadığı kabul edilir⁶¹. Bittabi bu husus şirket genel

⁶⁰ Kocayusupaşaoğlu (Hatemi / Serozan/ Arpacı), §43, N. 2; Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 2.

⁶¹ Oğuzman/Barlas, s. 212; Kocayusupaşaoğlu (Hatemi/Serozan/Arpacı), §43, N. 2; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 2; Moroğlu, s. 37; Korkut, s. 40; Yüce, Onur Alber (2015) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 68; Nomer, s. 62; Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara, Adalet, s. 341; Aytaç, Zühtü (1982) Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara, Banka ve

kurul kararlarının yokluğunun tespitinin dava edilmesi halinde de söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla kanaatimizce bir anonim veya limited şirket genel kurul kararının yokluğunun tespitinin dava edildiği hallerde davalı, hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edildiğini ileri sürememelidir.

IV. GENEL KURUL KARARLARININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR

A. İPTAL DAVASI

Şirket genel kurul kararlarının hükümsüzlük hallerinden biri iptal edilebilirliklerdir. İptal edilebilir bir genel kurul kararının iptalinin söz konusu olabilmesi için dava açılması gerekir. Hem 6762 sayılı hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda limited şirket genel kurul kararlarının iptali anonim şirket genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlere tâbi tutulmuştur. Zira kanun koyucu 6762 sayılı kanunun 536'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında ve 6102 sayılı kanunun 622'nci maddesinde anonim şirket genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlerin limited şirket için de uygulanma kabiliyetini haiz olduğunu açıkça belirtmiştir.

Hem 6762 sayılı kanunun 381'inci hem de 6102 sayılı kanunun 445'inci maddelerinde genel kurul kararlarının iptalini gerektirecek sebepler benzer şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kurallarına aykırı genel kurul kararlarını iptali talep edilebilir. İptal davası genel kurul karar tarihinden itibaren üç ay içerisinde şirket tüzel kişiliğine karşı açılır. Üç aylık dava açma süresi hak düşürücü süredir⁶².

Mahkemenin iptal davasını kabul etmesi başka bir deyişle dava konusu genel kurul kararını iptal etmesi, o kararın kanuna, esas sözleşmeye veya

Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 186-187; **Pulaşlı, Hasan** (2017) Şirketler Hukukunun Esasları, 5. Baskı, Ankara, Adalet, s. 390; **Zeytin, Zafer/Ergün, Ömer** (2017) Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 58; **Hatemi, Hüseyin** (2011) Medeni Hukuk'a Giriş, 5. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 159-160; **Antalya, Gökhan/Topuz, Murat** (2015) Medeni Hukuk, İstanbul, Legal, s. 223; **Turanlı, Hüsnü** (2013) "Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü", GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, s. 948. Karşı görüş için bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 530, N. 722f.

⁶² Bkz. (e)TTK m. 381/1 ve TTK m. 448/2.

dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun tespiti anlamına gelir. Böyle bir durumda bu kararın geçerliliği ortadan kalkar⁶³.

B. TESPİT DAVASI

Tespit davası konusu itibariyle yok veya batıl olan genel kurul kararları ile ilişkilidir. Burada mahkemenin kararı, olan bir durumu sadece açıklamaktan ibarettir⁶⁴. Zira yok hükmünde olan bir karar şeklen dahi varlık kazanamamıştır. Başka bir deyişle hiç doğmamıştır. Batıl olan kararlar ise ölü doğmuştur. Bu sebeple her iki durumda da kararlar baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Bundan dolayı da hukuki yararı bulunan herkes herhangi bir süre bağlı olmaksızın genel kurul kararın yok hükmünde veya batıl olduğunun tespitini mahkmeden talep edebilir⁶⁵. Bu dava şirket tüzel kişiliğine karşı açılmalıdır.

Genel kurul kararının yok hükmünde veya batıl olduğunun tespitine ilişkin davanın herhangi bir süreye bağlı olmaması ister istemez şirketi sürekli dava tehdidi altında tutmaktadır. Bunun ise şirket açısından özellikle iktisadi anlamda ağır sonuçlar doğurabileceği aşikârdır⁶⁶. Fakat bunun genel kuralı değiştirmemesi gerekir.

Burada sadece butlan açısından bir istisna getirilebilir⁶⁷. Daha önce de belirtildiği üzere butlan durumunda şekli anlamda bir genel kurul kararı mevcuttur. Bu kararı ve butlan sebeplerini bilen bir kişi uzun bir süre

⁶³ Önder, s. 115.

⁶⁴ Tanrıver, Süha (2018) Medeni Usul Hukuku Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, C. I, Ankara, Yetkin, s. 584, 585; Pekcanitez, Hakan (2017), Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Onikilevha, s. 972.

⁶⁵ Önder, s. 111. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2018/11-246, K: 2008/239, T: 12.03.2008; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2018/835, K: 2019/5869, T: 26.09.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020.

⁶⁶ Doktrinde *Kendigelen*, kanun koyucunun butlana ilişkin düzenlemede, Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 242/2'nin aksine, bir süre sınırı öngörmemiş olmasının bir eksiklik olduğunu dile getirmektedir. (Kendigelen, Abuzer (2016) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, 3.baskı, İstanbul, Onikilevha, s. 34).

⁶⁷ Butlan halinde dahi süre sınırının uygulanamayacağı yönünde görüş için bkz. Önder, s. 112.

geçmesine rağmen tespit davası açmamışsa artık diğer kişilerde söz konusu davanın açılmayacağı yönünde bir inanç oluşabilir. Kanaatimizce böyle bir inancı oluşturduktan sonra ilgili kişinin tespit davası açması çelişkili davranış yasağını ihlal ettiği anlamına gelir. Çelişkili davranış yasağının ihlali ise hakların dürüstlük kuralına uygun kullanılmasını öngören Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca hukuken korunmaz. Fakat bu istisnanın yokluğu da kapsayacak şekilde geniş uygulanmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Yani uzun süre geçtikten sonra genel kurul kararının yokluğunun tespitinin dava edilmesi çelişkili davranış yasağının ve dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Zira böyle bir durumda ortada vücut bulmuş herhangi bir karar yoktur. Var olmayan bir şey ise zamanla varlık kazanamaz.

V. DEĞERLENDİRME

C. O. A. S. Ltd. Şti. ortaklarından A. C.'nin, kendisinin katılmadığı genel kurullarda, sahte imzalarla katılmış gibi gösterilerek alınan sermaye artırımı kararları vasıtasıyla, pay sahipliği oranı %45'ten %0,1'e düşürülmüştür. İlk derece yargılamasında alınan bilirkişi raporuyla, imzaların A. C.'ye ait olmadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla bu maddi vakıada üç temel tartışma söz konusudur. Bunlar; nisaba aykırı alınan genel kurul kararının yoklukla mı yoksa butlanla mı malûl olduğu, yoklukla malûl karar kapsamında hakkın kötüye kullanılması kurumunun uygulama alanı bulup bulmayacağı ve son olarak uygulanacağını kabulü halinde somut olayda hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olup olmadığıdır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 513'üncü maddesine göre, esas sözleşmede daha ağır bir nisap öngörülmemiş olması halinde limited şirkette sermaye artırımı kararı sermayenin üçte ikisini oluşturan ortakların oyuyla alınabilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 621'inci maddesinin birinci fıkrasının d bendine göre ise limited şirkette sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararları, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması hâlinde alınabilir.

İnceleme konusu Yargıtay kararından da açıkça anlaşıldığı üzere bahsi geçen limited şirkette sermaye artırımı kararları çağrısız genel kurullarda ortaklardan A. C.'nin katılımı ve olumlu oyu olmaksızın, bir başka ifade ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda⁶⁸ öngörülen toplantı ve karar nisaplarına uyulmaksızın alınmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun aradığı toplantı ve karar nisaplarına ve çağrısız genel kurulun şartlarına aykırı olarak alınan genel kurul kararları yok hükmündedir⁶⁹. Yani bu kararlar şeklen dahi meydana gelmemiştir. Keza Yargıtay'ın içtihatlarının da bu yönde olduğu görülmektedir⁷⁰.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin, kararında butlandan bahsetmesi kanaatimizce yerinde değildir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere somut vakiada sermaye artırımı kararları çağrısız genel kurullarda kanunun aradığı nisaba aykırı alınmış olduğu için bu kararlar yoklukla malûldür. Butlan ve yokluk birbirinden farklı müesseselerdir. Kanunun aradığı nisaba aykırı karar alınması halinde butlanın tartışılması doğru değildir. Zira bu halde şirketin iradesi oluşmamıştır. Ortada kararının butlanı ileri sürülebilecek bir genel kurul dahi yoktur. Fakat 11. Hukuk Dairesi kararında ilk derece mahkemesinin yokluk kararını, butlan gibi kabul etmekte ve buna göre bir değerlendirmede bulunmaktadır. Hâlbuki ilk derece mahkemesi, kanaatimizce isabetli bir şekilde dava konusu genel kurul kararlarının butlanla değil yoklukla malûl olduklarını tespit etmiştir. 11. Hukuk Dairesi dava konusu genel kurul kararlarının yoklukla değil butlanla malûl oldukları kanaatinde ise, ilk derece mahkemesinin kararını öncelikle bu yönden değerlendirmesi

⁶⁸ Daha önce de belirttiğimiz üzere söz konusu limited şirketteki sermaye artırımı kararları 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde alınmıştır.

⁶⁹ **Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat)**, s. 10; **Çamoğlu (Poroy/Tekinalp)**, N. 722a; **Pulaşlı (2017)** s. 388; **Üçışık/Çelik**, s. 337; **Korkut**, s. 37.

⁷⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 1992/5419, K: 1993/5826, T: 24.09.1993; 01.10.2001 T 2001/7442 E., 2001/7269 K.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2008/11-246, K: 2008/239, T: 12.03.2008; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 2016/2516, K: 2017/4670, T: 25.09.2017; E: 2016/3992, K: 2017/6210, T: 15.11.2017; E:2016/6071, K: 2018/221, T:11.01.2018; E: 2016/13422, K: 2018/4608, T: 20.06.2018; ../01/2019 T. 2017/2895 E. 2019/520 K.; E: 2017/2399, K: 2019/1822, T: 05.03.2019; E: 2018/788, K: 2019/5386, T: 16.09.2019; E: 2018/3976, K: 2019/5402, T: 16.09.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) s.e.t.: 24.03.2020.

gerekirdi. Bu sebeplerle Yargıtay'ın aslında yok hükmünde olan genel kurul kararlarını batıl olarak kabul edip ona göre değerlendirme yapması kanaatimizce yerinde değildir⁷¹.

Davaya konu genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğunun tespitinden sonra tartışılması gereken asıl mesele, hakkın kötüye kullanılması yasağının burada yoklukla malûl genel kurul kararlarının tespitinin talep edilmesi açısından uygulanıp uygulanmayacağıdır. Hukukumuzda hakkın kötüye kullanılması yasağının kaynağı Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesidir. Söz konusu hükmün birinci fıkrasına göre “*herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*”. Bu kuralın amacı, kişilerin, haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken orta zekâyaya sahip bir kişiden beklenen davranışları göstermelerini sağlamaktır⁷². Kanun koyucu mezkûr hükmün ikinci fıkrasında bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının ise hukuk düzenince korunmayacağını düzenlemiştir. Eğer bir hak, sahibi tarafından amacı dışında kullanılmışsa, kötüye kullanılmış olur⁷³. Bir hakkın amacı dışında kullanılmış olup olmadığı her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmelidir⁷⁴. Kanun koyucu, hakkın kötüye kullanılması yasağının müeyyidesini hukuk düzeni korumaz şeklinde ifade etmiştir. Yani bir hakka dayanan talep veya savunma, hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali anlamına geliyorsa bu talep veya savunma hukuk düzenince kabul edilmez⁷⁵. Fakat doktrinde de açıkça ifade edildiği üzere, bir kişinin dürüstlük kurallarına uyup uymadığı veya hakkın

⁷¹ Yargıtay'ın buna benzer tespitleri başka kararlarında da yaptığı görülmektedir. Bu kapsamda Yargıtay'ın aslında yok hükmünde olan genel kurul kararlarını batıl; batıl olan genel kurul kararlarını ise yok hükmünde kabul ettiği başka kararları da mevcuttur. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E: 1995/4655 K: 1995/7789 T: 20.10.1995; E: 1997/6671, K: 1997/6256, T: 25.09.1997; E: 2001/7442, K: 2001/7269, T: 01.10.2001; E: 2001/8310, K: 2002/757, T: 04.02.2002 (Önder, s. 115 vd.).

⁷² Oğuzman/Barlas, s. 250; Uyar, Talih (2000) “Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet)” Kuralı (MK.2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK.2/II)” : Zafer Gören Ataysoy (Editör), Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, s. 439-465, s. 440.

⁷³ Uyar, s. 442; Oğuzman/Barlas, s. 254.

⁷⁴ Oğuzman/Barlas, s. 257.

⁷⁵ Uyar, s. 442.

kötüye kullanılması yasağını ihlal etmiş olup olmadığı değerlendirilmesi yapılırken aşırıya kaçılmamalı ve bu kuralın ikinci derecede uygulanması gereken bir kural olduğu unutulmamalıdır⁷⁶. Zira bu kuralı çok sık uygulamak hukuk emniyetini ortadan kaldırır⁷⁷.

Bu kapsamda şu hususun tekrar vurgulanmasının önem arz ettiğini düşünüyoruz; yoklukla malûl kararlar şeklen dahi yokturlar. Doktrinde⁷⁸ de isabetli olarak ifade edildiği üzere, şeklen dahi var olmayan yoklukla malûl kararların tespitinin talep edildiği hallerde, hakkın kötüye kullanıldığı savunmasının yapılması mümkün değildir. Yargıtay'ın da bu görüşü tasdik eden birçok kararı vardır⁷⁹. Bu durum yokluk ile butlan arasındaki en temel farklardan biridir. Dolayısıyla somut vakıda Yargıtay'ın genel kurul kararlarının yoklukla malûl olduklarının tespitinin talep edilmesinde hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmesi yerinde değildir.

Bir an için yokluğun tespiti davasında hakkın kötüye kullanılması yasağının tartışılmasının mümkün olduğu kabul edilse dahi, somut davada uygulanması yine de mümkün değildir. Şöyle ki, yukarıda yapılan ayrıntılı açıklamalardan anlaşılacağı üzere dava konusu genel kurul kararlarının altına davacı A.C.'nin imzasını taklit ederek imza atan kişi diğer ortak G.C.'dir. G.C. bunu tek sefer değil, müteaddit kereler yapmıştır. G.C.'nin bu davranışında kasten ve hukuka aykırı hareket ettiği izahtan varestedir. Sahte imza ile işlem yapmayı ise hiçbir hukuk sistemi korumaz. G.C., A.C.'nin imzasını taklit ederek sadece sakat bir genel kurul kararının ortaya çıkmasına neden olmamış aynı zamanda bundan menfaat de temin etmiştir. Zira bu şekilde alınan

⁷⁶ Uyar, s. 441, 443.

⁷⁷ Oğuzman/Barlas, s. 302.

⁷⁸ Bkz. dph. 61'de sayılan müellifler.

⁷⁹ "...işlemden "yokluk" söz konusu ise, işleme MK m. 2'ye dayanılarak sağlık kazandırılması asla mümkün değildir". Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T: 20.11.1970, S: 5584/6134 (İBD, 1971/11-12, s. 1046 vd.). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T: 20. 11.1970, S: 5577 /6142 (RKD, 1971, II/2, s. 17). "Yokluk durumunda, yokluğu ileri sürmenin dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle dahi olsa işlemin ayakta tutulması (var ve geçerli sayılması) mümkün değildir". Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T: 20. 11.1970, S: 5584/6134 (İBD, 1971/11-12, s. 1046 vd.).

sermaye artırımlarına ilişkin kararlar neticesinde her defasında davacı A.C.'nin şirketteki %45'lik pay oranı azalmış, nihayetinde %0,1'e düşmüş ve bunun karşılığında G.C.'nin pay oranı önemli ölçüde artmıştır. Yani G.C. hukuka aykırı hareketi neticesinde hem genel kurul kararlarının yoklukla malûl olmasına sebebiyet vermiş hem de bu hukuka aykırılıktan menfaat temin etmiştir. Bundan dolayı söz konusu genel kurul kararlarının yokluğunun tespiti davasında hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlâl edildiği savunmasına itibar edilmemesi gerekir. Çünkü kimse kendi kusurundan menfaat temin edemez. Aksini kabul etmek, hâkime özel ve istisnai durumlarda adil karar verme imkânı sağlamak amacıyla⁸⁰ öngörülen hakkın kötüye kullanılması yasağını, haksızlığın aracı haline getirmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenlerken böyle bir sonucu istemiş değildir.

Yargıtay, davacının dava açmak hakkını kötüye kullanmasının esas gerekçesi olarak, dava konusu genel kurul kararlarının tarihi ile bu kararların yoklukla malûl olduğunun tespiti için dava açılması tarihleri arasındaki geçen sürenin uzunluğunu göstermiştir. Kanaatimizce Yargıtay bu değerlendirmesi ile hak sahibinin, dava açma noktasında uzun süre sessiz kalmasının onun dava açma hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır. Başka bir deyişle bir hakkın ihlâlüne uzun bir süre sessiz kalınması o ihlâlê karşı dava açılmayacağı inancını oluşturur. Bu inanç oluştuktan sonra dava açılması ise çelişkili davranış yasağının ihlâlî anlamına gelir. Uzun süre sessiz kalarak dava açmayacağı yönünde inanç oluşturan kişi, eğer dava açarsa çelişkili davranış yasağını ihlâl ettiği kabul edilir ve bu davranışı Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca hukuk düzeni tarafından korunmaz. Pek tabi ki tüm bu hususların takdiri mahkemeye aittir. Kanaatimizce mahkeme burada takdir yetkisini kullanırken keyfi bir tutum izlememeli ve olabildiğince bu yasağın uygulama alanını sınırlı tutmalıdır. Herhangi bir süre sınırına tabi olmaması sebebiyle, yokluğun ve butlanın tespiti davalarında asıl olan her zaman açılabilmesidir. Bir başka ifade ile üzerinden süre geçmiş olması dava hakkını kendiliğinden sonlandırmamalıdır. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun aksine Türk Ticaret Kanunu'nda butlanın tespiti davası için bir

⁸⁰ Uyar, s. 443.

süre sınırı öngörülmemiş olması da bu görüşü kuvvetlendirmektedir. Hiç şüphesiz, batıl kararın alınmasının üzerinden uzun süre geçmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamına girebilecektir⁸¹. Ancak bu kapsama giriş, tek başına süre geçmesinden değil, süreye ek olarak başka şartların da bulunmasıyla gerçekleşecektir⁸². Aksi durumda haksızlığı önleme saikiyle ortaya çıkan bir müessese haksızlığın aracı haline gelir⁸³.

Bir hakkın ihlâlüne uzun süre sessiz kalınarak o ihlâlê karşı dava açılmayacağı inancını oluşturduktan sonra dava açılmasının çelişkili davranış yasağının ihlâlî anlamına gelmesi aslında Türk hukukuna yabancı değildir. Bu ilkenin Yargıtay kararlarında uzunca bir süredir kullanıldığı görülmektedir. “*Sessiz kalma nedeniyle hak kaybı*” Yargıtay kararlarında genellikle marka hukukuna ilişkin davalarda uygulanmaktadır. Şöyle ki, tescilli bir markanın sahibi, markasının üçüncü kişiler tarafından izni olmadan kullanıldığını bilmesine rağmen uzun süre sessiz kalıp dava açmayarak dava açmayacağı yönünde güven oluşturduktan sonra marka hakkına tecavüz edildiği iddiasıyla dava açarsa, bu dava açma hakkının kötüye kullanıldığı anlamına gelir⁸⁴.

Çalışmaya konu ettiğimiz karara bakıldığında, Yargıtay, uzun süre şirket genel kurul kararlarının yokluğunun tespitinin talep edilmemesinin artık buna ilişkin bir talep ileri sürülmeyeceğine yönelik bir inanç oluşturduğunu ve bu inanç oluştuktan sonra tespit davası açılmasının çelişkili

⁸¹ Aynı görüşün İsviçre’de de kabul gördüğü yönünde bkz. **Moroğlu**, s. 196-196.

⁸² Örneğin, butlanı ileri sürülen kararın kimseye zarar vermemiş olması veya en baştan beri bildiği uyumsuzluğa menfaati gereği ses çıkarmayan kişinin, uzun süre geçtikten sonra dava açması gibi (**Moroğlu**, s. 195 vd.).

⁸³ **Akyol, Şener** (2006) “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişkili Davranış Yasağı)”: Ünal, Mehmet (Editör), Fikret Eren’e Armağan, Ankara, Yetkin, s. 80,94.

⁸⁴ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 25’inci maddesinin altıncı fıkrasında “*sessiz kalma nedeniyle hak kaybı*” hükümsüzlük davaları bakımından düzenlemiştir. Söz konusu hükme göre “*Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez*”. Ayrıca bkz. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 25’inci maddesinin altıncı fıkrasının gerekçesi (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf>, (s.e.t.: 20.03.2020).

davranış yasağının ihlâli anlamına geleceğini, dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağını belirtmek istemiştir.

Kanaatimizce Yargıtay'ın bu değerlendirmesi hatalıdır. Şöyle ki, daha önce de belirtildiği üzere dava konusu genel kurul kararları kanunun öngördüğü nisaplara aykırı olarak alındıkları için yoklukla malûldürler. Başka bir deyişle bu kararlar hukuk âleminde şeklen dahi olsa meydana gelmemişlerdir. Yani bahis konusu olabilecek ortada herhangi bir genel kurul kararı mevcut değildir. Kanaatimizce bir genel kurul kararının yokluğunun tespiti davasında uzun süre dava açılmamasından sonra tespit davasının açılmasının hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği iddia etmek doğru değildir. Zira aksini düşünmek, yok hükmünde olan kararların sırf tespitleri dava edilmediği için zamanla sıhhat kazanmaları sonucunu doğurur. Başka bir deyişle, alındığı anda aslında yoklukla malûl olan karar ilerleyen zamanlarda “var” olmuş yani geçerli hale gelmiş olur. Bunun ise hukuken mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Keza yokluk zamanla varlık kazanamaz.

“*Sessiz kalma nedeniyle hak kaybı*” kurumunun yokluğun tespiti davasında uygulanabileceği kabul edilse dahi söz konusu Yargıtay kararına konu somut vakıada uygulanması yine de mümkün değildir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere “*sessiz kalma nedeniyle hak kaybı*” ve buna paralel dava açma hakkının kötüye kullanılması mahkemelerce titiz uygulanmalı ve bir haksızlığın aracı haline gelmemelidir. Bu sebeple dava açma hakkının kötüye kullanıldığı yönünde savunma yapan kişilerin kendi davranışlarının dürüstlük kurallarına ve hukuka uygun olması gerekir. Marka hukukundaki uygulama da zaten bu şekildedir. Ki kanun koyucu bu hususu “*sessiz kalma nedeniyle hak kaybı*”nın somut olarak düzenlediği Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 25'inci maddesinin altıncı fıkrasında açıkça vurgulamıştır. Söz konusu hükme göre, marka sahibinin sessiz kalma nedeniyle hak kaybına uğraması için sonraki tarihli marka tescilinin kötünietli olmaması gerekir. Yani sonraki tarihli marka tescili kötünietli ise marka sahibi hükümsüzlük davası açması bakımından sessiz kalma nedeniyle hak kaybı yaşamaz. Somut vakıada sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararlarının yoklukla malûl olmasına diğer ortak G.C. davacının imzasını taklit ederek sebebiyet vermiştir. Bu genel kurul kararları neticesinde G.C.'nin şirketteki pay oranı peyderpey artmıştır.

Yani G.C. hem hukuka aykırı hareket etmiş hem de bundan bir menfaat temin etmiştir. Unutulmamalıdır ki, kimse kendi kusurundan menfaat temin edemez. Kendisinden beklenen hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun davranma yükümlülüğünü ihlâl eden kişilerin karşı tarafın hakkını kötüye kullandığı yönünde bir savunma yapmaları, başlı başına hakkın kötüye kullanımudur ve hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır.

SONUÇ

Çalışmamıza ilişkin çıkardığımız sonuçlar şu şekildedir:

Anonim ve limited şirket genel kurul kararı kurucu şekli unsurları düzenleyen emredici hükümlere aykırı ise o karar yok hükmündedir. Yok hükmünde olan genel kurul kararları şeklen dahi meydana gelmemiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nun toplantı ve karar nisaplarına veya çağrısız genel kurula ilişkin hükümlerine aykırı alınan genel kurul kararları yok hükmündedir.

Genel kurul kararının şekli kurucu unsurları mevcut ama geçerlilik şartları eksik ise o karar batıldır.

Bir genel kurul kararının yok hükmünde veya batıl olduğunun tespiti her zaman talep edilebilir. Söz konusu iki hükümsüzlük hali arasındaki temel fark, hakkın kötüye kullanılması yasağı bağlamında ortaya çıkar. Butlanın aksine yokluğun tespitinin dava edilmesi halinde karşı tarafın yani davalının, davacının hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlâl ettiğini ileri sürmesi mümkün değildir.

Çalışma konumuzu teşkil eden Yargıtay kararına konu somut olayda, çağrısız toplanan limited şirket genel kurul toplantılarına ortaklardan biri katılmamış, diğer ortak toplantı tutanağına katılmayan ortağın imzasını taklit ederek kararların alınmasını sağlamıştır. Yani bu kararlar Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen nisaplara ve çağrısız genel kurula ilişkin ilkelere uygun alınmamıştır. Dolayısıyla bu kararlar yok hükmündedir. Genel kurul toplantısına katılmayan ve imzası taklit edilen ortak, söz konusu kararların yokluğunun tespiti için dava açmış, ilk derece mahkemesi de dava konusu genel kurul kararlarının yok hükmünde olduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ise genel kurul karar tarihlerinden uzun süre geçtikten sonra yokluğun ve butlanın tespiti davası açılmasının hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali anlamına geleceği gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Söz konusu kararına bakıldığında Yargıtay'ın, hak sahibinin, dava açma noktasında uzun süre sessiz kalmasının onun dava açma hakkından vazgeçtiği şeklinde yorumlanması gerektiği sonucuna vardığı ve böyle bir sonuca varıldıktan sonra dava açılmasının ise Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi bağlamında korunamayacağı kanaatinde olduğu görülmektedir.

Kanaatimizce Yargıtay'ın “*sessiz kalma nedeniyle hak kaybı*” müessesesini yok hükmünde olan genel kurul kararları için uygulaması hatalıdır. Zira aksini düşünmek, “*yok*” hükmünde olan genel kurul kararlarının belli bir zaman geçtikten sonra “*var*” olması sonucunu doğurur. “*Yok*” olan bir şeyin zamanla “*var*” olması hukuken ve mantıken mümkün değildir.

Bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması yasağı ilkesi mahkemelerce titiz uygulanmalı ve haksızlığın aracı haline gelmemelidir. Yani bu yasağın ihlali yönünde savunma yapan kişilerin kendi davranışlarının dürüstlük kurallarına ve hukuka uygun olması gerekir. Fakat Yargıtay'ın mezkûr kararı vesilesi ile genel kurul kararlarının yok hükmünde olmasına neden olan ortak, hakkın kötüye kullanılması yasağı aracılığı ile menfaat temin etmiştir. Başka bir deyişle, kendi kusurundan menfaat temin etmiştir. Bunun ise hukuk düzenince korunmayacağı izahtan varestedir. Bu sebeplerle çalışma konumuzu oluşturan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin kararının hukuken isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut** (2001) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, Beta.
- Akyol, Şener** (2006) “Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem ile Çelişkili Davranış Yasası)”: Ünal, Mehmet (Editör), Fikret Eren’e Armağan, Ankara, Yetkin, s. 77-96.
- Antalya, Gökhan** (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul, Legal.
- Antalya, Gökhan/Topuz, Murat** (2015) Medeni Hukuk, İstanbul, Legal.
- Aytaç, Zühtü** (1982) Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Bahtiyar, Mehmet** (2020) Ortaklıklar Hukuku, 14. Baskı, İstanbul, Beta.
- Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan** (2013) Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa, Dora.
- Böckli, Peter** (2009) Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung – unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, 4. Auflage, Zürich, Schulthess.
- Deryal, Yahya** (2000) Ticaret Hukuku, 4. Bası, Trabzon, Derya.
- Domaniç, Hayri/Arslanlı, Halil** (1989) Türk Ticaret Kanunu Şerhi C.III, İstanbul.
- Edis, Seyfullah** (1979) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, Ankara Üniversitesi.
- Erdoğan, Abdullah** (2013) “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, GÜHFD, C.XVII, Y.2013, S. 3, s. 39-60.
- Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Hatemi, Hüseyin** (2011) Medeni Hukuk’a Giriş, 5. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Kendigelen, Abuzer** (2016) Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler, 3. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Kılıçoğlu, Ahmet** (2003) Borçlar Hukuku, 3. Bası, Ankara.
- Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar** (2016) Anonim Şirketler Hukuku C. 2/2, Genel Kurul Kararlarının

- Hükümsüzlüğü, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü.
- Kocayusupaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir** (2014) Borçlar Hukuku C.1, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Baskı, İstanbul, Filiz.
- Korkut, Ömer** (2012) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararlarının Butlanı, Adana, Karahan.
- Moroğlu, Erdoğan** (2017) Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 8. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Narbay, Şafak** (2006) “TTK Tasarısı'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunu Toplantıya Davete Yetkili ve Görevli Olanlara İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, HPD 2006, S. 7, s. 168-181.
- Nomer, Haluk Nami** (2008) Kişi Birliklerinde Genel Kurul Kararlarının Geçersizliğine İlişkin Temel Esaslar, İstanbul, Seçkin.
- Oğuzman, M. Kemal** (1985) Medeni Hukuk Dersleri, 5. Bası, İstanbul.
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami** (2016) Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 22. Bası, İstanbul, Vedat.
- Oğuzman, M. Kemal /Öz, Turgut** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 17. Bası, İstanbul, Vedat.
- Orbay Ortaç, Nurdan/ Al Kılıç, Şengül** (2018) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Genel Kurula Katılması, TFM, 2018, C. 4, S. 2, s. 211-238.
- Önder, M. Fahrettin** (2005) “Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, DEÜHFD, C. 7, S. 1, s. 103-126.
- Pekcanitez, Hakan** (2017), Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, Onikilevha.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Camoğlu, Ersin** (2014) Ortaklıklar Hukuku C. 1, 13. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Pulaşlı, Hasan** (2013) “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı Ve Müeyyidesi”, GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, s. 885-898.
- Pulaşlı, Hasan** (2017) Şirketler Hukukunun Esasları, 5. Baskı, Ankara, Adalet.
- Reisoğlu, Safa** (2004) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul, Beta.
- Saka, Zafer** (2004) Anonim Ortaklıklarda Genel Kurul, İstanbul, Vedat.

- Schott, Bertrand** (2009) Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zürich/St. Gallen, Dike.
- Şener, Oruç Hami** (2019) Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Tanrıver, Süha** (2018) Medeni Usul Hukuku Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, C. I, Ankara, Yetkin.
- Tekil, Fahiman** (1981) Borçlar Hukuku, İstanbul.
- Tekinalp, Ünal**, "*Genel Kurul Kararlarının Butlanında Anonim Ortaklığa Özgü Sebeplerin Kabulü İhtiyacı*", BATIDER, C. XXV, S. 4, s. 5-16.
- Tekinay, Selahattin Sulhi** (1984) Medeni Hukuka Giriş Dersleri, 4. Bası, İstanbul.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla** (1993) Borçlar Hukuku 7. Bası, İstanbul.
- Truffer, Roland/Dubs, Dieter** (2012) Artikel Kommentar zu OR Art. 698-706b,[içinde: Basler Kommentar Obligationenrecht II, Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Watter, Rolf], Basel, Helbing&Lichtenhahn.
- Turanlı, Hüsnü** (2013) "Yeni Türk Ticaret Kanunu Işığında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Hükümsüzlüğü", GÜHFD, C. XVII, S. 1-2, s. 939-960.
- von Tuhr, Andreas** (1983) Borçlar Hukuku C. 1-2, , Ankara, Yargıtay, (Çeviren: Edege, Cevat).
- Uyar, Talih** (2000) "Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet)" Kuralı (MK.2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK.2/II)": Zafer Gören Ataysoy(Editör), Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, s. 439-465.
- Üçışık, Güzin/Çelik, Aydın** (2013) Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. 1, Ankara, Adalet.
- Yüce, Onur Alber** (2015) Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, 2. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Zeytin, Zafer/Ergün, Ömer** (2017) Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

KURUMSAL YÖNETİM ARACI OLARAK BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ: TAM BAĞIMSIZLIK MÜMKÜN MÜ?

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Kübra KANDEMİR*

ÖZET

Dünya genelinde kurumsal yönetim alanında benimsenmiş bir yönetim aracı olan bağımsız yönetim kurulu üyeliği uygulamasına, ülkemizde de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve Kurumsal Yönetim Tebliği No. II-17.'nin ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkelerinde yer verilmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin Sermaye Piyasası Kanunu mevzuatında yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, halka açık şirketlerinin yönetim kurullarında en az iki üyenin icrada görev almayan bağımsız üyeden oluşması öngörülmüştür. Bağımsız yöneticilerin yönetim kurullarındaki temel rolü, icradan sorumlu olan üyelerin faaliyetlerini izlemek ve şirket stratejisinin geliştirilmesine katkıda bulunmaktır. Bu çalışmada, bağımsız yönetim kurulu üyeliği için tasarlanan temel işlevleri özellikle yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerinin olduğu şirketler açısından sorgulanmıştır. Bu kapsamda, bağımsız yönetim kurulu üyeliğinin etkinliğinin önündeki başlıca engeller tespit edilmiştir. Ayrıca, bu çalışmada tam bağımsızlık için öne sürülen azlığın yönetim kurulunda temsil edilmesi önerileri irdelenmiş ve bu önerilerin eksik yanları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kurumsal Yönetim, Yönetim Kurulu, Bağımsız Üyeler, Kurumsal Yönetim İlkeleri, Yönetimde Temsil.

* İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, haticekubra.kandemir@ikc.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9722-1798, (Geliş Tarihi: 27.02.2020 – Kabul Tarihi: 01.05.2020).

INDEPENDENT BOARD MEMBERSHIP AS A CORPORATE GOVERNANCE TOOL: IS FULL INDEPENDENCE POSSIBLE?

ABSTRACT

In the field of corporate governance, independent board membership as a management tool adopted around the world; in our country, it is included in the Capital Markets Law and the Corporate Governance Principles in the annex of the Communiqué No. II-17.1. The Turkish Commercial Code numbered 6102 states that the Capital Markets Law provisions regarding the independent board members will be applied. Accordingly, it is required that at least two members of the board of directors of the public companies will be independent who do not have any executive duties. The main role of independent directors in the board is to monitor the activities of the executive members and to contribute to the development of the company strategy. In this study, the basic functions designed for the independent board membership are questioned especially in terms of the companies with controlling shareholders. In this context, major obstacles to the effectiveness of independent board membership have been identified. In addition, in this study, representation of the minority shareholders proposals for full independence in the board were examined and the shortcomings of these proposals were evaluated.

Keywords: Corporate Governance, Board of Directors, Independent Members, Corporate Governance Principles, Representation on the Board.

GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'na göre, anonim şirketlerin temsil ve idaresi yönetim kurulları eliyle yürütülür. Yönetim kurulu, şirketin işletilmesiyle ilgili ve genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında her konuda karar almaya yetkilidir (TTK, m. 374). Kanun, hem genel kurulun hem de yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerini belirlemiştir (TTK, m. 408, 375). Böylece, bir anonim şirket bünyesinde oluşturulan bu iki zorunlu organ arasındaki görev ve yetki dağılımının sınırları kanunla belirlenmiştir.

Yönetim kurulunun temel işlevi, şirketin üst düzeyde yönetimi ve gözetimi ile şirketin yönetim teşkilatının oluşturulmasıdır (TTK, m. 375). Bu kapsamda, yönetim kurulu, genel müdür ve yardımcılarını atayabilir, görevden alabilir (TTK, m. 375/1/d). Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, bu görevlerini yerine getirirken, tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket ederek şirketin menfaatlerini korumakla yükümlüdür (TTK, m. 369). Bu özen yükümlülüğüne uyma şartıyla, yönetim kurulu şirketin işleri ile ilgili tarafsız ve bağımsız karar verebilme özgürlüğüne de sahip olmalıdır.¹ Şirketin yönetsel performansının idaresini etkili bir şekilde yapabilmesi için, yönetim kurulunun objektif karar alma kabiliyetinin bulunması gerekir. Bir diğer ifade ile yönetim kurulu kendi görev ve yetki sınırları içerisinde kalan konularda, belirli bir kişi, grup veya bir organın tesiri olmadan, bağımsız karar alabilmelidir. Yönetim kurulunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı, icradan sorumlu yönetici ve yönetim kurulu başkanlığı görevlerinin birbirinden ayrılması ile mümkün kılınabilir. İki görevin birbirinden ayrılması, uygun bir güç dengesi sağlanmasına, hesap verebilirliğin artırılmasına ve yönetim kurulundan bağımsız karar alma kabiliyetinin artırılmasına hizmet edecektir.² Yönetim kurulunda kararların alınmasında farklı görüşlerin değerlendirilip değerlendirilmediği ya da yönetim kurulu kararlarının sorgulamaya açık olup olmadığı yönetimin etkinliğinin ölçülmesinde dikkate alınan kriterlerdir. Dolayısıyla, yönetim kurulu başkanı ve genel müdür görevlerinin birbirinden ayrılması yönetim kurulu kararlarının sorgulanma kalitesinin artırılmasına

¹ OECD (2016), G20/OECD Principles of Corporate Governance (Turkish version), OECD Publishing, Paris. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264236882-en>> s.e.t. 21.02.2020

² OECD, s. 57.

hizmet edebilir.³ KY İlkeleri'nde yönetim kurulu başkanı ile icra başkanı/genel müdürün aynı kişi olmaması gerektiği hususu, “*şirkette hiç kimse tek başına sınırsız karar verme yetkisi ile donatılmamalıdır*” görüşüyle ifade edilmiştir (m. 4.2.5).⁴

Yönetim kurulunun tarafsız olması, hakim bir hissedarın yönetim kurulu ve yönetimi atama konusunda önemli etkileri olduğu şirketlerde daha da önem kazanır. Bu tür yönetim kontrolünü⁵ elinde bulunduran pay sahiplerinin olduğu şirketlerde, yönetim kurulunun tarafsızlığı, yeterli sayıda kurul üyesinin yönetimden *bağımsız* olmasını gerektirmektedir. Bağımsızlık, yeterli sayıda üyenin şirket veya iştirakleri tarafından istihdam edilmemesini ve önemli ekonomik, aile veya diğer bağlarla şirket veya yönetimiyle yakından ilişkili olmamasını ifade eder. Bağımsız üyeler, icrada yetkisi ve görevi olmayan yönetim kurulu üyeleri arasından seçilir (KY İlkeleri, m. 4.3.3). KY İlkeleri, halka açık anonim ortaklıklarda icrada görevli olan – olmayan üye yapılanmasını zorunlu hale getirmiştir. Buna göre, yönetim kurulunun çoğunluğunu icrada görevli olmayan üyeler oluşturur (m. 4.3.2). İcra yetkisi olan üyeler, şirketin günlük işlerinde aktif rol oynarken yönetim işlerine daha fazla mesai harcarlar;⁶ icra yetkisi olmayan üyeler ise, yönetim kurulu bünyesinde yönetimi gözetleme ve denetim görevlerini yerine getirirler, ancak şirketin günlük işleri ile ilgili görev almazlar ve aktif yönetime katılmazlar.⁷

³ **Argüden, Yılmaz** (2009) Boardroom Secrets: Corporate Governance for Quality of Life, Palgrave Macmillan.

⁴ Ancak, KY İlkeleri bu yetkilerin ayrıştırılması gereğini ifade etmiş olsa da, bu yetkilerin birleşmesini yasaklamamıştır. Sadece, yönetim kurulu başkanı ve icra başkanının aynı kişi olmasına karar verilmesi durumunda bu hususun gerekçesiyle birlikte KAP 'ta açıklanması zorunlu tutulmuştur (m. 4.2.6).

⁵ SerPKn m. 26(2) hükmü uyarınca, “*ortaklığın oy haklarının yüzde ellisinden fazlasına tek başına veya birlikte hareket ettikleri kişilerle beraber, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması ve yönetim kurulu üye sayısının salt çoğunluğunu seçme veya genel kurula söz konusu sayıdaki üyelikler için aday gösterme hakkını veren imtiyazlı paylara sahip olunması*” yönetim kontrolünün varlığı olarak kabul edilir.

⁶ **Gürbüz Usluel, Aslı E.** (2019) “İcra Kurulu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 142, s. 373.

⁷ **Aksoy, Mehmet Ali** (2013) “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:17, S:1-2, s. 54.

Yönetim kontrolünü elinde bulunduran hakim hissedarların bulunduğu şirketlerde, yönetim kurulu, sermayenin çoğunluğunu elinde bulunduran hakim grubun talimatlarına göre hareket etmek durumunda kalabilir. Yönetimsel karar sürecinin hakim hissedarların çıkarlarına öncelik verdiği şirketlerde küçük hissedarların haklarının istismarı riski vardır.⁸ Bu tip şirketlerde ayrıca şirket menfaatine aykırı kararların alınması da muhtemeldir. Hakim grubun şirket varlıklarını bireysel çıkarları uğruna kullandığı durumlar genel olarak şu yöntemler izlenerek ortaya çıkar: (i) ilişkili-taraf-işlemleri yoluyla; kontrol ettikleri şirketlere, kendileri için uygun şekilde mal veya hizmet satmak (veya almak), (ii) hisse senedi işlemleri yoluyla; pay sahiplerinden piyasa fiyatının altında hisse senedi satın alma, ve (iii) yüklü ödemeler yoluyla; hakim hissedarlara veya aile şirketlerine yüklü tazminat ve ikramiye ödemeleri yaparak.

Yöneticilerin ve hakim hissedarların bu tür fırsatçı davranışlarını engellemek üzere ortaya konmuş kurumsal yönetim stratejilerinden biri “*güvenilir kişi (vekil) stratejisi*”dir (*trusteeship strategy*). Bu strateji, ekonomik teşviklerin yokluğunda yöneticilerin etik/ahlaki ve itibari teşviklere cevap vereceğini ve bu nedenle şirketi pay sahiplerinin çıkarları doğrultusunda yönetme olasılıklarının daha yüksek olduğunu varsaymaktadır.⁹ Güvenilir kişi stratejisinin bilinen bir örneği yönetim kurullarında görevlendirilen bağımsız üyelerdir. Bağımsız yöneticilerin, kontrolörlere bireysel çıkar sağlayan eylemlerden kişisel olarak faydalanmayacaklarından dolayı karar alırken vicdani ve itibari teşvikler tarafından daha güçlü bir şekilde yönlendirilebilecekleri varsayılır. Bu doğrultuda, KY İlkeleri, yönetim kurullarında bağımsız yöneticilerin görevlendirilmesini öngörerek ve teşvik ederek, bireysel çıkarlara hizmet eden kararların alınmasında bağımsız üyelere başvurulmasını ve çıkar çatışmasının oluşmasını önlemeyi amaçlar.

Bu makalede bağımsız yöneticilerin kurumsal yönetimdeki rolü ve işlevi özellikle hakim hissedarların bulunduğu şirketler açısından

⁸ **Armour, John/Hansmann, Henry/Kraakman, Reiner** (2009) European Corporate Governance Institute, Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement, Law Working Paper No. 135/2009, November <<https://ssrn.com/abstract=1436555>> s.e.t. 21.02.2020

⁹ **Armour/Hansmann/Kraakman**, s. 10.

değerlendirilecektir. Bağımsız yöneticilerin özellikle izleme ve denetim işlevlerini gerçekleştirmelerinin önündeki engeller tespit edilerek bağımsızlığının güçlendirilmesi yönünde alternatif öneriler değerlendirilecektir.

I. DÜNYA'DA BAĞIMSIZ ÜYELER

Bağımsız yöneticiler, dünya genelinde iyi kurumsal yönetim ile bağlantılı bir araç olarak kabul edilmektedir. Ancak, dünya genelinde kabul edilen ve uygulanan tek bir bağımsız yönetici tanımı ve buna göre oluşturan bir sistem yoktur. Bir kurumsal yönetim aracı olarak, yönetim kurullarında bağımsız yöneticilerin istihdam edilmesi uygulaması, ülkelerin kendilerine özgü hukuki ve kurumsal yapılarına bağlı olarak değişiklik gösterebilir.¹⁰

A. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ (ABD)

ABD'de bağımsız üyelik sisteminin, iki farklı probleme çözüm olarak geliştirildiği ifade edilebilir. Birincisi, yöneticilerin kendi menfaatlerine ya da hakim hissedarların çıkarlarına hizmet etmelerini engellemek, buna karşılık pay sahiplerine ve onların amaçlarına sadık kalmalarını sağlamaktır.¹¹ İkincisi ise, şirketin kamuyu aydınlatma ve şeffaflık açıklamalarının güvenilirliğini artırmaktır. İlk amaca yönelik olarak, CEO'nun yönetim kurulu üzerindeki etkisini azaltmak amacıyla, bağımsız üyelerin yönetim kurullarında yer verilmesi gündeme gelmiştir. ABD'de yönetim kurulları, CEO'nun gücünü kontrol eden ve dengeleyen bir kuruldan ziyade genellikle CEO'nun güdümünde kalmıştır.¹² Bunun nedeni, CEO'ların yönetici seçimi üzerinde önemli bir etkiye sahip olmasıdır. Bu durumu ortadan kaldırmak üzere,

¹⁰ **Spiegel, Torsten** (2018) Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Independent Directors in Japan: Changing Corporate Governance, Research Paper Series No. 18/23, s. 96. <<https://ssrn.com/abstract=3299495>> s.e.t. 21.02.2020.

¹¹ **Gordon, Jeffrey N.** (2007) "The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices", Stanford Law Review, 59, s. 1469.

¹² **Becht, Marco/Bolton, Patrick/Röell, Ailsa** (2007) "Corporate Law and Governance": Polinsky, A. Mitchell & Shavel, Steven (editörler), A Handbook of Law and Economics, Volume 2, Elsevier, s. 859.

ABD’de Sarbanes - Oxley Yasası (2002) ve borsa listeleme standartları ile sermayesi dağılık olan şirket yönetim kurullarının çoğunluğunun bağımsız yöneticilerden oluşması öngörüldü.

Bağımsız yöneticiler, yönetici ücretleri ve tazminatı, denetçi atanması ve belirli aday gösterme kararları gibi pay sahipleri ile yönetim arasında çıkar çatışması doğurabilecek meselelerle ilgili karar vermekle sorumludur. ABD’de bağımsız yönetici sayısı, yasal teşvikler ve federal düzenlemeler nedeniyle zaman içinde önemli ölçüde artmıştır.¹³ Örneğin, NYSE Listeleme Kuralları, yalnızca bağımsız üyelerden oluşan bir ücret komitesi kurulmasını öngörür (section 303A.01). Bunun yanı sıra, borsadaki her şirketin bir denetim komitesi oluşturması ve her üyenin bağımsızlık şartını yerine getirmesi gerekmektedir.

B. DİĞER DEVLETLER

AB düzeyinde bağımsız yöneticiliğin tanımı ve işlevi konusunda belirli bir seviyede mutabakata varıldığını söylemek yanlış olmaz. AB Komisyonu 2005 yılında yayınladığı bir tavsiye metninde, üye ülkelerin, yöneticilerin hakim pay sahiplerinden bağımsız olmalarını gerektiren kurumsal yönetim standardını benimsemeleri gereğine yer verdi.¹⁴ Buna göre, üye devletler, aşağıda sıralanan düzenlemelerden birini veya daha fazlasını kabul etmiştir. İlk olarak, üye ülkelerin halka açık şirket yönetim kurullarında bağımsız yöneticilere yer vermeleri gerekmektedir. İkincisi, bağımsız yöneticiler, yönetimin ve hakim pay sahiplerinin gözetiminde aktif rol oynayan komitelerde görev almalıdır. Üçüncüsü, bağımsız yöneticilerin özellikle ilişkili taraf işlemlerini incelemede etkin bir rol oynaması sağlanmalıdır. Bu düzenlemelere göre, Avrupa’da bağımsız yöneticilerin öncelikle şirketin denetim komitesinde görev alması beklenir.¹⁵ Buna göre, üye

¹³ Gordon, s. 1495.

¹⁴ European Commission Recommendation 2005/162/EC of 15 Feb. 2005, 2005 O.J. (L 52) 52, 63.

¹⁵ Spiegel, s. 96.

devletlerarasında, denetim komitelerinin çoğunluğu (veya üçte ikisi) veya üyelerin tamamının bağımsız üyelerden oluşması öngörülmektedir.¹⁶

İngiltere Kurumsal Yönetim Kodu, bağımsız yöneticilerin görevlendirilmesi şartını sadece Ana Pazardaki (Main Market) en değerli borsa şirketleri için getirmiştir. Hakim bir yapının sermayenin bir bölümünü veya çoğunluğunu elinde tuttuğu şirketler, İngiltere Ana Pazarında nadir de olsa yer almaktadır. Bu tür şirketlerdeki azlık statüde yer alan pay sahiplerini korumak üzere yönetim kontrolünü elinde bulunduranların şirket üzerindeki etkisinin kısıtlanmasını sağlamak üzere bağımsız yöneticilerin görevlendirilmesi öngörülür. Böylece, hakim hissedarların etkisi, bağımsız yöneticiler vasıtası ile sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Bağımsız üyelerin temel rolü, AB düzenlemeleri ile paralel doğrultuda, ilişkili-taraf-işlemlerinin onaylanmasıdır. İngiltere sermaye piyasasında sorumlu otorite olan FCA tarafından yayınlanan Listeleme Kuralları, ilişkili taraf işlemleri için genel kurul onayını şart koşar; ancak genel kurul onay şartı bir eşığe tabidir.¹⁷ Bağımsız yönetici görevlendirmesi yapılmadığı takdirde, ilişkili taraf işlemleri ile ilgili hükümler, söz konusu eşikler kaldırılmış olarak uygulanır. Dolayısıyla, bağımsız yöneticilerin görevlendirilmediği hallerde, şirket ile kontrolör arasındaki işlemler, herhangi bir eşik değer aranmadan, genel kurul onayına sunulacaktır. Bu durum, yönetimi kontrolünü elinde bulunduran pay sahipleri için etkili bir yaptırım olarak görülür.¹⁸

¹⁶ **Ferrarini, Guido/Filippelli, Marilena** (2014) European Corporate Governance Institute, Independent Directors and Controlling Shareholders around the World, Law Working Paper No. 258/2014, ss. 23-27. <<https://ssrn.com/abstract=2443786>> s.e.t. 21.02.2020.

¹⁷ Genel kurul onayının aranması için, işlemin şirketin varlıklarının, cirosunun, karının veya piyasa değerinin %5'ine eşit veya bu değeri aşması gerekir. Bu eşığın altında ancak %0.25'lik bir eşığın üzerindeki işlemler için genel kurul onayı aranmaz ancak bu durum kamuya açıklanmalıdır. Bkz. **Financial Conduct Authority (FCA)**, Listing Rules (2014) Listing Regime Enhancements, Instrument. <https://www.handbook.fca.org.uk/instrument/2014/FCA_2014_33.pdf> s.e.t. 21.02.2020.

¹⁸ **Davies, Paul** (2019) "Related Party Transactions: UK Model": Enriques, L. & Tröger, T. (editörler), The Law and Finance of Related Party Transactions International Corporate Law and Financial Market Regulation, Cambridge, Cambridge University Press, ss. 361-399.

Alman Kurumsal Yönetim Kodu (German Corporate Governance Code - GCGC) İngiltere örneği olan ‘uygula ya da açıkla’ prensibini benimsemiştir. Ancak GCGC, aynı zamanda Alman Anonim Şirketler Kanunu’na (German Stock Corporation Act) da dahil edilmiştir. Dolayısıyla, halka açık şirketler, Alman Kurumsal Yönetim Koduna uyum raporlarını açıklama veya Kodun tavsiyelerinden ne ölçüde ve niçin saptıklarını açıklama konusunda yasal yükümlülük altındadırlar.¹⁹ Alman kurumsal yönetim sistemi iki-kısımlı yönetim organı yapısına sahiptir; bunlar yönetim kurulu ve denetim kuruludur. Yönetim kurullarının bağımsızlıkları ile ilgili olarak ise, Kod herhangi bir oran telaffuz etmez ancak denetim kurullarında “*yeterli sayıda*” bağımsız üyenin bulunmasını şart koşar (GCGC, m. 5.4.2). Denetim kurulunun bağımsızlığının, yönetime karşı izleme ve gözetim fonksiyonunu güçlendirmesi beklenmektedir.²⁰

II. TÜRK KURUMSAL YÖNETİM SİSTEMİNDE BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

A. HUKUKİ YERİ

Bağımsız yönetim kurulu üyeliği 6762 sayılı TTK ’da düzenlenmemiştir. Bağımsız yöneticiler ile ilgili ilk düzenleme SPK Kurumsal Yönetim İlkelerinde yer almıştır. 6102 sayılı TTK ’da ise bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin SPK mevzuatında yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir (TTK, m. 360). SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri’ne göre, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu icrada görevli olmayan üyelerden oluşur ve bu üyeler arasında, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine sahip bağımsız üyeler bulunur (KY İlkeleri, m. 4.3.2, 4.3.3). İcrada görevli olmayan ve bağımsız üyeler, şirketin herhangi bir hissesini elinde bulundurmadan yönetim kurulu üyesi olan gerçek bir kişidir. Bağımsız

¹⁹ **Du Plessis, Jean J./Saenger, Ingo** (2017) “An Overview of Corporate Governance Debate in Germany”: Du Plessis, Jean J./Lutterman, Claus/Sandrock, Otto/Großfeld, Bernhard/Saenger, Ingo/Casper, Matthias (editörler), German Corporate Governance in International and European Context, 3. Baskı, Springer, s. 40.

²⁰ **Spiegel**, s. 121.

yönetim kurulu üyelerinin yasal sorumluluğu da diğer üyeler ile aynıdır (TTK, m. 553).

B. TANIMI

Bağımsız yöneticiler, hakim (veya büyük) hissedarlarla veya şirketle, yönetim kurulundaki hizmetleri dışında hiçbir bağı olmayan yöneticiler olarak tanımlanabilir.²¹ Buna göre, şirketle belirli ekonomik bağlar da dahil olmak üzere, herhangi bir ilişki genellikle bir yöneticinin bağımsızlığını zedeleyebilecek unsur olarak kabul edilir. Bağımsız yöneticilerin tanımında yer verilen unsurlar genellikle, şirket ya da bağlı kuruluş ile olan maddi ilişkilere odaklanmıştır. Son yıllarda bağımsızlığın tanımı, ana şirket veya iştiraklerle olan iş ilişkilerinin yanı sıra şirket veya yönetimi ile belirli kişisel bağları içerecek unsurlara da yer verecek şekilde genişletilmiştir.

OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde yer verilen bağımsızlığı kaybettiren durumlar olumsuz şartlar olarak nitelendirilir. Bu olumsuz şartların, gerçek bağımsızlığı artırmaya yönelik bağımsızlığın niteliğini ve mahiyetini ortaya koyan örneklerle tasvir edilmesi tavsiye edilir.²² Örneğin, yönetim kurulunda yeterli sayıda üyenin, şirket veya iştirakleri tarafından istihdam edilmemesi ve şirket veya yönetimiyle esaslı, ekonomik, aile veya diğer bağlarla yakın ilişki içerisinde olmaması önerilir. Olumsuz şartlara göre, ana hissedar olmak veya pay sahibi bir tüzel kişi ise o şirkette yönetici konumunda olmak bağımsızlığı zedeler. Burada ana hissedar olma tanımı önemlidir. Genellikle, ana hissedar oy kullanma haklarının en az %10'unu elinde tutan hissedar olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu tanıma karşılıklı tutulan hisseler dahil edilmediğinde problem ortaya çıkabilir. Örneğin, birbirine bağlı şirketlerde %10'dan daha düşük olan karşılıklı hisselerle sahip olan ortakların temsilcilerinin bağımsız olarak değerlendirilmemesi gerekir. Dolayısıyla, şirket ile herhangi bir yolla menfaat çatışması içerisinde olan kişilerin bağımsız yönetici olamayacağı kabul edilir.

²¹ TÜSİAD (2010) "Yönetim Kurulları için Kurumsal Yönetim Prensipleri", Temmuz 2010, Yayın No. 2010/06-502, İstanbul, s. 15

²² OECD, s. 58.

C. NİTELİKLERİ

İcrada görevli olmayan üyelerin niteliğinin kurumsal yönetim standartlarının belirlenmesinde ve korunmasında özel bir önem taşıdığına inanılmaktadır.²³ Kimlerin bağımsız üyeliğe aday gösterilebileceği, kurumsal yönetim ilkelerinde şekil şartları olarak sıralanmıştır. Esas olarak, bağımsızlıktan kasıt, bir adayın şirket yönetimde fiilen yer almaması, ve şirketin yönetimine diğer şekillerde de dahil olmaması durumudur; örneğin, payların önemli bir bölümünü elinde tutmaması gibi.

Halka açık anonim ortaklıkların yönetim kurullarında görev alacak olan bağımsız üyelerin görevleri ile ilgili yasal düzenlemeler SPK'nın yayımladığı ilgili tebliğler ile Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde yer almaktadır. Bağımsız yöneticilerin taşınması gereken kriterler ile ilgili detaylar KY İlkeleri m. 4.3.6 altında (a)'dan (h)'ye kadar 10 maddede sıralanmıştır. Buna göre, yönetimi izlemeye ek olarak, bağımsız yöneticilerin şirket faaliyetlerine olumlu katkıda bulunabilecek tavsiyede bulunmaları, şirket ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını izlemeleri ve azlık pay sahipleri ile diğer menfaat sahiplerinin görüşlerini temsil etmeleri beklenmektedir (KY İlkeleri, m. 4.3.6/e). Bu kapsamda, bağımsız üyelerden yönetimi izlemekle birlikte gerektiğinde şüphe duyması (doğruluğunu sorgulaması), kararlarına karşı çıkması (itiraz etmesi) ve şirket stratejisine objektif katkıda bulunması beklenmektedir.

KY İlkelerinde yer verilen bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sahip olması gereken niteliklere göre, bağımsız üyeler; şirket işlerinin yönetiminde doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir görev üstlenmeyen (m. 4.3.6/a), Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmasa da, görevi süresince Türkiye'de yerleşik gerçek kişi olmalı (m. 4.3.6/d), kamu kurum ve kuruluşlarında çalışıyor ise, yarı zamanlı statüye geçmelidir. Üniversite öğretim üyeleri bu şarttan muaf tutulmuştur (m. 4.3.6/c).

Bunun dışında, bağımsız üyenin kendisi, eşi ve ikinci dereceye kadar olan akrabalarının yönetim kurulu üyesi olarak görev yapacağı şirketle veya şirketin ilişkili tarafları veya bu şirketin yönetim kontrolüne sahip olduğu

²³ **Higgs, Derek** (2002) *Review of the Role and Effectiveness of Non-Executive Directors*, Consultation Paper, 7 June 2002, s. 8.

tüzel kişiler ile son beş yıl içinde herhangi bir ilişki içerisinde bulunmamalıdır (KY İlkeleri, m. 4.3.6/a). “*Önemli görev ve sorumluluklar üstlenecek yönetici pozisyonunda istihdam, sermaye veya oy haklarının veya imtiyazlı payların %5’inden fazlasına birlikte veya tek başına sahip olma ya da önemli nitelikte ticari ilişkiler*” ilişki kapsamında değerlendirilir.

Bağımsız üyenin ayrıca, son beş yıl içerisinde, görev yaptığı şirketin üst düzey hizmetlerini yürüten şirketlerde çalışmamış, %5 veya üzeri ortaklığı bulunmamış ve bu şirketlerin yönetim kurullarında yer alamamış olması gerekir (KY İlkeleri, m. 4.3.6/b). Bu hüküm, özellikle şirketin denetimini, derecelendirmesini veya danışmanlığını yürüten şirketlerin çalışanlarının ve yöneticilerinin, şirkete bağımsız üye olarak seçilmesini engellemek olduğu düşünülmektedir.²⁴

Bu niteliklerden birinin dahi aday üyede bulunmaması bağımsız üye seçilmeye engeldir.²⁵ Sonradan ortaya çıkacak bir durum nedeniyle bağımsızlığın ortadan kalkması durumunda ise üyelik kendiliğinden son bulur. Bu durumda, bağımsız üye, bağımsızlığı engelleyen durumu ve gerekçesini KAP ’ta açıklanmak üzere derhal yönetim kuruluna iletir (KY İlkeleri, m. 4.3.8).

KY İlkeleri’nde sayılan şekli bağımsızlık ölçütleri, bağımsız üyenin, şirkette sahip olabileceği azami payı belirleme, şirketle ilişkisi bulunan yakın çevresini tayin etmeye ve şirketten finansal anlamda bağımsızlığını temin etmeye hizmet ettiği söylenebilir.²⁶ Ancak, şekli anlamdaki bağımsızlıktan öte, gerçek anlamda bağımsızlık, yönetim kurulundaki üyelerin herhangi bir kişinin, grubun veya organın etkisi altında kalmadan özgürce karar verebilmesinin mümkün olabilmesini gerektirir. KY İlkeleri, bu gerekliliği “*bağımsız üyelerin görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme yeteneğine*” sahip olmak olarak açıklamıştır (KY İlkeleri, m. 4.3.3). Ancak,

²⁴ **Odman Boztosun, N. Ayşe** (2013) Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, Seçkin, s. 67.

²⁵ Bağımsızlık kriterlerinden bir veya birkaçını sağlamayan adayların bağımsız üye olarak seçilebilmesi için (i)haklı gerekçelerin varlığı, (ii) Kurul’un uygun görüşü, (iii)azami bir yıla kadar geçici bir süreyle sınırlı olmalıdır. Bkz. KY Tebliği, No: II-17.1, m. 6/5.

²⁶ **Odman Boztosun**, s. 61.

gerçek anlamda bağımsızlığın tespit edilmesi veya ölçülmesinin önünde bir takım zorluklar vardır. Örneğin, bir üyenin şekli bağımsızlık ölçütlerinden her birini sağlamasına karşın, herhangi bir nedenle verdiği kararları gereğince sorgulamıyor veya herhangi bir kişinin veya grubun etkisi altında kalıyor ise, kişi ‘görünürde bağımsızdır’ ancak ‘gerçekte bağımsızlık’ sağlanamamıştır. Örneğin, aynı uçağa ortaklaşa sahip olmak gibi raporlanamayan ikili yakın ilişkilerin varlığı (ya da aynı dünya görüşüne sahip olmak gibi sosyal bağların varlığı) durumunda gerçek bağımsızlıktan söz edilmesi mümkün olmayacaktır.²⁷ Bunun dışında, ilkelerde bağımsız üyelerin görev süresi ile ilgili bir üst sınır belirlenmemiştir. Dolayısıyla, üç yıllık görev süresi sona eren bağımsız yöneticilerin tekrar seçilmelerinin önünde bir engel yoktur. Uzun yıllara dayanan iş ilişkilerin bağımsızlığı zedeleyecek olması ihtimali bu bakımdan ihmal edilmiştir denebilir.

D. GÖREVLENDİRİLMESİ VE AZLI

Yöneticiyi atama ve azil yetkisi, kural olarak pay sahiplerine aittir. TTK m. 364’e göre; yönetim kurulu üyeleri, esas sözleşmeyle atanmış olsalar bile, gündemde ilgili bir hüküm bulunması veya gündemde madde bulunmasa bile haklı sebeplerin²⁸ varlığı halinde, her zaman genel kurul kararıyla görevden alınabilir.²⁹ Dolayısıyla, yöneticilerin ilk seçimi ve görevde kalmaları tamamıyla yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortaklara bağlı olacaktır.

SPK KY İlkelerinde, bağımsız üyelerin atanma prosedürüne yer verilmiştir. Buna göre, bağımsız üye adayları, aday gösterme komitesi

²⁷ **Sandys v. Pincus**, Supreme Court of Delaware, No. 157, December 5, 2016, WL 7094027. Ayrıca bkz. Bölüm IV, s. 15.

²⁸ Örneğin, yöneticinin yönetim kurulu için aranan şartlara sahip olmaması veya mazeretsiz olarak genel kurul toplantılarına katılmaması haklı sebep olabilir.

²⁹ Murahhas üyelerin azli ise TTK m. 375 gereğince, yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasındadır ve bunların görevden alınmaları, genel kurul tarafından değil, yönetim kurulu tarafından olmalıdır Bkz. **Orbay Ortaç, Nurdan/Al Kılıç, Şengül** (2018) “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Genel Kurula Katılması”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C:4, S:2, s. 211-238. Murahhas üyeler, yönetim ve temsil yetkisinin devredildiği üyelerdir ve bunlar genelde genel müdür veya müdür olarak görev yaparlar.

tarafından bağımsızlık ölçütlerini taşıyıp taşınamaması açısından bir değerlendirmeyi içeren bir raporla yönetim kurulunun onayına sunulur. Buna ek olarak, bağımsız üye adayı da bağımsız olduğuna ilişkin yazılı bir beyanı aday gösterme komitesine verir (KY İlkeleri, m. 4.3.7). Yönetim kurulu, aday gösterme komitesinin raporunu dikkate alarak hazırladığı bağımsız üye aday listesini genel kurula sunar.

Bu prosedürlere ek olarak, SPK Kurumsal Yönetim Tebliği, No. II-17.1, madde 5/a'ya göre 1. Grupta yer alan şirketler³⁰, bağımsız üye aday listesini genel kurula sunmadan önce, onay için SPK'ya göndermek zorundadır. Buna göre, genel kurul toplantısından en az 60 gün önce, bağımsız üye aday listesi, aday gösterme komitesinin raporu ve yönetim kurulu kararı ile birlikte Kurul'a gönderilir. Kurul, 4.3.6 numaralı ilkede belirtilen bağımsızlık kriterleri çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucunda varsa liste hakkında olumsuz görüşünü 30 gün içinde şirkete bildirir. Kurul'un olumsuz görüş bildirdiği kişi genel kurula bağımsız üye adayı olarak sunulamaz (KY İlkeleri, m. 4.3.7).

Bağımsız üye seçiminde hakim hissedarların etkisi yadsınamaz. Mevcut sistemde, bağımsız yöneticiler görevde kalma ve yeniden atanmayı garanti almak için yönetimi elinde bulunduran ortaklara riayet etmek durumunda kalmaktadır.³¹ Bunun yanı sıra, sosyal normlar gereği, kişilerin, kendisini belirli bir pozisyona yerleştiren bir kimseye karşı şükran duygusu hissetmeleri mümkündür. Bağımsız yöneticiler yönetime karşı tutum almaları gerektiğinde bu duyguya ters düşecekleri hissiyatı ile aksi yönde davranma baskısı hissedebileceklerdir. Tüm bunlar dikkate alındığında, hakim grup etkisi altındaki yönetim kurullarının bağımsız üye seçimi ve atamaları üzerindeki etkisini sınırlandırmak gereği ortaya çıkmaktadır. KY İlkeleri'nde belirtilen usulde, en büyük borsa şirketleri (1. Grup) için bağımsız üyelerin seçiminde

³⁰ KY Tebliği, No. II-17.1 kapsamında kurumsal yönetim ilkelerinden zorunlu olarak uygulanacak olanların belirlenmesi ve borsa şirketlerinin dahil oldukları gruplar, bu şirketlerin sistemik önemlerine göre piyasa değerleri ve fiili dolaşımdaki paylarının piyasa değerleri dikkate alınarak her yıl SPK tarafından belirlenir. 2020 yılı için borsa şirketlerinin dahil oldukları gruplar için bkz. <<https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2020&no=4>> s.e.t. 20.02.2020.

³¹ **Bebchuk, Lucian A./Hamdani, Assaf** (2017) "Independent Directors and Controlling Shareholders", *University of Pennsylvania Law Review*, C:165, S:6, s. 1286.

Kurul'un onayını almak bu etkiyi azaltmaya yönelik bir adım olarak nitelendirilebilir. Ancak, 2. ve 3. Grupta yer alan borsa şirketleri için belirlenecek bağımsız üyeler için Kurul onayı aranmaz (KY Tebliği, No. II-17.1, m. 5/5). Dolayısıyla, Kurul tarafından verilen bağımsızlık güvencesi sadece belirli büyüklükteki ve sınırlı sayıdaki borsa şirketleri için söz konusu olmaktadır. Bu durumda, halka açık statüde yer alan diğer anonim ortaklıklarda görevlendirilecek olan bağımsız üyelerin seçiminde, hakim pay sahiplerinin etkisini devam edeceğini kabul etmek yanlış olmayacaktır. Ancak, bağımsız üyenin KY İlkeleri'nde öngörülen bağımsızlık kriterlerini taşımadığı halde genel kurul tarafından seçildiğini düşünen pay sahipleri,³² bu genel kurul kararının iptalini dava edebilirler (TTK, m. 445). Hakim hissedarın bağımsız üyenin seçiminde ve atanması üzerindeki etkisini azaltacak bir diğer yöntem ise SPK'ya yapılacak itiraz başvurusudur. Sermayenin en az yüzde birini elinde bulunduran pay sahipleri, seçilmesi konusunda olumsuz oy kullandıkları bağımsız üye adaylarının seçilmesi halinde, Kurul'a bağımsızlık kriterlerine uyum ile ilgili ikinci bir inceleme yapması için başvurabilir.³³

III. KURUMSAL YÖNETİM ARACI OLARAK BAĞIMSIZ ÜYELİK

Bağımsız yöneticilerin yönetim kurullarındaki temel rolü icradan sorumlu olan üyelerin faaliyetlerini (yürütme faaliyetlerini) izlemek ve şirket stratejisinin geliştirilmesine katkıda bulunmaktır. Bu bağlamda, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin varlığının, bir şirketin faaliyetlerinin sürdürülebilirliğine değer kattığı ifade edilir.³⁴ Yönetim kurullarında sadece bağımsızlık unsuruna odaklanma uluslararası alanda çok fazla eleştiri almıştır. Bağımsız üyelerin varlığının şirket performansına olumlu katkısı olduğunu ileri süren çalışmalar olduğu gibi böyle bir ilişki olmadığını savunan

³² Pay sahiplerinin genel kurul kararının iptali için dava açabilmesi, toplantıda hazır bulunup karara olumsuz oy vermeleri ve bu muhalefetlerini tutanağa geçirtmeleri halinde mümkündür (TTK, m. 446/1/a).

³³ **Odman Boztosun**, s. 53.

³⁴ **Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance** (1992) The Cadbury Report.

çalışmalar da mevcuttur.³⁵ Dolayısıyla, yönetimin bağımsız olmasının hangi tür şirketlere ne derece faydalı olduğu ile ilgili literatürde henüz tam anlamıyla bir mutabakat yoktur. Yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması hala ABD başta olmak üzere gelişmiş ülkelerin çoğunluğunda norm olsa da, bağımsızlık kriterinin üyenin becerisi, deneyimi ve şirket ile ilgili bilgisi arasında “*uygun bir dengede*” olması gerektiği vurgulanmaktadır (bkz. Birleşik Krallık Kurumsal Yönetim Kodu, 2018; B.1). Diğer yandan, bağımsız yöneticilerde aranan bu nitelikler, bu yöneticilerin ne amaca hizmet edeceği diğer bir ifade ile bu yöneticilerden beklenen (veya onlar için tasarlanan) temel fonksiyonlar doğrultusunda değerlendirilmelidir. Örneğin, bağımsız yöneticilerin genel kurullarda hangi oranda görevlendirilmesi gerektiği hangi fonksiyona hizmet ettiklerine göre değişebilir. Benzer şekilde, bağımsız yöneticilerin izleme/gözetim ya da danışmanlık fonksiyonlarına göre bağımsızlık niteliğinin önem derecesi de farklılık gösterecektir.

A. DANIŞMA ROLÜ

Danışma işlevi, genel olarak, KY ilkelerinde belirtilen şirket faaliyetlerine olumlu katkıda bulunulması hedefini kapsar (KY İlkeleri, m.4.3.6 /e). İcrada görevli olmayan yöneticilerin ve bağımsız yöneticilerin, yönetim kuruluna tecrübeleri ile katkıda bulunmalarının yanı sıra, yenilikçi ve taze fikirler (risk alma gibi) sunmaları da beklenmektedir. Bu işlev için, yönetimden veya yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortaklardan gerçek

³⁵ Bağımsız üyelerin varlığı ile şirket performansı arasındaki anlamlı olmayan ilişkiye dair bkz. **Prabowo, Muhammad/Simpson, Johnson** (2011) “Independent Directors and Firm Performance in Family Controlled Firms: Evidence from Indonesia”, *Asian-Pacific Economic Literature*, C:25, S:1, ss. 121-132. Bağımsız üyelerin varlığının şirket performansı üzerindeki olumlu etkisine dair bkz. **Peng, Mike W.** (2004) “Outside Directors and Firm Performance during Institutional Transitions”, *Strategic Management Journal*, C:25, ss. 453-471. Aynı doğrultuda, Borsa İstanbul’da işlem gören 64 firma üzerinde yapılan çalışmada, firma değeri ile bağımsız üyelerin oranı arasında pozitif açıdan anlamlı bir ilişki tespit edilmiştir. Bkz. **Yağlı, İbrahim/Ünlü, Ulaş** (2019) “Yönetim Kurulu Çeşitliliğinin Firma Değerine Etkisi: Türkiye Örneği”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:6, S:1, ss. 77-91.

anlamda bağımsız olma şartının aranmasına gerek olup olmadığı tartışılmaktadır.³⁶ Yine de, danışma fonksiyonunun izleme fonksiyonundan bağımsız olarak sürdürülemeyeceği ifade edilir. Bir başka deyişle, danışma fonksiyonu öncül (*ex-ante*) izleme işlevi olarak düşünülmektedir.³⁷

B. İZLEME/DENETİM ROLÜ

Bağımsız yöneticilerin yönetim üzerindeki izleme/denetim faaliyetlerini kimin çıkarına göre gerçekleştireceği sorusu aslında vekalet teorisinde yer alan vekil - pay sahipleri çatışmasının da temel meselesidir. Özellikle, yönetimi elinde bulunduran hakim hissedarların bulunduğu şirketlerde, ilişkili taraf işlemlerinin onaylanması, karşı çıkılması ve soruşturulması yolu ile bağımsız yöneticilerin azlık pay sahiplerini korumak üzere izleme rolünü yerine getirmesi beklenmektedir. Diğer yandan, bağımsız üyelerin yönetim kurulu bünyesinde oluşturulan komitelerde görevlendirilmesi ile bilgiye daha iyi erişim olanağı sağlanarak,³⁸ küçük pay sahipleri aleyhine oluşan bilgi asimetrisini yok etme rolünü üstlenebilirler ve şirketin varlıklarının hakim hissedarlar tarafından başka kanallara aktarımını (ya da kişisel menfaatler için kullanımını) engellemeye yardımcı olabilirler.

1. Komitelerdeki Rolü

KY İlkelerinde, yönetim kurulu bünyesinde oluşturulan komitelere seçilecek başkanların bağımsız üyeler arasından seçilmesi zorunlu tutulmuştur (m. 4.5.3). Ayrıca, denetimden sorumlu komitelerin *tüm üyelerinin* bağımsız üyelerden oluşması gerekir. Bu komitelerde ele alınan meselelerin çıkar çatışması yaratması muhtemeldir. İşte bağımsız üyeler, çıkar çatışması yaratan konularda bağımsız ve objektif değerlendirmeler yaparak yönetimin azlığa ve diğer menfaat sahiplerine karşı hesap verebilirliğini artırmaya hizmet ederler.

³⁶ **Gutiérrez, Maria/Sáez, Maribel** (2013) “Deconstructing Independent Directors”, *Journal of Corporate Law Studies*, 13, s. 68.

³⁷ **Spiegel**, s. 126.

³⁸ **Strampelli, Giovanni** (2018) “How to Enhance Directors’ Independence?”, *The Journal of Corporation Law*, C:44, S:1, s. 146.

Denetimden sorumlu komite ve riskin erken saptanması komitesi bankalar hariç, borsa şirketleri için oluşturulması zorunlu komitelerdir (KY İlkeleri, m. 4.5.1). Bu komitelerde görev alan bağımsız üyeler, şirketin muhasebe sistemi, finansal bilgilerinin kamuya açıklanması, bağımsız denetimi ve şirketin iç kontrol sisteminin işleyişinin ve etkinliğinin gözetiminden sorumludur (m. 4.5.9).

Aday gösterme komitesine başkanlık edecek olan bağımsız üye ise, yönetim kurulunun yapısı ve verimliliği hakkında düzenli değerlendirmeler yapmak ve bu konuda yapılabilecek iyileştirmelere ilişkin yönetim kuruluna tavsiyelerde bulunmaktan sorumludur (KY İlkeleri, m. 4.5.11).

Ücret komitesi, yönetim kurulu üyelerine ve diğer icracı yöneticilere verilecek ücretlere ilişkin önerilerini yönetim kuruluna sunmakla görevlidir. Bunun yanı sıra, komiteye başkanlık edecek olan bağımsız üye, yöneticilerin ve idarecilerin ücretlendirme uygulamalarının, ücret komitesince belirlenen ilke ve kriterlere uygunluğunun gözetiminden sorumludur (m. 4.3.13). Ancak, yönetim kurulu yapılanması gereği ayrı bir aday gösterme komitesi ve ücret komitesi oluşturulamaması durumunda, kurumsal yönetim komitesi bu komitelerin görevlerini yerine getirir.

Riskin erken saptanması komitesinde yer alan bağımsız üyeler, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhisi ve tespit edilen risklere karşı gerekli önlemlerin alınmasından ve risk yönetim sistemlerini gözden geçirmekten sorumludur (KY İlkeleri, m. 4.5.12). Şirketin devamlılığını tehlikeye atabilecek mali zorlukları içeren finansal riskler dışında şirketin faaliyetleri nedeniyle (sonucu) maruz kalabileceği (yol açabileceği) bir takım başka riskler de söz konusu olabilir. Bunlar örneğin, teknoloji altyapısındaki dönüşümler nedeniyle ortaya çıkabilecek operasyonel riskler olabileceği gibi, iş modelinin güncelliğini kaybetmesi veya ticaret savaşları gibi ekonomik/politik nedenlerle mevcut pazarın kaybedilme tehlikesi gibi stratejik riskler veya dünya çapında iklim değişikliği nedeniyle ortaya çıkan riskler de olabilir. Bu risklerin yönetilmesi ve karşı tedbirlerinin alınması, şüphesiz bu tür risklerin iyi anlaşılabilmesine bağlıdır. Bağımsız yöneticilerin farklı uzmanlık alanlarından ve deneyimleri çeşitlilik gösteren

kişilerden seçilmesi, farklı bakış açıları sayesinde bu tür risklerin daha kolay fark edilmelerini ve doğru değerlendirilmelerini sağlayacaktır.

2. Belirli İşlemler Açısından Yönetim Kurulu Kararlarını Onaylamadaki Rolü

Komitelerdeki görevlerinin yanı sıra, bağımsız üyelerin üstlendiği bir diğer önemli fonksiyon ise belirli işlemler açısından yönetim kurulu kararlarını değerlendirmektir. Örneğin, ilişkili taraflarla gerçekleştirilecek işlemlerde bağımsız yöneticilerin onayının alınması zorunlu tutulmuştur (KY Tebliği, No: II-17.1, m. 9/3). Buna göre, ortaklıkların ve bağlı ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri işlemlere yönelik bir yönetim kurulu kararında bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı aranır. Bağımsız üyelerin çoğunluğunun ilgili işlemi onaylamaması halinde, bu durum KAP 'da açıklanır ve işlem genel kurul onayına sunulur. Bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayının aranacağı bir diğer işlem ise, olağan ticari faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla diğer üçüncü kişiler lehine verilecek olan teminat, rehin, ipotek ve kefalet verilmesine ilişkin yönetim kurulu kararlarıdır (KY Tebliği, No. II-17.1, m. 12). Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemleri onaylamaması halinde, muhalefet gerekçesinin KAP 'da açıklanması zorunlu tutulmuştur. Son olarak, varlık ve hizmet alımı/satışı benzeri işlemlerinde de bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı aranır (KY İlkeleri, m. 1.3.9). Bağımsız üyelerin çoğunluğunun işlemi onaylamaması halinde, olumsuz oyların gerekçesi KAP 'da açıklanır ve yönetim kurulu işlemi genel kurul onayına sunar.

Görüldüğü üzere, bağımsız yönetim kurulu üyeleri, şirket varlıklarının yüklü ödemeler yoluyla bireysel çıkarları artırmaya yönelik işlemler için kullanılması ile ilgili yönetim kurulu kararlarını olumsuz oylarıyla engelleme yetkisine sahiptir. Aynı zamanda, söz konusu işlemler için verilen muhalefet kararları hakkında açıklama, yeterli bilgiyi içerecek şekilde kamuoyuyla ve pay sahipleriyle paylaşılır. Böylece, yönetim kurulunun şirket varlıklarını kullanma amacı ile ilgili pay sahipleri ve diğer menfaat sahipleri bilgilendirilmiş olacaktır. Bu bağlamda, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin,

yönetimde şeffaflığın sağlanmasında kritik bir öneme sahip oldukları söylenebilir.

IV. BAĞIMSIZ ÜYELERİN ETKİNLİĞİNİN ÖNÜNDEKİ ENGELLER

İcrada görev almayan yönetim kurulu üyeleri komitelerde yer almak da dahil olmak üzere çeşitli görevler üstlenirler. Ancak bu üyeler, genellikle yarı zamanlı olarak görevlendirilirler. Tam zamanlı çalışan diğerlerinin aksine yarı zamanlı çalışan üyelerin görevlerini gerçekleştirmek için ihtiyaç duydukları bilgiye vakıf olamayabilirler ve bunun için gerekli olan kaynaklara erişimleri de kısıtlı olabilir. Bir yandan ihtiyaç duyulan gerekli bilgilere ve kaynaklara erişimin sağlanması için diğer yöneticilerle yakın ilişkilere sahip olmaları gerekirken, diğer yandan diğer yöneticilerin kararlarını ve işlemlerini sorgulama konusunda bağımsız ve özgür olmaları gerekecektir.³⁹ Bu durum, bağımsız yöneticiler açısından görevlerini yerine getirmede karşılaşılan bir güçlük olarak değerlendirilebilir.

Bağımsız üyelerin karşılaştıkları bir başka güçlük ise, bazı yan ilişkiler nedeniyle yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortaklarla aynı düşüncede olmak ve onların görüşlerini onaylamak durumunda kalmalarıdır. KY İlkeleri m. 4.3.6/e'de ifade edilen "...tarafsızlığını koruyabilecek, menfaat sahiplerinin haklarını dikkate alarak özgürce karar verebilecek..." konumunda kalabilmek, yönetim ile iyi ilişkilerini sürdürmek isteyen bağımsız yöneticiler için her durumda mümkün olmayabilir. Bağımsız yöneticilerin bağımsızlıklarını etkileyebilecek bu yan ilişkilerin neler olabileceği ile ilgili Delaware mahkemeleri bazı kararlara hükmetmiştir.⁴⁰

i. Özel bir uçağın ortak sahipliği; mahkeme, bu durumun, tıpkı aile bağları gibi insanın tarafsız yargılama yeteneğini önemli ölçüde etkileyeceği çok yakın bir kişisel bağ oluşturacağına hükmetmiştir.⁴¹

³⁹ Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance, para. 4.6.

⁴⁰ Bebchuk ve Hamdani, s. 1289.

⁴¹ Sandys v. Pincus, s. 4.

- ii. **Yönetim kontrolünü elinde bulunduran ortaklara danışmanlık hizmeti sağlamak;** bağımsız bir yöneticinin hakim ortaklara (veya bağlı şirketlerine) belirli bir ücret karşılığı finansal danışmanlık hizmeti vermesini mahkemeler, bağımsızlığı zedeleyen bir unsur olarak tespit etmiştir.⁴²
- iii. **Hakim ortakların üzerinde önemli bir etkisi olan bir şirketin çalışanı olarak hizmet etmek;** mahkemenin verdiği karara göre, bir yönetici eğer hakim ortak ile yarım asırdan fazla bir dostluğa sahip ve daha önce bağlı bir şirkette (hakim ortağın üzerinde önemli bir etkisi olan bir şirkette) üst düzey yöneticilik yapmışsa bağımsız olarak kabul edilemez.⁴³ Ayrıca, bir yönetici hakim ortak ile yakın bir ilişki içerisinde ise ya da gelecekte bir iş beklentisi içinde ise, bu durumun yöneticinin bağımsızlığı ile ilgili sorunlar yaratabileceği düşünülmektedir.

Yukarıdaki örneklerde sunulduğu gibi, yönetim kontrolünü elinde bulunduran hakim yapıların bulunduğu şirketlerde bağımsız yöneticilerin hala hakim hissedarları memnun etmek üzere bir takım mali ve duygusal teşviklere sahip oldukları⁴⁴ ve bunun da bağımsız yöneticilerin özellikle izleme (gözetim ve denetim) rollerinin etkinliğini zayıflattığı ifade edilebilir. Diğer bir ifade ile, özellikle vekil probleminin hakim hissedarlar ile azlık hissedarlar arasında olduğu şirketlerde, bağımsız yöneticilerin hakim hissedarları kontrol etme kabiliyeti ve isteği çok zayıf olabilir. Öte yandan, şirket yönetimini kontrol eden hissedarların varlığı bağımsız yöneticilerin komitelerdeki etkinliğini de önemli ölçüde etkileyecektir. Kontrol eden bir hissedar mevcut olduğunda, yönetim kurulu, komitelerin oluşumunda söz sahibi olacaktır. Dolayısıyla, bu komitelerde izleme ve gözetimi gerçekleştirecek ve yönetim kurulu kararların karşısında duracak bir muhalefet oluşmayacaktır.⁴⁵ Sonuç

⁴² **In Re Emerging Comm. Inc. Shareholders Litigation**, Court of Chancery of the State of Delaware, No. 16415, June 4, 2004, WL 1305745, s. 34.

⁴³ **Del. County. Emples. Ret. Fund v. Sanchez**, Supreme Court of Delaware, 124 A. 3d 1017, September 24, 2015, 1019, s. 6.

⁴⁴ **Bebchuk ve Hamdani**, s. 1284.

⁴⁵ **Anand, A./Milne, F./Purda, L.** (2010) "Monitoring to Reduce Agency Costs: Examining the Behavior of Independent and Non-Independent Boards", Seattle University Law Review, C:33, S:4, ss. 809-848.

olarak, bağımsız yöneticilerin çıkar çatışmaları doğuran kararları tarafsızlıklarını koruyarak sorgulayıcı bir şekilde gözden geçirebilmesi mümkün olmayacaktır.

İstatistiksel verilere göre, bağımsız yöneticilerin yönetim kurullarındaki etkisi giderek artmaktadır. Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası'nın 2018 yılında yaptığı bir çalışmaya göre, Borsa İstanbul'da faaliyet gösteren şirketlerin yönetim kurulunun %84'ü icrada görevli olmayan üyelerden, %32'si ise bağımsız üyelerden oluşmaktadır.⁴⁶ Yönetim kurulu büyüklüklerinin ortalama 9 üyeden oluştuğu dikkate alındığında her yönetim kurulunun en az 3 bağımsız üyeden oluştuğu anlaşılabilir. Ancak yine de, bu rakamların tek başına pratikte kurumsal yönetim anlayışında büyük bir değişiklik meydana getireceği beklenmemelidir. Yönetim kurullarında KY İlkelerindeki belli başlı bağımsızlık niteliklerini taşıyan yöneticilerin sayısına ulaşma, bağımsız üyeler için öngörülen fonksiyonların⁴⁷ hakkıyla yerine getirildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Şeklen yasa tarafından zorunlu tutulan bağımsız üye kotasına uyulması, bu yöneticilerin sorumlu oldukları işlevin yerine getirildiğinin garantisi olamaz. Diğer bir deyişle, yönetim kurullarındaki bağımsız yöneticilerin sayısında yıllar içerisinde giderek bir artış⁴⁸ gözlemlense de; bu, uygulamada alışılmış iş pratikleri ve üst düzey yöneticiler arasındaki uzun yıllara dayanan iş ilişkilerinin son bulunduğu anlamına gelmemelidir. Sonuç olarak; genelde, aynı zamanda bir başka şirkette de icrada görevli yönetici olan bağımsız yöneticiler, kendi

⁴⁶ **Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası** (2018) Türkiye'de Halka Açık Şirketlerin Kurumsal Yönetim Yapıları ve Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu, Haziran 2018, s. 22. <<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1282>> s.e.t. 21.02.2020.

⁴⁷ Bağımsız üyelerin danışma ve izleme/denetim rolleri için ayrıca bkz. Bölüm IIIA, B, ss. 13-15.

⁴⁸ BIST şirketlerinin yönetim kurullarında bağımsız yöneticilerin oranı 2012 yılında %23,6 iken 2017'de bu oran %29,9'a çıkmıştır. Bkz. **Ararat, Melsa/Alkan, Sevda/Aytekin, Belgin** (2018) Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu, 5th Annual Report Women on Board Turkey, Ocak 2018, s. 17. <https://iwtdturkey.sabanciuniv.edu/sites/iwtdturkey.sabanciuniv.edu/files/2018report_2018_0214_dijital.pdf> s.e.t. 21.02.2020.

şirketlerinde de arzu edilen bağımsız yönetici rolünün dışına çıkmak istemeyecektir.

Diğer yandan, uygulamada bağımsız yöneticiler aynı zamanda birden fazla yönetim kurulunda görev alabilmektedir. Bunun nedenlerinden biri, bağımsız üyeliğin niteliklerini karşılayan üst düzey yönetici havuzunun sınırlı sayıda yöneticiden oluşmasıdır. Diğer yandan, üst düzey yöneticiler arasındaki güçlü sosyal ve iş bağlarının sonucu ortak yönetim kurulu üyeliğine yer verildiği anlaşılmaktadır.⁴⁹ Sonuç olarak, birden fazla yönetim kurulunda görev alan bağımsız yöneticiler yönetim kurulu toplantılarının tamamına katılamayacaktır. KY İlkeleri m. 4.4.7’de yönetim kurulu üyesinin şirket işleri için yeterli zaman ayırması gerektiği yer alır. Üyenin şirket dışında başkaca görev almasının belirli kurallara bağlanması veya sınırlandırılması önerilmektedir. Yönetim kurulu üyesinin başka bir şirkette yönetici ya da yönetim kurulu üyeliği yapması veya herhangi bir danışmanlık hizmeti sunması halinde bu durumun çıkar çatışmasına yol açmaması ve üyenin şirketteki görevini aksatmaması beklenmektedir (KY İlkeleri, m. 4.4.7). Uygulamada ise, şirketlerin, yönetim kurulu üyelerinin şirket dışında üstlenebilecekleri görevler ile ilgili olarak herhangi bir sınırlamaya gitme eğilimi yoktur. İlkelerde bu durumun zorunlu olmayan maddede düzenlenmesinden kaynaklı olarak, şirketler bu hükümlere aykırılık durumunda şu şekilde genel ve yüzeysel bir açıklamaya yer vermekle yetinmektedirler: “Yönetim Kurulu üyelerinin Şirket dışında üstlenebilecekleri diğer görevlerle ilgili olarak herhangi bir sınırlama uygulanmamaktadır”. Öte yandan, şirket dışında üstlenilen görevler sonucu gelişen sosyal bağların

⁴⁹ Türk grup şirketleri arasındaki ortak yönetim kurulu üyelikleri yoluyla oluşturulan stratejik ilişkilerin ağ yapıları yöntemi ile incelendiği çalışma için bkz. **İlhan Nas, Tülay/Özden Çaka, Merve/ Okan, Tarhan** (2019) “Türk İşletme Gruplarında Ortak Yönetim Kurulu Üye Profili”, Yönetim ve Ekonomi, C:26, S:2, s. 640. Bu çalışmada yer alan grup şirketlerinin hem işletme grubu içerisinde hem de işletme grubu dışarısındaki işletmelerle ortak yönetim kurulu üyelerine yer verildiği tespit edilmiştir (**İlhan Nas/Özden Çaka/Okan**, s. 640).

yönetim ve bağımsız yöneticiler arasındaki bilgi paylaşımını ve etkinliğini artırdığı⁵⁰ aynı zamanda iş tecrübelerini de desteklediği savunulmaktadır.⁵¹

Bağımsız üyelik sisteminin bir diğer çıkması da yönetim kurulunun bağımsızlığı ile firma performansı arasındaki kesin olmayan ilişkidir. Kurumsal yönetim alanındaki yasal düzenlemeler genellikle yönetim kurullarında bağımsız yöneticilerin sayısal olarak çoğunlukta olmasını savunulur iken uygulamada bağımsız üyelerin mevcudiyetinin firma performansını artırdığına ilişkin tatmin edici kanıt bulmak zordur. Daha önce yapılan nicel çalışmalarda yönetim kurullarında bağımsız yöneticilerin etkileri ile ilgili bulgular karışıktır. Bu çalışmaların sonuçları daha çok ülkeye özgüdür, dolayısıyla bu sonuçların diğer ülkelerde aynı şekilde yorumlanabileceği kuşkuludur. Örneğin, İsviçre finansal piyasasında 43 halka açık şirket arasında yapılan araştırmada, yönetim kurullarında bağımsız yönetim kurulu üyesi sayısını artırmanın (belirli bir eşiği geçtikten sonra) firma değerini düşürdüğü sonucuna varılmıştır.⁵² Diğer yandan, bağımsız yöneticilerin yönetim kurulu performansını iyileştirdiği hipotezini destekleyen bazı kanıtlar mevcuttur, örneğin hisse senedi fiyatının bağımsız yönetici ataması haberlerine olumlu tepkisi gibi.⁵³ Bazı kanıtlar ise firma

⁵⁰ **Westphal, James D.** (1999) "Collaboration in the Board Room: Behavioral and Performance Consequences on CEO Board Social Ties", *The Academy of Management Journal*, C:42, S:1, ss. 7–24.

⁵¹ **Mans-Kemp, Nadia/Viviers, Suzette/Collins, Sian** (2018) "Exploring the Causes and Consequences of Director Overboardedness in an Emerging Market", *International Journal of Disclosure and Governance*, C:15, S:4, ss. 210-220.

⁵² Bu çalışmada, bağımsız yönetici sayısını belirli bir eşikten sonra artırmanın yönetim kurulunda koordinasyon sorunlarına yol açacağı ve bilgi akışını güçleştirebileceği ifade edilmektedir. Buna rağmen, mevcut ve eski yöneticilerin yönetim kurulunda yer almasının firma değerini artırdığı gözlemlenmiştir. Bkz. **Jentsch, Valentin** (2019) "Board Composition, Ownership Structure and Firm Value: Empirical Evidence from Switzerland", *European Business Organization Law Review*, 20, s. 222.

⁵³ **Rosenstein, Stuart/Wyatt, Jeffrey G.** (1990) "Outside Directors, Board Independence, and Shareholder Wealth", *Journal of Financial Economics*, C:26, S:2, ss. 175–191.

performansı ile yönetim kurulu kompozisyonu arasında anlamlı bir ilişki olmadığını göstermektedir.⁵⁴

V. BAĞIMSIZLIĞIN GÜÇLENDİRİLMESİNE YÖNELİK ALTERNATİF ÖNERİLER

Mevcut sistemde, azlık statüdeki pay sahiplerinin, çoğunluk pay sahiplerinin önerdiği yönetici adaylarını onaylamaktan başka pek fazla seçenekleri yoktur. Bu sistem, çoğunluk hissedarlarının yönetim kontrolünü ellerinde tutmalarını sağlar. Bu güçlerini kaybetmek istemeyen çoğunluk pay sahipleri de bireysel menfaatlerine karşı çıkma olasılıkları daha düşük olan kişileri yönetim kuruluna aday gösterme eğiliminde olacaktır. Dolayısıyla, bağımsız üyeler üzerinde çoğunluk etkisini azaltan düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kapsamda ortaya atılan önerilerden bir tanesi, azlık hissedarların da bağımsız yöneticilerin seçiminde söz sahibi olması gerektiğini savunmaktadır.⁵⁵ Bu görüşe göre, en azından bir kısım bağımsız yöneticilerin seçimi hakim hissedarlar tarafından dikte edilmemelidir. Güçlendirilmiş bağımsızlık veya tam bağımsız olarak tanımlanan bu sistemde, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu atama yetkisi yine hakim hissedarların elindedir. Ancak, azlık pay sahiplerine de yönetici seçimi ve azlıkta bir miktar yetki verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu bölümde, bağımsız üyelerin bağımsızlığının güçlendirilmesinde azlığın yönetim kurulunda temsili yöntemleri değerlendirilecektir.

A. BİRİKİMLİ OY SİSTEMİ YOLUYLA YÖNETİMDE TEMSİL EDİLME

Azlık pay sahiplerinin yönetici seçimlerine dahil olmasının yöntemlerinden biri kümülatif (birikimli) oy sistemidir. Birikimli oylama, esas olarak, yeterince büyük bir azlığın bir veya daha fazla sayıda kurul üyesini seçebileceği, oransal yönetim kurulu temsilini sağlar. T.C. Gümrük ve Ticaret

⁵⁴ Hermalin, Benjamin E./Weisbach, Michael S. (1991) "The Effects of Board Composition and Direct Incentives on Firm Performance", Financial Management, C:20, S:4, ss. 101-112.

⁵⁵ Bkz. Bebchuk ve Hamdani.

Bakanlığı Tebliği'ne göre, halka açık olmayan anonim ortaklıklarda, birikimli oy hakkının kullanılması için bazı şartlar koşulmuştur. Buna göre, bu sistem, yönetim kuruluna aday önerme hakkının ve oyda imtiyazın öngörülmediği şirketlerde, esas sözleşmede öngörülme şartıyla uygulanabilir.⁵⁶

Halka açık şirketler bakımından ise durum farklıdır. Eski SerPKn m. 22/v hükmü ile Kurul, birikimli oy haklarının düzenlenmesi hususunda açıkça yetkilendirilmişti. Bu kapsamda, halka açık anonim şirketlerin genel kurullarında birikimli oy hakkının kullanılmasına ilişkin esaslar bir tebliğ ile düzenlenmiş idi. Ancak, yeni SerPKn, birikimli oyun düzenlenmesi hususunda Kurul açıkça yetkilendirilmediğinden, bu tebliğin yasal dayanağının kalmadığı söylenebilir. Bu gerekçe ile birikimli oy sisteminin sermaye piyasası şirketleri açısından uygulama alanının yasal olarak netleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵⁷

B. İMTİYAZLI PAYLAR YOLUYLA YÖNETİMDE TEMSİL EDİLME

TTK 'ya göre, belirli grupların yönetim kurullarında temsil edilmesi mümkündür. Eski TTK 'da yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanıyan imtiyazın sadece “pay”lara tanınabileceği düzenlenmişti. 6102 sayılı TTK bu anlamda yönetim kurulunda temsil edilme hakkını, belirli pay gruplarının yanı sıra özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahipleri ile azlığı da kapsayacak şekilde genişletmiştir. TTK 360. madde hükmü, yönetim kurulunda temsil edilme hakkını bir imtiyaz olarak kabul etmiştir ve bu hakkın tanınmasında esas sözleşmede öngörülme şartı koşmuştur (TTK, m. 360/2). Böylece esas sözleşmede öngörülme suretiyle, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, hem belirli pay gruplarına, hem özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine hem de azlığa tanınabilir. Bu hükmün gereğince uygulanabilmesi, hem azlığın hem de belirli pay sahibi

⁵⁶ **Gümrük ve Ticaret Bakanlığı**, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği, Resmi Gazete No: 28396, 29 Ağustos 2012, m. 5/1.

⁵⁷ **Odman Boztosun**, s. 48.

gruplarının diğer pay sahiplerinden ayrılacak şekilde tanımlanmasına bağlıdır.⁵⁸ Belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, kurucu aileler (veya belirli bir aileye mensup olanlar) veya onların soyundan gelenler, örneğin belirli bir soyadı taşıyanlar olarak belirlenebilir. Ancak, esas sözleşme, belirli bir kişinin yönetim kurulunda yer alacağı hükmünü içeremez.⁵⁹

Buna rağmen, azınlık pay sahiplerinin belirlenebilir olması ve tanımlanması yalnızca yüzdelerin ifade edilmesinden daha karmaşık olabilir.⁶⁰ Eğer geniş anlamda bir azlık tanımlaması yapılacak ise, bu payların %50'sinin kontrolünü elinde tutan çoğunluk karşısındaki tüm pay sahiplerine denk gelir. Ancak, eğer azlık tanımlaması, teknik anlamdaki azlık tanımlamasını içeriyorsa (kapalı tip anonim ortaklıklarda payların %10'unu, halka açık anonim ortaklıklarda payların %5'ini elinde bulunduran pay sahipleri), bu pay sahiplerinin öncelikle tespit edilmesi gerekecektir. Sermaye oranlarına ilave olarak, payların pay senedi numaralarının belirtilmesi veya payların bağlı nama yazılı olmaları şartı gibi ayırt edici hususlarla birlikte azınlık tanımının esas sözleşmede yapılması önerilmektedir.⁶¹

TTK m. 360 kapsamında azlığa, belirli pay ve pay gruplarına tanınan yönetim kurulu üyeliğine aday gösterme hakkı aynı zamanda, yönetim kurulu üyesinin bu grup veya kişiler arasından seçilebilmesine de olanak tanımaktadır. Böylece, yönetim kurulu üyeleri, ya bu grup veya kişilerin arasından seçilebilecek ya da bu grup veya kişilerin belirlediği adaylar

⁵⁸ **Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe**, 26 Şubat 2011.

⁵⁹ **Kırca, İsmail/Çelik, Şehirli/Hayal, Feyzan/Çağlar, Manavgat** (2013) Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 429. Ayrıca bkz. **Karasu, Rauf** (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 34.

⁶⁰ Pay sahipliğinin tanımlanmasının önündeki engellere örnek olarak, pay üzerindeki kayıtlı mülkiyet ile payın sağladığı haklardan yararlanmayı ifade eden ekonomik sahipliğin birbirinden ayrılması gösterilebilir; bkz. **Kandemir, H. Kübra** (2019) "Kurumsal Yönetim ve Şeffaflığın Güçlendirilmesinde Mülkiyet Açıklama Kurallarının Rolü ve Pay Sahipliğinin Tanımlanması Sorunu", Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, C:21, S:2, ss. 427-453.

⁶¹ **Aytuğar, Bilge** (2019) "Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:1, s. 101.

arasından seçilebilecektir. Yönetim kurulunda temsil edilme hakkının kapsamını ve şartlarını şirketler esas sözleşmelerinde belirleyebilirler.⁶² Örneğin, azlığa bir (1) yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı tanınmışsa, bu durumda bir (1) yönetim kurulu üyesi, azlığın belirlediği adaylar arasından seçilecektir. Bu durumda, genel kurul, azlık tarafından önerilen adayı yönetim kuruluna seçmek zorundadır.⁶³ Haklı sebeplerin varlığı durumunda, örneğin önerilen adayın yönetim kurulu üyeliği için aranan diğer şartları sağlamaması halinde veya azlığın bu imtiyazı kullanmaması halinde, yönetim kuruluna üye seçme hakkı genel kurula geçer.⁶⁴

Bundan başka, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, kurul üyeliklerinin tamamı için aday gösterme hakkı olarak da tanınabilir. Ancak TTK, halka açık anonim şirketler açısından, bu konuda bir sınırlama getirmiştir. Buna göre imtiyaz, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu üye sayısının en fazla yarısı için getirilebilir (TTK, m. 360/1). Bir diğer ifadeyle, TTK m. 360 kapsamında seçilen yönetim kurulu üyelerinin sayısı, yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamaz. Dolayısıyla, beş (5) yönetim kuruluna sahip bir halka açık anonim şirkette, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınan imtiyazlı grup veya kişilere en fazla iki (2) yönetim kurulu üyeliği için aday gösterme hakkı bahsedilebilir. Ancak, bu sınırlama bağımsız yönetim kurulu üyeliği için uygulanmaz. Dolayısıyla, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin tamamının belirli bir pay grubu tarafından belirlenen adaylar arasından seçilmesi söz konusu olabilir.

TTK kapsamında, yönetim kurullarında temsil imtiyazının yanında oy haklarında üstünlük tanıyan imtiyazların verilmesi de mümkündür. Oy haklarında imtiyaz tanınması durumunda, eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilmesi mümkün olabilir (TTK, m. 479/1/2). Peki, oyda

⁶² Bu tür imtiyaz haklarının tanınmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin en az %75 ini oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin onayı ile alınır (TTK, m. 421/3-b). Buna ek olarak, paya tanınan imtiyazlarla ilgili esas sözleşme değişikliği yapılması veya imtiyazların kaldırılması ile ilgili konular öncelikle İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunun onayına sunulmalıdır (TTK, m. 454).

⁶³ **Eminoğlu, Cafer** (2014) Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 116.

⁶⁴ **Karasu**, s. 37.

imtiyaza sahip gruplara veya kişilere yönetimde temsil (veya aday gösterme) hakkı verilebilir mi? Bu sorunun cevabını, imtiyaz yasağının veya sınırlandırmasının hangi durumlarda geçerli olduğuna bakarak cevaplamak gerekir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, bir paya tanınan imtiyaz hakkı on beş oyu geçemez (TTK, m. 479). Bunun dışında, imtiyazlı oyların kullanımının sınırlandığı hususlar kanunda belirtilmiştir. Buna göre, imtiyazlı pay sahipleri (i) esas sözleşmenin değiştirilmesi, (ii) yönetim kurulunun ibra edilmesi ve sorumluluk davası açılmasına ilişkin kararlarda imtiyazlı oy kullanamazlar (TTK, m. 479/3).⁶⁵ Dolayısıyla, kanunda sayılan bu haller dışında, imtiyazlı paylardan doğan oy hakları ile yönetim kuruluna bağımsız üye seçtirilebilir. Bir başka ifade ile herhangi bir imtiyazlı pay grubu, ilkelerde belirtilen bağımsızlık kriterlerini sağlayan bir kişiyi bağımsız üye olarak seçtirebilir. Ancak bu hallerde seçilen bağımsız üyenin 'bağımsızlığı', kendisini seçtiren gruba veya kişilere karşı bir minnet duygusu besleme ihtimalinden dolayı, sorgulanmalıdır. Bu kişiler her ne kadar, KY İlkeleri'ndeki bağımsızlık ölçütlerini karşılıyor olsa da *gerçekte* bağımsız olmayacaktır.

TTK m. 360 hükmü uyarınca belirli pay grupları tarafından önerilen yönetim kurulu üyeleri, hukuken diğer yönetim kurulu üyelerinin tabi olduğu haklara ve borçlara tabi olur.⁶⁶ Tüm yönetim kurulu üyeleri, özen ve sadakat yükümlülüğü çerçevesinde şirketin menfaatini gözetmekle yükümlüdür. Dolayısıyla, imtiyazlı pay grupları arasından seçilen veya bu gruplarca önerilen yönetim kurulu üyelerinin, bu gruplardan emir ve talimat almamaları ve bu emir ve talimatlara göre hareket etmemeleri gerekir. Aksi davranışlar, özen ve sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir.⁶⁷ Çünkü tüm yönetim kurulu üyeleri, kararlarını alırken, belirli grupların çıkarlarını değil şirketin çıkarlarını dikkate almakla yükümlüdür.

⁶⁵ Bu düzenlemelere ek olarak, SerPKn. makul bir gerekçe olmadan üst üste beş yıl zarar eden ve kötü yönetilen halka açık şirketlerde oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin imtiyazların Kurul kararı ile kaldırılması düzenlemesine yer vermiştir (SerPKn., m. 28). Bu düzenlemeyle birlikte Kurul, yönetim zafiyetleri nedeniyle zarar eden bir şirkette imtiyazların kaldırılmasına yetkili kılınmıştır (SPK Tebliği, No. II-28.1).

⁶⁶ **Kendigelen, Abuzer** (1999) Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, Beta Yayınevi.

⁶⁷ **Karasu**, s. 145.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kurumsal yönetim sistemi içerisinde, yönetim kurullarında bağımsız üyelerin görevlendirilmesinin amacı, yönetim kurulu üzerinde izleme fonksiyonuna hizmet etmesi ile birlikte, yönetim kurulu kararlarının doğruluğunu sorgulaması ve gerektiğinde karşı çıkması, aynı zamanda şirket stratejisine objektif katkı sunmasıdır. Ancak mevcut sistemde, yönetim kontrolünü elinde bulunduranların olduğu şirketlerde, bu fonksiyonların bağımsız üyeler tarafından yerine getirilmesinin önünde bir takım engeller bulunmaktadır. Bu engeller de sonuç olarak, bağımsız üyelerin etkinliğini zayıflatmaktadır. Bağımsız üyelerin etkinliğinin, hakim hissedarlardan gerçek anlamda bağımsızlığının sağlanması yolu ile geliştirilebileceği düşünülmektedir. Bu doğrultuda, bağımsız üyelerin seçimi ve atanmasında hakim pay sahiplerinin etkisinin azaltılarak, azlık hissedarların yetkilendirilmesi görüşü ortaya atılmıştır.

Ülkemizde azlık pay sahiplerine yönetim kurullarında temsil edilme imkanı TTK m. 360 uyarınca mümkündür. Ancak, bu hükmün uygulamada kullanılış amacı, bu yöntem için öngörülen amaç ile örtüşmemektedir. Hakim pay sahiplerinin bağımsız üyelerin seçimi üzerindeki etkilerinin, azlığa yetki verilmesi yolu ile azaltılması savunulmaktadır; ancak, yönetim kurulunda temsil imtiyazı, ülkemizde çoğunlukla yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerince kullanılmaktadır. Özellikle yönetim kontrolünü elinde tutmak isteyen belirli bir gruba veya aileye mensup pay sahipleri, yönetimde temsil hakkı tanıyan imtiyazların kullanılmasıyla birlikte şirketteki mevcut statülerini ve hakimiyetlerini koruma altına alma eğilimindedirler. Bu nedenle, esas sözleşmede öngörülen oy ve temsil imtiyazlarının kullanılması, yönetim kontrolünü elinde bulunduran pay sahiplerinin gücünü artırıcı unsurlar olarak görülmektedir. Bu çalışmada yer verildiği gibi, TTK ve SerPKn bu imtiyazlara bazı sınırlandırmalar getirmiş olsa da, bu imtiyazların özellikle aile şirketleri tarafından yaygın bir şekilde kullanıldığı bilinmektedir ve hatta bu uygulamaların çoğu zaman azınlık pay sahiplerinin çıkarlarını suiistimal edecek kararların alınmasında rolü olabilmektedir. Bu hususlar dikkate alındığında, kanuni düzenlemeler, imtiyazların kullanımına özellikle yönetim kuruluna bağımsız üye seçimi gibi hassas yönetsel kararların alınmasında

yasak getirebilir.⁶⁸ Bir diğer çözüm yolu ise, yasa hükmünün açık bir şekilde bağımsız üyelerden (en az) birinin belirli hisse oranına sahip azlık tarafından seçilmesi şartını getirmesi olabilir.⁶⁹

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bir kısmını (en azından birini) belirleme yetkisinin azlığa tanınması, yönetim kontrolünü elinde bulunduranların, bağımsız yöneticilerin seçimi ve atamasındaki etkilerini azaltmak yönünde bir çözüm sunabilir. Ancak, bu yöntem bir takım sakıncaları da beraberinde getirir. Bunlardan ilki, bağımsız üyeyi belirleyecek azlık pay sahiplerinin tanımlanmasının ve belirlenmesinin önündeki zorluklardır. Daha sonra, bu pay sahiplerinin bağımsız üyelerin seçiminde oy kullanarak yönetime katılma isteklerinin mevcut olması gerekir.⁷⁰ Alternatif yöntemlerin yaratabileceği bir diğer sakınca ise, mevcut yönetime muhalif grup tarafından belirlenen bağımsız yönetim kurulu üyesinin seçilmesi halinde yönetim kurulunda meydana gelebilecek potansiyel kutuplaşma ve gerginlik ortamıdır. Adeta bir takım gibi uyum içinde çalışması gereken yönetim kurulunda muhtemel gerginlik ve çatışmalar yönetim kurulunun dengesini bozacaktır. Yönetim kurulundaki çeşitlilik her ne kadar farklı fikir ve görüşlerin ortaya atılması ve farklı bakış açıları ile değerlendirme yapılmasına fırsat verse de bu tür bir kutuplaşmanın örgütlerde kolektif karar alma sürecine zarar vereceği ve üyeler arasında birbirine karşı güven eksikliğinin ortaya çıkmasına neden olacağı ifade edilmektedir.⁷¹ Bunun yanı sıra, azlık pay sahipleri tarafından seçilmiş olan bağımsız yönetim kurulu üyesinin diğer üyeler tarafından kabul görmeme riski de vardır. Bu durum, oy

⁶⁸ Aynı doğrultuda, bkz. **Odman Boztosun**, s. 50.

⁶⁹ İtalya’da halka açık şirketlere azlık pay sahiplerine yönetim kuruluna en az bir üye seçme yetkisi verme zorunluluğu getirilmiştir; bkz. **Belcredi, Massimo/Enriques, Luca** (2014) European Corporate Governance Institute, Institutional Investor Activism in a Context of Concentrated Ownership and High Private Benefits of Control: The Case of Italy, Law Working Paper No. 22/2013, s. 8. <<https://ssrn.com/abstract=2325421>> s.e.t. 21.02.2020. Buna göre, ödenmemiş hisselerin en fazla %2,5 unu elinde bulunduran pay sahipleri tarafından sunulan aday listesinden en az bir yönetici, yönetim kuruluna seçilmek zorundadır.

⁷⁰ **Strampelli**, s. 127.

⁷¹ **Kocaoğlu, Necip Kağan** (2010) “Anonim Şirketlerde Birikimli Oy Kullanımı”, Ankara Barosu Dergisi, C:68, S:4, s. 114.

hakkına sahip olanların çoğunluğu tarafından seçilmemiş olan bağımsız üyelerin meşruiyetinin sorgulanmasına yol açacaktır. Bu tür sakıncalar nedeniyle, alternatif bir yöntem olarak, bağımsız üyelerin azlık pay sahipleri tarafından seçilmesi yaklaşımının faydadan çok zarara yol açma riski vardır. Bir diğer ifade ile asıl hedefi, çoğunluğun bağımsız üyeler üzerindeki etkilerini azaltmak olan bu yöntemin, yönetim kurullarında yaratacağı uyum ve güven problemleri nedeniyle, şirket menfaatini zora sokma tehlikesi vardır.

Tüm bunlara ilave olarak, ilkelerin bağımsız yöneticilerin azami görev süreleri ile ilgili bir düzenlemeye yer vermemesi önemli bir eksikliklerdir. Uzun yıllar süren ilişkilerin bağımsızlığa gölge düşüreceği söylenebilir. Bağımsız yöneticiler, görev yaptığı şirketteki yıllar boyu devam eden ilişkileri nedeniyle görevlerini ifade daha az sorgulayıcı ve daha çok kabule yanaşan bir yaklaşım sergileme eğilimine girebilirler. Bu nedenle, ilkelerde bağımsız yönetim kurulu üyelerinin en fazla üst üste görev yapabileceği azami süreyi (örneğin, peş peşe en fazla 9 yıl) belirlemesi önerilebilir.

Her halükarda, yukarıda değinilen alternatif yöntemlerin farklı ülkelerde ve farklı kurumsal yönetim sistemlerinde sonuçlarının farklı olabileceği gerçeği ihmal edilmemelidir. Bağımsız yönetim kurulu üyeliği gibi belirli bir amaca yönelik tasarlanan bu yönetim işlevinin, farklı kurumsal yönetim sistemlerinde öngörüldüğü şekilde gerçekleşmeme veya başarısız olma ihtimali vardır. Bunun sebebi, bağımsız yöneticilerin rolünün ve işlevinin farklı kurumsal yönetim sistemlerinde değişiklik gösteriyor olmasından kaynaklanmaktadır.⁷²

Tüm bu hususlar ışığında, yine de bağımsız yöneticiler bir kurumsal yönetim aracı olarak Türk kurumsal yönetim sisteminde yer almaya devam edecek ise; kanaatimizce, bu üyeler için, özellikle çıkar çatışması oluşturabilecek konularla ilgili verecekleri kararlarda yol gösterici olması açısından, bağımsız denetçilerde olduğu gibi, bir etik kurallar rehberinin yayınlaması uygun olacaktır.⁷³ Böyle bir inisiyatifi şu aşamada SPK

⁷² Bkz. Bölüm I ve IV.

⁷³ Bkz. **Kamu Gözetim Kurumu** (2015) Bağımsız Denetçiler için Etik Kurallar, Türkiye Denetim Standartları. <https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/TDS/ET%C4%B0K%20KURALLAR/2019_etikkurallar.pdf> s.e.t. 21.02.2020.

üstlenebilir. Zaman içerisinde, şirketler ve yatırımcılar tarafından rollerinin farkına varılması ile profesyonel yönetim kurulu üyelerinin sayılarında bir artış gözlemlenebilecektir. Bu aşamaya gelindiğinde, bağımsız üyelerin tabi olacağı etik standartların oluşturulmasında ve geliştirilmesine profesyonel yöneticilerin de katkıda bulunması daha sağlıklı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aksoy, Mehmet Ali** (2013) “Türk Kurumsal Yönetim Düzenlemeleri Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:17, S:1-2, ss. 45-76.
- Anand, A./Milne, F./Purda, L.** (2010) “Monitoring to Reduce Agency Costs: Examining the Behavior of Independent and Non-Independent Boards”, Seattle University Law Review, C:33, S:4, ss. 809-848.
- Ararat, Melsa/Alkan, Sevda/Aytekin, Belgin** (2018) Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu, 5th Annual Report Women on Board Turkey, Ocak 2018. <https://iwdturkey.sabanciuniv.edu/sites/iwdturkey.sabanciuniv.edu/files/2018report_20180214_dijital.pdf> s.e.t. 21.02.2020.
- Argüden, Yılmaz** (2009) Boardroom Secrets: Corporate Governance for Quality of Life, Palgrave Macmillan.
- Armour, John/Hansmann, Henry/Kraakman, Reiner** (2009) European Corporate Governance Institute, Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement, Law Working Paper No. 135/2009, November <<https://ssrn.com/abstract=1436555>> s.e.t. 21.02.2020.
- Avrupa İmar ve Kalkınma Bankası** (2018) Türkiye’de Halka Açık Şirketlerin Kurumsal Yönetim Yapıları ve Uygulamaları Hakkında Araştırma Raporu, Haziran 2018. <<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1282>> s.e.t. 21.02.2020.
- Aytuğar, Bilge** (2019) “Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:1, ss. 93-125.
- Bebchuk, Lucian A./Hamdani, Assaf** (2017) “Independent Directors and Controlling Shareholders”, University of Pennsylvania Law Review, C:165, S:6, ss. 1271-1315.

- Becht, Marco/Bolton, Patrick/Röell, Ailsa** (2007) “Corporate Law and Governance”: Polinsky, A. Mitchell & Shavel, Steven (editörler), A Handbook of Law and Economics, Volume 2, Elsevier, ss. 829-920.
- Belcredi, Massimo/Enriques, Luca** (2014) European Corporate Governance Institute, Institutional Investor Activism in a Context of Concentrated Ownership and High Private Benefits of Control: The Case of Italy, Law Working Paper No. 22/2013, <<https://ssrn.com/abstract=2325421>> s.e.t. 21.02.2020.
- Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance** (1992) The Cadbury Report.
- Davies, Paul** (2019) “Related Party Transactions: UK Model”: Enriques, L. & Tröger, T. (editörler), The Law and Finance of Related Party Transactions International Corporate Law and Financial Market Regulation, Cambridge, Cambridge University Press, ss. 361-399.
- Del. County. Empl. Ret. Fund v. Sanchez**, Supreme Court of Delaware, 124 A. 3d 1017, September 24, 2015, 1019.
- Du Plessis, Jean J./Saenger, Ingo** (2017) “An Overview of Corporate Governance Debate in Germany”: Du Plessis, Jean J./Lutterman, Claus/Sandrock, Otto/Großfeld, Bemhard/Sænger, Ingo/Casper, Matthias (editörler), German Corporate Governance in International and European Context, 3. baskı, Springer, ss. 17-62.
- Eminoğlu, Cafer** (2014) Türk Ticaret Kanunu’nda Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- European Commission Recommendation** 2005/162/EC of 15 Feb. 2005, 2005 O.J. (L 52) 52, 63.
- Ferrarini, Guido/Filippelli, Marilena** (2014) European Corporate Governance Institute, Independent Directors and Controlling Shareholders around the World, Law Working Paper No. 258/2014. <<https://ssrn.com/abstract=2443786>> s.e.t. 21.02.2020.
- Financial Conduct Authority (FCA)**, Listing Rules (2014) Listing Regime Enhancements, Instrument. <https://www.handbook.fca.org.uk/instrument/2014/FCA_2014_33.pdf> s.e.t. 21.02.2020.

- Gordon, Jeffrey N.** (2007) “The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices”, *Stanford Law Review*, 59, ss. 1465-1568.
- Gümrük ve Ticaret Bakanlığı**, Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliği, Resmi Gazete No: 28396, 29 Ağustos 2012.
- Gürbüz Usluel, Aslı E.** (2019) “İcra Kurulu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 142, ss. 357-382.
- Gutiérrez, Maria/Sáez, Maribel** (2013) “Deconstructing Independent Directors”, *Journal of Corporate Law Studies*, 13, ss. 63-94.
- Hermalin, Benjamin E./Weisbach, Michael S.** (1991) “The Effects of Board Composition and Direct Incentives on Firm Performance”, *Financial Management*, C:20, S:4, ss. 101-112.
- Higgs, Derek** (2002) Review of the Role and Effectiveness of Non-Executive Directors, Consultation Paper, 7 June 2002.
- İlhan Nas, Tülay/Özden Çaka, Merve/ Okan, Tarhan** (2019) “Türk İşletme Gruplarında Ortak Yönetim Kurulu Üye Profili”, *Yönetim ve Ekonomi*, C:26, S:2, ss. 625-650.
- In Re Emerging Comm. Inc. Shareholders Litigation**, Court of Chancery of the State of Delaware No. 16415, June 4, 2004, WL 1305745.
- Jentsch, Valentin** (2019) “Board Composition, Ownership Structure and Firm Value: Empirical Evidence from Switzerland”, *European Business Organization Law Review*, 20, ss. 203-254.
- Kamu Gözetim Kurumu** (2015) Bağımsız Denetçiler için Etik Kurallar, Türkiye Denetim Standartları. <https://www.kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/Duyurular/v2/TDS/ET%C4%B0K%20KURALLAR/2019_etikkurallar.pdf> s.e.t. 21.02.2020.
- Kandemir, H. Kübra** (2019) “Kurumsal Yönetim ve Şeffaflığın Güçlendirilmesinde Mülkiyet Açıklama Kurallarının Rolü ve Pay Sahipliğinin Tanımlanması Sorunu”, *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, C:21, S:2, ss. 427-453.

- Karasu, Rauf** (2015) Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Kendigelen, Abuzer** (1999) Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Kırca, İsmail/Çelik, Şehirali/Hayal, Feyzan/Çağlar, Manavgat** (2013) Anonim Şirketler Hukuku, Cilt I, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.
- Kocaoğlu, Necip Kağan** (2010) “Anonim Şirketlerde Birikimli Oy Kullanımı”, Ankara Barosu Dergisi, C:68, S:4, ss. 103-158.
- Mans-Kemp, Nadia/Viviers, Suzette/Collins, Sian** (2018) “Exploring the Causes and Consequences of Director Overboardedness in an Emerging Market”, International Journal of Disclosure and Governance, C:15, S:4, ss. 210-220.
- Odman Boztosun, N. Ayşe** (2013) Hukuksal Açından Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara, Seçkin.
- OECD** (2016) G20/OECD Principles of Corporate Governance (Turkish version), OECD Publishing, Paris. <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264236882-en>> s.e.t. 21.02.2020.
- Orbay Ortaç, Nurdan/Al Kılıç, Şengül** (2018) “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Murahhasların Genel Kurula Katılması”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C:4, S:2, ss. 211-238.
- Peng, Mike W.** (2004) “Outside Directors and Firm Performance During Institutional Transitions”, Strategic Management Journal, C:25, ss. 453-471.
- Prabowo, Muhammad/Simpson, Johnson** (2011) “Independent Directors and Firm Performance in Family Controlled Firms: Evidence from Indonesia”, Asian-Pacific Economic Literature, C:25, S:1, ss. 121-132.
- Rosenstein, Stuart/Wyatt, Jeffrey G.** (1990) “Outside Directors, Board Independence, and Shareholder Wealth”, Journal of Financial Economics, C:26, S:2, ss. 175-191.

- Sandys v. Pincus**, Supreme Court of Delaware, No. 157, December 5, 2016, WL 7094027.
- Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)**, Kurumsal Yönetim Tebliği No. II-17.1, R. G: 28871, 3 Ocak 2014, EK-1 Kurumsal Yönetim İlkeleri.
- Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)**, Oy Hakkına ve Yönetim Kurulunda Temsil Edilmeye İlişkin İmtiyazların Kaldırılmasına İlişkin Esaslar Tebliği No. II-28.1, R. G: 31004, 10 Ocak 2020.
- Spiegel, Torsten** (2018) Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Independent Directors in Japan: Changing Corporate Governance, Research Paper Series No. 18/23. <<https://ssrn.com/abstract=3299495>> s.e.t. 21.02.2020.
- Strampelli, Giovanni** (2018) “How to Enhance Directors’ Independence?”, The Journal of Corporation Law, C:44, S:1, ss. 103-150.
- TÜSİAD (Türk Sanayici ve İşadamları Derneği)** “Yönetim Kurulları için Kurumsal Yönetim Prensipleri”, Temmuz 2010, Yayın No. TÜSİAD-T/2010/06-502, İstanbul.
- Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçe**, 26 Şubat 2011.
- Westphal, James D.** (1999) “Collaboration in the Board Room: Behavioral and Performance Consequences on CEO Board Social Ties”, The Academy of Management Journal, C:42, S:1, ss.7–24.
- Yağlı, İbrahim/Ünlü, Ulaş** (2019) “Yönetim Kurulu Çeşitliliğinin Firma Değerine Etkisi: Türkiye Örneği”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:6, S:1, ss. 77-91.

KISITLAMA VE VASİ ATAMA KARARI İLANININ ALENİYETİ SAĞLAMA FONKSİYONU VE İLAN NEDENİYLE KİŞİLİK HAKLARININ İHLAL EDİLİP EDİLMEDİĞİ SORUNU

Öğr. Gör. Dr. Necati Şükürü BAYRAMOĞLU*

ÖZET

Kısıtlama, fiil ehliyetinin sınırlandırılmasıdır. Kısıtlama, bu yönüyle kişi özgürlüğüne doğrudan bir müdahale olduğu için ancak kanunda sınırlı bir şekilde sayılan sebeplere dayanılarak bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilebilir. Önemli sonuçları sebebiyle genel usul hükümlerinin yanısıra kısıtlama yargılamasına ilişkin bazı özel kurallara bizzat Medeni Kanun'da yer verilmiştir. Kısıtlama kararı kesinleştikten sonra derhal kısıtlının yerleşim yeri ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilmektedir. İlan, kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf eder. İlanın amacı işlem güvenliğini sağlamaktır. Bunun için kısıtlamanın herkese duyurulması, tüm toplumca bilinir olması hedeflenmektedir. İlanla birlikte kişinin kısıtlanmış olduğu, toplumda herkes tarafından bilinebilir hale gelmektedir. Bu durum kişinin özel alanını, onur ve saygınlığını ihlal etmektedir. Kişilik haklarını ve kişisel verileri koruma amacı ile işlem güvenliğini sağlama amacı ölçülü bir şekilde bağdaştırılmalıdır. Kısıtlanan kişiyle hukuki işlem kurabilecek kişi sayısı dikkate alındığında kararın ilan edilmesi, işlem güvenliğini sağlamak için yapılan ölçüsüz bir düzenlemedir. Bu düzenleme, kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması prensibini tamamen göz ardı etmektedir. Kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması prensibini dikkate alan İsviçre kanun koyucusu vesayet sistemini tamamen değiştirmiş ve fiil ehliyetinin sınırlandırılmasına yönelik kararların ilan edilmeyeceğini, bunun yerine ilgisini inanılır kılan kimsenin ilgili kurumdan söz konusu kişinin ehliyeti hakkında bilgi talep edebilmesine yönelik bir düzenleme getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kısıtlama, Fiil ehliyeti, Vasi, İlan, Kişilik hakları.

* Çankırı Karatekin Üniversitesi, Yapraklı Meslek Yüksekokulu, necati.bayramoglu@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6928-7247, (Geliş Tarihi: 16.01.2020 – Kabul Tarihi: 08.03.2020).

**PUBLICITY FUNCTION OF RESTRICTION AND APPOINTMENT OF
GUARDIANSHIP DECISION PUBLICATION AND THE ISSUE OF
WHETHER PERSONAL RIGHTS ARE BEING VIOLATED OR NOT BY
THE PUBLICATION OF DECISION**

ABSTRACT

The restriction is the limitation of the capacity of act. It is related to direct intervention with aspect of freedom of the person, however, in a limited way in the law on the basis of the aforementioned factors may occur with a court order. Due to its significant consequences, there are also general rules of procedure as well as some special rules for restraint proceedings in the Civil Code itself. Once the restraint order is finalized, it is immediately announced where the restraint is registered in the place of residence and population. With the announcement, third parties who enter into legal relations with the restricted person no longer benefit from goodwill protection. The purpose of the law with the announcement is to ensure transaction security. For this purpose, it is aimed to announce the restriction to everyone and to make it known to the whole society. With the announcement, it is known by everyone in the society in which the individual is restricted. This situation violates person's private sphere, honor and dignity. The purpose of protecting personal rights and personal data and the security of transactions should be meticulously aligned. Taking into account the number of persons who can establish legal transactions with the restricted person, the announcement of the decision is a disproportionate arrangement to ensure transaction security. This regulation completely ignores the principle of protection of personal rights and data. Taking into account the principle of protection of personal rights and personal data, the Swiss legislator has completely changed the guardianship system and made decisions to limit the capacity of the act to be declared, instead making a decision for the person who makes his credible credentials to be able to request information from the institution concerned.

Keywords: Restriction, Capacity of act, Guardianship, Publication, The Rights of Personality.

GİRİŞ

Kısıtlama ve vasi atanması kararları kesinleştikten sonra derhal ilan edilmektedir. İlanın iki amacı vardır. İlki, üçüncü kişilere kısıtlının durumunu bildirerek bu kişiyle yapacakları hukuki işlemlerin geçersiz olabileceğini belirtmektir. İkincisi, kısıtlının durumunu bildirerek, durumdan haberdar olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmektir. Böylece işlem güvenliği sağlamak istenmiştir. Kısıtlama kararının ilanından sonra kısıtlanmış kişi ile hukuki işlem yapan üçüncü kişiler karardan haberdar olmasa da işlem askıda hükümsüz durumda olacaktır. Burada kanun koyucu ilan yapıldıktan sonra bundan herkesin haberdar olduğu varsayımından hareket etmektedir. Kısıtlama kararının ilanı uygulamada kısıtlının yerleşim yeri ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde yayınlanan yerel gazetelerde yapılmaktadır. Ulaşım imkanlarının ve özellikle internetin sağladığı olanakların yaygınlaşması sonucu farklı yerlerdeki kişilerin hukuki işlem kurabilmeleri yaygınlaşmıştır. Dolayısıyla yerel gazetelerde yapılan ilanların aleniyeti sağlama fonksiyonu oldukça zayıflamıştır.

Kısıtlama ve vasi atama kararlarının ilanı ile kısıtlının ehliyet durumu herkes tarafından bilinebilir duruma gelmiştir. Bu durum kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması kuralına aykırıdır. Kısıtlama kararının ilanı ile sadece işlem güvenliği dikkate alınmış, kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması kuralı tamamen göz ardı edilmiştir. İşlem güvenliği ve kişilik hakları ve verilerin korunması ilkesini ölçülü bir şekilde bağdaştıracak bir yol bulunmalıdır.

Bu çalışmada öncelikle kısıtlama yargılamasında dikkate alınan özel kurallar incelenmiştir. Daha sonra kısıtlama kararının uygulamada yerel gazetelerde ilanı ile sağlamış olduğu aleniyetin kapsamı ve derecesi incelenmiş ve kanunun amaçladığı durumun sağlanıp sağlanmadığı tartışılmıştır. Son olarak kararın ilanı ile birlikte kısıtlının zedelenen kişilik hakları açıklanıp, bu konudaki çözüm önerileriyle çalışma sonlandırılmıştır.

I. KISITLAMA USULÜ

A. Genel Olarak

Kısıtlama, bir kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması sonucunu doğurduğu için kişi özgürlüğüne doğrudan bir müdahale niteliğindedir. Bu müdahale aynı zamanda kişilik haklarını da etkilemektedir. Bu önemli sonuçları dikkate alan kanunkoyucu genel usul hükümlerinin yanısıra kısıtlama yargılamasına ilişkin bazı özel kurallara bizzat Medeni Kanun'da yer vermiştir¹.

B. Yargılamanın Başlangıcı

Kısıtlamaya ilişkin yargılama süreci, kısıtlama sebebinin öğrenilip bunun yetkili vesayet makamına bildirilmesiyle başlar. Bu bildirim başta ilgili kişinin yakınları, idari makamlar, mahkemeler olmak üzere herkes yapabilir. Yapılan tüm bildirimler ilgili mahkemenin esas defterine kaydedilir (Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m. 10). Kayıttan sonra bildirimde bulunan kişiye isteği halinde bir kayıt numarası verilir. Mahkemelerde Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) ile UYAP bilişim sistemine geçilmesiyle birlikte defterler UYAP bilişim sisteminde tutulduğu için artık bu kayıt UYAP bilişim sistemine yapılmaktadır². Bildirimi alan vesayet makamı öncelikle görevli olup olmadığını inceler. Görev incelemesinden sonra yetkili olup olmadığını inceler. Görevli veya yetkili olmadığı sonucuna varırsa işi kendiliğinden görevli ve yetkili mahkemeye gönderir. Bu gönderme için başvuruda bulunulmasına gerek yoktur. Masraflar resmi puldan karşılanır³.

Kısıtlama kararı bakımından yetkili vesayet makamı, kısıtlanacak kişinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Görevli mahkeme

¹ **Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** (1965) Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Nurgök Matbaası, s. 504; **Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K.** (1960) Türk Medeni Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s. 526. Bkz. **Öztaş, Bilge** (2004) Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 768.

² **Yıldız, Ekrem/Gürsoy, Serhan** (2010) Türk Vesayet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 67.

³ **Yıldız/Gürsoy**, s. 67.

ise sulh hukuk mahkemesidir. Bu kapsamda kısıtlama kararından önce verilmesi gerekli olan geçici önlem kararları (bkz. MK m. 420/I) bakımından da sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Yine yetkili mahkeme de hakkında tedbir uygulanacak kişinin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesidir.

Vesayeti gerektiren hallerin ilgili mercilere bildirilmesi hususunda üçüncü kişilerin genel bir bildirim yükümlülüğü yoktur. Fakat kanunda bazı makamlara bildirim yükümlülüğü yüklenmiştir. Görevlerini yaptığı esnada velayet altında olmayan bir küçüğün olduğunu tespit eden nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler bu durumu yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür (MK m. 404/II). Nüfus memurları da idari makamlar arasında yer aldığından hükümde nüfus memurlarının ayrıca sayılması gereksizdir. Bir yıl veya daha uzun özgürlüğü bağlayıcı ceza alan kişilerin kısıtlanması için cezayı yerine getirmekle görevli makam, yetkili vesayet makamına bildirimde bulunmakla yükümlüdür (MK m. 407/II). Bu makam cezanın yerine getirildiği yerdeki Cumhuriyet Başsavcılığıdır.

Medeni Kanun m. 405'de akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlama düzenlenmiştir. MK m. 405/II'de ise görevlerini yaparken vesayet altına alınmayı gerektiren bir durumun varlığını öğrenen idari makamlara, noterlere ve mahkemelere durumu yetkili vesayet makamına bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı ve kötü yönetim sebebiyle kısıtlamayı düzenleyen MK m. 406'da bildirim yükümlülüğüne yönelik herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. MK m. 405/II'de MK m. 404/II'nin aksine⁴ vesayet altına alınmayı gerektiren sebepler bakımından bir sınırlandırma yapılmamıştır. Bu durumda MK m. 405/II'de sayılan merciler, sadece akıl hastalığı veya akıl zayıflığı halini öğrendikleri durumda mı; yoksa savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim gibi durumları da öğrendiklerinde bildirim yükümlülüğüne tabi olacak mıdır? MK m. 405 hükmü sadece akıl hastalığı veya akıl zayıflığını düzenlediği için bu mercilerin sadece akıl hastalığı veya akıl zayıflığı durumlarını öğrendiğinde

⁴ MK m. 404/II'e göre; 'Görevlerini yaparlarken vesayeti gerektiren böyle bir halin varlığını öğrenen nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar.

bildirim yükümlülüğü olduğu akla gelebilir. Fakat her ne kadar MK m. 405 hükmü akıl hastalığı veya akıl zayıflığına ilişkin kısıtlama durumunu düzenlemiş olsa da MK m. 404/II'de sebebe yönelik olarak yapılan bu sınırlandırmanın MK m. 405/II'de yapılmadığı dikkate alındığında söz konusu mercilerin vesayeti gerektiren diğer sebepleri öğrenmesi durumunda bildirim yükümlülüklerinin olduğu söylenebilir⁵. Korunmaya ihtiyacı olan bu kişiler için koruyucu hükümlerin uygulanmasının gerekliliği ve kanunun bu durumdaki kişileri koruyucu amacı dikkate alındığında söz konusu yorumun haklılığı görülecektir. Fakat kanunda yer alan bildirim yükümlülüklerinin tek bir maddede açık bir şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Vesayet altına alınmayı gerektiren sebeplere ilişkin bildirim yükümlülüğünün sadece kamu makamlarına yüklenmiş olması da idari otoritenin dezavantajlı konumda bulunan kişileri koruma ödevinin bir tezahürüdür. İdari otorite gerektiğinde vesayet altına alınması gereken kişinin bu durumundan çıkar sağlama ihtimali olan yakınlarına karşı da söz konusu kişiyi koruyacaktır. Nitekim bu kişinin yakınlarının söz konusu kişinin bu durumundan kendilerine bir çıkar sağlama ihtimalleri her zaman vardır. Bildirimle yükümlü olan idari makamlar arasında sağlık kuruluşlarının rolü çok önemlidir. Çünkü akıl hastalığı veya zayıflığını tespit etmede uzman kişileri çalıştıran bu kuruluşlar tespit etmiş oldukları bu durumu derhal yetkili vesayet makamına bildirerek ilgili kişinin vakit geçirmeksizin koruma altına alınmasını sağlamalıdır. Kanunda sadece resmi makamlar sayıldığı için sadece resmi sağlık kurumları vesayet altına alınmayı gerektiren durumları yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadır. Fakat resmi sağlık kurumları yanında özel sağlık kurumları da ülkemizde oldukça yaygındır. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle korunmaya ihtiyacı olan tüm kişilerin korunmasının sağlanabilmesi için özel veya resmi tüm sağlık kurumları için saptamış oldukları vesayeti gerektiren durumları yetkili vesayet makamına bildirme zorunluluğu getirilmelidir⁶.

⁵ Aksi yönde bkz. **Velidedeoğlu**, s. 500.

⁶ Bkz. TCK m. 98.

C. Yargılama Usulü

1. Genel Olarak

Kısıtlamaya ilişkin işlemler, çekişmesiz yargı işlemi olduğu için (HMK m. 382/II, b-19) basit yargılama usulüne tabidir (HMK m. 385/I). Yargılamada kendiliğinden harekete geçme ilkesi geçerlidir (HMK m. 385/II). Kısıtlamayı gerektirir bir durumu öğrenen vesayet makamı, kendiliğinden araştırma yapıp, gerekli tüm delilleri toplayabilir⁷. Kendiliğinden harekete geçme ilkesi, isteğe bağlı kısıtlamada sınırlı bir şekilde uygulanmaktadır. Şöyle ki bu ilke ancak kısıtlama yargılaması başladıktan sonra uygulanabilir. Buradaki kısıtlama yargılamasının başlayabilmesi için ilgili kişinin başvurusu şarttır⁸.

Mahkeme yargılama esnasında vesayet işlerinin zorunlu kıldığı durumlarda kısıtlama kararından önce ilgili kişinin korunması için çeşitli geçici önlemler alabilir. Bu kapsamda ilgili kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırıp, ona bir temsilci atayabilir (MK m. 420/I). Alınabilecek geçici önlemlere örnek olarak ilgili kişiye ait taşınırın muhafaza altına alınması, tedavi ve koruma amaçlı bir kuruma yerleştirilmesi, ticari işletmesinin işletilmesi için kayyım atama gibi önlemler gösterilebilir. Fakat bu önlemlerin alınmasında ölçülülük ilkesine dikkat edilmelidir. Yani kişinin durumuyla ilgili ve bu durumuyla orantılı ağırlıkta tedbirlerin alınması gerekmektedir⁹. Geçici önlemlere ilişkin kararlar da ilan edilecektir (MK m. 420/II). Fakat ilan nasıl yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Bu konuda MK m. 410 hükmü kıyasen uygulanarak karar, ilgili kişinin yerleşim yeri ve nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilir.

Kanundaki sistematik dikkate alındığında küçüklük kısıtlamayı gerektiren bir hal olmayıp, vesayeti gerektiren bir haldir. Çünkü ayırt etme gücüne sahip küçükler, kanunen sınırlı ehliyetsiz durumunda oldukları için

⁷ Yarg. 18. HD T. 26.09.2013, E. 2013/9282, K. 2013/12347; Yarg. 18. HD T. 30.04.2013, E. 2013/3319, K. 2013/7123 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸ **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper** (2018) Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, N. 1968; **Yıldız/Gürsoy**, s. 75.

⁹ **Yıldız/Gürsoy**, s. 69.

velayet altında değillerse bunlara vasi atanarak korunmaları sağlanır¹⁰. İstisnaen MK m. 419/II'de küçükler hakkında kısıtlama kararı verileceği öngörülmüştür. Bu hükümle amaçlanan üzerinde kısıtlama sebebi bulunan, erginlik yaşına yaklaşan küçüklerin erginlik sebebiyle velayetin sonlanmasından sonra korunmasını sağlamaktır. Nitekim kanunda kısıtlama kararının ergin olduktan sonra sonuç doğuracağı öngörülerek bu yorum doğrulanmaktadır¹¹ (MK m. 419/II).

Kısıtlamayı gerektiren sebebe bağlı olarak yargılama usulü değişmektedir. Kısıtlama sebebine göre değişen yargılama usulüne ilişkin kurallar aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

2. Akıl Hastalığı veya Akıl Zayıflığı Sebebiyle Kısıtlama

Akil hastalığı veya akıl zayıflığı durumlarında hakimın kısıtlamaya karar verebilmesi için mutlaka resmi sağlık kurulu raporu olmalıdır (MK m. 409/II). Bu emredici bir kural olup, kararın bilirkişi raporuna dayanmadan verilmesi bir bozma sebebidir¹². Kanunda 'kurul' ibaresi yer aldığı için mahkeme bilirkişi olarak alanında uzman birden fazla hekimi bilirkişi kurulu

¹⁰ **Velidedeoğlu**, S. 625; **Feyzioğlu**, **Necmeddin Feyzi** (1971) Aile Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 368, s. 485; **Saymen/Elbir**, s. 513; **Akıntürk**, **Turgut/Ateş**, **Derya** (2019) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 481; **Öztañ**, s. 757; Yarg. 2. HD T. 02.11.2007, E. 2007/13488, K. 2007/14885 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası). Doktrinde **Dural/Öğüz/Gümüş**, küçüklerin de kısıtlanabileceğini ileri sürmektedir (**Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1983).

¹¹ **Öztañ**, s. 757. Karş. **Velidedeoğlu**, s. 497; **Tekinay**, **Selahattin Sulhi** (1990) Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 625; Yarg. 2. HD T. 26.11.2007, E. 2006/21641, K. 2007/16490 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

¹² **Oğuzman**, **Kemal/Dural**, **Mustafa** (1998) Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 448; **Öztañ**, s. 769; Yarg. 18. HD T. 24.09.2012, E. 2012/9893, K. 2012/9878 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası). Aynı şekilde akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle kısıtlamanın reddine karar verilebilmesi için de resmi sağlık kurulu raporunun olması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 18. HD T. 02.07.2012, E. 2012/7412, K. 2012/8343 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

olarak atayacaktır¹³. Kanunda resmi sağlık raporu olarak belirtildiği için raporun devlete ait bir sağlık kuruluşu tarafından düzenlenmesi gerekmektedir¹⁴. Devlete ait sağlık kuruluşları arasında devlet ve üniversite hastaneleri sayılabilir. Mahkeme, ilgili kişinin bir kurumda gözlem altına alınıp, raporun bu kurum tarafından verilmesini isteyebilir¹⁵. Kendisinden bilirkişi raporu talep edilen kurum da raporun düzenlenebilmesi için ilgili kişinin gözlem altında tutulması gerektiğini mahkemeye bildirebilir. Sağlık kurulu raporunun karar tarihine yakın bir zamanda düzenlenmiş olması gerekmektedir¹⁶.

Hakim, bilirkişiden tıbbi bulgularının neler olduğunu soracaktır. Hakim, kendisinin karar vereceği kısıtlamanın gerekip gerekmediği hususunu bilirkişiden tespit etmesini isteyemez¹⁷. Fakat Yargıtay bazı kararlarında isabetsiz bir şekilde sağlık kurulu raporunda ilgili kişinin kısıtlanıp vesayet altına alınmasının zorunlu olup olmadığının açıkça belirtilmesi gerektiğine hükmetmektedir¹⁸. Burada bilirkişiden sorulacak hususlar; ilgili kişide akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, varsa bu durumun devamlı olup olmadığı, tedaviye göre iyileşme ihtimalinin olup olmadığı, hastalığın

¹³ **Yıldız/Gürsoy**, s. 72; Yarg. 18. HD. T. 12.01.2016, E. 2015/5969, K. 2016/247; Yarg. 2. HD T. 08.12.2015, E. 2015/7159, K. 2015/23548; Yarg. 2. HD T. 19.02.2007, E. 2007/1678, K. 2007/2238 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

¹⁴ Uygulamada bu incelemenin Adli Tıp Kurumu veya tam teşekküllü bir devlet hastanesinin yapması gerektiği belirtilmektedir. Bu hususta bkz. Yarg. 12. HD T. 10.05.2018, E. 2016/32951, K. 2018/4695; Yarg. 18. HD T. 02.07.2012, E. 2012/7412, K. 2012/8343 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası). Fakat ayırt etme gücünün olup olmadığının tespitinin özellikle Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Dairesi'nde yapılması gerektiği yönünde bkz. Yarg. 1. HD T. 16.04.2018, E. 2015/9406, K. 2018/9119; Yarg. 1. HD T. 03.04.2018, E. 2018/307, K. 2018/8664 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁵ **Oğuzman/Dural**, s. 448; **Öztaş**, s. 769; Yarg. 2. HD T. 28.05.2001, E. 2001/7007, K. 2001/8277 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası)

¹⁶ Yarg. 2. HD T. 09.06.2008, E. 2008/8147, K. 2008/8187 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

¹⁷ **Oğuzman/Dural**, s. 448.

¹⁸ Bkz. Yarg. 8. HD. T. 15.01.2018, E. 2017/8095, K. 2018/410; Yarg. 18. HD T. 22.12.2015, E. 2015/20660, K. 2015/18987 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

onun günlük hayatına etkisinin ne olduğu, yapmış olduğu işlemlerin hukuki etki ve sonuçlarını bilip bilemeyeceğidir¹⁹.

Kısıtlama kararı verilebilmesi için bilirkişi raporu gerekli olmakla birlikte hakim raporla bağlı değildir. Raporun hukuki değerlendirmesini yaptıktan sonra ilgili kişinin durumunu kısıtlama için yeterli görmezse kısıtlama kararı vermeyebilir. Duruma göre ilgili kişiye bir kayyım atanmasına karar verebilir²⁰.

Hakim, karar vermeden önce kurul raporunu da dikkate alarak kısıtlanması istenen kişiyi dinleyebilir. Bu kapsamda hakim, ilgili sağlık kuruluşundan resmi sağlık kurulu raporu isterken kuruldaki kısıtlanmak istenen kişinin dinlenmesinde sakıncalı bir durumun olup olmadığını sağlık raporunda belirtilmesini isteyebilir²¹. Fakat verilen rapor hakim için bağlayıcı olmayacağı gibi rapordaki dinlenmesinde sakınca olup olmadığını belirten açıklama da bağlayıcı değildir.

3. Savurganlık, Alkol veya Uyuşturucu Madde Bağımlılığı, Kötü Yaşama Tarzı, Kötü Yönetim ve İstek Sebebiyle Kısıtlama

Kısıtlamayı gerektiren savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim hallerinde kanun koyucu kısıtlanmak istenen kişinin mutlaka dinlenmesi gerektiğini öngörmüştür²². Aynı şekilde yaşlılık, engellilik, deneyimsizlik veya ağır hastalık sebepleriyle işlerini gerektiği gibi yönetemeyen her ergin kısıtlanmak istediğinde karar

¹⁹ **Oğuzman/Dural**, s. 448; **Öztan**, s. 769; **Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre** (2000) *Medeni Hukuk Giriş – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 1050.

²⁰ **Oğuzman/Dural**, s. 448.

²¹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1981. Mülga 743 sayılı Kanun m. 359/II'de ilgili kişinin dinlenmesinin faydalı olup olmadığını raporda yazılması gerektiği öngörülmüştü. Bkz. Yarg. 8. HD T. 15.01.2018, E. 2017/8095, K. 2018/410 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

²² Yarg. 18. HD T. 26.09.2013, E. 2013/9282, K. 2013/12347; Yarg. 2. HD T. 29.04.2003, E. 2003/3190, K. 2003/6282 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

öncesi dinlenmesi şarttır²³ (MK m. 409/I). Dinleme gerekliliği, emredici bir düzenleme olup dinleme yapılmaması bir bozma sebebidir²⁴. Kısıtlanacak kişinin dinlenmek istemediğini beyan ettiği durumlarda da mahkeme ilgili kişiyi mutlaka dinlemelidir. Çünkü dinlemenin bir amacı da hakimin kısıtlama sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında tam bir fikir edinmesini sağlamaktır²⁵. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamadan farklı olarak MK m. 409/I'de öngörülen kısıtlama sebepleri bakımından resmi sağlık kurulu raporu alınıp alınmayacağı hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat hakim özellikle alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı sebebiyle kısıtlamada ilgilinin bağımlılığının olup olmadığını tespit edebilmek için bir sağlık raporu isteyebilir²⁶.

Kanun koyucu savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim hallerinde dinleme ile kişiye hakim karşısında kendisini savunabilme, davranışlarının gerekçesini açıklama imkanı tanımıştır²⁷. Çünkü ayırt etme gücüne sahip ergin kişinin kısıtlama kararı ile birlikte fiil ehliyeti sınırlandırılmış olacaktır. Ayırt etme gücüne sahip ergin kişi açısından bu derece ağır sonuçları olabilecek bu karar öncesinde dinlenmesi, kendisine yöneltilen isnatlara cevap verebilmesi son derece önemlidir. Kişinin kendisine kısıtlama sebebi olarak sunulan olgulara yönelik bir savunma yapabilmesi için kısıtlama sebebi olarak sunulan olguların ayrıntılı bir şekilde açıklanması gerekmektedir²⁸. Bu açıklamanın dinleme esnasında yapılması, yapılacak savunmanın kapsamını daraltabilir.

²³ Yarg. 18. HD T. 04.03.2014, E. 2013/18523, K. 2014/3838 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

²⁴ **Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim** (1989) Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 319; **ÖZTAN**, s. 768; Yarg. 8. HD T. 18.01.2018, E. 2017/15660, K. 2018/816 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵ **Velidedeoğlu**, s. 504; **Oğuzman/Dural**, s. 451; **Öztan**, s. 768-769; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 1050.

²⁶ **Oğuzman/Dural**, s. 452; **Yıldız/Gürsoy**, s. 72. Sağlık raporu alınması gerektiği yönünde bkz. **Öztan**, s. 762.

²⁷ **Oğuzman/Dural**, s. 451; **Öztan**, s. 768; **Yıldız/Gürsoy**, s. 71.

²⁸ **Velidedeoğlu**, s. 504; **Saymen/Elbir**, s. 527; **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 1982. Bkz. 18. HD T. 19.01.2016, E. 2015/5689, K. 2016/683 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

Bu sebeple kısıtlanması istenen kişinin duruşmaya çağrıldığı davetiyede kısıtlama talebinin dayandığı sebepler açık ve ayrıntılı bir şekilde yazılmalıdır²⁹. Örneğin; savurganlığı dolayısıyla kısıtlanmak istenen kişinin savurganlık sebebiyle kısıtlanmak istendiği bildirilmeli ve ayrıca savurganlık olarak nitelendirilen tasarruflar belirtilmelidir³⁰.

İstek üzerine kısıtlamada hakimın kısıtlanacak kişiyi dinlemesindeki amaç MK m. 408'de sayılan kısıtlamaya dayanak olabilecek sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve kısıtlanacak kişinin kısıtlanma yönündeki açık iradesini tespit etmektedir. MK m. 408'de sayılan sebeplerden birinin gerçekleştiği tespit edildikten sonra ilgili kişi, kısıtlama kararının fiil ehliyetine getireceği sınırlamaların sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir³¹. MK m. 406/I uyarınca yapılan kısıtlama yargılamasındaki dinlemede ilgiliye kişiye kısıtlanmasına gerek olmadığını ispatlamasına fırsat tanınırken; istek üzerine kısıtlamadaki dinlemede ilgili kişinin kısıtlanma yönündeki açık iradesinin tespiti ve kısıtlama sonrası sahip olacağı hukuki statü hakkında bilgilendirme yapılmaktadır.

İlgili kişi mutlaka kısıtlama kararını verecek olan mahkeme tarafından dinlenmelidir³². Mahkeme, istinabe yoluyla ilgili kişinin dinlenmesine karar veremez. İlgili kişinin bizzat kendisi dinlenmelidir. Bu kapsamda ilgili kişi yerine onun yakınlarının dinlenmesi yoluna gidilemez. Dinleme esnasında ilgili kişinin yanında bir avukatın bulunmasına engel yoktur. Dinleme, kural olarak mahkemede yapılır. Fakat dinlenecek kişinin sağlık durumu sebebiyle mahkemeye gelemeyeceği durumlarda, söz konusu kişi bulunduğu yerde de dinlenebilir³³. İlgili kişi, mutlaka hakim karşısında kendisini sözlü olarak ifade etmelidir. Mahkeme, bu kişinin dinlenmesi yerine yazılı beyanda bulunmasını isteyemez³⁴.

²⁹ Oğuzman/Dural, s. 452.

³⁰ Oğuzman/Dural, s. 451.

³¹ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1982.

³² Köprülü/Kaneti, s. 319; Öztan, s. 770.

³³ Oğuzman/Dural, s. 452.

³⁴ Oğuzman/Dural, s. 451.

4. Bir Yıl veya Daha Uzun Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Sebebiyle Kısıtlama

Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum olan kişilerin kısıtlanacağı öngörülmüştür (MK m. 407/I). Tutuklama ceza yerine geçmediği için tutuklanan kişiler, özgürlükleri kısıtlanmış olsa da bu kişiler hakkında MK m. 407 uyarınca kısıtlama kararı verilemez. MK m. 407/I uyarınca kısıtlama kararı verilebilmesi için ilgili kişinin dinlenmesine gerek yoktur³⁵. Çünkü kanunda bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza alınması durumunda kişinin kısıtlanacağı öngörülmüş ve bu hal MK m. 409'da dinlenme yapılması gereken haller arasında sayılmamıştır³⁶.

II. KISITLAMA KARARI VE KARARIN SONUÇLARI

Kısıtlama kararının kesinleşmesiyle birlikte hakkında kısıtlama kararı verilen kişinin fiil ehliyeti sınırlanır³⁷. Kısıtlama kararı, kişiler hukukuna ilişkin bir karar olduğu için karar kesinleştikten sonra hüküm doğurur (HMK m. 350/II). Kararın verildiği tarih ile kesinleştiği tarih aralığı için mahkeme, söz konusu kişinin fiil ehliyetini geçici olarak kaldırabilir ve ona bir temsilci atayabilir (MK m. 420)³⁸. Kararın kesinleşmesiyle kısıtlı kişi yeni bir hukuki statüye girer. Kısıtlama kararı, bu yönüyle yenilik doğuran bir karardır³⁹. Kısıtlama kararının en önemli sonucu, kişinin ayırt etme gücü olduğu durumlarda kişiyi ehliyet bakımından sınırlı ehliyetsiz hale getirmesidir⁴⁰. Bunun sonucunda bu kişi, artık kanunda öngörülen istisnalar dışında tek başına işlem yapamaz. İhtiyacı olan hukuki işlemlerin yapılabilmesi için velayet ya da vesayet altına alınır. Ayırt etme gücü olmayan tam ehliyetsizler

³⁵ Velidedeoğlu, s. 503; Oğuzman/Dural, s. 452; Yıldız/Gürsoy, s. 71. Bkz. Akıntürk/Ateş, s. 488.

³⁶ Fakat doktrinde Dural/Öğüz/Gümüş, kısıtlama için kişinin yardım ihtiyacında olması gereğini aradığından hakimin mahkumu dinlemesi gerektiğini ileri sürmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1984).

³⁷ Velidedeoğlu, s. 497, 505; Köprülü/Kaneti, s. 434; Öztan, s. 758.

³⁸ Velidedeoğlu, s. 505.

³⁹ Akıntürk/Ateş, s. 482; Öztan, s. 758; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 1041.

⁴⁰ Oğuzman/Dural, s. 456; Akıntürk/Ateş, s. 482.

hakkında verilen kısıtlama kararları, söz konusu kişileri vesayet altına almak için verilir. Bu karar, söz konusu kişiler bakımından yenilik doğurucu bir etki yaratmaz. Bu kişiler, söz konusu karardan önce de tam ehliysiz konumundadır.

Kısıtlama kararından sonra kural olarak ilgili kişi vesayet altına alınır ve bu kişiye bir vasi atanır. Fakat istisnaen kısıtlanan ergin çocuklar, vesayet altına alınmayıp anne babalarının velayeti altına alınır (MK m. 419/III). Vesayet altına alınan kişi, vasi tarafından önceden izin verilen işlemler dışındaki yapacağı hukuki işlemlerde ya vasisi tarafından temsil edilir ya da yaptığı işlemler vasi tarafından onanır.

Kısıtlama kararıyla birlikte kısıtlının yerleşim yeri, kısıtlamaya karar veren sulh hukuk mahkemesinin bulunduğu yerdir (MK m. 21/II). Bu kişi, vesayet makamının izni olmadan yerleşim yerini değiştiremez (MK m. 412). Vesayet makamının izniyle bu kişinin yerleşim yeri değişmişse, yetkili vesayet makamı bu yerdeki sulh hukuk mahkemesi olacaktır. Yerleşim yerinin değişmesiyle kısıtlama kararı, yeni yerleşim yerinde de ilan edilir (MK m. 412/II).

A. Kısıtlama ve Vasi Atama Kararının İlanı

Kısıtlama kararı kesinleştikten sonra kısıtlının yerleşim yeri ile nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan olunur (MK m. 410). İlanın iki amacı vardır. İlki, üçüncü kişilere kısıtlının durumunu bildirerek bu kişiyle yapacakları hukuki işlemlerin geçersiz olabileceğini belirtmek; ikincisi, kısıtlının durumunu bildirerek, durumdan haberdar olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmektir⁴¹. Böylece işlem güvenliği sağlanmak istenmiştir.

Kısıtlama kararından sonra verilen vasi atama veya kısıtlının velayet altına bırakılmasına ilişkin kararların da kısıtlının yerleşim yeri ve nüfusa

⁴¹ **Schnyder, Bernhard/Murer, Erwin** (1984) Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung, Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, Art. 375, N. 8, 24, 28; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 1050.

kayıtlı olduğu yerde ilan edileceği öngörülmüştür (MK m. 421/II). Bununla üçüncü kişilere, kısıtlıyı temsil edecek kişiye ilişkin bir bilgilendirme yapılmaktadır. Kısıtlamaya ilişkin kararların kesinleştiğinde ilan edileceği kanunda açıkça öngörülmüştür. Fakat vasi atama kararları bakımından kanunda kesinleştiği zaman ilan edileceğine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Her ne kadar bu yönde bir ibare bulunmasa da vasi atama kararı fonksiyonel olarak bağlı olduğu kısıtlama kararından bağımsız olarak ilan edilemez. Çünkü kısıtlama kararına yapılacak itiraz sonucunda söz konusu kararın kaldırılması durumunda vasi atama kararı da varlık sebebinden yoksun hale gelecektir. Uygulamada vasi atama kararları kısıtlama kararı ile birlikte verilmektedir. Yine uygulamada her iki karar birlikte ilan edilmektedir.

Kanun, kısıtlama şartları oluştuğunda ilgili kişi hakkında kısıtlama kararı verileceğini öngörmüş ve karar kesinleştikten sonra ‘hemen’ denilmek suretiyle gecikmeksizin kararın ilan edilmesi gerektiğini öngörmüştür (MK m. 410). Fakat uygulamada ilan yasada öngörüldüğü gibi hemen yapılmamaktadır⁴².

İlanın ertelenmesine yönelik istisnai bir düzenleme olmadığı için özellikle bir kurumda akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya alkol, uyuşturucu madde bağımlılığı dolayısıyla tedavi altında bulunan kişilerin iyileşme ihtimalleri göz ardı edilmiştir. Mülga 743 sayılı Kanun m. 360/II’de bu kişiler bakımından ilanın ertelenebileceği öngörülmüştü⁴³. Bu kişilerin kurumda buldukları süre içerisinde üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye girmesinin pek olası olmadığı dikkate alındığında kararın ilanının gereksizliği açıkça ortaya çıkmaktadır⁴⁴.

⁴² İsviçre uygulaması için bkz. **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 42.

⁴³ Bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 454; **Saymen/Elbir**, s. 528. İsviçre’de vesayete yönelik hükümlerin değiştirilmesinden önce doktrinde mesleki gelişim, onur ve saygınlığın korunması bakımından da ilanın ertelenmesinin yararlı olacağı ileri sürülmekteydi (bkz. **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 20).

⁴⁴ **Oğuzman/Dural**, s. 454. Aynı durum özgürlüğü bağlayıcı ceza sebebiyle verilen kısıtlama kararları için de geçerlidir. Bu durumda da kısıtlı kişinin üçüncü kişilerle hukuki ilişkiye girmesi pek olası olmadığı için kısıtlama kararının ilanı gereksizdir.

Ayrıca bu durum kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması ilkesine de aykırıdır⁴⁵.

İlanda kısıtlanan kişinin kimliği ve kısıtlanmış olduğu açıkça belirtilir⁴⁶. Fakat kısıtlama sebebinin gösterilmesine gerek yoktur⁴⁷. Çünkü kısıtlama sebebine göre kısıtlamanın sonuçları değişmemektedir⁴⁸. Hatta kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması açısından da kısıtlama sebebinin gösterilmemesi gerekmektedir⁴⁹. Uygulamada vasi atama kararları kısıtlama kararları ile birlikte verildiği için ilanda vasinin kimliğine ilişkin bilgiler de yer almaktadır. İlanda ayrıca kısıtlama ve vasi atama kararının tarihi ve kararı veren mahkemenin adı yer alır⁵⁰. Uygulamada ilanlar resmi ilan portalının web sitesinde de yayınlanmaktadır. Söz konusu web sitesinde yer alan ilanda kararın yayımlanmış olduğu süreli basılı yayın da gösterilmektedir.

İlanın önemli sonuçlarından biri kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye giren üçüncü kişilerin iyiniyet korumasından yararlanmasını ortadan kaldırmasıdır⁵¹. MK m. 410/II'de kısıtlama kararının iyiniyetli üçüncü kişileri ilandan önce etkilemeyeceği öngörülmüştür. Hakkında kısıtlama kararı verilen kişiyle kısıtlama kararının ilanından önce bir hukuki işlem yapan üçüncü kişi iyiniyetli ise, yani kısıtlama kararını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa bu kişinin iyiniyeti, MK m. 410/II hükmü uyarınca korunur ve işlem tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Burada ehliyetin varlığı noktasında üçüncü kişinin iyiniyeti esas olduğu için kötüniyet iddiasında bulunan kişi bunu ispat etmekle yükümlüdür. Burada ispat yükü altında olan kişi, işlem tarafı olan üçüncü kişinin kısıtlılık halini bildiğini veya bilmesi gerektiğini

⁴⁵ Karş. **Saymen/Elbir**, s. 528.

⁴⁶ Bkz. **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 16, 55; **Geiser, Thomas** (2006) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 3. Aufl., Basel-Genf-München, Helbing & Lichtenhahn, Art. 375, N. 14

⁴⁷ **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 56; **Oğuzman/Dural**, s. 453.

⁴⁸ **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 37.

⁴⁹ Bu konuda bkz. s. 16 vd.

⁵⁰ **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 55.

⁵¹ **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 27, 51, 70; **Geiser** (2006) Art. 375, N. 15.

ispat etmelidir⁵². Fakat ayırt etme gücü olan kısıtlı, diğer tarafı ehliyetli olduğu hususunda yanılmış ise, bu yüzden ortaya çıkan zararlardan sorumludur (MK m. 452/II). Kısıtlama kararının ilanından sonra ise kısıtlı kişi ile hukuki işlem yapan üçüncü kişiler, karardan haberdar olmasa da işlem askıda hükümsüz durumda olacaktır.

Medeni Kanun m. 410/II hükmü ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların yapmış olduğu işlemlere yönelik olup, ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsizler bakımından herhangi bir uygulama alanı yoktur⁵³. MK m. 410/III'de ayırt etme gücüne sahip olmamanın sonuçlarına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilerek bu durum açıkça vurgulanmıştır. Nitekim MK m. 15'de kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. Bu konuda tam ehliyetsizler bakımından herhangi bir ayrık hüküm olmadığından tam ehliyetsiz bir kişiyle yapılan işlem kesin hükümsüz olacaktır⁵⁴.

Tam ehliyetsiz bir kişiyle yapılan işlemin kanun gereği kesin hükümsüz olup iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin korunmaması, ilana yönelik

⁵² **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 64; **Oğuzman/Dural**, s. 455. **Schnyder/Murer**, kısıtlılık halinin genellikle farkedilemeyeceğinden işlem tarafının ehliyetli olduğunun varsayılacağını ve bu yüzden neredeyse her zaman kısıtlılık halinin bizzat bilindiği durumlarda kötüniyetin söz konusu olacağını, nadiren kısıtlılık halinin bilinmesinin gerektiği durumlarda kötüniyetin söz konusu olacağını ifade etmektedir (**Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 69). Bu görüş kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlar için kabul edilebilir. Fakat kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlarda ayırt etme gücünün yokluğu genellikle fark edilebilecek bir husus olduğu için işlem tarafı bu kişinin ehliyetli olduğu iddiasıyla iyiniyet iddiasında bulunamaz. Zaten ayırt etme gücü olmayan kişilerle yapılan sözleşmeler kanun gereği kesin hükümsüzdür. Bkz. MK m. 410/III

⁵³ **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 9, 29; **Oğuzman/Dural**, s. 455; **Öztaş**, s. 770. Bkz. Yarg. İBK, T. 11.06.1941, E. 1941/4, K. 1941/21 (Kazancı İçtihat Bilişim Bilgi Bankası).

⁵⁴ **Geiser**, tam ehliyetsizlerle yapılan işlemler her durumda kesin hükümsüz olduğu için tam ehliyetsizlerin kısıtlanmasına ilişkin kararlarının ilanının gereksiz olduğunu öne sürmektedir [**GEISER** (2006) Art. 375, N. 4]. Fakat **Geiser**, ilanının üçüncü kişilere kısıtlının durumunu bildirme, bu konudaki bilgilendirme fonksiyonunu göz ardı etmektedir. Nitekim üçüncü kişiler, kısıtlının söz konusu durumunu öğrendikten sonra söz konusu kişiyle hukuki ilişkiye girip girmeyeceğini belirlemede sağlıklı bir değerlendirme yapabilir.

hükümlerin önemini azaltmaktadır. Bunun işlem güvenliğini tehlikeye düşüreceği düşünülebilir. Fakat ayırt etme gücünün yokluğu üçüncü kişiler nezdinde genellikle farkedilebilir olduğu için işlem güvenliği tehlikeye düşmeyecektir⁵⁵.

İlanın kaç defa yapılması gerektiğine yönelik olarak Mülga 743 sayılı Kanundan farklı olarak herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple ilanın bir defa yapılması yeterli olacaktır. Mülga 743 sayılı Kanun m. 360/1'de en az bir defa ilan olunacağı öngörülmüştü. Dolayısıyla ilanın birden fazla yapılması hakimın takdirindeydi. Fakat aynı takdir hakkının 4721 sayılı Medeni Kanun dönemi için de geçerli olacağı söylenebilir.

B. Kısıtlama ve Vasi Atama Kararı İlanının Aleniyeti Sağlama Fonksiyonu

Kısıtlama kararının ilanı ile kısıtlı ile hukuki işlem yapan üçüncü kişiler iyiniyet korumasından yararlanamaz. Burada Kanun, ilanla birlikte kısıtlama kararından herkesin haberdar olacağı varsayımından hareket etmektedir⁵⁶. Burada bir faraziye (kesin kanuni karine) söz konusudur⁵⁷. Üçüncü kişilerin iyiniyet korumasından yararlanamaması gibi önemli bir sonuç doğurduğu için kanunun amacı ilanın toplumdaki herkes tarafından bilinebilir olmasıdır. İlanın amacı, kişinin kısıtlandığını herkese duyurmaktır. Burada kanun koyucu, kısıtlı ile hukuki ilişkiye girilebilme ihtimali en yüksek yer olan kısıtlının yerleşim yerinde kararın ilan edileceğini öngörmüştür. Bunun dışında bir de kısıtlının nüfusa kayıtlı olduğu yerde ilan edilmesini öngörmüştür. Fakat kısıtlının yerleşim yerinden başka fiilen oturduğu yerde

⁵⁵ Schnyder/Murer, Art. 375, N. 30.

⁵⁶ Köprülü/Kaneti, s. 320; Schnyder/Murer, Art. 375, N. 70; Oğuzman/Dural, s. 456; Zevkliler/Acabay/Gökyayla, s. 1051; Huber, René (2016) FHB – Fachhandbuch, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen für die Praxis, Hrsg: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, N. 22.118; Yavuz, Cevdet/Erlüle, Fulya/Topuz, Murat (2017) Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 17.

⁵⁷ Schnyder/Murer, Art. 375, N. 98.

ilana yönelik herhangi bir hüküm yoktur. Bu durum özellikle vesayetten önce kısıtlının fiilen oturduğu yeri değiştirdiği hallerde olumsuz sonuçlar yaratmaktadır⁵⁸.

Uygulamada kısıtlama kararının ilanı, günlük yayımlanan yerel gazetelerde yapılmaktadır. Yerel gazetelerin tirajları dikkate alındığında ilanın söz konusu yerde yaşayan kişilerin pek azı tarafından bilinebilir olduğu ortadadır. Hatta günlük gazetelerdeki mahkeme ilanları sayfası, kişilerin özel bir ilgisi yoksa genellikle bakılmadan geçilen sayfalar arasında yer almaktadır. Bu durum, kararın aleniyeti sağlama fonksiyonunu büyük ölçüde azaltmaktadır⁵⁹. Böylece işlem güvenliğini sağlamak için yapılan ilan, işlem güvenliğini sağlamada önemli ölçüde yetersiz kalmaktadır⁶⁰.

Bir kişinin işlem ehliyetinin olup olmadığı her zaman farkedilebilecek bir durum değildir. Doğrudan, kişisel temas olmaksızın hukuki işlem kurabilme imkanı bu problemi derinleştirmiştir⁶¹. Ulaşım imkanlarının ve özellikle internetin gelişmesiyle ekonomik ilişkilerdeki değişim ve bu değişimin sonucu çeşitlilik kazanan hukuki işlemlerin ülkenin farklı noktalarındaki birçok insan tarafından yapılabildiği ortadadır. Bu yüzden yerel gazetelerde yapılan ilanın ülkenin tamamı tarafından bilinmesine imkan yoktur.

İsviçre’de aleniyeti sağlamaya yönelik olarak ilanın dışında, ilanı yapmakla yükümlü olan makam, kısıtlının durumu hakkındaki bilgi alma taleplerini karşılamaktadır. Bu kapsamda gerektiğinde kısıtlıyı temsile yetkili vasi ve kayyımına ilişkin bilgiler de verilmektedir⁶².

İsviçre’de ilana yönelik hükümlerin yerine kararın aleniyetini artıracak farklı bir düzenleme için bir çok öneri sunulmuştur: Birden fazla ve periyodik olarak ilanın tekrarlanması, bir vesayet sicilinin oluşturulması, vesayet

⁵⁸ **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 52.

⁵⁹ Aynı sorun İsviçre’de de yaşanmaktaydı. İsviçre’deki durum için bkz. **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 23, 28, 98.

⁶⁰ **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 98.

⁶¹ **Geiser** (2006) Art. 375, N. 6.

⁶² **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 36.

bölgesini, kantonu veya tüm İsviçre'yi kapsayacak şekilde bir veri bankası oluşturulması⁶³.

Kısıtlama kararının kanunun öngördüğü anlamda aleniyetinin sağlanabilmesi için öncelikle sürekli bir tarzda erişilebilir durumda olması gerekir. Bunun yolu da gelişen internetin imkanlarından yararlanmak suretiyle dijital ortamda bir kısıtlılık sicili oluşturularak bu sicilin herkesin ulaşabileceği şekilde erişime açılması gerekmektedir⁶⁴. Bunun yanı sıra taşınmaz satışları, miktar bakımından önemli sayılabilecek işlemler arasında olduğu için kısıtlama kararları tapu idaresine bildirilmelidir⁶⁵.

İlanla ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir nokta ise herkes tarafından öğrenilmesine imkan olan bu bilgilerin kısıtlının kişilik haklarını zedeleme ihtimalidir⁶⁶. Bu ihtimali dikkate alan İsviçre kanun koyucusu, kısıtlının kişilik haklarının korunması için kısıtlamayla ilgili kapsamlı değişiklikler yapmış ve kısıtlama kararının ilan edilmesini ortadan kaldırmıştır. Bunun yerine tapu sicilinin aleniyetine benzer şekilde üçüncü kişilerin bu bilgiyi edinmesinde bir menfaati olduğunu ispatlaması şartıyla kısıtlı kişi hakkında bilgi verilmesine imkan tanımıştır. İsviçre Medeni Kanununda yapılan değişiklikler aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır⁶⁷.

III. KISITLAMA VE VASİ ATAMA KARARININ İLANINDAN DOLAYI İHLAL EDİLEN KİŞİLİK HAKLARI

A. Genel Olarak Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı, kişinin sadece insan olmasından kaynaklanan bedeni, ahlaki, sosyal değerlerini korumaya yönelik genel nitelikte bir haktır⁶⁸. Kişilik

⁶³ Schnyder/Murer, Art. 375, N. 100.

⁶⁴ İsviçre'deki eski uygulama için bkz. Schnyder/Murer, Art. 375, N. 54.

⁶⁵ Bkz. Schnyder/Murer, Art. 375, N. 68. İsviçre'de tapu memurunun işlem öncesi ehliyetin sınırlandırıldığına ilişkin karşı tarafı bilgilendirmesi ve ilan öncesi tescil işlemini yaptıktan kaçınması gerektiği ifade edilmiştir (Schnyder/Murer, Art. 375, N. 68).

⁶⁶ Bkz. Schnyder/Murer, Art. 375, N. 100.

⁶⁷ Bkz. s. 22 vd.

⁶⁸ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan (2012) Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 100; Helvacı, Serap (1999)

hakkının kapsamı ve bu hakkın kapsamına hangi kişilik değerlerinin girdiği kanunda tek tek sayılmamış, bunun yerine kişilik hakkının korunması çerçeve hükümlerle sağlanmaya çalışılmıştır⁶⁹. Bu tercih, dinamik bir görünüm arz eden kişilik değerlerinin zaman içerisindeki gelişimiyle uyumludur⁷⁰. Fakat uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmak için kişilik hakkının tanımının yapılması zorunludur. Bu zorunluluğun bir sonucu olarak doktrinde kişilik hakkına yönelik bazı tanımlamalar yapılmıştır. Bu konuda doktrinde bir görüşe göre, kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını korumasını ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesini sağlayan tüm değerler üzerindeki hakkıdır⁷¹. Diğer bir görüş ise kişilik hakkını bir kişinin insan olma sıfatıyla sahip olduğu haklar olarak tanımlamaktadır⁷².

Türk-İsviçre hukukunda Alman hukukundan farklı olarak genel, tek bir kişilik hakkının varlığı kabul edilmiştir. Kişilik hakkının kapsamında hangi kişilik değerlerinin korunması gerektiğini doktrin ve yargı uygulaması belirleyecektir. Fakat kişilik hakkı kapsamındaki bazı değerlerin korunmasına ilişkin özel düzenlemeler yapılmıştır⁷³. Hukuken korunması gereken kişilik değerleri bir üst kavram olarak kişilik hakkı içerisinde değerlendirilmektedir. Bu değerler, kişilik hakkı kavramının içeriğini doldürmekte, onu somutlaştırmaktadır⁷⁴. Genel kişilik hakkının bu somut, münferit görünüşleri münferit kişilik hakları olarak adlandırılabilir. Bunlar genel kişilik hakkından farklı kişilik hakları olmayıp, genel kişilik hakkının kapsamına dahil olan, bu

Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku: Domaniç, Hayri (Editör), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 865.

⁶⁹ **Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2013) *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası'dan 13. (tıpkı) Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 158; **Turan Başara, Gamze** (2018) *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi*, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 7. Bkz. MK m. 23, 24, TBK m. 58.

⁷⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 158; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 398; **Turan Başara**, s. 15.

⁷¹ **Dural/Öğüz**, s. 100; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 401.

⁷² **Eren, Fikret** (2017) *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. B., Ankara, Yetkin Yayınları, s. 824.

⁷³ Bkz. MK m. 26; TBK m. 53, 56, 57, 58; TTK m. 54 vd.; FSEK m. 14-17, 21-25, 70, 83-86.

⁷⁴ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 155; **Dural/Öğüz**, s. 100; **Turan Başara**, s. 14.

hakkın çeşitli görünümleri niteliğindedir⁷⁵. Doktrin ve uygulamada ağırlıklı olarak kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğü, hareket özgürlüğü, onur ve saygınlığı, ismi, resmi, sesi, özel alanı ve gizlilik alanı münferit kişilik hakları arasında sayılmaktadır⁷⁶.

B. İlan Sebebiyle İhlal Edilen Kişilik Hakları

Kısıtlama kararının ilanı ile birlikte kişinin kısıtlanmış olduğu herkes tarafından bilinebilir hale gelmektedir. Bu durum, toplumda kişiyi damgalamakta ve söz konusu kişi ve aile üyeleri tarafından onur kırıcı bir şekilde hissedilmektedir⁷⁷. Bu durum, aynı zamanda kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması ilkesine aykırılık teşkil eder. İlanla birlikte kişinin özel alanı, onur ve saygınlığı zedelenmektedir⁷⁸. Anayasada kişiliğin korunması, birçok temel hakla sağlanmaya çalışılmaktadır. Kişilik haklarının çekirdeğini oluşturan insan onuru, sistematik olarak öncelikle ve özel olarak korunmaktadır⁷⁹. Özel alan da kişiliğin serbestçe geliştirilebilmesi bakımından çok önemlidir⁸⁰. Kısıtlı kişilerin onur ve saygınlığının korunmasında tam ehliyetli kişilere göre daha fazla özen gösterilmelidir⁸¹. Nitekim toplumda dezavantajlı konumda bulunan bu kişilerin korunmasına yönelik olarak konulan hükümlerin genel olarak emredici olması bunu doğrulamaktadır. İlanla birlikte özel alan, onur ve saygınlığın hangi yönlerden zedeleniği, üçüncü kişilerin menfaat durumu da dikkate alınarak belirlenmelidir. Bunun

⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 155.

⁷⁶ Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 402 vd.

⁷⁷ Geiser (2006) Art. 375, N. 10.

⁷⁸ Schnyder/Murer, Art. 375, N. 99.

⁷⁹ Gächter, Thomas/Kaufmann, Marianne (2013) FamKomm, Erwachsenenschutz, Hrsg: Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, Martin Stettler, Bern, Stämpfli Verlag AG, N. 15.

⁸⁰ Kılıçoğlu, Ahmet M. (2016) Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Yeniden Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 116; Arslan Öncü, Gülay (2011) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, s. 79; Gächter/Kaufmann, N. 26;

⁸¹ Helvacı, s. 871.

için öncelikle özel alan, onur ve saygınlık kavramlarından kısaca bahsetmemiz gerekmektedir.

Onur, insanın insan olması sebebiyle temel olarak sahip olduğu manevi bir değeridir. Saygınlık ise kişinin doğuştan ve sonradan edindiği toplumca genel geçer şekilde kabul edilen ahlaki, sosyal niteliklere göre kişiye atfedilen değeri ifade eder⁸². Esasen saygınlık, toplumdaki kişilerin belirli bir kişi hakkındaki düşüncelerinin genel bir toplamıdır. Başka bir ifadeyle bir kişi hakkında toplumun diğer üyelerinin sahip olduğu düşünce ve değer yargılarıdır. Kişinin yaptığı bir meslek dolayısıyla kazandığı mesleki ve ticari itibar da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁸³.

Onur ve saygınlık, nisbi bir kavramdır. Kişinin dahil olduğu çevreye ve zamana göre değişkenlik göstermektedir. Fakat kişinin dahil olduğu çevre ve zamandan bağımsız onur ve saygınlığına dair bazı temel değerleri mevcuttur⁸⁴. Bu temel değerler çerçevesinde kişiye, zamana ve yere göre değişen farklı değerler onur ve saygınlığın çerçevesini belirlemektedir⁸⁵.

Kişinin doğuştan ve sonradan edinmiş olduğu niteliklerin olmadığını veya eksik olduğunu düşündüren, kişiyi toplum içerisinde küçük düşüren sözlü, yazılı veya görsel yolla yapılan her türlü beyan, onur ve saygınlığın zedelenmesi sonucunu doğurur⁸⁶. Özellikle kitle iletişim araçları ve basın yayın yoluyla gerçekleştirilen yayınlarda onur ve saygınlık daha fazla zedelenmektedir. Çünkü kitle iletişim araçları ve basının ulaşabildiği insan sayısı çok fazla olduğu için onur ve saygınlık, artan bu insan sayısına paralel olarak daha fazla zarar görmektedir.

Onur ve saygınlığın ihlali, bir olay veya durumun varlığı iddia edilerek ya da belli bir olay veya durum sebebiyle ilgili kişi hakkında bir değerlendirme yapılarak gerçekleşir. Olay veya durumların gerçekliği objektif ölçütlerle tespit edilebilir iken; bu olay veya durumlara yönelik değerlendirmelerin onur ve saygınlığı zedeleyip zedelediği tamamen objektif ölçütlere göre

⁸² Eren, s. 825; Dural/Öğüz, s. 127; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 409; Kılıçoğlu, s. 87.

⁸³ Dural/Öğüz, s. 128; Kılıçoğlu, s. 87-88; Arslan Öncü, s. 173; Turan Başara, s. 23-24.

⁸⁴ Eren, s. 825; Dural/Öğüz, s. 128; Kılıçoğlu, s. 88. Karş. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 409.

⁸⁵ Kılıçoğlu, s. 90; Turan Başara, s. 25.

⁸⁶ Kılıçoğlu, s. 98-99; Turan Başara, s. 25-26.

belirlenemez. Bu kapsamda gerçek bir olay veya durumun bildirilmesi kural olarak onur ve saygınlığın zedelenmesine sebep olmaz. Fakat gerçek de olsa olayların açıklanış şekli, bunların açıklanmasında güdülen amacın haklı bir menfaate hizmet etmediği durumlarda onur ve saygınlığın ihlali ortaya çıkar. Bu olaylar açıklanırken uygun bir amaca yönelik olmasına ve uygun araçlarla yapılmasına dikkat edilmelidir. Yapılan açıklamada kişinin kendisi veya üçüncü kişilerin haklı menfaatleri söz konusu ise amaç yönünden bir sorun yoktur. Fakat amacın haklı menfaatlere dayanması yetmez. Bunun dışında açıklamada uygun araçların kullanılması gerekir. Açıklamada bulunurken uygun araçlar kullanılmamışsa, onur ve saygınlık yine ihlal edilmiş olur⁸⁷.

Onur ve saygınlık hakkında ve onur ve saygınlığın hangi durumlarda ihlal edilebileceği hususunda genel bazı açıklamalar yaptıktan sonra kısıtlama kararı ilanıyla onur ve saygınlığın ihlal edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle fiil ehliyetinin kısıtlandığına dair bilgi, herkes tarafından bilinmesi istenmeyecek türden bir bilgidir⁸⁸. Toplumdaki çoğu insan kendisinde eksiklik, yetersizlik olduğunun bilinmesini istemez. Eksik veya yetersiz bir durumda olursa da genelde herkes, dışarıya karşı iyi görünmek ister. Kişinin kısıtlı olduğunun toplum tarafından öğrenilmesi durumunda söz konusu kişiye karşı toplumun bakış açısında olumsuz anlamda bir değişiklik olacağı kuşkusuzdur. Toplumda bu kişi hakkında eksik, yetersiz bir kişi imajı ortaya çıkacaktır. Kişinin bu durumdan üzüntü duyacağı rahatlıkla söylenebilir.

Kısıtlama kararının ilanıyla kişinin özel alanı da ihlal edilmiş olmaktadır⁸⁹. Özel alanın ne olduğunu ve kapsamını tespit etmemiz gerekmektedir. Doktrin ve uygulamada kişinin hayat alanının üç kısma ayrıldığı ifade edilmektedir. Bunlar; kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanıdır⁹⁰.

⁸⁷ Kılıçoğlu, s. 141; Dural/Öğüz, s. 132; Turan Başara, s. 61.

⁸⁸ Karş. Eren, s. 825.

⁸⁹ Karş. Schnyder/Murer, Art. 375, N. 99; Gächter/Kaufmann, N. 27; Turan Başara, s. 61.

⁹⁰ Eren, s. 825; Kılıçoğlu, s. 118.

Kamuya açık alan, toplum içerisinde belirsiz sayıda kişiye açık olan alanlarda meydana gelen veya kişinin çeşitli yollarla aleniyet kazandırdığı, herkes tarafından bilinebilen, hayatına dair olaylardan oluşan alandır⁹¹.

Özel alan, kişinin yakın ilişkide olduğu kişilerle paylaştığı, bu kişiler haricindekilere saklı tuttuğu olay ve durumları kapsayan alandır. Kişi, bu alana dair olan olay ve durumları herkesin bilmesini istemez. Bu alandaki olay ve durumlara örnek olarak, kişinin yakın arkadaşlarıyla olan sohbetleri, ekonomik faaliyetleri, dini ve politik görüşü sayılabilir⁹².

Gizlilik alanı ise sır alanı olarak tabir edilen, kişinin genellikle çekirdek aile üyeleri ve çok yakın dostları dışında başka hiçbir kimsenin öğrenmesini istemediği olay ve durumları kapsayan alandır⁹³. Bu olay ve durumlar hakkında bilgi sahibi olan kişilerin kapsamı, söz konusu kişi ile yakınlık derecesine göre genişleyebilir veya daralabilir. Örnek olarak, bir kişinin hastalığına ilişkin bilgileri, aile hayatına dair meseleler hakkında kişinin akrabaları veya çok yakın dostları bilgi sahibi olabilirken, cinsel yaşamı hakkında sadece partneri bilgi sahibidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 çerçevesinde korunan mahremiyet (özel alanın korunması) hakkı, kişinin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hakkını da içermektedir. Bu kapsamda kişinin kendisiyle ilgili herhangi bir bilginin onayı olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması ve bu bilgilere serbestçe erişilememesi hususunda hukuki bir yararı bulunmaktadır⁹⁴.

Kişinin hayat alanlarını kısaca açıkladıktan sonra kişinin ehliyetine dair bilginin hangi alana dair olduğunu tespit etmemiz gerekmektedir. Kişinin ehliyetine dair bilgi, her ne kadar kişisel duruma ilişkin bir bilgi olup kişinin

⁹¹ Eren, s. 825; Dural/Öğüz, s. 135; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 418; Kılıçoğlu, s. 119; Turan Başara, s. 28.

⁹² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 418; Kılıçoğlu, s. 120-121; Turan Başara, s. 29.

⁹³ Eren, s. 825; Dural/Öğüz, s. 136; Kılıçoğlu, s. 121, 127.

⁹⁴ Arslan Öncü, s. 181-182. Bu hususta ayrıca bkz. Bireylerin Kişisel Bilgilerinin Otomatik İşlenmesine Karşı Korunması Sözleşmesi (Convention for the Protection of Individual with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Strasbourg, 28.I.1981, European Treaty Series-No.108)

özel alanına dair bir bilgi olsa da bu kişiyle hukuki işlem yapabilecek olan üçüncü kişileri ilgilendirmesi sebebiyle kamusal alanı da ilgilendiren bir yönü vardır. Çünkü kişinin ehliyeti, üçüncü kişilerin hukuki ilişkiye girme kararı almasını etkileyebilecek bir durumdur. Bu sebeple kişinin ehliyetine dair bilginin kamusal-özel alan arasında kalan bir bilgi olduğunu söyleyebiliriz. Kısıtlama kararının herkese açık bir şekilde ilanıla söz konusu bilginin özel alana dair olan yönü gözardı edilmektedir⁹⁵. Bu bilginin bilinmesinde sadece söz konusu kişiyle hukuki ilişkiye girmek isteyen üçüncü kişilerin hukuki yararının olduğu dikkate alındığında, bu bilginin herkese açık bir şekilde ilan edilmesi, kişinin özel alanına ölçsüz bir müdahaledir. Kişilik haklarına müdahalede anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesine her zaman dikkat edilmelidir. Bu ilkenin bir sonucu olarak söz konusu kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek üçüncü kişilerin menfaatini dikkate alan ölçülü bir müdahale seçilmelidir⁹⁶. Bunu dikkate alan İsviçre kanun koyucusu, ilgili kişinin kişisel durumunun ilan edilmesi yerine sadece ilgili kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek üçüncü kişilere bilgi verilmesini sağlayan düzenlemeleri yürürlüğe koymuştur. İsviçre’de getirilen bu yeni düzenlemeler, esasen kişilik haklarını ve kişisel verileri koruma ile işlem güvenliğini sağlama amaçlarını dikkate almakta ve bunları bağdaştırmaktadır.

Kararın ilanıla birlikte kişinin onur ve saygınlığı ihlal edilmektedir. Bu ihlalin sonuçları, tanınmış kişiler bakımından daha da ağırlaşmaktadır⁹⁷. Nitekim İsviçre Medeni Kanununda ilana yer veren hükümlerin kişinin onur ve saygınlığını zedelediği, İsviçre Federal Anayasası m. 10/II’de öngörülen kişisel özgürlüklerin ihlaline, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8’de öngörülen özel hayatın korunması ilkesinin ihlaline neden olduğu açıkça ifade edilmiştir⁹⁸. Türkiye bakımından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukumuz bakımından bağlayıcı olup, temel haklara ilişkin hükümleri

⁹⁵ Bkz. **Helvacı**, s. 872.

⁹⁶ Türk hukukunda bu konuda **Helvacı**, bilgisayar yardımı ile bilgi bankasına başvurmak suretiyle veya birkaç ilgili kişiye mektup gönderme suretiyle ilgili kişinin kişisel durumuyla ilgili bilgilerin verilmesini önermiştir (bkz. **Helvacı**, s. 872-873).

⁹⁷ Karş. **Kılıçoğlu**, s. 115.

⁹⁸ **Yavuz/Erlüle/Topuz**, s. 17.

yasalarla çatıştığı zaman öncelikle uygulanması gereken, normlar hiyerarşisinde yasaların üzerinde yer alan kurallardır. Yine Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 20/I'de özel hayatın gizliliği ilkesi açıkça düzenlenmiştir.

İlan, her ne kadar kişinin özel alanını, onur ve saygınlığını ihlal etmiş olsa da kanun hükmü gereği yapılmaktadır. Dolayısıyla MK m. 24/II'de öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinden kanun hükmünün icrası, bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır⁹⁹.

C. Kişilik Haklarına Yapılan Müdahalelerin Anayasal Sınırı:

Ölçülülük İlkesi

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikle ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere yapılacak sınırlamalarda gözetilmesi gereken bir ilke olarak açıkça belirtilmiştir (AY m. 13). Bu ilke ile temel hak ve özgürlüklere yapılacak sınırlamaların ölçülü olması amaçlanmıştır. Uygulamada daha çok idarenin işlem ve eylemlerinde dikkate alması gereken bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanun hükümlerinin hazırlanmasında da dikkate alınması gereken önemli bir ilkedir. Özel hukuk uygulamasında da önemli bir yeri vardır. Vesayet hukukunun bir yönüyle kamusal karakterli olması ve vesayet hukukundan kaynaklı tedbirlerin kişisel hak ve özgürlüklere bir müdahale olduğu dikkate alındığında, bu ilke özellikle vesayet hukuku bakımından önemli bir ilkedir¹⁰⁰.

Ölçülülük ilkesi, bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, kullanılan bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve sınırlama amacı ile bu amacın gerçekleştirilmesinde kullanılan aracın ortaya çıkardığı sonuçların

⁹⁹ Karş. Gächter/Kaufmann, N. 28.

¹⁰⁰ Gächter/Kaufmann, N. 6; Geiser, Thomas (2012) Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360-456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Hrsg: Thomas Geiser, Ruth E. Reusser, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 451, N. 20.

ölçüsüz bir oran içerisinde olmamasını ifade eder¹⁰¹. Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında bu ilkeyi referans olarak almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 22.05.1987 tarihli, E. 1986/17, K. 1987/11 sayılı kararı¹⁰² şu şekildedir: 'Makul, kabul edilebilir sınırların aşılması aykırılığı oluşturur... Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir... Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır'

Kişilik haklarına yapılan müdahalenin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı incelenirken müdahalede bulunulan kişinin yararı ile kamunun veya üçüncü kişilerin yararı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı incelenmektedir¹⁰³.

Ölçülülük ilkesinden kısaca bahsettikten sonra MK m. 410 hükmünün ölçülülük ilkesine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini incelememiz gerekmektedir. MK m. 410'da kısıtlama kararının ilan edileceği öngörülmüştür. İlanla kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek üçüncü kişilerin durumdan haberdar olması amaçlanmaktadır. Fakat ilanla birlikte kişinin özel alanı, onur ve saygınlığı da zedelenmektedir. İlan, bu yönüyle kişilik haklarına yönelmiş bir müdahale niteliğindedir¹⁰⁴. Bu müdahalenin Anayasa m. 13 hükmünde öngörülen ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılması şarttır¹⁰⁵.

Kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek kişilerin sayısı dikkate alındığında kişisel bilgilerin toplumun tamamı tarafından öğrenilmesi sonucunu doğurabilecek ilan yönteminin seçilmesi, amacı gerçekleştirmede kullanılacak ölçülü bir araç değildir. Burada kanun hükmünün amacıyla bu amacın sağlanması için kullanmış olduğu aracın ortaya çıkarmış olduğu sonuçlar arasında aşırı bir oransızlık söz konusudur. Şöyle ki kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek sınırlı sayıdaki kişinin dışında, söz konusu bilgiler

¹⁰¹ **Özbudun, Ergun** (2017) Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 116; **Gächter/Kaufmann**, N. 6. Karş. **Dural/Öğüz**, s. 133-134.

¹⁰² RG T. 18.09.1987, S. 19578.

¹⁰³ **Arslan Öncü**, s. 375, 376.

¹⁰⁴ Bkz. **Geiser** (2012) Art. 451, N. 3.

¹⁰⁵ Karş. **Gächter/Kaufmann**, N. 8

toplumun geneli tarafından bilinebilir duruma gelmektedir¹⁰⁶. Oysa kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunabilmesi için ilan yerine sadece söz konusu kişilere bilgi verilmesi, kanun hükmünün amacının gerçekleştirilmesinde ölçülü bir araç olur.

Sonuç olarak kanunkoyucunun amaçladığı durum için koyduğu ilana ilişkin MK m. 410, 412/II, 420/II, 421/II, 431/II, 470/II, 473/I, 478 hükümleri uygun bir araç olmadığı için Anayasaya aykırıdır. Amaçlanan durumu ölçülü olarak sağlayabilecek uygun bir hükmün konulması gerekmektedir.

IV. KISITLAMA KARARI İLE İLGİLİ İSVİÇRE MEDENİ KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

İsviçre Medeni Kanunu m. 451/II hükmüyle getirilen yeni düzenleme ile kısıtlama kararının ilanı ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca kısıtlılıkla ilgili bu bilgiye sahip olan kuruma, bu bilginin sır olarak saklanması yükümlülüğü getirilmiştir¹⁰⁷. Burada kısıtlı kişinin ehliyet durumunun herkes tarafından bilinmesinin önüne geçilerek kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması amaçlanmıştır. Fakat işlem güvenliğini sağlamak için de belirli şartlar altında kısıtlı kişinin ehliyet durumu hakkında üçüncü kişilerin bilgi alabilmesine imkan tanınmıştır¹⁰⁸.

İsviçre’de vesayet sisteminde yapılan kapsamlı değişiklik ve getirilen yeni düzenlemeler sonucunda vesayet sistemi tamamen değişmiştir. Bu değişiklik sonucunda bir yetişkinleri koruma makamı

¹⁰⁶ Karş. **Huber**, N. 22.120.

¹⁰⁷ **Cottier, Michelle/Hassler, Jannine** (2013) FamKomm, Erwachsenenschutz, Hrsg: Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, Martin Stettler, Bern, Stämpfli Verlag AG, Art. 451, N. 1; **Geiser** (2012) Art. 451, N. 3; **Huber**, N. 22.118

¹⁰⁸ **Cottier/Hassler**, Art. 451, N. 28; **Geiser** (2012) Art. 451, N. 21; **Fassbind, Patrick** (2016) OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephen Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 3., überarbeitete Auflage, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, Art. 451, N. 2; **Huber**, N. 22.118

(Erwachsenenschutzbehörde) oluşturularak kısıtlı kişilere yönelik bilgilerin bu makam tarafından saklanması gerektiği öngörülmüştür.

Yetişkinleri koruma makamı tarafından yetişkinleri korumak için alınan resmi tedbirlerin fiil ehliyetine etkisi hakkında bilgi verilmektedir¹⁰⁹. Bu kapsamda tedbirlerin hukuki işlemlere ve özellikle temsile yönelik etkileri hakkında açıklama yapılır¹¹⁰. Fiil ehliyetini etkilemeyen tedbirler hakkında herhangi bir bilgi verilmez¹¹¹. Fakat bir yasal dayanak olduğu durumlarda ilgili kişinin aile üyeleri ve yakınları, ilgili kişi hakkında daha fazla bilgi talep edebilir. Örneğin; eşler Art. 159, 166, 170, 174, 374 ZGB hükümleri uyarınca birbirleri hakkında bilgi talebinde bulunabilmektedir¹¹². Bilgi; mevcut, devam eden tedbirler hakkında verilir. Kural olarak sona ermiş tedbirler hakkında herhangi bir bilgi verilmez¹¹³.

Yetişkinleri koruma makamı, hakkında tedbir alınan kişinin kişilik haklarını ve kişisel verilerini korumak amacıyla herkese bu bilgileri vermemektedir. Burada sadece bilgi talebine yönelik bir ilgisinin varlığını ispat eden kişilere bilgi verilmektedir¹¹⁴.

İlginin varlığını Art. 8 ZGB uyarınca bilgi talep eden kişi ispatlamak zorundadır. İlginin varlığına yönelik ispatın kesin bir şekilde yapılması gerekli

¹⁰⁹ **Cottier/Hassler**, Art. 451, N. 29; **Breitschmid, Peter** (2016) CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, Hrsg: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG, Art. 451, N. 6.

¹¹⁰ **Cottier/Hassler**, Art. 451, N. 29; **Huber**, N. 22.118. Kayyım atanmasa da söz konusu bilgilerin verilmesi gerektiği yönünde bkz. **Breitschmid**, Art. 451, N. 6.

¹¹¹ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 27.

¹¹² **Huber**, N. 22.124. Art. 159 ZGB, MK m. 185'e karşılık gelmekte olup, evlilikten doğan hak ve yükümlülükleri en genel manada düzenlemektedir. Art. 166 ZGB, MK m. 188'e ve Art. 174 ZGB, MK m. 190'a karşılık gelmekte olup, eşlerin temsil yetkisini düzenlemektedir. Art. 170 ZGB hükmü ile eşlerin birbirlerinin gelirleri, malları ve borçları hakkında bilgi alma talepleri düzenlenmiştir. Art. 374 ZGB, ayırt etme gücü olmayan kişiler hakkında kanun gereği tedbir alındığı durumlarda söz konusu kişinin eşinin yasal temsil yetkisini düzenlemektedir.

¹¹³ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 28.

¹¹⁴ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 22; **Cottier/Hassler**, Art. 451, N. 30.

olmayıp, yaklaşık bir şekilde de ispatlanması mümkündür¹¹⁵. Bunun için ileri sürülen olgular, ilgiyi ortaya koymaya oldukça elverişli olmalıdır. İleri sürülen olgunun salt haklı bulunabilir olması yeterli değildir¹¹⁶. İlginin varlığının ihtimal dahilinde olması yeterlidir¹¹⁷. Bu ilginin hukuki bir korumaya yönelik olması gerekli değildir, aksine fiili bir ilgi olması yeterlidir¹¹⁸. Fakat bu fiili ilginin talep edilen bilgiyle fonksiyonel bir bağa sahip olması gerekmektedir. Ayrıca bilginin konusuyla öne sürülen ilgi yakın bir ilişkide olmalıdır. Bilgi talep eden kişi, hakkında bilgi talep edilen kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek durumda olmalıdır¹¹⁹. Hakkında bilgi talep edilen kişiyle belirli bir hukuki işlem kurmaya yönelik amaç ortaya konulmalıdır¹²⁰. Örneğin; kısıtlı kişinin ticari bir işletmeye sahip olduğu durumlarda ticari işletmeyle iş yapan kişilerin veya kısıtlının bir malın satışı için ilan verdiği durumlarda söz konusu malı satın almak isteyen kişilerin ilgilerinin talep edilen bilgiyle fonksiyonel bir bağa sahip olduğu kuşkusuzdur. Bir hukuki işlemin kurulabileceğine yönelik salt soyut ihtimali durumlar bilgi verilmesi için yeterli değildir¹²¹. Ayrıca küçük, önemsiz sayılabilecek nitelikteki hukuki işlemler için bilgi talepleri kabul edilmez¹²².

İşlem güvenliğini sağlamayı kolaylaştırmak için herhangi bir özel ilgi ortaya koymaksızın ilgili kişi hakkında herhangi bir tedbir alınmadığına yönelik bilginin yetişkinleri koruma makamı tarafından verilebileceği ileri sürülmektedir¹²³. Fakat yetişkinleri koruma makamının talep üzerine ilgili kişi hakkında herhangi bir tedbir olmadığına yönelik bilgi vermediği durumlarda

¹¹⁵ **Fassbind**, herhangi bir kanıt sunulmasının gerekli olmadığını, bilginin gerekliliği noktasında ciddi emarelerin sunulmasının yeterli olduğunu ileri sürmektedir (**Fassbind**, Art. 451, N. 2). **Geiser**, burada salt bir talebin üzerinde fakat ispatın altında olan bir prima-facie-Beweis (ilk görünüş ispatı) ile ilginin inanılır kılınacağını ifade etmektedir [**Geiser** (2012) Art. 451, N. 24].

¹¹⁶ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 24.

¹¹⁷ **Cottier/Hassler**, Art. 451, N. 30; **Geiser** (2012) Art. 451, N. 24.

¹¹⁸ **Cottier/Hassler**, Art. 451, N. 30; **Geiser** (2012) Art. 451, N. 22.

¹¹⁹ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 23.

¹²⁰ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 25.

¹²¹ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 25.

¹²² **Geiser** (2012) Art. 451, N. 23.

¹²³ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 33.

söz konusu kişi hakkında bir tedbir alındığı ortaya çıkacaktır. Bu da normalde ilgili kişi hakkında bilgi talep edebilmek için özel bir çıkarı olması gereken üçüncü kişilerin ilgisini inanılır kılmadan bilgi alması sonucunu doğurur ki bu halde Art. 451 Abs. 1 ZGB hükmünün sağlamış olduğu hukuki koruma ortadan kalkmış olur.

Yetişkinleri koruma makamı tarafından verilecek bilgiler sadece önlemin varlığı ve bunun etkileri hakkında olacaktır¹²⁴. Tedbir alınan kişi hakkında bilgi verme konusunda açıkça yetişkinleri koruma makamı yetkili kılındığı için bu bilgiler kayyım veya kayyım kurulu¹²⁵ tarafından verilemez. Kayyım veya kayyım kurulu sadece görevlerini yerine getirmeleri için gerekli olan, kayyım olduklarına ve yetkilerine dair bilgileri üçüncü kişilere verebilir¹²⁶.

Bilgi talebinin ne şekilde yapılacağı İsviçre Medeni Kanununda düzenlenmemiştir. Bu talep yazılı olarak ya da e-posta (elektronik posta) yoluyla yapılabilir¹²⁷.

V. DEĞERLENDİRME VE TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Kısıtlama kararının ilanı ile işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır. Fakat ilanla birlikte kişinin özel alanı, onur ve saygınlığı ihlal edilmektedir. İsviçre kanun koyucusu, ilanın kişilik haklarını ve kişisel verileri ihlal ettiği gerekçesiyle ilana yönelik düzenlemeleri ortadan kaldırmıştır. İlanın yerine, ilgisini inanılır kılan kişilerin yetişkinleri koruma makamından söz konusu kişinin ehliyet durumuyla ilgili olarak bilgi talep edebilmesi şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Fakat İsviçre hukukunda getirilen bu yeni düzenleme, eski düzenlemeye göre sözleşme taraflarının birbiri hakkında bilgi sahibi olmasını geciktirdiği için eleştirilmiştir¹²⁸. Nitekim İsviçre’de vesayet

¹²⁴ **Cottier/Hassler**, Art. 451, N. 31; **Geiser** (2012) Art. 451, N. 27.

¹²⁵ Art. 400 ZGB’de özel durumlarda birden fazla kişinin kayyım olarak atanabileceği öngörülmüştür. Bu kişiler kayyım kurulunu oluşturmaktadır.

¹²⁶ **Cottier/Hassler**, Art. 451, N. 29.

¹²⁷ **Geiser** (2012) Art. 451, N. 30.

¹²⁸ **Huber**, N. 22.118.

sistemini değiştiren kanunun yürürlüğe girmesinden önce Meclis, bu yeni düzenlemenin ekonomide ve iş hayatında zorluğa neden olabileceğinden ve hatta zarar verebileceğinden endişe duyuyordu¹²⁹. Bu nedenle yetişkinleri koruma makamı bir tedbir aldığında veya bu tedbiri kaldırdığında bunun ilgili kişinin yerleşim yerindeki icra dairesine bildirilmesini önermişti¹³⁰. Fakat bu öneri, verilerin korunması kuralından dolayı ve verilerin bilinirliğini orantısız bir şekilde ortaya çıkarma tehlikesini barındırması sebebiyle reddedildi¹³¹.

Kısıtlanan kişi, sözleşmenin karşı tarafının fark edemeyeceği şekilde fiil ehliyeti olduğu yönünde irade beyanında bulunabilir¹³². Bu yöndeki bir irade beyanı sonucu sözleşme kurulduktan sonra kısıtlı kişinin yasal temsilcisinin işleme onay vermeyip işlemin kesin hükümsüz olduğu durumlarda, her ne kadar MK m. 452/II hükmü, üçüncü kişiye zararlarını tazmin etme imkanı vermiş olsa da bu durum sonuçta yapılan işlemi geçerli hale getirmeyecektir. Dolayısıyla işlem güvenliğinin sağlanması için ek bir takım işlemlere gerek vardır. Kısıtlamaya ilişkin bilgileri elinde bulunduran makam ile tapu, nüfus idareleri, noterlik ve mahkemeler arasında bir entegrasyon sağlanarak gerektiğinde bu makamların da işlem tarafları hakkında bilgi alabilmesinin yolu açılmalıdır. Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 55 uyarınca vesayete ilişkin bilgilerin nüfus idaresine bildirilmesi zorunludur. Fakat Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 45'de kimlik paylaşım sistemindeki veri tabanında yer alacak bilgileri düzenleyen Kimlik Paylaşımı Sistemi Yönetmeliği m. 8'deki sayılan bilgiler arasında vesayete ilişkin bilgiler yer almamaktadır. Nüfus idaresi dışındaki makamların da gerektiğinde söz konusu bilgiyi edinebilmesinin yolu açılmalıdır.

Türk hukukunda İsviçre hukukundaki gibi yetişkinleri koruma makamından ilgiyi inanılır kılarak bilgi almaya yönelik bir düzenleme kabul edilecek ise; bu bilgi alma taleplerinin elektronik ortamda yapılabilmesine

¹²⁹ **Huber**, N. 22.119.

¹³⁰ Bundan başka Federal Meclis, yetişkinleri koruma makamının kapsamlı kayımlığa ilişkin bildirim sadece Nüfus İdaresi'ne değil, aynı zamanda diğer makamlara da yapılmasını önermişti (**Huber**, N. 22.119).

¹³¹ **Huber**, N. 22.119.

¹³² **Schnyder/Murer**, Art. 375, N. 26.

yönelik düzenlemeler de mutlaka yapılmalıdır. Aksi durum ekonomik hayatın gereklerine uygun düşmez. Kişilerin ehliyet durumlarının sadece özel hukuk bakımından değil, aynı zamanda kamusal haklardan oy kullanma hakkının kullanılabilmesi bakımından da önemli sonuçları vardır. Nitekim Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m. 8'e göre kısıtlılar seçmen olamaz¹³³.

Kısıtlama kararının ilanıyla birlikte kişinin özel alanı, onur ve saygınlığı zedelenmektedir. Kişilik haklarına yapılan müdahalelerde Anayasa m. 13'de öngörülen ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır. Burada kanun hükmünün amacıyla bu amacın sağlanması için kullanmış olduğu aracın ortaya çıkarmış olduğu sonuçlar arasında aşırı bir oransızlık söz konusudur. Bu yönüyle kısıtlama ve vasi atama kararlarının ilanına yönelik hükümler Anayasa'ya aykırıdır. Türk hukukunda da hem bahsedilen Anayasa'ya aykırılığı gidermek hem de Avrupa'daki vesayet rejimine ilişkin güncel gelişmelere¹³⁴ uyum sağlamak için İsviçre hukukunda yapılan yeni düzenlemelere paralel olarak, kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunabilmesi için ilan yerine, sadece söz konusu kişilere bilgi verilmesini sağlayacak bir düzenleme getirilmelidir.

SONUÇ

Kısıtlamaya ilişkin yargılamanın başlayabilmesi için yetkili vesayet makamı durumdan haberdar olmalıdır. Kural olarak herkes bu durumu yetkili vesayet makamına bildirebilir. Fakat Medeni Kanunda üçüncü kişilerin genel bir bildirim yükümlülüğü olduğuna yönelik bir düzenleme yer almamaktadır. Kanunda sadece idari makamların bu yönde bir bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Resmi sağlık kuruluşları akıl hastalığı veya zayıflığının

¹³³ Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 7/1-1'da velayet ve vesayete ilişkin bilgiler, aile kütüklerinde bulunması gereken kişisel bilgiler arasında sayılmıştır. Mahkemeler de Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 55'e göre; kısıtlama ve vesayete ilişkin kararları kesinleştikten sonra kesinleşen bu kararları nüfus idaresine bildirmekle yükümlüdür.

¹³⁴ Yetişkinleri Koruma Hukuku alanında 1983 yılında Avusturya, 1990 yılında Almanya, 1995 yılında Danimarka, 2003 yılında İspanya, 2004 yılında İtalya ve 2005 yılında İngiltere mevzuatlarında köklü değişiklikler yapmıştır (Yavuz/Erlüle/Topuz, s. 29).

tespitinde uzman kuruluşlar arasında yer aldığı için hastalığın tespiti ve bunun yetkili makamlara bildirilmesinde önemli bir sorumlulukları bulunmaktadır. Ülkemizde resmi sağlık kuruluşlarının yanısıra özel sağlık kuruluşları da bir hayli fazladır. Medeni Kanunda söz konusu özel sağlık kuruluşları bakımından da bildirim yükümlülüğü getirilmelidir.

Kısıtlama kararı kesinleştikten sonra bu karar ilan edilmektedir. Uygulamada bu ilan yerel gazetelerde yapılmaktadır. Ulaşımın ve internetin gelişmesiyle ülkenin farklı noktalarındaki kişiler doğrudan kişisel temas kurmaksızın, dolaylı olarak (internet, telefon yoluyla) hukuki ilişkiye girebilmektedir. Bu sebeple kısıtlının sadece yerleşim yeri ve nüfusa kayıtlı olduğu yerdeki yerel gazetelerde yapılan ilanlar Kanunun amaçladığı aleniyeti sağlamamaktadır.

Kısıtlama kararının aleniyet kazanması, herkesçe bilinir durumda olması, kişinin özel alanını, onur ve saygınlığını ihlal etmektedir. Kısıtlama kararının ilanı, bu yönüyle kişilik haklarına bir müdahale niteliğindedir. Kısıtlama kararının ilanıyla sadece işlem güvenliği öncelenmiş, kişilik haklarının ve kişisel verilerin korunması ilkesi göz ardı edilmiştir. Kişilik haklarına yapılan müdahalelerde Anayasa m. 13'de öngörülen ölçülülük ilkesi mutlaka dikkate alınması gereken bir ilkedir. Kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek kişilerin sayısı dikkate alındığında toplumun tamamı tarafından öğrenilebilecek ilan yönteminin seçilmesi, amacı gerçekleştirmede kullanılacak ölçülü bir araç değildir. Burada Kanun hükmünün amacı ile bu amacın sağlanması için kullanmış olduğu aracın ortaya çıkarmış olduğu sonuçlar arasında aşırı bir oransızlık söz konusudur. Kısıtlı kişiyle hukuki ilişkiye girebilecek üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunabilmesi için ilan yerine, sadece söz konusu kişilere bilgi verilmesi Kanun hükmünün amacının gerçekleştirilmesinde ölçülü bir araç olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2019) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, C. II, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Arslan Öncü, Gülay** (2011) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Breitschmid, Peter** (2016) CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, Hrsg: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo, 3. Aufl., Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG.
- Cottier, Michelle/Hassler, Jannine** (2013) FamKomm, Erwachsenenschutz, Hrsg: Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, Martin Stettler, Bern, Stämpfli Verlag AG.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan** (2012) Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş Mustafa, Alper** (2018) Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 13. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Eren, Fikret** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Feyzioglu, Necmeddin Feyzi** (1971) Aile Hukuku Dersleri, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 368.
- Fassbind, Patrick** (2016) ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 3., überarbeitete Aufl., Zürich, Orell Füssli Verlag AG.
- Gächter, Thomas/Kaufmann, Marianne** (2013) FamKomm, Erwachsenenschutz, Hrsg: Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba, Martin Stettler, Bern, Stämpfli Verlag AG.

- Geiser, Thomas** (2006) Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auflage, Hrsg: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, Basel-Genf-München, Helbing & Lichtenhahn.
- Geiser, Thomas** (2012) Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360-456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Hrsg: Thomas Geiser, Ruth E. Reusser, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Helvacı, Serap** (1999) Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku: Domaniç, Hayri (Editör), Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, s. 863-880, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Huber, René** (2016) FHB – Fachhandbuch, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Expertenwissen für die Praxis, Hrsg: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck, Zürich-Basel-Genf, Schulthess Juristische Medien AG.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2016) Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Yeniden Gözden Geçirilmiş, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim** (1989) Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa** (1998) Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2013) Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 12. Bası'dan 13. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Özbudun, Ergun** (2017) Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Öztan, Bilge** (2004) Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Schnyder, Bernhard/Murer, Erwin** (1984) Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung, Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG.

- Tekinay, Selahattin Sulhi** (1990) Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Turan Başara, Gamze** (2018) Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat İle Haksız Kazancın İadesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** (1965) Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Nurgök Matbaası.
- Yavuz, Cevdet/Erlüle, Fulya/Topuz, Murat** (2017) Yeni Vesayet Hukukuna Doğru: Yetişkinlerin Korunması Hukuku (İsviçre Örneği), 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık.
- Yıldız, Ekrem/Gürsoy, Serhan** (2010) Türk Vesayet Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre** (2000) Medeni Hukuk Giriş – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİ

Arş. Gör. Dr. İpek Betül ALDEMİR TOPRAK*

ÖZET

İnşaat sözleşmesi, uygulamada birden fazla türe sahiptir. Bunlar basit bir eserin imalinden, karmaşık bir tesisin inşasına kadar uzanır. İş sahibi, bu sözleşmelerde ücret ödeyebilir, mülkiyet hakkını devredebilir veya gelir paylaşabilir. Ancak bütün bu inşaat sözleşmesi türleri için ortak olan özellik, iş sahibinin edimi karşılığında yüklenicinin, bir eser inşa etmesidir. Aynı zamanda bir eserin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde inşası için tarafların ifa süresince birlikte çalışması gerekir. İş birliği yapmaktan kaçınma, diğer tarafın edimini zamanında yerine getirmesine engel olabilir. Eserin ayıplı veya inşasının imkânsız olması mümkündür.

İnşaat sözleşmesinde tarafların yerine getirecekleri iş birliği eylemleri, hukukumuzda yasal bir düzenlemeye sahip değildir. Bu sebeple, iş birliği eylemlerinin hukukî niteliği hakkında özel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, iş birliği eylemlerine aykırılık halinde uygulanacak kurallar belirlenmelidir. Çalışmada, iş birliği eylemlerinin hukukî niteliği ve bu eylemlere uygulanacak hükümler belirlenmiştir. Bu belirlemede, yer yer Alman ve İsviçre Hukukunda yer alan görüşlere ve yasal düzenlemelere yer verilmiştir. İş birliği eylemleri, tüm inşaat sözleşmelerinde bulunmaktadır. Ancak tarafların, hangi iş birliği eylemlerini yerine getirmek zorunda oldukları, her bir sözleşmenin özelliklerine göre farklılık arz eder. Buna rağmen, tarafların sahip oldukları iş birliği eylemlerinin başlıcaları, çalışmamızda yer almaktadır. Bu iş birliği eylemleri, sözleşme, doktrin, mahkeme kararları veya çeşitli yasal düzenlemeler aracılığıyla belirlenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş Birliği Eylemi, İnşaat Sözleşmesi, Eser Sözleşmesi, Külfet, Yükümlülük.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ibaldemir@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0721-3044, (Geliş Tarihi: 17.03.2020 – Kabul Tarihi: 27.06.2020).

MITWIRKUNGSHANDLUNG DER PARTEIEN BEI BAUVERTRÄGEN

ZUSAMMENFASSUNG

Der Bauvertrag hat mehrere Arten in der Praxis. Diese reichen von der Installation eines einfachen Bauwerkes bis zum Bau einer komplexen Anlage. Der Auftraggeber kann in diesen Verträgen Vergütung zahlen, Eigentumsrechte übertragen oder Erträge teilen. Das gemeinsame Merkmal für alle diese Arten von Bauverträgen ist jedoch, dass der Auftragnehmer ein Werk im Austausch für die Leistung des Auftraggebers baut. Gleichzeitig müssen die Parteien während der Ausführung zusammenarbeiten, um ein im Vertrag vereinbartes Werk einzurichten. Die Vermeidung einer Zusammenarbeit kann die andere Partei daran hindern, rechtzeitig zu ausführen. Es ist möglich, dass das Werk Mangel hat oder unmöglich zu bauen ist.

Die Mitwirkungshandlung, die die Parteien im Bauvertrag durchführen werden, haben keine rechtliche Regelung in unserem Recht. Aus diesem Grund gibt es keine spezifische Bestimmung über den rechtlichen Charakter von Mitwirkungshandlungen. Die Regeln sind auch zu festlegen, die bei Verstößen gegen Mitwirkungshandlung anzuwenden sind. In der Studie wurden Rechtsnatur der Mitwirkungshandlungen und die anzuwendenden Regeln festgelegt. Diese Bezeichnung umfasst Meinungen und rechtliche Regelungen im deutschen und schweizerischen Recht. Die Mitwirkungshandlung findet sich in allen Bauverträgen. Welche Mitwirkungshandlung die Parteien durchführen müssen, wird sich jedoch je nach den Merkmalen jedes Vertrags unterscheiden. Trotzdem sind die hauptsächlichen der Mitwirkungshandlungen, die die Parteien haben, in unserer Studie enthalten.

Schlüsselwörter: die Mitwirkungshandlung, der Bauvertrag, der Werkvertrag, die Obliegenheit, die Verpflichtung.

GİRİŞ

“İnşa” kelimesi, Arapça kökenlidir. Bir yapıyı meydana getirme ve oluşturma anlamlarına gelmektedir. “İnşaat” ise yapma işi, yapım anlamlarında kullanılır¹ ve inşa kelimesinin çoğuludur. Barınma ve işyeri gibi ihtiyaçları karşılamak amacıyla bir şeyler inşa etme, insanoğlunun varoluşundan beri temel uğraşlarından biridir. Zira sürekli artan nüfus, bunlara olan ihtiyacı da artırmaktadır. Bir inşa eserinin yapımını konu alan inşaat sektöründe, kişiler arasındaki hukukî ilişkiler, “inşaat sözleşmeleri” ile düzenlenir. İnşaat sözleşmeleri, uygulamada farklı görünüm türlerine sahiptir. Bu türler, tarafların eser inşa etmekle amaçladıkları sonuçlara göre şekillenmektedir. Bunlardan ilki, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş eser sözleşmesi kapsamında yapılan genel nitelikteki inşaat sözleşmesidir. Burada yüklenici, iş sahibinden alacağı ücret karşılığında, bir yapıyı meydana getirmeyi üstlenir (TBK m. 470). Ancak bazı durumlarda iş sahibi, inşa eserinin meydana getirilmesi karşılığında ücret ödemek istemez. Bu halde, iş sahibinin edimine göre arsa payı karşılığı, gelir paylaşımlı veya işletme hakkı karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olabilir. Bunun dışında iş sahibi ücret ödeyecek olmasına rağmen, karmaşık bir tesisin sorunsuz çalışır şekilde teslimini isteyebilir. Bu halde de anahtar teslim inşaat sözleşmesi söz konusu olur². Kanaatimizce tüm bu inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin yükleniciye eserin meydana getirilmesi için vereceği karşılık farklılık arz etse de ortak olan özellik, iş birliği eyleminde bulunmasıdır. Aynı şekilde, yüklenicinin de sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde bir eseri meydana getirebilmesi için iş sahibi ile iş birliği yapması gerekmektedir.

İnşaat sözleşmeleri, Alman Medenî Kanunu’nun (BGB § 650a f.) aksine Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemektedir. Dolayısıyla, inşaat

¹ Bilgi için bkz.

<http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=%C4%B0N%C5%9EAAT>
s.e.t. 16.03.2020.

² İnşaat sözleşmesinin türleri, aralarındaki benzerlik ve farklılıklar için bkz. **Kurşat, Zekeriya** (2017) İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, s. 4 vd.; **Aldemir Toprak, İpek Betül** (2020) Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, s. 107-115. İnşaat sözleşmelerinin türlerine ilişkin farklı bir ayırım için bkz. **Bauer, Hermann** (2007) Baubetrieb, 3. Aufl., Berlin Heidelberg, Springer Verlag, s. 41.

sözleşmelerinde tarafların yapmaları gereken iş birliği eylemlerine de kanunda yer verildiği söylenemez. Öte yandan, kanunumuzun eser sözleşmesi bahsinde de iş birliği eylemlerine yer verilmediği görülmektedir. Yalnız kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu inşaat sözleşmelerine uygulanacak olan düzenlemelerde, birkaç hüküm ile iş birliği eyleminden bahsedildiği söylenebilir. Ancak uzun bir ifa sürecini kapsayan ve süre veya maliyet bakımından birçok riski taşıyan inşaat sözleşmeleri için bu düzenlemeler, gerek hukukî niteliğin ve türlerin belirlenmesinde gerekse de ihlâl halinde hangi yaptırımların uygulanacağını tespitinde yeterli değildir. Bu sebeple, çalışmamızda inşaat sözleşmesi uygulamaları, doktrin, mahkeme kararları ile yer yer İsviçre SIA-Norm 118 ve Alman BGB ile VOB/B düzenlemelerine karşılaştırmalı olarak yer verilmektedir.

I. İŞ BİRLİĞİ TERİMİ

İnşaat sözleşmelerinin konusunu, geniş anlamda inşa eseri (yapı)³ oluşturur. İnşaat sözleşmesi ile taraflar, bir inşa eserinin meydana getirilmesini amaçlarlar. Ancak bu edim sonucunun gerçekleştirilmesi, sadece yüklenicinin veya iş sahibinin bireysel olarak gerçekleştirecekleri faaliyetlere bağlı değildir. İnşaat sözleşmelerinin gerçekleştirilmesinde, iş sahibi ve yüklenicinin birlikte hareket etmesi, iş birliği yapması gereken durumlar söz konusudur.

İş birliği terimi, Latince “*cooperatio*” kelimesinden türemiştir ve etkileşim (*Zusammenwirken*) veya birlikte çalışma (*Zusammenarbeit*)

³ Yapı, barınmak veya başka amaçlarla kullanılmak için yapılmış her türlü mimarlık eseri ya da binayı ifade etmektedir. Bkz. <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 16.06.2020. İnşa eseri ve yapı, eş anlamlı olup eser kavramından daha dardır. Bkz. **Eren, Fikret** (1996) I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri; II İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 3. Tıpkı Basım, s. 47-103, Ankara, s. 53; **Aydemir, Efrail** (2016) Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran, s. 37; **Aldemir Toprak**, s. 46-47. Ancak çalışma kapsamında, söz konusu tüm kavramlar kullanılmış olup anlatılmak istenen, yüklenicinin imal etmekle yükümlü olduğu inşa eseridir.

anlamlarına gelmektedir⁴. İş birliği teriminden, eserin türüne, özelliğine ve sözleşmenin içeriğine göre karşılaştırıldığı şekilde meydana getirilmesi için gerekli olan eylemler anlaşılır⁵. Diğer bir ifadeyle, iş birliği, sözleşme amacına ulaşılması için tarafların birlikte çalışmasını ifade eder. İş birliğinin ön koşulu, bu ilişkideki kişilerin farklılıklarının tanınmasıdır. Ayrıca bu kişilerin farklı çıkar durumlarının, iş birliği ilişkisiyle, organize edilmesi ve yapılandırılması gerekir. Böylelikle, görevi birlikte yerine getirme anlayışı oluşur⁶.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında, taraflar arasındaki birlikte çalışmayı ifade eder şekilde farklı terimler kullanılmaktadır. Söz konusu bu kullanımlar, iş birliğinin gerçekleştirilmesine ilişkin eylemin nasıl nitelendirildiğinden etkilenmektedir. Örneğin, Alman Hukukunda⁷ iş birliği eylemini ifade eder şekilde yer yer “iş birliği yükümlülüğü” (*Mitwirkungspflicht*⁸, *Kooperationspflicht*⁹), “iş birliği eylemi”

⁴ **Schwarze, Torsten** (2003) *Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrecht*, Berlin, TENEA Verlag Für Medien, s. 7. Almanca iş birliği terimi “*kooperation*”, genel konuşma dilinde Almanca “*mitwirkung*” ve “*zusammenarbeit*” kavramlarıyla da ifade edilmektedir. Bkz. **Fuchs, Heiko** (2003) *Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien*, Baurechtliche Schriften Band 58, (Hrsg. Korbion, H./ Locher, H.), München, Werner Verlag, s. 66.

⁵ **Palandt, Otto** (2018) *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, (bearbeitet von Brudermüller, Ellenberger, Götz, Grüneberg, Herrler, Sprau, Thorn, Weidenkaff, Weidlich, Wicke), 77. neubearbeitete Aufl., München, Verlag C.H. Beck, § 642 Rn. 2. İş birliği teriminin diğer tanımları için bkz. **Schwarze**, s. 7-9; **Fuchs**, s. 45 vd; **Ünal, Akın** (2019) “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi”, ERÜHFD, C: XIV, S: 2, s. 441-456, s. 444.

⁶ **Schwarze**, s. 8.

⁷ Doktrinde ve mahkeme kararlarında “iş birliği” (*Kooperation*), “iş birliği yükümlülüğü” (*Kooperationsverpflichtung*), “iş birliği karakteri” (*Kooperationscharakter*), “iş birliği ilişkisi” (*Kooperationsverhältnis*) ve “iş birliği gerekliliği” (*Kooperationserfordernis*) ifadelerinin kullanıldığı yönündeki görüş için bkz. **Fuchs**, s. 65.

⁸ **Nicklisch, Fritz** (1979) “*Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag*”, BB 1979, Heft 11, s. 533-544, s. 533; **Schwarze**, s. 55; **Peters, Frank** (2011) “*Die Mitwirkung des Bestellers bei der Durchführung eines Bauvertrags*” NZBau 2011, Heft 11, s. 641-645, s. 643; **Esser, Josef/ Weyers, Hans-Leo** (1991) *Schuldrecht: Ein Lehrbuch: Band II: Besonderer Teil, 7., völlig neubearbeitete Auflage*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 285.

(*Mitwirkungshandlung*)¹⁰, “iş birliği külfeti” (*Mitwirkungsobliegenheit*)¹¹ terimlerini kullanmaktadır. Türk Hukukunda ise “iş birliği ödevi”¹², “iş birliği yapma borcu”¹³ veya “edimin ifasına katılma”¹⁴ terimleri, birlikte çalışmayı ifade etmektedir. Ancak bu çalışmada, hukukî nitelik, külfet veya yükümlülük olarak baştan kesin bir şekilde belirlenmediği için¹⁵ “iş birliği eylemleri” ifadesinin kullanımı tercih edilmektedir.

⁹ **Fuchs**, s. 3; **Stassen, Dieter/ Grams, Hartmut** (2003) “Zur Kooperationspflicht des Auftragnehmers gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B 2002 bei Mehrkosten”, *baurecht* 2003, Heft 7, s. 943-952, s. 943.

¹⁰ **Nicklisch**, s. 533; **Schwarze**, s. 18; **Erman, Walter Alexander** (2011) *Bürgerliches Gesetzbuch*, (Hrsg. Harm Peter Westermann/ Barbara Grunewald/ Georg Maier-Reimer), 13., neu bearbeitete Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, BGB § 643 Rn. 1; **Larenz, Karl** (1986) *Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil, 1. Halbband*, 13. Aufl., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, s. 370; **Gauch, Peter** (1995) “Fristen und Termine – Die Bauzeit im Werkvertrag”, *Seminar für Schweizerisches Baurecht, Baurechtstagung 1995 / Tagungsunterlage 1*, Freiburg, s. 23; **Kapellmann, Klaus Dieter** (2011) “Die erforderliche Mitwirkung nach § 642 BGB, § 6 VI VOB/B – Vertragspflichten und keine Obliegenheiten”, *NZBau* 2011, Heft 4, s. 193-197, s. 193; **Locher, Horst/ Locher, Ulrich** (2005) *Das private Baurecht, Lehrbuch für Studium und Praxis*, 7. Neubearbeitete Aufl., München, Verlag C.H. Beck, s. 60 Rn. 133. Aynı kullanım için bkz. BGH, Urteil vom 21.10.1999- VII ZR 185/98 (München), NJW 2000, 1336; BGH, Urteil vom 20.04.2017 – VII ZR 194/13, NJW 2017, 2025.

¹¹ **Peters**, s. 644. Sadece “*mitwirkung*” kullanımı için bkz. **Larenz, Karl** (1987) *Lehrbuch des Schuldrechts Band I: Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, s. 389-390; **Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas** (2017) *Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil*, 11., völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin/ Boston, Walter de Gruyter GmbH, § 45 Rn. 489; **Staudinger, Julius** (2008) *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 631-651 (Werkvertragsrecht)*, Neubearbeitung, Berlin, Sellier- de Gruyter, s. 115 Rn. 62.

¹² **Ünal**, s. 441 vd.

¹³ **Seçer, Öz** (2017) “İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu”: *Baysal, Başak/ İnal, Emrehan, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 485.

¹⁴ **Arpacı, Özge** (2019) *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Edimin İfasına Katılımı*, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 55.

¹⁵ Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. III, D.

II. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GENEL OLARAK İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİ

İnşaat sözleşmesinde esas itibariyle, yüklenici, bir inşa eseri imal etmeyi; iş sahibi ise ücret ödemeyi borçlanmış olsa da diğer tarafın meydana getirilmesine hizmet eden bazı eylemleri bulunur. Bu eylemler, eserin kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilmesi için büyük önem arz eder. Ayrıca bu eylemler, inşa eserinin meydana getirilmesinden önce, teslim kadar uzanan tüm süreci kapsar.

Sözleşme hukukunda, borçlunun bazı edimlerinde borcun yerine getirilebilmesi için, alacaklının iş birliğinin gerekli olduğu düşüncesi vardır¹⁶. Eser sözleşmesinin ifasında, kural olarak iş sahibi ve yüklenicinin, iş birliğinde bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁷. Öyle ki, bir görüş¹⁸ de iş sahibi ve yüklenicinin iş birliği olmaksızın eserin meydana getirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Nitekim inşaat sözleşmelerinde, karşılıklı ilişkiyi zorlaştıran iş birliği engellerinin var olduğu düşüncesi, iş birliği eylemlerinin incelenmesinin hareket noktasını oluşturur¹⁹. Bu sebeple, inşaat sözleşmesinin taraflarının, iş birliğinde bulunmak zorunda olduğu ifade edilmektedir²⁰. Zira inşaat projelerinin giderek daha karmaşık bir hal alması ve proje başarısının her zaman risk altında olması, iş birliği eylemlerine verilen önem ile duyulan gereksinimi de arttırmaktadır. Öyle ki, söz konusu iş birliği eylemlerinin yerine getirilmemesi halinde, yapının inşası zaman, süre ve maliyet bakımından riske girebilmekte, olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

İş birliği eylemleri, sözleşme başarısı için gerekli olmasına rağmen, kanun koyucu tarafından düzenlenen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Nitekim, İsviçre Hukukunda da böyle bir hüküm yoktur. Bunun aksine, iş birliği eylemleri, her iki hukuk sisteminde doktrin ve yargı kararları ile

¹⁶ **Fikentscher/ Heinemann**, § 45 Rn. 489.

¹⁷ **Nicklisch**, s. 533. Eser sözleşmesinde iş sahibi ve yüklenicinin neredeyse her zaman iş birliği yapmaları gerektiği yönünde bkz. **Esser/ Weyers**, s. 285.

¹⁸ **Kapellmann**, s. 198; **Nicklisch**, s. 533; **Larenz**, 1986, s. 370. İnşaat sözleşmelerinde iş birliği eylemlerine duyulan ihtiyaç hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Fuchs**, s. 93 vd.

¹⁹ **Fuchs**, s. 169.

²⁰ Bu konudaki açıklama için bkz. **Stassen/ Grams**, s. 947.

şekillenmektedir. Yine bu noktada, sözleşme içeriği ve uygulamalar ile iş birliği eylemi oluşabilmektedir. Ancak İmar Kanunu (İK), Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ) gibi düzenlemelerde de çeşitli iş birliği eylemlerine yer verildiği görülmektedir. İsviçre Hukukunda ise SIA-Norm 118²¹ düzenlemesi içerisinde iş birliği eylemlerine yer verildiği görülmektedir.

İsviçre ve Türk Hukukunun aksine Alman Medenî Kanunu, 01.01.2018 tarihinde inşaat sözleşmesi reformları ile modernize edilerek, iş birliği eylemleri birkaç hükümlle düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelere, inşaat sözleşmesi alanında değil, eser sözleşmesi bahsinde yer verilmektedir. Söz konusu düzenlemelerde, iş sahibinin iş birliği eylemlerinin türleri düzenlenmemektedir. Bunun yerine iş sahibinin iş birliği eylemlerini yerine getirmemesinin sonuçları ele alınmaktadır (BGB § 642 f.). VOB/B²²'de ise iş sahibinin çok sayıda iş birliği eylemi, ayrıca düzenlenmektedir. Doktrin ve mahkeme kararları ise VOB/B'de yer alan iş birliği eylemlerinin, genellikle Alman Medenî Kanunu kapsamındaki eser sözleşmelerine de uygulanacağını ileri sürmektedir²³.

²¹ SIA-Norm 118 ise İsviçre'de Mühendis ve Mimarlar Derneği tarafından oluşturulan bir düzenlemedir. SIA-Norm 118, inşaat sözleşmesinin yapılmasına ve uygulanmasına ilişkin eser sözleşmesinden ayrı ve özel hükümler içermektedir. Bkz. **Gauch, Peter** (2011) Der Werkvertrag, 5. überarbeitete und erweiterte Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, Rn. 261-262, Rn. 265.

²² Alman VOB kuralları, inşaat işlerine ilişkin ihale ve sözleşme koşullarını düzenlemektedir. VOB, A, B ve C olarak adlandırılan üç kısımdan oluşur. Bunlardan VOB/B, Alman Medenî Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerini, inşaat işlerinin özel durumları için tamamlar ve uyarlar. VOB/B, yalnız kamu tüzel kişilerinin taraf olduğu inşaat işlerinde uygulanmaz. Aksine VOB/B özel sektörde de yaygın şekilde kullanılır. Bkz. **Locher/ Locher**, s. 65 Rn. 140; **Vygen, Klaus/ Jousen, Edgar** (2008) Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Handbuch des privaten Baurechts, 4. neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Köln, Werner Verlag, s. 163 Rn. 426. VOB/B düzenlemeleri, kanun veya yönetmelik niteliğine sahip değildir. Niteliği itibarıyla, genel işlem kuralı olduğu için taraflar arasındaki hukukî ilişkiye, VOB/B kurallarının uygulanacağı açıkça kararlaştırılmalıdır. Bkz. **Vygen/ Jousen**, s. 13 Rn. 26, s. 163 Rn. 426; **Kleine-Möller, Nils/ Merl, Heinrich/ Glöckner, Jochen** (2014) Handbuch des privaten Baurechts, 5., neu bearbeitete und erweiterte Aufl., München, C.H. Beck Verlag, § 2 Rn. 39; **Staudinger**, s. 54 Rn. 94.

²³ **Schwarze**, s. 18-19.

Tarafların yerine getirecekleri iş birliği eylemleri, tüm inşaat sözleşmelerinde aynı değildir. Öyle ki, inşaat sözleşmelerinde ihtiyaç duyulan iş birliği eylemlerinin türleri, projenin büyüklüğüne ve karmaşıklığına göre değişiklik arz etmektedir²⁴. Söz konusu inşa eserinin niteliği, yapının özelliği ve diğer katılımcıların varlığı, iş birliğini, kapsam, sayı, süre veya tür olarak farklılaştırmaktadır. Bu bakımdan, bir evin inşasını konu alan inşaat sözleşmesi ile katı atık yakma tesisinin meydana getirilmesini amaçlayan anahtar teslim inşaat sözleşmelerinde, tarafların aynı kapsam ve sayıda iş birliği eylemi gerçekleştirmekle yükümlü oldukları söylenemez. Ancak bir inşa eserinin meydana getirilmesini konu alan tüm inşaat sözleşmeleri için ortak olan nokta, iş birliği eylemlerinin varlığıdır. Bu bakımdan, iş birliği eylemleri her r sözleşmede farklı olsa da bu eylemlerin tipik örneklerini sıralamak mümkündür. Bunları inşaat plânların hazırlanması²⁵, izin veya onayların alınması²⁶, şantiyedeki düzenin sürdürülmesi²⁷ oluşturur. Yine inşaat arsasının

²⁴ **Kapellmann**, s. 198; **Nicklisch**, s. 533; **Aldemir Toprak**, s. 235.

²⁵ **Schwarze**, s. 20; **Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina** (Hrsg.) (2018) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht-Besonderer Teil III/1, 7. Aufl., München, C.H. Beck. (Kısaca: MüKoBGB/ Bölüm Yazarının Adı), BGB § 642 Rn. 11, BGB § 631 Rn. 108; **Gauch**, 2011, Rn. 1332-1333; **Nicklisch**, s. 534, 538; **Eren**, 2019, s. 1135; **Kleine-Möller/ Merl/ Glöckner**, § 2 Rn. 24; **Esser/ Weyers**, s. 285; **Ünal**, s. 445; **Spiess, Hans Rudolf** (2012) “Baublaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht”, recht 2012, Heft 4, s. 116-123, s. 120; **Peters**, s. 645; **Staudinger**, s. 115 Rn. 62. Kapsamlı bilgi için bkz. aşağıda IV, A, 4.

²⁶ **Gauch**, 2011, Rn. 1331; **Schwarze**, s. 20; **Vasconcellos, Harald Michaelis** (1988) Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, s. 94; **MüKoBGB/Busche**, BGB § 642 Rn. 11; **Nicklisch**, s. 534, 538; **Vygen/ Jousen**, s. 417 Rn. 1062; **Kleine-Möller/ Merl/ Glöckner**, § 2 Rn. 24; **Müller-Foell, Christoph** (1982) Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 69, Berlin, Duncker & Humblot, s. 88; **Eren**, 2019, s. 1135; **Staudinger**, s. 263-264 Rn. 34; **Ünal**, s. 445; **Öz, M. Turgut** (2016) İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 114; **Peters**, s. 645; **Palandt**, § 642 Rn. 2; **Kapellmann**, s. 193; **Aldemir Toprak**, s. 239. Ayrıca bkz. VOB/B § 4, BİGŞ m. 6 ve YİGŞ m. 8. Kapsamlı bilgi için bkz. aşağıda IV, A, 3.

²⁷ Bkz. VOB/B § 4.

ölçümlenmesi²⁸, hazırlanması ve teslimi²⁹, tedarik hatlarının inşası³⁰, yüklenicinin ifaya çağırılması³¹ bu kapsamdadır. İnşaat işlerinin gerçekleştirilmesi genel veya tam yükleniciye verilmemişse, yüklenicilerin iş sahibi tarafından zaman ve fonksiyonel olarak koordine edilmesi de iş birliği eylemidir³². Endüstriyel tesislerin inşasını konu alan sözleşmelerde, iş birliği eylemleri bunlarla sınırlı değildir³³. İşlevsellik testlerine katılma, ham madde veya personel temin etme, iş sahibinin iş birliği eylemi olarak görülmektedir³⁴. Eserin zaman zaman yüklenicinin ülkesi dışında ve iş sahibinin ülkesinde imal edilmesi halinde, söz konusu iş birliği eylemlerine yenileri eklenir. Bunlar, yüklenicinin personeli için geçici kalacak yer hazırlanmasıdır³⁵. Yine kanaatimizce çalışma izinlerinin ve gerekli ise ikamet izinlerinin alınması bu kapsamda değerlendirilebilir. Bahsi geçen iş birliği eylemlerinin doktrin³⁶ ve

²⁸ Bkz. VOB/B § 3. Ayrıca bkz. **Schwarze**, s. 21; **Arpacı**, s. 139; **Fuchs**, s. 1045; **Locher/ Locher**, s. 104 Rn. 201. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, A, 5.

²⁹ **Gauch**, 2011, Rn. 1331; **Schwarze**, s. 19; **Arpacı**, s. 148-149; **MüKoBGB/Busche**, BGB § 642 Rn.11; **Eren**, 2019, s. 1135; **Vygen/ Jousen**, s. 418 Rn. 1066; **Kleine-Möller/ Merl/ Glöckner**, § 2 Rn. 24; **Öz**, s. 114; **Ünal**, s. 446; **Peters**, s. 645; **Erman**, BGB § 643 Rn. 3; **Staudinger**, s. 115 Rn. 62; **Palandt**, § 642 Rn. 2; **Kapellmann**, s. 193; **Aldemir Toprak**, s. 238. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, A, 2.

³⁰ Bkz. VOB/B § 4 ve SIA-Norm 118 Art. 116. **Dünnweber, Inge** (1984) Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, Berlin, Walter de Gruyter, s. 80; **Gauch**, 2011, Rn. 1331; **Nicklisch**, s. 534, 538; **Müller-Foell**, s. 88; **Aldemir Toprak**, s. 239-240. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, A, 5.

³¹ Bkz. VOB/B § 5. **Fuchs**, s. 72-73, s. 220-221; **Arpacı**, s. 133. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, A, 6.

³² Bkz. SIA-Norm 118 Art. 34. **Peters**, s. 644; **Ünal**, s. 446; **Palandt**, § 642 Rn. 4; **Kapellmann**, s. 193; **Gauch**, 2011, Rn. 1332-1333; **MüKoBGB/Busche**, BGB § 631 Rn. 108; **Nicklisch**, s. 533-534; **Locher/ Locher**, s. 105 Rn. 204. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, A, 8.

³³ Endüstriyel tesislerde var olan iş birliği eylemlerinin türleri hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Nicklisch**, s. 534; **Dünnweber**, s. 80; **Gauch**, 2011, Rn. 1331; **Aldemir Toprak**, s. 238-240.

³⁴ **Dünnweber**, s. 74, 80; **Nicklisch**, s. 539; **Gauch**, 2011, Rn. 1331. Karş. **Esser/ Weyers**, s. 285; **Aldemir Toprak**, s. 240. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, A, 7.

³⁵ **Nicklisch**, s. 534, 539; **Arpacı**, s. 154.

³⁶ Gerekli izin ve onayların yüklenici tarafından alınabileceği görüşü bkz. **Schwarze**, s. 20. Yüklenicinin inşaat plânını hazırlayabileceği görüşü için bkz. **Nicklisch**, s. 539.

bazı yasal düzenlemelere³⁷ göre esas itibariyle, iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Ancak yüklenicinin de yerine getirmesi gereken bazı iş birliği eylemleri vardır. Bu eylemler esas itibariyle, iş sahibinin iş birliği eylemlerinin karşılığını oluşturur. Örneğin, iş sahibi tarafından hazırlanan belgelerin kontrolü³⁸, var olan eksik ve ayıplar hakkında onu bilgilendirme³⁹, verilen talimatların olumsuz sonuçları hakkında uyarma⁴⁰ (TBK m. 476) bu şekildedir. Ayrıca, birlikte çalıştığı yükleniciler ile koordineli hareket etme⁴¹, verilen talimatlara uyma ve iş sahibinin denetim hakkını kullanmasına müsaade etme yüklenici için bir iş birliği eylemidir⁴².

Belirtmek gerekir ki, bahsi geçen tüm iş birliği eylemlerinin, kimin tarafından yerine getirileceği kesin olarak belirlenmemektedir. Örneğin, İmar Kanunu, yapı kullanım izni alma görevini, iş sahibine yüklemektedir (İK m. 30). Yine Alman VOB/B'e göre, iş sahibi, yükleniciye inşa eserine ilişkin plânları temin etmelidir. Ancak izin ve onayların yüklenici tarafından alınacağına veya plânları onun hazırlayacağına kararlaştırılması mümkündür (VOB/B § 3). Dolayısıyla, her bir inşaat sözleşmesinde, iş birliği eyleminin kim tarafından gerçekleştirileceği, sözleşme içeriğine bakılarak tespit edilir⁴³.

III. İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

A. KÜLFET GÖRÜŞÜ

İş birliği eylemleri, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemektedir. Bu sebeple, iş birliği eyleminin hukukî niteliği belirlenmelidir. Bu konuda,

³⁷ İnşaat izinlerine ilişkin bkz. İK m. 22 ve 30. İnşaat plânlarının hazırlanması ve teslimi için bkz. BİGŞ m. 10; YİGŞ m. 13; VOB/B § 3; SIA-Norm 118 Art. 34. İnşaat arsasının hazırlanması ve teslimi için bkz. BİGŞ m. 30; YİGŞ m. 32.

³⁸ Bkz. VOB/B § 3. **Fuchs**, s. 184; **Schwarze**, s. 29. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, B, 2.

³⁹ **Fuchs**, s. 184. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, B, 3.

⁴⁰ Bkz. VOB/B § 4. **Schwarze**, s. 32; **Fuchs**, s. 185. Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, B, 3.

⁴¹ Bkz. BGH, Urteil vom 30.09.1969- VI ZR 254/67 (Braunschweig), NJW 1970, 38. Kapsamlı bilgi için bkz. **Schwarze**, s. 45-46.

⁴² Kapsamlı bilgi için bkz. aşa. IV, B, 4.

⁴³ **Gauch**, 2011, Rn. 1334.

doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, burada ifade edilen görüşlerin büyük bir kısmı, yalnız iş sahibinin iş birliği eylemlerini dikkate alarak belirleme yapmaktadır.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerden ilki külfet görüşüdür⁴⁴. Bu görüşe göre eserin imaline ilişkin iş birliği eylemleri, iş sahibi için bir külfet (*obliegenheit*) niteliğindedir. Ancak bu eylemlerin külfet olmayacağı kararlaştırılabilir. İsviçre Hukukundaki ağırlıklı görüşe göre de iş birliği eylemleri, külfet niteliğindedir⁴⁵. Alman Hukukunda da iş birliği eylemlerinin külfet olduğu, ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁴⁶. Öyle ki, Alman Medeni Kanunu'nun, iş sahibinin borçlarına kanunda yer verdiği ve iş birliği eylemlerini bu kapsamda düzenlemediği ileri sürülmektedir⁴⁷.

Külfet görüşüne göre iş sahibi, eserin imali için gerekli olan külfeti yerine getirmez veya bunda gecikirse, alacaklı temerrüdü (TBK m. 106 vd.) söz konusu olur. Nitekim, BGB § 642 hükmü de iş sahibin iş birliği eylemlerini ihlâlî için alacaklı temerrüdü hükümlerine atıf yapmaktadır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında⁴⁸, iş sahibinin iş birliği eylemlerine aykırı hareket etmesi nedeniyle, alacaklı temerrüdü hükümlerine (TBK m. 106 vd.) başvurmuştur.

⁴⁴ **Gauch**, 2011, Rn. 1325, 1328; **Fikentscher/ Heinemann**, § 84 Rn. 1201, § 45 Rn. 489; **Staudinger**, s. 115 Rn. 62, s. 683 Rn. 17; **Erman**, BGB § 642 Rn. 4; **Esser/ Weyers**, s. 285; **Palandt**, § 642 Rn. 3; **Ünal**, s. 450; **Larenz**, 1987, s. 389; **Peters**, s. 643-644; **Seçer**, s. 488; **Larenz**, 1986, s. 370; **Gauch**, s. 23-24. Karş. **MüKoBGB/Busche**, § 642 Rn. 13-14; **Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 1135; **Vygen/ Jousen**, s. 422 Rn. 1073. Ancak **Gauch**, **Larenz**, **Satudinger** ve **Plandt**'a göre aksi mümkündür. Bkz. **Larenz**, 1987, s. 389; **Staudinger**, s. 115 Rn. 62; **Palandt**, § 642 Rn. 3; **Gauch**, s. 24. Ayrıca bkz. aşa. III, C. Kural olarak külfet olduğu görüşü için bkz. **Koller, Alfred** (1998) Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern, Verlag Stämpfli AG, Art. 366 Rn. 774; **Koller**, Art. 363 Rn. 293. Somut olayın şartlarında da bakılması gerektiği görüşü için bkz. **Seçer**, s. 488.

⁴⁵ **Schwarze**, s. 81.

⁴⁶ Açıklama için bkz. **Schwarze**, s. 92; **Dünnweber**, s. 81; **Locher/ Locher**, s. 60 Rn. 133.

⁴⁷ **Peters**, s. 643.

⁴⁸ Bkz. Yarg. 15. HD. T. 22.04.2008, E. 2007/ 3118 K. 2008/ 2682 (KBİBB, 818/m. 90, 355; 1086/m. 409/5) s.e.t. 10.03.2020.

B. YÜKÜMLÜLÜK GÖRÜŞÜ

İş birliği eylemlerini, iş sahibi bakımından ele alan bir görüşe⁴⁹ göre inşaat sözleşmelerinde söz konusu eylemler, külfet değil, yükümlülük teşkil eder. Bu görüşe göre iş sahibinin iş birliği eylemlerini, külfet olarak düzenleyen ve yalnız istisnaen sözleşmenin içeriği sebebiyle, yükümlülük olabileceğini ileri süren hâkim görüş, eserin inşasına ve ifa sürecine uymaz. Zira bu süreçte, kural olarak inşaat projesinin gerçekleştirilmesi son derece karmaşıktır. Bu karmaşıklık ise inşa eserinin meydana getirilmesi sürecinde, yüklenici ve iş sahibinin iş birliği yapmasını zorunlu kılar. Bu sebeple, inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin gerçek iş birliği eylemleri, külfet değildir; aksine yükümlülük olarak değerlendirilmelidir⁵⁰. Bu anlamda, inşaat sözleşmelerinde iş birliği eylemlerinin genel olarak yan edim yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir⁵¹. Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bazı kararlarında⁵² iş birliği eylemlerini, yükümlülük olarak nitelendirmektedir.

İş birliği eylemlerinin yükümlülük olduğu kabul edilirse, söz konusu eylemin yerine getirilmemesi halinde borçlu temerrüdü (TBK m. 117 vd.) söz konusu olur. Diğer taraf, iş birliği eyleminin yerine getirilmesini talep edebilir; yerine getirilmediği takdirde ise ifa davası açabilir. Yine iş birliği eyleminin yerine getirilmemesi sebebiyle uğranılan zararın tazmini istenebilir.

C. SOMUT OLAYIN ŞARTLARINA GÖRE BELİRLENMESİ GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş, iş birliği eylemlerinin hukukî niteliğini, külfet veya yükümlülük olarak baştan belirlemek yerine, somut

⁴⁹ **Kapellmann**, s. 193; **Erman**, BGB § 643 Rn. 2; **Koller**, Art. 366 Rn. 776; **Spiess**, s. 121.

⁵⁰ **Spiess**, s. 121.

⁵¹ **Spiess**, s. 121; **Larenz**, 1987, s. 389; **Arpacı**, s. 184. İş birliği eylemlerinin yükümlülük olarak nitelendirilmesi halinde, yan yükümlülük (Nebenpflicht) olduğu görüşü için bkz. **Koller**, Art. 366 Rn. 776.

⁵² BGHZ 11, 80 f., NJW 1954, 229. Kararın değerlendirilmesi için bkz. **Nicklisch**, s. 535. Ayrıca bkz. BGH 13.07.2000, VII ZR 139/99, BauR 2000, 1762; ZfBR 2000, 548. Kararın değerlendirmesi için bkz. **Fuchs**, s. 14-16. Aynı yönde bkz. BGH, Urteil vom 21.10.1999-VII ZR 185/98 (München), NJW 2000, 1336.

olayın şartlarına bakılması gerektiğini ifade etmektedir⁵³. Bu görüşe göre, inşaat sözleşmesi için ilgili iş birliği eyleminin önemi dikkate alınmalıdır. Zira her iş birliği eylemi, tarafların ortak çalışması için eşit derecede gerekli değildir⁵⁴. İş birliği eylemi, yerine getirilmediği takdirde, sözleşmenin amacı tehlikeye giriyor, özellikle bu amacın gerçekleşmesi kat'i bir şekilde engelleniyorsa, bir yükümlülük olarak değerlendirilmelidir⁵⁵. Ayrıca bu belirlemede, dürüstlük kuralı da dikkate alınmalıdır⁵⁶. İş sahibinin iş birliği yapmasında, yüklenicinin menfaati var ve bu olmaksızın, yüklenici kendi edimini yerine getirebilecek durumda değilse, eylemin bir yükümlülük olduğu kabul edilmelidir⁵⁷.

D. GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE GÖRÜŞÜMÜZ

İş birliği eylemlerinin hukukî niteliğini, özellikle eser sözleşmesini dikkate alarak belirlemeye çalışan farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan külfet görüşü, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüştür. Ancak iş birliği eylemlerini, külfet olarak niteleyen bu görüş⁵⁸, yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere tarafların istisnaen aksini kararlaştırabileceklerini ileri sürmektedir. Bu sebeple, iş birliği eylemlerini külfet veya yükümlülük olarak nitelendiren iki görüşün, aslında birbirine yakınlaştığı ileri sürülmektedir⁵⁹.

Alman Medenî Kanunu, eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerinde, iş sahibinin iş birliği eylemlerini, külfet olarak görmekte ve yerine getirmemesi halinde alacaklı temerrüdü hükümlerine atıf yapmaktadır (BGB § 642). Doktrinde⁶⁰ bu durumun, özellikle tamir ve iyileştirme gibi zanaat işlerinde geçerli olduğu ifade edilmektedir. Zira burada dar bir yükümlülük kapsamı

⁵³ **Schwarze**, s. 93; **Nicklisch**, s. 535; **Seçer**, s. 488. Ancak Seçer'e göre iş sahibinin iş birliğinde bulunma borcu, çoğu zaman külfet niteliğindedir. Bkz. **Seçer**, s. 488.

⁵⁴ **Schwarze**, s. 93.

⁵⁵ **Palandt**, § 642 Rn. 3.

⁵⁶ **Larenz**, 1987, s. 389.

⁵⁷ **Larenz**, 1987, s. 389; **Schwarze**, s. 93; **Seçer**, s. 488.

⁵⁸ **Staudinger**, s. 115 Rn. 62; **Palandt**, § 642 Rn. 3; **Larenz**, 1987, s. 389; **Gauch**, s. 24.

⁵⁹ **Nicklisch**, s. 535. Bu görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. **Müller-Foell**, s. 67-68.

⁶⁰ **Nicklisch**, s. 537; **Schwarze**, s. 92.

vardır. Ayrıca edimlerin bir kere değiş tokuş yapıldığı ve iş sahibinin rolünün, eseri teslim almak ile sınırlı olduğu sözleşmeler de bu kapsamda tutulur. Zira bu sözleşmelerde, iş sahibinin iş birliği eylemleri, onları borç olarak nitelendirmeyi haklı gösterecek anlam ve yoğunluğa ulaşmaz. Aksine bilgi ve iş birliği gereksinimi, söz konusu eser sözleşmelerinde, her iki taraf içinde dardır. Öte yandan, malzeme, teknik ve zaman bakımından kapsamı dar olan basit yenileme veya genişletme gibi küçük inşaat işlerinde de sözleşmenin ifası süresince yüklenicinin menfaati, ücretini almaktan öteye gitmez. Bu sözleşmelerde, iş sahibinin iş birliği eylemleri özel bir anlama sahip değildir⁶¹. Doktrinde⁶², BGB § 642 hükmünün, eser sözleşmesinde iş sahibinin iş birliği eylemlerini külfet olarak sınıflandırsa bile, özellikle değişen koşullar ve ihtiyaçlar göz önüne alındığında, sözleşmenin farklı bir yorumu için açık olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca bu görüşe göre BGB § 642 hükmü ile iş birliği eylemlerinin, yerine getirilmemesi halinde, karşılık ödeme yükümlülüğü öngörülerek iş birliği eylemlerinin yalnız iş sahibinin menfaatine olmadığı açıkça ortaya koyulmaktadır. Zira yüklenicinin uygun bir bedel talep edebilmesi, iş sahibinin iş birliği eylemini yerine getirmesi için bir baskı aracıdır.

Her ne kadar hâkim görüş, iş birliği eylemlerini külfet olarak nitelendirmekteyse de doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere bu hususun, tüm inşaat sözleşmeleri için doğrudan kabulü mümkün değildir. Zira taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi (TBK m. 26) doğrultusunda, külfetlerin yükümlülük olacağını açıkça kararlaştırabilirler⁶³. Taraflar, iş birliği eyleminin yükümlülük olduğunu, asıl veya ek sözleşme ile düzenleyebilirler. İnşaat hukuku uygulamalarında ise iş sahibinin, iş birliği eylemlerini yerine getirmekle yükümlü olduğu sözleşmede belirtilir⁶⁴. Dolayısıyla, tarafların inşaatın kararlaştırıldığı şekilde imali için gerekli olan iş birliği eylemlerinin, kimin tarafından ne şekilde yerine getirileceğini veya yerine getirmemenin sonuçlarını belirleyip belirlemediklerine bakılmalıdır. Tarafların

⁶¹ **Schwarze**, s. 92.

⁶² **Schwarze**, s. 93.

⁶³ **Larenz**, 1987, s. 389; **Schwarze**, s. 93; **Gauch**, s. 25; **Nicklisch**, s. 540.

⁶⁴ **Nicklisch**, s. 535.

belirlemelerine göre söz konusu iş birliği eyleminin külfet veya yükümlülük olduğu sonucuna varılabilir. Tüm bu tespitler, sözleşmenin yorumu ile gerçekleştirilmektedir⁶⁵. Belirtmek gerekir ki, iş birliği eyleminin yükümlülük olduğu yönündeki önemli bir gösterge, onun sözleşmede yer almasıdır. Çünkü bu şekilde, her iki tarafın menfaati o eylemin ifasında birleşir. Bir iş birliği eylemi, sözleşmede ayrıntılı bir şekilde belirlenmiş veya belirlenebilir nitelikte ise borçlu temerrüdü hükümleri (TBK m. 117 vd.) uygulanır. Ancak iş sahibinin iş birliği yapma hususunda vermiş olduğu genel taahhütler, tek başına bir yükümlülük olarak nitelenemez⁶⁶.

Taraflar iş birliği eylemini, sözleşme ile düzenlememiş olabilirler. Var olan düzenleme, hukukî niteliğin belirlenmesi için yetersiz de kalabilir. Tüm bu hallerde, söz konusu iş birliği eyleminin külfet olduğunu kabul etmek her zaman doğru olmaz. Zira özellikle iş sahibinin iş birliği eylemlerinin hukukî niteliğinin belirlenmesi, onun bu eylemi yerine getirmesinde, yüklenicinin menfaat sahibi olup olmadığı ile yakından ilgilidir⁶⁷. Öyle ki, sözleşme dikkate alınarak her iki tarafın menfaatinin objektif analizinden, söz konusu iş birliği eyleminin yükümlülük olduğu sonucu çıkarılabilir⁶⁸. İnşaat sözleşmelerinin ise özel bir yapısı vardır. Bu sözleşmeler, esas itibarıyla uzun meydana getirme süresine sahiptir. Ayrıca inşaat sözleşmelerinin bazıları, projenin büyüklüğüne ve içerdiği edimlerin kapsamına göre eser sözleşmesinin özelliklerinden bir hayli uzaklaşabilir. Bu durumun sonucu olarak her sözleşmede yüklenicinin bir inşa eserinin meydana getirilmesindeki tek menfaatinin ücret alacağı olduğu söylenemez. Aksine yüklenicinin eserin tamamlanmasına ilişkin korunmaya değer başka menfaatleri bulunabilir. Şöyle ki, yüklenicinin eserin meydana getirilmesiyle ilgili korunmaya layık görülen menfaati, öncelikle böyle bir yapının başarıyla inşası halinde, rekabet avantajı elde etmesine ilişkindir. Yüklenici, daha fazla büyük inşaat projesi almak için böyle eserlerin meydana getirilmesinde yetenekli olduğunu, eseri inşa ederek kanıtlamak ister. Bu, teknik olarak yeni bir tesisin başarılı bir şekilde uygulandığını

⁶⁵ Gauch, s. 25; Nicklisch, s. 540.

⁶⁶ Seçer, s. 492.

⁶⁷ Stassen/ Grams, s. 947.

⁶⁸ Schwarze, s. 94.

ispatlayabilen pilot projelerde özellikle önemlidir. Ayrıca kötü iktisadi koşullarda, bir yüklenicinin varlığı, bu tür büyük yapıların inşasına bağlı olabilir⁶⁹. Söz konusu durum, yüklenicinin yalnız ücret ile ilgilendiği saf eser sözleşmesinden farklıdır. Dolayısıyla, iş sahibinin ikili bir rolünün bulunduğu, yani hem tamamlanan eserin alacaklısı hem de yapım aşamasında, yüklenicinin iş birliği ortağı olduğu söylenebilir⁷⁰. Gerçekten iş birliğinin yükümlülük olarak nitelendirilmesi, iş sahibinin söz konusu eyleminin sonuçlarından ve yüklenici için öneminden kaynaklanabilir. İş birliğinin yerine getirilmesi, yüklenicinin aslî ediminin ifasına imkân verebilir. Bu yerine getirme, sözleşme menfaatine veya amacına ulaşmak için karşı edimi aşan bir öneme sahip olabilir. Bu halde, iş birliği eyleminin, bir yükümlülük olduğu kabul edilmelidir⁷¹. Dolayısıyla, iş sahibinin, iş birliği eylemlerini, sözleşmenin amaç ve mantığını dikkate alarak genel yorum kurallarına göre nitelendirmek gerekir⁷². Bu bakımdan, biz de somut olayın şartlarının değerlendirilmesi görüşüne katılarak eser sözleşmesi bakımından ağırlıkta olan külfet görüşünün, özellikle büyük yapıları konu alan inşaat sözleşmeleri için her zaman ve olayda geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Somut olayda, her bir sözleşmenin içeriği, inşaatın niteliği, tarafların iradesi ve söz konusu eylemin inşa eseri için arz ettiği önem, diğer tarafın menfaati olup olmadığı tespit edilerek sonuca varılmalıdır. Yüklenicinin iş birliği eylemleri bakımından ise yine öncelikle sözleşmede bu yönde bir hüküm olup olmadığı değerlendirilmelidir. Sözleşmede bir hüküm bulunmadığı durumlarda, iş sahibinin bu eylemin yerine getirilmesindeki menfaati ve bu eylem olmaksızın eserin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde inşa edilip edilmeyeceği değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmeye göre yüklenicinin iş birliği eyleminin külfet veya yükümlülük olduğu sonucuna varılabilir.

⁶⁹ Bu konuda kapsamlı bilgi için bkz. **Dünnweber**, s. 83; **Nicklisch**, s. 540; **Schwarze**, s. 94.

⁷⁰ **Dünnweber**, s. 83; **Nicklisch**, s. 537.

⁷¹ **Schwarze**, s. 94.

⁷² **Nicklisch**, s. 540. Karş. **MüKoBGB/Busche**, BGB § 642 Rn. 22. Tarafların somut olaydaki hukukî menfaatleri dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır. Bu görüş için bkz. **Müller-Foell**, s. 75 vd.

Kanaatimizce bir iş birliği eyleminin, sözleşmenin içeriğine veya bahsi geçen kriterlere göre bir yükümlülük olduğu sonucuna varılsa dahi, bu eylemlerin kural olarak yan edim yükümlülüğü olduğu söylenmelidir. Zira eserin meydana getirilmesi aşamasında, iş birliği yükümlülükleri gerekli olsa da kural olarak bunlar, synallagma ilişkisinde yer almazlar. Dolayısıyla da söz konusu iş birliği yükümlülükleri, tarafların asli edimlerini oluşturmazlar⁷³.

IV. TARAFLARIN İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİNİN TÜRLERİ

A. İŞ SAHİBİNİN İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİ

1. Genel Olarak

İnşa eserinin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilebilmesi için, iş sahibi tarafından yapılması gereken eylem ve işler, onun iş birliği faaliyetini ifade eder⁷⁴. Kararlaştırılan ücretin ödenmesi ve tamamlanan eserin teslim alınması yükümlülükleri dışında iş sahibi, eserin meydana getirilmesi için kural olarak bir dizi iş birliği eyleminde bulunmalıdır⁷⁵.

Eserin, sözleşmede öngörüldüğü şekilde inşası, genellikle iş sahibinin, iş birliği eylemlerini ifasına bağlıdır⁷⁶. Çünkü iş birliği eylemleri, birçok eserin inşasında, genellikle tüm sözleşme sürecini kapsar şekilde, iş sahibinin katılımını gerektirir⁷⁷. İnşaat sözleşmesinde de iş sahibinin iş birliği eylemleri, sözleşmenin yerine getirilmesi için esaslı bir öneme sahiptir. Öyle ki, inşaat arsasının ve plânların teslimi, gerekli onayların alınması ile yüklenici eseri meydana getirmeye başlayabilir⁷⁸.

⁷³ **Peters**, s. 643; **Nicklisch**, s. 541. Bir görüşe göre esasen, iş sahibinin asli yükümlülükleri, ücret ödemek ve tamamlanan eseri teslim almaktır. İstisnai olarak, iş birliği yükümlülükleri, sözleşme uyarınca, synallagmatik ilişkide asli yükümlülük olarak da nitelendirilebilir. Bu, yüklenicinin sözleşmenin ifasında, fazlaca menfaati olması durumunda, kabul edilir. Pilot inşaat projeleri, bu duruma örnek gösterilebilir. Bkz. **Nicklisch**, s. 541.

⁷⁴ **Ünal**, s. 444.

⁷⁵ **Dünweber**, s. 80; **Vasconcellos**, s. 94; **Nicklisch**, s. 538, 539; **Müller-Foell**, s. 86-87; **Erman**, BGB § 642 Rn. 1; **Ünal**, s. 445; **Aldemir Toprak**, s. 235.

⁷⁶ **Erman**, BGB § 643 Rn. 1; **Nicklisch**, s. 533; **Ünal**, s. 445; **Larenz**, 1986, s. 370; **Fuchs**, s. 76.

⁷⁷ **Gauch**, 2011, Rn. 1328; **Nicklisch**, s. 533.

⁷⁸ **Peters**, s. 643; **Staudinger**, s. 115 Rn. 62.

İş birliği eylemleri, her bir inşaat sözleşmesi bakımından farklılık arz eder. Ancak yine de bu eylemleri, doktrin, mahkeme kararları ve uygulama doğrultusunda genel olarak sıralamak mümkündür. İş sahibinin sahip olduğu iş birliği eylemlerinin başlıcaları, inşaat arsasının hazırlanması ve teslimi, gerekli izin veya onayların sağlanması, plânların verilmesi ya da tedarik hatlarının inşasıdır. Ayrıca iş sahibi, çalıştırmakta olduğu farklı yükleniciler arasında koordinasyonu sağlamalı, yükümlülük listesini hazırlamalı⁷⁹, nasıl bir eser istediğini tarif etmeli⁸⁰, yüklenici ile müzakere halinde bulunmalıdır. Lakin, iş birliği eylemleri bunlarla sınırlı değildir. Doktrinde⁸¹ eserin imali için gerekli malzemenin sağlanmasının da iş sahibinin bir iş birliği eylemi olduğu ifade edilmektedir. Ancak özellikle meydana getirilmesi tam veya genel yükleniciye bırakılan inşaat sözleşmelerinde, bu edimin yüklenici tarafından gerçekleştirileceği kararlaştırılmaktadır. Yine eser teslim sözleşmesinde ve anahtar teslim inşaat sözleşmesinde (Schlüselfertiger Vertrag)⁸² malzeme yüklenici tarafından sağlanmaktadır.

Doktrinde⁸³ yüklenicinin personeli için kalacak yerin bulunmasının, iş sahibi için bir iş birliği eylemi olduğu kabul edilmektedir. Bu eylem özellikle yüklenicinin ülkesinin dışında imal edilen inşaat için önem arz etmektedir. Ayrıca, iş sahibi, inşaattan çıkan kazı malzemeleri ve yüklenicinin araç veya gereçleri için depo yeri de göstermelidir (BİGŞ m. 4; YİGŞ m. 6)⁸⁴. Öte yandan, iş sahibi, ifa sürecinde gerekli olan ara kararları almalı⁸⁵ ve yükleniciyi inşaatın meydana getirilmesine ilişkin hususlarda bilgilendirmelidir⁸⁶. İş

⁷⁹ **Kapellmann**, s. 193. Aynı yönde bkz. VOB/A § 9. Kapsamlı bilgi için bkz. **Schwarze**, s. 25.

⁸⁰ **Palandt**, § 642 Rn. 2; **Ünal**, s. 445.

⁸¹ **Esser/ Weyers**, s. 285; **Ünal**, s. 446; **Larenz**, 1986, s. 370; **Gauch**, 2011, Rn. 1332-1333; **MüKoBGB/Busche**, BGB § 631 Rn. 108; **Nicklisch**, s. 533-534.

⁸² **Martinek, Michael** (1993) *Moderne Vertragstypen Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen*, München, Verlag C. H. Beck, s. 246; **Aldemir Toprak**, s. 132. FIDIC Gümüş Kitap'ta yer alan benzer düzenleme için bkz. FIDIC EPC, N. 7.1

⁸³ **Nicklisch**, s. 534, 539; **Arpacı**, s. 154.

⁸⁴ Karş. SIA-Norm 118 Art. 116. Ayrıca bkz. **Arpacı**, s. 154.

⁸⁵ **Esser/ Weyers**, s. 285.

⁸⁶ **Palandt**, § 642 Rn. 2; **Esser/ Weyers**, s. 285.

sahibi, yükleniciye ait araç gerece ve onun çalışanlarına özen gösterilmelidir⁸⁷. Yine inşaat dokümanlarının hazırlanması⁸⁸ ve yükleniciye ait olmasına rağmen, iş sahibinde bulunan evrakların geri verilmesi⁸⁹ de iş birliği eylemidir.

İş sahibi, iş birliği eylemlerini, kural olarak kendisi yerine getirmek zorunda değildir. Eylemin ifasını üçüncü kişilere bırakabilir. Ancak söz konusu eylemin gerçekleştirilmesinde, iş sahibinin kişiliği önemli ise eylemin yerine getirilmesinin üçüncü kişiye bırakılması mümkün değildir⁹⁰. İş sahibi yerine getireceği iş birliği eylemleri için kural olarak ücret talep edemez. Zira yükleniciye ödeyeceği ücret belirlenirken, iş sahibinin bu edimleri dikkate alınacaktır⁹¹. Ancak bu eylemler neticesinde, iş sahibine ücret ödeneceği veya en azından iş sahibinin yapmış olduğu masrafların tamamı ya da bir kısmının yüklenici tarafından karşılanacağı kararlaştırılabilir.

2. İnşaat Arsasının Hazırlanması ve Teslimi

İnşaat sözleşmelerinde, arsasının hazırlanması ve yükleniciye teslimi, bir iş birliği eylemi olarak değerlendirilmektedir⁹². İş sahibinin arsayı hazırlaması, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemektedir. Ancak Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi, iş sahibi kamu tüzel kişinin, arsanın yükleniciye, iki taraf arasında tutulacak bir tutanak ile teslimini düzenlemektedir (BİGŞ m. 4; YİGŞ m. 6). Şartnamelerin kapsamına girmeyen inşaat işleri için söz konusu iş birliği eyleminin, sözleşme ilişkisinin doğasından da ortaya çıktığı söylenebilir⁹³. Örneğin arsa payı

⁸⁷ Erman, BGB § 643 Rn. 3; Esser/ Weyers, s. 285.

⁸⁸ Fikentscher/ Heinemann, § 84 Rn. 1201.

⁸⁹ Esser/ Weyers, s. 285.

⁹⁰ MüKoBGB/Busche, BGB § 640 Rn. 6.

⁹¹ Nicklisch, s. 539. BİGŞ m. 4 ve YİGŞ m. 6 da iş sahibinin arsayı hazırlama ve teslim etme eylemini, bedelsiz yapacağını ifade etmektedir.

⁹² Gauch, 2011, Rn. 1331; Schwarze, s. 19; Arpacı, s. 148-149; MüKoBGB/Busche, BGB § 642 Rn.11; Eren, 2019, s. 1135; Vygen/ Jousen, s. 418 Rn. 1066; Kleine-Möller/ Merl/ Glöckner, § 2 Rn. 24; Öz, s. 114; Ünal, s. 446; Peters, s. 645; Erman, BGB § 643 Rn. 3; Staudinger, s. 115 Rn. 62; Palandt, § 642 Rn. 2; Kapellmann, s. 193; Aldemir Toprak, s. 238.

⁹³ Schwarze, s. 19; Aldemir Toprak, s. 238.

karşılığı inşaat sözleşmesinde de böylesi bir iş birliği eyleminin varlığından bahsedilmelidir. Zira arsa sahibi, arsayı, projenin koşullarına uygun bir şekilde teslim ettikten sonra yüklenici inşaaata başlayabilir.

İş sahibi, ihale öncesinde özellikle, arsanın özelliklerinin, yürütülen işin gereklerine uygun olup olmadığını tespit etmeli (SIA-Norm 118 Art. 5) ve arsayı inşaat için hazırlamalıdır (SIA-Norm 118 Art. 116). Gerçekten de iş sahibinin arsayı hazırlama ve teslimi eyleminin kapsamına, arsanın, inşaat için uygun ve kusur bulunmayan bir şekilde teslim edilmesi girer⁹⁴. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında⁹⁵, iş sahibinin arsayı eserin inşasına başlanabilmesi için öncelikle inşaaata elverişli ve ayıpsız teslim etmesi gerektiğinden bahsetmektedir. İnşaat arsasının elverişliliği, hukukî ve fiilî olarak sağlanmalı, bu elverişlilik inşaat süresince de korunmalıdır⁹⁶. Bu bağlamda, iş sahibi, arsayı inşaat projesinin özelliklerine uygun ve elverişli bir şekilde teslim emelidir. Arsa üzerinde bulunan eserin inşasına engel olan sınırlı aynı haklar sona erdirilmelidir. Örneğin, arsa üzerindeki gecekondular yıkılmalı veya elektrik, su abonelikleri iptal ettirilerek yıkıma hazır hale getirilmelidir⁹⁷. Ancak Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi ise işin meydana getirileceği arsada bulunan mevcut yapıların yıkımının, yükleniciye bırakılabileceğini düzenlemektedir (BİGŞ m. 30; YİGŞ m. 32).

İş sahibinin iş birliği eyleminin kapsamına, yüklenicinin inşaat arsasına erişimini sağlamak da dâhildir⁹⁸. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi de iş sahibi kamu tüzel kişisinin, iş için gerekli olan saha ve hizmet yollarının geçeceği yerlerin yükleniciye ücretsiz olarak teslim edileceğini ifade etmektedir (BİGŞ m. 4; YİGŞ m. 6).

⁹⁴ **Schwarze**, s. 19; **Arpacı**, s. 149.

⁹⁵ Bkz. Yarg. 15. HD. T. 22.04.2008, E. 2007/3118 K. 2008/2682 (KBİBB, 818/m. 90, 355; 1086/m. 409/5); Yarg. 15. HD. T. 02.04.2007, E. 2007/3, K. 2007/2035 (KBİBB, 818/m. 355); Yarg. 15. HD. T. 07.06.2004, E. 2003/6162, K. 2004/3152 (KBİBB) s.e.t. 10.03.2020.

⁹⁶ **Arpacı**, s. 149. Aynı yöndeki karar için bkz. Yarg. 15. HD. T. 18.04.2019, E. 2018/2944, K. 2019/1865 (KBİBB, 6098/m. 470) s.e.t. 11.03.2020.

⁹⁷ Yarg. 15. HD. T. 22.04.2008, E. 2007/3118 K. 2008/2682 (KBİBB, 818/m. 90, 355; 1086/m. 409/5) s.e.t. 10.03.2020.

⁹⁸ **Nicklisch**, s. 539.

Tarafların, iş sahibinin böylesi bir iş birliği eylemi bulunduğunu ve bunun yerine getirilme zamanını kararlaştırmalarına bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde iş sahibinin, arsayı teslim şekli, inşaata uygun olması için yapması gereken işlerin sözleşmede yer alması, ileride ortaya çıkabilecek uyumsuzlukları da en aza indirebilir.

Bazı durumlarda, arsa henüz iş sahibinin mülkiyetinde bulunmayabilir. Bu halde, iş sahibi arsanın mülkiyetini elde edip, onu inşaat için hazırlayarak teslim edebilir. Ancak yüklenicinin arsanın mülkiyetini temin etmesi de kararlaştırılabilir. Bu durumda, iş sahibinin iş birliği eylemi, yükleniciye arsayı onun adına alabilmesi için vekâlet vermektir. Aksi kararlaştırılmamışsa, arsanın bedeli, iş sahibi tarafından karşılanmalıdır. Yine arsasının temin edilebilmesi için ödenecek bedelin ve masrafların karşılanması, inşaat sözleşmesi bakımından bir iş birliği niteliğindedir.

İnşaat arsasının hazırlanması eyleminin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, doğacak sonuçlara iş sahibi katlanır. Örneğin, arsasının, inşaata uygun olmaması sonrasında ortaya çıkan ek ücret riskini, iş sahibi taşır⁹⁹. Türk Borçlar Kanunu'nda iş sahibinin bu iş birliği eylemine aykırı davranması sonucu eserin yok olması düzenlenmiştir (TBK m. 483)¹⁰⁰. Buna göre inşa eseri, iş sahibi tarafından gösterilen arsanın ayıbı sebebiyle yok olmuş ise iş sahibi, yükleniciye yapılan işin değerini ve bu kapsama girmeyen giderleri ödemelidir. Ancak bunun için yüklenici, arsanın ayıplı ve eserin gereği gibi meydana getirilmesine engel olduğunu iş sahibine bildirmelidir¹⁰¹. Sadece bu koşullarda, iş sahibinin kusuru da varsa, zararın giderilmesi de istenebilir. TBK m. 483 hükmünde, iş sahibinin yükleniciye gösterdiği arsadan bahsedilmektedir. Kanaatimizce bu hükmün kapsamına, iş sahibinin temin ettiği veya temin edilmesini istediği arsa da girmelidir.

⁹⁹ Schwarze, s. 19. Ayrıca bkz. Gauch, 2011, Rn. 1331; Aldemir Toprak, s. 238-239.

¹⁰⁰ Ayrıca TBK m. 483'e göre iş sahibinin sağladığı malzeme veya verdiği talimat sebebiyle eser yok olmuşsa, yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları iş sahibine zamanında bildirmiş olmak kaydıyla, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir.

¹⁰¹ Yüklenicinin yapacağı bu bildirim aynı zamanda iş birliği eylemidir. Bkz. aşa. IV, B, 3.

İş sahibi, inşaatın yapılacağı arsayı hazırladıktan sonra yükleniciye teslim etmelidir¹⁰². Teslim, arsa üzerindeki fiilî hâkimiyetin, onun işe başlamasına imkân tanıyacak şekilde bırakılmasıdır. İş sahibinin bu eylemini yerine getirmemesi halinde, yüklenicinin inşa eserini meydana getirmeye başlaması mümkün olmaz. Bu halde, yüklenicinin işe zamanında başlamadığı veya eseri kararlaştırılan zamanda bitiremediği gerekçesiyle temerrüde düştüğünden bahsedilemez. Aksine iş sahibi, alacaklı (TBK m. 106 vd.) veya borçlu (TBK m. 117 vd.) temerrüdüne düşürülebilir.

3. Gerekli İzin ve Onayların Alınması

İzin, bir şey yapmak için verilen veya alınan ruhsat, icazet olarak tanımlanabilir¹⁰³. Onay ise uygun bulmayı ifade etmektedir¹⁰⁴. İzin ve onay hukukumuzda, esas olarak ilgilinin başvurusu üzerine, idarenin tek taraflı irade beyanıyla yapmış olduğu işlemi ifade etmektedir. İnşaat hukuku alanında, gerek inşaata başlanabilmesi gerekse de tamamlanmasının ardından kullanılabilmesi için izin ve onaylara ihtiyaç duyulur. Örneğin, İmar Kanunu'na göre inşaat ruhsatı (İK m. 22) ve yapı kullanım izni (İK m. 30) alma görevi, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, arsa sahibine aittir. Büyük çaplı inşaatta ise söz konusu izin ve onayların kapsamı daha geniştir.

İş sahibinin, iş birliği eylemlerinin, en tipik örneklerinden biri, gerekli izin ve onayların alınmasıdır¹⁰⁵. Nitekim VOB/B § 4, BİGŞ m. 6 ve YİGŞ m. 8'e göre de iş sahibi, eserin meydana getirilmesi için gerekli izin ve onayları almakla yükümlüdür. Ancak yüklenicinin, izin ve onayları temin edeceğini

¹⁰² Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD. T. 05.05.2004, E. 2003/5372, K. 2004/2508. (KBİBB, 818/m. 81,90,106,35) s.e.t.12.03.2020.

¹⁰³ Tanım için bkz. <<https://sozluk.gov.tr>> s.e.t. 13.02.2020.

¹⁰⁴ Tanım için bkz. <<https://sozluk.gov.tr>> s.e.t. 13.02.2020.

¹⁰⁵ **Gauch**, 2011, Rn. 1331; **Schwarze**, s. 20; **Vasconcellos**, s. 94; **MüKoBGB/Busche**, BGB § 642 Rn. 11; **Nicklisch**, s. 534, 538; **Vygen/ Jousen**, s. 417 Rn. 1062; **Kleine-Möller/ Merl/ Glöckner**, § 2 Rn. 24; **Müller-Foell**, s. 88; **Eren**, 2019, s. 1135; **Staudinger**, s. 263-264 Rn. 34; **Ünal**, s. 445; **Öz**, s. 114; **Peters**, s. 645; **Palandt**, § 642 Rn. 2; **Kapellmann**, s. 193; **Aldemir Toprak**, s. 239.

kararlaştırmak mümkündür¹⁰⁶. Nitekim çoğu kez, bu izinleri alma yükümlülüğü, yükleniciye verilmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce bu durumda iş sahibi, yüklenicinin gerekli izni alması için vekâlet vererek veya diğer gerekli işlemleri¹⁰⁸ sağlayarak iş birliği eylemlerini yerine getirmelidir. Özellikle yüklenicinin, iş sahibinin ülkesinde yapacağı inşaat, buranın yabancı olduğu için hukuk düzenlemeleri hakkında bilgilendirilmelidir. Bilgi verme yükümlülüğü, söz konusu ülkenin emredici, teknik ve inşaat düzenlemelerine ilişkindir. Yine vergi ve harçlar, iş sahibi tarafından ödenmeyecekse, yüklenici bu konuda bilgilendirilmelidir¹⁰⁹.

VOB/B § 4 düzenlemesini ele alan bir görüşe¹¹⁰ göre gerekli izinlerin temin edilmesi, gerçek bir yükümlülüktür. Zira inşaat izni ve somut olayda gerekli diğer izinlerin ibrazı olmadan inşaat başlatılamaz¹¹¹. Bu sebeple, iş sahibi gerekli izin ve onayları almaz veya yüklenici tarafından alınabilmesi için gerekli vekâleti ya da gerekli diğer işlemleri yapmaktan kaçınırsa eylemin ifası talep edilebilir.

4. İnşaat Plânının Hazırlanması

Plânlama, inşaat sözleşmeleri için önemli bir yer tutar. Bu çerçevede, doğru bir plânlama ile inşaat sözleşmesindeki karmaşıklık azalır. Bunun sonucunda, süre veya maliyetten tasarruf edilir. Doktrinde¹¹² böylesine önemli

¹⁰⁶ **Schwarze**, s. 20.

¹⁰⁷ **Nicklisch**, s. 539; **Öz**, s. 148; **Aldemir Toprak**, s. 239. Bkz. Yarg. 15. HD. T. 01.07.2019, E. 2018/3907, K. 2019/3063 (KBİBB) s.e.t. 11.03.2020.

¹⁰⁸ Yargıtay incelemesine konu olmuş bir olayda, iş sahibi, harç ve masrafları ödeyerek gerekli belgeleri teslim etmediği için yüklenici, yapı kullanım iznini (iskan belgesini) alamamıştır. Bkz. Yarg. 15. HD. T. 11.02.2019, E. 2018/2784, K. 2019/532 (KBİBB, 6098/m. 470; 818/m. 355) s.e.t. 11.03.2020.

¹⁰⁹ **Nicklisch**, s. 539.

¹¹⁰ **Seçer**, s. 496.

¹¹¹ **Schwarze**, s. 102.

¹¹² Bkz. **Schwarze**, s. 20; **MüKoBGB/Busche**, BGB § 642 Rn. 11, BGB § 631 Rn. 108; **Gauch**, 2011, Rn. 1332-1333; **Nicklisch**, s. 534, 538; **Eren**, 2019, s. 1135; **Kleine-Möller/ Merl/ Glöckner**, § 2 Rn. 24; **Esser/ Weyers**, s. 285; **Ünal**, s. 445; **Spieß**, s. 120; **Peters**, s. 645;

bir yer tutan inşaat plânlarının hazırlanmasının, iş sahibinin bir iş birliği eylemi olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık, büyük inşaat sözleşmelerinde bu eylemin, yükleniciye ait olduğu kabul edilebilir¹¹³. Zira bu sözleşmelerin, birden fazla edimi uzmanlık gerektirecek şekilde içermesi ve yükümleninin, iş sahibine göre daha uzman konumda olması, bu sonucu doğurmaktadır. Ayrıca bazı durumlarda iş sahibi, inşa eserini meydana getirme görevini, tam yükleniciye bırakmaktadır. Bu halde de inşaat plânları yüklenici tarafından hazırlanmaktadır¹¹⁴. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi de projelerin iş sahibi kamu tüzel kişisi tarafından hazırlanması ve sözleşmenin imzalanması sırasında, yükleniciye teslim edilmesini öngörmektedir (BİGŞ m. 9; YİGŞ m. 11,12). Ancak ilgili yasal düzenlemelerde bu durum, emredici olarak düzenlenmemiş ve projelerin yüklenici tarafından da hazırlanabileceği ifade edilmiştir (BİGŞ m. 10; YİGŞ m. 13). SIA-Norm 118 düzenlemelerinde de aksi kararlaştırılmamışsa, plânları iş sahibinin hazırlaması gerektiğine yer verilmektedir (SIA-Norm 118 Art. 34).

İş sahibi, inşaat plânının hazırlanmasına dair iş birliği eylemini yerine getirirken, meydana getirmek istediği eserin nitelik ve özelliklerini dikkate almalıdır. Ayrıca yapmış olduğu plânlama, eserin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilmesine hizmet etmelidir. Bu sebeple, inşa eseri, öncelikle doğru ve zamanında plânlmalıdır¹¹⁵. İş sahibinin plânları vermekte gecikmesi sebebiyle, yüklenici işe zamanında başlayamaz veya devam edemezse, yüklenicinin temerrüde düştüğünden bahsedilemez (TBK m. 117 vd.).

İnşaat plânlarının yükleniciye teslimi, iş sahibinin bir eylem gerçekleştirmesini zorunlu kılar. Bu sebeple, söz konusu iş birliği eylemi, asli yükümlülüklerin yanında bağımsız bir öneme sahiptir¹¹⁶. İnşa eserinin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilmesi için plânların

Staudinger, s. 115 Rn. 62. Ayrıca bkz. **Vygen/ Jousen**, s. 413 vd. Rn. 1047 vd.; **Müller-Foell**, s. 87; **Palandt**, § 642 Rn. 2; **Kapellmann**, s. 193.

¹¹³ **Nicklisch**, s. 539.

¹¹⁴ **Gauch**, 2011, Rn. 233; **Aldemir Toprak**, s. 62.

¹¹⁵ **Kapellmann**, s. 193.

¹¹⁶ **Schwarze**, s. 102.

hazırlanması ve teslimi gerekir. Bu sebeple, inşaat plânının hazırlanması ve teslimi, kural olarak yan edim yükümlülüğü niteliğindedir.

5. İnşaat Arsanının Ölçümlemesi ve Tedarik Hatlarının İnşası

Bir inşa eserinin yapımına başlamadan önce, iş sahibi nasıl bir eser istediğini, yükleniciye tarif etmelidir¹¹⁷. Ancak bu bilgilendirme sonrasında yüklenici, söz konusu eserin meydana getirilmesinin mümkün olup olmadığını ve maliyetini iş sahibine bildirebilir. Bu bağlamda, söz konusu eserin nitelikleri, imal amacı, taşınması istenen veya istenmeyen özellikler detaylıca yükleniciye aktarılmalıdır. Bu kapsamda, iş sahibi, inşaat arsanını ölçümlemeli ve eserin sınırlarını belirlemelidir¹¹⁸. Böylelikle, inşaatın tam olarak nereye yapılacağı ve kat yüksekliği, iş birliği eylemi kapsamında tespit edilir¹¹⁹. Nitekim arsanın ölçümlemesi, SIA-Norm'da da bir iş birliği eylemi olarak yer almaktadır (SIA-Norm 118 Art. 114, 115).

Yüklenicinin eserin imaline başlayabilmesi, arsanın hazırlanması ve tesliminin yanında, eseri meydana getirmeye hizmet edecek tedarik hatlarının inşa edilmesine de bağlıdır. Doktrinde¹²⁰, tedarik hatlarının inşasının, iş sahibi için bir iş birliği eylemi olduğu düşünülmektedir. Nitekim VOB/B § 4 ve SIA-Norm 118 Art. 116 da tedarik hatlarının inşasını, iş sahibinin iş birliği eylemi olarak düzenlemektedir. Ancak kanaatimizce, tedarik hatlarının yüklenici tarafından inşa edileceğinin kararlaştırılması da mümkündür.

Tedarik hatlarının inşası kapsamında iş sahibi, yüklenicinin arsaya erişimi için bir yol ve mecra yapmalıdır¹²¹. Gerek inşaat alanı içerisindeki geçiş yolları gerekse de ana yol bağlantılarının sağlanmasının, iş sahibinin iş birliği eylemlerinin kapsamına girdiği söylenebilir. Yine inşaat çalışmaları için

¹¹⁷ Palandt, § 642 Rn. 2; Ünal, s. 445.

¹¹⁸ Aynı yönde bkz. VOB/B § 3. Kapsamlı bilgi için bkz. Schwarze, s. 21; Arpacı, s. 139; Fuchs, s. 1045; Locher/ Locher, s. 104 Rn. 201. Yan yükümlülük olduğu yönünde bkz. Schwarze, s. 102.

¹¹⁹ Arpacı, s. 139-140.

¹²⁰ Dünweber, s. 80; Gauch, 2011, Rn. 1331; Nicklisch, s. 534, 538; Müller-Foell, s. 88; Aldemir Toprak, s. 239-240.

¹²¹ Gauch, 2011, Rn. 1331. Ayrıca bkz. Schwarze, s. 23; Ünal, s. 446; Aldemir Toprak, s. 240.

gerekli olan su, ısıtma, aydınlatma ve diğer enerji bağlantıları sağlanmalıdır¹²². Zira bu tedarik hatları olmaksızın, eserin yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilmesi mümkün değildir. Ancak söz konusu eylemler yerine getirildiği takdirde, arsanın gerçek anlamda inşaata hazırlandığı söylenebilir.

6. Yüklenicinin İfaya Çağırılması

Taraflar, yüklenicinin ifaya başlama zamanını, sözleşmede kararlaştırabilirler. Bu kararlaştırma, bir tarih olabileceği gibi, belirli olgulara da bağlanabilir. Örneğin, çalışmaların yapı ruhsatı aldıktan sonraki bir ay içinde başlayacağını kararlaştırılmasında bu durum söz konusudur. Ayrıca ifaya başlama zamanı, işin niteliğinden de anlaşılabilir. Örneğin, plânlar teslim edilmeden veya iş sahibi gerekli malzemeleri sağlamadan, yüklenicinin işe başlaması mümkün değildir. Yüklenicinin işe ne zaman başlayacağını, iş sahibince belirlenmesi de istenebilir. Bu halde iş sahibi, gerekli şartlar oluştuktan sonra, ifaya başlaması için yükleniciye bildirimde bulunmalıdır. İş sahibinin söz konusu bildirim, iş birliği eylemi niteliğindedir¹²³. Nitekim, VOB/B § 5, iş sahibinin yüklenicinin edimini talep etmesine ve onu ifaya çağırması gerektiğine yer vermektedir. İş sahibi, bu talep ile yüklenicinin edimini gerçekleştirmesine imkân tanır¹²⁴.

Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında¹²⁵, yüklenicinin ifaya çağırılmasını, yan yükümlülük olarak nitelendirmektedir.

7. İşlevsellik Testlerine Katılma ve Ham Madde ile Personeli Temin Etme

Bazı büyük inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin yerine getirmiş olduğu edimlerin doğruluğu ve uygunluğu, teslim öncesinde yüklenici tarafından yapılacak işlevsellik testleri ile kanıtlanmaktadır. Özellikle, bir tesisin inşasını

¹²² Nicklisch, s. 538; Müller-Foell, s. 88.

¹²³ Fuchs, s. 72-73, s. 220-221; Arpacı, s. 133.

¹²⁴ Schwarze, s. 21.

¹²⁵ BGH, Urteil vom 30.09.1971- VII ZR 20/70 (Düsseldorf), NJW 1972, 99.

amaçlayan anahtar teslim inşaat sözleşmelerinde, işlevsellik testleri, yüklenicinin yerine getirmiş olduğu edimlerin seviyesine göre gerçekleştirilmektedir. Böylece yüklenici, söz konusu edimleri, eksiksiz bir şekilde yerine getirdiğini testler aracılığıyla kanıtlamaktadır¹²⁶. Anahtar teslim inşaat sözleşmesinde iş sahibi tesisi gözden geçirme külfetini bu testlere katılarak sağlamaktadır¹²⁷.

İşlevsellik testlerinin başarısında, iş sahibinin iş birliği eylemlerinin önemi büyüktür. İş sahibi, iş birliği eylemini, gerekli personel ve ham maddeyi test için bulundurarak gerçekleştirir¹²⁸. İşlevsellik testlerinin başarısı, bazı durumlarda iş sahibinin bu iş birliği eylemini başarılı bir şekilde yerine getirmesine bağlıdır. Kanaatimizce, iş birliği eylemi yerine getirilirken ham madde, sözleşmede kararlaştırılan nitelik ve miktarda temin edilmelidir. Personel ise testin amacına göre yeterli kalifiye ve sayıda olmalıdır. Örneğin, mekanik tamamlama testi gerçekleştirilirken, montajdan anlayan personel, tesisin kapasitesini dikkate alınarak yeterli sayıda belirlenmelidir. Tesisin deneme testinde veya kabul için yapılan performans testinde, iş sahibi, tesisi sonrasında işletecek personeli bulundurmalıdır¹²⁹. Temini istenen personelin sayısı ve nitelikleri ile ham maddeye dair özellikler, sözleşmede açıkça kararlaştırılabilir. Bir belirleme olmaması durumunda, iş sahibi söz konusu özellik ve niteliklerin yüklenici tarafından belirlenmesini veya kendisine bilgi verilmesini isteyebilir. Zira yüklenici, eseri imal eden kişidir. Dolayısıyla, yüklenici iş sahibine göre uzman kişi konumundadır. Nitekim yüklenicinin, iş sahibini bu konuda bilgilendirmesi, aynı zamanda onun iş birliği eylemini oluşturmaktadır.

¹²⁶ İşlevsellik testlerinin türleri hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Dünnweber**, s. 72; **Aldemir Toprak**, s. 150-153.

¹²⁷ **Aldemir Toprak**, s. 177.

¹²⁸ Bkz. **Dünnweber**, s. 74, 80; **Nicklisch**, s. 539; **Gauch**, 2011, Rn. 1331. Karş. **Esser/ Weyers**, s. 285; **Aldemir Toprak**, s. 240.

¹²⁹ **Nicklisch**, s. 539.

8. Yükleniciler Arasında Koordinasyonun Sağlanması

a. Genel Olarak

Bir eser imal etmek isteyen iş sahibi, eseri öncelikle kendisi meydana getirmek isteyebilir. Bu halde, inşa eserini meydana getirme görevini kapsam, kalite, süre ve maliyetleri dikkate alarak iş sahibinin kendisi gerçekleştirir. Arsayı, malî kaynakları, inşaat projesini, mühendisleri ve diğer tedarikçileri, iş sahibi temin eder. Öte yandan, eserin plânlanması ve yapımı aşamalarında, gerekli izinleri ve onayları zamanında alarak düzgün bir inşaat süreci için ihtiyaç duyulan prosedürleri yerine getirir¹³⁰. İş sahibi, kendisinin yerine getiremediği münferit işler için ise bu alanda yetkin bir yüklenici ile sözleşme imzalar. Birden fazla konuda yardıma ihtiyaç duyulursa, mühendislik, inşaat veya mekanik hizmetleri gibi alanlarda uzmanlaşmış birçok yüklenici ile sözleşme yapılır¹³¹. Bu durumda sözleşmeler, iş sahibinin koordinasyonunda gerçekleşir. Her bir yüklenicinin görevini tamamlamasıyla, inşa eseri ortaya çıkar¹³². İş sahibi, yükleniciler arasındaki koordinasyondan ve yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmemesinden sorumlu olur. Ayrıca bütün projenin başarı riski de iş sahibinin üzerindedir¹³³. Örneğin eserin önceki yüklenicinin çalışması sebebiyle ayıplı ortaya çıkmışsa, sonraki yüklenicinin bu ayıptan sorumlu tutulmaması gerekir. Ancak sonraki yüklenicinin TBK m. 476'a göre sorumluluktan kurtulabilmesi için ayıbın varlığını iş sahibine bildirmesi gerekmektedir. Yüklenicinin bilmesinin mümkün olmadığı ayıpları ise iş sahibine bildirmesi beklenmemelidir¹³⁴. İş

¹³⁰ **Bauer**, s. 24-25. Aynı yönde bkz. **Krumm, Hein** (1987) *Anlagenverträge im Osthandel: Probleme beim Abschluß von Anlagenverträgen mit Partnern aus den Staatshandelsländern des RGW*, Abhandlungen zum Recht der Internationalen Wirtschaft, Band 5, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, s. 19; **Aldemir Toprak**, s. 31.

¹³¹ **Martinek**, s. 243; **Dünnweber**, s. 6; **Bauer**, s. 25; **Krumm**, s. 19-20; **Hautkappe, Bernhard** (1986) *Unternehmereinsatzform im Industriebau*, Abhandlungen zum Recht der Internationalen Wirtschaft Band 1, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, s. 26 vd.

¹³² **Martinek**, s. 243; **Dünnweber**, s. 6; **Hautkappe**, s. 26.

¹³³ **Martinek**, s. 243; **Bauer**, s. 25; **Dayınlı**, s. 34; **Hautkappe**, s. 27; **Krumm**, s. 19-20, 23.

¹³⁴ **Seçer, Öz** (2016) "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, C: 11, S: 145-146, s. 727-754, s. 750.

sahibi, yerine getirmesi gereken koordinasyon görevini gerçekleştirmek istemezse, müşavir mühendis ile anlaşabilir. Müşavir mühendis, eserin meydana getirilmesi için gerekli olan plânlama, koordinasyon ve denetim işlerini yerine getirir¹³⁵. Neticede iş sahibi, farklı yüklenicilerin, finansman kurumlarının, danışmanların katıldığı çok sayıda sözleşme ile istediği eseri meydana getirmiş olur.

İş sahibi, eserin inşası için birden çok yüklenici ile anlaştığı durumlarda, bu yükleniciler arasındaki koordinasyonu sağlamalıdır. İş sahibinin söz konusu koordinasyonu sağlaması, bir iş birliği eylemidir¹³⁶. SIA-Norm 118'e göre de iş sahibi, inşaatta yer alan tüm yüklenicilerin çalışmalarını zamanında koordine eder (SIA-Norm 118 Art. 34). Bu koordinasyon, inşa eserinin meydana getirilmesinde büyük önem arz eder. Koordinasyonun sağlanmasında yaşanan bir gecikme veya aksama, birçok sorunu beraberinde getirebilir. Örneğin, eserin meydana getirilmesinde yer alan ön yüklenicinin gecikmesi, sonraki yükleniciyi de geciktirirse, iş sahibi alacaklı temerrüdüne (TBK m. 106 vd.) düşer¹³⁷. Ayrıca bu koordinasyondaki her bir aksama süre ve maliyet bakımından olumsuz sonuçlara yol açar.

İş sahibinin koordinasyonunun kapsamına, yüklenicilerin çalışmalarının alan, zaman ve teknik yönden koordine edilmesi de girer. Yüklenicilerin ifalarının zaman yönünden koordinesi için çizelge oluşturulabilir. Bu şekilde, eserin gereği gibi inşası için edimler, önceliklerine göre sıralanır. Ancak bazı durumlarda, yüklenicilerin işin doğası gereği, aynı alanda hizmet vermesi gerekebilir. Bu halde, birlikte çalışma için gerekli ayarlamalar yapılmalıdır. Nitekim, VOB/B § 4'e göre de iş sahibi, genel düzenin korunması için birden fazla yüklenicinin şantiyede ortak çalışmasını

¹³⁵ Martinek, s. 243; Dünnweber, s. 6; Krumm, s. 23; Dayınlarlı, Kemal (1998) İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., s. 136-138.

¹³⁶ Peters, s. 644; Ünal, s. 446; Palandt, § 642 Rn. 4; Kapellmann, s. 193; Gauch, 2011, Rn. 1332-1333; MüKoBGB/Busche, BGB § 631 Rn. 108; Nicklisch, s. 533-534; Locher/ Locher, s. 105 Rn. 204.

¹³⁷ Koller, Art. 366 Rn. 777; Seçer, s. 496; Öz, s. 43-44.

düzenlemekle yükümlüdür. Teknik yönden koordinasyon ise tesisat, elektrik ve su ihtiyaçlarının temin edilmesi şeklinde anlaşılmalıdır¹³⁸.

b. Denetleme ve Talimat Verme Hakkı

Koordinasyon hakkı, iş sahibine inşaat işlerinin sorunsuz işleyebilmesi için gerekli olan talimatları verme yetkisi tanır. Talimat verme ve denetleme hakkı, bir bütünlük içerisindedir. Bu bağlamda, koordinasyon eyleminin gerçekleştirilmesi için yardımcı araç olarak iş sahibi, gözlem yapma ve talimat verme hakkına sahiptir (VOB/B § 4)¹³⁹.

İş sahibinin denetim yapması, inşa eserinin karmaşıklığı sebebiyle, sonradan tespiti mümkün olmayan ayıpların, erkenden belirlenmesine hizmet eder. Denetleme hakkının bir sonucu olarak iş sahibi, şantiyeye giriş hakkına sahiptir. İş sahibi, sözleşmede yer alan edimin kısmen dahi ifa edildiği atölye, iş yeri ve depolara giriş yapabilir. Bu giriş hakkı, dürüstlük kuralları ile sınırlanır¹⁴⁰. Diğer bir anlatımla, iş sahibi söz konusu yerlerdeki denetlemelerde bu hakkını kötüye kullanmamalıdır (TMK m. 2). İş sahibi, inşaat için kullanılan teknik resimleri veya diğer ifa belgelerini, para karşılığı verilen iş belgeleri olmadığı sürece, yükleniciden talep edebilir. Bu belgeleri talep hakkı, denetleme hakkının amacıyla sınırlıdır¹⁴¹.

İş sahibi, koordinasyon kapsamında yüklenicilere talimat verebilir. Ancak sadece yüklenicinin edim yükümlülüklerine ilişkin olarak talimat verilmesi de mümkündür¹⁴². Örneğin, hafriyat işini yapacak olan yükleniciye, montaj ile ilgili talimat verilemez. İş sahibi, talimatını yükleniciye sözlü veya yazılı bir şekilde iletebilir. Önemle belirtilmelidir ki, talimatın yazılı olması ilerde ortaya çıkabilecek ispat sorunlarını en aza indirebileceği için tercih edilmelidir. İş sahibinin talimatlarının kendisi veya temsilcisi tarafından iletilmesinde de bir sakınca bulunmamaktadır¹⁴³. Bu anlamda, talimatları iş sahibinin yetkili yardımcıları veya müşavir mühendis verebilir. Ancak somut

¹³⁸ Arpacı, s. 141.

¹³⁹ Bkz. Locher/ Locher, s. 104 Rn. 203; Schwarze, s. 22. Karş. SIA-Norm 118 Art. 34.

¹⁴⁰ Schwarze, s. 23-24.

¹⁴¹ Schwarze, s. 24.

¹⁴² Schwarze, s. 25.

¹⁴³ Arpacı, s. 143.

olayda, talimatın niteliğine göre alt yüklenici veya ifa yardımcısına değil, yüklenicinin bizzat kendisine yapılması gerekebilir.

B. YÜKLENİCİNİN İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİ

1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde esas itibarıyla, iş sahibi, iş birliği eylemlerinde bulunmayı üstlenmektedir. Ancak yüklenicinin yerine getirmediği takdirde, eserin inşasının sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde gerçekleşmeyeceği bazı eylemleri de mevcuttur. İnşaat sözleşmelerinde iş birliği de tek tarafın eylemlerine bağlı olmayıp iki tarafın birlikte çalışmasını ifade eder. Yüklenicinin iş birliği eylemleri, her ne kadar iş sahibinkiler kadar kapsamlı olmasa da kanaatimizce onunkilerle iç içe geçmiş vaziyettedir. Ayrıca her somut olayda, yüklenicinin sahip olduğu iş birliği eylemleri, farklılık arz edebilir.

Yüklenicinin iş birliği eylemleri, esas itibarıyla iş sahibinin iş birliği eylemlerinin karşılığını oluşturur. Bu bağlamda, yüklenici, iş sahibinin denetleme yapmasına, müsamaha göstermelidir. Aynı şekilde, iş sahibinin talimatlarını gerçekleştirmek yüklenicinin bir iş birliği edimidir. Bazı durumlarda iş sahibi, malzeme, doküman, depo, cadde ve bağlantıları veya tedarik hatlarını yükleniciye temin eder¹⁴⁴. Bu durumda, yüklenicinin, iş sahibinin kendisine bıraktığı mallarını özenli bir şekilde kullanması ve onları koruması gerekir. Nitekim, bu iş birliği eylemi, VOB/B'de açıkça düzenlenmektedir (VOB/B § 8)¹⁴⁵. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi ise yükleniciye iş sahibi tarafından kendisine bırakılan kazıkları koruma zorunluluğu getirmektedir (BİGŞ, m. 4; YİGŞ m. 6). BİGŞ m. 7 ve YİGŞ m. 9 düzenlemelerinde, malzeme, araç gereç, iş ve hizmet makineleri ile yapılan işin bütün kısımlarının yüklenici tarafından sigorta ettirilmesi gerekliliğine yer verilmiştir. Yüklenicinin sigortası, deprem, yangın veya hırsızlık gibi olayları içerebilir. Ancak esasen bu risklerin kapsamını iş sahibi belirlemektedir.

¹⁴⁴ Kapsamlı bilgi için bkz. yuk. IV, A, 5.

¹⁴⁵ Schwarze, s. 30, 43. Karş. SIA-Norm 118 Art. 103.

2. İş Sahibi Tarafından Hazırlanan Dokümanları İnceleme

Yüklenici, iş birliği eylemleri kapsamında, ihale öncesinde iş sahibi tarafından hazırlanan yükümlülük listesini ve ihale dokümanlarını kontrol etmelidir¹⁴⁶. İş sahibinin hazırlamış olduğu yükümlülük listesinin, meydana getirmek istediği esere uygun olup olmadığını incelemeli, bir eksiklik veya hata tespit edilmişse bu husus bildirilmelidir. Zira inşa eserinin meydana getirilmesinde, yüklenici iş sahibine nazaran uzman kişi konumundadır. VOB/B § 3 ile de yükleniciye, iş sahibi tarafından kendisine verilen belgeleri kontrol etme ve onu uyarma zorunluluğu getirilmektedir. Bu kontrol yükümlülüğü ile inşa eserinin iş sahibinin belgelerindeki uyumsuzluklar sebebiyle ayıplı veya projenin uygulanamaz olmasının önüne geçmek amaçlanmaktadır. Ayrıca böylelikle, ortaya çıkabilecek ayıp ve bozukluklar, yapım öncesinde bilinebilir ve keza gecikmeler de engellenebilir. Yüklenici bu incelemesini, sözleşmeden veya bilinen teknoloji kurallarından sapmaları belirlemek için yapmalıdır. Söz konusu bu inceleme, dikkatli ve özenli bir muayene ile sınırlıdır. Belirtmek gerekir ki, yüklenicinin inceleme yükümlülüğü, iş sahibinin hatalı belge sunması nedeniyle, öncelikli olarak sorumlu olduğu gerçeğini değiştirmez. Ayrıca yüklenicinin inceleme zorunluluğu, daha önce deneyimlemediği, yeni bir teknik sistemin inşasında daha sınırlıdır¹⁴⁷.

3. İş Sahibini Bilgilendirme

İş sahibini bilgilendirmek, inşaat sözleşmesinin yükleniciye yüklediği iş birliği eylemlerinden biridir. Bilgi paylaşımı ile inşa eserinin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilmesi sağlanır. Bu eylemin, hangi kapsamda ve şekilde olacağı, somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir. Ancak bu kapsam ve sınırı belirlerken dürüstlük kuralı (TMK m. 2) dikkate alınmalıdır¹⁴⁸. İş sahibinin bildiğini düşündüğü ve bunda haklı olduğu durumlarda, yükleniciden iş sahibiyle bilgi paylaşması beklenmemelidir.

¹⁴⁶ Fuchs, s. 184; Schwarze, s. 29. Aynı yönde bkz. VOB/B § 3.

¹⁴⁷ Schwarze, s. 31- 32.

¹⁴⁸ Fuchs, s. 181-182.

Ayrıca iş sahibinin bilgilendirilmesi, eserin imali ile ilgili olmalı ve yüklenicinin uzmanlık alanında bulunmalıdır.

Yüklenici, iş sahibini teslim etmiş olduğu dokümanlardaki çelişkiler, beklediği veya tespit ettiği ayıplar konusunda bilgilendirmelidir. Bilgi verme gerekliliği, bir görüşe göre sözleşmeden doğmaktadır¹⁴⁹. Ancak inşaat sözleşmesinde yüklenicinin genel bildirim yükümlülüğünün TBK m. 473'ten kaynakladığı da ifade edilmektedir. Buna göre söz konusu hüküm olmasaydı dahi dürüstlük kuralı gereğince yüklenici, iş sahibini bilgilendirmekle yükümlü olurdu¹⁵⁰. Bilgi verme zorunluluğunun görüldüğü alanlardan bir diğeri, ek iş yapılması durumudur. Öyle ki, iş sahibi kanuna¹⁵¹ veya sözleşmeye dayalı olarak tek taraflı irade beyanıyla, ek iş yapılması talimatını verebilir. Yüklenici ise yapmış olduğu ek iş karşılığında, ek ücret ödemesini talep edebilir. İş sahibi, ek iş talebinde bulunduğu takdirde, yüklenici edimin ifasına başlamadan önce onu, ortaya çıkacak ek ücret konusunda bilgilendirmelidir¹⁵². Kanaatimizce aynı durum, iş değişiklikleri için de geçerli olmalı, yüklenici, iş sahibini iş değişikliği sonrası ortaya çıkan ek ücret konusunda bilgilendirmelidir¹⁵³.

Yüklenici, iş sahibinin talimatlarına karşı endişe ve kaygılarını ifade etmelidir¹⁵⁴. Burada yükleniciden, iş sahibinin talimatını bilimsel olarak ispatlanmış gerekçelerle çürütmesi beklenemez. Kanaatimizce yüklenicinin, kendisinden beklenen uzmanlıkla ve iş sahibinin anlayacağı şekilde, kaygı veya endişelerini gerekçeli olarak açıklanması yeterlidir. Yoksa kesin, ispatlanmış

¹⁴⁹ Fuchs, s. 184.

¹⁵⁰ Seçer (2016), s. 728-729.

¹⁵¹ Türk Borçlar Kanunu'nda iş sahibine, iş değişikliği yapma ve ek iş verme hakkı tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda, sözleşme bedelinin aşılması ve iş sahibi kamu tüzel kişileri ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabileceği düzenlenmektedir. Ancak değişiklik yapma hakkı, sınırsız değildir (KİSK m. 15). Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde iş sahibine tek taraflı değişiklik yapma hakkı tanınmaktadır (YİGŞ m. 13).

¹⁵² Fuchs, s. 188. Ayrıca bkz. Gökyayla, Emre (2009) Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 166-167

¹⁵³ Konu hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Gökyayla, s. 166-167.

¹⁵⁴ Schwarze, s. 32; Fuchs, s. 185. Aynı yönde bkz. VOB/B § 4.

delillere ihtiyaç duyulmamalıdır. İş sahibinden beklenen ise bu kaygı üzerine talimatını gözden geçirmesidir. Yüklenici, iş sahibinin talimatını, yasal düzenlemelere karşı gelmediği sürece yerine getirmelidir. Ancak iş sahibinin talimatı ile edimin sözleşmeye göre ifası arasında, bağlantı bulunmazsa veya talimat, dürüstlük kuralına uygun değilse, yüklenici, söz konusu talimatı yerine getirmekten kaçınabilir. Örneğin, teknik kurallara aykırı bir talimat verilmişse, yüklenici, bunu yerine getirmek zorunda değildir¹⁵⁵. Bu bağlamda, İmar Kanunu'na veya diğer emredici inşaat düzenlemelerine aykırı talimatları yerine getirmesi yükleniciden beklenemez.

Bazı durumlarda yüklenici, iş sahibinden kaynaklanan bir nedenden veya mücbir sebepten dolayı, eserin inşasını belirlenen zamanda bitiremeyecek olabilir¹⁵⁶. Yüklenici, iş sahibini duruma ilişkin derhal bilgilendirmelidir¹⁵⁷. Ancak Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi, bu halde yükleniciden süre uzatmaya yol açan sebebin ortaya çıkmasından itibaren on gün içinde, olayın ayrıntılarını, sonuçlarını ve gerekli olan ek süre miktarını bildirmesini beklemektedir. Ancak iş sahibi kamu tüzel kişinin iş birliği eylemlerine aykırı davranması sebebiyle ek süreye ihtiyaç duyulmuşsa, bildirim on gün içinde yapılması aranmamaktadır (BİĞŞ m. 27; YİĞŞ m. 30). Yine eserin inşa edileceği arsada bulunan değerli eşya hakkında, iş sahibi derhal bilgilendirilmeli, yetkililer tarafından teslim alınıncaya kadar da bu eşya muhafaza edilmelidir (BİĞŞ m. 31; YİĞŞ m. 33).

4. Diğer Yüklenicilerle İş Birliği Yapma

Bir inşa eserinin meydana getirilmesinde, birden çok yüklenicinin görev aldığı durumlarda, her birinin gerçekleştireceği ortak çalışma ile inşa eseri ortaya çıkar. Bazen yükleniciler arasında *joint venture* veya konsorsiyum gibi bir hukukî ilişki bulunur. Bu gibi hallerde yükleniciler birlikte çalışmakla

¹⁵⁵ Schwarze, s. 24-25.

¹⁵⁶ İş sahibinden kaynaklanan nedenler için bkz. Kurt, Leyla Müjde (2011) "Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı", BATİDER 2011, C: XXVII, S: 1, s. 157-206, s. 167 vd.

¹⁵⁷ Kurt, s. 197.

yükümlü olurlar. Ancak bazı hallerde yükleniciler bir eser meydana getirmeyi birlikte üstlenmemektedirler. Bu halde, yüklenicilerden her bir yüklenici ile iş sahibi arasında birbirinden bağımsız sözleşme ilişkisi bulunur. Dolayısıyla, yükleniciler arasında iş birliği yapmalarını gerektiren bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan yüklenicilerin ise iş birliği yapması oldukça zordur. Zira yüklenicileri buna zorlayacak bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁵⁸. Ancak böyle bir durumda dahi yükleniciler arasında ortak bir amaç vardır. Bu amaç, yalnız eserin inşa edilmesidir. Bu amaç birlikteliği, yüklenicileri karşılıklı talep ve iş birliği ile yükümlü kılar. OLG Braunschweig vermiş olduğu bir kararında¹⁵⁹, bazı durumlarda yükleniciler arasında böyle bir amaç birlikteliğinin olduğunu, kabul etmektedir. Buna göre yüklenicilerin hiçbiri, eseri veya ayrılabilir kısmını tek başına inşa edebilecek durumda değilse, aralarında amaç birlikteliğinin varlığı kabul edilir. Yine yüklenici, birlikte çalışması gerektiğini bilerek işi almışsa, aynı sonuca varılır. Gerçekten de birden fazla yüklenicinin, bir eserin inşası ile görevlendirildiği hallerde, hepsinin ortak amacı, inşa eserinin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde, zamanında ve ayıpsız bir şekilde imalidir. Ancak yüklenicilerin iş birliği yapmaktan veya iş sahibinin koordinasyon eylemlerinden kaçınmaları ya da buna aykırı davranışları halinde, eserin sözleşmeye göre inşa edildiğinden bahsedilemez. Bu sebeple, birden fazla yüklenicinin inşa eserinin meydana getirilmesini üstlendiği inşaat projelerinde, yüklenicilerin birbirleriyle iş birliği yapması bir iş birliği eylemi olarak nitelendirilmelidir. Bu halde iş birliği eylemi, sözleşmede yer almasa dahi, taraflar arasındaki amaç birlikteliğinin doğasından ortaya çıkmaktadır.

V. İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

İnşaat sözleşmesinde, iş birliği eylemi hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği takdirde, diğer tarafın haklarının neler olacağı sorusu ortaya

¹⁵⁸ Schwarze, s. 44.

¹⁵⁹ Bkz. BGH, Urteil vom 30.09.1969- VI ZR 254/67 (Braunschweig), NJW 1970, 38. Kapsamlı bilgi için bkz. Schwarze, s. 45-46.

çıkarm. Bu çerçevede, iş birliği eyleminin ifasının istenip istenemeyeceği veya bunun ekonomik etkileri belirlenmelidir.

Taraflar, iş birliği eylemlerinin ihlâli halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini belirlemiş olabilirler. Bu durumda, tarafların yapmış oldukları düzenlemeler uygulanır. Örneğin, birlikte çalışmayı sağlayan bu eylemlerin yerine getirilmesini temin etmek için sözleşmede ceza koşuşuna yer verebilirler¹⁶⁰. Ayrıca söz konusu eylemlerin, masrafı iş birliği sahibine ait olmak üzere, diğer taraf veya üçüncü bir kişi tarafından yerine getirileceği de kararlaştırılmış olabilir.

Yüklenici iş sahibinin iş birliği eylemlerini gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle, eserin meydana getirilmesi edimini ifade gecikirse, makul bir süre uzatımı isteyebilir¹⁶¹. Örneğin, iş sahibi, arsayı zamanında ayıpsız ve inşaata elverişli bir şekilde teslim etmediği veya gerekli izin ya da onayları almadığı için yüklenici işe geç başlamak zorunda kalabilir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde de arsanın tesliminde yaşanan gecikme sebebiyle yüklenicinin işi kararlaştırılan sürede bitiremeyeceğinin anlaşıldığı hallerde, süre verilmesi gerektiği düzenlenmiştir (BİĞŞ m. 4; YİĞŞ m.6) Ayrıca iş sahibinin işlevsellik testlerine hiç katılmaması veya ham madde ya da personel temin etmekten kaçınması sebebiyle eser teste alınmamış veyahut teslim edilmemiş olabilir. Tüm bu durumlarda yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan zamanda eseri teslim edememiş olsa da borçlu temerrüdüne (TBK m. 117 vd.) düşmemektedir. Zira söz konusu gecikme kadar bir süre, yüklenicinin ifa süresine eklenmektedir. Öte yandan, iş sahibinin iş birliği eylemlerini ihlâli haline bağlı olarak eser ayıplı bir şekilde meydana getirilmişse, iş sahibi ayıba bağlı hakları (TBK m. 475) kullanamaz¹⁶².

İş birliği yapmakla görevli olan tarafın, bu eylemi hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle diğer taraf, masraf yapmak zorunda kalabilir. Örneğin, iş sahibi, yüklenicinin personeli için kalacak yer ayarlaması

¹⁶⁰ Nicklisch, s. 543.

¹⁶¹ Aynı yönde bkz. Koller, Art. 366 Rn. 765; Seçer, s. 498.

¹⁶² Nicklisch, s. 542.

gerekirken bunu yapmamış olabilir. Ayrıca koordinasyon eksikliğinden dolayı, işine vaktinde başlayamayan yüklenicinin, daha fazla masraf yapması mümkündür. Söz konusu hallerin tamamında iş sahibi, yüklenicinin yapmış olduğu ek maliyetleri karşılamalıdır¹⁶³. Ancak bu taleplerin hukukî niteliği, iş birliği eyleminin hukukî niteliğinin yükümlülük veya külfet olarak belirlenmesine bağlıdır¹⁶⁴.

İş sahibi, iş birliği eylemlerini kesin bir dille yerine getirmek istemediğini ifade ederse, bu irade beyanı tazminat karşılığı fesih olarak değerlendirilebilir (TBK m. 484)¹⁶⁵. Ancak bu halde somut olayın şartları incelenmelidir. İş sahibinin iş birliği eylemini yerine getirmeyerek sözleşmeyi tek taraflı irade beyanıyla haklı sebeple sona erdirmek istediği sonucuna ulaşırsa, temerrüt hükümleri (TBK m. 106 vd., 117 vd.) uygulanmaz. Aksine, TBK m. 484 hükmü uygulama alanı bulur. Buna göre iş sahibi, yapılmış olan kısmın karşılığını vermeli ve yüklenicinin bütün zararını gidermelidir¹⁶⁶. Örneğin, iş sahibinin yükleniciyi ifaya çağırması ve onun arsaya girmesini engellemesi bu şekildedir. Ayrıca yüklenicinin işe başlaması için gerekli izin ve onayı temin etmemesi, yüklenicinin alması için vekâletini vermekten kaçınması hükmün kapsamına girebilir. Ancak somut olayda iş sahibinin yerine getireceği iş birliği eylemi basit bir katkıdan ibaret olabilir. Bu katkı, bütün inşaat projesi ile kıyaslandığında, önemsiz olarak addolunabilir. Bu durumda, iş sahibinin iş birliği edimini yerine getirmemesini tazminat

¹⁶³ **Gauch**, s. 24; **Gauch**, 2011, Rn. 1336; **Nicklisch**, s. 542; **Seçer**, s. 500; **Ünal**, s. 452; **Koller**, Art. 366 Rn. 766. Ayrıca bkz. **MüKoBGB/Busche**, BGB § 642 Rn. 16-17; **Vygen/ Jousen**, s. 992 Rn. 2716; **Kleine-Möller/ Merl/ Glöckner**, § 11 Rn. 19; **Fuchs**, s. 126; **Müller-Foell**, s. 130; **Erman**, BGB § 643 Rn. 5; **Spiess**, s. 120; **Larenz**, 1986, s. 370.

¹⁶⁴ Bkz. yükümlülük olan iş birliği eylemleri için aşa. V, B ve külfet olan iş birliği eylemleri için aşa. V, C.

¹⁶⁵ **Nicklisch**, s. 542; **Ünal**, s. 453; **Öz**, s. 114. Karş. **Esser/ Weyers**, s. 285. Eser sözleşmesi, iş sahibi tarafından örtülü irade beyanıyla sona erdirilebilir. Bkz. **Seçer, Öz** (2020) Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 104-105.

¹⁶⁶ Bu durumda iş sahibinin ödeyeceği tazminatın hesaplanması için doktrin ve uygulamada iki yöntem bulunmaktadır. Bunlar toplama ve çıkarma (menfi) yöntemleridir. Bu yöntemler hakkında kapsamlı bilgi için bkz. **Eren** (2019), s. 698 vd.; **Seçer** (2020), s. 335 vd.

karşılığı fesih olarak yorumlamamak gerekir¹⁶⁷. Örneğin, bütün iş birliği eylemlerini ve diğer borçlarını yerine getiren iş sahibinin, işlevsellik testleri için getirmesi gereken ham maddeleri temin etmemesi bu niteliktedir.

Alman Medenî Kanunu'nda, iş sahibinin iş birliği eylemlerini yerine getirmemesinin sonuçları, açık bir hükümle düzenleme altına alınmıştır. Bu çerçevede BGB § 642 hükmünde, gerekli iş birliği eylemleri yerine getirilmemişse, yüklenicinin uygun bir karşılık talep edebileceği düzenlenmiş ve alacaklı temerrüdü hükümlerine atıfta bulunulmuştur. BGB § 643 hükmünde ise yükleniciye sözleşmeyi sona erdirme hakkı verilmiştir. Ancak bunun için yüklenici, öncelikle iş sahibine iş birliği eylemini yerine getirmesi için uygun bir süre vermelidir. Süre sonunda, iş birliği eylemleri yerine getirilmediği takdirde, yüklenicinin sözleşmeyi feshedebileceği belirtilmektedir. Bu halde, sözleşme ileriye etkili (*ex nunc*) bir şekilde sona erer. İş sahibi, eserin tamamlanan kısmı için uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür (BGB § 643)¹⁶⁸. Görüldüğü üzere, yükleniciye iş sahibini ifaya zorlama hakkı verilmemiştir¹⁶⁹. Hukukumuzda ise iş birliği eyleminin yükümlülük veya külfet olarak nitelendirilmesine bağlı olarak uygulanacak kurallar ve tarafların sahip olacağı haklar farklılık arz etmektedir.

B. YÜKÜMLÜLÜK OLAN İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Somut olayın şartları değerlendirildiğinde, iş sahibinin iş birliği eyleminin yükümlülük olduğu sonucuna varılabilir. Özellikle, yüklenicinin, iş sahibinin iş birliği eylemi olmaksızın edimini ifa edemeyeceği ve eserin meydana getirilmesinde menfaatinin olduğu büyük inşaat sözleşmelerinde durum böyledir. Bu hallerde, iş sahibi iş birliği eylemine aykırı davranırsa, yüklenici, iş sahibini borçlu temerrüdüne düşürebilir ve kanunun kendisine verdiği hakları kullanabilir (TBK m. 125). Ancak bunun için TBK m. 117'de

¹⁶⁷ Ünal, s. 453.

¹⁶⁸ Kapsamlı bilgi için bkz. **MüKoBGB/Busche**, BGB § 643 Rn. 3; **Erman**, BGB § 643 Rn. 1 vd.

¹⁶⁹ Böyle bir zorlamanın olmaması, doktrin tarafından iş birliği eylemlerinin külfet olarak yorumlanmasına yol açmaktadır. Bkz. **Arpacı**, s. 167.

aranan şartların gerçekleşmiş olması gerekir¹⁷⁰. Buna göre iş birliği eyleminin ifasının mümkün ve muaccel olması, ancak buna rağmen eylemin yerine getirilmemesi gerekir. Bu bağlamda, inşaatın meydana getirmeye yeni başladığı durumlarda, iş sahibinin yapı kullanım izin belgesini (iskan belgesini) almadığından yola çıkarak temerrüt hükümlerinin uygulanması düşünülemez. Zira inşaat henüz tamamlanmamış gerekli şartlar oluşmamıştır. Öte yandan, yüklenici, iş sahibine iş birliği eylemini yerine getirmesi için ihtar yapmalıdır. İhtar yerine geçen (TBK m. 117/2) veya ihtara gerek olmayan bir durum söz konusuysa, ihtarın yapılmış olması aranmaz. İş sahibi veya yüklenici, eylemi kabule hazır olup bundan kaçınma hakkı bulunmadığı takdirde, borçlu temerrüdüne düştüğünden bahsedilebilir. İş sahibi veya yüklenicinin, iş birliği eylemini yerine getirmede kusurlu olup olmadığı ise, onun bu yükümlülük bakımından temerrüde düşmüş sayılmasında önem arz etmez.

Taraflardan birinin iş birliği eylemini yerine getirmeyerek borçlu temerrüdüne düşülmüş olması, diğerinin artık ifa talep edemeyeceği anlamına gelmez. İfası mümkün olduğu sürece, iş birliği eyleminin yerine getirilmesi talep edilebilir¹⁷¹. Tarafların iş birliği eylemini yerine getirmemede kusuru bulunmaktaysa, aynen ifanın yanında gecikme tazminatının ödenmesi talep edilebilir (TBK m. 125/1). Taraf, söz konusu talepler yerine uğramış olduğu zararın giderilmesini isteyebilir ve sözleşmeden dönebilir (TBK m. 125/2). Yine, sözleşmeden dönerek menfi zararın giderilmesi talep edilebilir (TBK m. 125/3). Ancak bu hakların kullanabilmesi, TBK m. 124'te yer alan hallerden birinin bulunmadığı hallerde iş birliği eyleminin ifası için süre verilmesine bağlıdır. Mehil ile birlikte söz konusu iş birliği eylemi yerine getirilmediği takdirde TBK m. 125'te yer alan haklardan hangisinin kullanılacağı bildirilmelidir. Yükümlülük olan iş birliği eylemlerini, külfet olanlardan ayıran özelliklerden biri ise tazminat talep edilebilmesidir¹⁷².

¹⁷⁰ Kapsamlı bilgi için bkz. **Eren**, 2019, s. 1224 vd.; **Seçer**, s. 489 vd.; **Aldemir Toprak**, s. 161 vd.

¹⁷¹ **Spiess**, s. 121.

¹⁷² **Larenz**, 1987, s. 390; **Kapellmann**, s. 197.

C. KÜLFET OLAN İŞ BİRLİĞİ EYLEMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Somut olayın şartları incelendiğinde, iş birliği eyleminin külfet niteliğinde olduğu sonucuna varılıyorsa, alacaklı temerrüdü hükümleri (TBK m. 106 vd.) uygulanmalıdır. İş birliği eylemini yerine getirmeyen tarafın, alacaklı temerrüdüne düşürülebilmesi için edimin, gereği gibi önerilmiş; ancak haklı bir sebep olmaksızın kabulden kaçınılmış olunması gerekir¹⁷³. Yerine getirilmeyen iş birliği eyleminin ifası talep edilemez¹⁷⁴. İş birliği eyleminin ihmali yoluyla, inşa eserinin meydana getirilmesinin engellenmesi, aksi kararlaştırılmadığı sürece tazminat talep etme hakkı vermez. Bu hukuki durum, iş birliği eylemlerinin külfet olduğu tespitine uygundur¹⁷⁵.

Alman Hukukunda da gerek VOB/B § 6 gerekse de BGB § 642 düzenlemesi, yüklenicinin tazminat talep edemeyeceğini düzenlemektedir. Nitekim doktrinde¹⁷⁶ de külfete aykırılık halinde tazminat talep edilemeyeceği ifade edilmektedir. BGB § 642 düzenlemesine göre iş birliği eylemi yerine getirilmediği takdirde, yalnız uygun bir bedelin ödenmesi talep edilebilir¹⁷⁷. Bu talep, iş sahibinin kusurundan bağımsızdır¹⁷⁸. Belirtmek gerekir ki, fazla ücret talebi yüklenicinin olası tazminat talebinden farklıdır¹⁷⁹. Türk ve İsviçre Hukukunda ise uygun bir bedel ödenmesini içeren açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe¹⁸⁰ göre kanunda bu

¹⁷³ Kapsamlı bilgi için bkz. **Eren**, 2019, s. 1338 vd.; **Ünal**, s. 451; **Seçer**, s. 493 vd.

¹⁷⁴ **Kapellmann**, s. 193; **Spiess**, s. 121; **Seçer**, s. 500; **Peters**, s. 643; **Stassen/ Grams**, s. 947; **Locher/ Locher**, s. 60 Rn. 133.

¹⁷⁵ **Gauch**, s. 25; **Kapellmann**, s. 193; **Seçer**, s. 500; **Eren**, 2019, s. 1137; **Fuchs**, s. 92; **Arpacı**, s. 73; **Erman**, BGB § 643 Rn. 8; **Larenz**, 1986, s. 370; **Larenz**, 1987, s. 390; **Staudinger**, s. 115 Rn. 62; **Peters**, s. 643.

¹⁷⁶ **Arpacı**, s. 73; **Erman**, BGB § 643 Rn. 8; **Larenz**, 1986, s. 370; **Larenz**, 1987, s. 390; **Staudinger**, s. 115 Rn. 62.

¹⁷⁷ Kapsamlı bilgi için bkz. **Kapellmann**, s. 193. İş sahibi, külfet olan iş birliği eylemlerini yerine getirmekten kesin bir şekilde kaçındığında, yüklenicinin hakları BGB § 642, 643 ve 645 ile sınırlı değildir. Bkz. BGH, Urteil vom 16.05.1968- VII ZR 40/66 (Celle), NJW 1968, 1873.

¹⁷⁸ BGH, Urteil vom 21.10.1999- VII ZR 185/98 (München), NJW 2000, 1336.

¹⁷⁹ **Gauch**, s. 24

¹⁸⁰ **Gauch**, s. 24.

hususla bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluk ise TMK m.1 uyarınca, hâkimin hukuk yaratması suretiyle doldurulur. Buna göre, aksi kararlaştırılmamışsa, alacaklı temerrüdüne dayanan ek masrafların karşılanması istenebilir. Diğer bir görüş¹⁸¹ ise Alman Hukukundan esinlenen bu görüşün hukukumuzda uygulanamayacağını ifade etmektedir. Bu görüşe göre külfet olan iş birliği eylemlerine aykırılık sebebiyle yapılan masraflar, ücret olarak talep edilebilir. Şöyle ki, yaklaşık bedelle kurulan sözleşmelerde, yapılan ek masraflar, ücretin içerisinde yer alır. Götürü bedelle kurulan sözleşmelerde ise yapılan masraflar, bedel ile talep edilemez. Buna karşılık, ek masrafların ödenmesi, vekâletsiz iş görme (TBK m. 526 vd.) hükümlerine dayanılarak istenebilir. Kanaatimizce külfet olan iş birliği eylemlerine aykırılık sebebiyle ortaya çıkan masrafların, ücret olarak talep edilebileceği görüşü, sadece iş sahibinin iş birliği eylemlerine aykırılık halinde uygulama bulabilir. Zira inşaat sözleşmelerinde yüklenici, iş sahibine ücret ödemekle yükümlü değildir. Bu bakımdan, iş birliği eylemlerine uyulmazsa, yüklenici yapmış olduğu masrafları, sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı takdirde yalnız vekâletsiz iş görme hükümleri (TBK m. 526 vd.) kapsamında talep edebilir.

Doktrinde¹⁸² hatalı iş birliği eylemi sonucunda diğer tarafın hukuki varlığının zarar gördüğü durumlar farklı değerlendirilmektedir. Böylesi bir zarar için tazminat talebinde bulunulabilir. Çünkü iş birliği eylemlerine ilişkin bir yükümlülüğün olmaması, öngörülen iş birliği eylemi yoluyla, diğer tarafa zarar verme hakkı tanımaz. Aksine, işin yürütülmesi sırasında, karşı tarafı zararlardan korumak için makul ve mümkün olan her şeyi yapmak yan yükümlülük olarak kabul edilir.

İş birliği eylemlerinin yerine getirilmemesi sebebiyle, sözleşmeden dönülebilir (TBK m. 110). Bu durumda, alacaklı temerrüdü şartları gerçekleştiği takdirde, borçlu temerrüdünün şartlarına göre sözleşmeden dönülebilir¹⁸³.

¹⁸¹ Seçer, s. 502.

¹⁸² Gauch, s. 25.

¹⁸³ İnşaat sözleşmesinin hangi hallerde geçmişe (*ex tunc*) veya ileriye (*ex nunc*) sona ereceği yönündeki değerlendirme için bkz. Aldemir Toprak, s. 296 vd.

SONUÇ

İş birliği terimi, eserin türüne, özelliğine ve sözleşmenin içeriğine göre kararlaştırıldığı şekilde imali için gerekli olan eylemleri ifade eder. Tarafların iş birliği, inşa eserin imali öncesinden, teslimine kadar uzanan tüm süreci kapsar. İnşaat projelerinin giderek daha karmaşık bir hal alması ve proje başarısının her zaman risk altında olması, iş birliği eylemlerine verilen önem ile duyulan gereksinimi de arttırmaktadır.

Tarafların iş birliği eylemlerinin hukukî niteliği belirlenirken, eylemin sözleşmede açıkça kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına bakılmalıdır. Zira taraflar sözleşme özgürlüğü (TBK m. 26) kapsamında iş birliği eylemi külfet veya yükümlülük olarak düzenleyebilirler. Sözleşmede bir hüküm bulunmadığı takdirde, hâkim görüş iş birliği eylemlerini, külfet olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu görüş, bütün inşaat sözleşmelerinin özellikleriyle uyusmamaktadır. Bu bağlamda, küçük inşaat işlerinde sözleşmenin ifası süresince yüklenicinin menfaati ücret almaktır. Bu tür sözleşmelerde, iş sahibinin iş birliği eylemlerinin özel bir anlamı yoktur. Ancak özellikle büyük çaplı inşaat projelerinde, yüklenicinin tek menfaati ücreti elde etmek değildir. Bu bakımdan, söz konusu sözleşmelerde iş birliği eylemlerinin külfet olduğu sonucuna doğrudan varılamaz. Ayrıca iş birliği olmaksızın eserin imalinin mümkün olup olmadığı da eylemin hukukî niteliğinin belirlenmesinde önemli bir kriterdir. Tüm bu değerlendirmelerden sonradır ki ancak iş birliği eyleminin yükümlülük veya külfet olduğu sonucuna varılabilir.

İnşaat sözleşmelerinin her biri, meydana getirilmesi taahhüt edilen eserin niteliğine göre farklılık arz etmektedir. Bu sebeple, kesin bir iş birliği eylemi listesi oluşturmak mümkün değildir. Ancak bu iş birliği eylemlerinin tipik örneklerini sıralamak mümkündür. Bu bağlamda, iş sahibi inşaat için arsayı hazırlamalı ve teslim etmeli, meydana getirmesi için gerekli izin ve onayları almalıdır. Yine eserin plânları hazırlanmalı, arsa ölçümlenmeli ve tedarik hatları inşa edilmelidir. Endüstriyel tesislerin meydana getirilmesini konu alan sözleşmelerde, işlevsellik testlerine katılma, ham madde veya personel temin etme, iş birliği eylemi olarak görülmektedir. Birden fazla yüklenicinin eserin meydana getirilmesi için iş görme edimini iş sahibine

sunduğu durumlarda, onların zaman ve fonksiyonel olarak koordine edilmesi de iş sahibinin bir iş birliği eylemidir. Yüklenicinin yerine getirmesi gereken iş birliği eylemleri ise esas itibariyle, iş sahibinin iş birliği eylemlerinin karşılığını oluşturur. Bunlar, iş sahibi tarafından hazırlanan belgelerin kontrolü, var olan eksik ve ayıplar hakkında onu bilgilendirme, verilen talimatların olumsuz sonuçları hakkında uyardır. Ayrıca, birlikte çalıştığı yükleniciler ile koordineli hareket etme, verilen talimatlara uyma ve iş sahibinin denetim hakkını kullanmasına müsaade etme, yüklenici için bir iş birliği eylemidir. Tarafların söz konusu iş birliği eylemlerine aykırı davranışları halinde uygulanacak hükümler ve diğer tarafın sahip olacağı haklar, eylemin hukukî niteliğine göre belirlenmelidir. Öyle ki, eylemin bir yükümlülük olduğu sonucuna ulaşırsa borçlu temerrüdü (TBK m. 117 vd.) hükümleri uygulanır. Aksi halde, yani eylemin külfet olduğu sonucu ortaya çıkarsa, alacaklı temerrüdü hükümleri (TBK m. 106 vd.) uygulama bulur.

KAYNAKÇA

- Aldemir Toprak, İpek Betül** (2020) Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık.
- Arpacı, Özge** (2019) Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Edimin İfasına Katılımı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Aydemir, Efrail** (2016) Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Haziran.
- Bauer, Hermann** (2007) Baubetrieb, 3. Aufl., Berlin Heidelberg, Springer Verlag.
- Dayınlarlı, Kemal** (1998) İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti.
- Dünnweber, Inge** (1984) Vertrag zur Erstellung einer schlüsselfertigen Industrieanlage im internationalen Wirtschaftsverkehr, Berlin, Walter de Gruyter.
- Eren, Fikret** (1996) I. Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri; II İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 3. Tıpkı Basım, s. 47-103, Ankara.
- Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Erman, Walter Alexander** (2011) Bürgerliches Gesetzbuch, (Hrsg. Harm Peter Westermann/ Barbara Grunewald/ Georg Maier-Reimer), 13., neu bearbeitete Aufl., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Esser, Josef/ Weyers, Hans-Leo** (1991) Schuldrecht: Ein Lehrbuch: Band II: Besonderer Teil, 7., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag.

- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas** (2017) Schuldrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 11., völlig neu bearbeitete Aufl., Berlin/ Boston, Walter de Gruyter GmbH.
- Fuchs, Heiko** (2003) Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, Baurechtliche Schriften Band 58, (Hrsg. Korbion, H./ Locher, H.), München, Werner Verlag.
- Gauch, Peter** (1995) "Fristen und Termine – Die Bauzeit im Werkvertrag", Seminar für Schweizerisches Baurecht, Baurechtstagung 1995 / Tagungsunterlage 1, Freibrug.
- Gauch, Peter** (2011) Der Werkvertrag, 5. überarbeitete und erweiterte Aufl., Zürich, Schulthess Juristische Medien AG.
- Gökyayla, Emre** (2009) Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Hautkappe, Bernhard** (1986) Unternehmereinsatzform im Industriebau, Abhandlungen zum Recht der Internationalen Wirtschaft Band 1, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft.
- Kapellmann, Klaus Dieter** (2011) "Die erforderliche Mitwirkung nach § 642 BGB, § 6 VI VOB/B – Vertragspflichten und keine Obliegenheiten", NZBau 2011, Heft 4, s. 193-197.
- Kleine-Möller, Nils/ Merl, Heinrich/ Glöckner, Jochen** (2014) Handbuch des privaten Baurechts, 5., neu bearbeitete und erweiterte Aufl., München, C.H. Beck Verlag.
- Koller, Alfred** (1998) Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern, Verlag Stämpfli AG.
- Krumm, Hein** (1987) Anlagenverträge im Osthhandel: Probleme beim Abschluß von Anlagenverträgen mit Partnern aus den Staatshandelsländern des RGW, Abhandlungen zum Recht der Internationalen Wirtschaft, Band 5, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft.
- Kurşat, Zekeriya** (2017) İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi.

- Kurt, Leyla Müjde** (2011) “Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı”, BATİDER 2011, C: XXVII, S: 1, s. 157-206.
- Larenz, Karl** (1986) Lehrbuch des Schuldrechts Band II: Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Larenz, Karl** (1987) Lehrbuch des Schuldrechts Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Locher, Horst/ Locher, Ulrich** (2005) Das private Baurecht, Lehrbuch für Studium und Praxis, 7. Neubearbeitete Aufl., München, Verlag C.H. Beck.
- Martinek, Michael** (1993) Moderne Vertragstypen Band III: Computerverträge, Kreditkartenverträge sowie sonstige moderne Vertragstypen, München, Verlag C. H. Beck.
- Müller-Foell, Christoph** (1982) Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 69, Berlin, Duncker & Humblot.
- Nicklisch, Fritz** (1979) “Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag”, BB 1979, Heft 11, s. 533-544.
- Öz, M. Turgut** (2016) İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Palandt, Otto** (2018) Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, (bearbeitet von Bruder Müller, Ellenberger, Götz, Grüneberg, Herrler, Sprau, Thorn, Weidenkaff, Weidlich, Wicke), 77. Neubearbeitete Aufl., München, Verlag C.H. Beck.
- Peters, Frank** (2011) “Die Mitwirkung des Bestellers bei der Durchführung eines Bauvertrags” NZBau 2011, Heft 11, s. 641-645.
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina** (Hrsg.) (2018) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5/1, Schuldrecht-Besonderer Teil III/1, 7. Aufl., München, C.H. Beck. (Kısaca: MüKoBGB/ Bölüm Yazarının Adı)

- Schwarze, Torsten** (2003) Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrecht, Berlin, TENEA Verlag Für Medien.
- Seçer, Öz** (2016) “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Seliçi'nin Anısına Armağan, C: 11, S: 145-146, s. 727-754.
- Seçer, Öz** (2017) “İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu”: Baysal, Başak/ İnal, Emrehan, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Seçer, Öz** (2020) Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Spiess, Hans Rudolf** (2012) “Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht”, recht 2012, Heft 4, s. 116-123.
- Stassen, Dieter/ Grams, Hartmut** (2003) “Zur Kooperationspflicht des Auftragnehmers gemäß §2 Nr.5 VOB/B 2002 bei Mehrkosten”, baurecht 2003, Heft 7, s. 943-952.
- Staudinger, Julius** (2008) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 631-651 (Werkvertragsrecht), Neubearbeitung, Berlin, Sellier- de Gruyter.
- Ünal, Akın** (2019) “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi”, ERÜHFD, C: XIV, S: 2, s. 441-456.
- Vasconcellos, Harald Michaelis** (1988) Garantieklauseln und Risikoverteilung im internationalen Anlagenvertrag, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH.
- Vygen, Klaus/ Jousen, Edgar** (2008) Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, Handbuch des privaten Baurechts, 4. Neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Köln, Werner Verlag.

ANLAŞMALI BOŞANMA PROTOKOLÜNÜN TAŞINMAZLAR ÜZERİNDEKİ AYNÎ HAKLARA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ İLE İLGİLİ BAZI HUKUKİ SORUNLAR

Arş. Gör. Dr. Feride DEMİRBAŞ*

ÖZET

Anlaşmalı boşanma, evlilik birliğini sürdüremeyen eşlerin daha hızlı ve kolay biçimde boşanmalarını sağlayan bir yargılama faaliyetidir. Eşler arasında belirli içerik ve nitelikte akdedilen bir anlaşmanın hâkim tarafından uygun bulunması ile boşanma ve anlaşmada kararlaştırılan konular hakkında istenen hukuki sonuca ulaşılabilmektedir. Eşler arasında “boşanma protokolü” olarak adlandırılan anlaşmanın, eşlerden birine ait bir taşınmazın mülkiyetinin diğer eşe veya üçüncü kişiye devrini ya da taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesini içeren hükümleri bulunabilir. Bu takdirde aynı hakkın kazanılıp kazanılmaması ve kazanılma zamanı, protokolün hâkim tarafından ne şekilde uygun bulunmuş olduğuna göre farklılık taşımaktadır. Protokol hükümlerinin boşanma hükmünün içeriğine dâhil olma biçimi, hukuki sürecin sonraki aşamalarını doğrudan etkilemektedir. Çoğu zaman aynı hakkın elde edilebilmesi, ikinci bir davanın açılmasını gerektirmektedir. Bu çalışmanın amacı, boşanma protokolünün boşanma kararı ile ilişkisini, protokolde aynı haklara ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin hukuki sonuçlarını tespit etmek, konuya ilişkin yargı uygulamasındaki bir takım aksaklıklara işaret ederek hukuki çözümler önermektir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, anlaşmalı boşanma, boşanma protokolü, tescil, görevli mahkeme, yetkili mahkeme.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, feridedemirbas@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4774-343X (Geliş Tarihi: 24.03.2020 – Kabul Tarihi: 23.05.2020).

SOME LEGAL PROBLEMS RELATING TO THE PROVISIONS OF THE DIVORCE AGREEMENT ABOUT THE REAL RIGHTS ON THE IMMOVABLE PROPERTY

ABSTRACT

Consensual divorce is a judicial activity that allows spouses to divorce more quickly and easily to those who cannot continue their union of marriage. By the judge's approval of the agreement between the spouses which is certain content and quality, the desired legal conclusion can be reached about the issues decided in the divorce and agreement. The divorce agreement between the spouses may comprise provisions that include the transfer of ownership of one of the spouses' property to the other spouse or third party or the establishment of limited real rights on the property. In this case, whether or not the real right to be entitled and the time to be entitled differs according to how the agreement was approved by the judge. The way the agreement provisions are included in the content of the divorce provision directly affects the later stages of the legal process. Most of the time, the entitling of the real right requires a second lawsuit to be filed. The purpose of this study is to determine the relationship between the divorce agreement and the divorce decision and the legal consequences of not fulfilling the obligations related to real rights in the divorce agreement and to suggest legal solutions by pointing out some flaws in the judicial practice on the subject.

Keywords: Divorce, the divorce by joint request, divorce agreement, land registration, competent court, authorized court.

I. ANLAŞMALI BOŞANMA HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Hukuk sistemlerinin, hızlı bir biçimde değişen ve dönüşen toplumsal hayatın ihtiyaçlarına cevap vermesi gerekmektedir. Bu ihtiyaçların bir bölümü de aile hukukuna, evlilik birliğine ve bu birliğin sona erdirilmesine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda ilk kez 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile Türk hukukuna giren, sonrasında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹ 166. maddesinin üçüncü fıkrası ile varlığını sürdüren anlaşmalı boşanma müessesesi ile evlilik birliğini devam ettirmeyen eşlere daha kolay ve hızlı biçimde boşanma imkânı tanınmıştır².

Anlaşmalı boşanmanın düzenlendiği TMK m. 166/3 uyarınca *“Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.”* Bu hüküm ile eşlerin belirli koşullar içinde mahkemeye başvurması veya eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış varsayılır³ ve hâkim boşanmaya karar verir.

¹ RG. T: 8.12.2001, S:24607.

² İsviçre'de anlaşmalı boşanma müessesesi İsviçre Medeni Kanunu'nda daha farklı bir sistematiğe düzenlenmiştir. İMK m. 111 vd. maddeleri uyarınca eşlerin boşanma ve boşanmanın sorumluları üzerinde tam veya kısmi olarak anlaşmalarına göre, uygulanacak usulün değiştiği bir boşanma modeli öngörülmüştür. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland** (2017) Scheidung Band II: Anhänge, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, s. 541 vd.

³ **Öztan, Bilge** (2015) Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s.693; **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümü, Mustafa Alper** (2019) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, N. 647; **Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2015), Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 141-142; **Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2018) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 269.

Eşlerin bir an önce evlilik birliğini sona erdirmelerine imkân veren anlaşmalı boşanma, onların kusurlu olup olmamalarına ilişkin değerlendirmelerden bağımsızdır. Kanunda yer alan koşulların gerçekleşmesi ile boşanma kararı verilebilir.

Hâkimin anlaşmalı boşanmaya karar verebilmesi için gereken koşullardan ilki evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasıdır⁴. Bir yıllık süre evlilik tarihinden itibaren işlemeye başlar ve eşlerin bu süre zarfında fiilen bir arada yaşamaları şartı aranmaz⁵.

Evli kişilerin anlaşmalı olarak boşanabilmesi için eşlerin boşanmayı birlikte talep etmeleri veya bir eşin açtığı boşanma davasını diğerinin kabul etmesi gerekir. Bu iki durumda, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmaz⁶. Öğretide iki kişinin aynı anda hem davalı hem de davacı olmasının mümkün olmaması sebebiyle, başvurulabilecek yolun eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi olduğu ileri sürülmektedir⁷. Fakat bu görüş azınlıkta kalmakta ve kanunun açık lafzı nedeniyle eşlerin birlikte başvurmasının mümkün ve yürütülen yargı faaliyetinin bir çekişmesiz yargı faaliyeti olduğu⁸; bu nedenle,

⁴ Bir yıllık sürenin hukuki niteliğinin dava şartı olduğu hususunda bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2003/2269, K: 2003/3453, T: 13.03.2003, karar metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2010-13750-k-2011-13266-t-13-9-2011>> s.e.t: 22.07.2019. Dava açıldıktan sonra 1 yıllık sürenin durması halinde davanın reddedilmeyip yargılamaya devam edilmesi yönünde bkz. **Öztañ**, s. 694; **Yılmaz Bilgin, Esra Pınar** (2016) Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 38.

⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 648-649; **Özdemir, Nevzat** (2003) “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma” (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 148.

⁶ **Özdemir**, s. 155.

⁷ **Kılıçoğlu**, s. 143. Aynı soruna işaret eden fakat yargılama hukuku bakımından bu sorunun çözümünü imkansız olarak nitelendirmeyen görüş için bkz. **Aküntürk/Ateş**, s. 270.

⁸ **Akkaya, Tolga** (2017) Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 245. Yazar anlaşmalı boşanmada kural olarak basit yargılama usulünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Adi çekişmesiz yargı işlerinde (ve bu bağlamda anlaşmalı boşanmada) yazılı yargılama usulünün uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2017) Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, § 21, N. 30. Öğretide Özdemir eşlerin birlikte başvurmaları halinde de, bir eşin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde kabulden itibaren yürütülen faaliyetin bir

birlikte başvuruda bulunan eşlerin “davacı” ve “davalı” olarak değil de “birlikte boşanma talep eden ilgililer” olarak adlandırılmaları gerektiği belirtilmektedir⁹. Eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi halinde de, diğer şartların gerçekleşmesi koşuluyla boşanmaya karar verilebilir¹⁰. Bu olasılıkta bahsi geçen “kabul” ile davayı sona erdiren dar ve teknik anlamdaki “davayı kabul”ün kast edilmediği; boşanma kararının verilebilmesi için varlığı gerekli olan bir irade açıklaması olarak “boşanma talebini kabul”ün anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹. Nitekim dar ve teknik anlamda davayı kabul işlemi geri alınmamaktadır. Ancak Yargıtay’a göre eşler, temyiz aşamasında dahi anlaşmalı boşanma talebinden vazgeçebilmektedir¹². Bu olasılıkta anlaşmalı boşanma davası çekişmeli olarak görülmeye devam eder¹³.

Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için gereken bir diğer şart da hâkimin eşleri bizzat dinlemesidir. Hâkim, eşlerin boşanmaya özgür iradeleri ile karar verip vermediklerini bu sayede tespit eder. Eşlerin dinlenilmesi aynı

çekişmesiz yargı işi olduğunu ve basit yargılama usulünün uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Özdemir**, s. 157-159.

⁹ **Akkaya**, s. 247. İsviçre hukukunda anlaşmalı boşanma yargılamasının taraflarının “başvuranlar” olarak adlandırılmasına ilişkin öneri hakkında bkz. **Schwenzer/Fankhauser**, s. 550, N. 12.

¹⁰ Öğretide “eşlerden birinin açtığı dava”nın TMK m. 166/I hükmüne dayanma zorunluluğu olmadığı yönünde bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 650-151; **Seçer**, s. 261. Akıl hastalığı haricindeki bir nedenle açılan boşanma davasının diğer eş tarafından kabul edilmesi halinde de TMK m. 166/III hükmü uygulama alanı bulur. Bkz. **Özdemir**, s. 171.

¹¹ **Akkaya**, s. 248. Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/2-1941, K: 2019/475, T: 18.4.2019, karar metni için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>> s.e.t: 01.08.2019.

¹² Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2017/1941, K: 2019/475, T: 18.04.2019, karar metni için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr>> s.e.t: 23.01.2020; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/24006, K: 2018/10507, T: 3.10.2018, karar metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2016-24006-k-2018-10507-t-3-10-2018>> s.e.t: 24.07.2019. Öğretide yargılamanın her aşamasında kabul beyanının geri alınabilmesi yönündeki uygulama eleştirilmektedir. Hüküm verildikten sonra bu iradeden dönülebilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Akkaya**, s. 250-251. Kararın şekli anlamda kesinleşmesine kadar kabulden dönülebileceği yönünde bkz. **Özdemir**, s. 176.

¹³ **Akkaya**, s. 250.

veya farklı celselerde gerçekleşebilir¹⁴. Eşlerin anlaşmalı olarak boşanma iradelerini temsilci aracılığıyla değil, bizzat ifade etmeleri gerekmektedir¹⁵. Eşler ayrı ayrı veya birlikte dinlendiklerinde, ifadeleri duruşma tutanağına geçirilmelidir¹⁶.

Nihayet, boşanmanın malî sonuçları ile ergin olmayan çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemenin (boşanma protokolü/boşanma anlaşması) hâkim tarafından uygun bulunması ile anlaşmalı boşanmaya karar verilebilir. Eşler bu düzenlemeyi yazılı olarak hazırlayıp imzalayarak hâkimin incelemesine sunabilecekleri gibi, anlaşma iradelerini hâkimin huzurunda sözlü olarak da ifade edebilirler, ancak bu olasılıkta irade açıklamalarının duruşma tutanağına geçirilmesi gerekir¹⁷. Eşlerin yaptıkları anlaşmanın zorunlu içeriğini boşanmanın mali sonuçları ve ergin olmayan çocukların durumu hakkındaki uzlaşma oluşturmaktadır. Eşlerin; maddi ve manevi tazminat, yoksulluk nafakası, çocukların velayetinin kime bırakılacağı ve velayet kendisine bırakılmayan eşin çocuklarla kişisel ilişkisinin nasıl tesis edileceği hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir. Eşlerin mal rejiminin tasfiyesine ya da aile konutuna ilişkin olarak da anlaşmaları mümkündür; fakat bu konular, boşanma anlaşmasının zorunlu içeriğine dâhil olmayıp ihtiyari içeriğini oluşturabilir¹⁸. Özellikle hâkim, eşlerin yapmış oldukları protokolü uygun bulmazsa bu protokole müdahale ederek, çeşitli değişiklikler yapılmasını önermelidir¹⁹. Hâkim, uygun gördüğü değişiklikleri eşlere dayatamaz, eşler anlaşmada yapılan değişiklikleri kabul

¹⁴ Seçer, s. 262.

¹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, N. 653; Özdemir, s. 181; Akıntürk/Ateş, s. 271. İsviçre hukukunda eşlere, boşanma iradelerini bildirmelerinden itibaren iki aylık “düşünme süresi” verilmektedir. Bkz. ZGB Art. 111/II. Bu konuda bkz. Schwenger/Fankhauser, s. 554-555, N. 27 vd.

¹⁶ Öztan, s. 694; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 653.

¹⁷ Schwenger/Fankhauser, s. 549, N. 9-14; Akıntürk/Ateş, s. 271.

¹⁸ Öncü, Özge (2017) “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 Özel Sayı, C. 19, İzmir, s. 810 vd.

Seçer, s. 273 vd; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 655.

¹⁹ Özdemir, s. 211; Öztan, s. 695; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 656.

ederlerse boşanmaya karar verebilir²⁰. Eşlerin uzlaşmamaları halinde anlaşmalı boşanma talebi reddedilip taraflardan birinin talebi ile davaya çekişmeli usulde devam edilerek TMK m. 166/I ve II uyarınca boşanmaya karar verilebilir²¹. Yargıtay'a göre eşler, boşanma kararının kesinleşmesine kadar her zaman tek taraflı irade beyanları ile boşanma protokolünden dönebilirler²².

II. BOŞANMA PROTOKOLÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesinin maddi koşullarından biri olan “anlaşma” unsurunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide ve yargı kararlarında sıklıkla “boşanma protokolü” olarak da adlandırılan bu düzenlemenin hukuki niteliğinin “sözleşme” olduğu kabul edilmektedir²³. Fakat bahsi geçen “sözleşme”nin bir usul hukuku sözleşmesi mi, klasik anlamda borçlar hukuku sözleşmesi mi olduğu tartışmalıdır. Boşanma anlaşmasının iki taraflı bir hukuki işlem olduğunu savunan görüşlerden ilkinde göre anlaşma, “sulh sözleşmesi” olarak nitelendirilmelidir; zira bu sözleşmenin usul hukuku bakımından özel sonuçları bulunmaktadır²⁴. Öğretide savunulan ikinci görüşe göre ise bu durumda eşler arasındaki hukuki işlem, klasik borçlar hukuku sözleşmesidir²⁵. Bu görüş bir adım öteye taşınarak boşanma

²⁰ Özdemir, s. 211; Yılmaz Bilgin, s. 67; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 656.

²¹ Elçin Grassinger, Gülçin (1997) “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu ile İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C: 55, S: 3, s. 237; Yılmaz Bilgin, s. 68; Öztan, s. 695.

²² Ayrıca eşlerden birinin anlaşmalı boşanma kararını temyiz etmesinin “anlaşmalı boşanma iradesinden rücu” anlamına geldiği ve davanın çekişmeli boşanma davası olarak görülmesi yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2016/24006, K: 2018/10507, T: 3.10.2018, metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2016-24006-k-2018-10507-t-3-10-2018>> s.e.t.: 30.07.2019.

²³ Yılmaz Bilgin, s. 72; Seçer, s. 265. Boşanma anlaşmasının hukuki niteliği ile ilgili tartışmalar hakkında bkz. Atmaca Ülkü, Hande (2017) “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü” (Doktora), Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 64 vd.

²⁴ Esener, Turhan (1951) “Boşanmanın Fer'i Neticelerine Dair Mukaveleler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 3, s. 613-614.

²⁵ Elçin Grassinger, s. 237.

anlaşması “özel onay şartına bağlı özel hukuk sözleşmesi” olarak nitelendirilmektedir²⁶. Dördüncü görüşe göre ise boşanma anlaşması belirli bir içeriğe sahip olması ve hâkimin uygun bulması gereken, kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesidir²⁷. Zira borçlar hukuku sözleşmelerinden farklı olarak boşanma anlaşmasının, hâkim tarafından uygun bulunması ile ortaya çıkan ekonomik sonuçlarının yanı sıra velayet ve eşlerin kişisel durumları bakımından da sonuçları bulunmaktadır. Dolayısıyla klasik anlamda borçlar hukukuna ilişkin ilke ve kurallar, boşanma anlaşmasına “niteliğine uygun düştüğü ölçüde” uygulanmalıdır. Bu nedenle kendine özgü aile hukuku sözleşmesi görüşüne üstünlük tanımak gerekir. Bununla birlikte bu görüşün de tamamlanması gereken bir yönü bulunduğu kanaatindeyiz. Zira boşanma protokolü, eşler arasında karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin beyan edilmesi ve hâkimin bu ortak iradeyi uygun bulması ile kendiliğinden sonuç doğurmaz. Bütün bu unsurların mahkemece verilecek kararda açıkça yer alması gerekir. Bu nedenle kanaatimizce boşanma protokolünün hukuki niteliği çeşitli zaman kesitleri bakımından farklılık taşımaktadır: Boşanma protokolü, hâkim tarafından uygun bulunana kadar kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi; hâkimin bu anlaşmayı uygun bulmasıyla birlikte artık verilen mahkeme kararının içeriğini oluşturması sebebiyle “ilam” olarak nitelendirilmelidir²⁸.

Boşanma protokolü bir sözleşme olduğuna göre sözleşmelerin kuruluş ve geçerlilik şartlarına ilişkin kurallar, boşanma protokolü için de geçerlidir²⁹. Eşlerin iradelerinin sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurları üzerinde uyuşması gerekir. Bu anlaşma iradesinin bir boşanma davasında boşanma kararı kesinleşinceye kadar beyan edilebileceği ve anlaşmalı boşanmaya karar

²⁶ **Seçer**, s. 265; **Yılmaz Bilgin**, s. 72. Bu görüşe göre boşanma anlaşması şarta bağlı bir sözleşme olup, gerçekleşmesi gereken şart, hâkimin sözleşmeyi uygun bulmasıdır.

²⁷ **Atmaca Ülkü**, s. 75.

²⁸ Boşanma protokolünün bu iki yönlü niteliği hakkında açıklamalar için bkz. **Schwenzer/Fankhauser**, s. 547, N. 3-4.

²⁹ Hâkimin, anlaşmanın ahlâk ve adaba aykırı olup olmadığını, aşırı yararlanma veya irade sakatlığı hallerinin bulunup bulunmadığını araştırması gerektiği yönünde bkz. **Öztaş**, s. 696.

verilebileceği kabul edilmektedir³⁰.Boşanma protokolünün hâkimin onu uygun bulmasıyla birlikte eşler için bağlayıcı hale geldiği göz önünde bulundurulduğunda, kararın kesinleşmesinden önce eşlerin boşanmadan vazgeçtiklerini ancak birlikte bildirmeleri durumunda bu anlaşma sona erdirilmiş olabilir³¹. Fakat yargı uygulaması aksi yönde gelişmiş olup, eşlerden birinin kararın kesinleşmesinden önceki tek taraflı irade beyanı, boşanma protokolünü sona erdirmeye yetmektedir.

III. BOŞANMA KARARI VE KARARIN BOŞANMA PROTOKOLÜ İLE İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Boşanma yargılaması sonucunda verilen boşanma kararı, bozucu inşâî (yenilik doğuran) hüküm niteliğindedir³². Bu karar ile süregelen evlilik birliği sona ermektedir. Boşanma yargılaması pek çok kez sadece boşanma hükmünden ibaret olmamaktadır. Mahkeme tarafından verilen karar, eşlerin maddi, manevi tazminat ve nafaka talepleri, ortak çocukların velayeti, aile konutunun akıbeti gibi konularda da eda ve tespit hükümleri içerebilir. Bu yönüyle öğretide boşanma hükmü “kombine hüküm” olarak nitelendirilmektedir³³.

³⁰ Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2015/5653, K: 2015/19986, T: 3.11.2015, karar metninin ilgili kısmı için bkz. **Seçer**, s. 267, dph. 47. Eşlerden biri çekişmeli boşanma davasına ilişkin kararı tazminatlar ve nafaka bakımından temyiz etmiş ve temyiz aşamasında anlaşma sağlanmışsa “anlaşma protokolü göz önüne alınıp tazminatlar ve nafakalar konusunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması” yönünde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E:2013/11504, K: 2014/1737, T: 3.2.2014, karar metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2013-11504-k-2014-1737-t-3-2-2014>> s.e.t: 30.07.2019. Anlaşmalı boşanma bir eşin açtığı davanın diğeri tarafından kabul edilmesi şeklinde gerçekleştiği durumda eşlerden birinin davayı kabul beyanını ancak hüküm verilene kadar geri alabilmesi gerektiği yönünde bkz. **Akkaya**, s. 250-251.

³¹ **Öztan**, s. 695, **Akkaya**, s. 251.

³² **Önen**, **Ergun** (1981) İnşâî Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, Ankara, s. 66.

³³ **Önen**, s. 66-67, **Akkaya**, s. 494.

Her hüküm gibi anlaşmalı boşanma hükmünün de tereddüte yer bırakmayacak biçimde tam, açık ve veciz olması gerekmektedir³⁴. Nitekim HMK m. 297'de hükmün kapsamında nelerin bulunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasının b bendi uyarınca hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Bir mahkeme kararının muhatabı sadece davanın tarafları olmayabilir. Tapu sicil müdürlükleri ya da nüfus müdürlükleri gibi kararın icrasıyla görevli merciler bakımından da kararın açık, anlaşılır ve net olması önem taşır³⁵. Bu bakımdan koşula bağlı boşanma kararının verilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu tartışma özellikle boşanma anlaşmasında koşul veya vade kararlaştırıldığı ve bunun da hâkim tarafından uygun bulunarak boşanmaya karar verildiği haller bakımından anlam taşımaktadır.

Öğretide koşula bağlı mahkeme kararı konusu oldukça tartışmalıdır. Fakat ağırlıklı olarak koşula bağlı hüküm verilemeyeceği ileri sürülmektedir³⁶. Dolayısıyla boşanma protokolünde yer alan erteleyici veya bozucu koşul içeren ifadelerin hâkim tarafından uygun bulunmayarak hüküm içinde bunlara yer verilmemesi gerektiği kabul edilmelidir. Türk-İsviçre hukukunda koşula ilişkin kuralların niteliği uygun düştüğü ölçüde vade için de uygulanmasına bir engel bulunmadığı ileri sürülmektedir³⁷. Oysa vade için bu sonuca ulaşmak her zaman kolay olmamaktadır. Zira koşul, gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olguyu ifade ederken, vadenin ileride gerçekleşip

³⁴ **Boran Güneysu, Nilüfer** (2014) Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 228.

³⁵ **Boran Güneysu**, s. 227.

³⁶ **Tanrıver, Süha** (1998) “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: XIX, S: 4, s. 50, **Atalı, Murat** (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. III, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s.1977 vd. Yazar, icraya elverişli olduğu takdirde koşula bağlı hüküm verilebileceğini ileri sürmektedir.

³⁷ **Pulaşlı, Hasan** (1989) Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, s. 71.

gerçekleşmeyeceği şüpheli değildir³⁸. Ancak boşanma protokolündeki ekonomik sonuçlara ilişkin vade içeren yükümlülükler, boşanma protokolünün uygun bulunarak hükümde yer aldığı, hükümde sadece protokole yollama yapılmakla yetinildiği ve protokolün vade içeren yükümlülüklerinin hükümde yer almadığı olasılıklarda farklı hukuki sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu sorunlara, protokolün aynı haklara ilişkin yükümlülüklerinin vadeye bağlanması ihtimali bakımından aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir³⁹.

HMK m. 388 gereğince çekişmesiz yargı kararları kural olarak kesin hüküm teşkil etmemekle birlikte yenilik doğuran (inşâî) etki taşıması sebebiyle anlaşmalı boşanma kararının maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Hükümün kesinleştiği andan itibaren geleceğe etkili olmak üzere eşlerin hukuki durumunda değişiklik meydana gelir⁴¹. İnşâî hükmün icrası için icra dairesine başvurmaya gerek bulunmamaktadır; fakat inşâî kararın yanı sıra fer'i sonuçlara ilişkin eda hükümlerine de –boşanmanın sonucu olarak nafaka, maddi ve manevi tazminat alacaklarında olduğu gibi- yer verilmişse ilamlı icra yoluna başvurulabilmesi mümkündür⁴².

Hâkim anlaşmalı boşanmaya ilişkin hüküm verdikten sonra bunun değiştirilmesi mümkün değildir⁴³. Bununla birlikte açık yazı, hesap hataları gibi maddi hatalar her zaman düzeltilebilir (HMK m. 204). Fakat hüküm icra edilebilecek açıklıkta değilse yahut uygulanmasında tereddüt yaratacak nitelikteyse, ister kesinleşmiş olsun ister olmasın taraflar hükmün tartzihini talep edebilir⁴⁴. Hükümün tartzihine genellikle icrası aşamasında ihtiyaç

³⁸ **Sirmen, Lale** (1992) Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 30 ve 87; **Pulaşlı**, s. 70 vd.

³⁹ Bkz. IV, B, 2.

⁴⁰ **Özdemir**, s. 226.

⁴¹ **Pekcanitez, Hakan** (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 985-987.

⁴² **Pekcanitez**, s. 988.

⁴³ **Atalı**, s. 2001.

⁴⁴ **Atalı**, s. 2004.

duyulduğu için, icra edilmesinden sonra tavzihi istenemez⁴⁵. Tavzih ile sadece hükümdeki tereddüt ortadan kaldırılır. Fakat hükümdeki haklar ve borçlar tavzih ile genişletilip daraltılamaz veya değiştirilemez (HMK m. 305/II).

B. PROTOKOLÜN UYGUN BULUNMUŞ, KISA KARARDA YER BULMUŞ VE KARARIN İÇERİĞİ HALİNE GELMİŞ OLMASI

Anlaşmalı boşanma yargılamasında boşanmanın gerçekleşebilmesi için hâkimin, eşlerin üzerinde uzlaştıkları boşanma protokolünü uygun bulması gerekir. Hâkim tarafından uygun bulunan protokol, anlaşmalı boşanmaya ilişkin mahkeme kararının sonuç kısmında tereddütsüz, açık ve anlaşılır biçimde yer almalıdır⁴⁶.

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin mahkeme kararının sonuç kısmında hâkimin anlaşma protokolüne olduğu gibi yer vermeyerek sadece protokole yollama yapmakla yetinmesi, uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Hâkimin, boşanma protokolünü uygun bulmuş olmasına rağmen kısa kararda protokole yer vermemiş olması ihtimalinde mahkeme kararının icrasının nasıl gerçekleşeceği tartışmalıdır. Öğretide savunulan birinci görüşe göre⁴⁷ hâkim boşanma protokolünü uygun bulmuş, gerekçeli kararda protokol hükümlerine yer vermiş fakat kısa kararda yer vermeyerek sadece yollama yapmakla yetinmişse, bu durumda mahkeme kararının icrasının kabil olması gerekir. Bu görüşe göre hâkimin, protokol hükümlerine kararın sonuç kısmında yer vermeyip sadece kararın gerekçesinde yer vermiş olması durumunda protokol, hükmün bir parçası kabul edilerek kararın icrası mümkün olmalıdır. Konuya ilişkin öğretilerde savunulan ikinci görüşe⁴⁸ göre ise anlaşmalı boşanma kararının sonuç kısmında protokolün taraflara sağladığı hakların ve yüklediği yükümlülüklerin açık biçimde yer alması gerekir. Bu görüşe göre gerekçeli kararda protokole yollama yapılmakla yetinilmesi, hükmün icra edilebilmesi bakımından yeterli görülmemektedir. Kanaatimizce ikinci görüşe üstünlük

⁴⁵ **Atalı**, s. 2004.

⁴⁶ **Özdemir**, s. 220; **Seçer**, s. 280.

⁴⁷ **Özdemir**, s. 222-223.

⁴⁸ **Seçer**, s. 282.

tanınmalıdır. Zira, anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşler boşanma protokolünün içeriği hakkında tam anlamıyla uzlaşmamışlarsa TMK m. 166/III hükmü uyarınca boşanabilmeleri mümkün değildir. Eşler uzlaşmış olsa bile hâkime bu sözleşmeye gerektiğinde müdahale etme görevi verilmiş, gerekli değişiklikleri önermesi üzerine eşler bu değişiklikler üzerinde de anlaşılırsa protokolü uygun bularak boşanma kararı vermesi belirtilmiştir. Tarafların iradelerinin bu kadar önemli olduğu bir yargılama faaliyetinde, bu iradenin mahkemenin vereceği kararın sonuç kısmında açıkça yer almamasının sebebini anlamak mümkün değildir. Hâkim tarafından uygun bulunan taraf iradelerinin hükmün sonuç kısmında açıkça, tereddüte yer bırakmayacak biçimde yer alabilmesi hem bu hükmün sonuçlarından doğrudan etkilenenler, hem de karar gereğince işlem yapması gereken merciler (nüfus müdürlükleri, tapu sicil müdürlükleri gibi) bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, mahkeme kararı gereğince işlem yapması gereken tapu sicil müdürlüklerindeki görevlilerin, gerekçeli kararı incelemesi yahut gerekçeli kararı yorumlayarak yapacağı işlemi tayin etmesi beklenemez. Bu ihtimallerde pek çok yeni hukuki sorunun ve doğması muhtemel hak kayıpları yaşanmasının önüne geçmek adına, boşanma protokolünün hâkim tarafından uygun bulunduğu ve taraflara tanınan haklar ile yüklenen yükümlülüklerin neler olduğunun açıkça, teker teker ve anlaşılır biçimde kısa kararda ve gerekçeli kararın sonuç kısmında yer alması gerektiği kabul edilmelidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına konu olan olayda eşler bir protokol imzalamış, bunu mahkeme önünde de beyan ederek boşanmış ancak bu protokol ne kısa kararın içeriğinde yer almış ne de kararda protokole yollama yapıp kararın eki haline gelmiştir. Kararda protokolün yok hükmünde olduğu ifade edilmektedir⁴⁹. Üstelik, bahsi geçen olayda eşler

⁴⁹ Bkz. "...İzmir 9. Aile Mahkemesinde görülen boşanma davası sırasında, taraflar 14.06.2007 günlü protokolü sunmuşlar ve 14.06.2007 günlü celsede de imzalı beyanları ile protokolün doğruluğunu kabul ettiklerini belirtmişlerse de, hakim tarafından boşanma ilamının hüküm fıkrasında protokol tasdik edilmediği gibi, A..

Ç..tarafından protokole hüküm fıkrasında yer verilerek hüküm fıkrasının düzeltilmesine ilişkin tavzih istemi de mahkemece 17.04.2008 tarihinde reddedilmiş, karar Yargıtay 2. Hukuk Dairesince 18.06.2009 tarihinde onanarak kesinleşmiştir.

protokolü imzalamış, mahkemeye duruşma sırasında ibraz etmiş, fakat her nasılsa boşanma hükmünde protokolün uygun bulunduğu ifadesi dahi yer almamış olmasına rağmen anlaşmalı boşanmaya karar verilmiş, daha sonra davalı A.’nın tavzih yoluyla protokolün hükme ilave edilmesi talebi de reddedilmiştir. Dava konusu olayın ilerleyen safhalarında yaşanan hak kayıpları bundan sonra başlamıştır. Anlaşmalı boşanmaya karar veren hâkimin, boşanma protokolüne hükümde yer vermemesinin sebebi, Hukuk Genel Kurulu kararından anlaşılammaktadır. Dolayısıyla anlaşmalı boşanmanın en önemli unsuru olan “anlaşma”nın nasıl sağlandığı da açık değildir. Anlaşma sağlanmamışsa TMK m. 166/III’teki açık hükme rağmen hangi hukuki gerekçe ile boşanma kararı verildiği de anlaşılammaktadır. Kanaatimizce böyle bir durumda yaşanan hak kayıplarından ötürü hâkimin hukuki sorumluluğunu düzenleyen HMK m. 46/I-c bendi uyarınca devletin sorumluluğu gündeme gelmelidir. Zira TMK m. 166/III hükmü hangi koşullar bir araya geldiğinde anlaşmalı boşanma kararının verilebileceğini açıkça

Bilindiği üzere TMK’nın 166/3.maddesinde düzenlenen boşanma davalarında yapılan protokollerin geçerliliği hakim protokolü uygun bularak tasdikine bağlıdır. Tasdik edilmeyen ve böylece boşanma kararının eki haline getirilmeyen protokol ise yok hükmündedir.

Somut olayda, taraflar arasında her ne kadar 14.06.2007 tarihinde bir protokol yapılmışsa da, boşanma ilamının eki olmayan ancak tarafların kabulünde bulunan protokole konu 4 parsel sayılı taşınmazdaki 2 ve 5 nolu bağımsız bölümlerin 2004 yılında satın alındığı, davalı koca adına tapu kayıtlarının oluştuğu, 2008 yılında yargılama sırasında da üçüncü kişilere satış suretiyle temlik edildiği; 35 DID 29 plaka nolu aracın da 2005 yılında satın alınıp 2008 yılında üçüncü kişiye satıldığı anlaşılma, söz konusu malların evlilik birliği devam ederken satın alındığı ve boşanma kararının kesinleşmesinden sonra elden çıkarıldığı, böylece protokolün infaz kabiliyetinin kalmadığı anlaşıldığına göre, mahkemece TMK’nın 202. maddesi uyarınca taraflar arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu kabul edilmek suretiyle, iddia ve savunma doğrultusunda taraf delilleri toplanarak, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gereğine değinen bozma ilamı yerindedir.

Hukuk Genel Kurulu görüşmeleri sırasında bir kısım üyeler tarafından, taraflar TMK’nın 166/3.maddesi uyarınca anlaşmalı olarak boşandıklarına göre, protokolün geçerliliği için ayrıca hüküm fıkrasında yer almasına gerek olmadığından yerel mahkeme kararının onanması gerektiği ileri sürülmüşse de bu görüş Kurul çoğunluğu tarafından benimsenmemiştir...”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2013/1542, K: 2015/1110, T: 27.03.2015, karar metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t: 23.09.2019.

belirtmektedir. Tarafların üzerinde anlaştığı bir boşanma anlaşması yoksa, TMK m. 166/III'e göre karar verilemez; varsa da anlaşmalı boşanmanın koşullarının gerçekleştiği ve hangi konularda nasıl anlaşılacak boşanma kararına hükmedildiğinin mahkeme kararından açıkça anlaşılması gerekir. Hâkimin, uygun bulmayıp kararda yer vermediği bir protokole dayanarak hüküm tesis etmesi halinde TMK m. 166/III'teki açık hükme aykırı karar verilmiş olur. Bu da sorumluluğunun doğmasına sebep teşkil eder. Bu istenmeyen sonuca mahal vermemek için, hâkim tarafından uygun bulunan boşanma anlaşmasının kısa kararda icra edilebilir, açık ve anlaşılır biçimde yer alması son derece önemlidir.

C. BOŞANMA KARARININ KESİNLEŞMESİ

Anlaşmalı boşanma yukarıda belirtildiği üzere bir çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir. Bununla birlikte ilk derece mahkemesinin boşanma kararı vermesiyle hükmün inşâi etkisi ortaya çıkar, hükmün şekli anlamda kesinleşmesi ile birlikte artık hüküm bağlayıcı bir hal alır⁵⁰. HMK m. 387 uyarınca ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinaf yoluna başvurulabilir⁵¹. Çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen anlaşmalı boşanma kararına ilişkin bölge adliye mahkemelerinin istinaf incelemesi sonucunda verdiği karara karşı temyiz yoluna başvurulamaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Fakat yargı uygulaması aksi yönde gelişmiş olup anlaşmalı boşanma davalarında çekişmeli boşanma davaları için uygulanan usul benimsenmektedir⁵².

Boşanma anlaşmasının zorunlu içeriğini oluşturması gereken boşanmanın mali sonuçları ve ergin olmayan çocukların durumuna ilişkin herhangi bir protokol hükmü bulunmamasına rağmen hâkim eşlerin anlaşmalı olarak boşanmasına karar vermişse, eşlerin daha sonra bu konulara

⁵⁰ **Akkaya**, s. 259.

⁵¹ Bkz. **Akkaya**, s. 259.

⁵² Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2015/23806, K:2015/22491, T: 23.11.2015; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 2017/4360, K: 2018/12814, T: 12.11.2018, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi, E: 2017/71, K: 2017/140, T: 15.2.2017, karar metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t: 13.05.2020.

ilişkin taleplerini dava edip edemeyecekleri hususu tartışmalıdır. Eşlerin protokolde yoksulluk nafakasına veya maddi ve manevi tazminata ilişkin herhangi bir hükme yer vermeyip boşanma kararı kesinleştikten sonra bu taleplere ilişkin dava açmaları halinde boşanma hükmünün bu konularda kesin hüküm oluşturduğu kabul edilmektedir⁵³. Fakat çocuğun velayetine, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ve iştirak nafakasına ilişkin olarak aynı sonuca ulaşılmamakta; bu konularda daha sonra dava açılabileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Öğretide savunulan ikinci görüşe göre ise anlaşmalı boşanma protokolünün ve dolayısıyla boşanma hükmünün zorunlu içeriğini oluşturması gerekmesine rağmen maddi tazminat ile yoksulluk nafakasına değinmeden boşanma kararı verilmiş ise, karar kesinleştikten sonra bu konular yeni bir davanın konusu olabilmelidir⁵⁵.

Kanaatimizce ortak çocuğun velayeti ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularında mahkemelerin re'sen araştırma, önlem alma, harekete geçme yetkileri bulunduğu için, bu iki konuda anlaşılmış ve bu anlaşma hâkim tarafından uygun bulunmuş olsa bile, bu konuların boşanmanın fer'i sonuçlarından ve iştirak nafakasından ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu iki konu bakımından, her zaman çocuğun üstün yararına göre değişiklik yapılabilmesi mümkün olduğu için (TMK m. 182-183), hâkim tarafından uygun bulunan boşanma protokolü, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Boşanmanın mali sonuçları, ortak çocukların velayeti ve çocuklarla kişisel ilişki kurulması konuları boşanma anlaşmasının zorunlu unsuru olmasına rağmen bu konuya ilişkin açık bir anlaşma hükmü içermeyen bir boşanma kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmişse, daha sonra bu konuların her biri dava konusu olabilmelidir. Zira boşanma kararı veren hâkimin bu hususlar bakımından eksiklik barındıran bir karar vermiş olmasının dezavantajlı hukuki sonuçlarına taraflar katlanmamalıdır. Hâkimin bu

⁵³ Öğretide Arbek, anlaşmalı boşanma hükmünde yoksulluk nafakasına ilişkin herhangi bir ifadenin yer almamasının, tarafların boşanma sonucunda yoksulluğa düşmediği anlamına geldiğini, dolayısıyla boşanma kararının bu konuya ilişkin kesin hüküm teşkil ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Arbek, Ömer** (2005) "Boşanmanın Mali Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 54, S: 1, s. 145.

⁵⁴ **Akaya**, s. 258.

⁵⁵ **Öztañ**, s. 697.

yargılama faaliyetini özenli biçimde gerçekleştirmesi ve TMK m. 166/III hükmündeki konulara ilişkin açık, anlaşılır bir hüküm tesis etmesi gerekirdi. Zira bu konular, hâkimin incelemesi gereken konular olarak değerlendirilip, söz konusu incelemenin gerçekleşmemesi, taraflar bakımından bir hak kaybına neden olmamalıdır. Ancak Yargıtay uygulaması aksi yönde gelişmiş olup, boşanma hükmünde boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin hüküm bulunmaması bu konuya ilişkin kesin hüküm olarak nitelendirilmektedir⁵⁶.

IV. TAŞINMAZLAR ÜZERİNDEKİ AYNİ HAKLARA İLİŞKİN PROTOKOL HÜKÜMLERİ VE BU HÜKÜMLERİN İCRASI

A. GENEL OLARAK

Boşanma protokolünün zorunlu içeriğine dâhil olmasa bile, ülkemizde, taşınmazlara ilişkin ayni hakların anlaşmalı boşanma aşamasında özel bir önem taşıdığı sosyal bir gerçektir. Özellikle aile konutunun mülkiyeti boşanmak isteyen eşlerden birine, ortak çocuk ya da çocuklara devredilmek istenebilmektedir. Zaman zaman eşlerin, boşanmanın ekonomik sonuçlarına ilişkin olası bir uyuşmazlığı bertaraf etmek için boşanma protokollerinde taşınmaz mülkiyetinin devrine ya da taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin hükümlere yer verdikleri görülmektedir. Benzer şekilde, mal rejiminin tasfiyesi ya da maddi ve manevi tazminat talepleri nedeniyle nakit ödeme gücü bulunmayan eşlerin taşınmaz üzerindeki ayni hakları boşanma protokollerine konu ettikleri bilinmektedir. İşte bu gibi sebeplerle boşanma protokolünde yer alan taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin hükümler, birçok hukuki sorunu beraberinde getirebilmektedir.

⁵⁶ Bkz. "...anlaşmalı boşanma davalarında eşler boşanma ve boşanmanın ferileri konusunda anlaşmış oldukları gibi, birbirlerine herhangi bir kusur izafesinde bulunmadıklarından başka bir ifadeyle bu davalarda yeniden kusur araştırması yapılması mümkün olmadığından mahkemenin eldeki davada topladığı delillere göre belirlediği davalının kusurlu davranışlarının hükme esas alınması ve davacı yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir. Bu durumda yerel mahkemenin direnme gerekçesi Özel Daire bozma kararında ve yukarıda belirtilen bu ilâve gerekçe dikkate alındığında usul ve yasaya aykırıdır.". Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2017/3067, K: 2019/512, T: 02.05.2019, karar metni için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t:04.02.2020.

Bilindiği gibi boşanma anlaşmasının geçerliliği, herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Bu anlaşmalarda taşınmaz mülkiyetinin devrine veya taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin irade beyanları yer alabilir. TMK m. 706 ve 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26 uyarınca taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin geçerli biçimde sonuç doğurabilmesi için resmi şekilde yapılmaları gerekmektedir⁵⁷. Fakat hâkimin boşanma protokolünü uygun bularak protokolün kararın icra edilebilir nitelikteki içeriği haline gelmesiyle birlikte, artık boşanma anlaşmasının ne şekilde yapılmış olduğunun önemi kalmaz. Bu nedenle tapuda gerçekleştirilen tescil, mahkeme kararı gereği gerçekleşen açıklayıcı tescil işlemi olarak nitelendirilmelidir. Kısaca özetlenen bu süreçte, bu çalışma bakımından önem taşıyan husus, boşanma anlaşmasının şeklinden çok, bu iradelerin mahkemenin kararının içeriği haline ne şekilde gelmiş olduğudur. Ayrıca, boşanma anlaşması ile taşınmazın mülkiyetini kazanacak veya lehine bir sınırlı ayni hak kurulacak kişinin boşanmak isteyen eşlerden biri veya üçüncü kişi yahut kişiler olması durumunda, anlaşmalı boşanma hükmünün icrası hukuki açıdan özellik arz etmektedir. Aşağıda, bahsi geçen bu olasılıklar bakımından boşanma kararlarının icrasına ilişkin sorunlar incelenmektedir.

B. KAZANDIRMANIN EŞLERDEN BİRİ LEHİNE YAPILMASI HALİNDE

1. Ayni Hakkın Geçtiği An ve Tescil İşleminin Hukuki Niteliği

Eşlerden birinin sahip olduğu mülkiyet hakkını devretmesine veya diğer eş lehine sınırlı ayni hak kurulmasına ilişkin kayıtlar boşanma protokolünde yer alabilir. Eşlerin bu hallerde güttüğü amaç; maddi veya manevi tazminat ve yoksulluk nafakasına ilişkin borçlarını ödemek veya ödenecek meblağı azaltmak, yahut mal rejiminin tasfiyesi sonucunda ödenecek katılma alacağının ifası, aile konutu ile ev eşyasının paylaşılması vb. konularda doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin nihai bir çözüm getirmek olabilir. Boşanmak isteyen eşlerden biri tarafından ayni hakkın kazanılabilmesi için bu

⁵⁷ Taşınmaz üzerinde diğer sınırlı ayni hakların kazanılmasında mülkiyete ilişkin hükümlerin uygulanacağı hakkında bkz. TMK m. 780, 795, 840, 856.

yöndeki irade açıklamalarına boşanma protokolünde yer verildiği görülmektedir. Konuya ilişkin hukuki sorunlar da bu aşamadan itibaren baş göstermektedir.

Anlaşmalı boşanmak isteyen eşler, anlaşma müzakereleri sırasında birine ait olan bir taşınmazın mülkiyetini diğerine devretmiş yahut bir sınırlı ayni hak kurmuş ve sonrasında anlaşma sağlanarak boşanma gerçekleşmişse, boşanma protokolü ve kısa kararın içeriği haline gelmiş protokol hükümlerinin icrası, bu açıdan hukuki bir sorun teşkil etmemektedir. Zira ayni hakkın devri, mahkeme kararından önce gerçekleşmiş demektir. Fakat, bir taşınmaz üzerinde eşlerden birine ait olan mülkiyet hakkının devri veya sınırlı ayni hakkın kurulması daha önceki bir aşamada değil de boşanma anlaşması ile kararlaştırılmışsa, bu durumda anlaşmanın kısa kararın (hüküm fıkrasının) içeriği haline gelmiş olup olmaması, yargı uygulamasında hukuki sürecin devamı bakımından belirleyici rol oynamaktadır:

Tapuya kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin diğer eşe devri veya diğer eş lehine sınırlı ayni hak kurulması konusunda uzlaşmış, yazılı anlaşma veya sözlü olarak gerçekleşip tutanağa geçirilmiş irade beyanları açık, anlaşılır, icra edilebilir bir kısa karar halini almışsa, ayni hak, kararın kesinleşmesiyle diğer eş tarafından tescilsiz olarak kazanılmış olur⁵⁸. Zira artık bu “anlaşma”, “ilam” haline gelmiştir. TMK m. 705/II uyarınca mahkeme kararı, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı hallerden biridir. Boşanma kararının şekli anlamda kesinleşmesi ile birlikte inşai etki ortaya çıkar ve ayni hak kazanımı gerçekleşir⁵⁹. Bu olasılıkta, ayni hakkı kazanan kişi, doğrudan doğruya tescil işlemini yaptırabilir (TMK m. 716/II, TMK m. 1013/III). Boşanma kararını veren mahkemenin, ilamı evrak-1 müsbite olarak ilgili tapu sicil müdürlüğüne

⁵⁸ **Oğuzman, M. Kemal /Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe** (2017) Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, N. 1505; **Özdemir**, s. 180 vd.

⁵⁹ Bkz. **Eren, Fikret** (2016) Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, (Eren, 2016) s. 252-253; **Akkaya**, s. 258-259. Mülkiyet hakkının mahkeme kararı ile tescilden önce kazanılabilmesi için inşai bir kararın gerekli olduğu yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, N. 1500.

göndermesi ve tapu müdürlüğünün tescil işlemini re'sen yapması gerekmektedir (İİK m. 28)⁶⁰.

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin mahkeme kararında eşlerden birine ait taşınmaz üzerindeki mülkiyetin diğer eşe devri veya eşlerden biri lehine sınırlı aynı hak kurulmasına ilişkin irade beyanının yer aldığı boşanma protokolünün kısa kararda yer almayıp, protokole sadece kararın ekinde yer verilmesi, hatta ekinde dahi yer verilmemesi uygulamada sık rastlanan durumlardır. İlk olasılıkta protokol, kararın ekinde yer almakta, fakat kısa kararda doğrudan doğruya ve açıkça yer almamaktadır. Bu durumda öğretide savunulan bir görüşe göre⁶¹ kısa kararda “protokolün aynen tasdikine” ilişkin bir ifade yer alıyorsa protokol hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Bu ifade yer almasa bile protokol hükümleri kısa kararda zikredilmişse, bu görüşe göre yine protokol hüküm ve sonuç doğurmaktadır⁶². Kısa kararda “protokolün aynen tasdikine” ifadesi yer almamasına rağmen kararın ekinde protokol hükümlerine yer verildiği hallerde de artık boşanma kararının ve dolayısıyla protokol hükümlerinin icra edilebilir nitelikte olduğu ileri sürülmektedir⁶³. Fakat hem bu olasılıkta hem de kararın ekinde dahi kısa kararda uygun bulunduğu belirtilen protokol hükümlerine yer verilmemişse kanaatimizce bu durumda hüküm icra edilebilir açıklıkta olmadığı için, hükmün tavzihine ihtiyaç duyulacaktır. Yargıtay’ın protokolün kısa kararda yer almaması

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E:1949/13, K: 1951/5 T: 20.06.1951, karar metni için bkz. <<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7950.pdf>> s.e.t: 20.09.2019.

⁶¹ **Atmaca Ülkü**, s. 178. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2012/4709, K: 2012/20013, T: 11.6.2012. Karar uyarınca “Boşanmanın eki niteliğindeki sözleşmeler, boşanma davası süreci içinde yapılmak koşuluyla hakimin onayı ve davanın boşanmayla sona ermesi ile geçerlilik kazanır. Dayanak ilamın hüküm fıkrasında, yukarıda değinilen şekilde taraflar arasındaki anlaşmadan bahsedildiği gibi, hükmün gerekçesinde de tarafların anlaşmasının mahkemece de uygun bulunduğu belirtildiğinden ve dolayısıyla protokolün dayanak boşanma ilamının eki olup, koşullarına aynen uyulması gerektiğinden takibe konu edilebileceği düşünülmeksizin, borçlunun borca itirazlarının esası hakkında bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline dair hüküm tesisi isabetsizdir.” Kararın tam metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2012-4709-k-2012-20013-t-11-6-2012>> s.e.t: 02.10.2019.

⁶² **Özdemir**, s. 222.

⁶³ **Özdemir**, s. 222.

durumunda icra edilmesinin mümkün olmadığı yönünde kararı mevcuttur⁶⁴. Eşler bir protokol imzalamış, bunu mahkeme önünde de beyan ederek boşanmış ancak bu protokol ne kısa kararın içeriğinde yer almış ne de kararda protokole yollama yapılmış ise bu durumda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı uyarınca protokolün yok hükmünde nitelendirildiği belirtilmişti⁶⁵. Yüksek Mahkeme'nin bahsi geçen kararında yer alan “Bilindiği üzere TMK'nın 166/3.maddesinde düzenlenen boşanma davalarında yapılan protokollerin geçerliliği hâkimin protokolü uygun bularak tasdikine bağlıdır. Tasdik edilmeyen ve böylece boşanma kararının eki haline getirilmeyen protokol ise yok hükmündedir.” ifadelerine katılmaya imkân bulunmamaktadır. “Yokluk”, bir hukuki işlemin kurucu unsurları olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunmaması anlamına gelir⁶⁶. Hâlbuki tarafların hazırladığı boşanma protokolü, hukuki işlemin sahip olması gereken kurucu unsurlara sahiptir. Fakat bu irade beyanları, hakim tarafından uygun bulunarak hükmün içeriğini oluşturmadığı için istenen hukuki sonuçları doğurabilecek nitelikte değildir. İrade beyanlarının istenen hukuki sonuçları meydana getirememesi durumunda ise yokluk değil,

⁶⁴ Bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, E: 2018/7872, K: 2019/9801, T: 10.6.2019. Karar uyarınca “Hukuk Genel Kurulunun 08/10/1997 tarih ve 1997/12-517 E.-1997/776 K. sayılı kararında da vurgulandığı üzere ‘ilamların infaz edilecek kısmı hüküm bölümüdür. Diğer bir anlatımla, hükmün içeriğinin aynen infazı zorunludur. O nedenle sınırlı yetkili icra mahkemesince ilamın infaz edilecek kısmı yorum yoluyla belirlenemez.’

Somut olayda; takibe dayanak yapılan ilam, anlaşmalı boşanma protokolünün onaylanması niteliğinde olup, kurulan hüküm eda niteliğinde değildir. Her ne kadar dayanak ilama esas alınan protokolde; 1.000.000 TL tazminat bedelinin ödeneceği yazılı ise de protokole ilişkin bu kısım mahkemece verilmiş ve ödemeye ilişkin bir karar değildir. Mahkemece bir işin yapılmasına ilişkin olmak üzere verilen eda hükmü içeren kararlar ilamlı icraya konu edilebilir. Takibe dayanak ilam, anlaşmalı boşanma protokolünün onaylanması mahiyetinde olup, ilamlı icra takibine konu edilemeyeceği anlaşılmaktadır.” Kararın tam metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2018-7872-k-2019-9801-t-10-6-2019>> s.e.t: 02.10.2019.

⁶⁵ Bkz. dpn. 49'daki karar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E:2013/1542, K: 2015/1110,T: 27.03.2015, karar metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr>> s.e.t: 23.09.2019.

⁶⁶ **Edis, Seyfullah** (1987) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, gözden geçirilmiş 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 161; **Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 182.

geçersizlik (hükümsüzlük) söz konusu olur⁶⁷. Yüksek Mahkeme'nin “tasdik edilmeyen, böylece boşanma kararının eki haline getirilmeyen protokol” bakımından yaptığı “yokluk” nitelendirmesi yerine, gerekiyorsa geçersizlik türlerine ilişkin bir değerlendirme ve hukuki nitelendirme yapması isabetli olurdu. Eşlerin bir konuya ilişkin aynı yönde, üstelik mahkeme huzurunda beyan ettikleri iradeleri, kararın eki haline gelmediği için yok sayılmayıp, bunun yerine umulan hukuki sonucu meydana getirmeye elverişli olmayan bu irade beyanlarının geçerliliği veya geçersizliğinin tartışılması, hukuki sorunun çözümüne de katkı sağlayabilirdi.

Tapu sicil müdürlüklerince de kısa kararda yer almayan, ancak kararın eki haline gelmiş olan ve taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kurulmasını veya mülkiyetin devrini içeren protokol hükümlerinin gereği olarak tescil işlemi yapmaktan imtina edilmektedir. Bir diğer ifadeyle, tapu sicil müdürlükleri tarafından ister kısa kararda sadece yollama yapılmış olsun, ister kısa kararda hiç yer verilmemiş olsun fark gözetilmeksizin, aynı hak kurulmasına veya devrine ilişkin protokol hükümleri gereğince tescil işlemi yapılmamaktadır. Hatta mahkeme kararlarının infazı hakkında hukuki görüş istenmesi sebebiyle Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği tarafından yapılan değerlendirmeye göre⁶⁸ kısa kararda “tescil” ifadesi yer almadıkça tapu sicil müdürlükleri boşanma kararı uyarınca tescil işlemi yapmamalıdır. İlgili müşavirlikten görüş istenen olayda anlaşmalı boşanma protokolünde “*Taraflar karşılıklı olarak birbirinden gerek bu davada ve gerekse bundan sonra nafaka ve tazminat talep etmeyecekler, buna karşılık Zafer D.’nin maliki olduğu halen davalı ...’in ikamet ettiği ... Mah. 73 pafta, 7338 ada, 1 parselde bulunan 202/42 Sk. No: 4 D: 19 Buca/İzmir adresindeki mesken vasıflı taşınmaz ... adına tapuda devir yapılacaktır...*” ifadesi yer almaktadır. Boşanma kararının hüküm kısmında da “*taraflar arasında düzenlenen 16/12/2004 tarihli protokolün aynen onanmasına...*” ifadesine açıkça yer verilmektedir. Malik eski eşin tapuda devre yanaşmaması üzerine

⁶⁷ Edis, s. 161. Geçersizlik türleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Oğuzman/Öz, (2019), s. 182 vd.

⁶⁸ B.09.1.TKG.061-647-03-01-10-210/künyeli görüş yazısının tam metni için bkz. <<https://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/tapu>>, s.e.t: 23.09.2019.

diğer eş, ilgili tapu sicil müdürlüğünden kesinleşmiş boşanma kararı gereğince lehine tescil yapılmasını talep etmiş ve talebi reddedilmiştir. Reddin gerekçesi şu ifadelerle belirtilmektedir: “*Karar incelendiğinde, söz konusu taşınmazın mülkiyetinin devri konusunda malik davacıya yükümlülük getirilmiştir. Taraflar devir konusunda anlaşmış ve bu yönde karar verilmiştir. Ancak karar tescil hükmünü içermediğinden ve devre yönelik talep hakkını taraflara yüklediğinden malikin kendi rızası ile Tapu Sicil Müdürlüğünde resmi senet düzenlenmek sureti ile devir teslim yapması, bunun sağlanamaması durumunda boşanma davasının hükmüne göre tescil talebinde bulunanın tapu iptal ve tescil davası açması ve tescil hükmünü içeren kesin yargı kararına göre işlem yapılması gerekmektedir.*” ifadeleriyle talepte bulunan kişiye ikinci bir dava açma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu ikinci davanın ise “tapu iptal ve tescil davası” olduğuna işaret edilmektedir.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Hukuk Müşavirliği'nin yukarıda belirtilen hukuki görüşü birçok açıdan eleştiriye açıktır. İlk olarak, bilindiği gibi tapuya kayıtlı taşınmazlar üzerindeki aynı hakların “devredilmesi” ile kast edilen, sicilde hak sahibi görünen kişinin, sahip olduğu bu hakkı devretmesidir. Zira tapu sicilinde hak sahibi olarak görünmek, eşya üzerinde fiili hâkimiyete de işaret eder ve buna “sicil zilyetliği” denir⁶⁹. Dolayısıyla “devir”in öncelikle, bir eşyanın zilyetliğinin devrini ifade edebileceği düşünülse bile, bahsi geçen protokolde “... ‘*nın makliki olduğu taşınmaz ... tapuda devir yapılacaktır.*” ifadesi, tereddüte mahal bırakmayacak biçimde zilyetliğin değil, aynı hakkın devrini işaret etmektedir. Kaldı ki söz konusu taşınmazda fiilen oturan kişi, yani dolaysız zilyet de lehine tescil talep eden davacıdır. Ayrıca, hukuki görüşün daha da çelişkili olan yönü, davacının uygulamadaki yanlış adıyla “tapu iptal ve tescil davası” açması gerektiğinin belirtilmesidir⁷⁰. Ne yazık ki ülkemizde, TMK m.

⁶⁹ Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel (2017) Şekli Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 112-113.

⁷⁰ Türk Medeni Kanunu'nda taşınmazın aynına yönelik davalardaki terminoloji sorunu ile ilgili olarak bkz. Özmen, Etem Saba/Aydın, Gülşah Sinem(2014) “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/ Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası)”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 6, s. 179 vd.

1025'e dayanan tapu sicilinin düzeltilmesi davası da, TMK m. 716'ya dayanan tescile zorlama davası da "tapu iptal ve tescil davası" olarak adlandırılmakta ve bu davalar arasındaki son derece büyük farklılıklar göz ardı edilmektedir. Bahsi geçen hukuki görüşte kast edilen dava, hukuki dayanağı TMK m. 1025 olan ve öğretide "tapu sicilinin düzeltilmesi davası" olarak adlandırılan dava ise, bu dava tapudaki "yolsuz tescil" in, yani gerçek hak durumunu yansıtmayan tescilin düzeltilmesi amacıyla açılır⁷¹. Bu bilginin somut olaya uygulanması neticesinde ulaşılabilecek sonuç şudur: Davacının malike karşı tapu sicilinin düzeltilmesi davası açması gerektiği tavsiye ediliyorsa, tapuda malik adına var olan kaydın yolsuz olduğu, bir diğer ifadeyle gerçek hak durumunu yansıtmadığı zımnen kabul edilmiş demektir. Bunun anlamı da maddi hukuk bakımından aynı hakkın tescil talebinden önceki bir aşamada, yani tescilsiz kazanma hallerinden biri olan mahkeme kararının şekli anlamda kesinleşmesiyle kaybedildiği, dolayısıyla artık lehine kazandırma yapılan eşin tapuya kayıtlı taşınmaz üzerindeki aynı hakkı tescilsiz olarak kazanmış olduğudur. Tapu sicilinin düzeltilmesi davası sonucunda gerçek hak durumunu yansıtmayan sicil ile maddi hukuk arasındaki farklılığın açıklayıcı bir tescille ortadan kaldırılması sağlanacaktır. O halde maddi hukuk bakımından hak sahibinin davacı eş olduğu ve mülkiyeti tescil talebinden önceki bir aşamada kazandığı kabul edilmekte, fakat boşanma kararının içeriği haline gelmiş protokolün ilgili hükmünün "tescil" sözcüğünü içermemesi nedeniyle ilgili müdürlükçe tescil işleminin yapılmasından kaçınılmaktadır. Bu çelişkili hukuki sonucu kabul etmeye imkân bulunmamaktadır.

Davacı eşin mülkiyet hakkını kesinleşmiş boşanma kararı nedeniyle kazandığı kabul edilmemekte ve açıklayıcı tescil işleminin yapılmasından kaçınılmakta ise, davacıya, açması tavsiye edilmesi gereken dava TMK m. 716/I hükmü olabilir. Eğer bahsi geçen hukuki görüşte "tapu iptal ve tescil davası" ifadesi ile kast edilen, TMK m. 716'daki tescile zorlama davası ise, bu ihtimalde de çelişki yaratan durum, boşanma protokolünün varlığına, geçerliliğine ve bu protokolün hukuki anlamda etki ve sonuç doğuracağına

⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, N. 260; Sirmen, Lale (2017) Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.225 vd.

inanarak boşanan ve protokol uyarınca bir aynı veya şahsi hakkın alacaklısı durumunda olan eşin, hâkimin protokolü uygun bulmuş olmasına rağmen kısa kararı yeterince özenli bir biçimde kaleme almamış olması nedeniyle alacağına kavuşamamasıdır. Borçlu durumdaki eş ise hem boşanma davasından beklediği birincil sonuç olan “boşanma ilamı”na kavuşmuş, hem de onun yukarıda bahsi geçen örneklerde olduğu gibi, protokol gereğince borçlanmış olduğu edimi yerine getirmekten kaçınmasına imkân tanınmış olmaktadır. Yargıtay’ın eski tarihli bir kararında⁷² kısa kararda boşanma protokolüne ilişkin hüküm bulunmayıp gerekçede protokole yer verilmesi, örtülü onay olarak nitelendirilmiş, kocanın bir yandan boşanma sonucunu elde edip diğer yandan protokol hükümlerinin geçersiz olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur.

O halde, hukuki görüş bildirilen olayda, boşanma protokolünün “devir” ifadesini içermeyen lafzı değil, protokolün, uygun biçimde kısa kararın içeriği haline gelmemiş olması sorun teşkil etmektedir. Davacı eşin böyle bir durumda bir taraftan kararın eki haline gelmiş bulunan fakat icra kabiliyeti bulunmayan boşanma protokolü ile hukuki sonuca “tescile zorlama” davası açarak erişmesi gerekirken öte taraftan bu yönde uygulama gelişmesi, kişilerin aynı haklarını tehlikeye düşürmekte, bu haklara erişimi güçleştirmekte ve hukuk devleti ilkesine zarar vermektedir. Ortaya çıkan sonuç, kişileri, aynı haklarını elde edebilmek için ikinci bir dava açmaya, yeniden yargılama masrafı yapmaya mecbur bırakmaktadır.

2. Protokolde Wade Kararlaştırılması Halinde

Anlaşmalı boşanma davalarında sıklıkla karşılaşılan durumlardan biri de eşlerden birine ait taşınmazın mülkiyetini diğerine geçiren ya da bir eş lehine sınırlı aynı hak kurulmasını içeren protokol hükümlerinde ifa zamanı olarak boşanma kararının şekli anlamda kesinleşmesinden sonraki bir zamanın kararlaştırılmasıdır. Eşler mülkiyetin devrini veya sınırlı aynı hakkın kurulmasını, bir takvim günü olarak belirleyebilecekleri gibi, belirli bir

⁷² Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E: 1995/925, K: 1995:1772, T: 14.02.1995. Kararın ilgili kısmının metni için bkz. **Özdemir**, s. 224.

sürenin geçmesine dayalı olarak da belirleyebilirler. Bu şekilde karşılaştırılan vadenin⁷³ kısa kararda yer bulması halinde nasıl icra edileceği sorun teşkil etmektedir. Öğretide, oldukça istisnai bazı hallerde vadesi gelmemiş, gelecekte yerine getirilecek alacaklar için eda davası açılabilmesi ileri sürülmektedir⁷⁴. Bir yargılama faaliyeti sonucunda elde edilmiş eda hükmünün ise ilamlı icraya konu olabilecek açıklıkta olması gerekmektedir. İlamı yerine getirecek olan icra veya tapu memurunun tereddüte düşmemesi, hükmü yorumlamak zorunda kalmaması gerektiği bilinmektedir⁷⁵. Hâlbuki, boşanma hükmünün içeriği haline gelen protokolde mülkiyetin devri veya sınırlı ayni hakkın kurulması için bir vade karşılaştırıldığında, kararın şekli anlamda kesinleşmesi anında henüz vade gelmemiş olabilir. Dahası, söz konusu vade belirli ya da belirlenebilir nitelikte olmayabilir. İşte bu olasılıkta, mülkiyetin veya sınırlı ayni hakkın kazanılması, tescilsiz kazanma hallerinden olan mahkeme kararı (TMK m. 705/II) ile gerçekleşmemektedir. Öte yandan, böylesi bir boşanma hükmünün eşlerden birine mülkiyeti devir veya sınırlı ayni hak kurmaya ilişkin bir “yükümlülük yüklediği” kabul edilirse, bu yükümlülük, söz konusu vade dolmuş olmasına rağmen yerine getirilmediği takdirde alacaklı eşe ikinci bir dava açmaktan başka bir hukuki yol bırakılmamış olmaktadır. Bu dava da TMK m. 716/II hükmüne dayanan ve davacının, mahkemeden mülkiyetin kendisine geçirilmesini veya lehine sınırlı ayni hakkın kurulmasını talep ettiği bir davadır⁷⁶.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı⁷⁷ uyarınca da “Boşanma ilamında tescilin davacı adına yapılabilmesi için hükmün 4. maddesine ‘Taraflar arasındaki anlaşma uyarınca davacı tarafın maddi ve manevi tazminat taleplerinin karşılığı olarak tapu sicilinde davalı adına tescilli bulunan A1.

⁷³ “Vade” terimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilgin Yüce, Melek** (2015) Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 47.

⁷⁴ Bkz. **Pekcanitez**, C. II, s. 967. Yazar, dönemsel edimlere ilişkin alacakları ve nafaka alacaklarını örnek olarak göstermektedir.

⁷⁵ **Pekcanitez**, C. II, s. 971.

⁷⁶ **Oğuzman/Seliçi/Özdemir**, N. 1501.

⁷⁷ Bkz. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E:2011/5893, K:2011/6616, T: 02.06.2011, kararın tam metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-hukuk-dairesi-e-2011-5893-k-2011-6616-t-02-06-2011>> s.e.t: 09.10.2019.

parşel sayılı 1024/2400 arsa paylı 2532.63 metrekare yüzölçümlü taşınmazın üzerindeki devir yasağı kalktığı gün mesai saati bitimine kadar herhangi bir bedele bağılı olmaksızın davalı tarafından tapu sicilinde davacıya devir edilmesine' ibaresi konulmuştur. Ancak devir yasağı süresi dolduğu halde davalının tapuya giderek devri yapmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda başka türlü davalının tapuya giderek işlemi yapmasını sağlayacak zorlayıcı bir yol bulunmamaktadır.” ifadeleriyle, tapuda devir işleminden kaçınan davalıyı devre zorlamak için ikinci bir dava açılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

O halde, eşlerden birine ait taşınmazın mülkiyetini diğere devretmenin ya da bir eş lehine sınırlı aynı hak kurulmasını içeren, hâkim tarafından uygun bulunmuş protokol hükümlerinde vade kararlaştırılmışsa, boşanma kararının şekli anlamda kesinleşmesi, aynı hakkın tescilsiz olarak kazanılması için yeterli değildir. Tapu sicil müdürlüklerinde, söz konusu mahkeme kararı duraksamaya yer vermeden icra edilebilecek nitelikte olmadığı için tescil işleminden kaçınılmakta, alacaklı eşe, ikinci bir dava açmaktan başka bir yol kalmamaktadır. Hükümün, taşınması gereken özelliklerden uzak olması ve alacaklı eşin ikinci bir dava açması zorunluluğundan ibaret hale gelen bu soruna hukuk sistemi içinde bir çözüm üretilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce de, vadenin kararlaştırıldığı bu gibi yükümlülüklerin yer aldığı boşanma kararlarında alacaklı eş, mülkiyeti veya sınırlı aynı hakkı, mahkeme kararının kesinleşmesiyle tescilden önceki bir aşamada kazanmamaktadır. Zira tapu sicil hukukunun en temel ilkelerinden biri, şarta veya vadeye bağılı tapu sicil işleminin yapılamamasıdır⁷⁸. Protokolde belirlenen vadenin gelmesine rağmen borçlu eş tescil talebinde bulunmaktan kaçınırsa ikinci bir dava açılması gerekmektedir. Nitekim yargı uygulaması da bu yönde gelişmiştir.

3. İfadan Kaçınmanın Hukuki Sonucu

a. Açılması Gereken Davanın Hukuki Niteliği

Eşlerden birine ait taşınmazın mülkiyetini diğere geçiren ya da bir eş lehine sınırlı aynı hak kurulmasını içeren boşanma protokolünün hâkim

⁷⁸ Bkz. Tapu Sicil Tüzüğü m. 16/II. Bkz. RG T:17.08.2013, S:28738.

tarafından uygun bulunmuş fakat kısa kararda protokol hükümlerine açıkça yer verilmeyip yollama yapılmakla yetinilmişse, aynı hakkın tescilsiz olarak (mahkeme kararıyla) kazanılmadığı belirtilmişti. Böyle bir durumda devir borçlusu eş, tapuda ferağa yanaşmazsa alacaklı eşin ikinci bir dava açmaktan başka bir seçeneği kalmamakta idi. Bu davanın hukuki niteliği ise TMK m. 716/I hükmüne dayanan “tescile zorlama davası”dır⁷⁹.

Taşınmazın mülkiyeti ya da taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hak, bu ikinci dava sonucunda verilen kararın kesinleşmesiyle, tescilden önce diğer eşe geçer⁸⁰. Dolayısıyla, tapuda yapılan tescil, kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir. Benzer şekilde, eşlerden birine ait taşınmazın mülkiyetini diğerine geçiren ya da bir eş lehine sınırlı aynı hak kurulmasını içeren boşanma protokolünün vade içermesi durumunda da vade tarihi gelmiş olmasına rağmen borçlu eş tapuda ferağa yanaşmazsa, bu tarihten sonra alacaklı eşin izlemesi gereken yol aynıdır ve tescile zorlama davasının neticesinde aynı hak tescilsiz olarak kazanılmaktadır.

Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra fakat tescile zorlama davasının açılmasından önceki bir zamanda taşınmazın mülkiyeti veya taşınmaz üzerindeki sınırlı aynı hak, devir borçlusu eş tarafından protokol

⁷⁹ Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, E: 2014/9251, K: 2014/20692, T: 11.11.2014. Karara göre “2. Aile Mahkemesi’nin 2007/376-545 Esas ve Karar sayılı boşanma dosyasında taraflarca düzenlenen boşanma protokolünün 6. bendiyle davalı ... adına kayıtlı 3020 parsel üzerindeki 28 nolu bağımsız bölümün kararının kesinleştiği tarihten itibaren 1 aylık süre içerisinde davacı ...’e devredileceği kararlaştırıldığına, söz konusu protokol Mahkemece uygun bulunarak onaylandığına, boşanma kararı kesinleşmesine rağmen protokolden öngörülen süre içerisinde taşınmazın devredilmediği anlaşıldığına, her ne kadar dava dilekçesinde tapu iptali ve tescil istenilmiş ise de, islah edilmek suretiyle dava bedele dönüştürüldüğüne, tapu kaydı üzerindeki ipotek ile icra takibinden kaynaklanan kayıt ve kısıtlamalar dikkate alındığında, davacının protokol gereği ayın olarak belirlenen talebini bedele dönüştürmekte hukuki yararının bulunduğu hususunda duraksamamak gerektiğine göre, mahkemece bedele dönüştürülen davanın kabulüne karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir.”. Kararın tam metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2014-9251-k-2014-20692-t-11-11-2014>> s.e.t: 06.12.2019. Kararda, açılması gereken bu dava “tapu iptali ve tescil davası” olarak adlandırılmaktadır.

⁸⁰ Eren, 2016, s. 252.

gereğince alacaklı olan eş veya üçüncü kişi haricinde bir başkasına devredilir veya kurulursa, artık bu kişiye karşı boşanma protokolüne dayanarak tescile zorlama davası açma imkânı kalmamaktadır. Böyle bir olasılıkta açılacak dava, devir borçlusu eşe karşı sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan bir tazminat davası (TBK m. 112 vd.) olabilir. Böyle bir engelle karşılaşmamak adına alacaklının, ihtiyati tedbir talep ederek taşınmazın sayfasına TMK m. 1010/I, b. 1 uyarınca çekişmeli hakların korunmasına ilişkin şerh konulmasını talep etmesi faydalı olur⁸¹. Bu şerh sayesinde alacaklının kişisel hakkı güvence altına alınarak sonradan bu şerhe rağmen taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kişilere karşı da ileri sürülebilir⁸². Şerh, mahkeme kararıyla değil, şerhin tapu siciline yapılmasıyla birlikte etki göstermektedir⁸³.

b. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Boşanma kararının eki niteliğindeki boşanma protokolünün eşlerden birine ait taşınmazın mülkiyetini diğerine geçiren ya da bir eş lehine sınırlı aynı hak kurulmasını içeren hükmünün gereği olarak tapuda ferağa yanaşmayan borçlu eşe karşı açılan tescile zorlama davasına bakmakla görevli ve yetkili mahkemenin tespiti önem taşımaktadır. Hükümde açıkça yer almayan, fakat hâkim tarafından uygun bulunup kararda yollama yapılan protokol hükümleri gereğince tapuda ferağa yanaşmayan eş aleyhine açılacak davalarda görevli mahkeme belirlenirken iki farklı görev kuralından hangisinin uygulanması gerektiği belirlenmelidir. Bilindiği gibi “tapu iptal ve tescil davası” olarak yanlış adlandırılan tescile zorlama davası malvarlığına ilişkin davalardandır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2/I uyarınca “Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.”. Bu hüküm

⁸¹ Anlaşmalı boşanma yargılamasının çekişmesiz yargı faaliyeti kapsamında değerlendirilmesinin çekişmeli hakların tapu siciline şerhi ile ilişkisi hakkında değerlendirmeler için bkz. **Atmaca Ülkü**, s. 176.

⁸² **Doğan, Murat** (2004) Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 141-142.

⁸³ **Doğan**, s. 142.

gereğince, davaya bakmakla görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılabilir. Öte yandan, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca, "...Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler..." aile mahkemelerinde görülür. Boşanma kararının eki haline gelmiş boşanma protokolünden doğan devir borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle açılan dava, boşanmanın hukuki sonuçları arasında değerlendirilerek aile mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Konuya ilişkin Yargıtay içtihatları da bu yönde oluşmuştur. Yüksek Mahkeme, "*Uyuşmazlık, boşanma protokolüne dayalı olarak açılan tapu iptali ve tescil istemine ilişkin olup, Türk Medenî Kanununun ikinci kitabından kaynaklanmaktadır. Buna göre davanın aile mahkemesince görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.*" ifadeleriyle, sorunu aile hukukundan doğan bir uyuşmazlık olarak nitelendirmektedir⁸⁴. Benzer şekilde boşanma protokolünden kaynaklanan intifa hakkının tescili talebiyle açılan davaya bakmakla görevli mahkeme, aynı gerekçe ile aile mahkemesi olarak tespit edilmiştir⁸⁵.

Kanaatimizce aile mahkemesinin görevli olduğunu kabul etmek isabetli değildir. Boşanma kararının şekli anlamda kesinleşmesi ile inşai etki doğar ve boşanma sonucu gerçekleşir. Bundan sonra açılan tescile zorlama davasının özünde malvarlığına ilişkin bir talep yer almaktadır. Eşler arasındaki her türlü

⁸⁴ Bkz. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E: 2016/2065, K: 2016/4743, T: 19.4.2016. Kararın tam metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/20-hukuk-dairesi-e-2016-2065-k-2016-4743-t-19-4-2016>> s.e.t: 11.12.2019. Yüksek mahkeme, boşanma protokolünden kaynaklanan limited şirket payı devrine ilişkin borcun ifa edilmemesi nedeniyle açılan pay devri ve tescili talebiyle açılan davaya bakmakla görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi değil, aile mahkemesi olduğuna hükmetmiştir. Konuya ilişkin bkz. Yargıtay20. Hukuk Dairesi, E: 2015/14878, K: 2015/13172, T: 24.12.2015. Kararın tam metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/20-hukuk-dairesi-e-2015-14878-k-2015-13172-t-24-12-2015>> s.e.t:11.12.2019.

⁸⁵ Bkz. Yargıtay2. Hukuk Dairesi, E: 2016/9085, K: 2017/11878, T: 30.10.2017. Kararın tam metni için bkz. <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/2-hukuk-dairesi-e-2016-9085-k-2017-11878-t-30-10-2017>> s.e.t:12.12.2019.

uyuşmazlık için aile mahkemeleri görevli olarak kabul edilmeyip⁸⁶, talebin içeriğinin aile hukukundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı dikkate alınırken, artık aralarındaki evlilik birliği sona ermiş kişiler arasındaki malvarlığına ilişkin taleplere bakmakla görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu görüşüne katılmaya imkân bulunmamaktadır. Boşanma protokolüne istinaden açılan tescile zorlama davasının malvarlığına ilişkin dava olarak değerlendirilmesi gerektiği ve görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu kanaatindeyiz. Zira bu yaklaşım, yetkili mahkemenin tespiti bakımından da tutarlı bir sonuca ulaşılmasını sağlayacaktır. Tescile zorlama davasının konusu olan aynı hakkın, boşanmanın fer'i sonuçlarından birine ilişkin olduğu kabul edilirse, yetkili mahkeme belirlenirken bu devrin hukuki sebebinin de araştırılması gerekecektir. Örneğin, eşlerden biri yoksulluk nafakası talep etmeme karşılığında taşınmaz üzerinde bir aynı hak kazanmayı tercih etmişse; yetkili mahkeme nafaka alacaklısı eşin yerleşim yeri mahkemesi olarak tayin edilecekken (TMK m.177); mal rejiminin tasfiyesi kapsamında aynı hakkın devri borçlanılmışsa TMK m. 214'e göre yetkili mahkeme tayin edilecektir. Oysa, bu talep aile hukukundan kaynaklanan bir uyuşmazlık olarak değil de malvarlığına ilişkin münferit bir talep olarak nitelendirilirse, yetkili mahkemenin tespiti de daha tutarlı biçimde gerçekleşir. Açılacak tescile zorlama davası taşınmazın aynına ilişkin veya aynı hak değişikliğine yol açacak bir dava olduğu için, yetkili mahkeme de HMK m. 12 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmalıdır⁸⁷. Birden fazla taşınmazın bulunduğu hallerde ise her bir taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yetkili olup bunlar arasında seçim yapma hakkının davacıya ait olduğu kabul edilmektedir⁸⁸.

⁸⁶ **Akkan, Mine** (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 203; **Akkaya**, s. 264.

⁸⁷ Taraflar arasındaki bir sözleşme bir aynı hakkın tescil ve tesisi yükümlülüğü doğuruyor ise böyle bir sözleşmenin ifasını sağlama amacına yönelik davaların da HMK m. 12 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Aydemir Karademir, Dilek** (2019) Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Ankara, s. 314; taşınmazlar üzerindeki aynı hakka veya aynı hak değişikliğine ilişkin davalarda yetki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.s. 322 vd.

⁸⁸ **Aydemir Karademir**, s. 357.

c. Tescile Zorlama Davasının Tabi Olduğu Zamanaşımı

Boşanma kararının eki niteliğindeki boşanma protokolünün eşlerden birine ait taşınmazın mülkiyetini diğerine geçiren ya da bir eş lehine sınırlı aynı hak kurulmasını içeren hükmünün gereği olarak tapuda ferağa yanaşmayan borçlu eşe karşı açılan tescile zorlama davasının tabi olduğu zamanaşımı süresinin tespiti, bu alacağın niteliğinin tespiti ile mümkündür.

Tescile zorlama davası, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan bir dava hakkı olarak nitelendirilecek olursa, bu hak TMK m. 178 uyarınca boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Fakat bu dava, boşanma protokolünden kaynaklanan bir edimin yerine getirilmemesi sebebiyle açılmış bağımsız bir dava olarak nitelendirilirse, TMK m. 178 hükmü uygulama alanı bulmaz⁸⁹. Dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanmalıdır. Kanaatimizce de bu dava, boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin bir dava olarak nitelendirilmemelidir. Tescile zorlama davasının konusu ne bir tazminat ne de nafaka alacağıdır. Bu nedenle boşanma protokolünün gereği olarak ferağa yanaşmayan eşe karşı açılan tescile zorlama davası, özünde sözleşmeden

⁸⁹ TMK m. 178 hükmünün gerekçesinde yer alan “*Madde boşanma sebebiyle açılacak davaların, evliliğin boşanma nedeniyle son bulmasından itibaren bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu hüküm sayesinde evliliğin boşanma nedeniyle son bulmasına rağmen eşlerin yıllar sonra maddî ya da manevî tazminat ya da ilk kez istenilen yoksulluk nafakası dolayısıyla karşı karşıya gelmeleri önlenmek istenmiştir. Bütün alacak istemleri gibi boşanmadan doğ an tazminat ve yoksulluk nafakası istemlerinin de bir zamanaşımı süresinin olması gerekir. Bu süre, evliliğin boşanma sebebiyle son bulmasına ilişkin hükmü n kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır.*” ifadelerden, 1 yıllık zamanaşımı süresinin boşanmanın sonuçlarından maddi ve manevi tazminat ile nafakaya ilişkin açılacak davalar bakımından öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Gerekçe için bkz.

<<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>>, s.e.t.: 14.05.2020. Öğretide bu hükmün boşanmanın bütün fer'i sonuçlarına ilişkin olarak açılacak davalarda uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, N. 823; **Öztan**, s. 856. Edinilmiş mallara katılma alacağının tasfiyesinde katılma alacağına ilişkin talebin tabi olduğu zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğu yönünde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2016/8-1061, K: 2016/959, T: 5.10.2016, kararın tam metni için bkz. <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, s.e.t: 15.5.2020.

kaynaklanan borcun ifasına ilişkin bir talebi içerdiği için on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır⁹⁰. Boşanma protokolünde mülkiyet hakkının devri değil de, sınırlı ayni hakların kurulması borçlanılmışsa, bu talepler de on yıllık zamanaşımı süresine tabi olmalıdır⁹¹. Bu durumda TBK m. 146 hükmü gereğince on yıllık zamanaşımı süresi, borcun muaccel olmasından itibaren işlemeye başlar⁹².

C. KAZANDIRMANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ LEHİNE YAPILMASI HALİNDE

Anlaşmalı boşanma müzakerelerinde eşlerin üçüncü kişi lehine kazandırmada bulunmaları, sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Eşler, boşanma anlaşmasında birine veya her ikisine ait taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişiye devrini veya taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı ayni hak kurulmasını kararlaştırabilirler. Lehine kazandırmada bulunulan üçüncü kişi genellikle eşlerin ortak çocukları olabilmektedir. Boşanma protokolünün hâkim tarafından uygun bulunarak hükmün içeriği haline gelmesi mümkündür. Bununla birlikte, hükümde protokole yollama yapılmakla yetinilmesine uygulamada sıklıkla rastlandığına değinilmişti⁹³. Hukuki sorunlar da esas olarak bu ikinci olasılıkta ortaya çıkmaktadır. Hâkim tarafından uygun bulunan boşanma protokolünde eşlerden birine ait taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişiye devri veya taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı ayni hak kurulması vaat edilmiş olabilir. Öncelikle bu vaatlerin hukuki niteliği, sonrasında tapuda tescile yanaşmayan (borçlu) eşe karşı başvurulabilecek hukuki yollar tespit edilmelidir.

Bilindiği gibi, borç ilişkisi kural olarak tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurur. Fakat istisnai bazı hallerde borç ilişkisi, ilişkinin dışındaki

⁹⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Erdem, Mehmet** (2010) Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 42.

⁹¹ **Erdem**, s. 42.

⁹² **Erdem**, s. 162 vd.

⁹³ Bkz. IV, B, I.

kişiler bakımından da hüküm doğurmaktadır⁹⁴. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde ifanın üçüncü kişilere gerçekleştirilmesi kararlaştırılabilir. Boşanma protokolünde de üçüncü kişiye aynı hak devredileceğine ilişkin taahhütler, edimin üçüncü kişiye gerçekleştirilmesinin öngörüldüğü “üçüncü kişi yararına sözleşme” örneği olarak ortaya çıkmaktadır (TBK m. 129). Devir borçlusu eş vaat eden, diğer eş vaat ettiren, üçüncü kişi de lehdar (yararlanan) durumundadır⁹⁵. Vaat ettirenin, üçüncü kişi yararına böyle bir sözleşme yaparak kazandırmada bulunmasının çeşitli sebepleri (causa) olabilir. Bunlar teminat sebebi, bağışlama sebebi, ifa sebebi veya alacak sebebidir⁹⁶.

Üçüncü kişi yararına sözleşmeler, kural olarak eksik üçüncü kişi yararına sözleşme ve tam üçüncü kişi yararına sözleşme olmak üzere iki türdür. Bu iki sözleşme türü arasındaki temel farklılık, üçüncü kişinin ifayı talep yetkisine sahip olması bakımındandır⁹⁷. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişi yararına bir alacak hakkı doğmamaktadır, bu nedenle de bu kişi, borçludan borcun ifasını isteme hakkına sahip değildir⁹⁸. Fakat tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişi, alacağı doğrudan doğruya kazanmakta ve tek başına dahi ifasını talep edebilmektedir⁹⁹. TMK m. 129 uyarınca üçüncü kişi yararına sözleşmeler kural olarak eksik üçüncü kişi yararınadır. Fakat tarafların iradesine, amacına, örf ve âdete (teamüle) uygun düştüğü ölçüde veya açık bir kanun hükmü bulunduğu hallerde tam üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisinin varlığı kabul edilir¹⁰⁰. Üçüncü kişi yararına sözleşmenin kurulabilmesi için üçüncü kişinin iradesine veya rızasına ihtiyaç

⁹⁴ Bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 441 vd.

⁹⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Akyol, Şener** (1976) Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 10 vd., **Eren, Fikret** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara. (Eren, 2018), s. 1169 vd.

⁹⁶ Bkz. **Akyol**, s. 141 vd., **Eren**, 2018, s. 1177.

⁹⁷ **Eren**, Borçlar, s. 1174.

⁹⁸ **Oğuzman/Öz** (2018), s. 443; **Eren**, 2018, s. 1172-1173.

⁹⁹ **Eren**, 2018, s. 1174.

¹⁰⁰ **Akyol**, s. 24 vd., **Oğuzman/Öz** (2018), s. 445-446; **Eren**, 2018, s. 1174-1175.

bulunmamaktadır¹⁰¹. Üçüncü kişi, kendi yararına böyle bir sözleşmenin kurulmasına engel olamaz; fakat edimi kabul etmeyebilir¹⁰².

Kural olarak borçlandırıcı işlemler üçüncü kişi yararına yapılabilmektedir. Tasarruf işlemleri ise üçüncü kişiler lehine yapılamamaktadır¹⁰³. Fakat üçüncü kişi yararına sözleşmeler, üçüncü kişi lehine tasarruf işlemi yapma vaadi içeren sözleşmeler olarak akdedilebilir. Nitekim boşanma protokollerinde de bir taşınmaz üzerindeki mülkiyetin veya sınırlı aynı hakkın üçüncü kişiye devri veya üçüncü kişi lehine kurulması vaat edilmiş olabilir. Bu sözleşmelerin hukuki niteliğinin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğu kanaatindeyiz. Zira boşanmak isteyen eşlerin dışında, başka birinin, çoğu kez ortak çocuğun bu kazandırmadan yararlanması amaçlanmakta ve bu şartla eşler boşanmaya razı olmaktadır. Dolayısıyla lehine kazandırmada bulunulmak istenen üçüncü kişinin bir alacak hakkı doğmaktadır. Borçlu edimini yerine getirmezse, üçüncü kişi alacağı muaccel olur olmaz bunu borçludan doğrudan doğruya isteyebileceği gibi, gerektiğinde dava da açabilir¹⁰⁴. Öğretide, borcun ifa edilmemesi durumunda vaat ettirenin de borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlere başvurabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁵. Hatta vaat ettirenin, edimin yerine getirilmemesi nedeniyle üçüncü kişinin uğradığı zararın tazminini talep edebileceği de ileri sürülmektedir¹⁰⁶. Bu açıklamalardan hareketle, hâkim tarafından uygun bulunup kararda kendisine yollama yapılan boşanma protokolü uyarınca tapuda ferağa yanaşmayan, tasarruf işlemi yapmaktan kaçınan eş karşı açılacak olan tescile zorlama davası hem eş hem de yararlanan üçüncü kişi tarafından açılabilir. O halde borcun ifa edilmemesi durumunda vaat

¹⁰¹ Oğuzman/Öz (2018), s. 452.

¹⁰² Oğuzman/Öz (2018), s. 453. Böylelikle, üçüncü kişinin hak kazanmasındaki irade dışılık, bertaraf edilmiş olur. Ancak üçüncü kişi edimi reddetmişse, artık alacaklının borçluya karşı üçüncü kişiye ifanın gerçekleştirilmesi talebiyle bir dava açamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Akyol, s. 188 ve 204.

¹⁰³ Oğuzman/Öz (2018), s. 451-452.

¹⁰⁴ Akyol, s. 176, Eren, 2018, s. 1179.

¹⁰⁵ Oğuzman/Öz (2018), s. 455, dñn. 123. Vaat ettiren ile üçüncü kişi birlikte dava açarlarsa aralarında ihtiyari dava arkadaşlığının bulunacağı yönünde bkz. Akyol, s. 210.

¹⁰⁶ Eren, 2018, s. 1186.

ettirenin (devir borçlusunu olmayan eşin) de borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlere başvurabileceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁰⁷. Fakat davanın, ifanın üçüncü kişiye gerçekleşmesi talebini içermesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁸. Açılan bu davanın olumlu sonuçlanması ile aynı hak mahkeme kararının şekli anlamda kesinleşmesi ile tescilsiz olarak kazanılır.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Evlilik birliğini sürdürmek istemeyen, hızlı, barışçıl ve daha kolay biçimde boşanmak isteyen eşler, sıklıkla anlaşmalı boşanma yolunu tercih etmektedir. Bu yargılama faaliyetinde tarafların belirli nitelik ve içerikte ortaya koydukları iradeleri hâkim tarafından uygun bulunarak boşanma kararının içeriği haline gelir. Tarafların boşanma protokolünde birine ait taşınmazı diğerine veya üçüncü kişiye devretmesi yahut sınırlı aynı hak kurmayı borçlanması mümkündür. Bu gibi yükümlülükler içeren boşanma anlaşmalarının “hüküm” içinde ne şekilde yer aldığı son derece önem taşımaktadır. Esasen hâkimin, kararın hüküm fıkrasında boşanma protokolüne açıkça yer vermesi veya sadece protokole yollama yapmakla yetinmesi aynı hakkın mahkeme kararı ile tescilsiz olarak kazanılıp kazanılmaması bakımından belirleyici niteliktedir. Yargı uygulaması, mahkeme tarafından verilen boşanma kararının hüküm fıkrasında açıkça “tescil” ifadesi geçmedikçe aynı hakkın tescilsiz olarak kazanılamayacağı yönünde şekillenmiştir. Dolayısıyla kararda boşanma protokolüne yollama yapılmakla yetinilmesi, hükmün beklenen sonucu doğurmasını engellemektedir. Boşanma kararında protokole yollama yapılması halinde borçlu eşin tapuda ferağa yanaşmaması durumunda, alacaklı eşin veya üçüncü kişinin ikinci bir dava açarak aynı hakkı elde etmesinden başka bir hukuki yol kalmamaktadır. Bu hallerde alacaklı durumundaki eşin, TMK m. 716 gereğince tescile zorlama davası açması gerekir. Benzer bir durum boşanma protokolünde vade kararlaştırılmış olması halinde ortaya çıkar. Aynı hakkın devrine ya da kurulmasına ilişkin vade kararlaştırılan boşanma protokolü,

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz (2018), s. 455.

¹⁰⁸ Akyol, s. 208.

boşanma kararında açıkça yer alsa dahi tapu müdürlüklerinin tescil işlemi yapabilmeleri için ikinci bir davanın açılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu ihtimallerde açılan tescile zorlama davalarına bakmakla görevli mahkeme ise aile mahkemesi olarak kabul edilmektedir. Fakat kanaatimizce boşanma hükmünün inşâi etkisinin ortaya çıkmasıyla artık evlilik birliği sona eren kişilerin aralarındaki tescile zorlama davası, malvarlığına ilişkin bir dava olarak değerlendirilmeli, dolayısıyla taşınmazın bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesi tarafından görülmelidir.

Eşler, boşanma anlaşmasında birine veya her ikisine ait taşınmazın mülkiyetinin üçüncü kişiye devrini veya taşınmaz üzerinde üçüncü kişi lehine sınırlı aynı hak kurulmasını kararlaştırabilirler. Hâkim tarafından uygun bulunup kararda kendisine yollama yapılan boşanma protokolü uyarınca tapuda ferağa yanaşmayan, tasarruf işlemi yapmaktan kaçınan eşe karşı açılacak olan tescile zorlama davası hem eş, hem de yararlanan üçüncü kişi tarafından açılabilir.

Sonuç olarak, eşlerin aralarındaki ihtilafın sürmesini engellemek ve hızlı bir çözüme kavuşmak adına önem arz eden husus, boşanma protokolünün boşanma kararının içeriği haline gelmesinde hâkimin üstlenmesi gereken aktif roldür. Özellikle boşanma protokolünün zorunlu içeriğine ilişkin konularda hâkimin açık, anlaşılır, icra edilebilir nitelikte bir hüküm elde edinceye kadar tarafları anlaşmaya teşvik etmesi ve eşlerin üzerinde anlaştığı konuları uygun buluyorsa boşanma hükmünün içeriği haline getirmesi gerekir. İcrası mümkün olmayan bir protokolün yaratacağı hukuki sorunların, protokolün kararın sadece “eki” haline getirilerek daha da içinden çıkılmaz hale getirilmesi ne tarafların menfaatiyle ne de usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşır. Bu nitelikleri taşımayan bir boşanma anlaşmasını uygun bulmasına rağmen icra edilebilir açıklıkta ve kesinlikte hüküm tesis etmeyen hâkimin hukuki sorumluluğuna başvurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya** (2018) Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Akkan, Mine** (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. I, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Akkaya, Tolga** (2017) Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Akyol, Şener** (1976) Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Arbek, Ömer** (2005) “Boşanmanın Mali Sonuçları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 54, S: 1, s. 115-163.
- Atalı, Murat** (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. III, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Atmaca Ülkü, Hande** (2017) “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma Protokolü” (Doktora), Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Aydemir Karademir, Dilek** (2019) Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Ankara.
- Bilgin Yüce, Melek** (2015) Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Boran Güneysu, Nilüfer** (2014) Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol** (2017) Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Doğan, Murat** (2004) Tapu Sicilinde Tasarruf Yetkisi Kısıtlamasının Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüüş, Mustafa Alper** (2019) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Edis, Seyfullah** (1987) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, gözden geçirilmiş 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Elçin Grassinger, Gülçin** (1997) “Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi Mecmuası Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan Sayısı, C: 55, S: 3, s. 235-242.
- Erdem, Mehmet** (2010) Özel Hukukta Zamanaşımı, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Eren, Fikret** (2016) Mülkiyet Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara. (Eren, 2016).
- Eren, Fikret** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara. (Eren, 2018).
- Esener, Turhan** (1951) “Boşanmanın Fer’i Neticelerine Dair Mukaveleler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 3, s. 610-628.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2015) Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Oğuzman, M. Kemal/ Selçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe** (2017) Eşya Hukuku, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Öncü, Özge** (2017) “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 Özel Sayı, C. 19, s. 793-835.
- Önen, Ergun** (1981) İnşai Dava, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Yüksek Okulu Yayınları, Ankara.
- Özdemir, Nevzat** (2003) “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma” (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özmen, Etem Saba/ Aydın, Gülşah Sinem** (2014) “Tapu İptal Davası Olarak Yanlış Adlandırma İle Açılan Davalar (Tescili İsteme Davası/Yolsuz Tescilin Düzeltilmesi Davası”, İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 6, s. 179-215.
- Öztan, Bilge** (2015) Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Pekcanitez, Hakan** (2017) Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C. II, 15. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul.
- Pulaşlı, Hasan** (1989) Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Dayınlarlı Yayınları, Ankara.

- Schwenzer, Ingeborg/ Fankhauser, Roland** (2017) Scheidung Band I: ZGB / Band II: Anhänge, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern.
- Seçer, Öz** (2016) “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, S: 2, s. 259-286.
- Sirmen, Lale** (1992) Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Sirmen, Lale** (2017) Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Tanrıver, Süha** (1998) “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C: 19, S: 4, s. 43- 50.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel** (2017) Şekli Eşya Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara.
- Yılmaz Bilgin, Esra Pınar** (2016) Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://www.tkgm.gov.tr>

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

REKLAMA HUKUKİ AÇIDAN BİR BAKIŞ

Arş. Gör. Burcu Bahar ÇATALOĞLU*

ÖZET

Reklam, Amerikan Pazarlama Birliği tarafından belirli bir kişi, şirket ya da organizasyon tarafından kitle iletişim araçlarına ücreti ödenmiş yahut bağışlanmış bir zaman veya yere yerleştirilen duyuru ya da ikna edici mesaj olarak tanımlanmaktadır.

Tüketici açısından reklam, kendilerine ürün ve markalar hakkında bilgileri sunma, zamandan tasarruf etmelerini sağlama, üretici ve tüketici arasında diyalog kurma bakımından önem taşır. Yoğun rekabet ortamında var olmaya çalışan işletmeler açısından ise reklam, rakiplerine göre öne geçme, pazar payını büyütme yahut mevcut payı koruma gibi amaçlara hizmet eder. Reklam, son olarak genel ekonomi açısından da oldukça önemlidir. Reklam yoluyla talep yaratılmakta ya da arttırılmakta, bu sayede istihdam, üretim, çeşitlilik ve kalitenin de atışı sağlanmaktadır.

İnsanlar arasında alışverişin başlamasıyla ortaya çıkan reklam düşüncesi, öncelikle sesli reklam olarak başlamış, matbaanın icadından sonra basılı reklamlar görülmeye başlamıştır. Nihayet, giderek gelişen teknoloji ve buna bağlı olarak değişen kitle iletişim araçları yoluyla; günümüzde akla gelebilecek her mecrada reklamcılık faaliyetleri yapılmaktadır.

Hukuk düzeni, hem reklamı yapan-yaptıran tarafın, hem de reklama maruz kalan tarafın hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için birtakım düzenlemeler getirmiştir. Reklamların genel kitleyi yönlendirmesinin önemine binaen, olumsuzların önemine geçebilmek adına denetime tabi tutulmaları bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda gerek ulusal, gerekse uluslararası düzenlemelerde reklama ilişkin temel esaslar belirlenmiştir. Bu düzenlemelerin amacı hem tüketiciyi korumak, hem de haksız rekabetin önüne geçmektir. Bu çerçevede ülkemizde çeşitli kuruluşlar reklamların denetimini gerçekleştirmekte ve kimi yaptırımlar uygulamaktadır.

İşbu çalışma kapsamında reklam kavramı ve tarihi gelişimine değinildikten sonra, reklamlar hukuki açıdan incelenecek ve denetime ilişkin ülkemizde yer alan kuruluşlar tanıtılarak kimi örnek kararlara yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Reklam, haksız rekabet, tüketicinin korunması, reklam yasakları.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, b.bahar@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-6855-6975, (Geliş Tarihi: 03.08.2019 - Kabul Tarihi: 24.12.2019).

AN OVERVIEW OF ADVERTISEMENT FROM A LEGAL PERSPECTIVE

ABSTRACT

Advertisement defined as “*Any announcement or persuasive message placed in the mass media in paid or donated time or space by an identified individual, company, or organization.*” by American Marketing Association. From the standpoint of consumer, advertising is important in terms of providing information about products and brands, enabling them to save time, and establishing dialogue between producers and consumers. In terms of businesses trying to exist in a highly competitive environment, advertising serves the purposes of moving ahead of competitors, increasing market share, or protecting existing share. Finally, advertising is also very important in terms of general economy. Demand is created or increased through advertising, by this way employment, production, diversity and quality are provided.

The advertising idea that emerged as a result of shopping among people started as audio advertising first, and after the invention of printing press, printed advertisements started to appear. Finally, by means of increasingly developing technology and corresponding mass media; advertising activities are being carried out at every possible way today.

The legal order has brought some regulations in place to ensure the rights and freedoms of both the advertiser and the consumer. It is a necessity to be subjected to control in order to be able to prevent the negative effects, with the importance of general audience guidance of the advertisements.

In this context, basic principles of advertising, both national and international, have been set. The aim of these regulations is to protect both the consumer and fair competition. In this framework, various organizations in our country perform advertising control and apply certain sanctions.

In this study, after the concept of advertising and its historical development are mentioned, the advertisements will be examined from a legal point of view, the institutions in our country will be introduced, and some sample decisions will be summarized.

Keywords: advertising, unfair competition, consumer protection, advertising prohibitions.

I. REKLAM KAVRAMI VE REKLAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. REKLAM KAVRAMI

Reklam; temel amacı piyasada yer alan mal ve hizmetlerin satılının arttırılması olan¹, gelişen rekabet ortamında firmaların kendilerine yer bulabilmek, satış amaçlarını gerçekleştirmek ve geliştirmek için kullandığı bir pazarlama yöntemi ve iletişim aracıdır². Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te reklam “*Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol.*” ve “*Bu amaç için kullanılan yazı, resim, film vb.*” olarak tanımlanmaktadır. Bu sözcük dilimize, Fransızca *réclame* kelimesinden geçmiştir³.

Amerikan Pazarlama Birliği (American Marketing Association – AMA), reklamı belirli bir kişi, şirket ya da organizasyon tarafından kitle iletişim araçlarına ücreti ödenmiş yahut bağışlanmış bir zaman veya yere yerleştirilen duyuru ya da ikna edici mesaj⁴ olarak tanımlamaktadır⁵.

Reklam hakkındaki diğer bir tanım ise; tüketicilere bir mal veya hizmetin varlığını bildiren ya da bir markaya, hizmete yahut kuruma dair olumlu izlenim uyandırmak gayesiyle göze ve/veya kulağa hitap edecek mesajların hazırlanması ve çeşitli medya organlarında ücretli olarak yayınlanmasıdır⁶.

¹ **Aslan, Adem** (2012) “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar” (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 5.

² **Yıldız, Sevil** (2013) *Medya ve Hukuk*, 3. Baskı, Ankara, Nobel, s. 174; **Uluğ, Ali Sedat** (2015) *AB ve Türk Hukukunda Reklam Uygulama Esasları Bakış Açısıyla Tüketicilerin Reklama Karşı Tutumu ve Satın Alma Davranışı Arasındaki İlişki* (Doktora), Haliç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 3.

³ <http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.586a90aaeabe17.79220451> s.e.t. 02.01.2017.

⁴ “*Any announcement or persuasive message placed in the mass media in paid or donated time or space by an identified individual, company, or organization.*”

⁵ <<https://www.ama.org/resources/Pages/Dictionary.aspx>> s.e.t. 02.01.2017.

⁶ **Çakır, Hamza** (1996) “Türkiye’de Reklamın Tarihi”; İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: 3, s. 251; **Karpat Aktuğlu, Işıl** (2006) “Tüketicinin Bilgilendirilmesi Sürecinde Reklam Etiği”; Küresel İletişim Dergisi, Sayı: 2, s. 3.

Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce – ICC) tarafından hazırlanan Reklam Uygulama Esasları ilk kez 1937 yılında yayınlanmış, ardından düzenli olarak revize edilmiştir. Son olarak 2006’da birçok pazarlama esası, “Birleştirilmiş Uluslararası Reklam ve Pazarlama İletişimi Uygulama Esasları” adı altında tek bir metinde birleştirilmiştir⁷.

Bu Esasların öncelikli amacı, reklamcılık alanında özdenetim ilkelerini belirlemektir. Böylelikle sorumlu davranış biçimini sergilemek, kamuoyunun güvenini arttırmak, kişilik haklarına saygı göstermek, ifade özgürlüğünü sağlamak ve yasalara olan ihtiyacı en aza indirmeyi sağlamak; Esasların hedefleri arasındadır.

ICC Reklam Uygulama Esaslarının, şirket ve kurumsal tanıtımlar dahil olmak üzere, yapılacak her türlü ürün ve hizmetin tanıtımı için gerçekleştirilecek reklam ve pazarlama iletişimine yönelik olarak kullanılacağı belirtilmiştir. Esaslarda reklam, “*mecralarda bir ücret ya da bir değer karşılığı yayımlanan her türlü pazarlama iletişimi*” olarak tanımlanmıştır.

Avrupa Konseyi Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi⁸, Türkiye tarafından 07.09.1992 tarihinde imzalanmış, 04.11.1993 tarihli ve 3915 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur⁹. Sözleşmeyi Avrupa Konseyi üyesi 39 ülke imzalamış, bu ülkelerden 33 tanesi kendi iç hukuklarında da sözleşmeyi uygulamaya sokmuşlardır¹⁰.

İşbu Sözleşme, yayınlarda yer alan program hizmetlerine ilişkindir. Sözleşmenin 2/1-f bendine göre reklam; “*bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralanmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya*

⁷ Uluslararası Reklam Uygulama Esasları metnine <<http://rd.org.tr/doc/icc-1.pdf>> adresinden erişilmiştir. s.e.t. 02.01.2017.

⁸ Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi metnine <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc077/kanuntbmmc077/kanuntbmmc07703915.pdf> adresinden erişilmiştir. s.e.t. 02.01.2017.

⁹ 3915 sayılı Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, 07.11.1993 tarihli ve 21751 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁰ Sözleşmenin tarafı olan ülkelerin tam listesine <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/132/signatures?p_auth=UCaVih7f> adresinden erişilmiştir. s.e.t 10.01.2017.

reklâmcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklâmcıya tahsis edilen kamu duyurularını” ifade etmektedir.

Ulusal mevzuatımızda reklamlarla ilgili temel düzenlemelerden biri olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)¹¹, 61. maddesinde ticari reklamı tanımlamıştır. Bu düzenlemeye göre; *“ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular”*, ticari reklamdır.

En geniş anlamıyla bir mal ya da hizmetin tercih edilirliliğini arttırabilmek için bedel karşılığında yapılan her türlü tanıtım olarak tanımlanabilecek olan reklam, tüketicinin seçimini doğrudan etkilemektedir¹².

Tüketici açısından reklam, kendilerine ürün ve markalar hakkında bilgileri sunma, zamandan tasarruf etmelerini sağlama, üretici ve tüketici arasında diyalog kurma bakımından önem taşır. Yoğun rekabet ortamında var olmaya çalışan işletmeler açısından ise reklam, rakiplerine göre öne geçme, pazar payını büyütme yahut mevcut payı koruma gibi amaçlara hizmet eder. Reklam, son olarak genel ekonomi açısından da oldukça önemlidir. Reklam yoluyla talep yaratılmakta ya da arttırılmakta, bu sayede istihdam, üretim, çeşitlilik ve kalitenin de atışı sağlanmaktadır¹³.

Reklam, çeşitli kitle iletişim araçları vasıtasıyla ürün veya hizmeti tüketicilere tanıtıp onlar tarafından satın alınmasını amaçlar. Reklamın bilgi vermek, ikna etmek, hatırlatmak, talep ve imaj yaratmak gibi amaç ve işlevleri bulunmaktadır¹⁴.

¹¹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹² **Şahinci, Dilek** (2010) “İnternet Üzerinden Satış Reklamlarının Reklam Verenler Yönünden Aldatıcı Reklam Hükümleri Açısından İncelenmesi” (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 16, 19.

¹³ **Uluğ**, s. 9-10.

¹⁴ **Karpak Aktuğlu**, s. 4, **Şahinci**, s. 24.

Reklam, özel bir malın, markanın ya da ürünün reklamı olabileceği gibi; kurumsal reklam da olabilir. Kurumsal reklamlarda amaç kurum imajı yaratmak, kuruma karşı olumlu imaj yaratmak ya da bu imajı pekiştirmekken; konu kurumun kendisi yahut faaliyetleridir. Marka ya da ürüne yönelik reklamlarda ise içerik bakımından farklı sınıflandırmalar mevcuttur. Yeni bir mal veya hizmet fikrini, bir mal veya hizmet grubunu tanıtmaya ve benimsetmeye amaçlı güden reklamlara *öncü reklam* denir. Seçici talep ya da marka tercihi yaratmaya çalışan ürün reklamları, *rekabet edici* reklamlardır. Son olarak; uzun zamandır var olan ancak satışlarında azalma görülmeye başlanan ürünler hakkında, talebi yeniden canlandırmayı amaçlayan reklamlara ise *hatırlatıcı reklam* denilmektedir¹⁵. Hatırlatıcı reklamlar, genellikle tüketim malları kategorisinde, bilhassa ürün yaşam eğrisinin olgunluk ve sona erme dönemlerinde yer alan ürünler için kullanılmaktadır¹⁶.

Belirli bir mal, fikir, hizmeti kişi veya kurumla ilgili mesajların hedef kitleye ulaştırılmasına hizmet eden reklam; bu sırada çeşitli reklam araçlarından faydalanır. Reklamın başarısı açısından kitle iletişim aracının seçimi önem arz etmektedir. Bu seçim yapılırken kullanılacak pazarlama yaklaşımı, kültür, yaş, gelir düzeyi, hedef kitlenin ne kadar büyük olduğu, cinsiyet, yaşanılan bölge gibi unsurlar göz önünde tutulmalıdır¹⁷.

Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, tek başına bir ürün veya hizmetin tanıtılması yahut övülmesinin her zaman reklam yapıldığı anlamına gelmeyeceğidir. Reklam yapan kişide, kendisi veya 3. kişi lehine, planlı ve kazanç elde etme amacı taşıyan bir reklam yapma iradesi bulunmadığı müddetçe; rastgele ve bir seferliğine sarf edilen ifadelerin reklam olarak kabul edilmemesi gerekir¹⁸.

¹⁵ Uluğ, s. 13-14.

¹⁶ Karpat Aktuğlu, s. 4.

¹⁷ Uluğ, s. 16-17.

¹⁸ Aslan, s. 18.

B. REKLAMIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Reklam fikri, insanlar arasında alışverişin başlamasıyla ortaya çıkmıştır¹⁹. Ürün veya hizmet kaliteli de olsa, bunların varlığı ve işlevleri hedef kitleye duyurulmadıkça satış çabalarının amacına ulaşması oldukça güçleşecektir²⁰.

Sözlü olarak yapılan reklamın, ticari faaliyetlerin başlamasıyla ortaya çıktığı düşünülmektedir. İlk reklamlar sesli olarak, tellallar aracılığıyla yapılmaktaydı²¹. Yazılı reklamın ne zaman başladığı tam olarak bilinmemekle birlikte, şu an British Museum'da bulunmakta olan ve yaklaşık 3000 yıl önce yazıldığı düşünülen bir papirüsteki duyuru, şimdilik bilinen ilk yazılı reklamdır²².

Matbaanın icadıyla günümüz reklamcılığının temelleri atılmıştır. Matbaanın icadından otuz yıl kadar sonra, İngiltere'de bir matbaacı, basımını yaptığı kitapları tanıtmak için afiş hazırlamış ve bu afişi bir kilisenin duvarına asmıştır²³.

Bilinen ilk gazete reklamı, 1525 yılında Almanya'da yayınlanan bir ilaç reklamıdır. Amerika Birleşik Devletleri'nde yayımlanan ilk reklam, Boston Newsletter'da yer alan, emlakçılıkla ilgili bir ilandır.1840'lı yıllardan itibaren dergilerde fotoğraflı reklamlar kullanılmaya başlanmıştır. 1940'larda ise, televizyonun etkisiyle reklamcılık gittikçe yükselen bir ivme kazanmıştır. İlk televizyon reklamı 1941 yılında New York'ta, WNBT adlı kanalda yayımlanmıştır. İlk renkli televizyon reklamı ise 1969 yılında yayımlanan 30 saniyelik bir bezelye reklamıdır²⁴.

Ülkemizde ise eski dönemlerde tellallar ve çığırkanlar vasıtasıyla sesli olarak sürdürülen reklamcılık, medyanın gelişmesiyle değişip gelişmiştir. Osmanlı döneminde ticari reklamların gelişiminde, Türkçe basından önce

¹⁹ **Güdücü, Arat** (2016) "Reklamların ve Video Tanıtımlarının Gelişimi" (Yüksek Lisans), İstanbul Arel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 7.

²⁰ **Uluğ**, s. 5.

²¹ **Güdücü**, s. 7.

²² **Uluğ**, s. 5.

²³ **Güdücü**, s. 9; **Uluğ**, s. 6.

²⁴ **Uluğ**, s. 6.

ortaya çıkan yabancı dildeki basının, özellikle de Fransızca gazetelerin payı büyüktür²⁵. İlk basın reklamı, 1864 yılında Tercüman-ı Ahval gazetesinde yayınlanmıştır ve Yeni Cami avlusunda tabak – çanak satan bir mağazanın, Ramazan ayı dolayısıyla yeni çeşitler getirdiğini duyurmaktadır²⁶. Ülkemizde ilk resimli ilan ise 1842 yılında bir nasır ilacı için verilmiştir²⁷.

Sultan II. Abdülhamit döneminde, Padişahın doktoru, dişçisi, şekerlemecisi, terzibaşı; açtıkları dükkanların ve büroların tanıtımlarında padişahın tuğrasını kullanmış, “*Padişah hep bizden alışveriş eder.*”, “*Padişahın sıhhatine biz bakıyoruz.*”, “*Padişahın ağzını biz tatlandırıyoruz.*” benzeri sloganlarla halkı etkileme çabasında olmuşlardır²⁸.

Cumhuriyet döneminde reklamcılık ivme kazanmıştır. Nitekim, 1928’de 50 bini bulmayan gazete tirajları, 1936’da 150 bin çıkmış; gazeteler aylık ortalama 3 bin liralık reklam geliri elde etmeye başlamışlardır²⁹. 1960’lı yıllarda radyo reklamları ön plana çıkmış, 1980’li yıllarda ise özellikle büyükşehirlerde açık hava reklamları görülmeye başlanmıştır³⁰. 31 Mart 1968’de deneme yayınına başlayan TRT de, 3 Mart 1972 tarihinde reklam almaya başlamıştır. Bu dönemden sonra da reklamcılık, gittikçe profesyonel ve bilinçli bir şekilde yapılmaya başlamış ve gittikçe yaygınlaşmıştır³¹.

II. HUKUKİ AÇIDAN REKLAM

Hukuk düzeni, hem reklamı yapan-yaptıran tarafın, hem de reklama maruz kalan tarafın hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için birtakım düzenlemeler getirmiştir. Kişilerle kurum ve kuruluşlar, reklam yaparken tamamen sınırsız değildir, hukuk kurallarıyla bağlıdırlar. Reklam alanında

²⁵ Çakır, s. 251.

²⁶ Uluğ, s. 7.

²⁷ Demirci, Aysel (2015) “Medya Ekonomisinde Reklam: Çocuk Kanalları Örneği” (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 38.

²⁸ Çakır, s. 252.

²⁹ Çakır, s. 253.

³⁰ Uluğ, s. 8.

³¹ Çakır, s. 254.

hukuk kurallarına uymamanın idari para cezası, tazminat, durdurma, kapatma, tekzip gibi yaptırımları bulunmaktadır³².

A. REKLAMLARDA BULUNMASI GEREKEN NİTELİKLER

Reklama ilişkin gerek ulusal, gerekse uluslararası hukuki düzenlemelerde, reklamların taşınması gereken temel nitelikler belirlenmiştir. Bu niteliklerin başında reklamların gerçeği yansıtması ve tüketiciyi yanıltmaması gelmektedir. Buna göre reklamlar hukuka ve ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmalıdır.

ICC Reklam Uygulama Esaslarının ilk maddesinde temel ilke olarak tüm pazarlama iletişiminin yasal, ahlaki, dürüst ve doğru olması gerektiği ve de hiçbir iletişimin kamuoyunun pazarlama iletişimine olan güvenini sarsıcı nitelikte olmaması gerektiği belirtilmiştir.

Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesinin 11. maddesinde de tüm reklamların adil ve dürüst olması gerektiği belirtilmiştir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 61. maddesinin 2. fıkrasında ticari reklamların genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun; doğru ve dürüst olmalarının esas olduğu hükme bağlanmıştır.

Bir başka temel düzenlememiz olan 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun³³ m. 9/6-a hükmüne göre reklamlar; adalet, hakkaniyet ve dürüstlük ilkelerine uygun olmak zorundadır.

Reklamların hukuka uygunluğundan, kanun veya ikincil mevzuat olması fark etmeksizin, emredici hukuk kurallarına uygunluğu anlaşılmalıdır³⁴. Ülkemizde reklamlara ilişkin detaylı düzenlemelerin kanunlardan ziyade ikincil yönetmelikle düzenlendiği hususu da göz önünde bulundurularak, bu görüşün yerinde olduğu değerlendirilmektedir³⁵.

³² Uluğ, s. 39-40.

³³ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, 03.03.2011 tarihli ve 27863 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

³⁴ Yıldız, s. 182-183.

³⁵ Şahinci, s. 43.

Reklamların ahlaka uygun olması, içinde bulunulan zamana göre vicdanlı, ortalama zekaya sahip, dürüst kişilerin ahlak anlayışına uygunluğu ifade eder³⁶. Ahlak kurallarının toplumdan topluma ve aynı toplum içinde yaşayan bireyler arasında dahi farklı olabildiği düşünüldüğünde, bir kriter olarak “genel ahlaka uygun olma” karşımıza çıkmaktadır³⁷. Doğru ve dürüst olma koşulu ise genel dürüstlük kuralı uyarınca belirlenmelidir³⁸. Dürüstlük kuralı, hukukumuzda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun³⁹ 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kural uyarınca herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Bu bağlamda reklam yapma hakkı da anılan ilkeye uygun olarak kullanılmalıdır⁴⁰.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a dayanılarak çıkarılmış olan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁴¹ de reklamlarda bulunması gereken niteliklerle ilgili düzenlemeler getirmiştir. Buna göre, reklamlar genel ahlak kurallarına aykırı ifade ve görüntüler içermeyeceği gibi, kamu sağlığını ve kamu düzenini bozucu nitelikte olamaz. Şiddet hareketleri ile yasadışı yahut kınanacak davranışlara yol açan, göz yuman, destekleyen veya özendiren unsurlar içeremez.

Yönetmelikle reklamların hasta, çocuk ve yaşlıları istismar edici ifade veya görüntüler içermesi; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri özelliklere yönelik ayrımcılık içermesi, insan onuruna veya kişilik haklarına zarar vermesi yasaklanmıştır. Reklamlar, tüketicilerin korkularını ve batıl inançlarını istismar edemez.

Ayrıca reklamların; ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinciyle ve haksız rekabete yol açmayacak biçimde, ortalama tüketicinin algılama düzeyiyle tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanmaları da

³⁶ Yıldız, s. 182-183.

³⁷ Şahinci, s. 44.

³⁸ Yıldız, s. 182-183.

³⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁰ Şahinci, s. 46.

⁴¹ Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

gerekmektedir. Reklamlarda tüketicinin güveni hiçbir şekilde kötüye kullanılmamalı ve bilgi ile tecrübe noksanlıkları istismar edilmemelidir. Yönetmelikte reklamların hiçbir konuda tüketiciyi doğrudan yahut dolaylı şekilde yanıltabilecek ifade ve görüntüler içermeyeceği düzenleme altına alınmış ve bu kapsamda bazı hususlar özellikle vurgulanmıştır.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'ne göre reklamlarda, tüketicinin sahip olduğu yasal hakların, sanki onlara fazladan sunulan bir hakmış gibi gösterilmemesi gerekmektedir. Ayrıca, araştırma sonuçları ve bilimsel yayınlardan yapılan alıntıların çarpıtılmayacağı, istatistiklerin gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak şekilde sunulmayacağı, bilimsel terimlerin yanıltıcı biçimde kullanılmayacağı hususları da anılan Yönetmelik ile düzenleme altına alınmıştır.

Bu düzenlemelerle, reklam kuruluşları tarafından tüketicinin psikolojik açıdan sahip olması muhtemel zayıflıklarından faydalanılmasının ve bu yolla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁴².

Gerek uluslararası gerekse ulusal mevzuatımızda yer alan bu düzenlemelere bakıldığında; ticari iletişimde pasif bir alıcı rolünde bulunan ve bilgi eksikliği, tecrübesizlik ve buna benzer nedenlerle zayıf durumda olan tüketicinin, menfaatine aykırı kararlar almasına neden olabilecek reklamlardan korunması ile dürüst ve adil bir rekabet ortamının sağlanması ve muhafaza edilmesinin amaçlandığı görülmektedir.

B. ALDATICI REKLAM

Aldatıcı reklamlara ilişkin olarak 84/450/EEC sayılı Avrupa Konseyi Direktifi⁴³ m. 2/2'de, bu Direktifin amaçları bakımından aldatıcı reklam, *“sunulması da dahil olmak üzere herhangi bir biçimde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltma ihtimali olan; bu yanıltıcı niteliği sebebiyle*

⁴² Özel, Çağlar (2016) Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 286.

⁴³ 84/450/EEC sayılı Direktif metnine

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984L0450:EN:HTML>> adresinden erişilmiştir. s.e.t. 10.01.2017.

onların ekonomik davranışlarını etkileyebilen veya bu nedenlerle bir rakibe zarar veren ya da zarar verme ihtimali olan reklam” olarak tanımlanmıştır⁴⁴.

Aldatıcı reklamlar; hem bireysel tüketici seviyesinde, hem firma, Pazar ve sektör seviyesinde, hem de toplumsal seviyede olumsuz sonuçlara yol açmaktadır⁴⁵. Bu anlamda, tüketiciler aldatıcı reklamlara karşı korunmalı ve reklamların doğru ve dürüst bir şekilde yapılması sağlanmalıdır⁴⁶.

Reklam verenlerin reklamda öne sürdükleri iddialar ispatlanabilir olmalıdır⁴⁷. Önemli ölçüde yanlış, eksik ya da yanıltıcı bilgi içeren ve bu nedenle hitap ettiği hedef kitlede yer alan makul tüketiciyi aldatan veya bu ihtimale yol açan reklamlar; aldatıcı reklam olarak tanımlanmaktadır⁴⁸. Burada aldatılma ihtimali olan tüketici, ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicidir⁴⁹. Aldatıcı reklamlar gerçek dışı veya abartılmış iddialarda bulunur, eksik bilgilendirir, ürünün görüntüsünü çarpıtır, gerçek olmayan karşılaştırmalarda bulunur⁵⁰. Aldatıcı reklamlarla tüketici kasten yanıltılmış olduğu için, hile unsuru mevcuttur⁵¹.

Bir reklamı aldatıcı reklam olarak tanımlayabilmek için, her şeyden önce anılan reklamın yanlış ya da yanıltıcı olması veya eksik bilgi içermesi gereklidir. Bu değerlendirme yapılırken, reklamın yalnız lafzı değil, bütünü göz önünde bulundurulmalıdır. Makul bir tüketici tarafından ciddiye alınmayacak ölçüde abartılı ifadeler içeren bir reklam aldatıcı olarak

⁴⁴ “*'misleading advertising' means any advertising which in any way, including its presentation, deceives or is likely to deceive the persons to whom it is addressed or whom it reaches and which, by reason of its deceptive nature, is likely to affect their economic behaviour or which, for those reasons, injures or is likely to injure a competitor.*”

⁴⁵ **Toros, Seçil** (2018) “Türkiye’de Aldatıcı Reklamların Denetlenmesi”, Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, S. 29, s. 354.

⁴⁶ **Göle, Celal** (1985) “Türk Hukukunda Reklamların Ön-Denetimi Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: 40, S: 1, s. 256.

⁴⁷ **Özel**, s. 286.

⁴⁸ **Uluğ**, s. 65.

⁴⁹ **Yıldız**, s. 184.

⁵⁰ **Karpat Aktuğlu**, s. 12.

⁵¹ **Ceylan, Ebru** (2003) “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, s. 196.

değerlendirilemeyeceği gibi; reklamdaki ifadeler objektif olarak doğru da olsa, reklamın bütününün yarattığı izlenim nedeniyle reklam aldatici olabilir. Aldatici reklamın bir diğer unsuru, hitap ettiği orta seviyedeki tüketiciyi yanıltması veya bu ihtimalin bulunmasıdır. Eğer reklam özel bir gruba hitap etmekteyse, bu gruba dâhil ortalama bir tüketicinin reklamdaki anlam dikkate alınarak reklamın aldaticılığı belirlenmelidir. Nihayet, reklamdaki adaticılık unsurunun önemli olması gerekir. Bu unsurun önemli kabul edilebilmesinden anlaşılması gereken ise, tüketicinin kararlarını etkileyebilecek nitelikte olmasıdır⁵².

Örneklendirecek olursak, reklamı yapılan deterjanın ürünün mürekkep lekesini çıkardığı ifade edilen bir reklam, tüketicide bu yönde bir beklenti oluşturacaktır. Deterjanın söz konusu lekeyi gerçekte çıkaramıyor olması halinde yapılmış olan reklam, aldatici reklam olarak nitelendirilecektir⁵³.

Bu bağlamda 84/450/EEC sayılı Direktifte, tüketicilerin, rakiplerin ve kamunun yararı açısından aldatici reklamlara karşı tedbirler alınması gerektiği belirtilmiştir. ICC Reklam Uygulama Esasları da “doğruluk” başlıklı 5. maddesinde reklamların yanıltıcı mesajlar içermemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu maddeye göre reklamlar; eksik bilgi vermek, anlam karışıklığına yol açmak, abartılı iddialar öne sürmek suretiyle tüketiciyi doğrudan veya dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler, işitsel ya da görsel unsurlar içermemelidir. Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi de m. 11/2’de reklamların yanıltıcı ve tüketicilerin çıkarlarına zarar verici nitelikte olamayacağını belirtmiştir.

Mevzuatımızda da TKHK m. 61/3’te, 6112 sayılı Kanun m. 9/6-c’de; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından çıkarılan Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁵⁴ m. 9/6-c’de ve o dönemki adıyla Gümrük ve Ticaret Bakanlığı⁵⁵ tarafından çıkarılan Ticari Reklam ve

⁵² Yıldız, s. 184-186; Uluğ, s. 66; Karpat Aktuğlu, s. 12.

⁵³ Özel, s. 286.

⁵⁴ Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁵⁵ 9 Temmuz 2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmi Gazete (3. Mükerrer)’de, Anayasa’da Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK No.

Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 7’de aldatıcı reklam yasaklanmıştır.

Bu düzenlemelere göre reklam, tüketiciyi aldatacak ve onun sağlığı, güvenliği ve ekonomik çıkarlarına zarar verecek nitelikte olamaz, doğrudan veya dolaylı olarak yanıltıcı ifadelere yer veremez. Tanıtılan ürün veya hizmet hakkında “aldatıcı” düzeye ulaşan eksik bilgilere ve abartılı ifade ve görüntülere reklamlarda yer verilemez.

Ülkemizde aldatıcı reklamların denetlenmesi konusunda yapılan bir çalışmada, yapılan denetimlerin reklamlarda aldatıcı taktiklerin kullanılmasını önleme noktasında etkisiz ve yetersiz kaldığı tespiti yapılmıştır. Bunun nedenleri ise “aldatıcı reklam” tanımının ve “ortalama tüketici” kavramının net olmayışı ve denetim sürecinin genellikle şikâyete bağlı olması dolayısıyla sürekliliğin bulunmaması olarak değerlendirilmiştir⁵⁶.

Aldatıcı reklamlara ilişkin denetleme kuruluşları tarafından verilen düzeltme kararları uyarınca yapılan reklamlar, “düzelti reklamı” olarak adlandırılır. Bu reklamlarla aldatıcı reklamlarla yaratılan hatalı izlenimlerin düzeltilmesi amaçlanmaktadır⁵⁷.

C. İSTİSMAR EDİCİ REKLAM

Tüketicilerin acıma, şefkat, yardımseverlik, vatanseverlik, sosyal sorumluluk gibi duygularını tahrik ederek ürün veya hizmetin satılmasını sağlamaya yönelik reklamlar; istismar edici olarak nitelendirilmektedir. Tüketicinin hislerine hitap eden reklamlar bu hisleri gereksiz yere tahrik etmemeli, bu anlamda ölçülü olmalıdır⁵⁸.

Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için, yukarıda bahsedilmiş olan tüm ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde tüketicilerin tecrübe ve bilgi

703) yayınlamış ve bu KHK ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Ekonomi Bakanlığı ile birleştirilerek, “Ticaret Bakanlığı” adını almıştır. Bkz. <<https://www.bik.gov.tr/8-bakanlik-birlestirildi-2-bakanligin-ismi-degisti/>> s.e.t. 02.07.2019.

⁵⁶ **Toros**, s. 365.

⁵⁷ **Karpat Aktuğlu**, s. 12.

⁵⁸ **Uluğ**, s. 66; **Yıldız**, s. 186.

eksikliklerini ve özellikle çocukları ve kadınları istismar eden reklamların yapılması yasaklanmıştır. Bu anlamda reklamlarda kadın bedeni cinsel meta olarak kullanılamaz. Yine çocukların zihinsel, fiziksel ve ahlaki gelişimlerine zarar verecek reklamlar yapılamaz. Çocuklar, belli bir ürün veya hizmeti satın almaya ya da kiralamaya doğrudan yönlendirilemez, bu amaçla ebeveynlerini veya başkalarını ikna etmeye teşvik edilemez. Reklam yapılırken çocukların sahip oldukları deneyim göz önüne alınmalı ve buna göre ilgili yaş gruplarında gerçek dışı beklentilerin oluşmasına yol açılmamalıdır.

Çocuklar, reklamlardan en çok etkilenen kesimdir. Kendilerine yönelik olmayan reklamlarda dahi yetişkinlere göre daha fazla ayrıntıyı hatırlamaktadırlar. Yapılan araştırmalar, okuma yazma bilmeyen çocukların bile bazı ürünleri marka ismini belirterek ve ısrarla istediklerini ve bu yolla ebeveynlerinin tüketim tercihleri üzerinde etkide bulunabildiklerini göstermiştir. Ayrıca çocukların büyük kısmı, özellikle de küçük yaşlarda, reklamlarda gösterilenlerin ve söylenenlerin doğru olduğuna inanmaktadır⁵⁹.

Bilhassa küçük yaş gruplarındaki çocuklar, reklamların gerçek amaçlarını algılayamamakta, hatta gerçek ve hayal ürünü arasındaki ayrımı dahi net olarak yapamamaktadırlar⁶⁰. Çocuklara yönelik reklamlarda, çocukların bilgi edinme ve yorumlama süreçlerinin yetişkinlerden farklı olduğu gözden kaçırılmamalı, bu konuda oldukça dikkatli davranılmalıdır⁶¹.

D. TÜKETİCİNİN CAN VE MAL GÜVENLİĞİNİ TEHLİKEYE DÜŞÜREN REKLAM

Gerek ulusal gerekse uluslararası mevzuat uyarınca reklamlar, tüketicilerin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürecek nitelikte olamaz. Bu yasak kapsamında iki unsur yer almaktadır. Bunların ilki, reklamdaki ifade,

⁵⁹ Elden, Müge / Ulukök, Özkan (2006) "Çocuklara Yönelik Reklamlarda Denetim ve Etik", Küresel İletişim Dergisi, S. 2, s. 4.

⁶⁰ Ceylan, Levent / Baruönü Latif, Özge / Örs, Müge (2018) "Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 'Çocuklara Yönelik Reklamlar' Başlıklı Maddesine Aykırılıktan Ceza Almış Reklamların Tüketicideki Algısı", Selçuk İletişim Dergisi, C: 11 S: 2, s. 377.

⁶¹ Karpal Aktuğlu, s. 16.

bilgi veya görüntünün tüketici tarafından kullanılması veya icra edilmesi halinde tehlike yaratmaması gerekliliğidir. Bir diğer unsur ise doğrudan doğruya reklamlarla tanıtılan ürün veya hizmetin kendisinin tüketicinin can ve mal güvenliği açısından tehlike oluşturmaması gerekliliğidir⁶².

E. ÖRTÜLÜ REKLAM

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m. 9/1 ile reklamların, yayın hizmetinin diğer unsurlarından görsel ve işitsel olarak kolaylıkla ayırt edilebilmesi zorunlu kılınmıştır. Bunun yanında Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 6'da da, biçimi veya yayınlandığı medya organı fark etmeksizin, bir reklamın reklam olduğunun açıkça anlaşılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Aynı ilke, ICC Reklam Uygulama Esasları m. 9 ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi m. 13/1'de de belirtilmiştir.

Bu doğrultuda, 6502 sayılı TKHK m. 61/4'te programlarda reklam olduğu açıkça belirtilmeden; mal ve hizmetlere ilişkin isim, marka, logo gibi unsurların, reklam amacıyla yer alması örtülü reklam olarak tanımlanmış ve yasaklanmıştır. Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te de, reklam yapmak amacıyla mal veya hizmet üreticilerine ait faaliyet, marka, ad, hizmet gibi unsurlara reklam kuşağı dışında ve reklam olduğu açıkça belirtilmeden yer verilmesi "gizli ticari iletişim" olarak tanımlanmış ve yasaklanmıştır.

Örtülü reklam yasağı kapsamında ürün yerleştirmeye de değinmek gerekmektedir. Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte ürün yerleştirme; *"Bir ürün, hizmet veya ticari markanın, ücret veya benzeri bir karşılıkla program içine dâhil edilerek veya bunlara atıf yapılarak, program içinde gösterildiği her tür ticari iletişim"* şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelikte bu konuda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu bağlamda; sinema ve televizyon için yapılmış filmler ve diziler ile spor ve genel eğlence programlarında ürün yerleştirme yapılabilir. Bu durumda, ürün yerleştirme uygulaması yapılacak programın başında,

⁶² Yıldız, s. 187.

sonunda ve her reklam kuşağı dönüşünde, programda ürün yerleştirme bulunduğu belirtilmelidir. Ürün yerleştirme program bütünlüğünü bozacak şekilde olamaz. Bu bağlamda ürün veya hizmet övülemez, belli bir ürüne yönelik tercih bildirilemez, ürünün satın alınması veya kiralanması doğrudan teşvik edilemez, farklı çekim teknikleriyle ürün ön plana çıkarılamaz. Kısacası yerleştirilen ürün, programın doğal bir parçası gibi kullanılmalıdır.

Reklam yasağı kapsamında olan ürünler, ürün yerleştirmede de kullanılamaz. Ayrıca haber bültenlerinde, dini tören yayınlarında ve çocuk programlarında, ürün yerleştirme uygulaması yapılması yasaktır.

F. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

Kişinin sadece kendisinin ürettiği mal veya hizmetin üstün niteliklerini belirtmesi şeklinde değil; rakibinin şahsı, ürettiği mal veya hizmet, iş şartları gibi unsurlarla açık ya da örtülü şekilde bağlantı kurarak mal veya hizmetini rakibininkiyle kıyaslamak suretiyle reklam yapması durumunda karşılaştırmalı reklam söz konusu olur⁶³. Karşılaştırmalı reklamlar, reklamı yapılan ürün veya hizmetle rakip ürün veya hizmet arasında görünüş, fiyat, kalite gibi özellikler bakımından ilişkilendirme kurarlar ve bunun sonucunda tüketici her iki ürün veya hizmeti mukayese edebilir⁶⁴.

TKHK ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği, karşılaştırmalı reklam yapılmasına belirli bazı sınırlar dâhilinde izin vermiştir. TKHK m. 61/5 uyarınca rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamının yapılabilmesi için, bu mal veya hizmetlerin aynı ihtiyacı karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması gerekmektedir. Yönetmelik ise bu konuya ilişkin daha ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Buna göre karşılaştırmalı reklamlar aldatici veya yanıltıcı olamaz, haksız rekabete yol açamaz. Karşılaştırılacak unsur, tüketici açısından faydalı bir unsur olmalıdır. Ürün veya hizmetlere ait bir veya birden fazla, maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özellik; objektif bir

⁶³ **Bozbel, Savaş** (2006) Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 35.

⁶⁴ **Tatari, Ece** (2019) “Karşılaştırmalı Reklam Yoluyla Haksız Rekabet” (Yüksek Lisans), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 36, **Ceylan**, s. 200.

şekilde karşılaştırılmalıdır. Karşılaştırmalı reklam yapılırken rakibin malları, hizmetleri, faaliyetleri kötülenemez veya itibarsızlaştırılmaz. Yine bu tür reklamların Reklam Kurulunca belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir.

Aldatıcılık unsuru içermediği takdirde, karşılaştırmalı reklamların tüketicinin bilinçli seçim yapmasını kolaylaştıracağı düşünülmektedir⁶⁵.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde, anılan koşullara uyulmak kaydıyla karşılaştırmalı reklamda rakibin ismine, markasına, logosuna, ticaret unvanı veya işletme adına yer verilebileceğine ilişkin düzenleme; Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁶⁶ m. 2 hükmüyle değiştirilmiştir. İşbu değişiklikle; karşılaştırmalı reklamlarda rakiplere ait ürün adı, logo, ticaret unvanı, marka, işletme adı yahut diğer ayırt edici unsurlara yer verilemeyeceği açıkça düzenleme altına alınmıştır. Buna uyulmaması, haksız rekabet sorumluluğuna yol açacaktır⁶⁷.

Karşılaştırmalı reklam aracılığıyla haksız rekabet oluşturacak şekilde hukuka aykırı uygulamalar yapılamaz⁶⁸. Karşılaştırmalı reklam, rakibin piyasada sahip olduğu saygınlığından gereksiz şekilde faydalanmayı sağlayacak şekilde de yapılamaz⁶⁹. Hangi hallerde rakibin piyasadaki itibarından haksız yararlanmanın söz konusu olduğu, her somut olay açısından, bilhassa da reklamın hedef kitlesinin bakış açısı dikkate alınarak ayrıca değerlendirilmelidir⁷⁰. Karşılaştırmalı reklamlarda kötüleme yapılması ise kişilik haklarının ihlali bağlamında ele alınmaktadır⁷¹.

⁶⁵ **Ceylan**, s. 200.

⁶⁶ Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 28.12.2018 tarihli ve 30639 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁶⁷ **Özel**, s. 291.

⁶⁸ **Uluğ**, s. 68.

⁶⁹ **Yıldız**, s. 195.

⁷⁰ **Aslan**, s. 47.

⁷¹ **Karpat Aktuğlu**, s. 14.

G. REKLAM YASAKLARI

Gerek ulusal gerek uluslararası mevzuatta kimi ürünlerin reklamının yapılması yasaklanmış yahut oldukça sıkı koşullara bağlanmıştır. Bu düzenlemeler incelendiğinde reklamı yapılması yasaklanan ürünlerin, tüketicinin sağlığını geri dönülemez şekilde etkileyebilecek ürünler olduğu göze çarpmaktadır. Bu düzenlemelerle tüketicinin aslında kendisine zararlı olan, fiziki ve manevi varlığını olumsuz etkileyebilecek bu ürünlere özendirilmesinin önüne geçilerek korunması amaçlanmıştır.

Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi m. 15 ile tütün ürünleri reklamları yasaklanmış, alkollü içki reklamlarını yapılmasına izin verilmekle birlikte çok sıkı bazı şartlara bağlanmıştır. Yine bu maddeye göre reçete ile satışına izin verilen ilaç veya tedavilerin de reklamı yapılamaz.

Ulusal mevzuatımızda ise 6112 sayılı Kanun m. 11 ile alkol ve tütün ürünleri ile ilgili reklam yapılması kesinlikle yasaklanmış bulunmaktadır. Yine bu madde uyarınca, reçeteye tabi ilaç ve tedaviler hakkında reklam yapılamaz. Reçeteye tabi olmayan ilaç ve tedavilerin reklamı ise dürüstlük kuralı kapsamında, doğrulanması mümkün unsurlardan oluşacak şekilde yapılmalıdır. Kanunun devam eden maddelerinde reklamı yasak olan bu ürünler hakkında ürün yerleştirme de yapılamayacağı ve bu mal ve hizmetlerin üretimi ve satışını yapan kişi veya kuruluşlarca program desteklenmesi (sponsorluk) yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik de reklam yasakları konusunda düzenlemelere yer vermiştir. Bu Yönetmelik m. 12 uyarınca, 6112 sayılı Kanunda belirtilenlere ek olarak, her türlü ateşli veya ateşsiz silah ile silah üreticisi veya satıcılarının reklamlarının yapılması yasaklanmıştır. Ayrıca falcı, medyum, astrolog ve benzerleri ile bunların hizmetlerine; ev ve arkadaş bulma hizmetlerine ilişkin reklam yapılamaz.

Konuları bakımından getirilen bu reklam yasakları yanında, bazı özel kanunlarla belirli meslekleri icra edenlerin reklam yapması da yasaklanmış bulunmaktadır. Bu bağlamda, Avukatlık Kanunu⁷² m. 55 uyarınca avukatlar;

⁷² 1136 sayılı Avukatlık Kanunu, 07.04.1969 tarihli ve 13168 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁷³ m. 10 uyarınca arabulucular; Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁷⁴ m. 24 uyarınca hekimler; Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu⁷⁵ m. 45/5 uyarınca bu meslek mensupları; Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü⁷⁶ m. 9 uyarınca eczacılar reklam yapamazlar. Bu yasaklara uymamanın yaptırımları ise ilgili meslek kanunlarında yahut bu kanunlara dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde öngörülmüş olup, bu gibi durumlarda baroların veya ilgili meslek odalarının çeşitli disiplin yaptırımları uygulaması söz konusu olabilecektir.

Belirtmek gerekir ki günümüzde, özellikle sosyal medya aracılığıyla reklam yasaklarının delinmesi ve bu suretle tüketicilerin mağdur edilmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Özellikle sosyal medyanın dinamik bir yapıya sahip olması, içeriklerin çok kısa sürede pek çok kullanıcıya ulaşması ve aslında tüketici konumunda olan kullanıcıların da sosyal mecralarda yer alan beğenme, paylaşma gibi özellikleri kullanarak bu içeriklerin yayılmasına bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde katkıda bulunmaları gibi hususlar, denetimi oldukça zorlaştırmaktadır. Nitekim bu şekilde aslında reklamı yasak olan bir ürünün reklamının yapılması halinde, denetim sonucunda bu durum fark edilse ve gerekli yaptırımlar uygulansa dahi zarar çoktan doğmuş olduğundan, denetimler ve yaptırımlar etkisiz hale gelmektedir. Bu anlamda özellikle küçük yaşlardan itibaren kişilerde medya okur-yazarlığı bilincinin arttırılması yoluyla, sosyal medyada yasak reklamların yapılması engellenemese dahi, daha az yayılmasının sağlanmasının ve bu tip reklamların yaratacağı zararın azaltılmasının mümkün olacağı kanaatindeyiz.

⁷³ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, 22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁴ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, 14.04.1928 tarihli ve 863 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁵ 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu, 13.06.1989 tarihli ve 20194 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁶ Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü, 27.07.1968 tarihli ve 12961 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

III. REKLAMLARIN DENETLENMESİ

Her ne kadar reklam yapılırken uyulması gereken kurallar hem ulusal ve uluslararası mevzuatla, hem de meslek kuruluşları ve basın örgütleri tarafından yayınlanan etik ilkelerle detaylı olarak düzenlenmişse de, anılan kurallara uymayan reklamlarla sıklıkla karşılaşmaktadır. Bu noktada karşımıza reklamların denetimi sorunu çıkmaktadır.

A. ÖZDENETİM

Reklamlar hakkında özdenetim, ülkemizde iki şekilde gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilki, TRT tarafından kendi mevzuatına göre ve kendi bünyesinde gerçekleştirilen denetim, diğer ise Reklam Özdenetim Kurulu tarafından gerçekleştirilen denetimdir.

Türkiye Radyo – Televizyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik ⁷⁷ m. 26'da Yayın Denetleme ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığının görevleri sayılmıştır. Buna göre Başkanlık, programları tüm mevzuat hükümlerine göre incelemek, bunların olduğu gibi ya da gerekli görülecek ekleme ve çıkarmalarla yayınlanmasının uygun olup olmadığını belirlemekle görevlidir. Bu bağlamda, TRT bünyesinde, tüm yayınlarla birlikte reklamların da mevzuatta belirlenmiş olan kurallara uygunluğunu denetlemek bu Başkanlığın yerinde getirmesi gereken bir görevdir.

1994 yılında Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği üyeleri ile medya temsilcileri tarafından Reklam Özdenetim Kurulu (RÖK), Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'na aykırı olduğunu düşündüğü reklamların düzeltilmesini veya yayınlanmamasını reklam verenlerinden rica etmektedir⁷⁸. Kurula, Esasların ihlal edilen maddesinin açık bir şekilde belirtilerek ve ilgili reklamın bir örneği eklenerek yapılan yazılı başvuruya istinaden, Kurul periyodik olarak gerçekleştirdiği toplantılarda bir değerlendirme yapar. Kurulun görüşleri tavsiye niteliğindedir⁷⁹.

⁷⁷ Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Yönetmelik, 20.10.2009 tarihli ve 27381 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁷⁸ <<http://www.rok.org.tr/>> s.e.t. 11.01.2017.

⁷⁹ <<http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/12/Basvuru-Sekli-ve-Kosullari>> s.e.t. 11.01.2017.

RÖK, başvuru üzerine ulusal mevzuatta yer alan reklama ilişkin düzenlemeler bağlamında yayın öncesi danışma hizmeti de vermektedir. Bu hizmet esnasında belirtilen görüş de tavsiye niteliğinde olup, yasal bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır⁸⁰.

Kamu otoriteleri tarafından RÖK, reklam denetiminde yardımcı bir kuruluş olarak tanınmamaktadır. RÖK de etkinliğini göstermek noktasında istenilen düzeye ulaşamamış durumdadır. Bu nedenle ülkemizde özdenetim mekanizması etkisiz kalmaktadır⁸¹.

B. İDARİ DENETİM

Ülkemizde reklamların idari denetimi, RTÜK ve Reklam Kurulu tarafından yerine getirilmektedir. Bugün için reklam denetiminde temel yöntem idari denetimdir⁸².

1. Reklam Kurulu Tarafından Yapılan Denetim

Reklam Kurulu, TKHK m. 63 uyarınca kurulmuştur. Kurulun görevleri, yapısı, çalışma usul ve esasları temel olarak bu madde ile belirlenmiş, bu konularda bir yönetmelik de çıkarılacağı belirtilmiştir. Reklam Kurulu Yönetmeliği⁸³, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı⁸⁴ tarafından daha sonra çıkarılmıştır.

Reklam Kurulu, TKHK'da yer alan ilkelere göre reklam yapılırken uyulması gereken kuralları belirleyerek tüketiciyi haksız ticari uygulamalardan korumak için gerekli denetimleri yapar. Kurula yapılacak başvurular, yazılı şekilde ya da elektronik olarak yapılır. Yapılacak başvuruda, şikâyete konu olan reklamın yayınlandığı tarih, mecra, neden şikâyet edildiği gibi belirleyici

⁸⁰ <<http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/13/Yayin-Oncesi-Danisma>> s.e.t. 11.01.2017.

⁸¹ **Uluğ**, s. 71.

⁸² **Yıldız**, s. 197.

⁸³ Reklam Kurulu Yönetmeliği, 03.07.2014 tarihli ve 29049 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁸⁴ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Ekonomi Bakanlığı ile birleştirilerek, adının Ticaret Bakanlığı olarak değiştirilmesi ile ilgili bilgi için bkz. yukarıda 56 no.lu dipnot.

unsurlara yer verilmelidir. Reklam Kurulu, yapacağı denetimler sonucunda reklamın yayını durdurma, aynı yöntemle düzeltme, idari para cezası uygulanması gibi yaptırımlara karar verebilir. Reklam Kurulu, tüm mecralarda yayınlanan ticari reklamları denetleme konusunda yetki sahibidir.

Reklam Kurulu tarafından verilen kararlar, Kurul'a ait internet sitesi üzerinden yayınlanmaktadır. Ancak bu internet sitesinde sadece hukuka aykırı olduğu değerlendirilen reklamlar hakkında verilen kararların yayınlanması; bunun haricinde reddedilen şikâyet ve soruşturma sonuçlarına ilişkin herhangi bir bilgi verilmemesi eleştirilmiştir⁸⁵. Yine, Kurul kararlarında yeterli gerekçenin olmaması, varılan kararın hukuki temellerinin yeterli derecede ele alınmaması⁸⁶, iddia ve savunmanın gereğince tartışılmaması, sadece olayın kısaca özetlenerek hangi maddeye aykırılık teşkil ettiğinin belirtilmesi⁸⁷ de bir başka eleştiri noktası olmuştur. Doktrinde yer alan bu eleştiriler, kanaatimizce de oldukça yerindedir.

2. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Tarafından Yapılan Denetim

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) ise 6112 sayılı Kanunun 34-43. maddeleri arasında düzenlenmiştir. RTÜK de radyo ve televizyonlarda yayınlanan ticari ilan ve reklamların denetimini gerçekleştirir. RTÜK, bu reklamlarda uyulması gereken esasları Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile düzenlemiştir.

RTÜK, ticari reklamlarda 6112 sayılı Kanunun ihlal edilmesi nedeniyle uyarma, uyarılan konuda tekrür olması halinde idari para cezası gibi yaptırımlara karar verebilir.

C. ÖRNEK KARARLAR

Çalışmamızın bu kısmında, Reklam Kurulu ve RTÜK tarafından yapılan idari denetim neticesinde verilmiş olan bazı kararlara değinilmiş, bu

⁸⁵ Aslan, s. 169.

⁸⁶ Ürey, Yelda (2010) "Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar" (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 78.

⁸⁷ Aslan, s. 169.

yolla ne gibi somut örneklerin ilgili mevzuat çerçevesinde hukuka aykırı olarak değerlendirildiğinin örneklendirilerek konunun daha net bir çerçevesinin çizilmesi amaçlanmıştır.

1. Reklam Kurulunun 2016/311 Dosya Numaralı Kararı

Karara konu reklamlar, bir internet servis sağlayıcı firmanın “Fiberde Lider Hızda Lider” başlığıyla yaptığı açık hava ve gazete reklamlarıdır⁸⁸. Anılan reklamları inceleyen Reklam Kurulu, halihazırda piyasadaki en yüksek internet erişim hızı olan 1000 Mbps hızın, yalnızca reklamveren firma tarafından kendi kullanıcılarına sunulduğunun, mevzuata uygun bir şekilde kanıtlanamadığını belirtmiştir. Ayrıca belirtilen erişim hızıyla internet hizmeti sunan diğer operatörlerin varlığını da tespit etmiştir.

Mevcut en yüksek hızla internet hizmeti sunan başka operatörlerin varlığına rağmen, reklam veren firmanın kendisini “lider” ifadesiyle tanımlanmasının tüketicileri yanıltıcı ve yanlış yönlendirici nitelikte olduğunu, haksız rekabete yol açtığını ve dürüst rekabet ilkelerine aykırılık teşkil tespit eden Reklam Kurulu, anılan reklamların durdurulmasına karar vermiştir.

Reklamda yer alan “lider” ifadesi, kanaatimizce tüketicide diğer operatörlerin reklam veren operatörün sunduğu hıza erişemediği kanaatini oluşturmaya elverişlidir. Yukarıda belirtildiği gibi, reklam veren, reklamda yer alan iddialarını ispat etmek durumundadır. Bu iddianın kanıtlanamaması nedeniyle Reklam Kurulu kararında da tespit edildiği üzere, mevzuatta yasak olduğu üzere aldatıcı reklam yapıldığı anlaşılmakla, Kurul kararına katılmaktayız.

2. Reklam Kurulunun 2016/425 Dosya Numaralı Kararı

Karar, bir internet sayfasında örtülü reklam yapılmasına ilişkindir. *www.haberler.com* adresli internet sayfasında, haber görünümüyle yayınlanan bir yazıda; kişisel gelişim ve koçluk hizmeti vermekte olan bir firmaya yapılan

⁸⁸ Reklam Kurulunun bu çalışma kapsamında ele alınan tüm kararlarına <<http://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari>> adresinden erişilmiştir. s.e.t. 02.07.2019.

atıfların ve firma hakkında verilen bilgilerin bahsedilen kurumu öven, imajını yükselten ve talep yaratan nitelikte olduğu tespit edilmiştir.

Bu şekilde, söz konusu internet sayfasında, haber görünümü altında, adı geçen kurum ve verdiği hizmetlerin örtülü reklamının yapıldığını belirleyen Reklam Kurulu, anılan reklamların yayınının durdurulmasına karar vermiştir.

Mevzuatımızda örtülü reklam yasaklanmış ve reklamların diğer yayınlardan açık bir şekilde ayrılabilir olması gerekliliği vurgulanmıştır. Kurul kararı bu açıdan değerlendirildiğinde, haber görünümü altında reklam yapılmasının örtülü reklam yasağını ihlal etmesi nedeniyle kararın doğru olduğu kanaatindeyiz.

3. Reklam Kurulunun 2016/425 Dosya Numaralı Kararı

Söz konusu karar, bir ulusal marketler zincirinde satılan ve başka marketlerde yer almayan bir ürünün ambalajında yer alan yanıltıcı ifadelerle ilişkindir.

Sütlü ve kakaolu fındık ezmesinden oluşan bu ikili ürünün ambalajının ön yüzü ve yan yüzünde “%10 Fındık” ibaresi kullanılmış ve bu şekilde ürün içeriğinde bu oranda fındık bulunduğu bilgisi verilmiştir. Ancak etiketin içindekiler bölümü incelendiğinde, ürünün yalnızca kakaolu kısmında %10 oranında fındık püresi içerdiği anlaşılmaktadır.

Adı geçen ürünün tamamını niteleyecek ve tüketicide ürünün tümünde belirtilen oranda fındık bulunduğu algısı yaratacak şekilde, ambalaj üzerinde “%10 Fındık” ifadesi kullanılarak tanıtılmasının; tüketici açısından yanıltıcı, aldatici ve tüketicilerin bilgi ve deneyim eksiklikleri ile güvenlerini istismar edici nitelikte olduğu değerlendirilmesinde bulunan Reklam Kurulu, anılan reklamların durdurulmasına ve anılan marketler zincirine idari para cezası uygulanmasına karar vermiştir.

Anılan karar, televizyon, internet, açık hava gibi alışlagelmiş mecralarda reklam olarak yayınlanmayan, satılan ürünün etiketinde yer alan bir bilginin Kurul tarafından reklam olarak ele alınarak değerlendirilmiş olması bakımından dikkat çekicidir. Ürün etiketinde yer alan bilgi,

kanaatimizce tüketiciyi yanıltarak ürünü satın almaya yönlendirmeye elverişlidir. Bu açıdan kurul kararına katılmaktayız.

4. Reklam Kurulunun 2018/7435 Dosya Numaralı Kararı

Karar, bir mağazada yer alan ürünlere ilişkin indirimli fiyat etiketinde yer alan bilgilerin yanıltıcı olmasıyla ilgilidir.

Yapılan denetimlerde, ilgili mağazada bazı ürünlere ait fiyat etiketlerinde “ilk satış fiyatı” olarak belirtilen miktarın üstünün çizildiği, “indirimli satış fiyatı” olarak daha uygun bir miktarın yazıldığı; ancak etikette belirtilmiş olan fiyatların indirim öncesi fiyatlar olduğunun ve daha önce “ilk satış fiyatı” olarak belirtilen fiyattan satış yapıldığının ispat edilemediği tespit edilmiştir.

Reklam Kurulu yapmış olduğu değerlendirmede, indirim konu satışlarda, gerçekte olandan daha fazla bir indirim yapıyormuş izlenimi yaratılarak tüketicinin bahsi geçen ürünleri almaya teşvik edildiğini, bu suretle tüketicinin yanıltıldığını ve bu reklamların dürüst rekabet ilkesine aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Bunun dışında, mağazadaki indirimin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirtilmediğini, indirimin geçerlilik süresinin bilinmediğini, firmaya ait mağazalarda yıl boyunca indirim afişlerinin yer aldığını işaret eden Reklam Kurulu; ilgili mevzuata aykırı davranan mağaza hakkında idari para ve anılan reklamların durdurulması cezası uygulanmasına karar vermiştir.

Bu kararda da klasik anlamda reklamların değil, ürün etiketinde yer alan bilgilerin Kurul tarafından incelemeye tabi tutulduğu görülmektedir. Günümüz piyasa koşullarında tüketicilerin indirimli ürünlere olan ilgisi göz önünde bulundurulduğunda, gerçek bir indirim olduğu ispatlanmadan ürünlerde indirim etiketinin bulunmasının tüketiciyi aldatıcı şekilde tercihlerini yönlendirmeye elverişli olduğu kanaatindeyiz. Bu açıdan, anılan Kurul kararı kanımızca isabetlidir.

Çalışmamız kapsamında örnek olarak ele alınan Reklam Kurulu kararlarını, kararda yer verilen unsurlar çerçevesinde isabetli bulmakla

birlikte; özellikle kararların gerekçelendirilmesi konusunda öğretilerde yer alan eleştirilere katılmaktayız.

5. RTÜK'ün 2016/58 sayılı Toplantısında Verdiği 45 No.lu Karar

Karar, ulusal bir radyo kanalında yapılan bir programda, örtülü reklam yapılmasına ilişkindir⁸⁹. Kurul tarafından karara konu yayında, kocasından sokakta dayak yiyen bir kadınla ilgili haber verilmesi esnasında, program sunucusuyla programa katılan başka bir kişi arasında geçen bir konuşma havasında görsel ya da işitsel olarak ayırt edici bir unsur kullanılmadan bir giyim firmasının tanıtımının yapıldığı tespit edilmiştir.

Bu nedenle,6112 sayılı Kanun m. 9/3'te belirtilmiş olan gizli ticari iletişime izin verilemeyeceği hükmünün ihlalden dolayı yayıncı kuruluşun uyarılmasına; aynı kanun m. 9/1'de yer alan "ticari iletişimin, yayın hizmetinin diğer unsurlarından görsel ve işitsel olarak kolayca ayrılabilmesi" zorunluluğunun tekraren ihlali sebebiyle yayıncı kuruluşa idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

6. RTÜK'ün 2016/58 sayılı Toplantısında Verdiği 26 No.lu Karar

Karar, ulusal bir televizyon kanalında izleyiciyi yanıltıcı ve istismar edici reklam yapılmasına ilişkindir⁹⁰. Karara konu yayında, çörekotlu ardıc yağlı kremi reklamı yapılmıştır. Bu reklam esnasında tanıtılan kremin bel fitiği, kireçlenme, baş ağrısı gibi sorunlara iyi geldiği belirtilmiş, "*Şu anda Türkiye'de bütün Tıp aleminin tavsiye ettiği Türkiye son zamanlarda en çok satan bitkisel ürünler arasında yer aldığı kanıtlanmıştır.*" ifadesine yer verilmiştir.

⁸⁹ Karar metnine <<https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9uncu-maddesinin-birinci-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-ve-9uncu/22365>> adresinden erişilmiştir. s.e.t. 02.01.2017.

⁹⁰ Karar metnine <<https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9uncu-maddesinin-altinci-fikrasinin-c-bendinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-karadeniz-turk-mmc-yayincilik-a-s/22347>> adresinden erişilmiştir. s.e.t. 02.01.2017.

RTÜK, bilimsel açıdan tedavi edici özellikleri kesin olmayan ürünlerin kullanımının, gerek hasta açısından risk oluşturduğunu, gerekse de modern tıbbın gerçekleriyle bağdaşmadığını; dolayısıyla bu tür yayınların izleyiciyi yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verici nitelikte olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur.

Üst Kurul, tedavide ne derece etkin ve güvenilir olduğu kanıtlanmamış olan ürünlerin sağlık beyanı ile tanıtılmasının; kişilerin hastanelere, tıp doktorlarına ve tıbbi tedavi yöntemlerine olan güvenlerinin zedelenmesine yol açabileceğini; karara konu reklam yayınının kamu sağlığına zararı olabilecek davranışları teşvik edici olduğunu, bu bağlamda da izleyici yanıltan, istismar eden ve izleyicilerin sağlığı ile çıkarlarına zarar veren nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

Sayılan nedenlerle RTÜK; tekrarlanan ihlal nedeniyle yayıncı kuruluşa idari para cezası verilmesine karar vermiştir.

7. RTÜK’ün 2019/23 sayılı Toplantısında Verdiği 7 No.lu Karar

Anılan karara konu olan yayında, bir ürünün prostat ve cinsel rahatsızlıkları tedavi ettiği belirtilerek, sağlık beyanıyla tanıtımına ve satışına yönelik reklam yapılmıştır⁹¹. Bu durumunun ilgili mevzuata aykırı olduğunu tespit eden Üst Kurul, yukarıda anılan kararında olduğu gibi, tedavi etmekte etkili ve güvenilir olduğu kanıtlanmamış ürünlerle ilgili sağlık beyanıyla reklam yapılmasının, insanların hastanelere, hekimlere ve tıbbi tedavilere olan güveninin sarsılmasına yol açabileceğini, toplum sağlığının olumsuz yönde etkilenmesine neden olabileceğini tespit etmiştir.

Yayıncı kuruluşa daha önce idari para cezası ve yayın durdurma cezası uyguladığını, buna rağmen aynı hükmün bir yıl içinde tekraren ihlal edilmesi nedeniyle bu sefer de 10 gün süreyle yayın durdurma cezasının uygulandığını tespit eden RTÜK; aynı hükmün bir yıl içinde ikinci kez tekraren ihlali nedeniyle, anılan kuruluşun yayın lisansının iptaline karar vermiştir.

⁹¹ Karar metnine < <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-8inci-maddesinin-dorduncu-fikrasinin-bir-yil-icinde-ikinci-kez-tekraren-ihlali/27111>> adresinden erişilmiştir. s.e.t. 02.07.2019.

Çalışmamız kapsamında ele alınan RTÜK kararları incelendiğinde, daha önce Reklam Kurulu için yapılan eleştirilerin Üst Kurul kararları açısından da geçerli olabileceğini ifade etmek gerekir. Nitekim Üst Kurul kararlarında da iddia ve savunmaya yer verilmemekte, sadece olay kısaca özetlenerek hangi maddenin ihlal edildiği belirtilmekte ve uygulanmasına karar verilen yaptırım açıklanmaktadır. Bu anlamda Üst Kurulca verilen kararlarda yapılan değerlendirmelerde hangi ölçütlere göre hareket edildiğinin, kararları inceleyenler tarafından anlaşılması zorlaşmaktadır.

SONUÇ

Gelişen teknoloji ile birlikte reklamlar hayatımızın her alanında karşımıza çıkmaktadır. Tüketiciyi olumlu veya olumsuz yönlendirme kabiliyetine sahip olan reklamlar, çok geniş bir kitleyi etkilemektedir. Bu sebeplerden dolayı reklamların denetlenmesi büyük önem ihtiva etmektedir.

Ülkemizde reklamlara ilişkin hukuki düzenlemeler oldukça geniş bir şekilde ele alınmıştır. Bu bağlamda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve bu kanunlara dayanılarak çıkarılmış olan yönetmelikler, reklama ilişkin temel mevzuatımızı teşkil eder.

Ayrıca, uluslararası alanda ICC Reklam Uygulama Esasları ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi de oldukça önemli düzenlemeler içeren ve ulusal mevzuatımızın da şekillenmesinde katkısı bulunan uluslararası hukuki metinlerdir.

Bunlara göre reklamlar aldatıcı, yanıltıcı, istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü nitelikte olamaz. Örtülü reklam yapılması yasaklanmıştır, reklamların normal yayınlardan görüntülü ve sesli olarak kolaylıkla ayırt edilebilmesi gerekir. Özellikle çocuklara yönelik yapılan reklamlarda oldukça dikkatli olunmalı, onların deneyimsizliğinden yararlanılmamalı, fiziksel ve ahlaki gelişimlerine zarar verilmemelidir.

Bununla birlikte alkollü içki, tütün ürünü ve ilaç gibi kimi mamullerin reklamının yapılması yasaklanmıştır. Yine, bazı meslek mensupları, meslek kanunları gereği reklam yapamazlar.

Bu düzenlemelerde yer alan esaslara uygun olarak reklamların idari denetimi ÷lkemizde Reklam Kurulu ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nca gerçekleştirilmekte, hukuka aykırı reklamlar hakkında ise çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aslan, Adem** (2012) “Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar” (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Bozbel, Savaş** (2006) Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ceylan, Ebru** (2003) “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, s. 193-215.
- Ceylan, Levent / Baruönü Latif, Özge / Örs, Müge** (2018) “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 'Çocuklara Yönelik Reklamlar’ Başlıklı Maddesine Aykırılıktan Ceza Almış Reklamların Tüketicideki Algısı”, Selçuk İletişim Dergisi, C: 11 S: 2, s. 374-396.
- Çakır, Hamza** (1996) “Türkiye’de Reklamın Tarihçesi”; İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: 3, s. 251-260.
- Demirci, Aysel** (2015) “Medya Ekonomisinde Reklam: Çocuk Kanalları Örneği” (Yüksek Lisans), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Elden, Müge / Ulukök, Özkan** (2006) “Çocuklara Yönelik Reklamlarda Denetim ve Etik”, Küresel İletişim Dergisi, S. 2, s. 1-23.
- Göle, Celal** (1985) “Türk Hukukunda Reklamların Ön-Denetimi Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: 40, S: 1, s. 255-268.
- Güdücü, Arat** (2016) “Reklamların ve Video Tanıtımlarının Gelişimi” (Yüksek Lisans), İstanbul Arel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Güner, Mine** (2016) “Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markaların Kullanılmasına İzin Veren Düzenleme 31 Aralık 2016 Tarihi İtibariyle Yürürlüğe Giriyor”; Fikri Gündem, Sayı: 12, s. 6-7.

- Karpat Aktuğlu, Işıl** (2006) “Tüketıcınin Bilgilendirilmesi Sürecinde Reklam Etiği”; Küresel İletişim Dergisi, Sayı: 2, s. 1-20.
- Özel, Çağlar** (2016) Tüketıcınin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.
- şahinci, Dilek** (2010) “İnternet Üzerinden Satış Reklamlarının Reklam Verenler Yönünden Aldatıcı Reklam Hükümleri Açısından İncelenmesi” (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tatari, Ece** (2019) “Karşılaştırılmalı Reklam Yoluyla Haksız Rekabet” (Yüksek Lisans), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Toros, Seçil** (2018) “Türkiye’de Aldatıcı Reklamların Denetlenmesi”, Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, S. 29, s. 353-367.
- Uluğ, Ali Sedat** (2015) “AB ve Türk Hukukunda Reklam Uygulama Esasları Bakış Açısıyla Tüketıcilerin Reklama Karşı Tutumu ve Satın Alma Davranışı Arasındaki İlişki” (Doktora), Haliç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ürey, Yelda** (2010) “Türk Hukukunda Karşılaştırılmalı Reklamlar” (Yüksek Lisans), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Yıldız, Sevil** (2013) Medya ve Hukuk, 3. Baskı, Ankara, Nobel.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.586a90aaeabe17.79220451> s.e.t. 02.01.2017.

<<https://www.ama.org/resources/Pages/Dictionary.aspx>> s.e.t. 02.01.2017.

<<http://rd.org.tr/doc/icc-1.pdf>> s.e.t. 02.01.2017.

<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc077/kanuntbmmc077/kanuntbmmc07703915.pdf> s.e.t. 02.01.2017.

<<https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9uncu-maddesinin-altinci-fikrasinin-c-bendinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-karadeniz-turk-mmc-yayincilik-a-s/22347>> s.e.t. 02.01.2017.

<<https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9uncu-maddesinin-birinci-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-ve-9uncu/22365>> s.e.t. 02.01.2017.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/132/signatures?p_auth=UCaVih7f> s.et.
10.01.2017.

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984L0450:EN:HTML>> s.e.t. 10.01.2017.

<<http://www.rok.org.tr/>> s.e.t. 11.01.2017.

<<http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/12/Basvuru-Sekli-ve-Kosullari>> s.e.t.
11.01.2017.

<<http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/13/Yayin-Oncesi-Danisma>> s.e.t.
11.01.2017.

<<https://www.bik.gov.tr/8-bakanlik-birlestirildi-2-bakanligin-ismi-degisti/>>
s.e.t. 02.07.2019.

<<http://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari>> s.e.t.
02.07.2019.

<<https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-8inci-maddesinin-dorduncu-fikrasinin-bir-yil-icinde-ikinci-kez-tekraren-ihlali/27111>> s.e.t. 02.07.2019.

TÜRK HUKUKUNDA “HAYATA KAST” SEBEBİ İLE BOŞANMA VE DOĞURDUĞU HUKUKİ SONUÇLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ (TMK M. 162)

Arş. Gör. Ahmet Fevzi KİBAR*

ÖZET

Türk Hukukunda boşanma, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 161-166 arasında öngörülen genel ve özel sebeplerin gerçekleşmesine bağlı bir hukuki sonuçtur. Kanunda öngörülen özel sebeplerden biri de “hayata kast” fiilidir. TMK m. 162’de öngörülen sebebe dayanarak bir boşanmanın gerçekleşmesi için hayata kast olgusunun varlığı şarttır. Hayata kast fiili, maddi ve manevi iki unsurdan oluşmaktadır. Maddi unsur, hayata kast fiilinin meydana gelmesidir. Manevi unsur ise fiilin kast iradesiyle ortaya çıkmasıdır. Hayata kast sebebiyle boşanmanın diğer boşanma sebepleriyle benzeyen sonuçları olduğu gibi bu sebeplerden ayrılan özel sonuçları da vardır. Hayata kast sebebiyle boşanma sonucunda ortaya çıkan sonuçların, eşler ve çocuklar açısından ayrı değerlendirilmesinde fayda vardır. Eşler açısından ortaya çıkan sonuçlar; kişisel ve mali sonuçlar olarak ikiye ayrılır. Mali sonuçlardan bazıları kusur oranına bağlı olarak değişmektedir. Bu sonuçlar için hayata kast fiili önemli bir ölçüt olmaktadır. Çalışmamızda belirttiğimiz sonuçlardan bir kısmı ise özel sonuçlardır. Bu özel sonuçlardan bazıları, TMK m. 181/2 ve 236/2’de öngörülen sonuçlardır.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, Hayata Kast, Nafaka, Maddi ve Manevi Tazminat.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ahmetfevzikibar@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-1300-6500, (Geliş Tarihi: 23.03.2020 – Kabul Tarihi: 17.07.2020).

**DIVORCE BY REASON OF "ATTEMPT AGAINST LIFE" AND
EVALUATION OF ITS LEGAL RESULTS IN TURKISH LAW (TMK M.
162)**

ABSTRACT

In Turkish Law divorce is a legal consequence related to the realization of general and special reasons envisaged in article (art.) 161-166 of the Turkish Civil Code (TCC). One of the special reasons foreseen in the law is the "attempt against life" fact. For the realization of a divorce based on the reason provided in TCC (art. 162), the existence of an attempt against life act is essential. The act of attempt against life consists of two material and immaterial elements.

The material element is the act of "attempt against life". The immaterial element is that the verb appears with the will of intent. It is useful to evaluate the consequences of divorce due to "attempt against life" separately for spouses and children. Consequences in terms of spouses; It is divided into two as personal and financial results. Some of the financial results vary depending on the fault rate. Act of "attempt against life" is an important criterion for these results. Some of the results we mentioned in our study are special results. A divorce by the reason of "attempt against life" have similar consequences as well as special consequences separated from these reasons. Some of these results are predicted in TCC (art. 181/2 and 236/2).

Keywords: Divorce, Attempt Against Life, Alimony, Material and Immaterial Compensation.

GİRİŞ

Evllenme gibi boşanma hakkı da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır¹. Boşanma, evliliği sona erdiren hallerden birisidir. Eşler henüz hayatta iken kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak hâkim kararı ile evliliğin sonlandırılmasını talep edebilirler². Türk Hukukunda, eşlerin, hâkim kararı olmaksızın boşanmalarına izin verilmemiştir. Kanun koyucu, boşanmanın ancak kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş sebeplere dayanarak gerçekleşebileceğini öngörmüştür (TMK m. 161-166)³.

Türk Medenî Kanunu'nda, boşanmaya olanak sağlayan sebepler m. 161 ile m. 166 arasında düzenlenmiştir. Bu sebepler, öğretilde, değişik açılardan tasnif edilmiştir. Örneğin, bazı sebepler açısından davalının kusuru aranırken diğerleri açısından aranmamıştır. Yahut bazı sebeplerde “*evlilik birliğinin temelinden sarsılması*” olgusunun ispatlanması gerekirken diğerlerinde başka olguların varlığı aranır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması olgusunun ispatlanmasının gerektiği sebepler, nisbî boşanma sebebi; başka olguların arandığı boşanma sebepleri ise, mutlak boşanma sebebi olarak

¹ **Kılıçoğlu**, Ahmet M. (2019) Medeni Hukuk, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s. 60; **Altaş**, Hüseyin (2014) Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (Tmk m. 1-7), Ankara, Yetkin Yayınları, s. 106; “*Tüm kişiye sıkı biçimde bağlı haklar aynı sepete atılamaz. ... Kimileri ayrık durumlarda (göze batıcı haksızlıklarda) yasal temsile kapıları açarken (boşanma), kimileri temsil düşmanlıklarını ödünsüz sürdürürler. (Evllenme ve ölüme bağlı tasarruf düzenleme gibi)*” **Serozan**, Rona (2017) Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 230-231; “*Şahsen kullanılacak haklar (kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar) kişiliği o kadar yakından ilgilendiren haklardır ki, bunların kullanılmasında karar verme yetkisinin başkasına tanınması kişilik kavramıyla bağdaşmaz. ...bu hakların şahsen kullanılması zorunluluğunun anlamı, hakkın kullanılmasına hak sahibinin karar vermesi gerektiğidir; yoksa, bununla, hak sahibinin karar verdikten sonra, kararın sonuç doğurması için gerekli işlemleri (meselâ, dava açmayı ve bunu sürdürmeyi) de bizzat yapmak zorunda olduğu kastedilmemektedir*” **Oğuzman**, M. Kemal, **Barlas**, Nami (2019) Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 25. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 170.

² **Oğuzman**, Kemal/**Dural**, Mustafa (1998) Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 112; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi (1990) Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 179.

³ **Yarayan**, Ali (2013) Türk Medeni Hukuku Temel Bilgiler, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 348.

adlandırılmaktadır⁴. Ayrıca, TMK m. 166'da öngörülen “*evlilik birliğinin temelden sarsılması*” ve TMK m. 166/3'de öngörülen “*anlaşmalı boşanma*”, genel boşanma sebebi iken m. 161-165'de öngörülen sebepler, özel boşanma sebepleridir. Bu açıklamalar ışığında, inceleme konumuz olan “*hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebi ile boşanma*”; kusura dayalı⁵, mutlak ve özel⁶ bir boşanma sebebidir⁷.

TMK m. 162'ye göre, “*Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir*”. İlgili maddeye göre, bir eşin diğeri eşin hayatına kastetmesi veya diğeri eşe pek kötü davranması yahut ağır derecede onur kırıcı davranışta bulunması sonucunda söz konusu davranışlara maruz kalan eşin bu madde kapsamında dava hakkı doğmaktadır. 4721 sayılı TMK m. 162'de düzenlenen söz konusu özel boşanma sebebi, (mülga) 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 130'da hüküm altına alınmıştır. Ancak m. 130'da düzenlenen özel boşanma sebebinde, “*cana kast ve pek fena muameleler*” kenar başlığına yer verilirken “*onur kırıcı davranış*” ifadesine yer verilmemiştir.

⁴ **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper (2019) Türk Özel Hukuku (Cilt III) Aile Hukuku, 14. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 103; **Yarayan**, s. 348-349.

⁵ Kusura dayalı bir boşanma sebebi olduğu için failin eşin ayırt etme gücüne sahip olması gerekir (**Ergün Topçu**, Melike (2019) “Pek Kötü Davranış Sebebiyle Boşanma”, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE, s. 88).

⁶ “*Zina (TMK m. 161), eşlerden birinin diğeri tarafından hayatına kast etmesi veya pek kötü davranması ya da ağır derece onur kırıcı davranışta bulunulması (TMK.m.162) ve Türk Medeni Kanununun 164'ncü maddesinde düzenlenen terk, yasal koşullar gerçekleştiğinde başkaca hiçbir şey aranmaksızın mutlak olarak boşanmayı sağladığı için özel boşanma sebepleridir. Bu olaylar özel boşanma sebebi kabul edilmekle, evlilik birliğini derin ve onarılmaz bir şekilde sarstığı yasa koyucu tarafından baştan karine olarak kabul edilmiştir. Bu karine dolayısıyla ki, ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı araştırılmamakta, olayların ispatlanması halinde (af veya dava hakkı düşmedikçe) boşanmaya karar verilmektedir*” Yargıtay, 2. H.D. , T: 16.09.2014, E: 2014/1592, K: 2014/17457, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 28.10.2019.

⁷ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 107; **Öztürk**, Ali (2015) Aile Hukuku'nda Ayrılık – Türk Hukuku'nda Ayrılık Hükümü Şartları ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 81.

I. HAYATA KAST SEBEBİ İLE BOŞANMA

A. HAYATA KAST KAVRAMI ve UNSURLARI

TMK m. 162 anlamında “*hayata kast*”⁸ kapsamına, bir eşin diğer eşi öldürme niyeti ile⁹ yaptığı her türlü davranış¹⁰, ölüm neticesini doğurmamak şartıyla dâhil edilebilir¹¹. Zira bir eşin ölümü, boşanmayı gerektirmeksizin evliliği sona erdiren bir hukukî olaydır¹².

1. Maddi Unsur: Hayata Kast Fiili

Hayata kast fiili, diğer eşi fiilen öldürmeye teşebbüs yahut intihara teşvik¹³ veya yardım etme şeklinde müspet (olumlu) bir davranış biçiminde ortaya konabileceği gibi diğer eşin ölmemesi için gerekli yardımdan kaçınma tarzında menfi (olumsuz) bir davranış biçiminde de ortaya konabilir. Örneğin, yaralı durumdaki eşin hastaneye götürülmemesinde durum böyledir¹⁴. Bu

⁸ 743 sayılı mülga Medenî Kanun döneminde “*cana kast*” olarak adlandırılmaktadır.

⁹ “Hâkim, hayata kasti, teşebbüs bakımından değil, daha geniş olarak, öldürme niyetine delalet eden fiillerin varlığı bakımından inceleyecektir” **Öztürk**, s. 81.

¹⁰ “*Davranış, insanın bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ilişkin bilinçli, irade ürünü bir hareket tarzıdır. Davranış, maddî ve psikolojik (manevî) olmak üzere iki unsurdan oluşur. Maddî unsur, müspet veya menfî şekilde dışa yansıyan vücut hareketidir. Psikolojik unsur ise, bu hareketin dışa yansımalarının irade ürünü olmasıdır*” (**Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 540-541).

¹¹ **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet (1965) Türk Medenî Hukuku (Cilt II) Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Nurgök Matbaası, s. 199; **Feyzioğlu**, F. Necmeddin (1986) Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 271; **Oğuzman**, Kemal/**Dural**, Mustafa (1998) Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 117; **Kılıçoğlu**, s. 95; **Karabulut**, Ayşe Kübra (2018) Türk Medenî Kanunu’ nun 162. ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 54; **Çandarlı**, Zahid/**Berki**, Osman Fazıl (1949) Medenî Kanun ve Devletler Hususî Hukukunda Boşanma-Ayrılık, Ankara, Güney Matbaacılık, s. 58; **Akgün**, M. Zerrin (1949) Boşanma Hukuku, İstanbul, Ahmet Halit Kitabevi, s. 52.

¹² **Kılıçoğlu**, s. 96; **Yarayan**, s. 351; **Oşar Şahin**, s. 54-55; **Karabulut**, s. 56.

¹³ “*İntihara teşvik fiilinin cana kast teşkil edebilmesi için, bunun ciddi olması, örneğin, intihar vasıtalarının sağlanması suretiyle diğer eşe verilmesi lâzımdır. Yoksa müccerret <<sen kendini öldürmelisin>> gibi bir söz sarfedilmesi cana kast sayılmaz*” (**Velidedeoğlu**, s. 199).

¹⁴ “*Kocasının bir kalp hastalığı geçirdiğini gizlice öğrenen kadın, kocası için muhakkak derecede ölüm tevhit edebilecek spor hareketleri yapmağa onu teşvik etmesi ve bu hareketleri bir doktor*

fiilin plânlanarak veya ani bir kararla ortaya konması, m. 162 açısından önemli değildir. Hatta fiilin icrası sırasında kullanılan aracın ölümüne sebebiyet verecek elverişlilikte olup olmaması da önem arz etmez. Ayrıca, eşi öldürme niyeti taşıyan fiilin, hazırlık hareketlerine başlanması m. 162 anlamında hayata kast olgusunun oluşması için yeterlidir. Hazırlık hareketlerine başlanan fiilden daha sonra vazgeçilmesi bu durumu değiştirmez¹⁵. Bahsi geçen durumlar Ceza Hukuku açısından suç ve cezanın tespiti açısından farklı sonuçlar doğururken m. 162 anlamında fark doğurmaz. Zira m. 162 anlamında tespiti gereken husus, hayata kast fiilinin varlığıdır. Eğer, hayata kast fiili mevcutsa artık hayatına kastedilen eş açısından evlilik birliği çekilmez hale gelmiştir¹⁶.

Ne kadar ciddi boyutlara ulaşmış olursa olsun sadece ölüm tehdidinde bulunma kural olarak hayata kast olgusunun varlığı için yeterli değildir¹⁷. Ancak örneğin, eşinin kafasına silah dayayan kişinin bu davranışı, tehdit sınırlarını aşan bir durumdur. Bu durumda, hayata kast olgusunun oluşup oluşmadığı olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir¹⁸.

tavsiyesi gibi ona bildirmesi medenî kanununun 130 uncu maddesi gereğince sabit olduğu takdirde, bir boşanma sebebi addedilebilir. Yine ciğerlerinden hasta bulunan kocasını, tahrik ederek onunla her gün normalin fevkinde cinsi yapmağa onu icbar ettiği sabit olan kadının..." (Çandarlı/Berki, s. 58-59).

¹⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 107; **Canarşlan**, Gökçe (2017) "Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranışın, Genel Boşanma Sebepleriyle İlişkisi", International Journal of Social And Humanities Sciences, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 99; **Çandarlı, Berki**, s. 58; **Gençcan**, s. 167-168; **Akıntürk, Ateş**, s. 249; **Ergün Topçu**, s. 88; **Özden**, Salih (2010) "Boşanma Sebepleri Bakımından Aile İçi Şiddet", (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 77-78; **Öztürk**, s. 82; **Akhan**, Burcu (2009) "Aile İçi Şiddetin Boşanma Davalarına Etkisi", (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, s. 121.

¹⁶ "TMK m. 185/2 Maddesine göre eşlerin, aile hayatının saadetini elbirliğiyle sağlamak ve müşterek çocuklarının bakım, eğitim ve gözetimine birlikte özen göstermek yükümlülükleri vardır. Eşlerden birinin bir diğerrinin canına kast etmesi aile huzuru ve mutluluğunu ortadan kaldıracak bir eylemdir. Bu eylemin eşlerden biri tarafından işlenmesi neticesinde mutlak bir boşanma sebebi doğacaktır. Zira bu eylemi işlemeye teşebbüs edecek veya işleyecek bir eş ile aynı çatı altında yaşama zorlanmak hayatın olağan akışına ters düşer" (**Okan Koç**, Yasemin (2019) "Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma", (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisans Eğitim Enstitüsü, s. 48).

¹⁷ **Gençcan**, s. 168; **Feyzioğlu**, s. 270; **Oşar Şahin**, s. 55; **Öztürk**, s. 82.

¹⁸ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 110; **Öztürk**, s. 82; **Canarşlan**, s. 100.

Eşini öldürmek isteyen karı veya kocanın, öldürme için gereken bütün hareketleri yerine getirmesine karşın elde olmayan sebeplerle ölümün gerçekleşmemesi hallerinde de m. 162 kapsamında aranan “*hayata kast*” fiili ortaya çıkmıştır. Örneğin, ateş edilmiş ama isabet sağlanamamış ya da zehirli yemek veya yiyeceğin elde olmayan sebeplerle dökülmesi hallerinde “*hayata kast*” meydana gelmiştir¹⁹. Burada dikkate alınacak nokta, bir eşin, öldürme niyetini eyleme dönüştürmüş olmasıdır.

Hayata kast niteliği taşımayan fiiller söz konusu olduğunda TMK m. 162 anlamında “*hayata kast*” sebebine dayanarak dava açılması mümkün değildir. Örneğin, bir eşin diğerini öldürmeye teşebbüs niteliğinde olmayan darp (şiddet) fiilleri, bu sebep kapsamında değildir. Bu gibi durumlarda eğer kanunî şartlar oluşmuşsa yine m. 162 kapsamında “*pek kötü davranış*” sebebine dayanarak yahut m. 166 gereğince “*evlilik birliğinin temelden sarsılması*” sebebine dayanarak boşanma davası açılabilir²⁰.

2. Manevi Unsur: Kast

Hem TMK m. 162’ de hem de MK m. 130’ da özellikle “*kast*” terimi kullanılmıştır. Bu nedenle “*hayata kast*” sebebine dayanarak bir boşanma davası açılabilmesi için, failin “*kast*” düzeyinde²¹ bir kusurlu harekette bulunması gerekir. Fiilin, kast dışında tedbirsizlik ya da dikkatsizlik sonucu işlenmesi durumunda “*hayata kast*” durumu ortaya çıkmaz²². Herhangi bir ihmal yüzünden eşinin hayatını tehlikeye maruz bırakmak da m. 162 kapsamına girmez. Ancak bu ihmal fiilinde gizli bir öldürme amacı açıkça çıkarılabiliyorsa bu da m. 162 kapsamında hayata kast olgusuna dâhildir²³.

¹⁹ Gençcan, s. 168.

²⁰ Kılıçoğlu, s. 96.

²¹ “TMK’ nin 162’ nci maddesinde bulunan boşanma sebepleri de zinada olduğu gibi kasta dayalıdır. Buna göre hayata kast, kötü muamele ve onur kırıcı davranışlarda bulunan eşin bunu bilerek ve isteyerek yapması gerekir” (Yarayan, s. 352).

²² Kılıçoğlu, s. 95; Öztürk, s. 83; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona (1993) Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 223.

²³ Velidedeoğlu, s. 199;

Örneğin, eş tarafından havagazı musluğuunun dalgınlıkla açık bırakılmış olması hayata kast sayılmaz²⁴.

B. HAYATA KAST SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASI

1. Hukuki Niteliği

Boşanma davası sonunda, boşanmaya karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesiyle birlikte evlilik kurumu sona erer. Böylece ayrılık halinde olduğu gibi sadece fiilen değil, hukuken de ortak hayat sona ermiş olur. Bu bakımdan, boşanma davası açma, dava ile birlikte kullanılan bir bozucu yenilik doğuran hak; boşanma kararı da bozucu yenilik doğuran bir karardır²⁵.

Hayata kast sebebiyle boşanma TMK m. 162’de düzenlenmiş özel bir boşanma sebebidir. Özel boşanma sebepleri, genel boşanma sebepleri dışında kanunda öngörülen belirli ve özel bir sebebin gerçekleşmesi halinde boşanma hakkının doğmasına yol açarlar. Özel sebep için kanunda aranan olgu veya olay gerçekleşmedikçe boşanmaya karar verilemez. Örneğin, m. 162 kapsamında hayata kast sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için “*hayata kast*” olgusunun varlığı zorunludur²⁶.

Hayata kast sebebiyle boşanma aynı zamanda mutlak nitelikte bir boşanma sebebidir. Mutlak boşanma sebebi söz konusu olduğunda kanunda öngörülen olgu veya olayın ispat edilmesi hâlinde hâkim, boşanmaya karar vermek mecburiyetindedir. Söz konusu sebebin, ayrıca eşlerin ortak hayatını çekilmez hâle getirip getirmediğini araştırmak zorunda değildir. Buna göre, diğer eş tarafından hayatına kastedildiğini ispatlayan eş, boşanma talebinde

²⁴ Tekinay, s. 207; Özden, s. 78.

²⁵ Dural, Ögüz, Gümüş, s. 139; Akıntürk, Ateş, s. 276; Tekinay, s. 291-291; Baran Celep, Ebru (2015) “Boşanma Davasının Sonuçları” (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE, s. 32; Kucuroğlu, Zeynep (2011) “Boşanmanın Kişisel Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE, s. 16; Güneşlioğlu, Filiz (2009) “Boşanma ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi, SBE, s. 27.

²⁶ Kılıçoğlu, s. 91; Feyzioğlu, 254; Canarlan, s. 98.

bulunduğu zaman, hâkim ortak hayatın çekilmez olup olmadığını araştırmaksızın boşanmaya karar verir²⁷.

2. Şartları

a. Eşlerden Birinin Diğerinin Hayatına Kastetmiş Olması

TMK m. 162 anlamında hayata kast olgusu, bir eşin diğer eşe karşı fiilleri sonucunda ortaya çıkabilir. Bir eşin, diğer eşin herhangi bir yakınının hayatına kastetmesi m. 162 anlamında aranan “hayata kast” olgusunu sağlamayacaktır²⁸. Hatta eşlerin müşterek (ortak) çocukları üzerinde gerçekleştirdikleri hayata kast fiilleri dahi m. 162 kapsamında değildir²⁹. Ancak unutulmamalıdır ki, m. 162’ye müracaat edilemez olması diğer boşanma sebeplerine müracaata engel değildir.

b. Hayata Kasteden Eşin Kusurlu Olması

İlgili maddede “kast” şartı açıkça öngörüldüğü için, hayata kast fiilinde bulunan eşin ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Bu durumda akıl hastalığı bulunan bir eşin, diğer eşin hayatına kastetmesi halinde m. 162’ya

²⁷ Feyzioğlu, 255-256; Kılıçoğlu, s. 91; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya (2019) Türk Medeni Hukuku (İkinci Cilt) Aile Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. , s. 243-244; Gençcan, Ömer Uğur (2015) Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 169; Karabulut, s. 28; Okan Koç, s. 13; Canarslan, s. 98-99.

²⁸ Canarslan, s. 99.

²⁹ “Mahkemece, davacının müşterek çocuklarını binadan aşağı atarak öldürdüğü, TMK’nin 236/2 maddesindeki hayata kast teriminin müşterek çocuğa yapılan eylemi de kapsayacağı gerekçesiyle, katılma alacağının tamamının kaldırılarak, davanın reddine karar verilmiştir. Hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. ... Mahkemece, TMK’nin 236/2 maddesindeki hayata kast teriminin müşterek çocuğa yapılan eylemi de kapsayacağından katılma alacağının tamamının kaldırılarak davanın reddine karar verilmiş ise de;... TMK’nin 236/2. maddesi, her şeyden önce boşanmanın TMK’nin 162/1 maddesi gereğince gerçekleşmesi ve hayata kast eyleminin eşlerden biri tarafından diğer eşe karşı yapılması halinde uygulanabilecektir. O halde, mahkemece usul ve yasaya uygun bulunan 17.05.2016 tarihli bilirkişi raporuna göre artık değere katılma alacağına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde usul ve yasaya aykırı olarak karar verilmesi hatalı olmuş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir” (Yargıtay, 8. H.D. , E: 2016/15105, K: 2018/18680 , <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, s.e.t. 29.10.2019.

gidilemez³⁰. Eğer, şartlar oluşmuşsa TMK m. 165'te³¹ (akıl hastalığı) öngörülen diğer özel boşanma sebebine müracaat edilebilir. Ancak bir eşin, kendi kusuruyla akıl sağlığını geçici kaybederek³² hayata kast fiilinde bulunması, m. 162 kapsamına gidilmesine engel değildir³³.

Her ne kadar kusura dayalı bir boşanma sebebi olsa da hayata kast sebebiyle açılan boşanma davalarında, evlilik birliğinin temelinden sarsılması davalarında olduğu gibi kusur kıyaslaması yapılamaz. Hayatına kastedilen davacı eş ne kadar kusurlu olursa olsun davalının hayata kast davranışı boşanma için yeterli olacaktır³⁴. Bunun en önemli gerekçesi, evlilik birliğini zedeleyen hiçbir fiilin ve kusurlu davranışın insanın hayat hakkına yönelik bir saldırı ile kıyaslanamaz oluşudur³⁵.

3. Dava Hakkının Düşmesi

Hayata kast sebebiyle boşanma davası açma hakkı doğan eşin, bu hakkı iki hâlde düşer. Bunlardan biri, eşin, hayatına kasteden eşi affetmesidir (TMK m. 162/3). Diğeri ise m. 162/2'de öngörülen hak düşürücü sürelerin geçmesidir.

³⁰ Feyzioğlu, s. 271; Oğuzman/Dural, s. 117; Öztürk, s. 83; Akgün, s. 52; Ergün Topçu, s. 88.

³¹ TMK m. 165: "Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir".

³² TBK m. 59: "Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur".

³³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 107;

³⁴ Gençan, s. 169. "Türk Medeni Kanunu'nun 162 maddesi uyarınca "Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış " nedeniyle boşanma kararı verilmiş ve karar kesinleşmiştir, bu durumda ayrıca kusur değerlendirilmesi yapılamaz. Zira davacı kocanın bu hususta açtığı dava kabul edilmiş ve kusurun tamamının davalı kadında olduğu kabul edilmiş ve karar boşanma yönünden kesinleşmiştir" (Yargıtay, HGK, T: 30.01.2008, E: 2008/2-51, K: 2008/87, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 02.11.2019).

³⁵ Oşar Şahin, s. 72.

a. Af

Af, bir duygu açıklamasıdır. Af iradesinin diğer eş tarafından kabulü gerekmediği gibi bu iradenin açıklanması noktasında herhangi bir şekli şart da öngörülmemiştir. Af iradesi, bir yazı veya mesaj ile açıklanabileceği gibi sözlü olarak da açıklanabilir. Af iradesi genellikle diğer eşe yönelik açıklanmakla birlikte üçüncü kişilere yönelik gerçekleştirilen açıklama da aynı sonucu doğurur. Hatta af iradesi, eşin örtülü davranışlarından da çıkartılabilmektedir. Örtülü aftan söz edebilmek için eşin davranışlarından şüpheye yer kalmayacak şekilde (açıkça) af iradesinin varlığı anlaşılmalıdır³⁶. Örneğin, hayata kast durumuna rağmen hayata kast eden eş ile birlikte tatile gidilmesi örtülü af sayılır. Ancak ortak konutu terk etmeyip birlikte yaşamaya devam etmek başlı başına affin varlığına delil olamaz³⁷.

Af iradesi, her türlü delille ispatlanabilir³⁸. Affin anlamı, “*ruhen çektiğim acıyı yendim ve bu evlilik birliğinin devamını istiyorum*” demektir³⁹. TMK m. 162/3’e göre, “*affeden tarafın dava hakkı yoktur*”. Her ne kadar eşlerden birinin m. 162’de belirtilen olgulardan birini kusurlu bir biçimde gerçekleştirmesi mutlak bir boşanma sebebi teşkil etse de kanun koyucu burada evlilik birliğinin mümkün mertebe ayakta tutulması ilkesini işletmiştir. Böylece, affeden eşin artık boşanmayı istemediği kabul edilir ve dava hakkı düşer. Ancak, eşin ceza davası noktasında şikâyetinden vazgeçmesi, eşini cezadan kurtarmaya yönelik olup boşanma davası açısından af iradesinin olduğu anlamına gelmez⁴⁰.

Af iradesinin sâiki önemli değildir. Af iradesi, hangi sâike dayanarak yapılırsa yapılsın geçerliliği tartışılmaz. Ayrıca af iradesi, şarta bağlanamaz. Zira hayata kastın pazarlık malzemesi gibi kullanılması ahlâka aykırıdır⁴¹.

³⁶ “Af, açık veya örtülü olabilir, fakat mutlaka affeden eşin serbest iradesinin ürünü olmalı, yani aldatma veya korkutma yoluyla elde edilmiş olmamalıdır” (Akıntürk/Ateş, s. 247).

³⁷ Kılıçoğlu, s. 95; Gençcan, s. 170-171; Özden, s. 91-92; Karabulut, s. 69.

³⁸ Kılıçoğlu, s. 95.

³⁹ Gençcan, s. 170.

⁴⁰ Yarıyan, s. 352; Karabulut, s. 70; Gençcan, s. 172.

⁴¹ Gençcan, s. 172.

Af iradesinin boşanma davasının açılmasından önce veya sonra ortaya çıkmasının bir önemi yoktur.⁴² Sadece boşanma davası açıldıktan sonra ortaya çıkan af iradesinin ileri sürülebilmesi için bazı usulî işlemler gerekecektir⁴³. Af iradesi, aynı zamanda bir “*itiraz*” niteliğinde olduğundan, davada açıkça ileri sürülmüş olmasa bile dava dilekçesinden bu hususun anlaşılması halinde hâkim tarafından re’sen dikkate alınmalıdır⁴⁴.

b. Hak Düşürücü Süre

Hayata kast sebebiyle boşanma davasında davaya hakkı olan eşin, “boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak” altı ay ve her halde hayata kast olgusunun doğumundan itibaren beş yıl geçmekle dava hakkı düşer.

Maddede öngörülen altı aylık süre, maddi olayın öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Hayata kast fiilinin, mağdur eşe karşı doğrudan işlenmesi halinde, fiilin gerçekleştiği tarih, sürenin başlangıç tarihi olacaktır. Buna karşın bu fiilin, mağdur eşin haberdar olmayacağı şekilde işlenmesi durumunda, sürenin başlangıcı fiilin mağdur eş tarafından öğrenildiği tarih olacaktır. Mağdur eşin, ilgili fiili öğrenmesine karşın fail eş veyahut 3. bir kişi tarafından, kendisine karşı dava açmamasına yönelik geçerli, ciddi ve nitelikli bir korkutma veya tehdit varsa, altı aylık sürenin başlangıcı, tehdit veya korkutmanın kalktığı tarih olacaktır⁴⁵.

Boşanma sebebini oluşturan “*hayata kast*” fiilinin aynı zamanda bir ceza soruşturma veyahut kovuşturmasının konusu da olması altı aylık sürenin başlamasına engel değildir⁴⁶.

⁴² “*Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış fiillerine önceden rıza göstermenin, af olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda, doktrinde kabul edilen baskın görüşe göre, TMK m. 23 uyarınca, kişilik haklarından feragat caiz olmadığı için, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış fiillerine önceden rıza göstermek, af olarak değerlendirilemez ve bu fiillere önceden rıza gösteren taraf, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebine dayanarak boşanma davası açabilir*” (Öztürk, s. 86).

⁴³ Karabulut, s. 69.

⁴⁴ Özden, s. 94.

⁴⁵ Özden, s. 89-90.

⁴⁶ Tutumlu, Mehmet Akif (2009) Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku (Cilt II), 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 898; Karabulut, s. 68-69; Özden, s. 90

TMK m. 162/2'de öngörülen bu iki süre, zamanaşımı değil, hak düşürücü sürelerdir. Hak düşürücü süreler, usul hukuku anlamında bir itiraz teşkil eder. Dolayısıyla bu süreler, davalı tarafından ileri sürülmesi bile, hâkim tarafından re'sen nazara alınmak zorundadır⁴⁷.

Bazı hallerde kişiler, TMK m. 166 bağlamında⁴⁸ açtıkları davayı, daha sonradan “ıslah” yoluyla m. 162 kapsamında hayata kast sebebiyle boşanmaya çevirebilmektedir. Bu durumda, hak düşürücü süreler hesaplanırken dikkate alınacak tarih, ıslah tarihi değil, davanın m. 166'ya dayanarak açıldığı tarihtir⁴⁹.

4. Bekletici Mesele

Hayata kast fiilleri boşanma hukuku (medeni hukuk) açısından özel bir boşanma sebebi teşkil ederken aynı zamanda ceza hukuku anlamında da bir suç teşkil etmektedir. Hayata kast fiiline dayanarak boşanma davası açabilmek için bu fiili işleyen eş hakkında bir ceza soruşturma veya kovuşturmasının bulunması şart değildir. Ancak ilgili fiil hakkında açılmış bir ceza davası varsa delillerin değerlendirilmesi açısından dava sonucunun beklenmesi gerekmektedir. Zira ilgili Yargıtay kararlarına göre, ceza mahkemesinin ilgili fiil hakkında maddi olayı tespit eden kararı hukuk hâkimini bağlamaktadır⁵⁰.

⁴⁷ **Kılıçoğlu**, s. 94; **Karabulut**, s. 68; **Tutumlu**, s. 898; **Özden**, s. 89; **Öztürk**, s. 86; **Yarayan**, s. 352; **Akgün**, s. 56.

⁴⁸ Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı sebebine dayanarak açılması kastedilmektedir.

⁴⁹ Bu konudaki Yargıtay kararı için bakınız: **Özden**, s. 90-91.

⁵⁰ **Özden**, s. 87; **Gençcan**, s. 173. “*Davalı hakkında; eşini bıçakla yaralamak suçundan Kahramanmaraş 3. Sulh Ceza Mahkemesinde 2009/1004 esas sayılı kamu davası açıldığı görülmektedir. Ceza davası hakkında verilecek hüküm, boşanma davasının sonucunu etkileyecektir. Öyleyse sözü edilen ceza davasının sonucunun beklenmesi, neticesine göre karar verilmesi gerekir. Bu husus dikkate alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır*” (Yargıtay 2. H.D. , T: 19.10.2011, E: 2010/13696, K: 2011/16296, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 02.11.2019) ; “*Dava, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma (TMK.md.162) isteğine ilişkindir. Ceza Mahkemesinin boşanma davasına konu olan eylem hakkında maddi olayı tespit eden kararı hukuk hâkimini bağlar. (BK.md.53) Davalının, davacıyı dövdüğü Bakırköy 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 2008/407 esas ve 2008/675 karar sayılı 6.2.2009 tarihinde kesinleşen ilamı ile sabittir. Türk Medeni Kanununun 162.maddesi*

5. İspat

Hayata kast sebebine dayanılarak açılacak boşanma davalarında ispat yükü, bu konuda öngörülen özel bir hüküm olmadığından TMK m. 6 uyarınca davacı üzerindedir. Davacı, davalı tarafından hayatına kastedildiğini ispat yükü altındadır⁵¹.

İspat araçları yönünden TMK m. 184/2-3' te⁵² öngörülen sınırlama dışında, hayata kast olgusu her türlü delil ile ispat edilebilir. Ayrıca, hayata kast sebebiyle boşanma davalarında ispat ölçüsü yönünden "tam ispat" aranmaktadır⁵³.

6. Diğer Hususlar

a. Terditli Dava⁵⁴

Uygulamada çoğu zaman özel boşanma sebebine dayanarak açılacak davalar, m. 166'da öngörülen evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı genel sebebi ile birlikte terditli dava suretinde açılmaktadır.

TMK m. 161 ve devamında öngörülen özel boşanma sebepleri söz konusu olduğunda evlilik birliğinin derin ve onarılmaz bir biçimde sarsıldığı kanun koyucu tarafından karine olarak kabul edilmiştir. Bu karine dolayısıyladır ki, ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının araştırılmasına lüzum olmaksızın boşanmaya karar

koşulları oluşmuştur. Davanın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" (Yargıtay, 2. H.D. , T: 08.12.2010, E: 2010/19008, K: 2010/20597, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 02.11.2019).

⁵¹ **Tutumlu**, s. 898.

⁵² **TMK m. 184/2-3**: "2. Hâkim, bu olgular hakkında gerek re'sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez. 3. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz".

⁵³ **Tutumlu**, s. 898-899.

⁵⁴ **HMK m. 111**: "(1) Davacı, aynı davalıya karşı birden fazla talebini, aralarında aslilik - ferilik ilişkisi kurmak suretiyle, aynı dava dilekçesinde ileri sürebilir. Bunun için, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantının bulunması şarttır. (2) Mahkeme, davacının asli talebinin esastan reddine karar vermedikçe, fer'i talebini inceleyemez ve hükme bağlayamaz".

verilebilmektedir (eğer dava hakkı düşmemişse). Böylece, özel boşanma sebeplerinin var olduğu hallerde, mağdur eş, dilerse bu özel sebeplerden birine (veya birkaçına) dilerse de genel boşanma sebebine dayanarak dava açabileceği gibi özel ve genel nitelikteki sebeplerin her ikisine birden dayanarak da boşanma talebinde bulunabilir⁵⁵.

Davacının öncelikle özel sebebe (hayata kast) dayanarak dava açmış olduğu durumlarda, mahkeme, öncelikle özel sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlemelidir. Eğer dava konusu olayda özel sebebin gerçekleşmediği tespit edilirse deliller genel boşanma sebebi (m.166/1-2) çerçevesinde değerlendirilerek karar verilmelidir. Bu husus gözetilmeden doğrudan genel sebebe dayanarak hüküm tesis edilmesi hukuka aykırıdır⁵⁶.

b. Ayrılık Kararı

Hayata kast sebebiyle boşanma, her ne kadar mutlak boşanma sebebi olsa da bu sebebe dayanarak açılan boşanma davalarında, hâkim, ayrılığa

⁵⁵ Yargıtay, 2. H.D. , T: 16.09.2014, E: 2014/1592, K: 2014/17457, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 03.11.2019.

⁵⁶ Yargıtay, 2. H.D. , T: 16.11.2016, E: 2015/21301, K: 2016/14788, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 03.11.2019; Yargıtay, 2. H.D. , T: 28.03.2018, E: 2016/13788, K: 2018/4030, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 03.11.2019. Ayrıca, sadece özel sebebe dayanılarak açılan boşanma davalarında, mahkemenin, genel sebebe dayanarak hüküm tesis etmesi de hukuka aykırı bir durumdur: “Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez (HMK m.26/1). Davacı kadın dava dilekçesinde hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış sebebine (TMK m. 162) dayalı olarak boşanmaya karar verilmesini talep etmiş, mahkemece evlilik birliğinin sarsılması (TMK m. 166/2) hukuksal sebebine dayalı olarak boşanma kararı verilmiştir. Özel boşanma sebebine dayalı olarak açılan davada genel boşanma sebebiyle (TMK m.166/2) boşanma kararı verilemez. O halde mahkemece, davacı kadının boşanma davasında, delillerin özel boşanma (hayata kast, pek kötü muamele veya onur kırıcı davranış) sebebi yönünden değerlendirilerek ve bu hukuki sebebe dayalı olarak karar verilmesi gerekirken, evlilik birliğinin sarsılması (TMK m. 166/2) sebebi ile tarafların boşanmalarına karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay, 2. H.D. , T: 06.12.2017, E: 2017/6182, K: 2017/14100, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 03.11.2019.

hükmedebilir. TMK m. 170'e göre, açılan dava yalnız ayrılığa ilişkinse hâkim, boşanmaya hükmedemez. Ancak, hayata kast sebebine dayanarak boşanma istemiyle açılan davada, hâkim, eşler arasındaki ortak hayatın yeniden kurulabilme olanağını öngörüyorsa ayrılığa karar verebilir. Bu konuda verilmiş Yargıtay kararları, barışma ihtimali söz konusu olduğunda hâkimin boşanma yerine ayrılığa hükmedebileceği yönündedir⁵⁷.

II. HAYATA KAST SEBEBİYLE BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

Boşanma kararı öncelikle evlilik birliğini sona erdirir. Ancak bu kararın başka sonuçları da vardır. Bu sonuçların bazıları, kanun gereği kendiliğinden (ipso iure), kararda ayrıca belirtilmelerine gerek olmaksızın ortaya çıkmaktadır⁵⁸. Buna karşılık bazı sonuçların ortaya çıkabilmesi, kararda yer almalarına bağlıdır⁵⁹. Kararda yer alması gereken sonuçların bazıları, hâkim tarafından re'sen bazıları ise taraflardan birinin talebi üzerine düzenlenir⁶⁰.

Boşanma kararının hukukî neticelerinden bazıları her boşanmada mutlak surette meydana gelirken bazıları ise her boşanmada ortaya çıkmaz. Örneğin; varsa çocukların velâyeti hususundaki kararlar ve iştirak nafakası, malların tasfiyesi, eşlerin evlenme ile kazandıkları şahsî durumlarını

⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 135-136; Kılıçoğlu, s. 121-122; Akıntürk/Ateş, s. 275; Yarıyan, s. 365; İlgili Yargıtay kararları için bakınız: Gençcan, s. 176-177. "Davacı boşanma talep etmişse, hâkim, boşanmanın tüm koşulları mevcut olsa bile, ailenin kurtulma ümidi varsa, ayrılığa karar verebilecektir. Burada HMK m. 26' da yer alan, özel hukuk davalarında "hâkimin taleple bağlılık" ilkesinin bir istisnası söz konusudur" (Kılıçoğlu, s. 122).

⁵⁸ Örneğin, boşanan eşler için yeniden evlenme imkânı, eşlerin evlenme ile kazanılan kişisel durumların korunması, miras menfaatlerinin kaybedilmesi, evlilik birliğinin devam ettiği süreçte durmuş olan zamanaşımın işlemeye başlaması gibi hallerdir (Akıntürk/Ateş, s. 287; Güneşlioğlu, s. 26; Kucuroğlu, s. 17).

⁵⁹ Örneğin, yoksulluk nafakası, maddi-manevî tazminat, mal rejiminin tasfiyesi, boşanan kadının kocasının soyadını taşımasına izin verilmesi, velâyet hakkına hangi eşin sahip olacağı, velâyet hakkına sahip olmayan eşin çocuk(lar) ile kişisel ilişkisinin nasıl olacağı gibi durumlardır (Akıntürk/Ateş, s. 287; Güneşlioğlu, s. 26; Kucuroğlu, s. 16-17).

⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 139; Tekinay, s. 291-292; Akıntürk, Ateş, s. 287; Karabulut, s. 93; Güneşlioğlu, s. 26; Kucuroğlu, s. 16-17.

koruması, miras menfaatlerinin kaybedilmesi ve durmuş zamanaşımının işlemeye başlaması gibi sonuçlar her boşanmada görülebilen neticelerdir. Buna karşılık maddi-manevî tazminat, yoksulluk nafakası gibi sonuçlar her boşanmada mutlaka görülebilir neticelerden değildir. Bunların doğabilmesi için eşlerden birinin kusurlu olması (maddi tazminat), bir eşin kişilik haklarının saldırıya uğramış olması (manevî tazminat), bir eşin boşanma neticesinde geçim sıkıntısına, yoksulluğa düşmesi (yoksulluk nafakası) gibi şartların varlığı gerekir⁶¹.

A. EŞLER AÇISINDAN HUKUKİ SONUÇLARI

Boşanmanın eşler açısından hukukî sonuçlarından bazıları kişisel bazıları ise malî nitelik taşımaktadır.

1. Kişisel Sonuçlar

Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte eşler açısından bazı kişisel sonuçlar doğmaktadır. Bu kişisel sonuçlar, kanun koyucu tarafından emredici nitelikteki hükümler ile düzenlenmiştir.⁶² Bu kişisel sonuçlar alt başlıklar halinde aşağıda incelenmiştir.

a. Evlilik Birliğinin Sona Ermesi ve Eşlerin Yeniden Evlenebilmesi

Boşanma kararının en başta gelen sonucu, evlilik birliğinin, kararın kesinleştiği anda hukuken son bulmaktadır. Buna göre, evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler ve tanıdığı haklar⁶³ da başka işleme gerek kalmaksızın ortadan kalkmış olur⁶⁴.

Boşanma kesinleşince, eşler için “*mevcut bir evlilikten*” doğan evlenme engeli ortadan kalkar. Böylece bu kişiler yeniden evlenebilme olanağına sahip olurlar. Fakat burada boşanan kadın için soybağı karışıklığını önlemek

⁶¹ Akıntürk/Ateş, s. 287; Kucuroğlu, s. 17.

⁶² Güneşlioğlu, s. 27; Kucuroğlu, s. 19.

⁶³ TMK m. 185/II-III: “Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar”.

⁶⁴ Akıntürk/Ateş, s. 288-289; Kucuroğlu, s. 19; Güneşlioğlu, s. 27; Karabulut, s. 94.

amacıyla TMK m. 132'de “*üç yüz günlük bekleme (iddet) süresi*” öngörülmüştür. Ne var ki, boşanan kadın bu süreyi beklemeden evlenirse, evlilik yine de geçerlidir. Boşanan kadın bu süre geçmeden önce doğuracak olursa bekleme süresi sona erer (TMK m. 132/II). Ayrıca, kadın, hâmile olmadığını ispat eder ya da henüz boşandığı kocası ile yeniden evlenmek isterse hâkim bu süreyi kaldırır (TMK m. 132/III)⁶⁵.

b. Kişisel Durumun Korunması ya da Değişmesi

Boşanma, eşlerin evlenme ile kazandıkları kişisel durumlarını da etkiler. Evlenme ile kazanılan kişisel hâllerden bazıları değişirken bazıları varlığını korur. Değişiklik arz eden hususlar şunlardır: Boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte dava tarafları “evli” statüsünden çıkıp boşanmış statüsüne geçer; kural olarak, kadın, kocasının soyadını bırakarak bekârlık soyadını kullanmaya başlar⁶⁶. Korunmaya devam eden hususlar ise, evlenme ile kazanılmış erginlik, vatandaşlık ve kayın hısımlığıdır⁶⁷.

c. Zamanaşımının İşlemeye Başlaması

Evlilik devam ettiği süreç boyunca, eşlerin birbirlerinden olan alacak hakları konusunda durmuş olan zamanaşımı (TBK m. 153), boşanma kararının kesinleşmesi ile birlikte kaldığı yerden işlemeye devam eder⁶⁸.

Ayrıca, TMK m. 178'e göre de, “*Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*”. İlgili hüküm gereğince, boşanmadan kaynaklanan dava hakları bir yıllık zamanaşımına tabi

⁶⁵ Tekinay, s. 292; Dural/Öğüz/Gümüş, 139; Akıntürk/Ateş, s. 289; Kucuroğlu, s. 20; Güneşlioğlu, s. 28; Baran Celep, s. 55; Karabulut, s. 94.

⁶⁶ Kanun koyucu, kadının bazı durumlarda boşandığı kocasının soyadını taşımasına izin vermiştir (TMK m. 173/II). Bu konuda detaylı bilgi için bakınız: Güneşlioğlu, s. 29 vd. ; Kılıçoğlu, s. 125 vd. ; Akıntürk/Ateş, s. 290 vd.

⁶⁷ Güneşlioğlu, s. 28; Kucuroğlu, s. 20; Akıntürk/Ateş, s. 289; Karabulut, s. 94 vd. ; Kılıçoğlu, s. 124 vd. ; Tekinay, s. 292; Baran Celep, s. 53 vd. ; Dural/Öğüz/Gümüş, 140; Yarayan, s. 366.

⁶⁸ Akıntürk/Ateş, s. 291; Baran Celep, s. 59; Karabulut, s. 98; Tekinay, s. 294; Güneşlioğlu, s. 35; Dural/Öğüz/Gümüş, 143.

tutulmuştur. Maddede öngörülen zamanaşımının başlangıç tarihi, boşanma kararının kesinleştiği tarihtir⁶⁹.

d. Mirasçılık Sıfatının Kaybedilmesi

TMK m. 181'e göre, *“boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler”*. İlgili maddede boşanan eşlerin birbirlerinin mirasçısı olamayacağı belirtilmekle beraber, bu sonucun hangi andan itibaren söz konusu olacağı yeterince açık değildir. Ancak öğretilde, bu sonucun “boşanma hükmünün kesinleştiği andan” itibaren geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁰.

Boşanma davasının açılması ile boşanma kararının kesinleşmesi arasındaki süreçte eşlerden birinin ölümü hâlinde, sağ kalan eşin mirasçı olup olamayacağı konusunda Türk Kanunu Medenîsi döneminde açık bir hüküm yoktu⁷¹. Ancak TMK m. 181/2'de bu konuya da açıklık getirilmiştir. İlgili hükme göre, *“boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır”*⁷². Bu yeni düzenleme, özellikle ağır kusur

⁶⁹ **Baran Celep**, s. 59.

⁷⁰ **Velidedeoğlu**, s. 254; **Tekinay**, s. 293; **Güneşlioğlu**, s. 38; **Baran Celep**, s. 57; **Karabulut**, s. 99; **Akıntürk, Ateş**, s. 292; **Kılıçoğlu**, s. 144; **Topuz**, Seçkin (2012a) Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 99.

⁷¹ **Özdizlekli**, Bahriye (2019) “Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi”, (Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi, SBE, s. 51.

⁷² Hükmün ilk halinde *“ölen davacının mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi”* şeklinde olan ifade Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından 31.02.2011 tarih ve 6217 sayılı kanununun 19' uncu maddesi ile *“ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi”* şeklinde değiştirilmiştir. (**Dural/Öğüz/Gümüş**, 143). Hükmün bu şekilde değiştirilmesi, eşitlik ilkesi ve hak arama hürriyeti gibi anayasal gereklere cevap vermiş olsa da ilgili değişiklik bu hükmün usuli ve maddi hukuk açısından sıkıntılı sonuçlar doğurduğu hususunda, öğretilde var olan tartışmalara bir cevap sunamamıştır. Bu sıkıntılı sonuçlar ve bunlara sunulan çözümler için bakınız: **Taş Korkmaz**, Hülya (2014) “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya Devam Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı, s. 1470 vd.

isnadiyla açılan boşanma davaları henüz karara bağlanmadan sağ kalan eşin bu sıfatla ölen eşine mirasçı olmasının öğreti ve uygulamada ortaya çıkardığı rahatsızlığı gidermek için öngörülmüştür⁷³.

Hükmün gerekçesinde, “*özellikle, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü halinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına sebep olabilecektir. İşte bu haksız ve adaletsiz durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır*” ifadelerine yer verilmiştir.

Öğretide, “haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına sebep olma” ifadesinin bu konuda yeterince değerlendirme yapma imkânı sağlamadığı ve kanun koyucunun ilgili düzenleme ile üç muhtemel gerekçesinin daha olduğu ifade edilmiştir⁷⁴. Birincisi, muris eşin, boşanma davası açmak yahut açılan davayı kabul etme iradesini göstermekle aslında varsayıma dayalı iradesi, eşini kanunî mirasçılıktan çıkarmak yönündedir. İkincisi, söz konusu boşanma yargılamasının hızlandırılmasıdır. Üçüncüsü ise aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ağır bir biçimde ihlâl eden eşi cezalandırma niyetidir⁷⁵.

⁷³ **Taş Korkmaz**, s. 1417; **Kucuroğlu**, s. 51; **Kılıçoğlu**, s. 145; **Tutumlu**, Mehmet Akif (2002) “Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçıların Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, s. 112-113.

⁷⁴ **Topuz**, 2012a, s. 109 vd. ; **Taş Korkmaz**, s. 1421; **Topuz**, Seçkin (2012b) “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sifatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi”, İÜHF, Cilt: LXX, Sayı: 2, s. 247.

⁷⁵ “Kanun koyucu, ister mirasbırakanın iradesine üstünlük tanımak istemiş olsun, ister yargılamayı hızlandırma saikından hareket etmiş olsun ya da aile hukukundan doğan yükümlerini ağır surette ihlal eden eşi cezalandırmak istemiş olsun, yapılan düzenleme (TMK m. 181 f. 2) arzu edilen amacı gerçekleştirmeye yeter elverişli bir enstrüman niteliğinde değildir” (**Topuz**, 2012a, s. 113). “Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün amacından hareketle boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde, ölen eşin mirasçılarına sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirebilmelerine ilişkin bir düzenleme yapılması isabetlidir. Zira boşanma davası şahsa bağlı bir dava olsa da, kesinleşmiş boşanma hükmünün mirasçılık hakları da denilen malvarlığı hakları üzerinde etkisi bulunmaktadır. Ancak bu olanağın konusuz kalan boşanma davasına devam şeklinde verilmesi muhtelif sorunlara yol açmaktadır. Söz konusu hüküm mevcut hali

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise⁷⁶ ilgili kanunî düzenlemeden asıl maksat, toplumun menfaatidir. Zira madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kusurlu eşin, ölen eşine mirasçı olabilmesi haksız ve adaletsiz bir durumdur. Bu durum, toplumun vicdanını yaralayan bir sonuç doğurmaktadır. İşte, toplum vicdanını yaralayan bu sonucun doğmaması için TMK m. 181/2 öngörülmüştür.

TMK m. 181/2’de “*diğer eşin kusurunun ispatlanması halinde*” ifadesi geçmektedir. Hükmün gerekçesinde de, “*özellikle, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında*” denilmek suretiyle söz konusu hükmün, kusur denetiminin yapıldığı davalar açısından uygulama alanı bulması arzu edilmiştir⁷⁷. Zira

ile uygulamada amacını gerçekleştirmekten uzak kullanılmaya müsaittir. Buna Yargıtay’ın kusur unsurunun koşul vakti olarak öngörülmediği boşanma sebeplerine dayalı açılan boşanma davalarına da, ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilebileceği şeklindeki kararları da eklenince muhtemel tehlikeler artmaktadır. Zira söz konusu hükmün bu şekilde uygulanmasına izin verilmesi, ölen eşin mirasçılarının gerçek olmayan vakiaları davaya dâhil etmek suretiyle sağ kalan eşi miras hakkından yoksun bırakmalarına sebebiyet verebilir” (Taş Korkmaz, s. 1421-1422). “Mirasçılara davayı islah yetkisi tanındığında; mirasçılar davayı kazanmak, başka bir anlatımla davalıyı mirasçılık sıfatından yoksun bırakmak için kötü niyetle yani gerçek olmayan vakiaları davaya ithal etmek isterlerse ne yapılacaktır” (Tutumlu, 2002).

⁷⁶ **Özdizleki**, s. 55.

⁷⁷ “TMK m. 181 hükmününün madde gerekçesinde de açıklandığı üzere “özellikle” zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biri ile açılan boşanma davasında davacının ölümü halinde zina eden, hayata kast eden, pek kötü davranan, haysiyetsiz hayat süren davalının bu davranışlarına rağmen mirasçı olabilmesini yasa koyucu içine sindirememiştir. Çaresi, davacının mirasçılarının davaya devam ederek zina eden, hayata kast eden, pek kötü davranan, haysiyetsiz hayat süren davalının bu davranışlarının kanıtlanmaları halinde onun mirasçılık haklarını kazanmasını engellemektir. Yasa koyucuya göre “Zina et, hayata kast et, pek kötü davran, haysiyetsiz hayat sür sonra da davacı öldü diye gel mirasçı ol” olacak şey değil sayılmıştır. Peki, “Evlilik iyi günde kötü günde bir arada olmak iken semavi afet sebebiyle akıl hastası oldu diye davalı eşi boşamaya kalk sonra da akıl hastası eşi boşamaya kalkan eşin ölümü üzerine mirasçılarının davaya devam hakkı ver” olacak şey midir? Davacının mirasçılarının zaten akıl hastası olan davalının bir kusurunu kanıtlayabilmeleri olacak şey midir? Akıl hastasının hareketleri iradi olamayacağına göre akıl hastalığı sebebiyle boşanma davasının davacının

boşanma davasında eşler kendi dâvaları bakımından, dâvaya devam eden ölen eşin mirasçıları da kendi yürüttükleri dâva bakımından usuli hak ve yetkilere sahiptir. Bu açıdan sadece eşler, birbirleri aleyhinde kusur isnadında bulunabilir. Davaya devam eden mirasçılar, ancak bu kusur isnadının delillerini ortaya koyabilir⁷⁸. Mirasçılar, bunun ötesine geçerek yeni kusur isnadında bulunamazlar⁷⁹.

mirasçıları tarafından sürdürülebilmesi mümkün müdür? Demek oluyor ki “her boşanma davası” TMK m. 181 f. II hükmüne göre davacının mirasçılar tarafından sürdürülemez” (Yargıtay, 2. H.D. , T: 06.04.2009, E: 2008/3668, K: 2009/6307, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 07.11.2019).

⁷⁸ “Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesi uyarınca davalının boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığı yönünde tespit kararı vermekten ibarettir” (Yargıtay, 2. H.D., T: 14.01.2019, E: 2018/4051, K: 2019/70, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 08.11.2019).

⁷⁹ **Topuz**, 2012a, s. 183; **Taş Korkmaz**, s. 1432; **Güneşlioğlu**, s. 36; **Kucuroğlu**, s. 51 vd. ; **Kılıçoğlu**, s. 145; **Doğan**, Hande (2016) “Anayasa Mahkemesi’ nin Türk Medeni Kanunu 181/II Hükmüne İlişkin Karar İncelemesi”, İAÜHFD, Sayı: 3, Yıl: 2, s. 141. “Ölen eşin mirasçılarının, Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesinde düzenlenen haklarını kullanabilmeleri için en önemli koşul, murisin sağlığında açılmış ve ölümünden sonra da devam eden bir boşanma davasının bulunmasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 181/2. maddesine göre ölen eşin mirasçılarının hak ve yetkileri, murislerinin sağlığında davacı veya davalı sıfatıyla kendilerine tanınan hak ve yetkilerle sınırlıdır. Dava, anlaşmalı boşanma davası (TMK m. 166/3) olarak açılmış olup, çekişmeli boşanma davası bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesi ile mirasçılara tanınan davayı devam ettirme hakkı için, devam ettirilen davada sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması zorunluluktur. Bu ise ancak “Sağ kalan eşin kusurunun ispatlanma olanağı bulunan” davalarda gerçekleştirilebilir. Anlaşmalı boşanma davasında, mirasçılar sağ kalan eşin herhangi bir kusurunu kanıtlamayacaktır. Bu tür boşanma davalarında sağ kalan eşin kusurunu ölen eş bile tartışmaz ve dahi tartışmaya açmazken ölenin mirasçılarının bunu gerçekleştirilmesi kabul edilemez (Dairemizin 18.09.2017 tarih 2016/8497 esas 2017/9546 karar sayılı ilamı). Bu durumda, mahkemece davacının ölümü ile evlilik birliği sona erdiğinden konusuz kalan boşanma davası hakkında karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi doğru ise de; yukarıda da açıklandığı üzere anlaşmalı boşanma davasında (TMK m. 166/3) kusur belirlemesi yapılması mümkün olmadığından, davacı mirasçısının kusur belirlemesine yönelik talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kusur belirlemesi yapılması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay, 2. H.D. , T: 18.03.2019, E: 2018/7133, K: 2019/2956, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 08.11.2019).

TMK m. 181/2 anlamında, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi için aranan kusur derecesinin ne olacağını belirlemek gerekir. İlgili kanun hükmü ve gerekçesi dikkate alındığında, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatını kaybetmesi için boşanma davasında tam ya da ağır kusurlu taraf olup olmadığı aranmamıştır ve boşanmayı sağlayacak nitelikte bir kusurunun ispatlanmış olması yeterli kabul edilmiştir⁸⁰.

Bu açıklamalar ışığında, hayata kast sebebiyle açılmış bir boşanma davası devam ederken hayatına kastedilen davacı eşin ölmesi halinde, onun mirasçısı/mirasçıları davaya devam edebilecektir. Davaya devam eden mirasçı/mirasçılar ancak hayata kast olgusunun delillerini ortaya koyabilirler. Yoksa davalıya isnat edilen kusur dışında başka bir kusur isnadında (örneğin; haysiyetsiz hayat sürme) bulunamazlar.

TMK m. 181/2’de tanınan hak hem davacı hem de davalı mirasçıları kapsamaktadır (6217 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte). Bu açıdan, davacının ölmesi durumunda, davalının mirasçıları m. 181/2’ye dayanarak davaya devam edebilecek midir? Burada, davalı taraf hayata kast fiilinin faili olmakla suçlanmaktadır. Bu durumda, davalının mirasçıları ancak bir karşı dava söz konusu ise⁸¹ bu karşı davada dayanılan kusur sebebini ispat amacıyla davaya devam edebilirler. Aynı zamanda bu karşı davanın hangi sebebe dayanarak açıldığı da önem arz etmektedir. Zira m. 181/2’nin getirilme amacı, gerekçesinden de anlaşılacağı üzere “*özellikle, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü halinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına*” engel olabilmektir. Buna göre, eğer karşı dava, m. 165 (akıl

⁸⁰ Bakınız: Yargıtay, 2. H.D.’ nin 2009/8491 Esas sayılı 2010/10250 Kararı (**Topuz**, 2012a, s. 184, dipnot 328); Yargıtay, 10. H.D. , T: 10.04.2018, E: 2015/20973, K: 2018/3303, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 08.11.2019.

⁸¹ Örneğin, hayata kast sebebiyle aleyhinde boşanma davası açılan davalının da zina sebebine dayanarak karşı dava açması.

hastalığı), m. 164 (terk), m. 166 (evlilik birliğinin temelden sarsılması) gibi bir sebebe dayanıyorsa m. 181/2'ye dayanarak davaya devam edilememelidir⁸².

Bu konuda açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise m. 162'de öngörülen hayata kast sebebiyle açılan boşanma davasında, davaya devam eden mirasçılardan hayata kast olgusu yerine aynı maddede öngörülen pek kötü veya onur kırıcı davranış olgusunu ispat edemeyecekleridir.

Yukarıda kısmen izah edilmeye çalışıldığı üzere, davaya devam eden mirasçılar, davanın tarafı haline gelmezler ancak eşlerin ileri sürdüğü kusurun ispatı için kendilerine böyle bir imkân tanınmıştır. Bu nedenle eşlerin ileri sürdüğü sebepler ile bağlıdırlar. Her ne kadar hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranışa dayanan boşanma sebepleri aynı madde içerisinde öngörülmüş olsa da bunlar birbirinden farklı boşanma sebepleridir. Buna göre, sadece hayata kast sebebine dayanarak açılan bir boşanma davasında, davaya devam eden mirasçılar hayata kast olgusunu ispat edemedikleri takdirde pek kötü veya onur kırıcı davranış olgusunu ispat ederek diğer eşin kusurlu olduğunun tespitini isteyemezler.

2. Malî Sonuçlar

a. Mal Rejiminin Tasfiyesi

Eşler arasında evlilik süresince hüküm süren mal rejimini sona erdiren hallerden birisi de boşanmadır. TMK m. 179'a göre, "*mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır*". TMK m.

⁸² Öğretideki bazı yazarlara göre; "*ilgili kanun hükmü (TMK m. 181/f. 2), kusur denetiminin yapıldığı tüm boşanma davalarında uygulama alanı bulabilir. Zira kanun hükmünde sâdece sağ kalan eşin kusurunun ispat edilmesinden bahsedilmekte olup, bunun ötesinde kusurlu davranışa ilişkin olarak kusur denetiminin yapıldığı boşanma sebepleri bakımından bir ayırım/sınırlama yapılmamaktadır*" (Topuz, 2012a), s. 185), "*Davanın hangi boşanma nedenine dayalı olarak açılmış olduğu önemli değildir. Dava, özel veya genel boşanma sebeplerinden birine dayalı olarak açılmış olabilir. Zira 181/2. Maddede geçen "boşanma davası devam ederken" cümlesi, tüm boşanma sebeplerini içermektedir. Zaten hükmü gerekçesinde de "özellikle" demek suretiyle (zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme) sebepleri örnek olarak gösterilmiştir*" (Tutumlu, 2002, s. 113).

218-282 maddeleri arasında mal rejimi türleri düzenlenmiştir. TMK m. 202/1'e göre yasal mal rejimi, “*edinilmiş mallara katılma rejimi*” dir.

Söz konusu evlilik, 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden önce gerçekleşmiş ve eşler yasal mal rejimi dışında bir mal rejimi seçmemişlerse, eşlerin mal rejimi tasfiye edilirken 01.01.2002 tarihine kadar olan dönem için mal ayrılığı (743 sayılı MK m. 170), bu tarihten sonraki dönem için edinilmiş mallara katılma hükümleri (TMK m. 202/1) uygulanır. Eğer evlenme, 01.01.2002 tarihinden sonra gerçekleştirilmiş ve eşler yasal rejim dışında bir mal rejimi seçmedilerse, mal rejimi tasfiyesi edinilmiş mallara katılma rejimi hükümlerine göre yapılır⁸³.

Edinilmiş mallara katılma rejimi hükümleri incelendiğinde “*artık değere katılma*” başlıklı 236'ncı maddenin 2'nci fıkrasında, zina ve hayata kast sebebiyle açılan boşanma davaları için özel bir hüküm öngörülmüştür. İlgili fıkraya göre, “*zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir*”. İlgili düzenleme ile zina ve hayata kast halleriyle sınırlı olarak hâkime artık değere katılma oranını hakkaniyet gereğince belirleme hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. Hayata kast sebebiyle açılan boşanma davasında, hâkim, bu sebebe dayanarak boşanmaya karar verirse bu yönde bir talep gelmemiş olsa da re'sen, takdir yetkisini kullanarak artık değere katılma oranını azaltabilir yahut kaldırabilir⁸⁴.

⁸³ Yargıtay, 8. H.D. , T:30.11.2015, E: 2014/12512, K: 2015/21469, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 08.11.2019.

⁸⁴ **Demir**, Şamil (2014) “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması Ve Paylaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s. 264-265; **Yıldırım**, Edanur (2019) “Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinden Doğan Katılma Alacağı Hakkı ve Özellikleri”, (Yüksek Lisans Tezi), Yaşar Üniversitesi, SBE, 2019, s. 69-70. “*Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma halinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir (TMK m. 236/2). Yasa maddesinin kanunda düzenlendiği yer ve kenar başlığından açıkça anlaşılacağı gibi, zina ve hayata kast nedeniyle boşanma kararının eşin alacak talebine etkisi, edinilmiş mallara katılma rejimine (TMK m. 218-241) özgü ve sadece 'artık değere katılma alacağı (TMK m. 236)' için söz konusudur. Bir başka anlatımla, mal ayrılığı rejimindeki 'katkı payı alacağı' ve edinilmiş mallara katılma rejimindeki 'değer artış payı alacağı TMK m. 227 için, TMK 236/2. maddesi*

b. Maddî Tazminat

TMK m. 174/1'e göre, "mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir". Bu hükme göre, boşanma yüzünden menfaati zedelenen taraf⁸⁵, maddî tazminat talep edebilecektir. Bu tazminat talebinin şartları, aşağıda incelenecektir.

i. Tazminat İsteyen Tarafın Kusursuz ya da Daha Az Kusurlu Olması

MK döneminde (m. 143/1), maddî tazminat talebinde bulunacak eşin tamamen kusursuz olması şart kılınmıştı. TMK döneminde ise bu şart değiştirilerek kusursuz yahut daha az kusurlu olma şartı getirilmiştir⁸⁶. Buna göre tarafların eşit kusurlu olduğu hâllerde maddî tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir⁸⁷.

Öğretide⁸⁸ "kusursuz olma" kavramından, mutlak bir kusursuzluğun anlaşılmasında gerektiği açıkça belirtilmiştir. Zira bir boşanma davasında taraflardan birinin hiç kusurunun olmaması ender rastlanacak bir hâldir. Bu bakımdan, kusursuzluk tespit edilirken bakılacak husus, tazminat isteyen tarafın, herhangi bir kusurunun olup olmadığı değil, boşanma sebebinin

uygulama alanı bulmaz" (Yargıtay, 8. H.D. , T: 30.11.2015, E: 2014/12512, K: 2015/21469, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>>, s.e.t. 08.11.2019).

⁸⁵ Maddede "eş" kavramı yerine "taraf" kavramı kullanılmıştır. Bunun sebebi, maddî ve manevî tazminat talepleri, boşanma kararından sonra da dâva edilebilir taleplerdir. Bu durumda boşanmış kişilere, eş yerine taraf demek daha kapsayıcı ve doğru bir ifade olmuştur (Karabulut, s. 100; Akıntürk, Ateş, s. 295; Kaçak, Nazif (2009) Boşanma Davalarında Maddî ve Manevî Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 27).

⁸⁶ Kılıçoğlu, s. 127; Kıcalıoğlu, Mustafa (2002) "4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma Halinde Maddî ve Manevî Tazminat", Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, s. 39-40; Zararsız, Abdulmuttalip (2019) "Boşanma Davalarında Maddî ve Manevî Tazminat", (Yüksek Lisans Tezi), Hasan Kalyoncu Üniversitesi, SBE, s. 40.

⁸⁷ Kaçak, s. 27; Kıcalıoğlu, s. 44.

⁸⁸ Velidedeoğlu, s. 258; Tekinay, s. 258; Feyzioğlu, s. 404; Akıntürk/Ateş, s. 296; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 151; Baran Celep, s. 79-80; Zararsız, s. 40; Serin Of, Emine (2008) "Boşanmanın Mali Sonuçları", (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, SBE, s. 41.

oluşmasında kusurunun bulunup bulunmadığıdır (uygun illiyet bağı)⁸⁹. Eğer ki, tazminat isteminde bulunan tarafın kusursuz olması aranıyor olsaydı, bu durumda maddî tazminat talebinin sınırları çok daralır ve ancak istisnâî hâllerde maddî tazminat talep edilebilir olurdu. Böylece, maddî tazminat kurumu, pratik değerini büyük ölçüde yitirmiş olurdu⁹⁰.

Maddede öngörülen diğer durum “*daha az kusurlu*”⁹¹ olma hâlidir. Bu hâlde, tazminat talebinde bulunan tarafın da boşanmada kusuru vardır. Fakat bu kusur, kendisinden tazminat talep edilen tarafa oranla daha azdır⁹². Bu durumda, hâkim, ortak kusur dolayısıyla (TBK m. 52) gereğince tazminattan indirim yapabilir⁹³.

Mutlak boşanma sebeplerinden olan hayata kast olgusuna dayanarak açılan boşanma davasında yahut dava sonrasında hayatına kastedilen taraf, maddî tazminat talebinde bulunabilir. Zira hayata kast, ağır bir kusurdur. Hayatına kastedilen eşin kusuru ne olursa olsun hayata kast fiilini işleyen tarafın kusuru daha büyük olacaktır.

ii. Davalı Tarafın Kusurlu Olması

Davalı taraf, boşanma sebebinde kusurlu olmalıdır. Davalı taraf, kendi kusuruyla boşanmaya sebebiyet vermemiş ise, onun aleyhinde tazminata hükmedilemez. Örneğin, davalı tarafın akıl hastalığı sebebine dayanarak açılan bir boşanma davasında, karşı tarafın kusurundan söz edilemeyecektir. Yine, evlilik birliğinin temelinden sarsılma sebebine dayanarak açılan boşanma davalarının bazılarında her iki tarafın da kusursuz olması mümkündür. Bu

⁸⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 151.

⁹⁰ Akıntürk/Ateş, s. 296; Serin Of, s. 41; Zararsız, s. 41; Biçer Yener, Iğın (2019) “Boşanmada Maddî Tazminat”, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE, s. 28.

⁹¹ “Burada söz konusu az kusurlu olmayı; karşı tarafın (eşin) tahrik, teşvik, kışkırtma vb. davranışlarına tepki niteliğinde olan ve boşanma için yeterli sayılmayan davranışlar olarak anlamalıyız” (Kıcalıoğlu, s. 40).

⁹² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 151. “Tek basına boşanmaya neden olmayacak derecede kalmış davranışın oluşturduğu kusur, az kusur olarak değerlendirilebilir” (Serin Of, s. 41).

⁹³ Akıntürk/Ateş, s. 296-297; Kıcalıoğlu, s. 44.

gibi durumlarda, davalı taraf kusurlu olmadığından maddî tazminatın şartları oluşmamıştır⁹⁴.

Hayata kast sebebi ile açılan boşanma davasının şartlarından biri de hayata kast eden eşin kusurlu olmasıdır. Dolayısıyla eğer hayata kast sebebiyle boşanma davasına hükmedilmişse, burada davalı tarafın kusurlu olması şartı yerine gelmiş olacaktır.

iii. Davacının Mevcut veya Beklenen bir Menfaatinin Zedelenmesi

Mevcut menfaat zedelenmesi kavramından anlaşılması gereken evlilik birliği boşanmayla son bulmamış olsaydı, tazminat talebinde bulunan tarafın sağlamaya devam edeceği yararlar⁹⁵ yahut uğramayacağı zararlardır⁹⁶. Örneğin, evlilik birliği içinde sağlanan bakım nafakası, mal rejimi ile elde edilen haklar, diğer eşin bir malını kullanmak yahut işlemek suretiyle sağlanan fayda ve diğer eşin işyerinde çalışarak elde edilen kazanç gibi yararları kaybetmek⁹⁷ yahut boşanma yüzünden taşınma, konaklama giderleri yapılması, ruh halinin bozulması sebebiyle tedavi masrafı ödenmesi gibi zararlara uğramaktır⁹⁸. Özellikle hayata kast sebebiyle boşanma davası söz konusu olduğunda, hayatına kastedilen eşin fizikî ve(ya) psikolojik tedavi masrafları dikkate alınmalıdır.

Beklenen menfaat ise, tazminat talep eden tarafın, evlilik devam etmiş olsaydı gelecekte sağlayacağı yararlarıdır⁹⁹. Bunlara örnek olarak, eşten doğan miras hakkı, eşin emekli maaşı, lehe yapılan sigorta poliçelerinden doğacak menfaatler veya eşin iş yerinde çalışmak suretiyle elde edeceği ücret gelirleri gösterilebilir¹⁰⁰.

⁹⁴ Serin Of, s. 42-43; Akıntürk/Ateş, s. 297; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 152; Baran Celep, s. 81; Güneşlioğlu, s. 48-49; Biçer Yener, s. 34.

⁹⁵ Akıntürk/Ateş, s. 297.

⁹⁶ Kıcalıoğlu, s. 42-43.

⁹⁷ Serin Of, s. 37.

⁹⁸ Kılıçoğlu, s. 128.

⁹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 152; Kıcalıoğlu, s. 42; Kaçak, s. 26.

¹⁰⁰ Güneşlioğlu, s. 47.

iv. Miktarı

Mevcut ve beklenen menfaatler, kanunda sayılmamıştır. Bu sebeple maddî tazminatın miktarını hâkim takdir edecektir. Hâkim, maddî tazminatın miktarını belirlerken evliliğin süresini, tarafların kusur derecelerini, her iki tarafın ekonomik ve sosyal durumunu, yaşlarını, özetle somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak ve nihayet hakkaniyete uygun bir tazminat miktarını takdir etmesi gerekir¹⁰¹.

c. Manevî Tazminat¹⁰²

Boşanmaya sebep olan durumlar sonucunda çoğu zaman taraflardan biri; acı çekmek, derin üzüntüler yaşamak ve ruhi bunalımlar geçirmek tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Genellikle, kusursuz veya daha az kusurlu tarafın kişilik hakları açık bir surette saldırıya uğramakta; zina, hayata kast gibi özel boşanma sebeplerine dayanan boşanma davalarında bu durum göz ardı edilemeyecek boyutlara ulaşmaktadır. Nitekim kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevî zarara uğrayan tarafın ruh dengesini yeniden kurmak için bir denkleştirme aracına ihtiyaç duyulmaktadır¹⁰³. Bu nedenle TMK m. 174/2’de manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın zarar gören tarafa ödenmesi öngörülmüştür¹⁰⁴. Manevî tazminat, bir ceza olmadığı gibi bir zenginleşme aracı da değildir¹⁰⁵.

¹⁰¹ **Kaçak**, s. 28; **Akıntürk/Ateş**, s. 298; **Kıcalıoğlu**, s. 45 vd. ; **Zararsız**, s. 52.

¹⁰² “Boşanmaya neden olan olaylar yüzünden manevi tazminat isteyen tarafın, kişilik hakları ve aile bütünlüğüne ağır biçimde saldırıldığı için zarar görmüş olması gerekir. Boşanma halindeki manevi tazminat, MK m. 23 ve devamı maddelerinde yer alan şeref, haysiyet, hürriyet, ruh ve beden bütünlüğü ile sağlık, isim, resim gibi kişiliğin korunmasına yönelik genel düzenlemenin değişik bir uygulamasıdır. Ne var ki, MK m. 174/2 maddesinde düzenlenmiş olan manevi tazminat MK m. 24 ve BK 49. maddelerinde düzenlenen manevi tazminattan farklıdır” (**Kıcalıoğlu**, s. 49).

¹⁰³ “Bir acı ve ıstırapın maddi zararlar gibi parayla ölçülmesine imkân yoktur. Bu nedenle manevi bir zararın şu veya bu miktardaki bir parayla giderilebileceği söylenemez. Buna rağmen, haksız fiilden doğan bedeni veya ruhi sıkıntılar için bir tazminatın ödenmesi, bu sıkıntılarının hafifletilmesine, hiç değilse bazı avunma çarelerinin bulunmasına yardım edebilir” (**Zararsız**, s. 57-58).

¹⁰⁴ **Serin Of**, s. 53-54. “Kanımızca bu düzenleme isabetli olmamıştır. Bu halde kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın para dışındaki başka bir tazmin yolunu talep etmesi ve hâkimin de uygun bulması halinde diğer tazmin yollarından birine hükmedebilmesi gerekir” (**Budun**,

TMK m. 174/2'ye göre, “Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”. Manevî tazminat talebinin şartları şunlardır:

i. Davalının Kusurlu Olması

TMK m. 174/2'ye göre, manevî tazminat talep edebilmek için davalı tarafın kusurlu olması şarttır. Ancak ilgili düzenlemede davalının kusurunun ağır olması aranmamıştır. Burada önemli olan, kusurun ağır olup olmaması değil, davalının, davacının kişilik hakkına saldırıda bulunurken kusurlu olmasıdır¹⁰⁶. Dolayısıyla akıl hastalığı veya eşlerin karakterlerinin uyuşmaması nedeniyle ortaya çıkan şiddetli geçimsizlik yüzünden hiçbir tarafın kusuru olmaksızın gerçekleşen boşanmalarda manevî tazminata hükmedilemeyecektir¹⁰⁷.

Davalının boşanmada kusurlu olması şartının aranması, davacının kusurunun göz önünde bulundurulmayacağı anlamına gelmez. Manevî tazminat talebinde bulunan davacının kusuru ağır değilse, kusur oranı nispetinde tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir (TBK m. 52). Ancak, davacının kusuru ağır nitelikte ise, bu durum “zarar görenin ağır kusuru” gibi değerlendirilip illiyet bağıını kesen sebep olarak tazminat talebinin reddi sonucunu doğurur¹⁰⁸.

Hayata kast olgusuna dayanan boşanma sebebi, mutlak ve kusura dayanan bir boşanma sebebidir. Eğer hâkim, bu sebebe dayanarak boşanma kararına hükmetmişse burada hayata kast fiilinin varlığı tespit edilmiş

Merve (2018) “Türk Hukukunda Boşanmanın Eşler Arasındaki Mali Sonuçlarından Maddi Tazminat ve Manevi Tazminat”, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, SBE, s. 116-117); “Manevi tazminatın para dışındaki giderim yolları olarak; yalanlama, sözünü geriye alma, saldırganı özür dilemeye mahkûm etme, saldırıya ilişkin mahkeme kararının ilan edilmesi, mahkeme kararı ile saldırganın kınanması gösterilebilir” (Budun, s. 116).

¹⁰⁵ Kıcalıoğlu, s. 41; Gelmez, s. 69; Kırmızı, Ali E. (2009) “Boşanmanın Sonuçlarından Maddi ve Manevi Tazminat” (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi, SBE, s. 62.

¹⁰⁶ Akıntürk/Ateş, s. 299; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 153; Gelmez, Ezgi (2019) “Boşanmanın Mali Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi, SBE, s. 72.

¹⁰⁷ Velidedeoğlu, s. 259.

¹⁰⁸ Kılıçoğlu, s. 132; Kaçak, s. 36; Serin Of, s. 59-61.

demektir. Dolayısıyla, hayata kast sebebine dayanarak açılan boşanma davasının, boşanma kararıyla sonuçlanması davalının kusurlu olduğunu göstermektedir. Hayata kast fiilinin oluşmasında, hayatına kastedilen tarafın da kusuru varsa bu kusur tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınmalıdır. Örneğin, davacı eşin zina fiilini öğrenen davalı eş hayata kast fiilini işlemiş olabilir. Ancak davacı eşin kusuru ne kadar ağır nitelikte olursa olsun (zina gibi), hayata kast fiili açısından illiyet bağıını kesen sebep olarak görülüp tazminat isteminin reddi sonucunu doğurmamalıdır.

ii. Davacının Kişilik Hakkının İhlâl Edilmesi (Zedelenmesi)

Boşanma kararının varlığı tek başına taraflara manevî tazminat talep etme hakkını doğurmaz. Boşanma sebebiyle manevî tazminat isteminde bulunabilmek için davacının kişilik hakkı,¹⁰⁹ boşanmaya sebep olan olaylar sonucunda ihlâl edilmiş olması şarttır¹¹⁰.

MK döneminde (m. 143/2), kişilik hakkı ihlâlinin ağır olması ve davacı tarafın kusursuz olması şartları aranmaktaydı. TMK m. 174/2’de, bu şartlar aranmamaktadır¹¹¹.

¹⁰⁹ “Yasalarımızda “Kişilik Hakkı”nın tanımı yapılmamıştır. Kişilik hakkı kavramına dahil olan kişilik değerlerinin de tek tek sayılıp belirlenmediği, bir başka deyimle içeriğinin yasa koyucu tarafından açık ve kesin olarak ortaya konulmadığı görülmektedir. Ancak doktrinde ortak kabul gördüğü üzere, kişilerin sadece varolmaları nedeniyle tanınan, ayrılmaz biçimde sahip oldukları, hukuk düzeni tarafından korunan yaşam, beden bütünlüğü, sağlık, şeref ve haysiyet, isim, resim, özel hayat, kişisel veriler özgürlükler gibi kişisel değerler üzerindeki haklar, kişilik hakkını ifade eder” (Kaya, Mine (2010) “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, s. 279). “Kanunlarda sayılmamış olmakla birlikte kişilik hakkının, 1. Maddi (Bedensel) Haklar 2. Manevi Haklar 3. Mesleki ve ekonomik haklardan oluştuğunu kabul etmek gerekir. Maddi (bedensel) haklar kavramının içine yaşam, beden bütünlüğü gibi haklar girerken manevi hakların içine onur, saygınlık, aile bütünlüğü, isim ve resim üzerindeki haklar girmektedir. Mesleki ve ekonomik haklar ise ekonomik özgürlük ve varlık, mesleki onur ve saygınlık ile mesleki ve ticari giz gibi haklardan oluşmaktadır” (Doğan, Pınar Bahar (2014) “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, s. 480-481).

¹¹⁰ Güneşlioğlu, s. 58; Akıntürk/Ateş, s. 300; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 154;

¹¹¹ Akıntürk/Ateş, s. 300; Hatemi/Serozan, s. 255-256; Güneşlioğlu, s. 59; Gelmez, s. 67-68; Zararsız, s. 62-63; “Eski düzenlemede, davacının kusursuz olması aranıp davalının kusuruna

Boşanmaya sebebiyet veren olayların, davacı tarafın kişilik hakkını zedeleyip zedelediğinin tespiti her zaman kolay değildir. Zira her olayın kişilerin duygusal dünyalarında oluşturacağı etki ve bırakacağı iz birbirinden farklıdır¹¹². Davacı tarafın kişilik hakkının hangi hâllerde ve ne boyutta ihlâl edilmiş olduğu, boşanmaya sebep olan olayların özelliğine ve davacının duyduğu elem ve üzüntünün derecesine göre belirlenmelidir¹¹³.

Bu şart açısından bakıldığında, hayata kast sebebine dayanarak boşanma kararının verildiği bir davada, davacının kişilik hakkının zedelenmediği noktasında bir şüphe yoktur. Çünkü hayata kast olgusunun varlığı durumunda, davacının en önemli kişilik değerlerinden olan hayat hakkına bir saldırı söz konusudur.

Hayata kast fiilleri, aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmektedir. Bu durumda BK m. 58 gereğince, manevî tazminat talebi de ileri sürülebilir. TMK m. 174 ile TBK m. 58'e dayanarak istenebilecek manevî tazminat arasındaki fark: TMK m. 174 kapsamında tazminat talebi için boşanmaya karar verilmiş olması gerekirken TBK m. 58 kapsamında boşanma kararına gerek olmaksızın manevî tazminat isteminde bulunulabilir. Bu fark dışında, iki madde arasında bir farklılık yoktur¹¹⁴.

iii. Miktarı

Manevî tazminatın miktarını, maddî tazminatta olduğu gibi hâkim takdir eder. Burada hâkimin, boşanma sebebiyle davacı tarafın kişilik hakkının nasıl ve ne ölçüde ihlâl edildiğini tespit etmesi gerekir¹¹⁵. Hâkim, tazminat miktarını tayin ederken boşanmaya yol açan olayın ağırlığını, davalının malî gücünü ve davacının ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmalıdır. Hayata kast fiili, ağır bir kusur olduğu için diğer boşanma sebepleri ile kıyaslandığında hayata kast sebebiyle boşanmada, hâkim, daha yüksek miktarda manevî tazminata hükmetmesi gerekir.

değnilmemiş buna karşın yeni düzenlemede, davacının kusursuz olmasından söz edilmeyip davalının kusurlu olmasına değnilmiştir” (Kırmızı, s. 64).

¹¹² Güneşlioğlu, s. 59.

¹¹³ Akıntürk, Ateş, s. 300.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, s. 131; Kaçak, s. 35-36.

¹¹⁵ Akıntürk/Ateş, s. 301.

d. Yoksulluk Nafakası¹¹⁶

TMK m. 175'de hangi durumlarda yoksulluk nafakasına hükmedilebileceği düzenlenmiş ancak yoksulluk kavramı tanımlanmamıştır. Öğretide yapılan tanıma göre,¹¹⁷ kişinin kendi gelir veya malvarlığı ile geçimini sağlayamaması halinde yoksulluk söz konusu olacaktır¹¹⁸. Ancak unutulmamalıdır ki yoksulluk kavramı, zamana göre değişiklik göstermektedir. Zira, zaman geçtikçe toplumun refah seviyesi değişir ve insanların yaşam standartları farklılaşır. Böylece farklı zamanlar farklı yoksulluk tanımları doğurur¹¹⁹.

¹¹⁶ “Boşanmada maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi veya hükmedilmemesi, yoksulluk nafakası talebini etkilemez. Boşanmada maddi veya manevi tazminata hükmedilmesinin temel amacı ve koşullarıyla, yoksulluk nafakasına hükmedilmesinin temel amacı ve koşulları, birbirinden farklıdır. Boşanmada maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinin temel sebebi, boşanan taraflardan kusursuz veya az kusurlu olan tarafın, karşı tarafın kusurlu davranışıyla boşanmaya sebebiyet vermesi neticesinde uğramış olduğu maddi veya manevi zararların giderilmesidir. Oysa yoksulluk nafakasının dayandığı temel düşünce, esas itibarıyla, boşanan taraflardan birisinin boşanma sonucunda düşmüş olduğu yoksulluk halinin sosyal dayanışma fikri ve ahlaksal değerler gereğince kısmen de olsa giderilmeye çalışılmasıdır” (Güneşlioğlu, s. 65).

¹¹⁷ **Arkan Serim**, Azra (2007) “Yoksulluk Nafakası”, İÜHFİM, Cilt: LXV, Sayı: 1, 289-290; **Kılıçoğlu**, s. 134; **Somkan Fırat**, Aylin (2019) “Yoksulluk Nafakası”, (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, SBE, s. 9.

¹¹⁸ “Yargıtay Kurulunun 07.10.1998 tarih ve 1998/2-656-688 sayılı kararında da kabul edildiği gibi yeme, giyinme, barınma, sağlık, ulaşım, kültür (eğitim) gibi bireyin maddi varlığını geliştirmek için zorunlu ve gerekli görülen harcamaları karşılayacak düzeyde geliri olmayanları yoksul kabul etmek gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki;... Kurulu'nun yerleşik kararlarında "asgari ücret seviyesinde gelire sahip olunması" yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu kabul edilmediği gibi asgari ücretin üzerinde gelire sahip olunması da yoksulluk nafakası bağlanmasını olanaksız kılan bir olgu olarak kabul edilmemiştir. (...07.10.1998 gün, 1998/2-656 E, 1998/688 K. 26.12.2001 gün 2001/2-1158-1185 sayılı ve 01.05.2002 gün 2002/2-397-339 sayılı kararları). Bu durumda ancak nafakanın miktarını tayinde etken olarak dikkate alınmalıdır” (Yargıtay, 3. H.D. , T: 09.10.2017, E: 2017/11957, K: 2017/13613, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>>, s.e.t. 09.11.2019).

¹¹⁹ **Özyazgan**, Özge (2019) “Yoksulluk Nafakası”, (Yüksek Lisans Tezi), Hasan Kalyoncu Üniversitesi, SBE, s. 33.

TMK m. 175'e göre, "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir (f.1). Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz (f.2)". İlgili hükme göre, yoksulluk nafakasının şartları şunlardır:

i. Taraflardan Birinin Talebi

Maddî ve manevî tazminat taleplerinde olduğu gibi yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için taraflardan birinin talepte bulunması gerekir. Hâkim, talep olmaması halinde, yoksulluk nafakasına re' sen karar veremez¹²⁰. Yoksulluk nafakası, boşanma talebi ile aynı dava dilekçesinde talep edilebilir. Dava dilekçesiyle birlikte talep edilmemesi durumunda, dava devam ederken sözlü isteğin tutanağa geçirilmesi yoluyla da talep edilebilir. Ayrıca boşanma kararının kesinleşmesinden sonra ayrı bir bağımsız dava yoluyla da talep edilebilir. Ancak bu son durumda TMK m. 178'de öngörülen bir yıllık zamanaşımı dikkate alınmalıdır¹²¹.

ii. Talep Eden Tarafın Kusurunun Daha Ağır Olmaması

Eski MK'un 144'üncü maddesine göre, 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, nafaka talebinde bulunan eşin "kusursuz" olması gerekirdi. Yeni TMK m. 175'te bu şart, talepte bulunan tarafın daha ağır kusurlu olmaması şartı ile değiştirilmiştir¹²².

Nafaka talep eden eşin kusursuz olduğu durumlarda yoksulluk nafakası talep edilebilecektir. Aleyhine yoksulluk nafakasına hükmedilecek davalının kusurlu olması gerekmez¹²³. Her iki eşin de kusurlu olduğu boşanma

¹²⁰ Arkan Serim, s. 288; Çitak, Burçak (2016) "Yoksulluk Nafakası", İÜHFİM, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, s. 242; Öcal, Mesut (2019) Yoksulluk Nafakasının Süresi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s. 35-36; Özyazgan, s. 37-38; Somkan Fırat, s. 31.

¹²¹ Arkan Serim, s. 288-289; Öcal, 38-39; Kartal, Nagihan (2019) "Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakası", (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medipol Üniversitesi, SBE, s. 38.

¹²² Akıntürk/Ateş, s. 303; Arkan Serim, s. 291; Öcal, s. 49.

¹²³ "Maddî ve manevî tazminat ile yoksulluk nafakası arasındaki farktan biri de kusur şartının aranmasıdır. Tazminat talebi kararında kusur oranlarına dikkat edilir, kusur oranlarına göre karar verilir. Örneğin akıl hastası olan eşin kusurundan bahsedilemez ve bu durumda tazminata karar verilemez, ancak eşin akıl hastası olması yoksulluk nafakasına hükmedilmeyeceği anlamına gelmemektedir" (Özyazgan, s. 42).

davalarında ise, nafakaya karar verilebilmesi için talep eden tarafın kusurunun davalının kusuruna oranı ya daha az olmalı ya da eşit olmalıdır¹²⁴. Özel boşanma sebeplerine dayanarak açılan davalarda; yoksulluk nafakası talep eden tarafın, davacı konumunda olması ve bu davanın kabul edilmesi durumunda, davacının ağır kusurlu olması mümkün olmadığından yoksulluk nafakası açısından talepte bulunan tarafın kusurunun daha ağır olmaması şartı gerçekleşmiş olacaktır¹²⁵.

Hayata kast sebebiyle boşanmaya karar verilen durumlarda, hayatına kastedilen davacı kusuru ne olursa olsun hayatına kasteden davalıya nispeten daha az kusurlu olacağı için yoksulluk nafakasının bu şartı gerçekleşmiş olacaktır. Aksine, hayata kast fiilini işleyen davalı, daha ağır kusurlu olacağı için yoksulluk nafakasının bu şartı gerçekleşmez.

iii. Nafaka Talep Eden Eşin Yoksulluğa Düşmesi

Nafaka isteminde bulunan eş, çalışma gücünden yoksun ve başka bir gelir kaynağı yahut serveti bulunmuyorsa yoksulluk nafakasına hak kazanır. Bu eşin, emekli maaşı yahut mal varlığı mevcutsa, yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için bunların, onu yoksulluktan kurtarıp kurtarmadığına bakılır¹²⁶.

Eski kanunda yapılan değişiklikten önce m. 144'te "büyük" bir yoksulluğa düşme şartı aranmaktaydı. Yeni kanun dönemindeki düzenlemede, yoksulluğun büyük olması şartı aranmamaktadır. Buna göre, yoksulluk nafakasına hükmedebilmek için, nafaka talebinde bulunan tarafın, normal ve vasat düzeydeki bir yoksulluğa düşecek olması yeterlidir¹²⁷.

iv. Nafakanın Diğer Tarafın Malî Gücüyle Orantılı Olması

Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi nafakayı ödeyecek tarafın mali gücünün olması ile doğru orantılıdır. Nafaka artırım durumlarında da

¹²⁴ Çitak, s. 243; Arkan Serim, s. 291; Kartal, s. 43-44; Somkan Fırat, s. 37 vd. ; Kartal, s. 46 vd.

¹²⁵ Kartal, s. 44.

¹²⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 155; Somkan Fırat, s. 22-23; Güneşlioğlu, s. 69.

¹²⁷ Akıntürk/Ateş, s. 303-304; Öcal, s. 43-44; Somkan Fırat, s. 20; Kartal, s. 50 vd.

tarafların malî gücü dikkate alınmaktadır¹²⁸. Ödeyecek olan tarafın malî gücü, yoksulluk nafakasının üst sınırındır. Nafaka yükümlüsünün ödeme gücü az ise hâkim ödeme gücüne uygun bir nafaka miktarına karar vermelidir. Ödeme gücü olmayan yükümlüden nafaka talep edilemez. Ayrıca nafaka yükümlüsünün zengin olması, ondan yoksulluğu giderecek miktardan fazla nafakaya hükmedilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Zira yoksulluk nafakasının amacı talepte bulunanın yoksulluğunu gidermek bir diğer deyişle onun zorunlu ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Yoksa evlilik zamanındaki refah seviyesini devam ettirmek değildir¹²⁹.

e. Zamanaşımı

Maddi, manevi tazminat veya yoksulluk nafakası talebi, boşanma davasının fer'î olarak boşanma davası ile beraber ileri sürülebileceği gibi boşanma kararından sonra da ayrı bir dava ile ileri sürülebilir. Boşanma kararından sonra ayrı bir dava ile ileri sürülecek talep, TMK m. 178 gereğince boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi ile sınırlandırılmıştır. TMK m. 178'de öngörülen bir yıllık zamanaşımı ile eşlerin tekrar karşı karşıya gelmesi ve uyuşmazlıkların uzun süre devam etmesinin önüne geçilmek istenmiştir¹³⁰.

Bir yıllık süre zamanaşımı süresi olduğu için bir def'îdir. Bu süre geçtikten sonra açılan davalar noktasında, şayet davalı tarafından zamanaşımı def'isi ileri sürülmezse bu durum, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmayacaktır¹³¹.

¹²⁸ “Nafakanın irat olarak ödenmesine karar verilmesi halinde, boşanmadan sonraki bu süreçte, karar verilirken öngörülemeyen bazı gelişmeler meydana gelebilir, nafaka değeri büyük bir oranda düşebilir yahut yükselebilir ve edimler arasındaki denge bozulabilir³⁰. Örneğin nafaka borçlusunun ekonomik durumu kötüleşebilir, borçlu nafakayı ödeyemez hale gelebilir veya nafaka alacaklısı iş bularak çalışmaya başladığından alacaklı eşin nafaka ihtiyacı ortadan kalkabilir. Bu ihtimalleri göz önünde tutan kanun koyucu TMK md. 176/f.4 ile hükmedilen iratların değiştirilmesine imkân tanımıştır” (Çitak, s. 247-248).

¹²⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 156; Arkan Serim, s. 292-293; Kartal, s. 60-61; Öcal, s. 55-56; Özyazgan, s. 43; Somkan Fırat, s. 19; Güneşlioğlu, s. 71.

¹³⁰ Kıcalıoğlu, s. 48; Serin Of, s. 53.

¹³¹ Kaçak, s. 33.

B. ÇOCUK(LAR) AÇISINDAN HUKUKÎ SONUÇLARI

Boşanma, eşler açısından hukukî sonuçlar doğurduğu gibi (varsa) çocuklar açısından da hukukî sonuçlar doğurmaktadır. Ancak boşanmanın çocuklara ilişkin sonuçları kendiliğinden (ipso iure) ortaya çıkmaz. Bu sonuçların ortaya çıkması için hâkimin boşanma kararında düzenlemesi gerekir. Hâkim, kamu düzenine ilişkin velayet ve çocukla kişisel ilişki gibi konularda herhangi bir talep gerekmeksizin re'sen karar verir¹³².

1. Çocuğun Velayeti

Çocuğun velayeti evlilik birliği içerindeyken anne ve baba tarafından kullanılırken TMK m. 336 gereğince, boşanma ile evlilik birliği sona ereceği için velayet hakkının kullanımı anne veya babadan birine verilir¹³³. Öğretide genellikle kabul edildiği üzere¹³⁴ hâkim, velâyet hakkının hangi tarafa verileceği hususunda, tarafların talep ve düşüncelerinden ziyade “*çocuğun menfaatini*” göz önünde bulundurmalıdır.

Hâkim, velayet hakkını hangi tarafa bırakacağını takdir ederken tarafların malî durumu, yaşı, boşanmadaki kusurları birinci derece önem arz etmez. Önemli olan çocuğun hangi tarafa bırakıldığı takdirde daha iyi bakılacak, yetiştirilecek, daha iyi terbiye ve eğitim alacak olduğudur. Buna göre, eşlerin içinde bulunduğu sosyal çevre ve hayat tarzı da önemlidir¹³⁵. Velidedeoğlu'na göre¹³⁶, boşanma, akıl hastalığı, terk, utandırıcı bir suçtan mahkûm olma veya haysiyetsiz hayat sürme gibi bir sebebe dayanarak açıldıysa, çocuğun bu durumlarda akıl hastası yahut suçlu olan tarafa bırakılması uygun değildir.

Bu açıklamalar ışığında velayetin hangi eşe bırakılacağı hususunda hâkim takdir hakkını kullanırken eşlerin boşanmadaki kusurlarını talî

¹³² Gelmez, s. 37; Kucuroğlu, s. 58; Yokuş Memişoğlu, Selda (2019) “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Kişisel Sonuçları”, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE, s. 3.

¹³³ Yokuş Memişoğlu, s. 4;

¹³⁴ Velidedeoğlu, s. 267; Tekinay, s. 273; Feyzioğlu, s. 381; Akıntürk/Ateş, s. 310; Yokuş Memişoğlu, s. 3-4; Güneşlioğlu, s. 83.

¹³⁵ Velidedeoğlu, s. 267; Akıntürk/Ateş, s. 310; Güneşlioğlu, s. 100.

¹³⁶ Velidedeoğlu, s. 267.

derecede göz önüne alacaktır. Zira eşlerin birbirlerine karşı kusurlu davranmaları çocuklarına karşı da kusurlu davranacakları anlamına gelmez. Ancak utandırıcı bir suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme, hayata kast etme gibi fiillerin işlenmesi bu fiili işleyen insanın karakter ve psikolojisine dair emare niteliğindedir. Bu nedenle, hâkim, çocuğun velayetinin kime bırakılacağını takdir ederken bu durumu göz önünde bulundurmalıdır. Hayata kast durumunda, hayata kast eden eşin bu fiili hangi şartlar altında işlediği hayatına kastedilen eşin kusur derecesini de göz önüne alarak irdelenmelidir. Yine de, hayata kast fiilini gerçekleştiren tarafın şiddete olan eğilimi göz ardı edilmemelidir. Eğer bu kişinin bu fiil dışında başka şiddet eylemleri de mevcutsa böyle bir ebeveyne velayet hakkı tanınmamalıdır.

2. Çocukla Kişisel İlişki

Velayet hakkı, hâkim tarafından hangi eşe bırakılırsa velayet hakkı yalnızca o eşe ait olur. Bu karar ile birlikte diğer eşin çocuk üzerindeki velayet hakkı sona erer. Ancak bu durum, velayet hakkı sona eren eşin çocukları ile kişisel ilişki kurmasına engel değildir. Çocukları ile kişisel ilişki kurmak, her ebeveynin en doğal hakkıdır. Nitekim bu durum TMK m. 182'de düzenleme altına alınmıştır¹³⁷.

Bir ebeveyn ne kadar kötü durumda olursa olsun onu, çocuklarını görmekten tamamen menetmek hukukî, ahlakî ve insanî değerlere aykırıdır. Böyle hallerde hâkim, çocuğun fena telkinler altında kalmaması için çocukla ebeveynin görüşmesinin tayin edeceği bir kişinin huzurunda gerçekleştirilmesini karar altına alabilir¹³⁸.

3. İştirak Nafakası

Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine ait yükümlülükler öncelikle velayet hakkı kendisine bırakılan tarafa aittir. Ancak TMK m. 182/II'de, çocuğun bakım ve eğitimiyle ilgili giderlere, diğer tarafın da "gücü oranında" katılma

¹³⁷ Akıntürk/Ateş, s. 313-314; Kılıçoğlu, s. 152-153; Gelmez, s. 40; Yokuş Memişoğlu, s. 105 vd. ; Güneşlioğlu, s. 102 vd.

¹³⁸ Velidedeoğlu, s. 270.

zorunluluğu öngörülmüştür. Bu nafakaya niteliğine uygun olarak iştirak nafakası denilmiştir¹³⁹.

SONUÇ

Türk boşanma hukukunda (medeni hukukunda) m. 161-166 arasında boşanma sebepleri öngörülmüştür. TMK m. 162’de ise “*hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış*” sebebiyle boşanma düzenlenmiştir. Her ne kadar aynı madde içerisinde düzenlenseler de hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma birbirinden farklı boşanma sebepleridir.

TMK m. 162’de öngörülen hayata kast sebebiyle boşanma, kusura dayanan, mutlak ve özel bir boşanma sebebidir. Mutlak olması, hayata kast olgusunun tespit edildiği durumlarda hâkimin boşanma kararı vermek zorunda olduğunu ifade etmektedir. Kusura dayanması ise, hayata kast olgusu için aranan şartlardan birinin de hayata kast fiilini işleyen eşin kusurlu olmasının gerektiğini göstermektedir.

TMK m. 162 için aranan hayata kast fiili aynı zamanda ceza hukuku anlamında suç ve borçlar hukuku anlamında da haksız fiil teşkil edebilmektedir. Bu nedenle m. 162 anlamında, hayata kast kavramı yorumlanırken diğer hukuk dallarından yararlanılmalı ancak bu alanlar birbirine karıştırılmamalıdır.

Hayata kast sebebine dayanarak boşanma davası açılabilmesi için hayata kast fiilinde bulunan eşin hakkında bir ceza davasının açılması şart değildir. Ancak bu fiil hakkında açılmış bir ceza soruşturma veya kovuşturması varsa delillerin değerlendirilmesi için bu davanın sonucunun beklenmesi gerekir.

Hayata kast sebebine dayanarak açılan boşanma davaları genellikle terditli açılmaktadır. Hem özel hem genel boşanma sebebine dayanarak açılan boşanma davalarında, hâkim önce özel sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmelidir. Özel sebep araştırılmadan genel sebebe dayanarak hüküm tesis edilmesi hukuka aykırıdır ve bozmayı gerektirir.

¹³⁹ Akıntürk/Ateş, s. 316; Kılıçoğlu, s. 153.

Hayata kast sebebiyle açılmış boşanma davasında, dava devam ederken eşlerden birinin ölmesi durumunda sağ kalan eşin mirasçıları davaya devam ederek diğer eşin kusurunu ispatlayabilir (TMK m. 181/2). Böylece kusuru ispatlanan eş, diğer eşe karşı miras hukukundan doğan haklarını kaybeder (TMK m. 181/1).

Hayata kast sebebiyle boşanmaya karar verilmesinin bazı hususi sonuçları vardır. Bunlardan birisi, TMK m. 236/2’de öngörülen hükümdür. Bu hükme göre, hâkim, hayata kast sebebiyle boşanmaya karar verdiğinde, hayata kast fiilini gerçekleştiren eşin “*artık değere katılma*” payını hakkaniyete uygun olarak azaltabilir veya kaldırabilir

Son olarak bir boşanma davasında hayata kast sebebine dayanılarak boşanmaya hükmedildiğinde maddî ve manevî tazminat, yoksulluk nafakası ile çocuğun velayeti gibi boşanmada eşlerin kusurunun veya belli derecede oranının şart koşulduğu yahut hâkime takdir hakkı tanıdığı durumlarda, hayata kast fiilini işleyen ağır kusurlu eşin aleyhine hükümler çıkma ihtimali yüksektir.

KAYNAKÇA

- Akgün**, M. Zerrin (1949) Boşanma Hukuku, İstanbul, Ahmet Halit Kitabevi.
- Akhan**, Burcu (2009) ‘Aile İçi Şiddetin Boşanma Davalarına Etkisi’ (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü.
- Akıntürk**, Turgut, **Ateş**, Derya (2019) Türk Medenî Hukuku (İkinci Cilt) Aile Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş.
- Altaş**, Hüseyin (2014) Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (Tmk m. 1-7), Ankara, Yetkin Yayınları.
- Arkan Serim**, Azra (2007) “Yoksulluk Nafakası”, İÜHFM, Cilt: LXV, Sayı: 1, 277-302.
- Baran Celep**, Ebru (2015) ‘Boşanma Davasının Sonuçları’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE.
- Biçer Yener**, Ilgın (2019) ‘Boşanmada Maddî Tazminat’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE.
- Budun**, Merve (2018) ‘Türk Hukukunda Boşanmanın Eşler Arasındaki Mali Sonuçlarından Maddî Tazminat ve Manevî Tazminat’ (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, SBE.
- Canarşlan**, Gökçe (2017) “Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranışın, Genel Boşanma Sebepleriyle İlişkisi”, International Journal of Social And Humanities Sciences, Cilt: 1, Sayı: 2, 95-107.
- Çandarlı**, Zahid, **Berki**, Osman Fazıl (1949) Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma-Ayrılık, Ankara, Güney Matbaacılık.
- Çitak**, Burçak (2016) “Yoksulluk Nafakası”, İÜHFM, Cilt: LXXIV, Sayı: 1, 241-257.
- Demir**, Şamil (2014) “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması Ve Paylaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, 245-269.
- Doğan**, Hande (2016) “Anayasa Mahkemesi’nin Türk Medeni Kanunu 181/II Hükümüne İlişkin Karar İncelemesi”, İAÜHFD, Sayı: 3, Yıl: 2, 137-148.

- Doğan**, Pınar Bahar (2014) “Çatışan İki Değer: Haber Verme Hakkı ve Kişilik Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/4, 475-493.
- Dural**, Mustafa, **Öğüz**, Tufan, **Gümüş**, Mustafa Alper (2019) Türk Özel Hukuku (Cilt III) Aile Hukuku, 14. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Eren**, Fikret (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Ergün Topçu**, Melike (2019) ‘Pek Kötü Davranış Sebebiyle Boşanma’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE.
- Feyzioğlu**, F. Necmeddin (1986) Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Gelmez**, Ezgi (2019) ‘Boşanmanın Mali Sonuçları’ (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi, SBE.
- Gençcan**, Ömer Uğur (2015) Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Güneşlioğlu**, Filiz (2009) ‘Boşanma ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları’ (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi, SBE.
- Hatemi**, Hüseyin, **Serozan**, Rona (1993) Aile Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kaçak**, Nazif (2009) Boşanma Davalarında Maddî ve Manevî Tazminat ile Yoksulluk Nafakası, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Karabulut**, Ayşe Kübra (2018) Türk Medeni Kanunu’ nun 162. ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kartal**, Nagihan (2019) ‘Türk Hukukunda Yoksulluk Nafakası’ (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medipol Üniversitesi, SBE.
- Kaya**, Mine (2010) “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, 279-334.
- Kıcalıoğlu**, Mustafa (2002) “4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu’ na Göre Boşanma Halinde Maddi ve Manevi Tazminat”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, 39-53.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M. (2019) Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.

- Kırmızı**, Ali E. (2009) ‘Boşanmanın Sonuçlarından Maddi ve Manevi Tazminat’ (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi, SBE.
- Kucuroğlu**, Zeynep (2011) ‘Boşanmanın Kişisel Sonuçları’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE.
- Oğuzman**, M. Kemal, **Barlas**, Nami (2019) Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 25. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Oğuzman**, Kemal, **Dural**, Mustafa (1998) Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998.
- Okan Koç**, Yasemin (2019) ‘Hayata Kast, Pek Kötü Veya Onur Kırıcı Davranış Sebebi ile Boşanma’ (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi, Lisans Eğitim Enstitüsü.
- Oşar Şahin**, Aslı (2015) ‘Boşanma Sebeplerinde Kusur İlkesi’ (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi, SBE.
- Öcal**, Mesut (2019). Yoksulluk Nafakasının Süresi. İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Özden**, Salih (2010) ‘Boşanma Sebepleri Bakımından Aile İçi Şiddet’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE.
- Özdizlekli**, Bahriye (2019) ‘Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi’ (Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi, SBE.
- Öztürk**, Ali (2015) Aile Hukuku’nda Ayrılık – Türk Hukuku’nda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Özyazgan**, Özge (2019) ‘Yoksulluk Nafakası’ (Yüksek Lisans Tezi), Hasan Kalyoncu Üniversitesi, SBE.
- Serin Of**, Emine (2008) ‘Boşanmanın Mali Sonuçları’ (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, SBE.
- Serozan**, Rona (2017) Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku), 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Somkan Fırat**, Aylin (2019) ‘Yoksulluk Nafakası’ (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, SBE.
- Taş Korkmaz**, Hülya (2014) “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığına Son Vermek Amacıyla Mirasçılar Tarafından Davaya

Devam Edilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı, 1413-1482.

Tekinay, Selâhattin Sulhi (1990) Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Topuz, Seçkin (2012a) Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara, Yetkin Yayınları.

Topuz, Seçkin (2012b) “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa’nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi”, İÜHFM, Cilt: LXX, Sayı: 2, 221-256.

Tutumlu, Mehmet Akif (2002) “Boşanma Davası Süreken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçılarının Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, 111-127.

Tutumlu, Mehmet Akif (2009) Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku (Cilt II), 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet (1965) Türk Medeni Hukuku (Cilt II) Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Nurgök Matbaası.

Yarayan, Ali (2013) Türk Medeni Hukuku Temel Bilgiler, Ankara, Yetkin Yayınları.

Yıldırım, Edanur (2019) ‘Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinden Doğan Katılma Alacağı Hakkı ve Özellikleri’ (Yüksek Lisans Tezi), Yaşar Üniversitesi, SBE.

Yokuş Memişoğlu, Selda (2019) ‘Boşanmanın Çocuklar Bakımından Kişisel Sonuçları’ (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi, SBE.

Zararsız, Abdulmuttalip (2019) ‘Boşanma Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat’ (Yüksek Lisans Tezi), Hasan Kalyoncu Üniversitesi, SBE.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmalarının denetimini yapmış oldukları, bu haliyle basılabileceğini ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışları içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından geri çevrilir.
4. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda editör veya üçüncü bir hakemin görüşü alınır. Belirtilen inceleme sonucu uygun bulunan çalışmalar yayınlanır. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları yazarına "DergiPark" yoluyla iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarına geri gönderilmez.
5. Hakem raporları neticesinde yayınlanması uygun bulunursa çalışma yayına hazır hale gelir. Bu aşamada Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen makalelerin sayısı ve konu çeşitliliğini göz önünde bulundurarak, ilgili makalenin hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Makale sayısının fazla oluşu ve/veya benzer konuda makale bulunması halinde, yayına hazır olan bu çalışma derginin sonraki sayılarında yayınlanabilir. Bu durum, gerekçesi belirtilerek, yazarına bildirilir.
6. Son gönderim tarihinden sonra dergimize ulaşan çalışmaların, hakem incelemeleri yetişmesi durumunda, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmaması, makale sayısı ve konuları dikkate alınarak Editörler Kurulu tarafından değerlendirilir.
7. Dergiye gönderilen çalışmalar 3.000 kelimedenden az ve 15.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Ayrıca, çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler de İngilizce veya Almanca veya Fransızca yazılmalıdır.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

9. Dergide yayınlanan çalışmaların idari, bilimsel ve her türlü sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.
10. Makaleler “*DergiPark*” sistemi üzerinden gönderilmelidir. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID No’larını, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “*DergiPark*” sistemi üzerinden göndermelidirler.
11. Çalışmaların yayınlanıp yayınlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
12. Yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır.
13. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
14. Dergide, makaleler dışında; *kitap incelemesi*, *mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgi-lendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
15. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
16. Çalışmalar ‘Microsoft Word’ programında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜRÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜRÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları’na uygun olarak yapılmalıdır.
19. Yayınlarımızın resmî web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (YIL), atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a, b harfleri konulmalıdır (Yazarın Soyadı (YILa veya YILb), atıf yapılacak sayfa).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyadı koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukununun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

Örnek Kısa Atıf:

Uşan, s.25.

İki yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek İlk Atıf ve Kaynakça Atfı:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Örnek Kısa Atıf:

Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, s.13.

EDİTÖRLÜ KİTAP

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4.Baskı, Konya, Sayram.

KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1.Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

ÇEVİRİ KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost).

ELEKTRONİK KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey, <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs / Budish, Ryan / West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> s.e.t. 10.08.2015.

MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C: (^Cilt), S: (^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

Örnek Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Örnek İlk Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

Örnek Kısa Atfı:

Uşan, s.22.

ELEKTRONİK MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

KONFERANS TEBLİĞİ

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

Örnek:

Uşan, M. Fatih “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

TEZ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek:

Kılınç, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

MAHKEME KARARI

Dava Adı, Mercı, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

Örnek 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2:

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: Uşan, dn. 24.

RAPOR

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No: , <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent (2011) İstanbul Ticaret Odası, “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is being published semiannually.
2. Articles written in Turkish, German, French, and English may be published in the journal.
3. It is assumed that authors have reviewed articles before submitting them to the journal, approve them to be published as they have sent and accept the rules of citation of the journal. Articles which do not conform to scientific criteria and include misspelling above average are refused by Editorial Board.
4. The articles are being sent to at least two referees for review after and depend on the first decision of the Editorial Board. According to blind peer review system, author names are concealed from the articles before sending to referees. Upon the request of correction report of the referee, the author can only make changes within the framework of the amendment report. If one of the referee report assessment is positive and the other one is negative, the article will be sent to the editor or a third referee for evaluation. Following being found appropriate by the evaluator, the article can be published. A "Referee Assessment Form" for articles that have not been qualified to be published, is sent to the author of the article by "*Dergipark*". Unpublished articles will not be sent back to the author.
5. The articles are processed with the date of sending and published with respect to date of return of the referees; however, in this instance, the Editorial Board can decide on the publishing sequence with taking the articles that are already approved to be published in the first review to be issued before and variety of topics into consideration. If the number of the articles is too many to publish in the same number and/or articles with similar subjects will be in the same issue, the article which is ready to be published may appear in the following issues of the journal. In this case, the author will be informed with the reason.
6. The articles which are sent after submitting deadline of the issue can be published in the first number of the journal, when they are reviewed by the referees; however, in this stage the Editorial Board decides them to be published in the first issue based on variety of topics and number of articles.
7. Articles sent to the journal cannot be less than 3000 or more than 15 000 words. Each article should include a summary of 150 - 250 words and five to ten key words. The title, summary and keywords should also be written in Turkish.

8. The articles submitted to the journal must be unpublished or not being submitted elsewhere.
9. The complete responsibility and liability of the submissions belong to the concerned author.
10. Articles should be sent through “*Dergipark*”. Authors should acknowledge their ORCID numbers, degree, mission agencies, contact addresses, phone numbers and e-mail addresses in a different document by “*Dergipark*”.
11. The decision of the article is to be published or not to be published is determined by the editorial board in conformity with the referee’s review and announced by e-mail to author.
12. If the articles are accepted for publication, all broadcasting rights of the publish-including full text electronically - belong to Ankara Yıldırım Beyazıt University. Authors are deemed to have accepted to transfer the copyright to the University.
13. Authors do not receive any royalty in return. Authors are deemed to accept this circumstance when submitting their study to the journal.
14. In addition to articles, book reviews, legislative assessments and informative remarks can be published in the journal. The acceptance or refusal of such works is made by editorial board.
15. Works that do not return from referee review in due of time are evaluated to be published in the next issue unless otherwise stated by its author.
16. Works should be written in the “Microsoft Word” Program with font type Times New Roman, font size 12 (footnotes size 10), normal style and aligned to the left and the right.
17. Titles within the text should be organized as follows:
 - I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
 - A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD**
 - 1. Only First Letters Capital and Bold**
 - a. Only First Letters Capital and Regular
 - i. Only First Letters Capital and Regular
18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Authors Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type, “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

BOOK

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example in First Citation and Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

Short Citation Example:

Uşan, p.25.

In case of two author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example in First Citation and Bibliography:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Short Citation Example:

Özbek/Doğan/Bacaksız and others, p.13.

EDITED BOOK

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example:

Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

BOOK SECTION

Author's Surname, Name (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

Example:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskisehir, Anadolu University Publications.

TRANSLATION BOOK

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

Example:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

ELECTRONIC BOOKS

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

ELECTRONIC BOOK CHAPTER

Author's Surname, Name "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> l.a.d. 10.08.2015.

ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article`s Name", Journal`s Name, I: (^Issue) V: (^Volume),
The first-last page range.

Example in Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları",
Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Example in Firs Citation:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları"
Kamu İş, I:1, V:10, p.20

Short Citation Example:

Uşan, p.22.

ELECTRONIC ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal`s Name <Internet address> I.a.d.
Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi
ve İş Mevzuatı", e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> I.a.d.
28.07.2015.

CONFERENCE PROCEEDING

Author's Surname, Name (^Year) "Title of the Annunciation", Editor's Surname,
Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

Example:

Uşan, M. Fatih, "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği":
Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference,
4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry-Occupational Health and Safety
General Directorate, İstanbul.

THESIS

Author's Surname, Name (Year) "Thesis Head" (Type: Masters-Doctorate),
University, Institute.

Example:

Kılınc, Ahmet (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir"
(Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

COURT DECISION

^Case Name, Mercier, ^Application No, ^E:, K:, T:, ^Citation.

Example 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Example 2:

Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

WEB ADDRESS

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example:

Uşan, fn. 24.

THE REPORT

Surname, Name, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

